

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED IMPRESA

XXXIV CICLO

VINCENZO IAIA

**LE DERIVE DELLA CREATIVITÀ  
NEL DIRITTO D'AUTORE.  
ORIGINALITÀ, INTERESSI FINANZIARI, CONCORRENZA**

TUTOR

Chiar.mo Prof.

**Gustavo Olivieri**

Chiar.ma Prof.ssa

**Daniela Caterino**

COORDINATORE

Chiar.mo Prof.

**Antonino Gullo**

ANNO ACCADEMICO 2020/2021



*Ai perseveranti creativi e sognatori...*

## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

### CAPITOLO PRIMO

#### CREATIVITÀ AUTORIALE E “DISORDINE” GIURIDICO ALLA BASE DEL GIUDIZIO DI ORIGINALITÀ

1. La protezione giuridica dei beni immateriali. Scansione degli interessi rilevanti.....	22
1.1 Cenni minimi sulla nozione di bene immateriale.....	25
1.2 (Segue) I distinti interessi all’origine delle <i>res incorporales</i> .....	27
1.3 (Segue) Gli interessi della rivoluzione tipografica e la nascita del diritto d’autore.....	30
1.4 (Segue) I successivi interessi dei produttori del mercato creativo e la prima metamorfosi del diritto d’autore.....	37
1.5 (Segue) I nuovi interessi della rivoluzione digitale e la seconda metamorfosi del diritto d’autore.....	39
2. Il requisito dell’originalità nel raffronto tra i sistemi di <i>copyright</i> e di <i>droit d’auteur</i> .....	41
2.1 (Segue) L’originalità come clausola generale e la riprova nell’ampia gamma di test applicabili.....	45
2.2 (Segue) La parabola ascendente dello standard creativo minimo nei sistemi di <i>common law</i> .....	50
2.3 (Segue) La parabola discendente dello standard creativo minimo nei sistemi di <i>civil law</i> .....	61
2.4 (Segue) Suntò di un percorso sigiziale.....	67
3. Il significato del «carattere creativo» nell’ordinamento italiano.....	72
3.1 (Segue) La comunanza valutativa nel diritto dei disegni o modelli.....	86
4. Le manovre europee di progressiva armonizzazione.....	88
4.1 (Segue) L’armonizzazione verticale nell’ <i>acquis communautaire</i> normativo e l’ambiziosa proposta di codificazione.....	89
4.2 (Segue) L’armonizzazione orizzontale nell’ <i>acquis communautaire</i> giurisprudenziale.....	101
4.2.1 (Segue) Le undici parole.....	102
4.2.2 (Segue) L’interfaccia grafica utente.....	104
4.2.3 (Segue) Le partite di calcio.....	106
4.2.4 (Segue) Il fotoritratto.....	107
4.2.5 (Segue) Il calendario delle partite di calcio.....	109
4.2.6 (Segue) Le funzioni, il linguaggio di programmazione e il formato dei file di un programma per elaboratore.....	112
4.2.7 (Segue) Le componenti grafiche e sonore di un videogioco.....	114
4.2.8 (Segue) Il sapore di un alimento.....	115

4.2.9 (Segue) I rapporti sulle operazioni militari.....	122
4.2.10 (Segue) L'effetto visivo di un modello di abbigliamento.....	124
4.2.12 (Segue) La bicicletta pieghevole.....	128
4.2.12 (Segue) Considerazioni a margine della chiassosa europeizzazione giurisprudenziale silente della nozione di opera dell'ingegno e del requisito di originalità.....	132
5. Prospettive di convergenza nell'assetto normativo internazionale.....	139
6. Un quadro di sintesi.....	144

## CAPITOLO SECONDO

### CREATIVITÀ AUTORIALE E INTERESSI FINANZIARI TRA VECCHIE E NUOVE TECNOLOGIE

7. Il "sacrificio" della creatività sull'altare degli interessi finanziari per l'affermazione delle opere autoriali utili.....	149
8. I programmi per elaboratore.....	156
8.1 (Segue) I dubbi applicativi del requisito europeo di originalità.....	162
8.2 (Segue) La riduzione dell'esame di originalità a quello di novità nella giurisprudenza italiana.....	166
8.3 (Segue) Rilievi preliminari.....	170
9. Le produzioni mediante software dotati di intelligenza artificiale?.....	172
9.1 (Segue) I test sulla capacità intellettuale delle macchine: da Ada Lovelace, ad Alan Turing, al... "coffee test".....	175
9.2 (Segue) Alcune reazioni giuridiche definitoria in materia di intelligenza artificiale.....	180
9.3 (Segue) CreA(I)tività assistita e automatizzata.....	183
9.4 (Segue) Le opzioni di tutela per le produzioni automatizzate.....	189
9.4.1 (Segue) Diritto d'autore autonomo.....	189
9.4.1.1 (Segue) La nozione di scelta libera.....	194
9.4.1.2 (Segue) La nozione di scelta creativa.....	199
9.4.2 (Segue) Diritto d'autore sul software.....	215
9.4.3 (Segue) Pubblico dominio.....	221
9.4.4 (Segue) Diritto connesso.....	224
9.4.5 (Segue) Diritto <i>sui generis</i> .....	225
9.4.6 (Segue) Segreto commerciale.....	228
9.4.7 (Segue) Forme di protezione esterne al prisma della proprietà intellettuale.....	230
9.5 (Segue) Alcuni punti fermi.....	232
9.6 (Segue) Le brecce dell'inventività artificiale nel diritto dei brevetti....	239
10. Le banche (di) dati.....	244
10.1 (Segue) Affinità e diversità esegetiche tra software e database.....	246
10.2 (Segue) La <i>vexata quaestio</i> dell'originalità.....	251
10.3 (Segue) Le ragioni economiche di una tutela giuridica.....	253
10.4 (Segue) La condizione giuridica delle banche dati nell'assetto	

normativo internazionale ed in quello giurisprudenziale italiano prima dell'emanazione della direttiva database.....	257
10.5 ( <i>Segue</i> ) I punti salienti della direttiva database.....	264
10.6 ( <i>Segue</i> ) Gli arresti giurisprudenziali italiani.....	273
10.7 ( <i>Segue</i> ) Appunti di sintesi.....	275
10.8 ( <i>Segue</i> ) La revisione della direttiva database nella proposta europea di <i>Data Act</i> .....	278
11. I Big Data?.....	284
11.1 ( <i>Segue</i> ) Le alternative di protezione.....	286
11.1.1 ( <i>Segue</i> ) Diritto d'autore.....	287
11.1.2 ( <i>Segue</i> ) Diritto <i>sui generis</i> .....	288
11.1.3 ( <i>Segue</i> ) Segreto commerciale.....	290
11.1.4 ( <i>Segue</i> ) Responsabilità contrattuale.....	292
11.2 ( <i>Segue</i> ) L'opportunità di ricorso a forme di <i>data sharing</i> .....	292
11.3 ( <i>Segue</i> ) Note riepilogative.....	295

### CAPITOLO TERZO

#### **CREATIVITÀ AUTORIALE E IMPLICAZIONI CONCORRENZIALI TEORICHE E PRATICHE**

12. L'attenzione giuridica ai benefici economici della concorrenza dinamica.....	298
13. Premesse minime sul reciproco "odi et amo" tra diritto d'autore e concorrenza tra conflittualità e convergenza.....	301
14. Il diritto d'autore come incentivo alla concorrenza...e viceversa.....	304
15. Il diritto d'autore come limite alla concorrenza...e viceversa.....	310
15.1. ( <i>Segue</i> ) Gli abusi di posizione dominante nel trinceramento dietro diritti d'autore "monchi".....	312
15.1.1. ( <i>Segue</i> ) I palinsesti televisivi.....	316
15.1.2. ( <i>Segue</i> ) Una banca dati divenuta standard.....	317
15.1.3. ( <i>Segue</i> ) Un software divenuto standard.....	322
15.2. ( <i>Segue</i> ) Il movimento abolizionista del diritto d'autore.....	324
16. Due facce della stessa medaglia.....	327

### CAPITOLO QUARTO

#### **CREATIVITÀ AUTORIALE E DERIVE GIURISPRUDENZIALI "A GEOMETRIA VARIABILE"**

17. L'ipotesi di arbitrio giudiziario nella quantificazione del gradiente minimo di originalità e nell'oggetto di tutela autoriale.....	339
18. Le derive nazionali.....	342
18.1. ( <i>Segue</i> ) I personaggi di fantasia.....	342
18.2. ( <i>Segue</i> ) I format televisivi.....	346

18.3. (Segue) Gli slogan.....	350
18.4. (Segue) Il <i>concept store</i> .....	353
18.4.1. (Segue) L'arredamento di un negozio di trucchi.....	354
18.4.2. (Segue) Sintesi minima dei giudizi di merito.....	355
18.4.3. (Segue) Il ruolo primario dell'interpretazione giurisprudenziale nella multiforme protezione del <i>concept store</i> .....	356
18.4.3.1. (Segue)... come design industriale.....	357
18.4.3.2. (Segue)... come marchio tridimensionale.....	359
18.4.3.3. (Segue)... come opera architettonica.....	362
18.4.4. (Segue) La concorrenza sleale parassitaria e la tutela "a tempo determinato" dell'originalità delle iniziative commerciali altrui.....	364
18.4.5. (Segue) Osservazioni a margine.....	366
18.5. (Segue) Il regolamento anticontraffazione di una fiera.....	367
18.5.1. (Segue) Il gradiente minimo di originalità del "genere" testi giuridici nel verdetto della Cassazione.....	368
18.5.2. (Segue) L'opera letteraria: nozione legislativa e interpretazione giurisprudenziale.....	371
18.5.3 (Segue) Analisi micro-comparatistica sulla protezione autorale degli scritti tecnico-giuridici.....	374
18.4.4. (Segue) Commenti a margine.....	376
19. Alcune derive straniere.....	377
19.1. (Segue) La performance di un matador.....	378
19.2. (Segue) Gli esercizi yoga.....	379
20. Verso derive più sostenibili nella cornice dei diritti fondamentali.....	380
CONCLUSIONI.....	384
BIBLIOGRAFIA.....	389







## INTRODUZIONE

Il presente scritto trae origine dalle preziose sollecitazioni emerse nel corso di una (apparentemente) ordinaria udienza presso la Suprema Corte di Cassazione, presieduta dal mio Magistrato affidatario, quando il periodo di tirocinio professionale stava ormai volgendo al termine. Per la verità, le avvincenti argomentazioni e controargomentazioni introdotte durante quell'udienza hanno fatto sì che gli spunti di riflessione gelosamente raccolti in quella sede riecheggiassero nella mia mente ben oltre la chiusura del tirocinio, costituendo l'oggetto privilegiato di costanti tentativi di (ri)elaborazione, confluiti proprio in questa tesi di dottorato.

All'udienza, dedicata in larga parte al diritto della proprietà intellettuale, presero parte veri e propri Maestri della materia, abilmente impegnati in un acceso confronto per l'individuazione della migliore lente sotto la quale procedere all'interpretazione delle norme concretamente rilevanti. Tralasciando il fascino, oltre che l'onore, di osservare taluni insigni protagonisti della cd. *law in the book* destreggiarsi sapientemente anche nella dialettica processuale, nell'intento di persuadere l'organo giudicante depositario della funzione nomofilattica ad accogliere la propria prospettiva di *law in the action*, non posso non ricordare, tra le composite questioni trattate, quelle specifiche controversie il cui comune denominatore poteva individuarsi nell'esatta determinazione – e delimitazione – del concetto di creatività giuridica nel diritto d'autore, al fine di accertare la legittimità dell'altrui sfruttamento.

Le maggiori difficoltà ermeneutiche erano ascrivibili essenzialmente all'atipicità delle creazioni intellettuali venute in rilievo, che riflettevano la singolarità delle forme espressive dell'idea di cui veniva invocata la tutela autoriale, portando uno dei difensori dell'accusato plagiatario a denunciare a gran voce l'«insostenibilità delle recenti derive della creatività nel diritto d'autore», in particolare ponendo l'accento sul rischio di snaturare i tratti originari della materia per effetto della smisurata espansione delle opere ritenute meritevoli dell'ambito *ius excludendi alios*. Una delle principali cause dell'estensione stigmatizzata dall'illustre Studioso sarebbe rintracciabile nel successo di un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *In primis*, Cass. civ., sez. I, sent. n. 11953 del 2 dicembre 1993, con nota di M. FABIANI, *Sul "minimum" di creatività richiesto per la protezione di testi commentati*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1994, pp. 593 ss., secondo cui «In materia di diritto di autore, il concetto giuridico di creatività non coincide con quelli di creazione, originalità e novità assoluta, ma si riferisce alla personale ed individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge n. 633 del 1941, di modo che, affinché un'opera dell'ingegno riceva protezione a norma di detta legge, è sufficiente la sussistenza di un "atto creativo", seppur minimo, suscettibile di estrinsecazione nel mondo esteriore; con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consista in idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia [...]» [corsivo mio]. A seguire, cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. I, sent. n. 2345 del 10 marzo 1994, con nota di E. GIACOBBE, *Creatività e compiutezza nella rielaborazione delle opere dell'ingegno*, in *Il Corriere Giuridico*, VII, 1994, pp. 862 ss.; Cass. civ., sez. I, sent. n. 5089 del 12 marzo 2004, con commento di G. DALLE VEDOVE, L. CHIAVEGATTI, *Dilemmi in ordine alla tutela delle opere fotografiche*, in *Rivista di Diritto*

tendente alla minimizzazione del cd. gradiente minimo di creatività necessario affinché un lavoro dell'intelletto possa elevarsi ad opera dell'ingegno, ai sensi degli artt. 1 della l. del 22 aprile 1941, n. 633<sup>2</sup> (legge sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, di seguito l.d.a.) e 2575, c.c.<sup>3</sup>

Effettivamente, pare essersi registrato un *trend* abbastanza indulgente, complice l'incalzante capacità persuasiva dei difensori dei pretesi produttori creativi, che ha provocato negli anni l'apertura di alcune brecce nel recinto esclusivo delle *oeuvres de l'esprit*. Ad esse non è seguito alcun rilevante tentativo ripristinatorio da parte dei Giudici di merito e di legittimità, i quali, lungi dall'adottare apposite "manovre di otturazione", hanno invece acconsentito all'apertura del diritto d'autore verso svariate forme espressive sino ad allora inedite.

In proposito, vale la pena di ricordare che per decine di anni il tradizionale oggetto della protezione riconosciuto dal diritto d'autore – continentale e d'oltreoceano – corrispondeva alle creazioni dell'intelletto artistico-culturali, essendovi annoverate in particolare le opere letterarie, le sculture, i dipinti, le composizioni musicali, «le opere adatte al pubblico spettacolo» ed anche gli insegnamenti orali<sup>4</sup>. Nel corso del tempo l'oggetto

---

*Industriale*, VI, 2005, pp. 491 ss.; Cass. civ., sez. I, sent. n. 20925 del 27 ottobre 2005, annotata da G. BONELLI, *Contraffazione e rielaborazione non autorizzata*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2006, pp. 290 ss.; Cass. Civ., sez. I, sent. n. 25173 del 28 novembre 2011.

<sup>2</sup> Art. 1 l.d.a. «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».

<sup>3</sup> Art. 2575, c.c. «Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione». Sull'(in)opportunità di ripetere nel c.c. alcune norme in materia di diritto di autore già presenti nella l.d.a. v. per tutti A. GIANNINI, *Il diritto d'autore*, La nuova Italia, Firenze, 1942, pp. 23-27.

<sup>4</sup> Tale è l'ambito oggettivo di applicazione del diritto d'autore ricavabile dalla lettura degli artt. 2 e 3 del primo provvedimento legislativo nazionale in materia, la l. del 25 giugno 1865, n. 2337, poi sostituita dal r.d. del 5 dicembre 1925, n. 1950, al cui art. 1 stabiliva espressamente che «Sono protette dal presente decreto, qualunque ne sia il merito e la destinazione, tutte le opere dell'ingegno, scientifiche, letterarie, artistiche e didattiche.

Sono considerate opere artistiche le opere drammatiche, musicali, cinematografiche, coreografiche e pantomimiche, le opere di pittura, scultura e architettura; i lavori d'arte grafici e plastici, i lavori d'arte applicata all'industria, i disegni, la fotografia, e i lavori eseguiti con procedimenti analoghi alla fotografia.

Sono considerate opere scientifiche anche i progetti di lavori d'ingegneria, quando costituiscono soluzioni originali di problemi tecnici». L'apertura della norma ad ogni opera creativa *qualunque ne sia il merito o la destinazione* è stata ristretta nel successivo (e attuale) impianto normativo riguardante il diritto d'autore, contenuto nella l.d.a. e successive modifiche, in cui il perimetro di tutelabilità viene circoscritto per mezzo dell'inciso *qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*. Come ben evidenziato da illustre dottrina, la precedente dizione «apriva la porta anche alla protezione di opere trascurabili, senza merito alcuno, e destinate magari ad usi volgari, in netto contrasto con lo spirito animatore della legge, che vuol proteggere la creazione dell'ingegno e presuppone quindi almeno un modesto

della protezione si è dilatato pressoché a macchia d'olio, vuoi per effetto di misure legislative recettive dell'interesse di incentivare gli investimenti verso nuove produzioni utili figlie dello sviluppo tecnologico<sup>5</sup>, quali i programmi per elaboratore<sup>6</sup> e le banche (di) dati<sup>7</sup>, vuoi per l'affermarsi di interpretazioni giurisprudenziali estensive esortate dall'emersione di inedite forme espressive nelle quali è fiorita la creatività umana, quali segnatamente i personaggi di fantasia<sup>8</sup>, i *format* televisivi<sup>9</sup>, gli slogan pubblicitari<sup>10</sup>, nonché da ultimo il *concept store*<sup>11</sup>.

Di conseguenza, la ricerca di un'equilibrata soluzione rispetto ai tentativi di apertura di nuovi varchi diretti ad elevare le produzioni dell'intelletto atipiche<sup>12</sup> ad opere autoriali, del tipo di quelli verificatisi nella

---

merito», A. GIANNINI, *Il diritto d'autore*, op. cit., p. 30. Per alcuni approfondimenti storici della disciplina autoriale cfr. in particolare G. GALTIERI, *Protezione del diritto di autore e dei diritti connessi. Legislazione interna – Convenzioni internazionali*, Presidenza del Consiglio dei ministri – Servizi informazioni e proprietà intellettuale, Roma, 1980; L. MOSCATI, *Tra le carte di Antonio Scialoja avvocato e legislatore dei diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Rassegna Forense*, III-IV, 2014, pp. 1031, ss.; IDEM, *Unificazione legislativa e diritto d'autore*, in P. MAFFEI, G. VARANINI (a cura di), *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Acheri*, IV, Firenze, 2014, pp. 257-265.

<sup>5</sup> Per un'attenta disamina del rapporto tra diritto d'autore e nuove tecnologie che tenga conto dell'interazione tra contrastanti interessi, ideologie e politiche, proponendo una lettura originale rispetto al tradizionale paradigma che vede il diritto d'autore adeguarsi in modo passivo rispetto alle nuove questioni poste dalle costanti innovazioni tecnologiche v. O. BRACHA, *Copyright history as history of technology*, in *The WIPO Journal*, vol. 5, I, 2013, pp. 45-53.

<sup>6</sup> Art. 2, comma 1, n. 8), l.d.a., aggiunto ad opera dell'art. 2, d.lgs. del 29 dicembre 1979, n. 19.

<sup>7</sup> Art. 2, comma 1, n. 9), l.d.a., aggiunto ad opera dell'art. 2, d.lgs. del 6 maggio 1999, n. 169.

<sup>8</sup> Tribunale di Milano, sentenza dell'8 novembre 2012, rispetto al personaggio Polly il Pollo; Tribunale di Bologna, sentenza del 2 maggio 2011, con riguardo alle note fate che si formano ad Alfea, le Winx; Tribunale di Milano, sentenza del 21 gennaio 2008, in *Rivista di Diritto Industriale*, I-II, 2009, p. pp. 117 ss., affermando la tutela di un personaggio dei fumetti Calvin & Hobbes.

<sup>9</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 3817 del 17 febbraio 2010, commentata da B. TASSONE, G. BIFERALI, *La tutela del «format» in Cassazione, fra principi generali e merito dell'opera*, in *Il Foro Italiano*, III, 2011, pp. 878 ss. Conformi, Cass. civ., sez. I, sent. n. 13249 del 16 giugno 2011; Cass. civ., sez. I, sent. n. 21172 del 13 ottobre 2011; Cass. civ., sez. I, sent. n. 18633 del 27 luglio 2017, annotata da F. TOZZI, *“Format” o scatola vuota?*, in *Il Diritto di Autore*, III, 2017, pp. 412 e ss. e da F. LA ROCCA, *Brevi note in tema di format*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2017, pp. 567 ss.

<sup>10</sup> Tribunale di Torino, ordinanza dell'11 giugno 2015, in cui si è ammessa la tutela della bozza contenente l'idea-guida della reclame in quanto composta da una serie di elementi caratterizzanti quali i destinatari della comunicazione commerciale, la modalità di presentazione del prodotto, l'ambientazione, la voce narrante, lo svolgimento della storia e la battuta finale; IDEM, sentenza dell'11 giugno 2010, con riferimento allo slogan marchiato FIAT “You are. We Car”.

<sup>11</sup> Cass. Civ., sez. I, sent. n. 8433 del 30 aprile 2020, su cui sia consentito richiamare i miei commenti, *Concept store e privative industriale: verso la tutela (anche) autorale come opera architettonica*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2020, pp. 201-218; *La multiforme protezione della proprietà intellettuale sul concept store: il caso Wycon c. Kiko*, in *Diritto & Giustizia*, 2020.

<sup>12</sup> Per un'accurata disamina delle forme espressive anomale su cui è discussa l'estensione della tutela autoriale, si veda diffusamente E. BONADIO, N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.

ricordata udienza, impone una riflessione di più ampio respiro che metta in risalto e in relazione i diversi fattori ed interessi incidenti nella valutazione della creatività di un'opera intellettuale nella prospettiva del diritto d'autore.

Tra questi, il primo elemento che viene in rilievo è senza dubbio l'*originalità* dell'opera oggetto di scrutinio. In proposito, il legislatore si è volontariamente limitato a disporre che i lavori dell'ingegno sono proteggibili come opere autoriali ogniqualvolta abbiano un *carattere creativo*<sup>13</sup>. L'indeterminatezza del binomio scelto dal decisore politico depone verso la sua natura di clausola generale, considerato altresì che non vi era una soluzione normativa altrettanto soddisfacente per dominare una casistica così variegata e mutevole come quella consegnata dal diritto d'autore; sicché, si rendeva necessario ricorrere all'organo giurisdizionale affinché integrasse di volta in volta il dato positivo applicando criteri extra-legali.

Il rovescio della medaglia conseguente all'elasticità delle clausole generali risiede nella circostanza che il suo interprete navighi «senza bussola in un mare aperto a molte rotte»<sup>14</sup>. A tal riguardo, le cicliche metamorfosi che hanno interessato il diritto d'autore permetteranno di apprezzare (o disprezzare, a seconda dei punti di vista) la nutrita pluralità di rotte percorribili.

Nonostante la norma sia stata concepita per non offrire indicazioni ulteriori in merito a cosa debba intendersi per “carattere creativo”, può in prima battuta rilevarsi che la prassi tende a sostanziale il menzionato requisito nella valutazione di originalità del lavoro indagato.

Dunque, si pone anzitutto la seguente questione: quando un'opera dell'ingegno può reputarsi originale? *Rectius*, quando un'opera dell'ingegno può reputarsi originale ai fini del diritto d'autore? La risposta a tale quesito si dirama in almeno due direzioni che seguono rispettivamente quelli che per lungo tempo sono stati i due principali macro-filoni di pensiero in materia di diritto d'autore: da un lato, quello che possiamo definire il diritto d'autore continentale, anche indicato come *droit d'auteur*, dall'altro, il diritto d'autore d'oltremontana e d'oltreoceano, cui ci si riferisce con il termine *copyright*.

Secondo la prima corrente interpretativa, un'opera può aggettivarsi originale allorché essa rispecchi le scelte espressive personali (alla francese, l'*empreinte de la personnalité*) del suo autore<sup>15</sup>. Diversamente, il

---

<sup>13</sup> Artt. 1, l.d.a., 2575, c.c.

<sup>14</sup> A. GENTILI, *Prefazione*, in V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>15</sup> Per un'approfondita disamina del diritto d'autore continentale cfr. in particolare E. ROSATI (a cura di), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Routledge, Londra, 2021; F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 900-1150; P. AUTERI, *Diritto di autore*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 623 ss.; L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 1627 ss.; C. BERNAULT, A. LUCAS-SCHLOETTER, A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, V ed., LexisNexis, Parigi; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2015, pp. 192 ss.; A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*,

ragionamento tradizionalmente preferito nei sistemi di *common law* è quello di ritenere soddisfatto il requisito dell'originalità ogniqualvolta la stessa rappresenti il frutto dello *sweat of the brow* (letteralmente, il “sudore della fronte”) del suo autore, prescindendo dall'accertamento in ordine all'esistenza di un apporto stilistico soggettivo<sup>16</sup>.

Beninteso, le due teorie producono delle ripercussioni significative sul giudizio di creatività di un'opera dell'intelletto, l'una privilegiando la posizione (solitamente più vulnerabile) dell'autore, l'altra preferendo tutelare gli interessi dell'imprenditoria culturale al fine di incrementarne costantemente la produzione<sup>17</sup>.

Orbene, la diversa valutazione di originalità vigente nei Paesi di *civil law* e di *common law*, quand'anche si consideri il recente avvicinamento, ma anche tra Paesi aderenti alla medesima filosofia giuridica<sup>18</sup>, rappresenta il

---

Zanichelli, Bologna, 2008; V.M. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, II ed., Giuffrè, Milano, 2004; M. FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori*, Giuffrè, Milano, 2004; L. NIVARRA, *Itinerari del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2001; A.G. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974; G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 619-634; M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1961; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, III ed., Giuffrè, Milano, 1960, pp. 631 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960; E. PIOLA CASELLI, *Codice del Diritto d'autore*, Editrice torinese, Torino, 1942; IDEM, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, II ed., Eugenio Marghieri-Editrice torinese, Napoli-Torino, 1927.

<sup>16</sup> Un particolareggiato affresco del diritto d'autore nel *common law* è presente in C. COLSTON, J. GALLOWAY, *Modern Intellectual Property Law*, IV ed., Routledge, Londra, 2021; A. BROWN, S. KHERIA, J. CORNWELL, M. ILJADICA, *Contemporary Intellectual Property*, V ed., Oxford University Press, Oxford, 2019; W. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, IX ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2019; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, IX ed., Oxford University Press, Oxford, 2019; L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, V ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 35-390. In merito ai profili storiografici v. R. DEAZLEY, M. KRETSCHMER, L. BENTLY, *Privilege and property. Essays on the History of Copyright*, OpenBook Publishers, Cambridge, 2010. Per un taglio maggiormente pragmatico si richiama R. B. RICH, *The “Art” of Copyright: A Practitioner’s Perspective*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, II, 2018, pp. 189-211.

<sup>17</sup> Per una lettura in chiave comparatistica dei due sistemi di diritto d'autore si rinvia a L. MOSCATI, *Diritti d'autore. Storia e comparazione nei sistemi di civil law e di common law*, Giuffrè, Milano, 2020; IDEM, *Tra “copyright” e “droit d'auteur”. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Satura, Napoli, 2013; U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma, 2010; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, Bruylant, Bruxelles-Paris, 1993.

<sup>18</sup> La spinosa questione relativa al cd. gradiente minimo di originalità necessario affinché un lavoro dell'intelletto possa qualificarsi come opera dell'ingegno ha fatto scorrere straripanti fiumi d'inchiostro. Tra le eloquenti testimonianze dottrinali, dal lato del diritto d'autore continentale, si vedano G. CASABURI, *In tema di creatività dell'opera*, in *Il Foro Italiano*, X, 2018, pp. 3124-3126; A. RAMALHO, *Originality redux: an analysis of the originality requirement in AI-generated works*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, pp. 23-41; E. ROSATI, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, VIII, 2018, pp. 597-598; G. CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili evolutivi*, in *Il Foro Italiano*, XII, 2017, pp. 3779-3789; T. MARGONI, *The harmonisation of EU copyright law: the originality standard*,

---

in M. PERRY (a cura di), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century. Reflecting Policy Through Change*, Springer, Armidale, 2016, pp. 85-106; P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, pp. 281-308; V.L. BENABOU, *Originalité? Vous avez dit originalités?*, in *LEGICOM*, vol. 53, II, 2014, pp. 5-15; M. VAN GOMPEL, *Creativity, Autonomy and Personal Touch. A Critical Appraisal of the CJEU's Originality Test for Copyright*, in M. VAN EECHOU (a cura di), *The Work of Authorship*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2014, pp. 95-144; A. QUAEDVLIEG, *The tripod of originality and the concept of work in Dutch and European copyright*, in *GRUR International*, vol. 63, XII, 2014, pp. 1105-1111; E. ROSATI, *Originality in EU copyright: full harmonization through case law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013; S. VAN GOMPEL, E.L. AVIK, *Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: an Inquiry into EU Copyright Law's Eschewal of Other Criteria than Originality*, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, vol. 236, 2013, pp. 100 ss.; IDEM, *On the Prospects of Raising the Originality Requirement in Copyright Law: Perspectives from the Humanities*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 60, 2013, pp. 387 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011; R. CASAS VALLÉS, *The Requirement of Originality*, in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2009, pp. 102-132; C. HANDIG, *The Copyright Term "Work": European Harmonisation at an Unknown Level*, in *International Review of Copyright and Competition Law*, vol. 40, VI, 2009, pp. 665-685; M. FABIANI, *Sul "minimum" di creatività richiesto per la protezione di testi commentati*, op. cit.; IDEM, *Creatività e diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1998, pp. 600-604; H. LADDIE, *Copyright: Over-Strength, Over-Regulated, Over-Rated*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 18, V, 1996, pp. 253 ss.; R.G. SCHRICKER, *Farewell to the «Level of Creativity» in German Copyright Law?*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 26, I, 1995, pp. 41-48; T. DREIER, G. KARNELL, *Originality of the Copyrighted Work: A European Perspective*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 39, 1992, pp. 289-302; V.M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971; L. SORDELLI, *L'opera dell'ingegno: interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora*, Giuffrè, Milano, 1954; A. ELSTER, *Delimitazione del concetto di opera tutelabile dal diritto di autore*, in *Il Diritto di Autore*, 1936, pp. 307-327. Con riguardo all'originalità nei sistemi di common law cfr. C. WELDON, *The de minimis requirement as a safety valve: copyright, creativity, and the sample of sound recordings*, in *New York University Law Review*, IV, 2017, pp. 1261-1305; L. DEMING, *Of originality: originality in English copyright law: past and present*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, VI, 2014, pp. 376-389; A. RAHMATIAN, *Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine under Pressure*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 44, I, 2013, pp. 4-34; K. HARIANI, A. HARIANI, *Analysing originality in copyright law. Transcending jurisdictional disparity*, in *The Intellectual Property Law Review*, vol. 51, III, 2011, pp. 491-510; E. ROSATI, *Originality in a work, or work of originality: the effects of the Infopaq decision*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 58, 2011, pp. 795 ss.; J.S. MILLER, *Hoisting Originality*, in *Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper no. 4*, 2009; D.S. KARJALA, *Copyright and Creativity*, in *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 15, II, 2008, pp. 169-202; C.J. CRAIG, *The evolution of originality in Canadian copyright law: authorship, reward and the public interest*, in *Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 2, II, 2005, pp. 425-445; L. ZIMMERMAN, *It's an Original!(!): In Pursuit of Copyright's Elusive Essence*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 28, II, 2005, pp. 187 ss.; D. J. GERVAIS, *The compatibility of the skill and labour originality standard with the Berne Convention and the TRIPs Agreement*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 26, II, 2004, pp. 75-80; S. CHENG-LIM, *The originality debate in copyright law – the Canadian perspective*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 63, II, 2004, pp. 294-297; D.J. GERVAIS, *Feist goes global: A comparative analysis of the notion of originality in copyright law*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 49, 2002, pp. 973 ss.; D. NIMMER, E.S. DRONE, *Copyright In The Dead Sea Scrolls: Authorship And Originality*, in *Houston Law Review*, vol. 38, I, 2001, pp. 96 ss.; J. REYBLAT, *Is Originality In Copyright Law A "Question Of Law" Or A "Question Of Fact?" : The Fact Solution*, in *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 17, 1999, pp. 181 ss.; L. GARY, *In defence of originality*, in *Entertainment Law Review*, VII, I, 1996, pp. 21-26; H. B. ABRAMS, *Originality and Creativity in Copyright*

primo fattore determinante la nebulosità del(le derive del)la creatività nel diritto d'autore che, dal punto di vista pratico, risulta foriero di possibili discriminazioni tra gli autori parimenti o diversamente creativi operanti in Paesi con approcci valutativi eterogenei, in spregio alla certezza del diritto e al divieto di discriminazione, di cui all'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea (TUE)<sup>19</sup>, nonché al principio di eguaglianza sostanziale cristallizzato, come noto, all'art. 3, comma 2, Cost., ove si preferisca volgere l'attenzione alle fonti domestiche.

Dal quadro così tracciato prende forma la prima linea di indagine di questa ricerca, rappresentata dall'esigenza di far luce sull'opportunità di una piena armonizzazione a livello internazionale, o quantomeno europeo, della nozione giuridica di originalità e del corrispondente standard minimo necessario per attribuire ad una produzione intellettuale l'ambito carattere creativo.

In secondo luogo, occorre dar conto che l'evoluzione tecnologica, in quanto abitualmente vettrice di forme espressive pionieristiche, ha costantemente influenzato il diritto d'autore<sup>20</sup>, spesso nella direzione cd.

---

*Law*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, II, 1992, pp. 3-44; S. RICKETSON, *The Concept of Originality in Anglo-Australian Copyright Law*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 9, II, 1991, pp. 265-288. Uno sguardo comparatistico è fornito in A. CEKANAVICIUS, L. R. FISHMAN, *Comparing concepts of originality in EU, Lithuanian and US law: photographs, new clips, databases, plot lines, tv formats, and other new uses of copyright works*, in *Cambridge Handbook of Intellectual Property in Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 80-109; F.E. JUDGE, D.J. GERVAIS, *Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 27, 2010; E. ROSATI, *Originality in US and UK copyright experiences as a springboard for an EU-wide reform debate*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 41, V, 2010, pp. 524-543; J.C. GINSBURG, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, in *Tulane Law Review*, vol. 64, V, 1990, pp. 991 ss.

<sup>19</sup> Trattato sull'Unione europea, versione consolidata come modificata dall'art. 1 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificata dalla l. del 2 agosto 2008, n. 130.

<sup>20</sup> Sulle alterazioni che l'innovazione tendenzialmente provoca sugli equilibri normativi nell'ambito della proprietà intellettuale, generando incertezza e, per certi versi, paura, si richiama lo stimolante scritto di R. ROMANO, *Innovazione, rischio e «giusto equilibrio» nel divenire della proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Civile*, III, 2015, pp. 532-553. Si vedano anche le preziose riflessioni espresse da M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, op.cit., pp. 68-70, secondo cui l'equilibrio tra autori, produttori e collettività, nella dialettica tra libertà di circolazione delle idee e delle informazioni e l'incentivo proprietario alla creazione di nuove forme idonee ad esprimerle, sia influenzato da due variabili indipendenti, quella tecnologica e quella politica, le quali ricalibrano ciclicamente le regole del gioco con soluzioni più favorevoli all'uno o all'altro interesse. Per più ampie considerazioni sistemiche sulle traiettorie di evoluzione del diritto d'autore nell'economia digitale si rinvia a D.J. GERVAIS, *(Re)structuring copyright: A comprehensive path to international copyright reform*, Edgar Elgar, Cheltenham, 2017; S. FRANKEL, D.J. GERVAIS, *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. In via più generale, sul rapporto tra proprietà intellettuale e tecnologie dell'informazione v. M.L. MONTAGNANI, *The Interface Between Intellectual Property and Information Technology Law* in I. CALBOLI, M.L. MONTAGNANI (a cura di), *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 149-162.



*disruptive* di ampliarne il suo oggetto e le connesse modalità di sfruttamento economico<sup>21</sup>.

È sicuramente vero che, da un lato, alcune creazioni all'avanguardia – rispetto ai loro tempi – come le fotografie, le opere cinematografiche e le opere audiovisive in senso lato, nonostante abbiano incrementato il novero delle opere autoriali, non siano risultate portatrici di ardue rivoluzioni interpretative, almeno sotto il profilo dell'architettura tradizionale del diritto d'autore e sotto quello dell'esame del carattere creativo, attecchendosi quest'ultimo secondo il consueto standard valutativo all'uopo riadattato.

D'altro canto, non può del pari negarsi che l'aggiunta all'arricchito catalogo (esemplificativo) di cui all'art. 2, l.d.a. delle creazioni innovative più moderne, frutto dell'era digitale<sup>22</sup>, quali in particolare i programmi per

---

<sup>21</sup> Il ruolo dirompente dell'evoluzione tecnologica sul diritto d'autore si apprezza nelle innovative modalità di produzione, distribuzione e consumo delle opere dell'ingegno. Come già rimarcato in un mio precedente scritto, *Towards the EU Directive on copyright in the Digital Single Market: From the hosting provider liability in the RTI/Yahoo case to its critical implementation in Italy*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, X, 2020, pp. 823-828, a ciascuna fase di sviluppo industriale – a partire dalla stampa a caratteri mobili, alle fotocopiatrici, ai computer – corrisponde un riadattamento ciclico del diritto d'autore per ribilanciare gli interessi in campo (v. *infra* par. 1). Nello stesso modo, tale operazione è richiesta rispetto alle più recenti innovazioni industriali, quali l'intelligenza artificiale e i Big Data (v. *infra* Capitolo Secondo). Sull'impatto dirompente delle nuove tecnologie nel settore dell'arte e nei corrispondenti aspetti di diritto d'autore v. in particolare M. STERPI, *Art Disruption: Art and Technology in the Twenty-first Century*, in L.M. KAYE, H.N. SPIGLER (a cura di), *The Art Law Review*, 2021, II ed., 2021, pp. 27-37; B. WERBIN, *Application of Copyright to Art*, *ivi*, pp. 38-46.

<sup>22</sup> Battezzate sagacemente come opere della «letteratura industriale» da J.H. REICHMAN, *Legal hybrids between the patent and copyright paradigms*, in K. ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ, J.J.C. KABEL (a cura di), *Information Law towards the 21st Century*, Kluwer Law International, Deventer-Boston, 1992, pp. 325 ss. Sull'argomento si richiama altresì la minuziosa ricerca elaborata da C. DI COCCO, E. PELINO, A.M. RICCI (a cura di), *Il diritto d'autore nella società dell'information technology: software, database, multimedia*, Gedit, Bologna, 2005.

elaboratore<sup>23</sup> e le banche dati<sup>24</sup>, abbia messo in discussione i tratti strutturali del diritto d'autore, soprattutto quelli caratterizzanti l'impianto continentale.

---

<sup>23</sup> Per alcune interessanti valutazioni conseguenti all'introduzione dell'impianto normativo europeo e nazionale a tutela dei *software*, cfr. in particolare M. FARINA, *Elementi di diritto dell'informatica*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 1-78; G. GHIDINI, E. AREZZO, *Dynamic competition in software development*, in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 3, IV, 2013, pp. 287 ss.; E. AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore: profili e critica di una dicotomia normativa*, Giuffrè, Milano, 2012; A.M. GAMBINO, *L'innovazione informatica tra brevettazione e diritto d'autore*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2010, pp. 147 ss.; M. BERTANI, *La tutela del software nell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, II, 2007, pp. 287-312; G. FLORIDIA, *La brevettabilità del software in Italia e in Europa*, *Il Diritto Industriale*, V, 2004, pp. 421 ss.; C. STRIPPOLI, *La tutela giuridica del software: l'ordinamento giuridico italiano e statunitense a confronto*, in *Giustizia civile*, VII-VIII, 2004, pp. 389 ss.; R. ARISTA, *Una protezione giuridica ad hoc per il software: le "disposizioni-tipo" dell'OMPI*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 1997, pp. 355 ss.; C. TRIBERTI, N. CUOMO, *Varata la tutela giuridica del software – Il commento*, in *Il Corriere Giuridico*, IV, 1993, pp. 408 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 1992, pp. 25-43. Con particolare riguardo al *software open source* si richiamano le interessanti riflessioni di G. GHIDINI, V. FALCE, *Open source, General Public Licence e incentivo all'innovazione*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2004, pp. 3-11; M. BERTANI, *Open source ed elaborazione di software*, *ivi*, pp. 105-158; D. CATERINO, *Software e rifiuto di licenza del codice sorgente*, *ivi*, pp. 388-498; G. OLIVIERI, L. MARCHEGANI, *Open source e innovazione tecnologica: il ruolo del diritto antitrust*, *ivi*, pp. 461-487; R. BORRUSO, *La tutela giuridica del software. Diritto d'autore e brevettabilità*, Giuffrè, Milano, 1999; G. GUGLIEMETTI, *L'invenzione del software. Brevetto e diritto d'autore*, II ed., Giuffrè, Milano 1997; P. SAMUELSON, R. DAVIS, D. KAPOR, J.H. REICHMAN, *A Manifesto concerning the legal protection of computer programs*, in *Columbia Law Review*, vol. 98, VIII, 1994, pp. 2308 ss.; L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software. Commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 1994; A.R. MILLER, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?*, in *Harvard Law Review*, vol. 106, III, 1993, pp. 977 ss.; R. RISTUCCIA, V. ZENO ZENCOVICH, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel DL 518/1992. Con 65 decisioni di giudici italiani*, II ed., Cedam, Padova, 1993; J. HUET, J.C. GINSBURG, *Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 30, 1992, pp. 327 ss.; R. FOGLIA, *La direttiva Cee sulla tutela del software*, in *Il Foro Italiano*, vol. 114, IV, 1991, pp. 307-320; V. ZENO ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1990, pp. 77 ss.; M.A. CARUSO, *Disciplina giuridica del software e interesse della collettività*, Giuffrè, Milano, 1989; V. FRANCESCHELLI, voce «*Computer (disciplina giuridica del)*», in *Digesto Civile*, III, Utet, Torino, 1988, pp. 141 ss.; R. PARDOLESI, «*Software*» di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevettuale?, in *Il Foro Italiano*, I, 1988, pp. 3133 ss.; IDEM, *Software, "property rights" e il diritto d'autore: il ritorno al paese delle meraviglie*, in *Il Foro Italiano*, 1987, II, pp. 289 ss.; G. FLORIDIA, *La protezione giuridica del software*, in *Il Corriere Giuridico*, 1986, pp. 211 ss.; G. ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>24</sup> Analogamente, sulle banche dati, cfr. fra i tanti E. DERCLAYE, *The legal protection of databases: A comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008; S. MORELLA, *La tutela delle banche dati nell'esperienza comunitaria: criticità sull'applicazione effettiva della direttiva 96/9/CE*, in *Diritto d'Autore e Nuove Tecnologie*, I, 2008; V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2006, pp. 227 ss.; A. KUR, R.M. HILTY, M. LEISTNER, C. GEIGER, *First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2006, vol. 37, V, pp. 551 ss.; E. DERCLAYE, *Databases sui generis right: what is a substantial investment? A tentative definition*, *ivi*, vol. 36, I, 2005, pp. 2 ss.; P. AUTERI, *Commentario al d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169. Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati*, in

Ciò ha portato ad interrogarsi su come debba essere declinato il menzionato requisito del carattere creativo rispetto alle predette creazioni utili, nell'ottica di accertare il superamento della soglia minima di originalità.

Del resto, sul piano sistemico, la stessa funzione culturale identificante il diritto d'autore è stata messa in discussione, dal momento che anche il più duttile esercizio ermeneutico farebbe fatica a cogliere e giustificare le ragioni dietro la volontà di estendere l'ambito di applicazione di una disciplina consacrata nella sua essenza al culto del bello, come le arti letterarie, figurative e plastiche, a beni che invece si presentano in palese distonia, come un codice sorgente od una banca dati, per i quali risulta quantomeno stravagante – se non altro agli occhi dei più – predicarne la bellezza (o la bruttezza)<sup>25</sup>.

Questa metamorfosi del diritto d'autore può comprendersi soltanto ove si consideri l'entrata in campo di una nuova variabile in grado di incidere sensibilmente nella valutazione del carattere creativo di un lavoro intellettuale, ovvero gli *interessi finanziari*, per tali intendendosi in questa sede come quegli interessi di natura politica volti ad indirizzare gli

---

*Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2003, IV-V, pp. 1175 ss.; M.J. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; J.H. REICHMAN, *Database Protection in a Global Economy*, in *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 16, II-III, 2002, pp. 455-504; A. PIZZOFERRATO, *Banche dati e diritti di proprietà intellettuale*, in *Contratto e impresa*, I, 2000, pp. 287-320; L. CHIMIANTI, *Banche di dati e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1999; M. FABIANI, *Banche dati e multimedialità*, in *Il Diritto di Autore*, I, 1999, pp. 11 ss.; R. CROCITTO, *Commento alla Direttiva 96/9/CE*, in *I Contratti*, I, 1997, pp. 102 ss.; V.E. LUCCHINI GUASTALLA, *Duplicazione abusiva degli elenchi del telefono e tutela giuridica delle banche dati*, in *Giurisprudenza Commerciale*, IV, 1997, pp. 426 ss.; F.B.R. ROSSETTI, *Le banche dati. Una nuova creazione intellettuale*, in *Il Diritto Industriale*, III, 1997; P. SPADA, *Banche dati e diritto d'autore (il "genere" del diritto d'autore sulle banche dati)*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, pp. 3 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il contenuto del diritto connesso sulle banche dati*, *ivi*, 1997, pp. 45 ss.; L. CHIMIANTI, *La direttiva dell'UE sulle banche dati*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1996, pp. 123 ss.; S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, in *Informatica e diritto*, vol. 5, I, 1996, pp. 175-201; G.C. ZANETTI, *La protezione giuridica delle banche dati*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 1996, pp. 342 ss.; D.B. ROSLER, *The European Union's Proposed Directive for the Legal Protection of Databases: a New Threat to the Free Flow of Information*, in *High Technology Law Journal*, vol. 10, I, 1995, pp. 105-146; P.A.E. FRASSI, *La tutela delle compilazioni di informazioni attraverso il diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1994, pp. 157-184; A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV-V, 1993, pp. 895-906; J.C. GINSBURG, *Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information*, in *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 1919 ss.; P. PERLINGERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, II, 1990, pp. 344 ss.; M. SANTILLI, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, 1988; J.H. SPOOR, *Banques de données et droit d'auteur*, in *Droit de l'informatique*, II, 1984, pp. 15 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in G. ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, op.cit., pp. 51 ss. Per un'analisi dalla vocazione planetaria v. D.J. GERVAIS, *The protection of databases*, in *Chicago-Kent College of Law*, vol. 82, 2007, pp. 1109 ss.

<sup>25</sup> Si è consapevoli che la bellezza non costituisca l'elemento determinante per accertare l'originalità di un'opera dell'ingegno, posto che occorre valutare il processo creativo e non la creazione *en tant que telle*, come ribadito da M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, op. cit., p. 139.

investimenti verso determinati comparti industriali ritenuti virtuosi<sup>26</sup>. Ciò ha di fatto inaugurato una vera e propria forma di asservimento del diritto d'autore alle dinamiche economiche – in tal caso – filotecnologiche<sup>27</sup>, come esplicitamente attestato negli obiettivi delle direttive 91/250/CE e 96/9/CE, volte *expressis verbis* a remunerare il dispendio di tempo, di forze, di energie e soprattutto di risorse finanziarie per la produzione di *software* e banche dati<sup>28</sup>. Era quindi inevitabile un ripensamento del requisito di originalità rispetto alla sua accezione anteriore all'entrata in vigore delle due direttive europee, allontanandolo dalla tradizionale pretesa di esprimere il contributo personalistico dell'autore, in favore di parametri ben più oggettivi.

Tale dibattito è tornato in auge con eco altrettanto – se non maggiormente – rumorosa a seguito delle più recenti evoluzioni che hanno riguardato i software e le banche dati, costituite rispettivamente dall'intelligenza artificiale e dai Big Data. Esse hanno polarizzato il dibattito istituzionale e dottrinale intorno all'idoneità del diritto d'autore ad accomodare queste ultime innovazioni tecnologiche.

Il legame tra i programmi per elaboratore e le banche dati ha raggiunto l'apice proprio in occasione dell'affermarsi dei sistemi di intelligenza artificiale, considerato che i due elementi essenziali che ne consentono il funzionamento sono esattamente il software e gli enormi giacimenti di dati<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> In questi termini, v. in particolare G. SPINA ALÌ, *Why intellectual property does not belong in the constitution(s): four considerations*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 42, VIII, 2020, p. 463, il quale, richiamando il saggio di L. O'MELLIN, *Software and Shovels: How the Intellectual Property Revolution is Undermining Traditional Concepts of Property*, in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 76, 2007, p. 144, evidenzia come il mutamento di paradigma che ha interessato in via generale il sistema della proprietà intellettuale abbia determinato uno spostamento dell'effetto promozionale sugli investimenti *ex se* anziché sugli sforzi creativi a vantaggio della collettività, esprimendosi nei seguenti termini «This trend also favours a paradigm shift in the intellectual property system, with the introduction of new forms of protection, aiming at defending corporate investments per se rather than fostering creative endeavours beneficial to the community».

<sup>27</sup> Ad onor del vero, il diritto d'autore già contemplava delle ipotesi di asservimento del diritto d'autore agli interessi finanziari, come, ad esempio, l'attribuzione dei diritti di sfruttamento economico dell'opera cinematografica al suo produttore, ai sensi dell'art. 45, l.d.a., portando autorevole dottrina ad avvertire oltre un ventennio fa l'esistenza di una possibile *deriva* della proprietà intellettuale verso la tutela degli interessi dell'investimento imprenditoriale, P. SPADA, *“Creazione ed esclusiva”, trent'anni dopo*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1997, pp. 216-219. Analogamente, M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale “Orizzonti del Diritto Commerciale”, 21-22 febbraio 2014, p. 7, anche dal diverso titolo *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2014, pp. 299 ss.; P. AUTERI, *Diritto ed economia: l'analisi economica del diritto e la proprietà intellettuale*, in *Pavia University Press*, IV, 2005, p. 13. Sulla giustificazione dogmatica di tali diritti v. in particolare G. OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1969, pp. 1 ss.

<sup>28</sup> Direttiva 91/250/CE, Considerando n. 2: “Considerando che per creare programmi per elaboratore è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie”; direttiva 96/9/CE, Considerando n. 7: “Considerando che per poter creare una banca di dati è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie”.

<sup>29</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 164.

Le due componenti sono talmente (inter)connesse da ritenere che il software senza i dati sarebbe cieco, mentre i dati senza il software sarebbero vuoti (nel senso di essere privi di senso e quindi anche di valore).

Rispetto ad entrambi, è possibile configurare molteplici opzioni di tutela, sia nell'alveo dei diritti di proprietà intellettuale, che al di fuori. Nondimeno, la prospettiva che verrà privilegiata in questo studio è quella del diritto d'autore poiché essa costituisce la protezione normativamente prevista per i loro precursori, giusta o sbagliata che si ritenga.

Orbene, l'animata discussione dottrinale gravitante intorno alla possibilità e all'opportunità di predicare il carattere creativo delle suddette produzioni tecnologiche introduce il secondo elemento di nebulosità della valutazione di creatività nel diritto d'autore. Pare ragionevole ritenere che la ricerca di una soluzione a questo rompicapo interpretativo debba biforcarsi in relazione alla particolare componente tecnologica presa in esame.

Con riguardo all'intelligenza artificiale, si dà conto che le questioni ermeneutiche principali ai fini dell'indagine che qui rileva<sup>30</sup> discendono dalla capacità degli algoritmi cd. *self-learning*<sup>31</sup> di produrre in modo automatizzato degli artefatti che, se realizzati dagli esseri umani, sarebbero senza dubbio qualificabili come opere dell'ingegno meritevoli della protezione autoriale<sup>32</sup>.

Occorre, quindi:

- (i) verificare se le opere ottenute mediante intelligenza artificiale siano idonee a soddisfare il requisito di originalità e possano quindi accedere alla tutela prevista dal diritto d'autore
- (ii) in caso negativo, verificare se e quali alternative di protezione possano reputarsi più appropriate per assicurare il ritorno degli investimenti nelle capacità generative dell'algoritmo senza al contempo produrre

---

<sup>30</sup> Per un'organica analisi multidisciplinare dell'impatto dell'intelligenza artificiale sulle diverse scienze giuridiche v. diffusamente U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020.

<sup>31</sup> Sul funzionamento dell'intelligenza artificiale si rinvia all'esautiva esplorazione svolta da S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, IV ed., Londra, 2020, nonché da M.A. BODEN, *Artificial Intelligence: a very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018. Per alcune interessanti ricostruzioni di sintesi cfr. A. MAN-CHO SO, *Technical Elements of Machine Learning for Intellectual Property Law*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 11-27; L. PORTINALE, *Intelligenza Artificiale: storia, progressi e sviluppi tra speranze e timori*, in *Rivista di diritto dei media*, III, 2021, pp. 13-28; R. GUIDOTTI, *Artificial intelligence and explainability*, in M. CAPPELLO (a cura di), *Artificial intelligence in the audiovisual sector*, IRIS Special, Osservatorio Europeo dell'Audiovisivo, Strasburgo, 2020; F. VANDIN, *AI, Machine learning, and Algorithms*, in M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), *Diritto del fintech*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 149-159. Occorre inoltre richiamare i due contributi seminali in materia di J. MCCARTHY, *Generality in Artificial Intelligence*, in *Communications of the ACM*, 1987, vol. 30, XII, pp. 257-267; A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, vol. 59, 1950, CCXXXVI, pp. 433-460. Da ultimo, giova dar conto della disamina ad ampio spettro prospettata da P. SEVERINO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Luiss University Press, Roma, 2022.

<sup>32</sup> Un'accurata illustrazione delle pluriformi capacità produttive dell'intelligenza artificiale (anche) nei campi artistico-culturali è svolta da M. DU SAUTOY, *Il codice della creatività*, Rizzoli, Milano, 2019.

- effetti collaterali sul mercato in misura superiore rispetto ai corrispondenti benefici; e infine
- (iii) determinare se e come la diversa capacità “creativa” della macchina – verosimilmente più potente sul piano quantitativo, ma meno (o per nulla) efficace su quello soggettivo – incida sulla valutazione generale del carattere creativo di un’opera dell’ingegno<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Su questi interrogativi cfr. A. RAMALHO, *Intellectual Property Protection for AI-generated Creations. Europe, United States, Australia and Japan*, Routledge, Londra, 2022; M. HERVEY, V. DRIVER, T. WOODHOUSE, *Intellectual Property*, in M. HERVEY, M. LAVY (a cura di), *The Law of Artificial Intelligence*, Sweet & Maxwell, Londra, 2021; E.C. LIM, *Meet my artificially-intelligent virtual self: creative avatars, machine learning, smart contracts and the copyright conundrum*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 16, I, 2021, pp. 66-78; J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, Commissione Europea, Lussemburgo, 2020, pp. 67-96; J. CAMPBELL, *Ex Machina: Technological Disruption and the Future of Artificial Intelligence in Persuasive Legal Writing*, in *University of Bologna Law Review*, vol. 5, II, 2020, pp. 294-326; L. CHIMIENTI, *Diritto d'autore 4.0. L'intelligenza artificiale crea?*, Pacini, Pisa, 2020; Z. EPSTEIN, S. LEVINE, D.G. RAND, I. RAHWAN, *Who Gets Credit for AI-Generated Art?*, in *iScience*, vol. 23, IX, 2020; G. FROSIO, *Copyright – Is the machine an author?*, in M. CAPPELLO (a cura di), *Artificial intelligence in the audiovisual sector*, op. cit., pp. 87-118; C. GEIGER, *Une politique pensée? Droit d'auteur, intelligence artificielle et big data: quand les choix du passé augurent mal des politiques futures*, in *Propriétés intellectuelles*, vol. 77, 2020, pp. 138 ss.; J.C. GINSBURG, *Authors Not Machines, Authorship and What It Means in International Copyright Law*, in G.W. AUSTIN, A.F. CHRISTIE, A.T. KENYON, M. RICHARDSONIN (a cura di), *Across Intellectual Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 79-91; M. KOP, *AI & Intellectual Property: Towards an Articulated Public Domain*, in *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 28, III, 2020, pp. 297 ss.; D. LINKE, D. PETRLÍK, *Copyright Work and its Definition with Regard to Originality and AI – Conference Report on the Fourth Binational Seminar of TU Dresden and Charles University in Prague, 27 June 2019*, in *GRUR International*, vol. 69, I, 2020, pp. 39-45; P. MEZEI, *From Leonardo to the Next Rembrandt. The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms*, in *Institute of Comparative Law and Legal Theory*, II, 2020; G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020 pp. 195-234; T. APLIN, G. PASQUALETTO, *Artificial Intelligence and Copyright Protection*, in R.M. BALLARDINI, P. KUOPPAMÄKI, O. PITKÄNEN (a cura di), *Regulating Industrial Internet Through IPR, Data Protection and Competition Law*, op. cit., pp. 81-97; AA. VV., *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-13, 2019; J. C. GINSBURG, L. A. BUDIARDJO, *Authors and Machine*, in *Berkeley Technology Law Review*, vol. 34, II, 2019; D. J. GERVAIS, *The Machine as Author*, in *Iowa Law Review*, vol. 105, 2019, pp. 2053 ss.; G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV, 2019, pp. 253 ss.; G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2019, pp. 367-399; J. IHALAINEN, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, IX, 2018, pp. 724-728; T. MARGONI, *Artificial Intelligence, Machine Learning and EU Copyright Law: Who Owns AI?*, in *Creative Economy Centre University of Glasgow*, 2018; A. CHIABOTTO, *Intellectual Property Rights over Non-Human Generated Creations*, 2017, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3053772>; P. LAMBERT, *Computer generated works and copyright: selfies, traps, robots, AI and machine learning*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 39, I, 2017, pp. 14 ss.; A. RAMALHO, *Will Robots Rule the (Artistic) World?*, in *Journal of Internet Law*, vol. 21, I, 2017, pp. 12-25; R. YU, *The machine author: what level of copyright protection is appropriate for fully independent computer-generated works?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, 2017, pp. 1245 ss.; T. SORJAMAA, *Authorship and Copyright in the Age of Artificial Intelligence*, Hanken School of Economics, Helsinki, 2016; R.C. DENICOLA, *Ex Machina: Copyright Protection for*

Con riferimento ai Big Data, appare opportuno interrogarsi in merito alla loro idoneità ad essere oggetto della protezione autoriale secondo il regime ordinario previsto per le banche dati e, di riflesso, sulle possibili conseguenze derivanti dalla concentrazione della titolarità del diritto d'autore e/o del diritto *sui generis* nelle mani dei pochi grandi operatori capaci di generarle e di gestirle (le cd. *big data companies*), alla luce della rilevanza strategica che l'informazione – e ancor meglio l'aggregazione “intelligente” di informazioni – ha acquisito per il mercato<sup>34</sup>. Si afferma così il bisogno di valutare l'opportunità di ampliare le ipotesi di limitazioni ed eccezioni a forme di sfruttamento esclusivo dei Big Data, onde evitare l'acquisizione o il rafforzamento di inespugnabili posizioni monopolistiche<sup>35</sup>.

---

*Computer-Generated Works*, in *Rutgers University Law Review*, vol. 69, 2016, pp. 251 ss.; J. GRIMMELMANN, *There's No Such Thing as a Computer-Authored Work – And It's a Good Thing, Too*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 39, III, 2016, pp. 403 ss.; A. BRIDY, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, in *Stanford Technology Law Review*, vol. 5, 2012, pp. 1 ss.; S. ERCOLANI, *Computer generated works*, in *Il Diritto di Autore*, 1998, pp. 604 ss.; in un'ottica molto lungimirante anche M. FABIANI, *Gli apparecchi elettronici sono creatori intellettuali?*, *ivi*, 1966, pp. 95 ss.

<sup>34</sup> In argomento, v. in particolare G. OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in U. MORERA, M. SCIUTO (a cura di), *Le parole del diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 9 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2008, pp. 141 ss.

<sup>35</sup> Sul tema vi è già una ricca sedimentazione dottrinale. Cfr. tra i molti J. CANNATAKI, V. FALCE, O. POLLICINO (a cura di), *Legal challenges of Big Data*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020; G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, III, 2020, pp. 635-674; M.L. MONTAGNANI, *Dati e proprietà intellettuale in Europa: dalla “proprietà” all’“accesso”*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2020, pp. 539-569; V. FALCE, *Uses and abuses of database rights: how to protect innovative databases without jeopardizing the Digital Single Market Strategy*, in P. DRAHOS, G. GHIDINI, H. ULRICH (a cura di) *Kritika: Essays on Intellectual Property*, vol. IV, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 180-222; A. PRETA, *L'economia dei dati e l'intelligenza artificiale tra politica economica, concorrenza e regolazione dei mercati*, in V. FALCE (a cura di), *Fairness e innovazione nel mercato unico digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 173-188; É. BRUC, *Data as an essential facility in European law: how to define the “target” market and divert the data pipeline?*, in *European Competition Journal*, vol. 15, II-III, 2019, pp. 177-224; D.J. GERVAIS, *Exploring the interfaces between big data and intellectual property law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology & Electronic Commerce*, vol. 10, III, 2019, pp. 3 ss.; T. PIHLAJARINNE, R.M. BALLARDINI, *Owning Data via Intellectual Property Rights: Reality or Chimera?*, in R.M. BALLARDINI, P. KUOPPAMÄKI, O. PITKÄNEN (a cura di), *Regulating Industrial Internet Through IPR, Data Protection and Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, pp. 115-133; F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 821 ss.; G. BONELLI, F. GHIRETTI, *Big data e proprietà intellettuale*, in AA. VV., *Big Data: privacy, gestione, tutele*, Utet, Torino, 2018, pp. 135-158; V. FALCE, *Copyrights on data and competition policy in the Digital Single Market strategy*, in *Rivista italiana di Antitrust e I*, 2018, pp. 32-44; IDEM, *L' “insostenibile leggerezza” delle regole sulle banche dati nell'unione dell'innovazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV, 2018, pp. 377 ss.; M. KELLY, P. TWOMEY, *I “big data” e le sfide etiche*, in *La civiltà cattolica*, II, 2018, pp. 446 ss.; M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Egea, Milano, 2018; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big Data as misleading facilities*, in *European Competition Journal*, vol. 13, II-III, 2017, pp. 249-281; V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2017; A. OTTOLIA, *Big Data e Innovazione Computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017; R. M. VISCONTI, *La valutazione economica dei database (banche dati)*, in *Il Diritto*

Nel tentativo di fornire risposte ai quesiti sopra illustrati si cercherà di contemperare, da un lato, l'interesse della collettività al progresso socioculturale, in cui si annovera anche l'esigenza degli autori e dei produttori (diversi da quelli beneficiari delle esclusive) ad operare in un mercato creativo dinamico che sia dotato di anticorpi proconcorrenziali di fronte alle derive iperprotettionistiche, e, dall'altro, l'interesse degli investitori ad essere ricompensati adeguatamente dei cospicui investimenti nelle menzionate tecnologie emergenti.

Pertanto, la seconda linea di indagine di questa ricerca è indirizzata alla disamina del livello di incidenza degli interessi finanziari nella valutazione del carattere creativo di una produzione intellettuale, così come rimodulata dal legislatore italiano, e prima ancora da quello europeo, per recepire le vecchie e nuove istanze filotecnologiche. A questo scopo, si cercherà di stabilire se le soluzioni già impiegate per le tecnologie precorritrici possano, al netto degli opportuni adattamenti, essere rinverdate per risolvere le questioni originate dalle tecnologie più avanguardiste.

Inoltre, l'accennato interesse a preservare la dinamicità dei mercati artistico-culturali consente di presentare il terzo fattore incidente sulla valutazione del carattere creativo di un lavoro dell'intelletto, ovvero la *concorrenza*. Sebbene manchi un espresso addentellato normativo – quantomeno nella disciplina dedicata al diritto d'autore – che obblighi l'interprete a tener conto delle implicazioni (pro e anti)concorrenziali dipendenti dal giudizio di creatività, non ci si può esimere dal constatare, in prima approssimazione, che l'attribuzione dei diritti di esclusiva sulle produzioni intellettuali sia, a certe condizioni, in grado di provocare delle ripercussioni significative sulla dinamicità del rispettivo mercato<sup>36</sup>.

---

*Industriale*, IV, 2017, pp. 358-364; F. BANTERLE, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali nei Big Data tra privacy e proprietà intellettuale*, in *Annali italiani di diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, pp. 579-595; F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, pp. 5 ss.; G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, III, 2016, pp. 425-460; A. WIEBE, *Protection of industrial data: a new property right for the digital economy?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, I, 2016, pp. 62-71; V. ZENO-ZENCOVICH, G. CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, pp. 29 ss.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV-V, 2015, pp. 909 ss.; V. VITI, *Diritto sui generis al guado*, in *Diritto dell'internet*, V, 2005, pp. 451- 461.

<sup>36</sup> Il consistente dibattito dottrinale sull'argomento testimonia l'arduo tentativo di trovare un bilanciamento tra diritto d'autore e connesse derive (anti)concorrenziali. Cfr. M. MAGGIOLINO, L. ZOBOLI, *The Intersection Between Intellectual Property and Antitrust Law*, in I. CALBOLI, M.L. MONTAGNANI (a cura di), *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives*, op. cit., pp. 121-134; E. FABRIZI, A. MOLINARO, *I rapporti tra diritto antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, in L.D. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, II ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 173-194; F. MAZZARELLA, *Da diritto a paradigma: uso e abuso della proprietà nella disciplina dei diritti d'esclusiva*, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. 65, IV, 2019, pp. 861-889; S. MAURER, *Intellectual Property Incentives: Economics and Policy Implications*, in R. DREYFUSS, J. PILA (a cura di), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 144-170; G.S. HEMPHILL, *Intellectual Property and Competition Law*, *ivi*, pp. 872-897; M. BERTANI, *Abuso dei diritti di proprietà intellettuale*,



Tale assunto è agevolmente dimostrabile tenendo a mente lo scenario giuridico comune ad ogni società mediamente avanzata in cui vige incontestato il principio del libero sfruttamento delle idee. Eventuali alterazioni, incarnate per eccellenza nel diritto di vietare a terzi lo sfruttamento di una determinata idea (o meglio di una precisa *forma espressiva* di un'idea), appaiono *prima facie* come eccezionali e, proprio per questo, sono ammesse nella misura in cui sussistano specifiche ragioni che, nel diritto d'autore – e similmente nel diritto dei brevetti<sup>37</sup>, così come

---

in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, III, 2017, pp. 443 ss.; G. PITRUZZELLA, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; G. MUSCOLO, *Innovazione nella rete e diritti non titolati: il ruolo di know-how, copyright, banche dati e pratiche commerciali sleali*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2015, pp. 114-116; M. RICOLFI, *The New Paradigm of Creativity and Innovation and Its Corollaries for the Law of Obligations*, in H. ULLRICH, P. DRAHOS, G. GHIDINI (a cura di), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, 2015, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 134 ss.; H. HOVENKAMP, *Creation without Restraint. Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012; A. MUSELLI, *I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante - Rassegna delle decisioni comunitarie (1988-2010)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2012, pp. 425-445; M. MAGGIOLINO, *Intellectual Property and Antitrust: A Comparative Economic Analysis of US and EU law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011; G. CAVANI, *Le intersezioni con il diritto della concorrenza*, in A.M. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni ART, Roma, 2009, pp. 39-46; P. AUTERI, *Iperprotezione dei titolari di diritti IP?*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, pp. 155-163; M.L. MONTAGNANI, *Remedies to exclusionary innovation in the high-tech sector: is there a lesson from the Microsoft saga?*, in *World Competition*, IV, 2007, pp. 623-643; G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersezione fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, II, 2005, pp. 247-272; M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004; G. DWORKIN, *Unfair competition: is it time for European harmonization?*, in D. VAVER, L. BENTLY (a cura di), *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour R. Cornish*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 175-188; F. DENOZZA, *Refusal to deal and IPRs*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law*, Giuffrè-Bruylant, Milano-Bruxelles, 2003, pp. 259 ss.; D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2002, pp. 543 ss.; M. RICOLFI, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2001, pp. 149 ss.; P. MARZANO, *Diritto d'autore ed antitrust tra mercati concorrenziali e network economies*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1998, pp. 430 ss.; P.E. MOYSE, *La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole?*, in *McGill Law Journal*, vol. 43, I, 1998, pp. 507 ss.; D. SARTI, *Antitrust e diritto d'autore*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1995, pp. 109 ss.; M.T. JORDE, J.D. TEECE (a cura di), *Antitrust, innovation and competitiveness*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1992; M. LEHMAN, *La teoria dei property rights e la protezione della proprietà intellettuale e commerciale: una analisi giuridica ed economica*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1984, pp. 32 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica degli istituti del diritto industriale*, *ivi*, I, 1956, pp. 137 ss.

<sup>37</sup> Con tutte le differenze valutative che intercorrono tra le due discipline, specialmente con riferimento alla tipologia – più o meno marcatamente soggettiva – di apporto creativo che esse mirano a premiare. Sul punto, v. in particolare Cass. civ., sez. I, sent. n. 15496 dell'11 agosto 2004, secondo cui «Il diritto d'autore, a differenza del diritto delle invenzioni, caratterizza in senso marcatamente soggettivo la creatività. Questa, infatti, in siffatte opere dell'ingegno non è data di necessità della idea di per sé, come acuta dottrina ha dimostrato, ma dalla forma della sua espressione ovvero dalla sua soggettività. La stessa idea può essere alla base di diverse opere di autore, come è ovvio nelle opere degli artisti, che tuttavia sono o possono essere diverse per l'appunto per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende, e che in quanto tale rileva per l'ottenimento della protezione». In proposito, occorre segnalare che attenta dottrina ha esaminato la medesima problematica del gradiente minimo di originalità nel sistema brevettuale (in tal caso per vedersi accordato

nell'intelaiatura generale dei diritti di proprietà intellettuale – sono rintracciabili nell'esigenza di incentivare la produttività dei creatori per mezzo del riconoscimento di un monopolio temporaneo su ciò che è stato creato<sup>38</sup>. A ben vedere, il sacrificio del(le ragioni del) mercato a seguito della possibilità di appropriarsi di una certa forma espressiva di un'idea risulta altresì funzionale all'obiettivo di promuovere lo sviluppo di quello stesso mercato creativo, mettendo così in luce la duplice angolazione da cui può osservarsi lo speciale rapporto tra diritto d'autore e concorrenza:

- a) da una parte, il diritto d'autore genera una spirale virtuosa di competizione tra soggetti creativi, giacché la possibilità di essere premiati con il diritto di godere e disporre di tutti i benefici economici su quanto creato costituisce un incentivo a ricercare e realizzare artefatti nuovi, idonei ad usufruire della corrispondente tutela. Il diritto d'autore viene così visto come quel "male necessario" che, in realtà, crea ed alimenta i mercati delle opere dell'ingegno, i quali verosimilmente non sarebbero mai venuti ad esistenza o comunque non si sarebbero rivelati così dinamici in assenza del meccanismo incentivante innescato dalla disciplina autoriale<sup>39</sup>;

---

il diritto di privativa), V. JANDOLI, *L'esame dell'altezza inventiva*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2003, pp. 280 ss. Al riguardo, non ci si può esimere dal ricordare la prima sentenza in materia che, come per il diritto d'autore, "si accontenta" di un apporto creativo minimo anche per le invenzioni industriali, Cass. civ. sez. I, sent. n. 2878 del 4 dicembre 1967 secondo cui «Il requisito dell'originalità (novità intrinseca, apporto creativo), essenziale perché si abbia invenzione industriale, ricorre quando, a prescindere dalla maggiore o minore novità del risultato, l'attività di chi lo abbia raggiunto o determinato rivesta carattere creativo e non di semplice esecuzione deve trattarsi, cioè, di soluzione originale, non di semplice applicazione o esecuzione di idee, diffuse o meno, ma conosciute dall'inventore e rientranti nella sfera della normale applicazione tecnica di principi noti. Il grado di creatività, in linea di principio, non ha importanza, ma un *minimo di creatività* deve pur sempre esistere, ed è quello che dà luogo ad un distacco individuale tra il campo della mera riproduzione ed applicazione di principi già noti e quello di chi ha conseguito un nuovo incremento di utilità» [corsivo mio].

<sup>38</sup> A tal proposito, è doveroso tener conto delle preziose risultanze consegnate dall'analisi economica del diritto della proprietà intellettuale, su cui cfr. specificamente B. DEPOORTER, P.S. MENELL, *Economics of Intellectual Property Law. Volume 1: Theory*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019; G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, Il Mulino, Bologna, 2015; I.L. PITT, *Economic Analysis of Music Copyright*, Springer, Berlino, 2010; F. AMISANO, A. CASSONE, *Proprietà intellettuale e mercati: il ruolo della tecnologia e conseguenze microeconomiche*, Università del Piemonte orientale, *working paper* n. 49, Alessandria, 2005; G. RAMELLO, *Il diritto d'autore nella prospettiva law and economics*, in *Economia della Cultura*, II, 2003, pp. 207-218; W. M. LANDES, R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Harvard University Press, Massachusetts, 2003; IDEM, *An economic analysis of copyright law*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, II, 1989, pp. 325-363

<sup>39</sup> Sul ruolo principe che la proprietà intellettuale dovrebbe acquisire nel contesto delle politiche dell'innovazione al fine di accrescere la competitività fra le imprese v. in particolare M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 299 ss.; G. GHIDINI, *Evoluzione del diritto d'autore e promozione di informazione e cultura. Nuove luci e nuove ombre*, in A.M. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, op. cit., pp. 123-128; F. MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi. Marchi persone e cose dalla corporazione medievale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 136 ss.; M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000; G. GHIDINI, *Ricerca e Sviluppo come motore del "vantaggio competitivo": il ruolo della proprietà intellettuale*, in *Micro & Macro Marketing*, II, 1998, pp. 229-244. Si

b) d'altra parte, il diritto d'autore pone al contempo un limite alla competizione tra soggetti creativi, soprattutto quando esso viene strumentalizzato per raggiungere o rinforzare posizioni monopolistiche che causano giocoforza un soffocamento della concorrenza dinamica<sup>40</sup>. Si assiste così ad un'eterogenesi dei fini che svela il carattere bicefalo del rapporto tra diritto d'autore e concorrenza. Non può infatti negarsi che, in alcune situazioni di mercato, il confine tra uso e abuso dei diritti di esclusiva diventi molto labile<sup>41</sup>, come attestato anche dalla giurisprudenza europea<sup>42</sup>. La prospettiva qui descritta impone, dunque, di discernere con cautela le forme espressive dell'intelletto dotate di carattere creativo rispetto a quelle sprovviste di tale requisito<sup>43</sup>.

Le osservazioni preliminari concernenti il bilanciamento tra diritto d'autore e concorrenza che verranno tratteggiate nella sezione seconda, devota alle opzioni di tutela prospettabili per le produzioni dell'intelligenza artificiale e per i Big Data, consentiranno di dedicare la sezione terza agli effetti sulla concorrenza dinamica discendenti dal riconoscimento del diritto d'autore.

Poste tali premesse teoriche, seguirà l'analisi delle ricadute pratiche del giudizio sul carattere creativo di un'opera dell'ingegno, ponendo l'accento sull'attuale imprevedibilità delle derive giurisprudenziali (quantomeno) italiane. Sembra che l'incertezza dell'esito valutativo, più o meno protezionistico, risulti strettamente dipendente dalla disomogenea sensibilità degli organi giudicanti rispetto alle implicazioni concorrenziali del giudizio

---

vedano altresì le stimolanti riflessioni – seppur indirizzate segnatamente al diritto dei brevetti – sulla poliedrica funzione ricoperta dai diritti di privativa industriale proposta da V. FALCE, *Sulle fondazioni filosofiche delle moderne dottrine economiche dell'innovazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2004, pp. 125 ss. In argomento, v. le considerazioni precorritrici proposte da R. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1956, pp. 28 ss.

<sup>40</sup> Per dei ricchi spunti sul tema occorre richiamare le riflessioni di R. CASO, G. DORE, *Copyright as monopoly: the Italian fire under the ashes*, in *Trento Law and Technology Research Group*, n. 26, 2016; F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014; A. EZRACHI; M. MAGGIOLINO, *European Competition Law, Compulsory Licensing, and Innovation*, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, III, 2012, pp. 595-614. Nella prospettiva brevettuale cfr. A. MUSELLI, *La difficile riconciliazione del diritto della proprietà intellettuale e del diritto della concorrenza, note a margine dei casi Astrazeneca e Pfizer*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, pp. 759-778; M. MAGGIOLINO, M.L. MONTAGNANI, *Astrazeneca's abuse of IPR-related procedures: a hypothesis of anti-trust offence, abuse of rights, and IPR misuse*, in *World Competition*, vol. 34, II, 2011, pp. 245 ss.; M.J. MEURER, *Controlling opportunistic and anti-competitive intellectual property litigation*, in *Boston College Law Review*, vol. 44, 2002, pp. 509-544; P.E. MOYSE, *La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole?*, op. cit., pp. 507-563.

<sup>41</sup> F. MAZZARELLA, *Da diritto a paradigma: uso e abuso della proprietà nella disciplina dei diritti d'esclusiva*, op. cit.

<sup>42</sup> CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257; IDEM, sentenza del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 e C-242/91, *Radio Telefis Eireann e altri c. Commissione delle Comunità europee e Magill Tv*, EU:C:1994:210.

<sup>43</sup> Tra i pionieri della dottrina italiana, v. specialmente G. GHIDINI, *Prospettive «protezionistiche» nel diritto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1995, pp. 73 ss.

in discorso. Di fatto, l'irregolare appello da parte della giurisprudenza alle ragioni del mercato rende la concorrenza il terzo fattore incidente sulla nebulosità dell'esame del carattere creativo nel diritto d'autore, dal momento che esso ha causato una diversa perimetrazione delle entità suscettibili di attrarre il menzionato diritto di esclusiva, con degli effetti (pro e anti)concorrenziali "a geometria variabile".

Si manifesta, quindi, l'utilità di interrogarsi circa la bontà di un'uniforme interpretazione "concorrenzialmente orientata" in materia di diritto d'autore. Allo stato attuale del diritto, pare che solamente gli organi giudicanti più sensibili alle dinamiche economiche di mercato condividano la soluzione interpretativa meno protezionistica. Altri giudici, invece, circoscrivono l'esame del carattere creativo di un'opera alla sola sussistenza di un modesto gradiente di originalità<sup>44</sup>, in conformità al già menzionato orientamento giurisprudenziale che favorisce l'attribuzione dell'esclusiva ogniqualvolta venga realizzato un atto creativo minimo.

Qualora, per ragionamento *ad absurdum*, tale approccio esegetico molto "benevolente" dovesse trovare accoglimento in favore di ogni lieve contributo creativo si avrebbe un'espansione incontrollata – oltre che ingiustificata – dei diritti di esclusiva, con il conseguente rischio di saturazione (o di *overprotection*), del mercato creativo<sup>45</sup>. Si determinerebbe così il passaggio dalla felice rappresentazione allegorica dei diritti di proprietà intellettuale come *poche isole di esclusività in vasti oceani di libertà*<sup>46</sup> ad una ben più preoccupante immagine che invece li raffiguri come *vaste distese di esclusività con fiumi di libertà interstiziali*.

Al riguardo, l'adeguato apprezzamento delle ragioni concorrenziali e delle *parallele derive anticoncorrenziali* potrebbe condurre ad una bilanciata allocazione dei diritti di esclusiva, di guisa che essi possano incentivare e non imbrigliare i poliedrici mercati della creatività<sup>47</sup>.

Affiora così la terza linea di indagine di questa ricerca, identificabile nell'esame dell'incidenza dei valori concorrenziali – e di come sarebbe auspicabile incidessero – nel giudizio di creatività, nonché di come essi si

---

<sup>44</sup> Fatti salvi i riferimenti giurisprudenziali italiani in materia di originalità citati *supra*, giova richiamare in proposito alcuni interessanti studi sulla *case law* d'oltreoceano avente proprio ad oggetto il gradiente minimo di creatività, C. BUCCAFUSCO, Z.C. BURNS, J.C. FROMER, C.J. SPRIGMAN, *Experimental Tests of Intellectual Property Laws' Creativity Thresholds*, in *Texas Law Review*, VII, 2014, pp. 1921-1980; S. STERN, *Copyright Originality and Judicial Originality*, III, in *University of Toronto Law Journal*, III, 2013, pp. 385-417.

<sup>45</sup> Sulla necessità di innalzare una barriera contro la tendente proliferazione dei diritti di esclusiva, v. le acute riflessioni proposte da G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, UTET, Milano, 2010, pp. 3-72.

<sup>46</sup> «Intellectual property rights constitute islands of exclusivity in an ocean of liberty», C. GEIGER, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, in *International Review of Intellectual Property & Competition Law*, vol. 35, III, 2004, pp. 268-272; J.H. REICHMAN, *Legal hybrids between the patent and copyright paradigms*, op. cit., p. 2434.

<sup>47</sup> V. IAIA, *Concept store e privative industriali: verso la tutela (anche) autorale come opera architettonica*, op. cit., pp. 216-218.

relazionino con gli altri due fattori rilevanti in tale valutazione, ovvero l'originalità e gli interessi finanziari.

Si procederà, quindi, ad una rassegna selezionata degli arresti giurisprudenziali italiani e stranieri ritenuti più significativi nella definizione del giudizio di creatività di un'opera dell'ingegno. Le sentenze saranno esaminate secondo le tre chiavi di lettura che identificano il presente lavoro rispetto alla letteratura già esistente, nel tentativo di individuare dei criteri che possano legittimare e rendere maggiormente prevedibili le future derive giurisprudenziali in materia di creatività autoriale. La necessità di assottigliare il margine di eterogeneità tra i diversi organi giudicanti si iscrive nell'obiettivo di garantire maggiore certezza del diritto, un valore imprescindibile all'interno di una cultura giuridica avanzata che, tuttavia, rispetto a questo caposaldo del diritto d'autore, sembra ben lontano dal potersi reputare assicurato.

In estrema sintesi, l'ambiguità interpretativa ed applicativa del requisito di originalità discendente dalla scelta del legislatore di avvalersi della clausola generale del "carattere creativo", i recenti dubbi esegetici aventi ad oggetto il ruolo degli interessi finanziari nella suddetta valutazione e le disomogenee attenzioni ai susseguenti effetti concorrenziali rappresentano le cause determinanti la multiforme nebulosità del(le derive del)la creatività nel diritto d'autore all'interno del contesto sociale e tecnologico contemporaneo.

La messa a fuoco di ciascuna componente e la mappatura delle loro (inter)relazioni nel corso della valutazione di creatività di un'opera dell'intelletto consentirà di proporre una gerarchia di interessi da cui distillare delle coordinate ermeneutiche più puntuali di quanto sia stato suggerito sino ad ora. Essa ambisce a fornire un ausilio all'interprete nell'ottica di assicurare maggiore prevedibilità a tale giudizio che, da un lato, deve tener conto delle conseguenze sistemiche sulla complessa dialettica tra area privatizzabile e pubblico dominio all'interno di una cornice valoriale in cui concorrono svariati diritti fondamentali<sup>48</sup> e, dall'altro, non può prescindere da una valutazione caso per caso che rispecchia le sensibilità socioculturali contingenti.

Sebbene debba infatti rinunciarsi alla certezza assoluta sul suo esito, in quanto pur sempre basato sull'interpretazione di una clausola generale che *ex se* esige di attingere a valori extra-legali cangianti nel tempo, resta possibile il tentativo di guidare il giudicante nell'opera di integrazione del dato normativo, affinché vi resti fedele anche quando lo oltrepassi<sup>49</sup>. Ciò contribuirebbe a legittimare il giudizio di creatività di un'opera dell'ingegno,

---

<sup>48</sup> Sul punto cfr., tra i tanti, J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 273-440; G. GREENLEAF, D. LINDSAY, *Public Rights: Copyright's Public Domains*, Cambridge University Press, New York, 2018; H. BREAKEY, *User's Rights and the Public Domain*, in *Intellectual Property Quarterly*, III, 2010, pp. 312 ss.; L. GUIBAULT, P.B. HUGENHOLTZ (a cura di), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006; E. SAMUELS, *The Public Domain in Copyright Law*, in *Journal of the Copyright Society*, vol. 41, 1993, pp. 137 ss.

<sup>49</sup> A. GENTILI, *Prefazione*, op. cit., p. XXI.

evitando che esso possa tradursi e ridursi ad un verdetto arbitrariamente discrezionale, a scapito della certezza del diritto, oltre che foriero di possibili discriminazioni tra creatori parimenti (e diversamente) creativi, in aperta violazione degli artt. 2, TUE, e 3, Cost.

Ed in questo senso si cercherà di ricondurre le menzionate derive della creatività autoriale nei binari della sostenibilità, nel rispetto del target 8.3 dell'Agenda 2030, avente l'obiettivo di promuovere politiche orientate allo sviluppo che supportino, *inter alia*, esattamente la creatività e l'innovazione<sup>50</sup> all'esito di un composito esercizio di equilibrio che ambisce a soddisfare al contempo gli interessi *en jeux* degli autori, dei loro finanziatori e del mercato.

---

<sup>50</sup> Come opportunamente rilevato M.L. BIXIO, *Modelli di gestione collettiva a tutela dei diritti d'autore*, Giappichelli, Torino, 2020, XII, la transizione verso la sostenibilità riguarda altresì la cultura, dovendo applicare anche per questo peculiare comparto quei principi atti ad assicurare un'economia circolare, equa e inclusiva. Ad avviso dell'Autrice, gli attivatori orizzontali per raggiungere siffatto obiettivo sarebbero la scienza, la tecnologica, la ricerca, l'innovazione, la digitalizzazione, la finanza, la fissazione dei prezzi, la fiscalità, la concorrenza, la condotta responsabile, la responsabilità sociale delle imprese e i nuovi modelli d'impresa, il commercio aperto e fondato su regole, la governance e la coerenza delle politiche multilivello. Un'analisi dal così ampio spettro valoriale richiederebbe una trattazione a sé stante, ma è interessante notare che tra gli indicatori rilevanti figurino anche l'innovazione, la finanza e la concorrenza, le cui interferenze costituiscono l'oggetto privilegiato della presente indagine.

## CREATIVITÀ AUTORIALE E “DISORDINE” GIURIDICO ALLA BASE DEL GIUDIZIO DI ORIGINALITÀ

SOMMARIO: 1. La protezione giuridica dei beni immateriali. Scansione degli interessi rilevanti – 1.1 (*Segue*) Cenni minimi sui poliedrici interessi a fondamento dei beni immateriali – 1.2 (*Segue*) I distinti interessi all’origine delle *res incorporales* – 1.3 (*Segue*) Gli interessi della rivoluzione tipografica e la nascita del diritto d’autore – 1.4 (*Segue*) I successivi interessi dei produttori del mercato creativo e la prima metamorfosi del diritto d’autore – 1.5 (*Segue*) I rinnovati interessi della rivoluzione digitale e la seconda metamorfosi del diritto d’autore – 2. Il requisito di originalità nel raffronto tra i sistemi di *copyright* e di *droit d’auteur* – 2.1 (*Segue*) L’originalità come clausola generale e la riprova nell’ampia gamma di test applicabili – 2.2 (*Segue*) La parabola ascendente dello standard creativo minimo nei sistemi di *common law* – 2.3 (*Segue*) La parabola discendente dello standard creativo minimo nei sistemi di *civil law* – 2.4 (*Segue*) Sunto di un percorso sigiziale – 3. Il significato del «carattere creativo» nell’ordinamento italiano – 3.1 (*Segue*) La comunanza valutativa nel diritto dei disegni o modelli – 4. Le manovre europee di progressiva armonizzazione del requisito di originalità – 4.1 (*Segue*) L’armonizzazione verticale nell’*acquis communautaire* normativo e l’ambiziosa proposta di codificazione – 4.2 (*Segue*) L’armonizzazione orizzontale nell’*acquis communautaire* giurisprudenziale – 4.2.1 (*Segue*) Le undici parole – 4.2.2 (*Segue*) L’interfaccia grafica utente – 4.2.3 (*Segue*) Le partite di calcio – 4.2.4 (*Segue*) Il fotoritratto – 4.2.5 (*Segue*) Il calendario delle partite di calcio – 4.2.6 (*Segue*) Le funzioni, il linguaggio di programmazione e il formato dei file di un programma per elaboratore – 4.2.7 (*Segue*) Le componenti grafiche e sonore di un videogioco – 4.2.8 (*Segue*) Il sapore di un alimento – 4.2.9 (*Segue*) I rapporti sulle operazioni militari – 4.2.10 (*Segue*) L’effetto visivo di un modello di abbigliamento – 4.2.11 (*Segue*) La bicicletta pieghevole – 4.2.12 (*Segue*) Considerazioni a margine della chiassosa europeizzazione giurisprudenziale silente della nozione di opera dell’ingegno e del requisito di originalità – 5. Prospettive di convergenza nell’assetto normativo internazionale – 6. Un quadro di sintesi.

### 1. La protezione giuridica dei beni immateriali. Scansione degli interessi rilevanti

L’opportunità di godere in via esclusiva dei frutti ricavabili da uno sforzo creativo, sia esso incarnato in un romanzo, in una sinfonia, in un melodramma, in una scultura, in una fotografia, in un lungometraggio, in un personaggio di fantasia, in un disegno industriale, in una raccolta di dati, in un codice sorgente, in un arredamento di interni o in tanto altro ancora, è il risultato di una lunga evoluzione sociale, culturale, economica e tecnica che, nel corso del tempo, ha plasmato la scienza giuridica e la corrispondente architettura normativa, riflettendo i molteplici e mutevoli interessi legati alla tutela(bilità) di alcune categorie di beni immateriali (secondo gli anglosassoni le cd. *intangible goods*)<sup>51</sup> costituenti estrinsecazione del pensiero creativo umano, ovvero le opere dell’ingegno.

---

<sup>51</sup> La letteratura sul tema è molto vasta. Fra i tanti, cfr. R. JACOB, *Is IP out of control?* in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, II, 2020, pp. 98-102; R. ROMANO,

Come ben noto, la loro protezione, assicurata dal diritto d'autore, non copre qualsiasi risultato intellettuale, bensì soltanto quello sforzo che appaghi un bisogno estetico o scientifico a cui segua una creazione innovativa rispetto a quelle già esistenti, dovendo quest'ultima essere idonea ad esprimere un carattere creativo, in conformità al dato letterale vigente<sup>52</sup>. Il significato da attribuire a questa clausola generale è appannaggio dell'organo giurisdizionale, il quale provvede all'integrazione della norma ricorrendo a criteri extra-legali (v. *infra* parr. 2.1, 3).

Sul piano pratico, la valutazione sulla sussistenza del carattere creativo tende inevitabilmente a tradursi in un giudizio sull'originalità dell'opera (ed indirettamente sulla sua novità<sup>53</sup>) indagata, che si svolge in conformità alla filosofia ispiratrice accomunante gli istituti che formano la proprietà intellettuale, ovvero di incentivare l'innovazione artistica, scientifica, e/o tecnica, nel continuo e arduo bilanciamento tra interessi particolari e generali<sup>54</sup>. Più specificamente, si polarizzano, da un lato, gli interessi alla

---

*Innovazione, rischio e «giusto equilibrio» nel divenire della proprietà intellettuale*, op.cit.; G. GHIDINI, *Ricerca e Sviluppo come motore del "vantaggio competitivo": il ruolo della proprietà intellettuale*, op. cit.; M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, op. cit.; V. FALCE, *Sulle fondazioni filosofiche delle moderne dottrine economiche dell'innovazione*, op. cit.; L.C. UBERTAZZI, *Linee di evoluzione pregressa della proprietà intellettuale*, in A. SCIUMÈ, E. FUSAR POLI (a cura di), *Afferrare...l'inafferrabile. I giuristi e il diritto nella nuova economia industriale fra otto e novecento*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 33 ss.; G. SENA, *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2004, pp. 55 ss.; P. A. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda*, in G. CLERICO, S. RIZZELLO (a cura di), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, Cedam, 1998, pp. 9 ss.; D. MESSINETTI, voce *Beni immateriali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Treccani, Roma, 1988; IDEM, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., pp. 353-390; R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1956, pp. 381 ss.

<sup>52</sup> Artt. 1, l.d.a, 2475, c.c.

<sup>53</sup> Sebbene nel diritto d'autore manchi un'esplicita differenziazione normativa tra il requisito di novità e quello di originalità ai fini dell'accesso al diritto escludente, come stabilito, ad esempio, per le invenzioni industriali, ai sensi rispettivamente degli artt. 46 e 48 c.p.i., pare ragionevole ritenere che anche il giudizio sul carattere creativo di un'opera dell'ingegno si traduca di fatto nella duplice valutazione di novità (al netto delle precisazioni di cui *infra* par. 3) e di originalità. Tuttavia, le minori difficoltà interpretative connesse alla più facile oggettivizzazione del giudizio di novità permettono di incentrare l'analisi sul più complicato requisito di originalità. Per un'analisi più approfondita dei requisiti di brevettazione sia consentito rinviare a V. IAIA, *Le invenzioni. L'oggetto e i requisiti di brevettazione*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, op. cit., pp. 413-472.

<sup>54</sup> Per un'attenta esegesi del rapporto tra diritto d'autore ed interesse pubblico nella sua prismatica composizione, si richiama l'interessante lavoro di G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2013. Sul tema si veda anche R. TUSHNET, *Intellectual Property as a Public Interest Mechanism*, in R. DREYFUSS, J. PILA (a cura di), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, op. cit., pp. 95-116; J. GRIFFITHS, *Pre-empting conflict – a re-examination of the public interest defence in UK copyright law*, in *Legal Studies*, vol. 34, I, 2014, pp. 76-102; I. ALEXANDER, *Copyright Law and the Public Interest in the Nineteenth Century*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2010; P. SAMUELSON, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 25, 2010, pp. 1175 ss.; P. JASZI, *Toward a Theory of*



estensione dei diritti di esclusiva o di privativa (traducibile nel comune mantra imprenditoriale della massimizzazione del profitto) facenti capo ai creatori e ai loro finanziatori e, dall'altro, l'interesse della collettività alla loro minimizzazione, se non proprio al loro azzeramento<sup>55</sup>.

La proprietà intellettuale recepisce tali esigenze mirando a reprimere lo sfruttamento economico dei risultati creativi altrui che possono estrinsecarsi tramite i multiformi atti di *free riding*, costituiti tendenzialmente da riproduzioni identiche o simili non autorizzate. Il comune temperamento all'interesse privato è principalmente costituito dalla durata limitata della pretesa monopolistica che varia a seconda del diritto preso in considerazione.

Volgendo in particolare lo sguardo al diritto d'autore, la linea di confine tra creazione innovativa (incentivata) e riproduzione imitatrice (vietata) risulta strettamente dipendente dalla misura del contributo minimo di originalità che occorre apportare alla creazione affinché essa possa distaccarsi dal patrimonio artistico-culturale già esistente, evitando così di incorrere nella violazione del diritto di esclusiva altrui<sup>56</sup>. In proposito, occorre dar conto che la valutazione sul carattere creativo di una produzione intellettuale non è mai stata omogenea, né sotto il profilo diacronico, né sotto quello sincronico.

La causa della costante mutevolezza della valutazione in parola risiede anzitutto nella difficoltà di cristallizzare la sfuggente nozione di originalità in un immutabile concetto giuridico universalmente accolto, nonché nella costante alterazione degli interessi ad essa sottesi e nel diverso peso che essi hanno acquisito nel tempo<sup>57</sup>. Si tratta di una frontiera in continuo divenire, la cui mobilità risulta ancor più accentuata nel contesto sociale moderno in cui insistono, da un lato, gli interessi finanziari degli investitori nell'intelligenza artificiale e nei Big Data ad espandere la portata applicativa della tutela autoriale, dall'altro, l'interesse del mercato (rappresentativo sia degli interessi dei consumatori – a vario titolo – delle opere dell'ingegno che di quelli delle imprese diverse da quelle detentrici dei diritti di esclusiva) a contenere le derive protezionistiche al fine di preservare la concorrenza dinamica nei mercati creativi.

In proposito, giova richiamare le parole accuratamente scelte da attenta dottrina che, nel descrivere l'evoluzione della proprietà intellettuale, metteva proprio in risalto «la fecondità del dialogo tra diritto e innovazione, un dialogo che, nutrendosi del dinamismo dell'innovazione, fa sì che il

---

*Copyright: the Metamorphoses of "Authorship"*, in *Duke Law Journal*, vol. 1991, 1991, pp. 455-502.

<sup>55</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, p. 287, il quale segnala l'esistenza di un interesse del mercato alla circoscrizione dell'esclusiva autoriale specialmente nei casi in cui la fisionomia concorrenziale tenda alla forma oligopolistica.

<sup>56</sup> In tema, si veda il prezioso scritto di Z. ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966. Più recentemente cfr. G. DORE, *Plagio e diritto d'autore. Un'analisi comparata e interdisciplinare*, Wolters Kluwer, Milano, 2021; M.S. SPOLIDORO, *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2019, pp. 580 ss.; F. Tozzi, *Plagio e presupposti di tutela di opera letteraria*, in *Il Diritto di Autore*, 2010, pp. 398 ss.; M. DE ANGELIS, *Nuovi spunti per il riconoscimento del plagio dell'opera letteraria*, *ivi*, 2002, pp. 323 ss.

<sup>57</sup> Per una lucida scansione degli interessi in gioco v. M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, op.cit., p. 1.

raggiungimento di un “giusto equilibrio” sia un risultato felicemente instabile, da rimettere sempre in discussione con il mutare degli interessi in gioco»<sup>58</sup>.

A compromettere il menzionato equilibrio si aggiungono alcune derive giurisprudenziali che spingono verso l’abbassamento della soglia minima di originalità richiesta per qualificare una produzione intellettuale come opera autoriale, accrescendo il rischio di istituire monopoli ultrasettantennali in grado di bloccare o rallentare lo sviluppo del corrispondente mercato.

Alla luce del quadro così delineato, occorre quindi identificare i molteplici interessi gravitanti intorno al giudizio sul carattere creativo di un’opera dell’ingegno, a cominciare dall’analisi delle rispettive fondamenta storiche per poi approfondire le loro reciproche interazioni e tensioni, spesso sollecitate dalle periodiche istanze di riequilibrio promosse da alcuni incalzanti *stakeholders*<sup>59</sup>. Si partirà, dunque, dalle soluzioni di bilanciamento che hanno scandito la nascita e la trasformazione del diritto d’autore, e prima ancora del *genus* beni immateriali, per arrivare ad individuare gli interessi prioritari nel contesto sociale contemporaneo al fine di proporre una scala valoriale che orienti l’interprete moderno nel delicato esercizio di bilanciamento richiesto dalla valutazione di creatività di un’opera dell’ingegno.

### **1.1 (Segue) Cenni minimi sui poliedrici interessi a fondamento dei beni immateriali**

Giova preliminarmente precisare che i beni su cui insistono i diritti di proprietà intellettuale, e ancor più il diritto d’autore, coprono soltanto un segmento della più ampia nozione di bene immateriale, ponendosi così in rapporto di *species* a *genus*. La categoria di bene immateriale è stata infatti progressivamente elaborata dalla dottrina per ricomprendervi una *congerie* di entità tra loro molto eterogenee, ciascuna rappresentativa di interessi altrettanto eterogenei<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> R. ROMANO, *Innovazione, rischio e «giusto equilibrio» nel divenire della proprietà intellettuale*, op.cit., p. 553.

<sup>59</sup> Per avere un’idea preliminare di quanto alcuni aspetti del diritto d’autore possano risultare divisivi, basti qui segnalare le istanze estremistiche di coloro che, da una parte, auspicerebbero un ulteriore rafforzamento dei diritti di esclusiva verso un controllo assoluto sulla circolazione delle opere, specialmente nell’ambiente digitale e, di coloro che, dall’altra, abolirebbero *tout court* il diritto d’autore per consentire in nome del libero accesso ai frutti della creatività. Lungo questi due poli si stagliano numerosissime posizioni che esprimono un’infinita scala di grigi. In questi termini, R. CASO, *Alle origini del copyright e del diritto d’autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia*, in *Trento Law and Technology Research Group – Research Paper Series n. 2*, 2010, p. 6.

<sup>60</sup> Appaiono particolarmente calzanti le acute osservazioni di V. ZENO ZENCOVICH, voce «Cosa», in *Digesto. Discipline privatistiche*, Utet, Torino, 1988, secondo cui «l’attributo di “immateriale” non avvicina in alcun modo l’interprete a meglio conoscere la realtà che deve essere disciplinata, giacché sotto di esso sono raccolte una congerie di ipotesi, fra loro diversissime, e accomunate unicamente dall’assenza di corporalità, ed il suo uso vale né più né meno di quanto potesse valere nell’antica cartografia la frase “hic sunt leones” apposta sulle terre inesplorate». In tema, cfr. anche G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, op. cit.; R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, op. cit.; M. ARE, voce *Beni immateriali*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè,

Invero, all'interno della categoria in parola figurano segnatamente i titoli di credito, l'avviamento e l'ambiente, rispetto ai quali occorre segnalare, almeno per sommi capi, le differenze di interessi che separano queste tipologie di beni immateriali rispetto alle opere dell'ingegno, secondo l'efficace approccio definitorio aristotelico per *genus proximus et differentiam specificam*.

Riguardo ai titoli di credito, il ricorso alla categoria dei beni immateriali è sorto da esigenze mercantilistiche finalizzate a consentire la pronta circolazione di una ricchezza assente in un determinato contesto temporale e/o spaziale<sup>61</sup>. In altre parole, gli interessi economici alla smobilizzazione della ricchezza secondo regole più snelle e sicure rispetto a quelle di diritto comune hanno portato a ritenere possibile, oltre che utile, incorporare il diritto di credito su un documento cartaceo e, successivamente, su una stringa digitale, nel crescente passaggio alla dematerializzazione.

Con riferimento all'avviamento, l'opportunità di predisporre una tutela giuridica per tale entità, facendole così acquisire la qualità di bene immateriale, trae origine dall'esigenza di remunerare l'imprenditore in sede di cessione d'azienda<sup>62</sup> per il maggior valore che essa ha acquisito nel tempo grazie all'adozione di strategie di *business* idonee a conferirle l'attitudine a produrre utili<sup>63</sup>. In tal caso, l'interesse a rendere giuridicamente rilevante una situazione di fatto risiede, al pari dei titoli di credito, in ragioni prettamente mercantilistiche. E sebbene il valore dell'avviamento possa anche dipendere dal possesso di un portafoglio di privative industriali, tale componente è soltanto incidentale, in quanto la ragione di fondo che ha ispirato la tutela dell'avviamento si identifica nell'interesse economico – oltre che in un certo senso di giustizia – di premiare scelte di *business* virtuose atte ad accentuare le future possibilità di guadagno dell'attività imprenditrice.

Rispetto all'ambiente, vengono in rilievo invece finalità (per lo meno direttamente) meno economiche che hanno portato ad annoverare anche tale

---

Milano, 1959, pp. 262 ss. Per una più recente cartografia che evidenzia il ricco ed eterogeneo assortimento di beni immateriali v. A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive delle proprietà industriale*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 9-39, il quale a pp. 149, 172, avverte l'emersione di nuovi beni immateriali rappresentati dalle facoltà che possono essere avanzate da coloro che sostengono degli investimenti nel settore della ricerca e sviluppo .

<sup>61</sup> Così M. STELLA RICHTER JR, *Titoli di credito*, in AA. VV., *Diritto delle imprese*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 208-212. *Amplius*, A. URBANI, *I titoli di credito*, in AA.VV., L. DE ANGELIS (a cura di), *Diritto commerciale*, vol. II, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 397-445; P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, Giappichelli, Torino, 2012; F. GALGANO, *Titoli di credito. Art. 1992-2027*, Zanichelli, Bologna, 2010; G. OPPO, voce «*Titoli di credito in generale*», in *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Treccani, Roma, 1994.

<sup>62</sup> L'azienda viene altresì tutelata sotto i due ombrelli della disciplina della concorrenza sleale e quella dei segni distintivi. In tal senso, v. in particolare F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Il Castellaccio, Firenze, 1945.

<sup>63</sup> Sull'avviamento cfr. G. FURGIUELE, *Note critiche sulla tutela rinnovata dell'avviamento commerciale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1982, pp. 426 ss.; G. FERRI, *Considerazioni sulla legge sulla tutela giuridica dell'avviamento commerciale*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, 1963, pp. 129 ss.; T. BIANCHI, *Alcune osservazioni sulla proposta di legge riguardante la "tutela giuridica" dell'avviamento commerciale*, Giuffrè, Milano, 1962.

entità nella categoria dei beni immateriali<sup>64</sup>, essendole offerta un'articolata protezione da parte dell'ordinamento. Vale la pena di ricordare che l'iniziale difficoltà qualificatoria derivava dall'impostazione dogmatica tradizionale che riconosceva l'esistenza di un bene in senso giuridico soltanto qualora esso potesse offrire ad un soggetto un'utilità corrispondente ad una situazione giuridica soggettiva in qualche modo esclusiva<sup>65</sup>. Tuttavia, a seguito dell'emanazione della l. 349/1986 l'ambiente è divenuto espressamente oggetto di un diritto che preserva un autonomo interesse collettivo.

Le tre *species* di beni immateriali sinteticamente descritte esulano dal campo di indagine del presente lavoro in quanto rispondenti ad interessi differenti rispetto a quelli perseguiti mediante la tutela di questo particolare ramo di beni immateriali. Esso è infatti specificamente dedicato a quelle *intangibile goods* aventi carattere creativo frutto del cd. pensiero estrinsecato<sup>66</sup>, ovvero alle opere dell'ingegno, la cui protezione giuridica risponde al preciso interesse di incoraggiare l'innovazione, sia essa culturale, estetica ed in parte tecnica<sup>67</sup>.

## 1.2 (Segue) I distinti interessi all'origine delle *res incorporales*

Prima di procedere all'analisi degli interessi coinvolti nel diritto d'autore appare opportuno ricordare che l'idoneità di alcune specie di beni immateriali (in senso molto lato, v. *infra*) a costituire oggetto di diritto(i) risale all'epoca romana<sup>68</sup>, come testimoniato nelle Istituzioni di Gaio, in cui venivano definite *res incorporales* quelle «*res quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt*»<sup>69</sup>.

Tuttavia, l'espressione non deve trarre in inganno dal momento che l'intangibilità rappresenta soltanto una delle caratteristiche dei beni in

---

<sup>64</sup> In argomento cfr. in particolare, G. ROSSI, *L'ambiente e il diritto*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, pp. 8 ss.; A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, *ivi*, 1985, pp. 32 ss.; M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, pp. 1121 ss.

<sup>65</sup> Sub. art. 810, c.c., in *Commentario al codice civile*, in *Banca dati Pluris*, ove si legge al riguardo che «Abbracciare la tesi che legava il fenomeno dell'oggettivazione giuridica della cosa alla situazione soggettiva relativa ostacolava notevolmente l'inquadramento dell'ambiente tra i beni in senso giuridico».

<sup>66</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, op. cit., p. 78.

<sup>67</sup> Sul dibattito in ordine alla maggiore vicinanza strutturale del diritto d'autore ai diritti della personalità oppure ai diritti di proprietà a seconda che l'accento logico della disciplina cada maggiormente sugli aspetti morali oppure su quelli patrimoniali v. G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, op. cit., pp. 625-626.

<sup>68</sup> Per una brillante descrizione dell'evoluzione storica della categoria delle *res incorporales*, dalla loro ideazione nel diritto romano fino alla loro moderna elaborazione nella teoretica dei beni immateriali affermatasi nei sistemi giuridici più recenti v. G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici moderni*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1982, pp. 1137-1198.

<sup>69</sup> Per approfondimenti sul testo gaiano v. G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, vol. LV, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 125-170.

discorso<sup>70</sup>. Nel diritto romano, infatti, il termine «*res incorporales*» era inteso in senso ben diverso rispetto all'alter ego "moderno" riconducibile alla nozione di bene immateriale. Esso, infatti, non veniva adoperato per indicare peculiari oggetti del diritto contraddistinti dall'assenza di un corpo fisico, bensì per individuare taluni diritti, quali l'eredità, l'usufrutto e le obbligazioni<sup>71</sup>.

Il diritto di proprietà era invece concepito per insistere unicamente sulle *res corporales*, essendo subordinato all'onere di dimostrarne l'esistenza mediante l'indicazione della cosa che ne era oggetto. Di converso, era esclusa la possibilità che lo *ius excludendi omnes alios* potesse estendersi anche alle *res incorporales*, considerato che quest'ultima categoria racchiudeva diritti diversi da quelli di proprietà, tanto nella sua accezione classica e tanto più in quella peculiare proprietà, allora sconosciuta, posta a favore delle produzioni intellettuali<sup>72</sup>.

Per la verità, l'esigenza di ricondurre i diritti di credito, i diritti successori e i diritti reali parziali nella categoria delle *res incorporales* rappresentava un espediente per assicurare che essi figurassero nel patrimonio (nei cd. *bona*) del soggetto che ne era titolare, in considerazione del fatto che nell'epoca romana il patrimonio era misurabile soltanto attraverso le *res* e non anche mediante i diritti, per quanto questi ultimi potessero avere un valore di gran lunga superiore rispetto alle prime. Grazie a questa *fictione iuris* era possibile identificare con esattezza il complesso delle posizioni giuridiche attive costituenti il patrimonio del beneficiario per effetto dei negozi a successione universale, tra cui in particolare la successione ereditaria e la *conventio in manum* della donna sposata<sup>73</sup>.

Le diversità tra *res incorporales* e beni immateriali si apprezzano, quindi, sia sotto il profilo strutturale che sotto quello funzionale.

Dal primo punto di vista, viene in rilievo che la categoria delle *res incorporales* costituisce uno strumento classificatorio del sistema giuridico,

---

<sup>70</sup> In argomento, si vedano le passionante osservazioni di M. STELLA RICHTER JR, *Tullio Ascarelli e i beni immateriali*, in V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1233-1247.

<sup>71</sup> Così, cfr. A. MASI, *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, II ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 89 ss.; M.F. CURSI, *Res incorporales e modello proprietario nella tutela dell'informazione globale*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia e filosofia*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 181 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, II ed., Giappichelli, Torino, 1998, p. 291.

<sup>72</sup> In tal senso, G. SANTUCCI, *Diritti dell'autore in Roma antica?*, in *INDEX*, XXXIX, 2011, pp. 143-150. Tuttavia, giova dar conto che la dottrina non ha raggiunto un uniforme consenso in ordine alla circostanza che i giuristi romani difettassero di qualsivoglia sensibilità giuridica sulla tutelabilità delle produzioni intellettuali. Un indizio che deporrebbe verso questa tesi è costituito dalla soluzione giustiniana che ha disposto l'accesione della tavola alla pittura, anziché della pittura alla tavola, come sostenuto dai sabiniani, in ragione del maggior rispetto e valore attribuito al pittore ed al suo contributo artistico rispetto alla tavola *en tant que telle*. Per una ricognizione del dibattito sulla presenza di tracce di istituti della proprietà intellettuale nel diritto romano si rinvia alla ricostruzione di G. TURELLI, *Res incorporales e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti*, in *Teoria e storia del diritto privato*, V, 2012. In merito alla particolare discussione su cosa dovesse (ac)cedere tra la pittura e la tavola v. A. PLISECKA, *Tabula pica*, *Aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Cedam, Padova, 2011.

<sup>73</sup> G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, op. cit.

mentre quella dei beni immateriali rappresenta piuttosto uno strumento classificatorio *nel* sistema giuridico<sup>74</sup>.

Sotto il secondo profilo, può ragionevolmente assumersi che l'interesse alla costruzione della categoria delle *res incorporales* affondi principalmente in un bisogno di architettura giuridica<sup>75</sup> di natura per lo più negoziale o comunque amministrativo in quanto funzionale al completo censimento del patrimonio in possesso di un determinato soggetto. Diversamente, l'elaborazione concettuale della moderna rappresentazione dei beni immateriali trae origine da obiettivi diversi (su cui v. *supra*, par. 1.2) rispetto a quelli caratterizzanti la teoretica delle *res incorporales* di Gaio.

La netta differenza dei fondamenti giustificativi e dei rispettivi interessi che muovono le due categorie in discorso, solo foneticamente combacianti, attesta (perlomeno in base alla ricostruzione teleologica pertinente ai fini del presente lavoro<sup>76</sup>) la cesura tra *res incorporales* e i moderni beni immateriali.

Più precisamente, il divario che separa le categorie concettuali in discorso affonda le radici nell'estraneità giuridica romana rispetto alla previsione di forme di tutela o di appropriazione delle creazioni intellettuali, come conseguenza del fatto che in quel tempo non vi era alcun tipo di pressione da parte dei creatori e degli imprenditori operanti nei settori artistico-culturali, i quali vivevano in uno stadio decisamente embrionale.

A quest'ultimo proposito, deve ricordarsi che la proprietà intellettuale non è un qualcosa esistente in *rerum* natura. Essa, come altri istituti giuridici, trae origine per soddisfare determinati interessi contingenti che il decisore politico ritiene di volta in volta meritevoli di tutela<sup>77</sup>. Si comprende dunque che le creazioni intellettuali non erano ricomprese nella cerchia delle *res incorporales* proprio perché in quel contesto temporale non era ancora maturato il bisogno collettivo all'introduzione di una forma di tutela per le produzioni culturali/estetiche o tecniche<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> L'acuta rilevazione proviene da G. TURELLI, '*Res incorporales*' e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti, in *Teoria e storia del diritto privato*, op. cit.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> In favore dell'esistenza di un nesso di natura ideologica tra le *res incorporales* e i diritti di proprietà intellettuale, sostenendo che le prime (così come intese da Gaio) abbiano rappresentato il polo concettuale sul quale si sono elaborati i nuovi tipi di beni originati dallo sviluppo economico e culturale, v. G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici moderni*, op. cit., p. 1160. Tuttavia, mi sembra che la visione ciceroniana di *res incorporales* – piuttosto che quella gaiana – si ponga in maggiore continuità con la filosofia della proprietà intellettuale. Cicerone, infatti, nei *Topica* definiva le *res incorporales* come quelle «cose percepibili soltanto dall'intelletto». E sebbene la tesi ciceroniana scontasse il limite di annoverare tra le «creazioni dell'intelletto» soltanto alcuni istituti giuridici, come l'usucapione e la tutela, non vedo ragioni per escludere che essa avrebbe potuto essere interpretata estensivamente per costruire la dogmatica moderna a presidio delle opere dell'ingegno così come tutelate nei sistemi giuridici contemporanei.

<sup>77</sup> L.C. UBERTAZZI, *Linee di evoluzione progressiva della proprietà intellettuale*, op. cit.

<sup>78</sup> Sul punto, appare utile richiamare la limpida ricostruzione avanzata in J.L. GEIGER, H. SUBER, *Creativity and Copyright. Legal Essentials for Screenwriters and Creative Artists*, University of California Press, Berkeley, 2019, p. 1, secondo cui «For most of Western history there was no copyright or other such intellectual property protection for artists, because there was no need for it. If you were a painter, writer, dramatist [...] you were not part of an open market. Instead, you had a patron, who paid you once for a work that couldn't be reproduced» [corsivo mio].

Gli artisti vivevano del più o meno lauto mecenatismo – o dei compensi dei committenti e degli editori – e le loro creazioni non correvano il rischio di essere moltiplicate illegittimamente grazie all'inesistenza di strumenti meccanici in grado di consentirlo<sup>79</sup>. L'unica soluzione per la riproduzione delle opere letterarie era costituita dal reclutamento di amanuensi.

Da tali premesse è possibile cogliere le ragioni per le quali le opere dell'ingegno non erano ancora annoverate tra i beni, nella loro accezione di «cose che l'uomo ha interesse a fare proprie, a fare oggetto di un proprio diritto, che escluda gli altri dalla loro utilizzazione»<sup>80</sup>. Coerentemente, il diritto dell'epoca non poteva tradurre in norme la protezione di interessi che, in quel momento storico, non erano ancora stati palesati<sup>81</sup>.

### **1.3 (Segue) Gli interessi della rivoluzione tipografica e la nascita del diritto d'autore**

Occorrerà attendere la rivoluzione tipografica del periodo rinascimentale affinché si inizino a concepire forme giuridiche di dominio su determinati lavori dell'intelletto, dalle quali si svilupperà, poi, un solido impianto normativo riservato allo sviluppo del mercato creativo e della cultura. In proposito, si ricordano i privilegi librari riconosciuti agli stampatori delle case editrici veneziane a partire dal 1469<sup>82</sup>. Essi sono stati introdotti ben quindici anni più tardi rispetto alla scoperta del trovato tecnico

---

<sup>79</sup> V.M. DE SANCTIS, *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche. Artt. 2575-2583*, in P. SCHLESINGER, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-4. Come ricordato da M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 2, il mecenatismo non era soltanto privato, ma anche pubblico, profilando l'esempio emblematico della città di Atene che metteva in palio cospicui premi a favori dei musicisti che si qualificavano nelle migliori posizioni negli agoni annuali.

<sup>80</sup> Questa definizione è proposta da T. SCOZZAFAVA, *Dei beni. Artt. 810-821*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 6.

<sup>81</sup> Ciò riflette il meccanismo di produzione legislativa descritto da N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 2019, pp. 489 ss., secondo cui il diritto traduce in norme soltanto le esigenze contingenti mature. In questo senso, il diritto si forma di principi che sono il frutto di una valutazione storicamente mutevole degli interessi della società in relazione a valori, anch'essi storicamente mutevoli.

<sup>82</sup> Il primo privilegio sembra risalire all'esclusiva quinquennale concessa esattamente nel 1469 dalla Repubblica di Venezia allo stampatore Giovanni da Spira per metterlo al riparo dai concorrenti. Così, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 684. Il testo del privilegio *de quo* è riportato in N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, Utet, Torino, 1915, p. 52. Giova rammentare che, alla loro istituzione, i suddetti privilegi erano riconosciuti sulla base di un giudizio discrezionale dell'autorità governativa, la quale rilasciava un'autorizzazione dal contenuto variabile. Dopo qualche decina d'anni venne abbandonata l'idea del *placet* governativo, affermandosi il pensiero che il diritto di esclusiva sull'opera avrebbe dovuto essere attribuito al suo autore (o al suo licenziatario) per effetto stesso della creazione e della sua obiettivazione nel mondo esterno. Per un'efficace sintesi dell'evoluzione storica del diritto d'autore v. F. RUGGERI, *Il diritto d'autore sulle opere dell'ingegno*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato dello spettacolo. Opere, contratti, tutele*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 19-60; una più estesa disamina è presente in G. FROSIO, *Reconciling Copyright with Cumulative Creativity: The Third Paradigm*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.

pioneristico, confermando già allora lo scarto temporale – più o meno esteso – tra il progresso tecnologico e la conseguente risposta giuridica<sup>83</sup>.

Dopo quasi due secoli e mezzo si introducono i diritti esclusivi di copia (i cd. *right to copy*, da cui *copyright*) in favore dei *publishers* sotto lo statuto inglese della regina Anna, risalente al 1709<sup>84</sup>. Essi consistevano in monopoli sulla pubblicazione e/o sulla vendita di una determinata opera invocabili contro i concorrenti che si fossero avvalsi indebitamente del lavoro tutelato dallo statuto ed erano funzionali a salvaguardare quella proprietà che i francesi aggettivavano con toni superlativi come «la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, la plus personnelle de toutes les propriétés»<sup>85</sup>.

Sicché, almeno in origine, la tutela autoriale sorge per soddisfare le esigenze imprenditoriali degli stampatori al fine di dirimere i conflitti legati allo sfruttamento delle opere dell'ingegno su scala industriale<sup>86</sup>. È soltanto in un secondo momento che si affermano le istanze culturali – prima dell'illuminismo, poi del romanticismo – miranti a valorizzare il ruolo personale dell'autore per lo sviluppo dell'arte e della scienza<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Secondo V.M. DE SANCTIS, *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche. Artt. 2575-2583*, op. cit., p. 4, l'invenzione della stampa sarebbe avvenuta nel 1454. Il consistente lasso di tempo utile alla costruzione di una tutela legislativa costituisce un esempio emblematico del complicato rapporto tra tecnica e diritto, in cui il secondo rincorre a fatica il primo (v. *infra* Capitolo Secondo).

<sup>84</sup> Sul punto cfr. in particolare L. MOSCATI, *I diritti d'autore*, op.cit., pp. 13-57, unitamente alla ricca bibliografia citata; B. SHERMAN, L. BENTLY, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience 1760-1911*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. Così, il 1709 viene comunemente ricondotto alla nascita del *copyright*. Questa data ha altresì ispirato il nome di un accurato blog dedicato al diritto d'autore, per l'appunto "The 1709 Blog", reperibile al seguente link: <http://the1709blog.blogspot.com/>, malgrado non vi sia certezza assoluta che lo statuto risalga al 1709, essendo anche ipotizzata la sua datazione al 1710.

<sup>85</sup> Questo è il celebre *dictum* d'impronta giusnaturalista pronunciato dal noto avvocato e politico Isaac Rene Le Chapelier durante l'Assemblea costituente del 1791, reperibile in L. CHAPELIER, *Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques*, Imprimerie nationale, Parigi, 1791, p. 16.

<sup>86</sup> G. OLIVIERI, S. SCALZINI, *Sistema e fonti del diritto della proprietà intellettuale*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, op. cit., pp. 5-6, i quali invocano questo dato storico per sostenere il superamento della consueta bipartizione tra le innovazioni di fruizione "pratica" e quelle di fruizione "estetica", che rappresenta il punto di snodo da cui si diramano rispettivamente la Proprietà Industriale e la Proprietà Intellettuale. Deporrebbero in tal senso ulteriori indici, sia di natura economica, considerato che la digitalizzazione avrebbe attribuito crescente valore economico ai cd. *intangibles*, rendendo le opere dell'ingegno «"merce pregiata" da vendere in rete al pari – se non meglio – di altri prodotti coperti da brevetto "industriale"», che di natura giuridica, come l'estensione della tutela autoriale a creazioni tipicamente utili, quali i software e le banche dati (su cui v. *infra* Capitolo Secondo). In tema, cfr. P. SPADA, *Il paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2007, p. 269; IDEM, *La proprietà intellettuale tra "reale" e "virtuale": un guado difficile*, in *Diritto dell'Internet*, vol. 3, V, 2007, p. 437.

<sup>87</sup> R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, in *Rivista di Diritto Civile*, VI, 2008, pp. 668 e ss. Tuttavia, come precisato in N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, op. cit., p. 70, alcune tracce sul riconoscimento di un limitato diritto degli autori erano già presenti in epoca rinascimentale nel territorio della Repubblica di Venezia ove era fatto espresso divieto ai librai e agli stampatori di riprodurre e distribuire opere di autori viventi senza il loro preventivo consenso.



Ad ogni modo, il riconoscimento di diritti di esclusiva su alcune forme espressive segnò l'inizio del procedimento di oggettivazione giuridica del cd. pensiero estrinsecato<sup>88</sup>, prima di allora difficilmente sussumibile nella nozione di bene giuridico<sup>89</sup>, ragionando secondo la corrente definizione di bene, sancita all'art. 810, c.c.<sup>90</sup>.

Preme puntualizzare che il momento in cui è sorta la necessità di introdurre i privilegi librari e letterari coincideva esattamente – al netto del necessitato differimento temporale utile al legislatore per confezionare una risposta giuridica – con l'invenzione della stampa a caratteri mobili. Il nuovo trovato industriale aveva infatti potenzialità rivoluzionarie in quanto introduceva per la prima volta l'opportunità ed il rischio di estendere all'intera collettività la conoscenza del sapere, estetico, culturale o tecnico che fosse. Invero, sino ad allora, gli strumenti per tramandare il sapere erano stati soltanto la parola e la riproduzione manuale dello scritto<sup>91</sup>.

Riprendendo la nota bipartizione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*, l'invenzione di Gutenberg<sup>92</sup> incrementava esponenzialmente le possibilità di moltiplicazione – lecita ed illecita – del *corpus mechanicum*, evidenziando il carattere potenzialmente infinito di fruizione del *corpus mysticum*<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, op. cit., p. 78.

<sup>89</sup> In proposito, si richiamano le parole di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 354, in cui si sostiene che l'affermazione di una tutela giuridica delle creazioni intellettuali nell'ambito dei beni immateriali porterebbe obbligatoriamente ad «[...] illustrare non solo (come sempre avviene per ogni istituto giuridico) la fattispecie costitutiva del diritto, ma quella stessa del bene che ne è oggetto, *bene che non è senz'altro dato dalla realtà pregiuridica*, ma direttamente oggetto di una propria normativa» [corsivo mio].

<sup>90</sup> In via generale, il passaggio da cosa (giuridicamente irrilevante) a bene giuridico si inverte per effetto dell'emanazione di norme che riflettono la sopravvenuta valutazione di meritevolezza dell'interesse che la tutela di una certa cosa (o di un certo stato di cose) consente di perseguire. Ciò fa sì che il diritto abbia il potere di creare dei beni che *ex se* non sarebbero esistenti in natura, né giuridicamente tutelati. Così T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 354. Peraltro, come rilevato da A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive delle proprietà industriale*, op. cit., p. 11, un'entità non materiale può definirsi bene giuridico soltanto laddove essa sia destinataria di facoltà e interessi giuridici. Essi vengono completati dalla previsione di strumenti rimediali che ne assicurano l'effettivo esercizio esclusivo. Altrimenti si legittimerebbe il libero sfruttamento delle opere dell'ingegno, deprimendone drasticamente il valore, come testimoniato in particolare dalle sfide moderne poste dalla rivoluzione digitale in termini di *enforcement* del diritto d'autore. Al riguardo sia consentito rinviare a S. SCALZINI, A.G. MONTELEONE, V. IAIA, *Blockchain e proprietà intellettuale. Funzioni, opportunità e sfide*, in A. NUZZO (a cura di), *Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici*, Luiss University Press, Roma, 2019, pp. 181-208.

<sup>91</sup> Il livello di produttività degli amanuensi era, infatti, infinitamente più ridotto rispetto a quello consentito dalle tecniche di stampa a caratteri mobili.

<sup>92</sup> *Amplius*, A. JOHNS, *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*, University of Chicago Press, Chicago, 2010. In verità, Johann Gutenberg ha inventato la stampa in Europa, ma essa era conosciuta in Cina già a partire dal VII secolo, come rilevato da M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, op.cit., p. 2. Secondo G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., 192, non meno rilevante sarebbe stata l'invenzione della foliazione *in octavo* da parte di Aldo Manuzio, oltre a quella del carattere corsivo.

<sup>93</sup> A tal proposito, si prendano in considerazione i beni materiali, il cui grado di disponibilità limitata dà luogo a delle significative ripercussioni sul loro valore economico,

A differenza dei beni corporali, il cui utilizzo da parte di un soggetto determinava l'esclusione di altri possibili fruitori dal contemporaneo godimento, garantendo così al titolare un potere di controllo, nelle opere dell'ingegno, invece, si verificava il fenomeno opposto, in virtù della potenziale infinitezza della fruizione della componente intellettuale poiché l'utilizzo di tale bene non comprometteva la contestuale possibilità di sfruttamento altrui.

La non rivalità delle opere dell'ingegno determinava quindi il netto *discrimen* tra proprietà e proprietà intellettuale. Essa riflette l'antitetica vocazione dei due istituti, l'uno preposto all'esclusione degli altri dal godimento, l'altro fondato, nel lungo termine, sulla funzione speculare della diffusione agli altri del godimento che si attua, però, mediante un'esclusione temporanea dal medesimo<sup>94</sup>.

Dunque, è a partire dall'invenzione della stampa che si manifestava per la prima volta il rischio che l'autore di un'opera dell'ingegno potesse perderne il controllo, insieme alle connesse capacità remunerative.

Tra i molteplici interessi emergenti in tale scenario appare lecito e utile interrogarsi su quali fossero gli specifici interessi che la Repubblica di Venezia, prima, e la regina Anna, poi, ritennero meritevoli di tutela. In proposito, se ne individuano sicuramente almeno due:

---

in misura maggiore rispetto alla loro stessa utilità. Basti riflettere sull'esempio paradigmatico che paragona l'acqua al diamante, mettendo in luce che il prezzo dell'acqua, nonostante costituisca un bene vitale per l'uomo, sia notevolmente inferiore rispetto a quello di un diamante, che difficilmente gioca un ruolo protagonista nella conservazione della specie umana. Tale ragionamento, applicato ai beni immateriali, potenzialmente fruibili da un numero illimitato di soggetti (gli economisti si riferirebbero in proposito al carattere di non rivalità), evidenzia la loro naturale destinazione all'essere privi di un valore economico se non ci fosse un intervento istituzionale a limitarne le possibilità di fruizione collettiva, onde evitare un fallimento di mercato nel settore creativo. D'altro lato, anche l'intervento statale tramite il quale si generano monopoli di fatto produce costi sociali rappresentati dall'esclusione all'opera protetta dall'esclusiva dei soggetti non disposti a pagare il prezzo fissato dal titolare. Tra i soggetti lesi dal diritto monopolistico, si annoverano anche i futuri autori che avrebbero bisogno di accedere alle opere per produrne delle nuove che costituiscono il frutto della creatività incrementale. Occorre dunque trovare un equo bilanciamento tra costi sociali e benefici sociali connessi al riconoscimento di diritti di esclusiva. In proposito, si vedano gli studi dell'analisi economica del diritto che saranno proposti nel Capitolo Terzo.

<sup>94</sup> Sul rapporto antagonista tra il diritto di proprietà nella sua accezione tradizionale rispetto alla proprietà intellettuale nel diritto d'autore si vedano diffusamente le acute considerazioni di F. CARNELUTTI, *L'editore*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1952, pp. 1-8. Tra queste, merita di essere richiamato il passaggio in cui l'Autore esemplifica chiaramente tale antagonismo: «Io sono proprietario del mio vigneto perché il suo godimento è tutto per me; ma se il godimento dei miei libri fosse riservato a me, a che varrebbe il mio diritto su di essi? L'antitesi tra le due figure di diritto è tale, che il presupposto del diritto d'autore è la negazione di ciò che costituisce la ragione della proprietà. Il diritto di proprietà vuol dire poter chiudere le porte; il diritto di autore vuol dire, invece, doverle aprire. Del che la ragione sta in ciò che la cosa corporale è fatta per il godimento di un solo e la cosa spirituale per il godimento di tutti». In tal senso v. anche P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948, p. 154, il quale identifica l'attitudine delle opere dell'ingegno – come beni sui quali insiste la proprietà intellettuale – alla diffusione presso il pubblico, a differenza dei beni materiali sui quali insiste il diritto di proprietà dominicale che risulta invece funzionale al godimento esclusivo del *dominus*.

- a) da una parte, si palesava l'interesse economico, consistente nella necessità di assicurare che l'investimento sostenuto dagli autori e dagli stampatori per l'attività – spesso imprenditoriale – di realizzazione seriale e di distribuzione di massa dei frutti dell'intelletto non venisse vanificato da comportamenti arbitrari coincidenti in atti di sfruttamento abusivo delle opere<sup>95</sup>. Così, il riconoscimento di un diritto di esclusiva era reputato il mezzo più adeguato per realizzare l'interesse degli autori ed editori – e dei loro finanziatori ed investitori – ad avvantaggiarsi delle probabilità di guadagno inerenti alla propria opera, scongiurando il pericolo che altri soggetti si potessero approfittare indebitamente dei propri sforzi creativi<sup>96</sup>;
- b) dall'altra, veniva in rilievo l'interesse culturale, identificabile nell'opportunità di elevazione del livello medio di erudizione della collettività, nonché di incentivare il progresso scientifico e culturale in senso lato, come si leggeva a chiare lettere dal nobile proposito che animava lo statuto della regina Anna, «for the encouragement of learned Men to compose and write useful books». In rapporto di stretta affinità si poneva altresì la costituzione federale d'oltreoceano, a tal scopo espressamente consacrata nel noto *dictum* «to promote the progress of science and useful arts»<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Diversamente, in uno scenario di libera appropriabilità delle forme espressive altrui (intesa come l'impossibilità di trarre delle utilità economia in via esclusiva), vi sarebbero stati molti meno soggetti disposti ad intraprendere il rischio di produrre innovazione (in senso lato), R. ROMANO, *Innovazione, rischio e «giusto equilibrio» nel divenire della proprietà intellettuale*, op.cit., pp. 535-536.

<sup>96</sup> Ed infatti il mezzo attraverso il quale si aspira a raggiungere l'obiettivo di incentivare la produzione culturale si identifica tradizionalmente nella premiazione di coloro che danno vita a forme espressive originali attraverso il riconoscimento di un diritto assoluto, che si atteggia secondo una forma evoluta di *ius excludendi alios* di impronta proprietaria, di cui agli artt. 832 ss. In tal senso, M. ARE, voce *Beni immateriali*, op. cit., p. 297. Di contrario avviso, ritenendo che i diritti sulle opere dell'ingegno siano più vicini ai diritti della personalità piuttosto che ai diritti reali v. G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, V-VI, 1964, pp. 187 ss. Similmente, nel senso che i vantaggi derivanti dallo sfruttamento economico dell'opera siano soltanto una conseguenza indiretta della tutela del diritto della personalità v. G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, op. cit., pp. 631-632. Per completezza espositiva, giova segnalare, inoltre, il più recente approccio provocatorio contrario alla funzione tipicamente incentivante dei diritti di proprietà intellettuale, che contraddice la tesi secondo cui l'assenza di un diritto di esclusiva ridurrebbe gli incentivi alla produzione creativa, valorizzando piuttosto le motivazioni non economiche incitanti tale settore, su cui v. K. DARLING, A. PERZANOWSKI (a cura di), *Creativity without law. Challenging the assumptions of intellectual property*, New York Press, New York, 2017. In una posizione di compromesso v. L. ZIMMERMAN, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 12, I, 2011, pp. 29 ss.

<sup>97</sup> Art. I, Sez. 8, Cl. 8, Costituzione federale degli Stati Uniti del 15 settembre 1787. Per un'interessante illustrazione riguardo all'influenza dello *Statute of Anne* sul diritto d'autore americano v. L. ZIMMERMAN, *The Statute of Anne and its Progeny: Variations Without a Theme*, in *Houston Law Review*, vol. 47, IV, 2010, pp. 966 ss. *Amplius*, I. ALEXANDER, T. GÓMEZ-AROSTEGUI (a cura di), *Research Handbook on the History of Copyright Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016; E. COOPER, R. DEAZLEY, *Interrogating Copyright History*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 38, VIII, 2016, pp. 467 ss.

Secondo la scansione proposta da illustre dottrina<sup>98</sup>, nel diritto d'autore sarebbero identificabili tre soggetti portatori di interessi: gli autori, gli editori ed il pubblico. I primi due *stakeholders* si collocherebbero dallo stesso lato, nella misura in cui entrambi perseguono un interesse di tipo economico. Diversamente, il pubblico<sup>99</sup> si troverebbe sul lato opposto, essendo portatore dell'interesse antagonista alla libera riproducibilità dell'opera.

Tuttavia, non può non tenersi conto che è proprio l'esistenza di un interesse artistico-culturale in capo al pubblico a legittimare la pretesa patrimoniale, posto che in sua assenza i detentori dei mezzi necessari ad avviare l'impresa (spesso anche nel senso propriamente giuscommerciale del termine) di diffondere la cultura su scala industriale non sarebbero incoraggiati a correre il relativo rischio.

Può così apprezzarsi l'esistenza di un rapporto biunivoco di simultanea "alleanza" e rivalità tra i due interessi posti a fondamento del diritto d'autore<sup>100</sup>, alla luce del fatto che l'interesse culturale (della collettività) all'arricchimento del patrimonio intellettuale giustificava l'interesse economico (del privato) ad essere remunerato per il suo sforzo creativo, ma al contempo uno smisurato riconoscimento dell'interesse economico riduceva inevitabilmente il perseguimento dell'interesse culturale come risultato dell'eccessiva limitazione alla libera accessibilità delle opere<sup>101</sup>.

S'imponesse, dunque, l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra i menzionati interessi in campo. Inizialmente, esso si concretizzò in un

---

<sup>98</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 694.

<sup>99</sup> Ivi inclusi gli editori meno ortodossi propensi a riprodurre l'opera edita dal concorrente per rivenderla al pubblico ad un prezzo inferiore.

<sup>100</sup> Può quindi evincersi che anche tale scenario, nonostante descriva una fase alquanto primordiale del diritto d'autore, non risulti esente da molteplici incertezze ermeneutiche radicate nell'identificazione e nel bilanciamento degli interessi rilevanti, come testimoniato specialmente dal disomogeneo standard minimo di originalità al di sopra del quale sarebbe possibile attribuire il diritto di esclusiva. Tale nebulosità non concerne solamente le discrepanze intercorrenti tra i Paesi di *civil law* e quelli di *common law* (su cui v. *infra* par. 2), ma anche quelle tra Paesi appartenenti alla medesima cultura giuridica (v. *infra* Capitolo Quarto).

<sup>101</sup> In proposito, si richiamano le preziose parole di v. G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, op. cit., richiamato da P. SPADA, "Creazione ed esclusiva", *trent'anni dopo*, op. cit., pp. 216-219, 228, secondo cui «L'interesse della collettività funge non già da [...] giustificazione, bensì da limite della tutela» proprio per evidenziarne il temperamento indipendente rispetto alla pervasiva corrente di quel tempo del cd. socialismo reale. Nonostante tale influenza, infatti, l'illustre giurista aveva comunque intuito il fondamento giuspolitico alla base del lavoro creativo, ovvero la tutela degli interessi patrimoniali degli autori ed editori. La successiva affermazione degli studi sulla proprietà intellettuale nella prospettiva dell'analisi economica del diritto mise proprio in rilievo che la stessa collettività aveva interesse a che le istanze economiche dei produttori creativi trovassero accoglimento, remunerando in tal modo anche quei dispendiosi sforzi finanziari che non si traducevano necessariamente in risultati di elevato livello artistico-culturale.

intervento sulla durata dell'esclusiva<sup>102</sup>, che nello statuto della regina Anna venne fissata a 14 anni<sup>103</sup>.

Successivamente, l'oggetto del diritto d'autore è stato progressivamente esteso ad altre forme espressive artistiche, come la scultura, la pittura, la danza, la musica, l'architettura e poi, a seguito dei primi progressi tecnici<sup>104</sup>, alla fotografia e alla cinematografia<sup>105</sup>, ciascuna con propri standard minimi di creatività al di sotto dei quali prevaleva l'interesse

---

<sup>102</sup> La durata dei diritti patrimoniali d'autore rappresenta tutt'ora un terreno di guerra molto combattuto. Esempio paradigmatico è la battaglia condotta dalla lobby della Disney per estendere a cento anni la durata del *copyright* al fine di continuare a godere delle *royalties* su Mickey Mouse che, in forza dell'ottenuto emendamento, dovrebbero spirare il 18 novembre 2028 (salvo un'ulteriore estensione). Contro la tendenza ad incrementare la durata della protezione v. in particolare P. HEALD, *Term of Copyright: Optimality and Reality*, CREATE, 18 giugno 2021, reperibile al link: <https://www.create.ac.uk/blog/2021/06/18/21-for-2021-term-of-copyright-optimality-and-reality/>, il quale, basandosi su un *corpus* consolidato di studi empirici, conclude che le estensioni alla durata del diritto d'autore abbiano un impatto ampiamente negativo sulla disponibilità delle opere, sullo sviluppo di opere derivate e sui prezzi delle licenze. Similmente, R. JACOB, *Is IP out of control?*, op.cit., p. 101, il quale censura la debolezza del legislatore nei confronti delle lobby più rumorose, in quanto portano a delle trasformazioni del diritto d'autore incontrollate, poco meditate o avvedute. Sull'acceso dibattito cfr. altresì S.S. LANDAU, *Of mouse and men: will Mickey Mouse live forever?*, in *New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, vol. 9, II, 2020, pp. 249 ss.; M.A. FORELLA, *Balancing Mickey Mouse and the mutant copyright a trademark or to trademark a copyright, that is the question*, in *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 24, I, 2020, pp. 77 ss.; T.B. LEE, *15 years ago, Congress kept Mickey Mouse and Superman out of the public domain. Will that happen again*, in *The Washington Post*, 25 ottobre 2013, accessibile al seguente link: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/10/25/15-years-ago-congress-kept-mickey-mouse-out-of-the-public-domain-will-they-do-it-again/>; M.T. HELFAND, *When Mickey Mouse Is as Strong as Superman: The Convergence of Intellectual Property Law to Protect Fictional Literary and Pictorial Characters*, in *Stanford Law Review*, vol. 44, II, 1992, pp. 623 ss. Come rilevato da G. GHIDINI, *Proprietà intellettuale e antitrust: l'evoluzione di un complesso intreccio tra diritto e policy*, Lectio magistralis del 14 gennaio 2022 organizzata nell'ambito del Master di II livello in Diritto della concorrenza e dell'innovazione presso la Luiss School of Law, la limitata durata del diritto monopolistico costituirebbe uno dei principali anticorpi proconcorrenziali nel corrispondente mercato. È implicito che l'aumento della durata dell'esclusiva vanifichi o comunque affievolisca l'efficacia di questo "anticorpo". Dello stesso avviso, con uno sguardo trasversale a tutti i diritti di proprietà intellettuale, G. SPINA ALÌ, *Why intellectual property does not belong in the constitution(s): four considerations*, op. cit., p. 463, secondo cui il temperamento dell'esclusiva tramite la previsione di un limite temporale è alla base del contratto sociale che riguarda tutti i diritti di proprietà intellettuale, esclusi i marchi e i segreti commerciali, precisando altresì che «[o]nly 14 constitutions worldwide mention that IPRS are necessarily limited in time. This is particularly unfortunate, since this feature is at the core of the "social contract" between creators and the public for all the forms of intellectual property except trade marks and trade secrets».

<sup>103</sup> Tale durata era prevista per le opere pubblicate successivamente all'emanazione dello statuto, mentre per quelle antecedenti essa era fissata a 21 anni. Decorso il termine di 14 anni, il diritto di esclusiva ritornava all'autore dell'opera per un periodo ulteriore di 14 anni.

<sup>104</sup> *Amplius*, M. FABIANI, *La smaterializzazione delle tecnologie e la trascendenza dell'opera d'arte*, in *Il Diritto di Autore*, 2005, pp. 70 ss.

<sup>105</sup> La scoperta del cinematografo consegnò al *Pantheon* delle arti la cd. settima arte, così come rilevato da R. CANUDO, *Manifeste de sept arts*, Seguiér Editions, Parigi, 2003, richiamato in V. IAIA, D. CATERINO, *Identificazione dei ruoli autoriali dell'opera filmica e scelte dei legislatori: brevi note di confronto tra il sistema italiano e quello francese*, in *Sistema proprietà intellettuale*, 2017.

culturale rispetto a quello economico. Il livello minimo di originalità richiesto per accedere all'esclusiva (e al ventaglio di diritti riconosciuti nel corso dell'evoluzione della disciplina autoriale<sup>106</sup>) rappresentava il secondo limite per trovare un punto di equilibrio idoneo a coniugare i due interessi in conflitto, intervenendo così sull'ampiezza del diritto d'autore, (v. *infra*, parr. 1.4-1.5).

#### **1.4 (Segue) I successivi interessi dei produttori del mercato creativo e la prima metamorfosi del diritto d'autore**

A partire dagli anni '30, cominciò a germogliare una particolare sensibilità giuridica verso le istanze dei soggetti che, attraverso alcuni nuovi canali di sfruttamento economico delle creazioni intellettuali, quali segnatamente la radio e la televisione, nonché avvalendosi di nuovi apparecchi per il miglioramento del suono, consentivano una più vasta diffusione al pubblico delle opere dell'ingegno oppure ne incrementavano la qualità. Ci si riferisce specificamente alle prerogative attribuite alle emittenti radiofoniche e televisive e a quelle riconosciute ai produttori di fonogrammi<sup>107</sup> attraverso la previsione di un coacervo di diritti simile a quello stabilito in favore dei creatori delle opere protette dal diritto d'autore e ad esse strettamente collegato. Ai diritti in parola è dedicato il titolo II della l.d.a., intestato, per l'appunto, «Disposizioni sui diritti connessi all'esercizio del diritto d'autore»<sup>108</sup>.

La nascita dei diritti connessi ha segnato una prima piccola – ma significativa – metamorfosi del diritto d'autore, dal momento che si apriva la possibilità di tutelare, sotto l'ombrello di una disciplina distinta, ma collegata a quella per eccellenza consacrata al culto del bello, anche lavori tipicamente meno influenzati (o influenzabili) dall'apporto della personalità dell'autore.

---

<sup>106</sup> Si è infatti assistito ad un'evoluzione delle tecniche di protezione degli interessi degli autori, specialmente nell'ambito dei diritti patrimoniali, in seguito alle innovative modalità di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno nella dirompente economia digitale, portando, *inter alia*, a pensare e a ripensare la conformazione del diritto di comunicazione al pubblico, v. P. AUTERI, *Diritto di autore*, op. cit., pp. 623 ss.

<sup>107</sup> Artt. 72-78, 79, l.d.a. Esulano dalla presente trattazione i diritti connessi attribuiti agli artisti interpreti ed esecutori in considerazione della tendenziale prevalenza della componente creativa rispetto a quella finanziaria, caratterizzante il lavoro oggetto di tutela.

<sup>108</sup> In dottrina cfr. C. SGANGA, *The Many Metamorphosis of Related Rights in EU Copyright Law: Unintended Consequences or Inevitable Developments?*, in *GRUR International*, vol. 70, IX, 2021, pp. 821-833; P. AUTERI, *Diritti connessi al diritto d'autore*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit., pp. 744-764; A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, II, 2018, pp. 471 ss.; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 232-235; A. MUSSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2010, pp. 215 ss.; M. FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori*, op. cit., pp. 205-220; L.C. UBERTAZZI, *Durata dei diritti connessi e diritto transitorio*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV-V, 1998, pp. 715 ss.; e molto prima, E. PIOLA CASELLI, *Sul regolamento dei conflitti fra il diritto d'autore e taluni diritti vicini o similari*, in *Il Diritto di Autore*, 1937, pp. 155 ss.

Ed anzi, alcuni di essi sarebbero in realtà del tutto privi di carattere creativo, «delimitando verso il basso le opere protette [in senso lato] dal diritto d'autore»<sup>109</sup>.

L'oggetto della tutela riguardava, infatti, l'esercizio di attività in cui risultava prevalere la componente finanziaria, mentre quella creativa assumeva un ruolo quasi del tutto marginale. Rispetto ai produttori di fonogrammi, la creatività si riduceva alle scelte dei repertori, degli strumenti di sottofondo, degli arrangiamenti musicali, laddove per le emittenti radiofoniche e televisive la scelta "creativa" era ancora più circoscritta alla frequenza o al canale tramite il quale diffondere l'opera dell'ingegno.

Il fondamento giuridico della menzionata protezione sembra affondare nella sopravvenuta valutazione di meritevolezza degli interessi (economici)<sup>110</sup> perseguiti da coloro che rivestono un ruolo essenziale nella messa a disposizione del pubblico di un'opera che altrimenti avrebbe probabilmente goduto di un'eco alquanto limitata o perfino assente. Di fatto, però, la volontà premiale alla base dei diritti connessi non si identificava direttamente con l'intento remunerativo dell'autore di un'opera originale per aver compiuto delle scelte libere e creative, bensì di quei soggetti, che grazie alla propria organizzazione – solitamente imprenditoriale – miglioravano tecnicamente un'opera o ne ampliavano il raggio di diffusione<sup>111</sup>. S'intendeva, quindi, tutelare e favorire l'investimento (spesso ingente) convogliato allo svolgimento delle attività in discorso, a prescindere dalla loro intrinseca creatività.

---

<sup>109</sup> P. AUTERI, *Il diritto di autore*, op. cit., p. 633.

<sup>110</sup> «The primary rationale here is economic; by granting temporary exclusive rights, investment in phonogram production, broadcasting and film production is presumably fostered and rewarded», così M. KRETSCHMER, S. DUSOLLIER, C. GEIGER, P.B. HUGENHOLTZ, *The European Commission's public consultation on the role of publishers in the copyright value chain: A response by the European Copyright Society*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, X, 2016, p. 592.

<sup>111</sup> In tal senso, depone la circostanza che i diritti connessi del produttore di fonogrammi possono estendersi anche alle registrazioni dei suoni della natura (i cd. campionamenti, in gergo *sampling*), rispetto ai quali – almeno isolatamente – risulta alquanto arduo immaginare il riconoscimento dell'impronta personalistica dell'autore (su cui v. *infra* par. 3). Il legislatore ha comunque ritenuto meritevole di tutela l'interesse di coloro che utilizzano la propria organizzazione per fissare dei suoni già presenti in natura su un supporto fisico. Ciò potrebbe essere utile sicuramente per lo sviluppo di attività creative derivate. Sulla tutela giuridica del campionamento v. G. PASCUZZI, *Il sampling*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1998, pp. 635 ss., nonché da ultimo le sentenze della CGUE del 29 luglio 2019, causa C-476/17, *Pelham GmbH e a. contro Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben*, EU:C:2019:624, nonché della Corte Federale tedesca del 30 aprile 2020, IZR 115/16, con note di R. BRITKA, *The end of a never-ending sampling history?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, VIII, 2020, pp. 585 ss.; L. BENTLY, S. DUSOLLIER, C. GEIGER, J. GRIFFITHS, A. METZGER, A. PEUKERT, M. SENFLEBEN, C. GEIGER, *Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law? Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference before the CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v. Hütter*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019, pp. 467-490; E. IZYUMENKO, *Freedom of expression as an external limitation to copyright law in the EU: the Advocate General of the CJEU shows the way*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 41, III, 2019, pp. 131-137; P. MEZEL, *Thou Shalt (Not) Sample? New Drifts in the Ocean of Sampling*, in *Journal of Intellectual Property Law*, II, 2019, pp. 170-198.

Così, l'affermazione dei diritti connessi a beneficio dei produttori di fonogrammi e delle emittenti televisive e radiofoniche poneva in risalto, ancor di più, la funzione incentivante della proprietà intellettuale<sup>112</sup>, e soprattutto un iniziale "cambio di rotta" del diritto d'autore<sup>113</sup>, in quanto non più destinato in via esclusiva ad assicurare la remunerazione di uno sforzo creativo personale, bensì anche a ricompensare delle attività aventi carattere principalmente organizzativo-finanziario, idonee a dar vita a nuove forme di alimentazione e sviluppo dei mercati creativi.

La dottrina ha espresso perplessità circa l'attuale permanenza del fondamento originario giustificativo dei diritti connessi, proponendone quindi l'abolizione o la riduzione<sup>114</sup>, tenuto conto che i progressi tecnologici hanno ridotto notevolmente i costi per la registrazione, produzione e distribuzione dei fonogrammi.

### **1.5 (Segue) I rinnovati interessi della rivoluzione digitale e la seconda metamorfosi del diritto d'autore**

Sul finire del secondo millennio l'avanzare dell'evoluzione industriale e soprattutto di quella informatica determinò un più incisivo mutamento della traiettoria seguita dal diritto d'autore, portando autorevole dottrina a descrivere il fenomeno con il binomio «technology copyright»<sup>115</sup>.

Più precisamente, si ebbe un arricchimento delle entità suscettibili di protezione, questa volta incidendo direttamente sulla disciplina autoriale anziché configurare una normativa *ad hoc* come avvenuto per i diritti connessi, includendovi creazioni che «non assurgevano di certo alla dignità di opere d'arte»<sup>116</sup>, accomunate tra loro da una ben marcata componente tecnico-finanziaria. Ci si riferisce, in particolare, all'insieme delle cd. opere utili, ovvero le opere di *industrial design*<sup>117</sup>, le banche dati<sup>118</sup> e i *software*<sup>119</sup>.

Il ridotto tasso di creatività di tali opere, congiuntamente all'elevato costo di sviluppo industriale, diede origine ad un ricco dibattito dottrinale in merito alla tipologia di esclusiva più adatta a (rac)cogliere le loro peculiari

---

<sup>112</sup> G. SENA, *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Rivista di Diritto Industriale*, op. cit., il quale conclude affermando che la proprietà intellettuale è «l'istituto giuridico che consente la allocazione delle risorse nella ricerca e sviluppo, secondo la logica della economia di mercato».

<sup>113</sup> Giova chiarire che, con riguardo alla prima metamorfosi, il riferimento al diritto d'autore è in senso lato in quanto è pur vero che il legislatore è intervenuto con una disciplina *ad hoc* per introdurre i diritti connessi, ma si ritiene che il legame di questo impianto normativo con quello del diritto d'autore *stricto sensu* sia talmente intimo da poterlo influenzare.

<sup>114</sup> P.B. HUGENHOLTZ, *Neighbouring Rights are Obsolete*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019, pp. 1008-1009.

<sup>115</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 262-305.

<sup>116</sup> G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, op. cit., p. 631.

<sup>117</sup> Art. 1, comma 58, l. 23 dicembre 1996, n. 650, cui è seguita la tutela europea prevista dalla direttiva 71/1998/CE.

<sup>118</sup> D.lgs. del 6 maggio 1999, n. 169, in attuazione della direttiva 9/1996/CE.

<sup>119</sup> D.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518, in attuazione della direttiva 91/250/CE, sostituita dalla direttiva 24/2009/UE.



caratteristiche<sup>120</sup>. Per ciascuna di esse venne abbandonata l'alternativa del brevetto per invenzione, preferendo optare per la già popolosa cittadella del diritto d'autore<sup>121</sup>.

S'intendeva tutelare, dunque, tutti quei soggetti che, attraverso la propria organizzazione, avrebbero contribuito alla realizzazione di questi prodotti innovativi ritenuti meritevoli di essere incentivati.

Tuttavia, come accennato *supra*, a differenza dei diritti connessi, in cui l'ingresso delle nuove tecnologie (della radio, della televisione e degli apparecchi per il miglioramento del suono) ha portato alla creazione di una categoria concettuale nuova e separata rispetto al diritto d'autore – sebbene ad essa collegata –, l'avvento tecnologico delle diverse opere utili sopra richiamate ha inciso proprio sulla medesima categoria giuridica dedicata alle sculture, ai dipinti, ai romanzi, e a tutte quelle opere dall'indiscussa dignità artistica o culturale.

Infatti, gli svariati emendamenti che negli anni '90 sono stati apportati alla disciplina autoriale si sono orientati verso la protezione di tipologie di opere (o meglio, lavori) dall'utilizzo primariamente industriale e non invece in favore di nuove forme espressive a fruizione intellettuale o estetica, in conformità all'intelaiatura originaria.

Lo spostamento dell'accento sulla valorizzazione di risultati tecnici mediante il diritto d'autore ne ha determinato, giocoforza, un'alterazione sostanziale<sup>122</sup>. Si pensi specialmente alla necessità di adeguare il requisito del carattere creativo rispetto a lavori in cui risultava molto più arduo rilevare ed apprezzare l'originalità espressiva dell'autore. La valutazione di originalità si

---

<sup>120</sup> Oltre alla dottrina già citata sulla tutela del software e delle banche dati, in tema di creazioni utili cfr., tra i tanti, M. LOCONSOLE, *La tutela della forma del prodotto nella giurisprudenza: una, nessuna, centomila*, in *Il Diritto Industriale*, V, 2021, pp. 487 ss.; F. SANNA, *Il messaggio estetico del prodotto. La tutela d'autore della forma industriale*, Giappichelli, Torino, 2018; P. SPADA, *Utile et "futile" dans la propriété intellectuelle: la "valeur artistique" des dessins et modèles en droit italien*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, pp. 526 ss.; M. BOSSHARD, *La tutela dell'aspetto del prodotto industriale*, Giappichelli, Torino, 2015; S. GIUDICI, *Una storia infinita: sulla tutela delle opere del disegno industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2012, pp. 270 ss.; D. SARTI, *La tutela d'autore del design fra disciplina ordinaria e diritto intertemporale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2012, pp. 399 ss.; IDEM, *Tutela dei disegni e modelli comunitari tra imitazione servile protezione del diritto d'autore*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2008, pp. 170 ss.; V. DI CATALDO, *Dai vecchi "disegni e modelli ornamentali" ai nuovi "disegni e modelli". I requisiti di proteggibilità secondo il nuovo regime*, in *Europa e diritto privato*, I, 2002, pp. 61 ss.; M. FABIANI, *La protezione dell'opera d'arte applicata alla nuova disciplina del disegno industriale*, in *Il Diritto di Autore*, 2002, pp. 206 ss.; P.A.E. FRASSI, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2002, pp. 370 ss.; P. SPADA, *Industrial design e opere d'arte applicate all'industria*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2002, pp. 267 ss.; J.H. REICHMAN, *Legal hybrids between the patent and copyright paradigms*, op. cit., pp. 2308 ss.; P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, Giuffrè, Milano 1997; P. GRECO, *Creazioni utili e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997; A. VANZETTI, *Una legge per tutelare l'hardware*, in *Il Corriere Giuridico*, IV, 1989, p. 345.

<sup>121</sup> In tal senso, P. SPADA, «Creazione ed esclusiva» trent'anni dopo, op. cit., p. 225.

<sup>122</sup> P. AUTERI, *Diritto di autore*, op. cit., p. 623.

riduceva ad un giudizio sulla novità oggettiva del risultato indagato, dovendo relegare l'esame sulla componente soggettiva ad un piano marginale.

Ciò ha segnato la seconda metamorfosi del diritto d'autore, ben più destrutturante rispetto alla precedente, dal momento che l'intervento legislativo ha investito direttamente la storica regolamentazione consacrata per antonomasia – almeno sino a quel momento – alla protezione delle attività tipicamente artistiche.

Tra i vari interessi che potevano in qualche modo legittimare il funesto “sacrificio” della tradizionale visione del diritto d'autore spiccava sicuramente un interesse di tipo economico, alla luce del fatto che il progresso tecnico nel settore industriale, e soprattutto in quello informatico, richiedeva ingentissimi investimenti<sup>123</sup>.

Occorreva, quindi, apprestare una protezione verso i primi risultati di questi finanziamenti, in quanto essi erano fondamentali per lo sviluppo dell'infrastruttura su cui potrà fiorire e prosperare la cd. società dell'informazione e con essa un insieme di mercati che avrebbero poi prodotto delle esternalità positive per l'intera economia<sup>124</sup>. Al contempo, però, l'ampliamento dell'oggetto dell'esclusiva autoriale rischiava di mortificare la concorrenza dinamica<sup>125</sup>.

Questo dibattito è rimasto pressoché sopito sino a quando le ultimissime evoluzioni del software e delle banche dati, costituite rispettivamente dall'intelligenza artificiale e dai Big Data, hanno rimesso in discussione quel temporaneo equilibrio, suscitando l'esigenza di verificare se le vecchie soluzioni già impiegate per le tecnologie precorritrici possano reputarsi compatibili rispetto a quelle più avanguardiste, oppure invece occorra ripensarne delle nuove, che facciano così fronte a quella che potrebbe rappresentare la terza metamorfosi del diritto d'autore<sup>126</sup>.

## **2. Il requisito di originalità nel raffronto tra i sistemi di *copyright* e di *droit d'auteur***

I due sistemi di diritto d'autore, spesso rappresentati nella letteratura come antagonisti<sup>127</sup>, si differenziano principalmente per il fatto che l'uno

---

<sup>123</sup> L. NIVARRA, V. RICCIUTO, *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Giappichelli, Torino, 2002, XI, i quali guardano al diritto d'autore come «l'agnello sacrificale dell'impetuoso sviluppo della rete e delle sue infinite applicazioni». Similmente A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive delle proprietà industriale*, op. cit., p. 113, il quale avverte che «al fine di assicurare tutela agli interessi economici conseguenti all'ingente sviluppo dell'informatica, si è scardinata l'intima struttura del diritto d'autore, piegandone la dommatica all'esigenza di proteggere i legittimi interessi degli operatori del settore rispetto a condotte che potessero vanificarne gli investimenti».

<sup>124</sup> P. AUTERI, *Diritto di autore*, op. cit., p. 623.

<sup>125</sup> G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit., pp. 209 ss.

<sup>126</sup> Su questi interrogativi si rinvia al Capitolo Secondo.

<sup>127</sup> In tal senso v. L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., pp. 35-36; F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, III

pone l'accento sullo sforzo lavorativo umano *sic et simpliciter*, secondo l'approccio utilitaristico fondato sull'endiadi remunerare-incentivare<sup>128</sup>, mentre l'altro tende ad attribuire maggior rilievo al suo apporto creativo, sulla base di una più marcata valorizzazione del rapporto tra l'autore e l'opera da esso creata, intesa come una sorta di estensione della sua personalità<sup>129</sup>. Uno dei principali elementi differenziali con cui si tende ad evidenziare tale "antagonismo" è rappresentato dal *discrimen* in merito al riconoscimento e alla portata dei diritti morali<sup>130</sup>.

Bisogna però anzitutto mettere in luce un aspetto logicamente anteriore rispetto alla determinazione dei diritti attribuibili all'autore di un'opera dell'ingegno, rappresentato dall'individuazione delle creazioni elevabili ad

---

ed., La Découverte, Parigi, 2014, p. 128. L'antagonismo attiene solo al modo in cui i due sistemi vengono rappresentati dal momento che già da qualche decennio la dottrina ha documentato un costante livellamento che ha progressivamente limato i principali tratti differenziali. Si veda per il momento A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, op. cit., unitamente alle considerazioni di cui *infra* parr. 2.1, 2.2 e 2.3.

<sup>128</sup> Questa tesi affonda le radici nella cd. *fairness theory*, frutto di una rielaborazione del quinto capitolo dell'Opera di J. LOCKE, *The Second Treatise of Government*, 1689, Awnsham Churchill, Londra, in forza della quale era considerato *fair* (giusto) remunerare un soggetto per il lavoro prestato, a prescindere dal contributo di tale lavoro all'arricchimento culturale a beneficio della collettività come conseguenza di un più o meno accentuato atto creativo. Tale teoria ha trovato il favore del diritto giurisprudenziale statunitense, specialmente nella sentenza emessa l'8 marzo 1954 dalla Corte Suprema nel caso *Mazer v. Stein*, n. 347 U.S. 201, ove si legge a chiare lettere che «Sacrificial days devoted to such creative activities deserve rewards commensurate with the services rendered». *Amplius*, W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, 2018, 26-35. In proposito, tra le diverse argomentazioni rassegnate dall'Autore per evidenziare l'invalidità della teoria proprietaria di Locke a costituire il modello ispiratore del diritto d'autore, viene in rilievo la difficoltà pratica di applicare a quest'ultimo il principio di proporzionalità, il quale invece costituisce un aspetto fondamentale nell'ambito della teoria proprietaria del filosofo inglese per quantificare correttamente i frutti e le porzioni di terra utili a remunerare il lavoratore. Tale frizione si avverte specialmente nell'esempio emblematico della fotografia scattata dal cardiologo Scott Lieberman della catastrofica distruzione della navicella spaziale Columbia, avente a bordo ben sette astronauti. Lo scatto è stato trasmesso all'Associated Press e il giorno dopo, il 1° febbraio 2003, è stato utilizzato come immagine di copertina del Time magazine. L'Autore sottolinea l'arduo tentativo di applicare il principio di proporzionalità per calcolare l'adeguata remunerazione da riconoscere al medico-fotografo, alla luce delle composite soluzioni prospettabili, le quali attribuiscono un peso diverso agli svariati elementi concretamente rilevanti, tra cui la capacità tecnica del fotografo, la qualità dell'attrezzatura impiegata, e/o il colpo di fortuna di aver semplicemente premuto il pulsante della macchina fotografica nel posto giusto al momento giusto. Del resto, ove si volga l'attenzione alla prospettiva domestica, emerge dal combinato disposto degli artt. 1, 2, l.d.a., una certa contrarietà del diritto d'autore al principio di proporzionalità, dal momento che creazioni molto eterogenee dal carattere creativo altrettanto dissimile beneficiano della stessa protezione in termini di diritti economici e morali.

<sup>129</sup> I fondamenti di questa teoria sono rintracciabili nelle riletture interpretative della tesi lockiana proposte da Kant e Hegel, fermi assertori dell'impronta personalistica – e non proprietaria/reale – permeante i diritti di proprietà intellettuale, la cui *ratio* di tutela coincide con la protezione dell'estrinsecazione del pensiero umano, inteso come un prolungamento della personalità dell'autore. Sul punto cfr. L. MOSCATI, *Diritti d'autore. Storia e comparazione nei sistemi di civil law e di common law*, op. cit., pp. 13 ss.; C. SGANGA, *Propertizing European Copyright. History, Challenges and Opportunities*, Edward Elgar, 2018, Cheltenham, pp. 17-49.

<sup>130</sup> P. GOLDSTEIN, P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright. Principles, Law, and Practice*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 13 ss.

opere dell'ingegno. Invero, fatta salva la pacifica divergenza sul piano dei diritti morali (anch'essa assottigliata per effetto dell'introduzione dei diritti morali nel Regno Unito nel 1988<sup>131</sup> e dell'adesione degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna nel 1989<sup>132</sup> su cui v. *infra* parr. 2.1, 5), nonché la discordanza sulla natura esemplificativa o tassativa dell'elenco delle opere protette dal diritto d'autore<sup>133</sup>, la diversa natura dei due macro-filoni di pensiero in materia di diritto d'autore si coglie anche nell'originario dislivello riguardo al cd. gradiente creativo minimo necessario per ritenere una creazione intellettuale originale e, per gli effetti, riconoscerne i rispettivi diritti all'autore.

La definizione della soglia minima di originalità costituisce un elemento imprescindibile per determinare l'ampiezza della protezione garantita dal diritto d'autore, avendo incisive ricadute pratiche nel tracciare l'esatta linea di confine tra opera creativa e lavoro banale, la quale rispecchia la bipartizione tra esclusiva autoriale e pubblico dominio<sup>134</sup> e,

---

<sup>131</sup> Su cui v. R. DEAZLEY, *Moral rights*, in *Entertainment Law Review*, vol. 23, I, 2012, pp. 21-22.

<sup>132</sup> *Amplius*, J.C. GINSBURG, *Moral rights in a common law system*, *ivi*, vol. 1, IV, 1990, pp. 121-130.

<sup>133</sup> In particolare, i Paesi di *civil law* interpretano l'elenco delle opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore in senso esemplificativo laddove, invece, i Paesi di *common law* sono maggiormente inclini ad intendere tale catalogo in senso tassativo. Ciò influisce sulla cd. ampiezza orizzontale del diritto d'autore, più propensa all'espansione – al fine di cogliere anche le forme espressive frutto dell'innovazione artistica e tecnologica – nei primi, mentre più statica nei secondi. Sicché, i Paesi afferenti al diritto d'autore continentale risultano essere più flessibili sull'oggetto (l'ampiezza orizzontale) del diritto d'autore e – almeno sino a poco tempo fa – più rigidi sul requisito di originalità (l'ampiezza verticale). Di converso, i Paesi ispirati al diritto d'autore anglosassone tendono ad una maggiore chiusura sull'oggetto del diritto d'autore e ad una maggiore generosità sul gradiente creativo minimo per ritenere l'opera originale. Tuttavia, tali divergenze si sono parzialmente appianate per effetto del costante processo di armonizzazione europea inerente sia la nozione di opera dell'ingegno che il connesso requisito di originalità. Tuttavia, con riguardo al carattere esaustivo dell'elenco di opere individuate agli artt. 1-8 del Copyright, Designs and Patents Act, è stato opportunamente rilevato in L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., pp. 58-62, che esso necessita di essere rivisitato in senso esemplificativo per conformarsi alla giurisprudenza europea che ammette la tutela autoriale di qualsiasi lavoro dell'ingegno, a condizione che costituisca una creazione intellettuale dell'autore. In questo senso, v. altresì E. ROSATI, *Closed subject-matter systems are no longer compatible with EU copyright*, 2014, reperibile su SSRN al seguente link: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfr?abstract\\_id=42468104](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfr?abstract_id=42468104); IDEM, *Originality in US and UK copyright experiences as a springboard for an EU-wide reform debate*, op. cit., p. 542. Benché tale argomento abbia giocoforza perso di persuasività a seguito della Brexit, non può comunque negarsi la bontà della tesi che propende verso il carattere aperto delle opere suscettibili di tutela autoriale poiché esso permette di includere tutte quelle forme espressive artistiche o culturali non convenzionali che altrimenti resterebbero orfane di protezione.

<sup>134</sup> Sulla nozione di pubblico dominio applicato al diritto d'autore si richiama per il momento J.C. GINSBURG, *"Une chose publique?" Author's domain and the public domain in early British, French and US copyright law*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 65, III, 2006, pp. 636-670, e gli annessi riferimenti bibliografici sulla dottrina statunitense. Per ulteriori considerazioni v. *infra* par. 15.

conseguentemente, tra plagio<sup>135</sup> ed esercizio della libertà espressiva<sup>136</sup>. Tale questione si presta ad essere risolta secondo svariate opzioni ermeneutiche, ciascuna di esse portatrice di un autonomo significato da attribuire al concetto giuridico di originalità e strumentale a riflettere le diverse funzioni e volontà politiche che il diritto d'autore aspira a realizzare nella realtà giuridica interessata<sup>137</sup>.

Orbene, giova dar conto che nel novero dei compositi tentativi di armonizzazione europea aventi ad oggetto il diritto d'autore, lungi dall'affermarsi un orientamento mediano rispetto alle diverse alternative esegetiche in rassegna – che potrebbe legittimarsi come il frutto di un compromesso tra i Paesi tributari dell'una o dell'altra teoria interpretativa –, sembra vada delineandosi sempre più chiaramente un'inclinazione verso il modello continentale di *droit d'auteur* come risultato dei plurimi richiami – specialmente da parte della giurisprudenza – all'impronta personalistica dell'autore (sui profili di diritto europeo v. *infra* par. 4).

In via generale, i molteplici interventi normativi e giurisprudenziali aventi ad oggetto il diritto d'autore hanno messo in risalto le prismatiche sfaccettature della materia, sia con riguardo all'eterogeneità delle tipologie di opere eleggibili per la tutela, che con riferimento alla pluriforme interpretazione del concetto giuridico di originalità, come risultante dagli approdi esegetici dei due macro-ordinamenti di riferimento, ovvero quello anglosassone-statunitense e quello romano-germanico<sup>138</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, si è soliti notare che ai fini del soddisfacimento del requisito di originalità nei sistemi di *common law* assume rilievo centrale la quantità del lavoro prestato a servizio dell'opera<sup>139</sup>, laddove

---

<sup>135</sup> L'origine del termine sembra rimontare a quando Marziale additò come *plagiarius* un poeta che aveva rubato un poema altrui, stigmatizzando il furto della proprietà intellettuale al pari di quello di schiavi o di figli, dai cui proviene l'accezione originaria del termine, come ricordato da A. MUSSO, *Il riconoscimento della personalità creativa nell'opera dell'ingegno*, in M. CAVALLERI (a cura di), *Il due in questione. Prospettive interdisciplinari sul riconoscimento*, Bologna, 2020, p. 61.

<sup>136</sup> Come il doppio volto del Dio romano Giano, l'originalità presenterebbe due facce appartenenti alla stessa medaglia: da un lato, essa risulta determinante per definire il campo di applicazione del diritto d'autore, dall'altro, essa viene in rilievo per individuare l'ambito di estensione delle ipotesi di plagio. Così, E. ROSATI, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, op. cit., p. 598. Emblematica appare la definizione di originalità proposta dalla Corte d'appello statunitense del Secondo Circuito nel caso *L. Batlin & Son c. Snyder*, 536 F.2d 486, secondo cui l'originalità significherebbe quell'apporto creativo poco più elevato rispetto a quello che determinerebbe l'integrazione del plagio, «[o]riginality means little more than a prohibition of actual copying».

<sup>137</sup> Difatti, il concetto di originalità ha assunto nel tempo significati diversi per raggiungere degli obiettivi contingenti, come si legge in E. ROSATI, *Originality in US and UK copyright experiences as a springboard for an EU-wide reform debate*, op. cit., p. 543: «[T]he concept and the scope of originality have changed over time and have been used to achieve precise policy objectives».

<sup>138</sup> Sulla contrapposizione storica tra i due sistemi si veda, oltre alla bibliografia già citata, J.C. GINSBURG, *Histoire de deux droits d'auteur: la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaire*, in *Revue Internationale Du Droit D'Auteur*, vol. 147, 1991, pp. 124 ss.

<sup>139</sup> Giova ricordare che prima dell'entrata in vigore nell'ordinamento statunitense del Copyright Act del 1909, il requisito dell'originalità era fortemente ancorato all'idoneità della creazione a garantire lo sviluppo scientifico, portando all'affermazione di un'interpretazione

in quelli di *civil law* il parametro quantitativo cede il passo a quello qualitativo (in senso lato), posto che l'elemento a cui è subordinato il riconoscimento del requisito in discorso è pacificamente identificato nell'idoneità dell'opera ad esprimere l'impronta personalistica del suo autore<sup>140</sup>. Giova tener conto altresì che a partire da questi due ceppi si sono poi innestate almeno due varianti interpretative che hanno raddoppiato le soluzioni prospettabili (v. *infra* par. 2.3).

## 2.1 (Segue) L'originalità come clausola generale e la riprova nell'ampia gamma di test applicabili

Si comprende quindi che, nonostante il consenso mondiale nel ritenere che l'originalità sia la *conditio sine qua non* affinché un'opera dell'ingegno acceda alla protezione autoriale<sup>141</sup>, calibrandone anche l'intensità nei

---

restrittiva volta ad escludere tutte quelle creazioni aventi un valore puramente estetico, come risultante nei *leading cases Clayton v. Stone* del 1829 e *Bleistein v. Donaldson* del 1903. In tal senso v. E. ROSATI, *Originality in US and UK copyright experiences as a springboard for an EU-wide reform debate*, op. cit., pp. 535-537.

<sup>140</sup> «Nel diritto d'autore è richiesta una originalità della creazione tale da tradursi nell'impronta individuale dell'autore», T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 361. Nella dottrina francese v. per tutti A. LUCAS, P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, in *La Semaine Juridique*, 1993, p. 255, i quali desumono la nozione di originalità quale impronta personalistica dell'autore sulla base di una disamina complessiva dello spirito della legge sul diritto d'autore. Inoltre, benché gran parte degli Studiosi affermi che il gradiente di originalità europeo sia ben maggiore rispetto a quello anglosassone, si segnala l'interessante opinione dottrinale espressa in L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., p. 102, secondo cui i due sistemi non si differenzerebbero in base alla maggiore o minore soglia di creatività richiesta (in quanto alcune creazioni che sarebbero tutelate dal diritto europeo non lo sarebbero invece nel diritto anglosassone), bensì sulla diversa rilevanza attribuita ad alcune tipologie di lavori.

<sup>141</sup> Per completezza espositiva, si richiama la tesi estremamente minoritaria espressa nella dottrina francese da O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur: originalité ou création?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, secondo cui la vera condizione per l'accesso alla tutela autoriale non sarebbe l'originalità, bensì il soggiacente atto creativo, definito a p. 220 come «L'oeuvre de l'esprit qui présente une individualité suffisante pour être distinguée des créations similaires déjà existantes et qui vient de la facture suffisamment personnelle donnée à ses formes par son auteur». Quest'orientamento non appare condivisibile in quanto la definizione proposta dall'Autore non fa altro che ricalcare quella di originalità, cadendo peraltro nel corto circuito logico in base al quale potrebbe esserci creazione anche in assenza di originalità. Come puntualmente rilevato nella recensione all'Opera svolta da F. POLLAUD-DULIAN, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, I, 2000, p. 274, non vi è creazione se non quando vi sia originalità, l'originalità presuppone l'atto creativo. Per uno studio più recente sul ruolo dell'atto creativo nell'ordinamento francese v. A. PORTRON, *Le fait de la création en droit d'auteur français. Étude de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Parigi, 2021. Nella dottrina italiana, v. A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive delle proprietà industriale*, op. cit., p. 60, il quale considera l'atto creativo come l'azione umana superiore e poi eventualmente espressa con la quale per impegno intellettuale si giunga alla costituzione di un elemento d'ingegno individuabile. Detto altrimenti, l'Autore sostiene che un'opera dell'ingegno nasca quale espressione del "cogito" dell'individuo. In proposito, si richiama la ricostruzione proposta da P. GALLI, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi di proprietà intellettuale e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2016, secondo cui il processo creativo di qualsiasi opera dell'ingegno parte dall'idea, passa per la sua espressione e poi, in ultimo, per la sua concretizzazione. Può inferirsi che l'atto creativo

confronti dei *free riders*<sup>142</sup>, non vi è, allo stato attuale del diritto, un eguale consenso in merito al suo significato<sup>143</sup>. La dottrina ha opportunamente notato come la mancata fissazione da parte del legislatore di criteri per accertare il soddisfacimento del carattere creativo di un'opera dell'ingegno ha permesso che si sviluppasse una nozione di creatività elastica e variabile nel tempo, nello spazio e da genere a genere di opere<sup>144</sup>.

Invero, il carattere etereo di tale nozione ha fatto sì che essa venisse più volte interpretata a livello istituzionale, giurisprudenziale e dottrinale, giungendo ad esiti molto variegati, anche opposti, ove si consideri specialmente l'originaria divergenza tra sistemi di *droit d'auteur* e sistemi di *copyright*.

Sicché, l'accertamento del requisito di originalità si è inverato in diversi test, tra cui quelli volti a verificare l'esistenza (i) del lavoro, dell'abilità o del giudizio da parte dell'autore<sup>145</sup>, (ii) del livello minimo di creatività<sup>146</sup>, (iii) del contributo intellettuale<sup>147</sup>, (iv) della creazione intellettuale personale, oppure (v) della creazione intellettuale propria dell'autore<sup>148</sup>.

Tale incertezza consegue dalla circostanza che il significato dell'originalità non è destinato ad esaurirsi nella realtà giuridica, in quanto necessita di essere integrato attraverso criteri extra-legali che riflettono la realtà sociale circostante. La conseguente polisemia costituisce terreno fertile per il dibattito gravitante intorno alla comprensione di tale requisito e al

---

costituisca soltanto il presupposto della creazione intellettuale, ma affinché essa sia qualificabile come opera dell'ingegno è altresì necessario che essa sia originale, a meno che non si intenda per atto creativo quell'atto già di per sé idoneo a conferire originalità.

<sup>142</sup> Si richiama, a titolo esemplificativo, la sentenza emessa dalla Camera dei Lords, *Designer Guild Limited v. Russell Williams Limited*, [2000] 1 WLR 2416, nella quale si è affermato che tanto più è semplice l'idea (*rectius* la forma espressiva dell'idea) copiata, tanto più sarà improbabile che essa costituisca una parte sostanziale idonea a legittimare l'accusa di plagio: «Generally speaking in cases of artistic copyright, the more abstract and simple the copied idea, the less likely it is to constitute a substantial part. Originality, in the sense of the author's skill and labour, tends to lie in the detail with which the basic idea is presented». Adottando un'interpretazione a contrario, può inferirsi che tanto più un'idea sarà articolata e tanto più sarà probabile che essa rappresenti una parte sostanziale copiata senza autorizzazione. Si veda altresì la più recente decisione pronunciata dalla Corte d'appello USA del IX circuito, 27 February 2018, *Rentmeester v. Nike, Inc.*, 15-35509, che rimarca la tenuità della protezione qualora l'opera oggetto di scrutinio presenti modesti elementi creativi: «A copyrighted work is entitled to thin protection when the range of creative choices that can be made in producing the work is narrow [...] When only a narrow range of expression is possible, copyright protection is thin because the copyrighted work will contain few protectable features» [corsivo aggiunto].

<sup>143</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., ove a p. 376 osserva che «Originality is a tout court legal concept, whose definition differs from a jurisdiction to another».

<sup>144</sup> I. GARACI, *Tutela del format televisivo e prospettive di regolamentazione giuridica*, in *La Responsabilità Civile*, II, 2009, p. 107.

<sup>145</sup> Camera dei Lords, *Landroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, 1964, WLR 273.

<sup>146</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 27 marzo 1991, 499 U.S. 340

<sup>147</sup> Corte di Cassazione francese, *Pachot Decision* [1996] 129, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, p. 130.

<sup>148</sup> Corte Suprema tedesca, *Unauthorised Reproduction of Telephone Directories on CD-ROM* [2002] ECDR.

contempo per legittimare i diversi esiti interpretativi. In proposito, la dottrina ha evidenziato come il disparato numero di test possa ritenersi indicativo della specifica corrente di pensiero sul diritto d'autore radicata nella giurisdizione ove quell'esame è stato proposto oppure, più semplicemente, delle difficoltà definitorie di questo particolare concetto<sup>149</sup>.

A ben vedere, l'una non esclude l'altra, essendo possibile configurare più concause determinanti il ricco assortimento di test applicabili ad un'opera dell'ingegno. A fianco delle due menzionate ipotesi che appaiono certamente plausibili, non ci si può esimere dal segnalare che l'impiego da parte dei decisori politici di termini dal tenore generale – se non decisamente vago –, come “originalità” o “carattere creativo” (considerando la tradizione giuridica italiana), comporti una parziale rinuncia all'esercizio della potestà legislativa, a vantaggio dell'organo giurisdizionale, delegato a ricercare «valori al di fuori dei rigidi confini dell'ordinamento positivo»<sup>150</sup>.

Il potere del giudice di “concretizzare” il dato positivo attraverso il ricorso a standard sociali in misura maggiore di quanto avverrebbe solitamente – se ad essere applicate fossero delle norme che precostituiscono la fattispecie normativa astratta<sup>151</sup> – depone nel senso di ritenere che il legislatore abbia fatto ricorso ad una clausola generale<sup>152</sup>. E come tutte le clausole generali dotate di un'elevata capacità di assorbimento della realtà, anche quella che viene qui in rilievo richiede di essere apprezzata in concreto dovendo tener conto di una pluralità di interessi e valori che occorre conciliare o tra i quali bisogna stabilire un ordine di prevalenza<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, cases, and materials*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 106.

<sup>150</sup> P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole” generali*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I-II, 1998, pp. 1-2.

<sup>151</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 10.

<sup>152</sup> Sul tema vi è una ricchissima sedimentazione dottrinale. Dal lato della dottrina civilistica, unitamente ai riferimenti già citati, cfr. a titolo illustrativo L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars Interpretandi*, in *Annuario di ermeneutica giuridica*, VII, 2002, pp. 373-386; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 631-653; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, pp. 709-733; N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, pp. 539-571. Dal lato della dottrina giuscommerciale, cfr. in particolare M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, II, 2018, p. 6 (il quale fa esclusivo riferimento al carattere creativo e al valore artistico delle opere di disegno industriale ex art. 2, comma 1, n. 10), l.d.a., nonché al carattere artistico delle opere di architettura come presupposto della tutela rafforzata di cui all'art. 20 l.d.a.); P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, pp. 133 ss.; G. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, II, 2013, pp. 1-29; G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *Principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, *ivi*, 2013; G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, Cedam, Padova, 2011.

<sup>153</sup> G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2012, pp. 509-533.



Tra gli interessi in tensione che occorre soppesare si annoverano segnatamente, come già anticipato, quelli degli autori e produttori ad essere remunerati per il loro lavoro creativo, quelli degli investitori tecnologici ad espandere forme di protezione escludenti su quanti più elementi possibili per ammortizzare i costi sostenuti – e magari trarre vantaggio – (v. *infra* Capitolo Secondo) e quello del mercato a conservare un’area del pubblico dominio sufficientemente ampia ad incentivare la creatività derivata<sup>154</sup> (v. *infra* Capitolo Terzo).

Il metro di originalità scelto dall’interprete rappresenterà quindi il delicato punto di equilibrio e di sintesi fra interessi individuali ed interessi collettivi.

Detto altrimenti, il ricorso da parte dei legislatori ad una clausola generale per decidere se accordare o meno la protezione autoriale su un’opera dell’ingegno richiede che l’interprete proceda ad un’integrazione valutativa della norma attingendo a valori talora riconducibili a parametri extra-legali. Tra questi ultimi, figura specialmente la percezione sociale del requisito di originalità.

Difatti, la ragione motrice delle evoluzioni ermeneutiche che hanno contrassegnato questo caposaldo del diritto d’autore sembra proprio rintracciabile nel mutamento della percezione sociale del significato di originalità, accelerato soprattutto da alcune innovazioni tecnologiche che hanno determinato la meccanizzazione di talune attività tradizionalmente creative, i cui risultati – almeno sino all’avvento di tali scoperte – erano raggiungibili soltanto mediante metodi artigianali, o comunque “analogici”.

Tra gli esempi più paradigmatici, appare utile dar conto succintamente della storia altalenante che ha scandito la valutazione di originalità artistica delle fotografie, raffigurabile come una vera e propria parabola.

Invero, alla loro nascita, nelle prime decadi del XIX secolo, le fotografie erano considerate soltanto come opere meccaniche, di per sé non tutelabili dal diritto d’autore, considerato che le nascenti tecniche fotografiche

---

<sup>154</sup> In questo senso v. G. SPINA ALÌ, *Why intellectual property does not belong in the constitution(s): four considerations*, op. cit., p. 463, il quale, citando il saggio di C. GEIGER, *Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights Instruments: Towards a new Social Contract for the Protection of Intangibles*, in C. GEIGER (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 661 ss., avverte criticamente che «[c]onstitutions reinforce the misperception that the foundations of the system lie upon the discretion of the legislator to reward certain endeavours with the privilege of monopoly, irrespective of the collective considerations related to the promotion of creative knowledge». In termini simili cfr. J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L’interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 9; C. DI COCCO, *Multimedialità e diritto d’autore*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 297-310. A livello istituzionale, si richiamano le raccomandazioni 16 e 20 adottate dall’Assemblea Generale dell’Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale volte rispettivamente a «Consider the preservation of the public domain within WIPO’s normative processes and deepen the analysis of the implications and benefits of a rich and accessible public domain» e a «Promote norm-setting activities related to IP that support a robust public domain in WIPO’s Member States, including the possibility of preparing guidelines which could assist interested Member States in identifying subject matters that have fallen into the public domain within their respective jurisdictions».

costituivano il patrimonio di un mestiere, o di un'industria, ancora in fasce e pertanto non ancora pronto a reclamare dei diritti<sup>155</sup>.

In seguito, sul finire del XX secolo, con l'affermarsi di un nuovo comparto industriale-professionale si ebbe anche un ripensamento qualitativo dell'attività fotografica, dal momento che la collettività cominciò a constatare ed apprezzare l'ampia gamma di scelte artistiche, spesso parecchio discrezionali, che essa implicava (tra cui, esemplificativamente, l'angolazione, la luce, il filtro, la messa a fuoco, la gamma cromatica, ecc.) ed in forza delle quali non restava altra opzione se non quella di elevare ad opere dell'ingegno i risultati in virtù di esse ottenuti<sup>156</sup>.

Ad oggi, invece, i ragguardevoli progressi della tecnologia, ed in particolare i potenti hardware fotografici e gli efficaci software di *editing* installati – o installabili – su gran parte degli *smartphone* o dispositivi “intelligenti” in commercio, hanno rideterminato l'esclusione del carattere creativo di alcune fotografie che in passato sarebbero state invece ritenute originali<sup>157</sup>.

Dalla breve ricognizione della parabola dell'originalità che ha interessato le fotografie, è evidente come l'evoluzione generale dell'intendimento collettivo del concetto di originalità si ripercuota sul processo valutativo dell'interprete ogniqualvolta egli sia chiamato a decidere se accordare o meno la protezione autoriale in favore dell'autore di una determinata opera dell'ingegno<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Si veda tuttavia l'allora rivoluzionaria pronuncia d'oltreoceano emessa dalla Corte Suprema statunitense nel caso *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, sentenza del 17 marzo 1884, in cui si è riconosciuto il diritto d'autore in favore di un fotografo dal momento che quest'ultimo è la causa generativa della fotografia che a sua volta rispecchia la sua sensibilità artistica.

<sup>156</sup> L'inclusione delle opere fotografiche nel novero delle opere dell'ingegno si ebbe per effetto del d.p.r. dell'8 gennaio 1979, n. 19.

<sup>157</sup> *Amplius*, A. WALLACE, E. EULER, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 823-855; S. DELL'ARTE, *Fotografia e diritto*, UTET, Torino, 2015; T.S. KOGAN, *The Enigma of Photography, Depiction, and Copyright Originality*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 25, IV, 2015, pp. 869-938; R. DEAZLEY, *Photographing Paintings in the Public Domain, A response to Garnett*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 23, IV, 2001, pp. 179-184; Y. GENDREAU, A. NORDEMANN, R. OESCH (a cura di), *Copyright and Photographs: An International Survey*, Kluwer Law International, Deventer-Boston, 1999. Sull'evoluzione normativa della protezione giuridica delle fotografie nell'ordinamento italiano si richiama P. AUTERI, *Protezione delle opere letterarie e artistiche. Commento al dpr. 8 gennaio 1979 n. 19*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 19, 1980, pp. 148-171.

<sup>158</sup> Preme sottolineare che quando ci si riferisce al riconoscimento della protezione autoriale da parte dell'interprete ci si colloca durante la fase patologica di asserita violazione del diritto d'autore durante una controversia per plagio o contraffazione e non invece, almeno all'interno dell'Unione Europea, durante uno stadio anteriore, posto che, trattandosi di un diritto non titolato, esso non necessita di registrazione. Ciò a differenza degli Stati Uniti, in cui l'esistenza del Copyright Office per ottenere la registrazione delle opere dell'ingegno ai fini probatori (posta l'assenza di formalità costitutive anche nel sistema americano) non circoscrive tale esame soltanto all'ipotesi di lite per *copyright infringement*, essendo possibile che esso avvenga durante la registrazione dell'opera dell'ingegno. Di conseguenza, l'interprete chiamato a valutare l'originalità di una produzione intellettuale non è soltanto l'organo giurisdizionale, bensì anche l'ufficio amministrativo competente per la registrazione.

Ad oggi, il mutamento della percezione sociale del concetto di originalità sembra approdare verso uno standard condiviso in grado di essere accolto da entrambi i sistemi di diritto d'autore storicamente contrapposti. Ciò alla luce del fatto che il gradiente creativo minimo presente (o forse, almeno in passato, assente) nei Paesi di *common law* ha seguito una parabola ascendente per effetto di alcuni decisivi arresti giurisprudenziali delle Corti di vertice, laddove nei Paesi di *civil law* si è verificato il fenomeno opposto come conseguenza di alcune soluzioni normative di compromesso, sollecitate dal particolare rilievo attribuito ad alcune tipologie di creazioni utili<sup>159</sup>.

## 2.2 (Segue) La parabola ascendente dello standard creativo minimo nei sistemi di *common law*

Dal lato degli ordinamenti partigiani della *sweat of the brow doctrine*<sup>160</sup>, l'avvicinamento alla più elevata soglia di originalità tipica degli ordinamenti di *droit d'auteur* si è verificato principalmente per mezzo di due fattori: (i) l'interpretazione evolutiva giurisprudenziale segnata da alcuni *leading cases* e (ii) il recepimento legislativo degli obblighi di diritto internazionale pattizio, prima fra tutti la Convenzione di Berna<sup>161</sup> (su quest'ultimo punto v. *infra* par. 5).

Occorre anzitutto premettere che nel diritto anglosassone l'enunciazione della storica teoria dello *sweat of the brow* risulta essere tradizionalmente ricondotta al celebre caso *University of London Press*<sup>162</sup> nel

---

<sup>159</sup> Appare opportuno precisare che la scelta della prevalente dottrina di denominare tali produzioni intellettuali come “creazioni utili” non implica il misconoscimento di una certa utilità delle creazioni artistiche tradizionali, le quali rispondono in maggior misura a bisogni di carattere spirituale. L'utilità, dunque, ricorre in entrambe le creazioni intellettuali, ma si atteggia secondo modalità diverse. In questo senso, si pone l'art. I, Sez. 8, Cl. 8 della Costituzione federale americana che tutela espressamente le “useful arts”, tra le quali sarebbe impensabile non ricomprendere un'opera cinematografica, una scultura o un romanzo. Dunque, nelle creazioni cd. utili viene maggiormente in rilievo la loro vocazione a soddisfare bisogni pratico-industriali laddove nelle altre tipologie di opere intellettuali l'utilità risiede nel soddisfacimento del bisogno umano all'arricchimento artistico-culturale. Per una più ampia analisi si rinvia diffusamente a M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., pp. 17-33.

<sup>160</sup> O «sweat of the brow(ser)», come indicato sagacemente in D. CATERINO, *Prime osservazioni sul trattamento degli User Generated Contents nella direttiva UE Digital Copyright*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2019, p. 309, per contrapporre la generosa prospettiva statunitense ove il diritto d'autore ottiene facilmente tutela legale rispetto all'impostazione romano-germanica in cui si aspira – almeno teoricamente – a premiare invece il genio creativo. In tal senso v. altresì E. ROSATI, *Originality in EU copyright: full harmonisation through case law*, op. cit., p. 56, ove si palesa che l'idea di autore espressa da Michel Foucault, presentato come una fonte geniale e perpetua di innovazione, non trovi alcuna corrispondenza rispetto alle attuali pratiche creative.

<sup>161</sup> Si pensi al *Bern Convention Implementation Act* 1988, che entrò in vigore negli Stati Uniti il 1° marzo 1989. Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. E. SAMUELS, *The Illustrated Story of Copyright*, Thomas Dunne Publications, I ed., New York, 2000, pp. 232-242; J.C. GINSBURG, R. KERNOCHAN, *One Hundred and Two Years Later: the US joins the Berne Convention*, in *Columbia Journal of Law and the Arts*, XIII, 1988.

<sup>162</sup> Alta Corte di Giustizia del Regno Unito, *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd*, 1916, 2 Ch. 601, in cui si è riconosciuto il diritto d'autore sulle

quale si è affermato che l'originalità di un lavoro sussiste ogniqualvolta il suo autore, nel produrlo, si sia avvalso dei cd. *labour, skill or judgement*<sup>163</sup>. I suddetti requisiti sono stati interpretati nel senso di essere richiesti in misura alternativa e non necessariamente cumulativa. Ne consegue che anche taluni risultati, frutto semplicemente dell'ingente lavoro, abilità<sup>164</sup> o giudizio non creativo di un soggetto, sarebbero così tutelabili dal *copyright*.

In pratica, per opera originale si intendeva che essa dovesse "originare" letteralmente dal suo autore – indipendentemente dalla qualità artistica o culturale del suo apporto – e non invece da un diverso soggetto come conseguenza della copia di un lavoro altrui<sup>165</sup>. L'accezione dell'originalità come provenienza dall'autore appiattiva sostanzialmente tale giudizio ad una valutazione di novità, in forza della quale l'opera era considerata meritevole della protezione esclusiva ogniqualvolta fosse dotata di qualche elemento differenziale rispetto al cd. stato dell'arte. L'impostazione restava perciò fedele alla teoria utilitaristica lockiana volta ad impedire lo sfruttamento del lavoro e degli investimenti altrui, a prescindere dalla presenza di un apporto personalistico apprezzabile<sup>166</sup>.

---

prove d'esame svolte presso l'Università di Londra e poi pubblicate dalla University of London Press Ltd durante la lite instaurata contro la University Tutorial Press Ltd che aveva pubblicato le prove d'esame accompagnate dalle corrispondenti risposte. L'argomentazione alla base della decisione risiedeva nella circostanza che le prove d'esame fossero il risultato del lavoro intellettuale, della memoria e del giudizio degli esaminatori in grado di elevarle ad opere letterarie. Ancora prima si ricorda la pronuncia della Camera dei Lords, *Walter v. Lane*, 1900, A.C. 539, nella quale si è affermata la tutela autoriale delle trascrizioni di alcuni discorsi tenuti dal conte di Rosebery svolte da alcuni reporter del "The Times" dopo che esse vennero in gran parte riprodotte in un libro pubblicato dal convenuto. In proposito, la Camera dei Lords ha ritenuto che lo sforzo profuso dai giornalisti durante l'attività di trascrizione, implicante l'aggiunta della punteggiatura, l'apporto di correzioni e le finali revisioni, fosse sufficiente per ritenerli autori della corrispondente opera letteraria. Conforme, Camera dei Lords, *Ladbroke v. William Hill*, 1964, 1 All ER 465, ove si è esteso il *copyright* in favore dei coupon per le scommesse calcistiche (l'equivalente del Totocalcio italiano) prodotti da William Hill nella causa contro Ladbroke quando quest'ultima decise di fare l'ingresso nel mercato delle scommesse sportive distribuendo dei coupon molto simili. La Camera dei Lord ritenne che la selezione di diverse scommesse in 16 liste e la loro incorporazione in una cedola avente determinate intestazioni e note fosse qualificabile come opera compilativa ai sensi del diritto d'autore anglosassone. Da questi giudizi si evince la preferenza per un'interpretazione indulgente del requisito di originalità secondo cui sarebbe sufficiente che il lavoro di cui viene invocata la tutela non sia la copia di un altro già esistente.

<sup>163</sup> Anche se a volte il termine "*judgement*" è sostituito dal diverso requisito dell'"*effort*".

<sup>164</sup> Sulla sufficienza dell'abilità a dar luogo *ex se* ad un'opera autoriale v. specialmente *Walter v. Lane*, 1900, A.C. 539, in cui si è ritenuto che l'abilità di trascrivere prontamente le parole pronunciate da una persona dovesse essere premiata mediante il riconoscimento del *copyright*.

<sup>165</sup> *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd*, pp. 608-609, ove si è affermato che «The word 'original' does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought, and, in the case of 'literary work', with the expression of thought in print or writing. The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work - that it should originate from the author» [corsivo aggiunto].

<sup>166</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 385.

Questa interpretazione molto benevolente del requisito di originalità è stata parzialmente messa in discussione per effetto della sentenza pronunciata nella controversia *Interlego v. Tygo Industries*<sup>167</sup>, secondo cui non sarebbe sufficiente il contributo lavorativo umano, per quanto consistente esso sia, qualora esso non si traduca in una creazione che abbia una qualità o un carattere ulteriore rispetto alla semplice materia prima, costituita dal lavoro, abilità o giudizio umano puro e semplice<sup>168</sup>.

La rinnovata esigenza a che l'opera venga "bagnata" da un *artistic sweat of the brow* è altresì confermata nel successivo arresto giurisprudenziale *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd.*<sup>169</sup>, in cui si è escluso che l'utente di un videogioco potesse reclamare il diritto d'autore sui *frame* del medesimo, dal momento che il suo apporto non richiederebbe alcuna abilità o lavoro di carattere artistico<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> Comitato giudiziario del Consiglio privato, *Interlego AG v. Tygo Industries Inc.*, 1988, AC 217. La controversia, anche nota come "Lego case", trae origine dall'azione avviata da Interlego AG nei confronti di Tygo Industries Inc. per violazione del diritto d'autore sui propri mattoncini Lego, originariamente protetti come disegni industriali sino al 1975. Tuttavia, considerato che la Section 10 del Copyright Act statunitense del 1956 proibiva il cumulo di tutele tra diritto d'autore e disegno industriale, Interlego AG invocava il riconoscimento della più longeva protezione autoriale allegando delle revisioni ai propri disegni che, ad avviso di quest'ultima, sarebbero idonee ad attribuire loro, oltre alla qualità di una nuova opera, un valore estetico apprezzabile. Nel caso di specie, l'organo giurisdizionale ha ritenuto che le modifiche apportate dalla parte attrice non fossero sufficienti ad elevare qualitativamente il lavoro da essa presentato in misura tale da riconoscervi il *copyright*, posto che l'unico elemento di individualità sarebbe costituito dalla particolare conformazione dei mattoncini funzionale ad incastrarsi con quelli adiacenti. La Corte statunitense ha quindi rigettato la pretesa attorea, avendo appurato che essa non era altro che un tentativo di camuffamento di un disegno industriale finalizzato a dilatare il diritto di esclusiva approfittando del basso gradiente di originalità sino a quel momento affermatosi nell'ordinamento d'oltreoceano.

<sup>168</sup> *Ibidem*, in cui si richiama il precedente deciso dal Comitato giudiziario del Consiglio privato, *MacMillan & Co. Ltd. v. Cooper*, 14 dicembre 1923, 40 T.L.R., p. 188, il quale ha stabilito che «To secure copyright for this product it is necessary that labour, skill and capital should be expended sufficiently to impart to the product some quality or character which the raw material did not possess, and which differentiates the product from the raw material».

<sup>169</sup> Corte d'appello per l'Inghilterra e il Galles, *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd; Nova Productions Ltd v Bell Fruit Games Ltd*, EWCA Civ 219, 2007.

<sup>170</sup> *Ivi*, p. 106, «a player's input is not artistic in nature and he has contributed no skill or labour of an artistic kind», citato da A. GUADAMUZ, *Artificial intelligence and copyright*, in *WIPO Magazine*, V, 2017, p. 19. Sul versante statunitense, nella sentenza del 2 agosto 1982 emessa dalla Corte d'appello USA, III circuito, *Williams Electronics c. Artic International*, 685 F.2d 870, si è affermata la tutela autoriale dei videogiochi in qualità di opere audiovisive escludendo una qualche rilevanza giuridica dell'apporto del giocatore dal momento che «Although there is player interaction with the machine during the play mode which causes the audiovisual presentation to change in some respects from one game to the next in response to the player's varying participation, there is always a repetitive sequence of a substantial portion of the sights and sounds of the game, and many aspects of the display remain constant from game to game regardless of how the player operates the controls». Tuttavia, non si registra un comune consenso in ordine al tipo di influenza esercitata da un giocatore, attribuendovi differenti conseguenze giuridiche. Per una ricostruzione di tale dibattito si rinvia a G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione e analisi economica*, op. cit., pp. 43-44, il quale dà altresì conto della recente complicazione dovuta al crescente grado di interattività che permea i videogiochi di ultima generazione e che segna la transizione da strumenti a passivi a mezzi realmente partecipativi

Sembra ragionevole ritenere che tra le ragioni determinanti questo apprezzabile *overruling*, che innalza l'asticella dell'originalità minima richiesta per accedere al *copyright*, figurino anche l'interesse al libero sfruttamento da parte della collettività delle opere dal modesto gradiente creativo, specialmente quando si voglia mascherare uno sforzo effimero in un lavoro dall'elevata ingegnosità.

Il menzionato interesse ha dunque costituito una leva utile ad innalzare il *minimum* creativo (il cd. *spark of creativity*) al di sopra del quale ammettere il riconoscimento del diritto d'autore, onde favorire l'accesso al pubblico per quelle creazioni che non risultino essere espressione di un (seppur limitato) contributo artistico qualitativo. Quest'interpretazione evolutiva del requisito di originalità ha permesso di ipotizzare un iniziale avvicinamento del modello anglosassone alla connotazione comunemente accolta nell'ordinamento europeo.

Senonché, la concezione tradizionale dello *sweat of the brow* non sembra essere stata ancora del tutto abbandonata in considerazione del fatto che essa ha incontrato il *favor* della giurisprudenza anche successivamente al *leading case* *Interlego*. Ci si riferisce in particolare al caso *Waterlow Directories v. Reed Information Services*<sup>171</sup>, in cui si è affermata l'originalità come opera letteraria di un elenco di *barristers* e *solicitors*, nonostante quest'ultimo fosse redatto secondo criteri alquanto banali.

Questo strascico atavicamente radicato nel sistema anglosassone impedirebbe di negare l'esistenza di almeno due filoni di pensiero, uno tutt'ora ancorato all'impostazione interpretativa originaria della sufficienza dello *skill, labor, or effort*, ed un altro, invece, più affine alla dogmatica continentale volta ad escludere le produzioni non creative dal raggio di applicazione della disciplina autoriale.

---

rispetto ai quali sarebbero profilabili vicende di cocreazione identificate con il *termine user-generated content*. Nella giurisprudenza italiana, i videogiochi sono stati qualificati come opere multimediali in quanto, se è vero che essi impiegano un software, è innegabile che essi non possano essere confusi con quest'ultimo. Si veda sul punto Cass. pen., sez. III, sentenza del 25 maggio 2007, n. 33768, in cui si è affermato che i videogiochi «rappresentano qualcosa di diverso e più articolato rispetto ai programmi per elaboratore comunemente in commercio, così come non sono riconducibili per intero al concetto di supporto contenente “sequenze d'immagini in movimento” Essi, infatti, si “appoggiano” ad un programma per elaboratore, che parzialmente comprendono, ma ciò avviene al solo fine di dare corso alla componente principale e dotati di propria autonomia concettuale, che è rappresentata da sequenze di immagini e suoni che, pur in presenza di molteplici opzioni a disposizione dell'utente (secondo una interattività, peraltro, mai del tutto libera perché “guidata” e predefinita dagli autori), compongono una storia ed un percorso ideati e incanalati dagli autori del gioco. Ma anche qualora lo sviluppo di una storia possa assumere direzioni guidate dall'utente, è indubitabile che tale sviluppo si avvalga della base narrativa e tecnologica voluta da coloro che hanno ideato e sviluppato il gioco, così come nessuno dubita che costituiscono opera dell'ingegno riconducibili ai loro autori il racconto a soluzione plurima o “aperta” che caratterizza alcuni libri».

<sup>171</sup> Alta Corte inglese, *Waterlow Directories v. Reed Information Services*, FSR 409, 1992, con nota di N.L. WEE LOON, *Copyright protection for traditional compilations on facts and computerized databases – is sweat copyrightable?*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 1995, pp. 96-128, il quale constata che tale sentenza avvalorò la tesi della «[c]ontinued validity of the sweat of the brow doctrine», nonostante il contrastante precedente espresso nel caso *Interlego*.

Quest'ultimo orientamento pare da ritenersi preferibile ove si volesse privilegiare l'esigenza di un'armonizzazione anche extra-europea su tale aspetto, anche tra Paesi di *civil law* e Paesi di *common law*<sup>172</sup> (v. *infra* par. 5). Ed infatti, se nel territorio europeo l'uscita del Regno Unito può in qualche modo facilitare tale compito, essendo venuta meno la voce più dissidente<sup>173</sup>, nel territorio anglosassone, invece, non sarebbe da escludere l'ipotesi che la Brexit produca l'effetto di avallare una sorta di ritorno alle origini alla teoria dello *sweat of the brow*<sup>174</sup>.

A tal proposito, giova dar conto che l'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e la Comunità Europea dell'Energia Atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra, n. 444/14 del 31 dicembre 2020, si limita a richiamare il requisito dell'originalità soltanto due volte e con esclusivo riferimento ai disegni e modelli. In particolare, all'art. IP. 27, let. b), si afferma che il disegno o modello di una componente di un prodotto complesso debba reputarsi originale laddove le caratteristiche visibili della componente possiedano di per sé i requisiti di novità e originalità, mentre all'art. IP. 31, si delega espressamente alle legislazioni dei Paesi contraenti la determinazione del grado di originalità minimo per ottenere la relativa tutela<sup>175</sup>.

La massima discrezionalità ammessa da quest'ultima disposizione, unitamente al silenzio in merito al gradiente minimo di originalità che in via generale deve caratterizzare qualsiasi opera dell'ingegno, lascerebbe supporre

---

<sup>172</sup> In proposito, si richiama A. STROWEL, *Advocating an EU Copyright Title*, in P. TORREMANS (a cura di), *EU Copyright Law: A Commentary*, II ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2021, p. 1117, in cui l'Autore sostiene condivisibilmente che «[t]he differences between the common law and the civil law systems, are probably easier to resolve. It appears today that progress might be easier, even on touchy issues such as authorship/ownership, moral rights, dealings, exceptions, secondary liability».

<sup>173</sup> Giova precisare che nonostante l'uscita del Regno Unito, l'UE conta ancora alcuni Paesi di *common law* fedeli al ristretto gradiente di originalità tipico dell'orientamento anglosassone, quali l'Irlanda, Cipro e Malta. Per maggiori considerazioni relative all'impatto che l'armonizzazione giurisprudenziale europea del requisito di originalità ha avuto sul diritto d'autore anglosassone, cfr. J. GRIFFITHS, *Infopaq, BSA and the 'Europeanisation' of United Kingdom Copyright Law*, in *Media & Arts Law Review*, vol. 16, 2011; E. DERCLAYE, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 32, V, 2010, pp. 247-251.

<sup>174</sup> Appare difficilmente condivisibile la leggerezza di approccio verso tale problematica sposata da A. TSOUTSANIS, *Back to the future: from Brexit to IP 4.0 - reshaping Paris, Berne and TRIPS for the 21st century*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 16, VIII, 2021, pp. 761-762, secondo cui «Would the UK return to a 'sweat of the brow' test for assessing originality as opposed to the CJEU's approach on 'own intellectual creation'. Again: possibly. The relevant question is: does it matter? Probably not», posto che una differente interpretazione di tale requisito in un Paese non facente più parte dell'Unione europea, ma molto vicino ad essa da un punto di vista geografico, potrebbe avere degli effetti sul luogo maggiormente appetibile per la costituzione del diritto d'autore, specialmente per le produzioni dell'intelligenza artificiale che sarebbero più facilmente inclini a soddisfare lo standard dello *sweat of the brow* (v. *infra* Capitolo Secondo).

<sup>175</sup> Con specifico riguardo all'impatto che la Brexit potrebbe provocare sul diritto d'autore nel comparto industriale dei videogiochi v. N. KEMTON, *Interaction of EU and UK copyright in a post-Brexit world: will video games get more protection than they bargain for?*, in *Interactive Entertainment Law Review*, vol. 3, II, 2020, pp. 131-137.

che il Regno Unito sia legittimato ad emanciparsi dall'interpretazione consolidata a livello europeo, traducibile nella rispondenza dell'opera alla cd. *author's own intellectual creation*, per risposare l'orientamento tralazio favorevole alla sufficienza dello *sweat of the brow* dell'autore.

Del resto, tale possibilità non sembra contrastata nemmeno ove si voglia ricavare un obbligo di uniformazione del Regno Unito in qualità di Stato aderente alla Convenzione di Berna, posto che la fonte pattizia non dettaglia più specificamente come debba essere interpretato il requisito di originalità (v. *infra* par. 5).

Sebbene ulteriori considerazioni potranno svolgersi soltanto dopo i primi pronunciamenti in materia da parte dei giudici britannici, la tesi di un possibile ritorno alla dottrina dello *sweat of the brow* sembra essere smentita dalla recente – quanto sorprendente – consultazione aperta dall'Ufficio di Proprietà Intellettuale del Regno Unito (*United Kingdom Intellectual Property Office*, di seguito "UKIPO")<sup>176</sup> volta a verificare la tenuta del diritto positivo in materia di diritto d'autore a fronte dell'aumentata potenza computazionale dell'intelligenza artificiale e del conseguente rischio di deprimere la creatività umana (v. *infra* Capitolo Secondo).

Nella consultazione echeggia con un certo stupore proprio la nozione di originalità cristallizzata nell'*acquis* giurisprudenziale europeo, richiedendo espressamente che l'opera costituisca la creazione intellettuale propria dell'autore per effetto dell'adozione di scelte libere e creative idonee ad imprimere la medesima con il suo tocco personale<sup>177</sup>.

Sembra quasi paradossale la circostanza che il Regno Unito non si fosse mai avvicinato così tanto allo standard europeo se non dopo l'atto ufficiale che ne legittima esattamente l'emancipazione. La *ratio* di questo allineamento sembra identificabile nell'interesse a garantire la certezza del diritto su uno standard già assai dibattuto ed ormai incorporato nella *case-law* anglosassone<sup>178</sup>. In ogni caso, esso va comunque salutato con favore in quanto pone le basi per immaginare un recepimento ufficiale di tale convergenza all'interno di un possibile accordo internazionale.

Volgendo lo sguardo alla soglia di originalità vigente nel diritto statunitense, giova dar conto che essa ha egualmente registrato una parabola ascendente come conseguenza di un mutamento interpretativo avviato anch'esso dal diritto giurisprudenziale.

---

<sup>176</sup> UKIPO, *Artificial Intelligence and IP: copyright and patents*, pubblicata il 29 ottobre 2021. La consultazione è accessibile al seguente link: <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents>.

<sup>177</sup> *Ibidem*, ove si legge testualmente: «For a work to be original it must be the author's own intellectual creation. This means the author has made free and creative choices and the work has their "personal touch"».

<sup>178</sup> La giusta intuizione è stata espressa da A. RAMALHO, M.C. COMEZ GARCIA, *Copyright after Brexit*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, VIII, 2017, p. 671.



Il *leading case* che ha segnato tale transizione coincide con la celebre sentenza emessa per definire la controversia *Feist Publications c. Rural*<sup>179</sup> in cui la Corte Suprema statunitense ha innalzato il gradiente creativo minimo di originalità per accordare il *copyright*. In particolare, si è escluso, contrariamente a quanto era stato affermato dalla Corte distrettuale e dalla Corte d'appello del decimo Circuito, che l'elenco telefonico elaborato dalla società Rural Telephone Service Co. (l'equivalente delle pagine gialle nostrane) fosse idoneo ad esprimere un gradiente minimo di creatività sufficiente per qualificarsi come opera letteraria originale e, per gli effetti, beneficiare di un diritto di esclusiva opponibile nei confronti della società Feist Publication Inc., la quale aveva successivamente prodotto un elenco telefonico basato sulle medesime informazioni (di cui alcune volutamente false per intercettare gli *infringers*).

La rilevanza di tale pronuncia si apprezza specialmente per la disapplicazione della *sweat of the brow doctrine* (ribattezzata nel diritto statunitense come la cd. *industrious collection theory*<sup>180</sup>) in favore della *creativity or judgement basis*<sup>181</sup>, una teoria più vicina al *droit d'auteur* dei sistemi civilistici. Essa, infatti, richiede all'autore un apporto creativo minimo (ma pur sempre esistente!<sup>182</sup>) che pone in secondo piano il *quantum* di sforzo

---

<sup>179</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 27 marzo 1991, 499 U.S. 340. Per un interessante commento proposto dalla dottrina italiana, sintetizzando l'accoglimento del *certiorari* nell'insufficienza del sudore della fronte a "bagnare" l'elenco telefonico ai fini del riconoscimento del *copyright*, si rinvia alla nota di A. ZOPPINI, *Diritto d'autore sulle compilazioni nella recente giurisprudenza della Suprema corte americana*, in *Il Foro Italiano*, vol. 115, 1992, pp. 37-43. Dal lato della dottrina statunitense cfr., fra molti, D.R. POLIVY, *Feist Applied: Imagination Protects, But Perspiration Persists – The Basis of Copyright Protection For Factual Compilations*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 8, 1998, pp. 773 ss.; P. CERINA, *The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and The United States*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 24, V, 1993, pp. 579 ss.; J.C. GINSBURG, *No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone*, in *Columbia Law Review*, vol. 92, II, 1992, pp. 338-388; J.P. HART, *From Facts to Forms: Extension and Application of the Feist "Practical Inevitability" Test and Creativity Standard*, in *Golden Gate University Law Review*, 1992, pp. 549 ss.; F.J.H. REICHMAN, *Electronic Information Tools – The Outer Edge of World Intellectual Property*, in *University of Dayton Law Review*, vol. 17, III, 1992, pp. 797-838. Per uno sguardo comparatistico v. A. NARAYANAN, *Standards of Protection for Databases in the European Community and the United States: Feist and the Myth of Creative Originality*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 27, II, 1993, pp. 457-500.

<sup>180</sup> In tal senso, M. BITTON, *Protection for Informational Works After Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 21, III, 2011, p. 615.

<sup>181</sup> A. ZOPPINI, *Diritto d'autore sulle compilazioni nella recente giurisprudenza della Suprema corte americana*, op. cit., p. 40.

<sup>182</sup> *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, par. 10, in cui si afferma limpidamente che «To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creative spark, "no matter how crude, humble or obvious" it might be», continuando poi al par. 53, «[o]riginality is not a stringent standard; it does not require that facts be presented in an innovative or surprising way. It is equally true, however, that the selection and arrangement of facts cannot be so mechanical or routine as to require no creativity

lavorativo puro e semplice, alla luce del fatto che esso non implica necessariamente l'espletamento di un'attività creativa.

Cionondimeno, la soglia creativa minima ritenuta sufficiente risulta comunque di modesta entità, posto che la Suprema Corte ha rilevato che ai fini dell'ottenimento dell'esclusiva sarebbe bastata l'adozione di una scelta personale nella rappresentazione delle informazioni telefoniche. Nel caso in oggetto, invece, la Rural Telephone Service Co. si era limitata a raccogliere i dati telefonici di tutti gli utenti residenti nella circoscrizione di sua competenza organizzandoli secondo un ordine banalmente alfabetico.

Deve tuttavia segnalarsi che, circa un mese dopo, si è avuto un arresto giurisprudenziale favorevole al retaggio della teoria originaria dello *sweat of the brow/industrious collection*, dal momento che si è riconosciuta la tutela autoriale in favore di una guida che forniva informazioni sul mercato dei telefoni a gettoni, con particolare riguardo ad una sezione di 51 pagine contenente le tariffe statali, stabilite mediante atto legislativo, da pagare per le utenze telefoniche<sup>183</sup>. Invero, ad avviso della Corte, la selezione ed organizzazione delle informazioni legislative contenuta nel capitolo sulle tariffe sarebbe sufficientemente originale da attrarre il *copyright*<sup>184</sup>.

Diversamente, qualche mese più tardi, l'orientamento espresso in *Feist Publications* ha trovato conforto nella giurisprudenza americana con il caso *Publication Inc.*<sup>185</sup>, ove la Corte d'appello del secondo circuito ha affermato la proteggibilità di un elenco telefonico contenente le informazioni di alcune categorie selezionate di professionisti cinesi residenti a New York destinata alla comunità cino-americana della medesima città, sulla base del fatto che i criteri di scelta e raggruppamento delle informazioni si discostavano da quelli comuni sul mercato.

Molto più recentemente, nel solco di quest'ultimo orientamento, si annovera altresì il rifiuto da parte dell'ufficio americano preposto alla tutela

---

whatsoever. *The standard of originality is low, but it does exist.* See Patterson & Joyce 760, n. 144 (“While this requirement is sometimes characterized as modest, or a low threshold, it is not without effect”)» [enfasi mie].

<sup>183</sup> Corte d'appello USA, IV circuito, *United States Payphone Inc. c. Executives Unlimited of Durham Inc.*, 29 aprile 1991, 931 F. 2d 888, richiamata da D.J. GERVAIS, *Feist Goes Global: A Comparative Analysis Of The Notion Of Originality in Copyright Law*, op. cit., p. 956, il quale evidenzia un passaggio della sentenza nel quale si afferma la sufficienza della componente lavorativa al fine di accordare il *copyright*: «[t]he Guide [...] was the result of hundreds of hours of reviewing, analysing and interpreting the data», prescindendo così dalla sussistenza di una componente artistico-culturale apprezzabile.

<sup>184</sup> *Ibidem*, ove viene chiaramente in rilievo l'effimero gradiente di originalità richiesto: «To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creative spark, “no matter how crude, humble or obvious...” [...] A compiler may settle upon a selection or arrangement that others have used; novelty is not required. Originality requires only that the author make the selection or arrangement independently (i.e., without copying that selection or arrangement from another work), and that it display some minimal level of creativity. Presumably, the vast majority of compilations will pass this test, but not all will. [...] We are persuaded that Payphone’s selection and organization of the state tariff material was sufficiently subjective and original to make the Tariff Section copyrightable material and that, therefore, Executive’s inadvertent copying constituted infringement».

<sup>185</sup> Corte d'appello USA, II circuito, *Key Publications, Inc. v. Chinatown Today Publishing Enterprises Inc.*, 23 settembre 1991, 945 F.2d 509.

del diritto d'autore di ritenere tutelabile il simbolo inizialmente presentato dall'American Airlines raffigurante una versione stilizzata (molto *minimal*) di un aeroplano<sup>186</sup>.

In particolare, il Copyright Office d'oltreoceano ha ritenuto che tale simbolo non fosse espressione di una sufficiente quantità di scelte creative tale da conferirgli un grado di originalità utile per l'ottenimento del *copyright*. Al riguardo, appare opportuno dar conto che l'art. 17 dell'United States Copyright Act attribuisce al Copyright Office il compito di valutare le richieste di registrazione delle opere dell'ingegno al fine di acquisire una prova certa del diritto su di esse insistente.

Come si legge nell'emblematica comunicazione del Copyright Office indirizzata al rappresentante della compagnia aerea, «[L]'ufficio riceve ogni anno circa mezzo milione di richieste, di cui meno di 20.000 vengono rigettate come conseguenza del mancato superamento della soglia minima di originalità stabilita dal diritto americano. Ciò al fine di dare attuazione al bilanciamento proposto dal Congresso tra l'esigenza di *incentivare*, da un lato, *la creatività umana* tramite il riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale e, dall'altro, *la libertà di manifestazione del pensiero onde assicurare future forme espressive della creatività*»<sup>187</sup>.

Pertanto, anche nel diritto d'autore americano – a meno che l'esito espresso in *United States Payphone Inc. c. Executives Unlimited of Durham Inc.* fosse soltanto un caso isolato di devozione all'accezione natia di originalità – sembrerebbe possibile predicare l'esistenza di due orientamenti divergenti in merito al significato da attribuire al requisito di originalità.

Ciononostante, pare ragionevole ritenere che, in entrambi i sistemi di *common law* ivi descritti, la concezione originaria dello *sweat of the brow* non risulti più sostenibile alla luce del fatto che – come prudentemente avvertito da un autorevole commentatore della sentenza *Feist Publications* – occorre

---

<sup>186</sup> *Eric F. Leon vs. United States Copyright Office*, citato in E. ROSATI, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, op. cit., p. 597. Giova dar conto che rispetto a tale decisione è stato proposto appello (denominato tecnicamente *request for reconsideration*) corredato da argomentazioni aggiuntive e da un'immagine di maggiore qualità del simbolo che la compagnia aerea intendeva registrare. Esso ha trovato accoglimento dal momento che la più alta risoluzione dell'immagine consentiva di mettere in risalto con maggiore nitidezza le (minime) scelte creative originali impiegate, così da poter ottenere il *copyright*.

<sup>187</sup> Traduzione ed enfasi mie della comunicazione a Eriv V. Leon da parte del Comitato di Revisione dell'Ufficio americano sul diritto d'autore del 7 dicembre 2018, *Registration Decision Regarding American Airlines Flight Symbol; Correspondence ID 1-28H4ZFK; SR 1-3537494381*. Per completezza espositiva si richiama l'inciso della comunicazione nella sua lingua originaria: «[R]eceiving over a half a million applications for copyright registration each year, the Office declines to register less than 20,000 claims annually for lack of creative authorship. In carefully examining and registering or refusing claims in deposited works, the Office maintains the "delicate equilibrium" that Congress established in the copyright law between protecting private ownership of expression to encourage creativity, on the one hand, and enabling the free use of information for future creativity, on the other. See *Computer Assocs. Int'l v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 696 (2d Cir. 1992); accord *Twentieth Cent. Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975)».

nel modo più assoluto «porre un argine al processo ipotrofico dell'originalità come soglia di accesso alla tutela»<sup>188</sup>.

Nel diritto anglosassone, tale soluzione è all'inizio germogliata in forza dell'obbligo di interpretazione conforme al prevalente *acquis communautaire* per poi consolidarsi con l'adesione spontanea alla medesima, come attestato nella succitata consultazione in materia di intelligenza artificiale, confermandone la bontà.

Nel diritto statunitense, è la stessa "progress clause" della Costituzione americana ad orientare verso tale prospettiva: «The Congress should have the power [...] to promote the progress of Science and Useful arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries»<sup>189</sup>.

Invero, considerato che la volontà promozionale in essa espressa viene specificamente indirizzata al progresso artistico e culturale, sembra opportuno ravvisare che l'ambito di estensione della politica incentivante conseguibile tramite il *copyright* debba essere riservato ai risultati di attività – anche minimamente – utili al progresso scientifico-artistico e non anche estendersi verso qualunque risultato lavorativo che prescindendo da una valutazione qualitativa sull'esistenza di un *quid* creativo. Dunque, la preferenza verso una sorta di *artistic/cultural sweat of the brow* appare confortata anche da un'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto statunitense.

Questa tesi risulta altresì corroborata dalla *merger doctrine*, anche conosciuta come *scènes à faire doctrine*, la quale esclude la tutela autoriale delle creazioni frutto di scelte artistiche così ridotte da determinare una sostanziale sovrapposizione tra l'idea e la sua forma espressiva.

Essa rappresenta un'interessante soluzione elaborata dalla giurisprudenza statunitense<sup>190</sup> proprio per rispondere al rischio di saturazione della produzione cinematografica conseguente all'attribuzione di un diritto di esclusiva su scene rispetto alle quali risulta particolarmente limitata la facoltà di manovra creativa esercitabile dal regista<sup>191</sup>. Ciò in virtù della constatazione

---

<sup>188</sup> A. ZOPPINI, *Diritto d'autore sulle compilazioni nella recente giurisprudenza della Suprema corte americana*, op. cit., p. 42.

<sup>189</sup> Costituzione Americana, art. 1.8.8.

<sup>190</sup> A partire – per ciò che attiene alle produzioni cinematografiche – dalla sentenza emessa dalla Corte distrettuale della California nel caso *Cain c. Universal Pictures Co.*, 1942, 47 F. Supp. 1012. A seguire v., tra le tante, Corte d'appello USA, VII circuito, *Atari c. North American Philips Consumer Electronics*, 2 marzo 1982, 672 F.2d 607; Corte d'appello USA, II circuito, *Walker c. Time Life Films Inc.*, 7 gennaio 1986, 784 F.2d 44; Corte d'appello USA, IX circuito, *Data East USA c. Epyx*, 30 novembre 1988, 862 F.2d 204; Corte d'appello USA, IX circuito, *Joshua Ets-Hokin c. Skyy Spirits Inc.*, 18 agosto 2000, 225 F.3d 1068; Corte d'appello USA, VII circuito, *Incredible Technologies c. Virtual Technologies*, 15 marzo 2005, 400 F.3d 1007.

<sup>191</sup> *Amplius* P. SAMUELSON, *Reconceptualising copyright's merger doctrine*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 63, 2016, pp. 417 ss.; G. SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritto d'autore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2013, pp. 118 ss.; M.D. MURRAY, *Copyright, Originality, and the End of the Scènes à Faire and Mergers Doctrine for Visual Works*, in *Baylor Law Review*, vol. 58, III, 2006, pp. 781 ss.; P. DECHERNEY, *Hollywood's Copyright Wars: From Edison to the Internet*, Columbia University Press, New York, 2012, pp. 84 ss.; A.B. HEBL, *A Heavy Burden: Proper*

che alcune scene impongono necessariamente la presenza di determinate tipologie di personaggi che, in relazione a quella particolare scena, sono vincolati a manifestare specifiche reazioni e a scambiarsi certe battute.

Si pensi, ad esempio, alle scene tipiche dei generi *western* in cui si susseguono sparatorie, risse nei *saloon* e finali in cui il protagonista galoppa all'orizzonte durante il tramonto<sup>192</sup>. Successivamente, la *merger doctrine* è stata invocata anche per escludere la tutela di elementi comuni afferenti ad altre opere protette dal diritto d'autore, tra cui in particolare i *software*<sup>193</sup> (v. *infra* par. 8). Non sono mancate applicazioni da parte della giurisprudenza domestica, la quale ha qualificato come idea sia quella di creare un nuovo itinerario turistico escursionistico intitolato "selvaggio blu"<sup>194</sup>, che quella di realizzare un periodico di inserzioni promozionali riguardanti armi e di mostrarne in copertina alcune selezionate<sup>195</sup>.

Dunque, ci si può appellare a questa dottrina ogniqualvolta si verifichi una sorta di fusione tra la rappresentazione di un'idea e l'idea stessa, dovuta alla consistente limitazione delle opzioni espressive disponibili<sup>196</sup>.

L'esclusione dalla protezione è giustificata dal fatto che il diritto d'autore è indirizzato alle forme espressive e non anche alle idee. Pertanto, esso deve essere escluso ogniqualvolta il principio dicotomico venga meno per effetto di un limitato spazio espressivo.

Inoltre, si comprende che la *ratio* alla base della dottrina in discorso sia anche quella di evitare la costituzione di monopoli ultrasettantennali sulle produzioni artistiche o scientifiche ottenute con apporti ormai tipici rispetto al genere interessato. In proposito, la dottrina ha opportunamente avvertito che uno scenario favorevole all'ipotrofia del requisito del carattere creativo genererebbe un costo sociale sproporzionato rispetto al costo individuale

---

*Application of Copyright's Merger and Scènes à Faire Doctrine*, in *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*, vol. 8, I, 2007, pp. 128 ss.

<sup>192</sup> D. FOX, *Harsh Realities: Substantial Similarity in the Reality Television Context*, in *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 13, II, 2006, pp. 223 ss.

<sup>193</sup> Tra cui in particolare Corte d'appello USA, II circuito, *Computer Associates International c. Altai*, 22 giugno 1992, 982 F.2d 693, in cui si è data un'applicazione avanzata dalla *merger doctrine* introducendo il test cd. astrazione-filtro-comparazione che richiede anzitutto di individuare le parti dell'opera copiate isolando i diversi livelli di astrazione che compongono il programma, secondariamente di scremare all'interno di esse quegli elementi non coperti dal diritto d'autore in quanto banali perché rientranti in conoscenze di pubblico dominio oppure dettati da ragioni di efficienza oppure ancora imposti da limiti tecnici ed infine di comparare i due risultati finali per verificare la sussistenza di una somiglianza sostanziale.

<sup>194</sup> Tribunale di Cagliari, sentenza del 28 novembre 2003, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, p. 1029.

<sup>195</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 27 febbraio 2007, *ivi*, 2008, p. 1214.

<sup>196</sup> Affinché la *merger doctrine* possa essere efficacemente invocata non è necessario che vi sia un'unica forma espressiva di un'idea, essendo sufficiente che le alternative percorribili siano ridotte. Diversamente, tale teoria troverebbe un'applicazione fortemente ristretta e il pubblico rischierebbe di essere messo "sotto scacco" per l'impossibilità di avere accesso a prodotti dall'esigua creatività, come si legge nella sentenza della Corte d'appello USA del I circuito, *Morrissey v. P&G*, 28 giugno 1967, 379 F.2d 675, in cui è affermato icasticamente «[W]e cannot recognize copyright as a game of chess in which the public can be checkmated».

derivante dal mancato riconoscimento dell'esclusiva<sup>197</sup> (v. *infra* Capitolo Quarto). Ad essa, si aggiunga l'ipertrofia delle creazioni tutelabili dal diritto d'autore, in un'*escalation* cominciata dai testi letterari per allargarsi verso campi della creatività umana neanche lontanamente immaginabili dal momento della propria genesi<sup>198</sup>.

A ben vedere, la *merger doctrine* potrebbe quindi rappresentare uno strumento utile ai fini del presente studio, in quanto idoneo ad essere invocato come ausilio difensivo di fronte ai tentativi di ingresso nell'area del diritto d'autore di produzioni dal gradiente creativo fortemente circoscritto, tenuto conto dell'esigua *marge de manoeuvre* a disposizione dell'autore. Tale intuizione è confermata dall'applicazione della *merger doctrine* anche nel comparto dei programmi per elaboratore, per escludere la tutela autoriale di un'interfaccia a riga di comando adoperata per funzioni ormai consolidate nel mercato dei software<sup>199</sup>.

### **2.3 (Segue) La parabola discendente dello standard creativo minimo nei sistemi di *civil law***

Nel sistema latino-germanico, il più elevato sforzo creativo per accedere alla tutela autoriale costituisce uno dei principali elementi differenziali rispetto ai sistemi di matrice anglosassone, fondandosi sull'intimo rapporto che lega l'autore alla sua opera. Esso è efficacemente sintetizzato nel solenne *dictum* di Le Chapelier, il quale rappresenta con toni superlativi l'idea secondo cui «la plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain»<sup>200</sup>. Affinché l'opera possa reputarsi idonea a beneficiare della protezione in discorso, essa deve costituire, quindi, il frutto della personalità (*la marque*) del suo autore<sup>201</sup>.

Onde evitare che tale assunto possa prestarsi a tautologie, non ci si può esimere dal ricordare che la dottrina<sup>202</sup> e la giurisprudenza<sup>203</sup> hanno cercato

---

<sup>197</sup> «Il diritto d'autore, si sostiene all'estero, non ha l'effetto, proprio del brevetto, di precludere ai terzi l'utilizzazione di quanto abbiano creato in modo autonomo (effetto di sbarramento): *altrimenti una tutela di lunga durata, avrebbe inaccettabili effetti monopolistici*. [...] Se il requisito dell'originalità viene svalutato o addirittura sostanzialmente assorbito in quello della novità [...], questa soluzione rischia effettivamente di attribuire alla protezione del diritto d'autore una *grave efficacia monopolistica*» [corsivo mio], P. AUTERI, *Diritto di autore*, op. cit., p. 640.

<sup>198</sup> F. ZAPPATORE, *L'enforcement privato, tra diritto antitrust e IP, nell'era digitale*, in G. CASSANO, B. TASSONE (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 743.

<sup>199</sup> Corte distrettuale statunitense del 9° circuito, sentenza del 23 agosto 2016, *Cisco Systems Inc. c. Arista Networks Inc.*, n. 14-CV-05344-BLF.

<sup>200</sup> L.C. UBERTAZZI, *Linee di evoluzione pregressa della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 199.

<sup>201</sup> L'opera viene quindi considerata come una sorta di estensione della personalità dell'autore, costituente il fondamento giustificativo del diritto, in linea con il pensiero giusnaturalista hegeliano e kantiano, ben rappresentato rispettivamente in G.W.F. HEGEL, *Phylosophy of Rights*, Berlino, 1820; I. KANT, *On the Injustice of Counterfeiting Books*, in *Berlinsche Monatsschreft*, V, 1785.

<sup>202</sup> V. i riferimenti bibliografici *infra*.

<sup>203</sup> Su cui rinvia al Capitolo Quarto.

di individuare un significato che possa oggettivare con la maggiore approssimazione possibile un giudizio fondato su una clausola generale che tende inevitabilmente ad essere influenzato da considerazioni di tipo soggettivo.

Ad oggi, la soluzione più accreditata è quella che ritiene l'opera espressione della personalità del suo autore a condizione che egli abbia compiuto delle scelte libere e creative che non siano al contempo dettate dalla funzione perseguita<sup>204</sup> o dalla prassi consolidata<sup>205</sup>. In altre parole, sarebbe possibile far prevalere l'interesse individuale dell'autore rispetto a quello della collettività alla caduta in pubblico dominio della sua creazione soltanto qualora il margine di discrezionalità delle scelte artistiche sia tale da evidenziare il legame di appartenenza dell'opera al suo ideatore<sup>206</sup>.

Tuttavia, occorre rilevare che nella prassi giurisprudenziale la bilancia tende a pendere in favore dell'autore anche quando tale legame di appartenenza non si palesi con eclatante evidenza, limitandosi più che altro a ritenere sufficiente la manifestazione di scelte espressive diverse dagli standard artistico-culturali di riferimento.

Inoltre, un orientamento dottrinale sostiene la tesi che il requisito del carattere creativo, oltre ad esigere la manifestazione dell'impronta personalista più o meno accentuata del suo autore, sintetizzabile nel requisito di originalità, necessiti altresì del rispetto della cd. novità oggettiva, ovvero della diversità della creazione rispetto alle preesistenti produzioni artistiche o scientifiche<sup>207</sup>. Tra gli argomenti che conducono a tale esito interpretativo

---

<sup>204</sup> In questi casi la forma espressiva è imposta dalle leggi della fisica, della chimica o della meccanica e lo spazio alle scelte discrezionali dell'autore è molto limitato, se non escluso.

<sup>205</sup> Per tale intendendosi in via generale il cd. stato dell'arte. In questo senso v. specialmente Tribunale di Bologna, sentenza del 16 aprile 1997, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, ove si è enunciato il seguente principio: «Per essere tutelata dal diritto d'autore, un'opera deve presentare creatività – anche se non necessariamente in grado elevato e pur eventualmente inserendosi all'interno di un genere diffuso – affinché sia riconoscibile in essa l'espressione singolare della personalità del suo autore: non è perciò proteggibile un'opera in cui non sia possibile riconoscere alcun profilo innovativo rispetto alla cultura artistica costituente il patrimonio comune dell'attuale momento storico sociale».

<sup>206</sup> P. AUTERI, *Diritto di autore*, op. cit., p. 625.

<sup>207</sup> In proposito, la dottrina italiana aveva già da tempo sostenuto l'insufficienza dell'apporto personalistico dell'autore allorquando esso non fosse idoneo a soddisfare al contempo il requisito di novità a causa dell'esistenza di un'opera identica, quand'anche egli realizzi la stessa opera per mero caso fortuito (e quindi in modo indipendente, richiamando il discusso criterio proposto dalla dottrina statunitense). Così, M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., pp. 52-53, secondo cui «È praticamente impossibile che due autori creino, l'uno all'insaputa dell'altro due statue, due quadri, due romanzi o due sinfonie eguali tra di loro. [...] Ma per opera di minore creatività (ad es. della musica leggera) [...] è possibile l'ipotesi di due opere, oggettivamente eguali, frutto di separata creazione [...]. Il problema quindi si pone, per quanto in riferimento a casi eccezionali, e va risolto in senso positivo, attraverso l'affermazione, cioè, della "novità oggettiva" come requisito di tutelabilità. "Creare un qualcosa che già esiste" è infatti un controsenso, così come configurare quale "apporto" la produzione di un elemento già acquisito al patrimonio culturale. [...]». Si può quindi inferire che la novità oggettiva sia fondamentale al pari dell'originalità soggettiva, non bastando quest'ultima nel caso in cui l'opera in questione fosse oggettivamente non nuova, in quanto da altri già creata e divulgata. Nel senso di richiedere il concomitante

figura quello secondo cui l'affermazione da parte dell'autore dell'opera di aver compiuto delle scelte libere e creative sarebbe poco efficace, qualora il pubblico fosse già a conoscenza di un esemplare identico o molto simile. Anzi, in una situazione del genere si potrebbe perfino prospettare il rischio per il secondo autore di essere accusato di plagio. L'orientamento in parola ha trovato conforto nella giurisprudenza di legittimità, la quale si è pronunciata *expressis verbis* nei seguenti termini: «Il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno [...] sia sotto il profilo della compiutezza espressiva, sia sotto quello della novità»<sup>208</sup>.

A questa tesi si contrappone quella eretta nell'ordinamento statunitense<sup>209</sup>, a cominciare dal *leading case Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*<sup>210</sup>, ribadito 55 anni dopo in *Feist Publications*<sup>211</sup>, secondo cui l'originalità non equivarrebbe a novità, dal momento che un lavoro potrebbe essere originale anche in caso di notevole somiglianza rispetto ad un lavoro già esistente, purché tale somiglianza sia fortuita. L'opera sarebbe quindi originale a condizione che essa sia il frutto di un lavoro indipendente, quand'anche non nuovo. Si afferma così la possibilità di

---

soddisfacimento del requisito di novità e di originalità, cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018, pp. 72, 77; P. GALLI, *Museums and databases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, IV, 2006, p. 461; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 705. V. altresì S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., pp. 182-183, secondo cui non deve trattarsi di una novità assoluta, come invece sostenuto nell'ambito di una risalente teoria del diritto d'autore affermatasi nei Paesi di *droit d'auteur* in forza della quale il diritto di esclusiva risulterebbe meritevole di attribuzione soltanto in presenza di una creazione totalmente diversa rispetto a quelle preesistenti, fermo restando la sua riconducibilità al dominio dell'arte e della cultura. Invero, negli arresti della giurisprudenza di merito e di legittimità si è da tempo testimoniato che i gradienti di novità e di originalità si attestano su livelli molto più bassi rispetto a quelli che deriverebbero da una pretesa di creatività piena. Sulla stessa linea argomentativa v. A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive delle proprietà industriale*, op. cit., p. 34, il quale sottolinea che la «giurisprudenza e [la] dottrina hanno collegato la nozione di creatività a quelli già noti di novità e, dunque, la presenza di elementi distintivi e originalità per cui l'opera deve essere il frutto di un lavoro intellettuale dell'autore». Di avviso parzialmente diverso, A. VALITUTTI, *Il diritto di autore e i diritti connessi: profili generali*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, op. cit., p. 903, il quale è dell'avviso che il requisito di novità debba essere interpretato in senso soggettivo, ovvero come creazione autonoma da parte dell'autore.

<sup>208</sup> Cass. Civ., sez. I, sent. n. 25173 del 28 novembre 2011.

<sup>209</sup> V. per tutti W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, op. cit., p. 6.

<sup>210</sup> Corte d'appello USA, II circuito, *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, n. 81 F.2d 49 secondo cui «Borrowed the work must indeed not be, for a plagiarist is not himself pro tanto an "author"; but if by some magic a man who had never known it were to compose anew Keats's Ode on a Grecian Urn, he would be an "author", and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keats's» [enfasi aggiunta]. L'ironico riferimento alla magia mette in risalto la difficoltà pratica – oltre che probatoria – che un lavoro successivo sia effettivamente il risultato di una creazione indipendente rispetto a quello precedente.

<sup>211</sup> *Feist Publications*, par. 10, «Originality does not signify novelty; a work may be original even though it closely resembles other works so long as the similarity is fortuitous, not the result of copying. To illustrate, assume that two poets, each ignorant of the other, compose identical poems. Neither work is novel, yet both are original and, hence, copyrightable».



riconoscere la tutela autoriale in favore di due o più soggetti, qualora pervengano casualmente ed autonomamente al medesimo risultato creativo.

Tuttavia, tale tesi sembra ormai essere oltrepassata ove si consideri la circostanza che ogni lavoro creativo non sia mai del tutto indipendente da altri in quanto giocoforza ispirato da una combinazione più o meno ampia di lavori già esistenti. Ciò è stato affermato, peraltro, dalle stesse Corti statunitensi nel caso *Emerson v. Davies*<sup>212</sup>, ove si è evidenziato che i pensieri di ogni uomo costituiscono più o meno la combinazione di quello che altri uomini hanno già pensato ed espresso, sebbene in modo modificato, esaltato o migliorato per effetto del suo genio o comunque della sua riflessione<sup>213</sup>. Altrimenti, per ricercare un lavoro realmente indipendente, «[w]e should be obliged to ascend very high, even in antiquity, to find a work entitled to such eminence»<sup>214</sup>.

Pertanto, non può pretendersi che ogni opera sia del tutto priva di elementi creativi già realizzati da altri artisti o studiosi, posto che, come rilevato da un'autorevole Studioso, l'economia procede per innovazione, ma anche per imitazione<sup>215</sup>. Un margine di "altruità" è necessariamente presente in ogni creazione e deve dunque essere tollerato.

Ne consegue che la completa indipendenza dell'opera dal patrimonio artistico-culturale già esistente appare un'idea soltanto utopistica. In questa prospettiva, la novità deve essere concepita non come qualcosa di assolutamente nuovo, bensì come qualcosa di diverso. Ciò che rileva ai fini del diritto d'autore non è tanto quindi l'indipendenza di un'opera da altri lavori, quanto invece la novità della forma espressiva utilizzata dall'autore per combinare in modo personale ciò che già esiste nella realtà<sup>216</sup>.

Invero, salvo casi rarissimi, risulta alquanto improbabile che due soggetti compiano autonomamente le medesime scelte discrezionali, pervenendo in tal modo allo stesso risultato creativo.

Si perviene al medesimo risultato interpretativo anche ponendo la questione sul piano probatorio in quanto nella realtà moderna, caratterizzata

---

<sup>212</sup> Corte Distrettuale del Massachusetts, *Emerson v. Davies*, 1845, n. 4,437 8 F. Cas. 626, 1 Woodb. & M. 21.

<sup>213</sup> *Ibidem*, «The thoughts of every man are, more or less, a combination of what other men have thought and expressed, although they may be modified, exalted or improved by his own genius or reflection».

<sup>214</sup> *Ibidem*.

<sup>215</sup> J. A. SCHUMPETER, *The Theory of Economic Development*, Routledge, Londra, 2021.

<sup>216</sup> In questo senso, sostenendo che la creatività non sarebbe altro che *ars combinatoria*, ovvero la capacità di combinare in maniera inedita elementi che già esistono, v. U. ECO, *Combinatoria della creatività*, Conferenza tenuta a Firenze per la Nobel Foundation il 15 settembre 2004, citato in G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, op. cit., p. 268. Analogamente, affermando che le nuove produzioni artistiche e culturali costituiscono in ogni caso delle forme di creatività derivata, essendo i risultati di combinazioni originali di elementi già esistenti e facenti parte del pubblico dominio, v. J. LITMAN, *The public domain*, in *Emory Law Journal*, vol. 39, IV, 1990, pp. 965 ss. Già qualche anno prima, v. P. GOLDSTEIN, *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1983, vol. 30, III, pp. 209-252, ove a p. 218 l'Autore rileva espressamente che «The central problem is that all works are to some extent based on works that precede them».

dal potenziale accesso su scala mondiale alle informazioni e alle opere altrì, sarebbe estremamente arduo dimostrare l'incontro fortuito delle due opere<sup>217</sup>. Ad oggi, la rilevanza della novità come indice di originalità sembrerebbe acquisire maggiore legittimazione per evitare che il diritto d'autore incentivi la ripetizione delle stesse opere, quando invece dovrebbe promuovere nuove manifestazioni di creatività, quand'anche incrementali<sup>218</sup>.

Dunque, nella prospettiva del diritto d'autore, non tutto ciò che è nuovo è necessariamente originale, così come non tutto ciò che è originale è necessariamente nuovo, anche se è molto probabile che lo sia.

Questa tesi trova conforto anche nelle parole di un noto filosofo rumeno, il quale sosteneva con consapevole disillusione che «Quasi tutte le opere sono fatte con sprazzi di imitazione, brividi appresi ed estasi plagiate»<sup>219</sup>. Non resterebbero, quindi, che due alternative: (i) il secondo autore ha copiato il primo, (ii) assai eccezionalmente i due artisti hanno adottato per caso fortuito scelte identiche durante la rappresentazione della propria visione personale della realtà.

Ciò spiega altresì la necessità che l'estensione delle opere proteggibili dal diritto d'autore debba essere circoscritta a quelle creazioni ottenibili per effetto di una pluralità significativa di scelte creative. Al contrario, laddove il processo produttivo presenti margini discrezionali artistico/culturali molto ristretti, se non obbligati, risulta doveroso collocare tali creazioni nell'area del pubblico dominio. Se così non fosse, verrebbe ampliata oltre ogni ragionevole aspettativa la probabilità di collisione con opere ammesse (ingiustificatamente) al diritto di esclusiva e di liti giudiziarie per l'asserita violazione del medesimo, da cui poi conseguirebbe il rischio di paralisi

---

<sup>217</sup> Sull'interpretazione del requisito di novità nella realtà contemporanea, ritenendo che l'eventuale presenza sul *world wide web* di un contenuto abbia un effetto preclusivo sul suo soddisfacimento v. l'interessante studio di J. CABAY, A. STROWEL, *La nouveauté: un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet* in AA. VV., *20 ans de nouveau droit d'auteur - 20 jaar nieuw auteursrecht*, Anthemis, Limal, 2015, pp. 17-68, ove a p. 67 si afferma che «[i]l nous paraît qu'une antériorité produite au moyen d'Internet ne pourrait être déterminante que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'elle aura été répliquée sur un nombre important de sites Internet accessibles au public, lorsqu'elle aura fait l'objet d'une diffusion sur des sites dont l'accès est restreint, mais dont il est établi que le demandeur est un utilisateur régulier, lorsqu'elle aura fait l'objet d'une publication sur un réseau social ou une plate-forme de partage et qu'elle y jouit d'une importante popularité, lorsqu'elle aura été publiée sur un site particulièrement susceptible d'apparaître parmi les premiers sites référencés au moyen d'une requête de recherche simple, lorsqu'elle aura été publiée sur un site dont les statistiques font apparaître un nombre de consultations important, etc., aucune de ces circonstances n'étant suffisante en soi. Il appartiendra au juge d'apprécier souverainement le caractère vraisemblable de la connaissance en ayant égard à la personne du demandeur».

<sup>218</sup> Sul punto, si richiama la prospettazione di A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive delle proprietà industriale*, op. cit. p. 77, il quale, oltre al requisito del carattere creativo, individua altresì il requisito della novità e della concretizzazione. Secondo l'Autore, qualora un'opera soddisfi soltanto il primo requisito e non gli altri due essa potrà comunque accedere al diritto morale. Tuttavia, sembra più ragionevole ritenere che la novità costituisca un indice di originalità e che la concretizzazione sia una condizione preliminare alla valutazione circa la sussistenza del carattere creativo. Invero, la mancata concretizzazione di un'opera ne determina lo status di idea, di per sé non proteggibile dal diritto d'autore nemmeno sul piano dei diritti morali.

<sup>219</sup> E. CIORAN, *Sillogismi dell'amarezza*, Adelphi, Milano, 1952.

dell'industria creativa e scientifica, in antitesi con uno degli obiettivi cardine del diritto d'autore di promuovere l'innovazione in tali settori<sup>220</sup>.

Inoltre, l'approdo nella sempre più estesa prateria del diritto di autore di creazioni alquanto eterogenee rispetto a quelle tradizionali ha sollecitato alcuni dubbi in ordine alla necessità di rivisitare la definizione di opera dell'ingegno<sup>221</sup> e del connesso requisito del carattere creativo. Ci si riferisce in particolare, come già anticipato nell'introduzione, alle opere dell'*industrial design*, ma soprattutto ai *software* e alle banche (di) dati e alle loro ultime evoluzioni.

Sembra, quindi, che anche i sistemi civilistici non siamo rimasti sordi alle sirene dell'esaltazione degli interessi economici che il diritto d'autore potrebbe perseguire<sup>222</sup>. Così, al consueto appagamento di tipo estetico/culturale si affiancano forme di appagamento prettamente utilitaristiche – riferite a creazioni ottenute con apporti tecnici e non invece artistico-culturali, almeno secondo la comune percezione consolidata sino a quel momento – in quanto ritenute meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento<sup>223</sup>.

Ciò ha portato lungimirante dottrina (già espressa ben prima delle novelle legislative filotecnologiche ivi richiamate) ad operare una distinzione del diritto d'autore in relazione al suo oggetto, proponendo la bipartizione che contrappone il diritto d'autore sulle produzioni in funzione estetica rispetto al diritto d'autore sugli oggetti in funzione tecnica<sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup> In termini simili, J. CABAY, A. STROWEL, *La nouveauté: un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet*, op. cit., p. 67-68, i quali mettono in evidenza che il sospetto sistematico che un autore abbia plagiato un lavoro altrui in quanto presente online, nonostante si fosse accorto soltanto dopo l'atto creativo dell'esistenza di un lavoro simile, possa mettere a repentaglio la *raison d'être* del diritto d'autore di remunerare ed incentivare la creatività, concludendo che «Internet questionne les frontières de ce qui est protégé par le droit d'auteur: là où d'aucuns croient voir génie et individualité, Internet semble ne révéler qu'évidence et banalité. Les rapports entre originalité et nouveauté s'en trouvent ainsi profondément renouvelés. Ils ne peuvent plus être regardés ni traités comme jadis».

<sup>221</sup> Sul punto, v. in particolare E. SYNODINOU, *The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law*, in E. SYNODINOU (ed.), *The Codification of European Copyright, Challenges and Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 93-113.

<sup>222</sup> Così, a chiare lettere, J.C. GINSBURG, *Prefazione*, in G. GHIDINI, M.F. QUATTRONE (a cura di), *Codice del copyright. Il diritto d'autore fra arte e industria*, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, V, «[H]owever prominent the figure of the author in civilian copyright rhetoric, civilian systems are not deaf to the siren song of commercial exploitation, either».

<sup>223</sup> La maggiore sensibilità verso gli aspetti economici delle attività artistiche/culturali riecheggia limpidamente dalla lettura del Considerando n. 10 della direttiva 29/2001/CE, secondo cui «Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. Gli investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fonografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi quali i servizi su richiesta ("on-demand") sono considerevoli. È necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti» [corsivo aggiunto].

<sup>224</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., p. 3. Tale bipartizione sembrerebbe reggere anche nella conformazione contemporanea del diritto d'autore, nonostante la dottrina abbia avanzato l'ipotesi di un superamento della *summa divisio* tra estetica e tecnica secondo la quale l'estetica sarebbe di "competenza" del diritto d'autore mentre la tecnica afferisa al diritto dei brevetti. In quest'ultimo senso v. specialmente V. FALCE, *La modernizzazione del*

Altrettanto significativo appare il rilievo di alcuni autorevoli Studiosi che hanno espresso il dubbio circa un possibile spostamento verso il basso dell'ago della bilancia indicante lo standard minimo di originalità di cui un'opera dell'ingegno, che possa dirsi tale, debba dotarsi all'interno dei sistemi di diritto d'autore a tradizione romano-germanica<sup>225</sup>. Ad oggi, l'ipotesi di tutela delle opere dal valore – *rectius*, dal carattere creativo – triviale sembra essere confermata dalle costanti derive giurisprudenziali indirizzate proprio in tale direzione<sup>226</sup> (v. *infra* Capitolo Quarto).

## 2.4 (*Segue*) Sunto di un percorso sigiziale

---

*diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 8 ss., in cui l'Autrice tenta di riportare a sistema la linea evolutivo-espansiva del diritto d'autore favorevole alla protezione delle creazioni utili nell'annoso bilanciamento tra promozione dell'innovazione e tutela della concorrenza. *Contra* C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, 2021, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3958320>, il quale non si rassegna alla “finanziarizzazione” del diritto d'autore a presidio delle creazioni tecniche e propone l'apprezzabile quanto ardua iniziativa di debellare gli innesti economico-centrici che nel tempo hanno snaturato questo istituto.

<sup>225</sup> R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., p. 671, «Nei sistemi di diritto d'autore europei, soprattutto in ragione dell'adeguamento alle nuove creazioni oggetto della protezione (in particolare software e banche dati), il requisito del carattere creativo subisce un generale livellamento verso il basso [...]». In senso analogo, W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, op. cit., p. 11, «The articulation of this standard by the European Court of Justice has caused courts in several of the member countries of the EU to adjust their originality thresholds – in most cases downward». Indirettamente, denunciando le ingiustificate derive protezionistiche del diritto d'autore, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 195. J. M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, op. cit., p. 128, il quale giustifica l'interpretazione minimalista del requisito di originalità facendo perno sull'elevato tasso di sostituibilità delle risorse proteggibili dal diritto d'autore. In tono profetico, si riportano le lucide critiche di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 706, «Se scorriamo la giurisprudenza vediamo così – e cito naturalmente proprio ipotesi nelle quali la modestia della creazione può far sorgere un dubbio sulla sussistenza di una autonoma o almeno originale creazione e può far domandare *de jure condendo* se tra le opere dell'ingegno non possano discriminarsi creazioni “minori”, la cui tutela potrebbe allora essere sancita per un periodo più breve, discriminazione certo invece inammissibili *de jure condito* – che è stata ravvisata un'opera dell'ingegno anche in un almanacco; in un indice legislativo. A volte anzi – seguendo la suggestione dell'orientamento può volte criticato e che mira a tutelare qualunque creazione intellettuale, dimenticando così la giustificazione della tutela e il carattere tipico dei beni immateriali, solo tutelati – si è estesa la tutela oltre i limiti di quelle che possono dirsi opere dell'ingegno, dimenticando allora come l'esclusiva dettata nella l.d.a. possa concernere solo l'espressione formale». Come ricordato da J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit. p. 298, anche la dottrina tedesca sposa la tesi che il gradiente minimo di originalità si sia talmente abbassato da proteggere anche una “piccola monetina” (cd. *Kleine Münze*), richiamando in proposito U. LOEWENHEIM, *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, in *GRUR*, 1987, pp. 761 ss.; G. SCHULZE, *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, *ivi*, vol. 89, XI, 1989, pp. 769 ss.

<sup>226</sup> A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, op. cit., p. 24, manifestando l'esigenza che da un lato «[n]on si possono esigere certamente realizzazioni geniali [...], ma dall'altro non è nemmeno condivisibile un'indiscriminata protezione in favore di ogni spicciolo creativo».

In sintesi, può ragionevolmente ravvisarsi l'affermazione di almeno quattro teorie deputate all'individuazione del significato attribuibile al requisito di originalità, ciascuna di esse dotata di autonomi parametri per stabilire la sussistenza o meno del carattere creativo di un'opera. Più precisamente, si rileva che entrambi i sistemi di diritto d'autore, inizialmente rappresentati attraverso le loro contrapposizioni, contano di una teoria (convenzionalmente qualificabile come) tradizionale e di una teoria rivisitata.

Partendo dalle elaborazioni storiche sviluppatesi alla nascita del diritto d'autore, infatti, l'antagonismo tra l'impostazione dogmatica afferente ai Paesi *copyright* e quella identificante i Paesi di *droit d'auteur* non sembra affatto un'immaginaria speculazione. Nei primi, si radica una dottrina oggettivista, favorevole alla sufficienza del mero *skill, labour and/or judgement*, in linea con la *fairness theory*, laddove nei secondi prende piede, invece, una dottrina soggettivista, mirante a tutelare tutti quegli apporti lavorativi inidonei a sostanzarsi in un risultato che esprima almeno idealmente l'impronta personalistica dell'autore. Nondimeno, vi sono evidenze a dimostrazione che tale antagonismo sia stato mitigato nel tempo.

Invero, nei Paesi di *common law* il formante giurisprudenziale, nel Regno Unito a partire dal *leading case Interlego v. Tygo Industries*, seguito da *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd.*, e negli Stati Uniti d'America a cominciare dalla pietra miliare posata in *Feist Publications c. Rural Telephone Service*, ha provocato un'apprezzabile evoluzione dell'originaria teoria dello *skill and labour* a favore di una sua rivisitazione (opportunamente) integrata alla quale potrebbe darsi la definizione di *artistic/cultural skill and labour*.

L'aggiunta dell'inciso "artistic/cultural" consente di esigere che il sudore della fronte che "bagna" l'opera sia in un certo senso qualificato, ovvero che esso la elevi da un punto di vista artistico o culturale. Peraltro, la circostanza che la consultazione anglosassone in materia di intelligenza artificiale abbia fatto propria la nozione europea di originalità sembra aver condotto – almeno a livello teorico – ad un azzeramento delle distanze rispetto al sistema di *droit d'auteur*.

Al contrario, proprio con riferimento ai Paesi di tradizione romano-germanica, l'inclusione di alcune creazioni utili nella sfera di protezione offerta dal diritto d'autore ha innescato un ripensamento del requisito del carattere creativo che ha determinato un abbassamento della soglia minima di originalità, almeno per le nuove opere cd. in funzione tecnica<sup>227</sup> (v. *infra* Capitolo Secondo).

---

<sup>227</sup> Secondo A. AVANZI, *Osservazioni in tema di opera fotografica e fotografia*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2010, pp. 216 ss., la soglia minima di creatività richiesta dalla dottrina e dalla giurisprudenza per riconoscere la tutela autoriale è andata nel tempo abbassandosi anche per le opere fotografiche. Tuttavia, ciò non ha impedito al Tribunale di Milano, sentenza del 9 novembre 2000, in *Annali italiano del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2002, p. 578, di escludere la tutela autoriale delle fotografie scattate in occasione di una competizione automobilistica in ragione del fatto che l'autore, sebbene avesse dimostrato sicura professionalità nella rappresentazione della gara, non avesse impresso un peculiare carattere di creatività tale da offrire la propria interpretazione personale dell'evento ripreso.

In proposito, la dottrina ha segnalato che tale abbassamento risulta essere la conseguenza del graduale passaggio dall'originaria prospettiva proprietaria dell'individualismo dominicale a quella maggiormente imprenditoriale propensa agli investimenti concorrenziali<sup>228</sup>. L'allontanamento dalla tradizionale teoria personalistica verrebbe legittimato dall'opportunità che il diritto d'autore persegua interessi più ampi di quelli appartenenti agli artisti "canonici", estendendo il suo oggetto verso beni reputati idonei a realizzare il benessere sociale, ma sostanzialmente rappresentativi di interessi di matrice economica. Da quest'angolo visuale, i Paesi di *droit d'auteur* appaiono come degli inconfessati sostenitori della dottrina dello *sweat of the brow*<sup>229</sup>.

Così, sembra che l'interpretazione evolutiva della giurisprudenza unitamente alla recente inversione di rotta istituzionale nel Regno Unito, da un lato, e gli interventi legislativi a beneficio delle creazioni ibride/utili frutto del ripensamento politico della funzione del diritto d'autore, dall'altro, costituiscano il ponte di collegamento tra i due sistemi contrapposti, dando luogo ad una prima significativa convergenza, definita da autorevole dottrina con i binomi *copyright syzygy*<sup>230</sup> o fertilizzazione incrociata<sup>231</sup>.

Come avvertito da più parti<sup>232</sup>, tra le ulteriori concause di questo "percorso sigiziale" si annoverano, in particolare, i costanti interventi di armonizzazione sovranazionale ed internazionale riguardanti il diritto d'autore<sup>233</sup> (su cui v. *infra* parr. 4, 5), nonché il mutamento di percezione

---

<sup>228</sup> Tale passaggio è ampiamente documentato in R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., pp. 663-693.

<sup>229</sup> Così, S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., p. 184.

<sup>230</sup> D.J. GERVAIS, *Feist Goes Global: A Comparative Analysis Of The Notion Of Originality in Copyright Law*, op. cit., p. 974.

<sup>231</sup> E. DERCLAYE, *The IMS health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, in *European Law Review*, vol. 29, V, 2004, p. 694.

<sup>232</sup> R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., pp. 672-673; J.C. GINSBURG, *Prefazione*, op. cit., VI-VII, in cui l'Autrice efficacemente afferma che «Other examples of the convergences of Copyright and Author's rights' systems might be given, but those already provided should suffice to make the point that the two systems have more in common than in commonly credited». Sebbene si evidenzia la permanenza di alcune discontinuità tra i sistemi di *droit d'auteur* e di *copyright* legate all'approccio concettuale al requisito di originalità, v. anche E. ROSATI, *Originality in EU copyright*, cit., p. 70, unitamente alla bibliografia ivi citata dalla quale si staglia l'idea che «[t]he differences between copyright and droit d'auteur regimes have been scaled down on account of both historical evidence and critical assessments of relevant legislative developments» e che «[t]he UK bar to originality had been occasionally raised so as to get closer to the continental standard», p. 80. Ancor prima, cfr. P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Programmi per elaboratore e raccolte di dati*, op. cit., pp. 4-6; A. FRANCON, *Le droit d'auteur au-delà des frontières: une comparaison des conceptions civiliste et de common law*, in *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, vol. 149, 1993, pp. 3 ss.; H. COHEN JEHOAM, *Critical Reflections on the Economic Importance of Copyright*, in *International Review of Intellectual Property and Competition*, vol. 20, 1989, pp. 485 ss.

<sup>233</sup> P. AUTERI, *Diritto di autore*, op. cit., p. 625. Analogamente, ritenendo che l'attuale conformazione del diritto d'autore europeo abbia una natura ibrida in quanto non riconducibile né all'una né all'altra tradizione giuridica del diritto d'autore, v. C. SGANGA, *Propertizing European Copyright*, op. cit., p. 19.

degli interessi prioritari in gioco all'interno di entrambi i sistemi ivi descritti: in quelli di *common law* acquisisce crescente importanza la libertà di manifestazione del pensiero e l'interesse ad incentivare l'arte e la scienza, entrambi messi a repentaglio dall'eccessiva erosione dell'area del pubblico dominio, come conseguenza dell'applicazione incondizionata della teoria dello *sweat of the brow*, mentre nei Paesi di *civil law* si affiancano ai tradizionali interessi artistico-culturali le istanze economiche a favore delle nuove produzioni industriali tecnologiche caratterizzate da ben marginali potenzialità artistiche.

Il mutamento biunivoco dello standard minimo di creatività ai fini del riconoscimento della tutela autoriale ha comportato il raggiungimento di un equilibrio di compromesso, secondo il quale il diritto di esclusiva dovrà essere accordato soltanto per quelle creazioni che disvelino la sussistenza di un apporto creativo originale non strettamente collegato alla quantità di lavoro impiegata, bensì alla circostanza che l'autore abbia in qualche modo espresso la propria personalità. È sufficiente che tale apporto si attesti ad un'entità alquanto modesta, sostanziandosi generalmente nell'esercizio di una discrezionalità espressiva all'interno di un ventaglio più o meno ampio di opzioni rappresentative disponibili<sup>234</sup>.

Alla luce di questa progressiva convergenza, può dunque predicarsi una modificazione verso l'alto nei sistemi di *common law* e verso il basso in quelli di *civil law* della soglia creativa minima di originalità necessaria a soddisfare la valutazione di creatività autoriale di un'opera dell'ingegno<sup>235</sup>.

Emerge, dunque, che i diversi approdi esegetici in materia di diritto d'autore non sono altro che il portato di differenti soluzioni di bilanciamento segnate dalla prevalenza di alcuni interessi rispetto ad altri. Ciascuna soluzione offre una propria interpretazione del fine ultimo perseguito da quel particolare contratto tacito<sup>236</sup> intercorrente tra la società e l'autore: (i)

---

<sup>234</sup> «In practice, a low degree of originality is required; however, a minimal amount of creativity must be involved for a work to be copyrightable», M.H. KENT, J.J. KAUFMAN, *Associate's Guide to the Practice of Copyright Law*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 5.

<sup>235</sup> G. DAVIES, *The convergence of copyright and author's rights – Reality or chimera?*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 26, 1995, pp. 965 ss. V. anche R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., p. 668, ove l'Autrice rileva che il requisito del carattere creativo non rappresenta più un elemento attendibile per misurare la distanza tra sistemi continentali di diritto d'autore e sistemi di *copyright* per effetto di un reciproco avvicinamento dello standard minimo di originalità.

<sup>236</sup> Questo accordo è definito dalla dottrina anglosassone e statunitense come il cd. *copyright's bargain*. Sul punto, si vedano le interessanti riflessioni presenti in C. SEVILLE, *Copyright's bargain - defining our terms*, in *Intellectual Property Quarterly*, III, 2003, pp. 312-341; In senso più ampio (ed anche più provocatorio) v. D. VAVER, *Intellectual property: still a "bargain"?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, IX, 2013, pp. 579-586. Al riguardo, si richiama anche la sentenza della Corte Suprema statunitense nel caso *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, n. 539 U.S. 23, 2 giugno 2003, parr. 33-34, ove si evidenzia «a carefully crafted bargain under which once the patent or copyright monopoly has expired, the public may use the invention or work at will and without attribution» [enfasi mia], invocando il precedente anch'esso deciso dalla Corte Suprema, *Bonito Boats v. Thunder Craft Boats*, n. 489 U.S. 141, del 21 febbraio 1989, nel quale si afferma la necessità di evitare che la sovrapposizione della tutela del marchio rispetto a quella autoriale possa

dall'equa remunerazione dell'attività creativa, (ii) alla tutela dell'estensione oggettivata della personalità dell'autore, (iii) alla promozione del particolare interesse culturale alla promozione dell'arte e della scienza, (iv) al soddisfacimento di un più generico benessere sociale di impronta marcatamente economica<sup>237</sup>. Ciascuna soluzione interpretativa risulta rigorosamente collegata al bene che il diritto d'autore intende realizzare per mezzo della cosa che esso è preposto a remunerare e che incide necessariamente sul metro di misurazione da adoperare, *ergo* lo standard di originalità prescelto.

Qualora il bene protetto dal diritto d'autore fosse identificabile nel lavoro umano *sic et simpliciter*, si dovrebbe privilegiare la teoria tradizionale dello *sweat of the brow*. Ove invece essa coincida con l'espressione della personalità artistica, sarebbe opportuno dar credito all'impostazione dogmatica originaria dei Paesi di *droit d'auteur*. Oppure, come appare ragionevole credere alla luce delle reciproche contaminazioni, se essa costituisse un ibrido rispetto alle precedenti, in cui rilevano con diversa intensità alcuni specifici interessi come il progresso dell'arte e della scienza o l'incentivazione degli investimenti in determinati settori, bisognerebbe propendere per una delle due teorie rivisitate, rispettivamente la (iii) e la (iv).

Risulta evidente come ogni opzione qui descritta abbia delle ricadute pratiche più o meno consistenti sul mercato dell'innovazione, come confermato, ad esempio, dalla vocazione escatologica della sentenza *Feist Publications* rispetto all'industria dei *database*. Pertanto, la risposta a tale quesito necessita di essere adeguatamente ponderata qualora si voglia individuare una traiettoria evolutiva del diritto d'autore sostenibile per gli artisti, le industrie creative e il mercato di riferimento.

Nel prosieguo della trattazione si cercherà di dimostrare che l'oggetto tutelato dal diritto d'autore non può non coincidere con un lavoro che rifletta un *minimum* di discrezionalità artistica, superiore a quello mediamente attestatosi nella giurisprudenza nazionale. Quand'anche si ammetta che la funzione politica contemporanea del diritto d'autore sia divenuta quella di incentivare gli investimenti in specifici settori, s'impone comunque l'esigenza che i nuovi oggetti della disciplina autoriale manifestino un *minimum* artistico. L'eventuale assenza di tutela sotto l'ombrello di tale disciplina non implicherebbe l'esclusione automatica dalla possibilità di accedere a forme alternative di protezione, evitando così di snaturare oltremodo un istituto già più volte risagomato in occasione dei richiamati mutamenti sociali, economici e tecnologici.

Si discuterà, quindi, della fondatezza della consolidata deriva giurisprudenziale iperprotezionistica seguita da molti giudici europei e nazionali, tendente ad attestare il gradiente minimo di creatività ad un livello

---

compromettere quel contratto tacito che definisce attentamente l'equilibrio tra l'interesse ad incentivare l'innovazione tramite diritti di esclusiva e la libertà di espressione e di promozione dell'arte e della scienza.

<sup>237</sup> Per una dettagliata disamina delle quattro teorie sulle fondamenta e gli obiettivi del diritto d'autore si rinvia diffusamente a W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, op. cit., pp. 26-45, 81-107, 257-279.



parecchio esiguo. In proposito, si terrà conto di alcuni selezionati esempi eloquenti afferenti a svariate giurisdizioni, tra cui, ad esempio, l'affermata proteggibilità, a parere dei giudici anglosassoni, delle tabelle orarie di una stazione ferroviaria<sup>238</sup>, oppure l'asserita potenziale originalità, secondo la CGUE, di un testo composto da sole undici parole<sup>239</sup>.

Particolare attenzione verrà dedicata all'orientamento molto generoso affermatosi nella giurisprudenza italiana (v. *infra* Capitolo Quarto), il quale potrebbe determinare una riduzione significativa del volume di creazioni disponibili nell'area del pubblico dominio, con la conseguenza di precludere ai futuri artisti e studiosi la possibilità di avvalersi di produzioni banali – o comunque convenzionali nell'ambito di un determinato settore – per realizzare nuove opere. Ed in tal senso si paventerebbe il rischio che il diritto d'autore produca un effetto frenante sullo sviluppo dell'arte e della scienza, anziché promozionale.

### 3. Il significato del «carattere creativo» nell'ordinamento italiano

Dal quadro introduttivo così delineato è possibile considerare il contesto normativo italiano avente ad oggetto la valutazione di creatività di un'opera dell'ingegno per poi indagare la validità delle alternative esegetiche prospettabili. Entrando così in *medias res*, l'art. 1, comma 1, l.d.a., stabilisce espressamente che «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». Lo stesso requisito del «carattere creativo» è stabilito all'art. 2575, c.c., nell'ambito di una pressoché analoga formulazione secondo la quale «Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione».

La preliminare disamina del combinato disposto di queste due norme volte a perimetrare – in via esemplificativa – l'estensione oggettiva della tutela autoriale nell'ordinamento italiano<sup>240</sup> permette anzitutto di ricavare il

---

<sup>238</sup> Così, D. VAVER, P. SIRINELLI, *Principles of copyright. Cases and materials*, WIPO, Ginevra, 2002, p. 140. Oltre alla giurisprudenza d'oltremarina vi è traccia di un orientamento favorevole alla tutelabilità degli orari ferroviari anche all'interno del territorio italiano, come affermato nella sentenza emessa dal Tribunale di Napoli, 4 febbraio 1929, in *Il diritto di Autore*, 1930, p. 477.

<sup>239</sup> CGUE, 16 luglio 2009, causa C-5/2008, *Infopaq International*, par. 48. Per uno sguardo critico all'approccio giurisprudenziale contemporaneo avente ad oggetto l'interpretazione del requisito del carattere creativo v. L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., pp. 94-107. Ancor prima di *Infopaq International* la dottrina criticava tale corrente giurisprudenziale, sostenendo che non si trattasse di una questione di originalità dell'opera, ma di (in)esistenza stessa della medesima, J. HUGHES, *Size Matters (or Should) in Copyright Law*, in *Fordham Law Review*, vol. 74, II, 2005, pp. 575 e ss.

<sup>240</sup> Alle due norme citate occorre aggiungere l'art. 2, l.d.a., che rappresenta sostanzialmente una specificazione, dal tono esemplificativo, delle opere proteggibili dal

principio secondo cui non tutte le creazioni intellettuali sono idonee ad elevarsi ad opere dell'ingegno (nel senso di opere tutelate dal diritto d'autore). Lo sono soltanto quelle aventi carattere creativo. A dover essere più precisi, sono qualificabili come opere dell'ingegno quelle produzioni intellettuali afferenti alle funzioni creative indicate nel catalogo aperto stabilito all'art. 2, l.d.a., così come interpretato dagli organi giurisdizionali. Esso è stato progressivamente modificato e integrato sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, incidendo su ciò che si potrebbe convenzionalmente definire come l'ampiezza orizzontale del diritto d'autore, rappresentata dal numero di tipologie di opere tutelabili<sup>241</sup>.

Invero, la formulazione originaria della l.d.a. ricomprendeva soltanto sei macro-tipologie di opere, ovvero (i) le opere letterarie (drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose), (ii) le opere musicali (con o senza parole, ivi incluse le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti opera originale), (iii) le opere coreografiche e pantomimiche, (iv) le cd. opere dell'arte visiva, vale a dire le opere della scultura, la pittura, ivi inclusa la scenografia applicata all'industria, ma soltanto qualora quest'ultima fosse dotata di un valore artistico scindibile da quello industriale, (v) i disegni e le opere dell'architettura, (vi) le opere cinematografiche<sup>242</sup> (●)<sup>243</sup>.

Nel 1979, con l'aggiunta del n. 7) all'art. 2, l.d.a., si è verificato il ritorno delle opere fotografiche tra le tipologie di opere dell'ingegno protette dall'ordinamento italiano<sup>244</sup>, considerato che esse erano espressamente incluse tra le opere tutelate dal r.d. n. 1950 del 7 novembre 1925 (di seguito r.d. 1950/1925), mentre nella formulazione natia della l.d.a. l'unica forma di protezione giuridica configurabile per le fotografie era rappresentata dal diritto connesso, di cui agli artt. 87-92, l.d.a., avente una durata di venti anni per le fotografie semplici e di quaranta anni per le fotografie «dallo spiccato valore artistico»<sup>245</sup> (●).

---

diritto d'autore già individuate in modo più generale nella disposizione precedente. Negli ordinamenti civilistici, come ribadito *supra* par. 2, si registra un comune consenso della dottrina e della giurisprudenza in ordine alla natura aperta del catalogo di opere protette.

<sup>241</sup> Analogamente si riferiscono alla dimensione orizzontale del diritto d'autore e più in generale della proprietà intellettuale, criticandone la progressiva espansione, G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione e analisi economica*, op. cit., p. 12; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 15. Tuttavia, essi intendono l'ampliamento verticale della proprietà intellettuale come dilatazione dei diritti e delle facoltà sui beni immateriali laddove nel presente lavoro esso è inteso come possibile abbassamento della soglia minima di originalità.

<sup>242</sup> Art. 2, l.d.a., formulazione risalente alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (G.U.) n. 166 del 16 luglio 1941.

<sup>243</sup> I cerchi colorati che seguono sono funzionali ad offrire una migliore rappresentazione grafica del percorso espansivo del diritto d'autore.

<sup>244</sup> L'integrazione delle opere fotografiche è avvenuta per effetto del d.P.R., dell'8 gennaio 1979, n.19 (G.U. n. 29 del 30 gennaio 1979).

<sup>245</sup> Art. 92, l.d.a. A seguito della novella del 1979, la tutela delle fotografie dallo spiccato valore artistico è passata dal diritto connesso alla più forte protezione offerta dal diritto d'autore per effetto dell'abrogazione del comma 2 dell'art. 92, l.d.a., e dell'aggiunta del n. 7) all'art. 2 della stessa legge.

Nel 1992, mediante l'inserimento del n. 8) in coda all'art. 2, l.d.a., si è provveduto alla dibattuta inclusione dei programmi per elaboratore tra le opere dell'ingegno proteggibili dal diritto d'autore<sup>246</sup> (●).

Nel 1999, attraverso l'introduzione del n. 9) nell'art. 2, l.d.a., si è registrato un ulteriore ampliamento delle opere tutelabili, comprendendovi anche le banche dati<sup>247</sup> (●).

Nel 2001, per mezzo della novella che ha aggiunto il n. 10) all'art. 2, l.d.a.<sup>248</sup>, si è verificato l'ultimo intervento legislativo di ampliamento delle tipologie di creazioni protette dal diritto d'autore con l'inclusione delle opere del disegno industriale, già annoverate come opere dell'arte applicata all'industria nel r.d. 1950/1925, ma successivamente non confluite nella prima formulazione della l.d.a. (●).

I successivi ampliamenti orizzontali del diritto d'autore sono opera dell'attività ermeneutica svolta dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, segnando nel 2010 l'aggiunta del format televisivo<sup>249</sup> (●), e, nel 2020, quella dell'arredamento d'interni<sup>250</sup> (●) (v. *infra* Capitolo Quarto).

Il processo di progressiva estensione dell'ampiezza orizzontale del diritto d'autore può essere raffigurato sul seguente asse cartesiano:

---

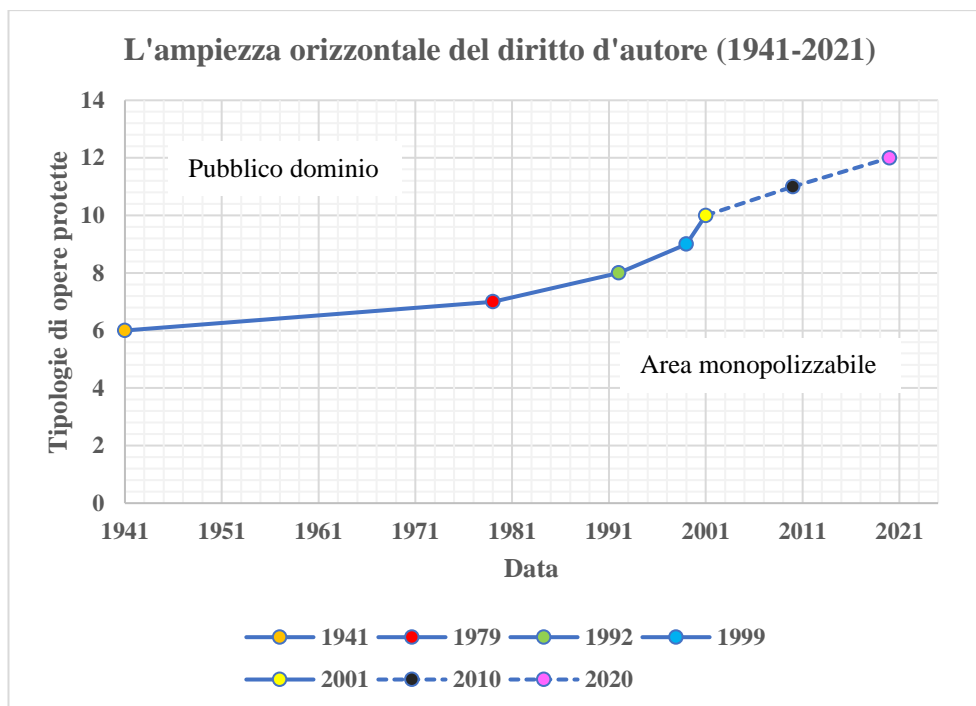
<sup>246</sup> D.lgs. del 29 dicembre 1992, n. 518.

<sup>247</sup> D.lgs. del 6 maggio 1999, n. 169.

<sup>248</sup> D.lgs. del 2 febbraio 2001, n. 95. Esso ha altresì modificato il n. 4) della l.d.a., escludendo l'autonomia del valore estetico delle opere scenografiche.

<sup>249</sup> A partire da Cass. civ., sez. I, sent. n. 3817 del 17 febbraio 2010. Conformi Cass. civ., sez. I, sent. n. 13249 del 16 giugno 2011; Cass. civ., sez. I, sent. n. 21172 del 13 ottobre 2011; Cass. civ., sez. I, sent. n. 18633 del 27 luglio 2017; Cass. civ., sez. I, sent. n. 8433 del 30 aprile 2020.

<sup>250</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 8433 del 30 aprile 2020. Inoltre, come ricordato *supra*, nel 2008 la giurisprudenza di merito ha incluso nella tutela autoriale i personaggi di fantasia a cui ha aggiunto nel 2010 anche le bozze di creazioni pubblicitarie. Sarebbe potenzialmente tutelabile anche il sito web (verosimilmente come opera multimediale) come statuito dal Tribunale di Milano con sentenza del 4 novembre 2008, benché nel caso di specie essa fosse stata negata per carenza di sufficiente carattere creativo.



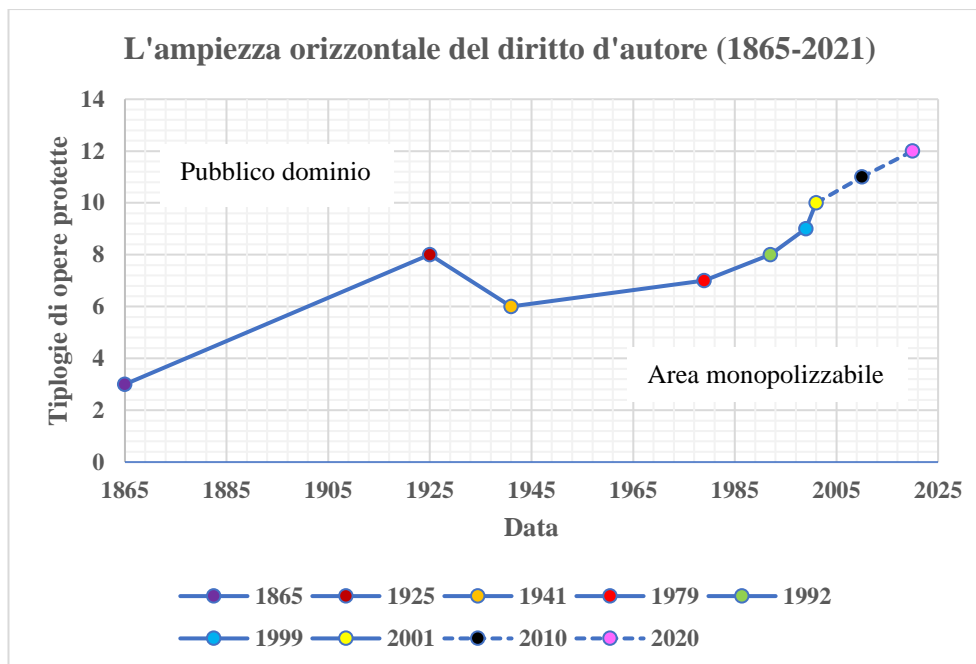
Emergono così più chiaramente alcune considerazioni. In primo luogo, nell’arco di ottant’anni, il numero di tipologie di opere tutelabili dal diritto d’autore non si è mai ridotto, ma soltanto esteso<sup>251</sup>. Per i primi sessantanove anni la “responsabilità” di tale estensione (raffigurata con una linea continua) è imputabile al legislatore italiano – in esecuzione di obblighi internazionali o sovranazionali –, mentre per gli ultimi undici anni essa è ascrivibile invece alla giurisprudenza (raffigurata con una linea tratteggiata).

In via generale, questa tendenza espansiva, se da un lato risulta giustificabile in considerazione dell’aumento delle forme espressive in cui fiorisce (o appassisce, a seconda dell’angolo visuale preferito) la creatività umana, verificatesi di pari passo con le evoluzioni della tecnologia, dall’altro lato ha determinato una progressiva potenziale erosione dell’area del pubblico dominio, come conseguenza dell’aumento delle creazioni di tipo artistico, culturale o tecnico sulle quali è possibile che insista un diritto di esclusiva.

Per completezza espositiva, giova precisare che ove si voglia estendere l’arco temporale di riferimento, viene in rilievo che l’andamento indagato non sia stato sempre crescente. Difatti, se è vero che il numero delle tipologie di opere tutelabili è aumentato da tre a otto nel passaggio dalla legge del 25

<sup>251</sup> Occorre dar conto che i criteri di scelta delle macro-tipologie di opere sono ancorati al dato legislativo e giurisprudenziale benché si sia consapevoli che alcune di esse sono ben più ampie – almeno nella loro popolosità (si vedano ad esempio le opere letterarie o in particolare le arti visive in cui sono state annoverate tre sotto-tipologie, quali la scultura e la pittura e la scenografia) – rispetto ad altre (da ultimo, appunto, lo stile di arredamento d’interni). Per quanto concerne le macro-tipologie di opere a livello legislativo, la suddivisione adottata ha seguito il catalogo presente all’art. 2, l.d.a., mentre per ciò che attiene all’evoluzione giurisprudenziale, si è proceduto all’inclusione delle pronunce della Corte di Cassazione che introducono due nuove forme espressive.

giugno 1865, n. 2337<sup>252</sup> (●), al r.d. 1950/1925 (●), è altrettanto vero che nella transizione dal r.d. 1950/1925 alla l.d.a. si è verificata la perdita di due tipologie di opere, segnatamente le opere fotografiche e quelle del disegno industriale, in quanto non reputate idonee ad esprimere un valore estetico scindibile rispetto a quello tecnico. Ad ogni modo, il trend prevalente è senza dubbio quello in aumento. Tale evoluzione è raffigurabile nel seguente grafico:



Ciò premesso, la possibilità di sussumere una produzione intellettuale all'interno di una delle tipologie di opere dell'ingegno tipizzate dal legislatore o dalla giurisprudenza non è sufficiente ad ottenere la protezione autoriale dal momento che essa costituisce soltanto la precondizione per l'accertamento dei requisiti (al singolare nel caso del diritto di autore) di eleggibilità. Occorre, infatti, che essa superi lo standard minimo di carattere creativo tendenzialmente consolidatosi in quello specifico settore artistico-culturale. Ciò in ragione del fatto che potrebbero esserci artefatti pacificamente rientranti nel novero di opere tutelabili, ma il cui gradiente di creatività non risulti sufficiente a beneficiare della relativa esclusiva.

<sup>252</sup> Giova rammentare che la legge del 25 giugno 1865, n. 2337 non dettava un elenco specifico (seppur esemplificativo) delle opere tutelabili del diritto d'autore al pari dei due successivi provvedimenti legislativi in materia in quanto essa si apriva direttamente con la disciplina dei diritti spettanti agli autori. Tuttavia, da una lettura sistematica del testo in questione risulta ragionevole ritenere che risultassero tutelabili tre tipologie di opere, ovvero quelle letterarie, musicali e delle arti figurative. Diversamente, l'art. 1 del r.d. 1950/1925 riconosceva espressamente la natura di opera dell'ingegno alle (i) opere drammatiche, (ii) musicali, (iii) cinematografiche, (iv) coreografiche e pantomimiche, (v) alle opere di pittura, scultura e architettura, ai lavori d'arte grafici e plastici, (vi) ai lavori d'arte applicata all'industria e ai disegni, (vii) alla fotografia e ai lavori eseguiti con procedimenti analoghi alla fotografia, (viii) ai progetti di lavori d'ingegneria, allorché costituiscono soluzioni originali di problemi tecnici.

Giova rimarcare che il divieto di formalità per la costituzione del diritto d'autore, sancito solennemente dall'art. 5.2 della Convenzione di Berna<sup>253</sup>, fa sì che la valutazione sulla sussistenza della creatività di una creazione intellettuale non venga svolta all'atto della sua creazione, bensì in una successiva fase, tendenzialmente patologica, ovvero ogniqualvolta l'autore agisca in via giurisdizionale nei confronti di un terzo per aver violato i propri diritti sull'opera.

Ne consegue che la valutazione sul carattere creativo è sostanzialmente rimessa al giudice. Quest'ultimo esprime giocoforza un giudizio di valore sulla qualità (e verosimilmente sulla quantità) creativa di un'espressione dell'ingegno<sup>254</sup> tale da incidere su ciò che si potrebbe convenzionalmente intendere come l'ampiezza verticale del diritto d'autore, ovvero la soglia di creatività attestata nell'ambito di una specifica tipologia di opera al di sopra della quale una creazione ad essa afferente risulta idonea a beneficiare della tutela autoriale<sup>255</sup> (v. *infra* Capitolo Quarto).

Invero, la nozione di opera dell'ingegno è, come quella di bene, il risultato di un processo di selezione, analisi e qualificazione giuridica<sup>256</sup>. Tuttavia, a differenza dei beni, definiti espressamente a livello legislativo dall'art. 810, c.c., le opere dell'ingegno non sono oggetto di un'espressa definizione normativa, in quanto essa è soltanto presupposta<sup>257</sup>. Rispetto a queste ultime, l'attività di selezione è compiuta in un duplice senso: (i) discernendo i risultati tipizzati dalla legge e dalla giurisprudenza rispetto a quelli atipici e (ii) distinguendo le produzioni aventi carattere creativo rispetto a quelle carenti di tale requisito.

Se si volesse rappresentare metaforicamente il suddetto processo selettivo, esso potrebbe paragonarsi a ciò che gli anglosassoni indicano con il termine *cherry picking*<sup>258</sup>. E come il *cherry picking* inizia a complicarsi

---

<sup>253</sup> Sulla rivitalizzazione dell'interesse alla registrazione delle opere dell'ingegno come condizione costitutiva del diritto d'autore, *amplius* S. VAN GOMPEL, *Formalities in Copyright Law. An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011. In senso più rigoroso al rispetto della norma in discorso v. J.C. GINSBURG, *Berne-Forbidden Formalities and Mass Digitization*, in *Boston University Law Review*, vol. 96, 2016.

<sup>254</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, op. cit., p. 165, «[Q]uando si afferma che, per essere tutelata, l'opera debba possedere un minimo di creatività, non viene eliminata la necessità di un giudizio di valore su tale minimo, ma ne è semplicemente spostato il metro verso una maggiore larghezza. [...] Occorre accertare se questo minimo [...] costituisce quel limite al di sotto del quale la creatività risulta irrilevante».

<sup>255</sup> Giova dar conto che il concetto di ampiezza verticale e orizzontale del diritto d'autore era stato già adoperato in passato con un senso parzialmente diverso in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007, ove a pp. 497-498, si evidenziava l'allungamento dei tentacoli del diritto d'autore tanto orizzontale quanto verticale, intendendo il primo come ampliamento delle categorie di opere protette (al pari della ricostruzione proposta nel presente lavoro) ed il secondo come l'estensione del ventaglio di facoltà rientranti nel diritto di esclusiva. Analogamente, M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 219.

<sup>256</sup> V. ZENO ZENCOVICH, voce «Cosa», op. cit.

<sup>257</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 698.

<sup>258</sup> Su tale affinità sia consentito rimandare a V. IAIA, *La non creatività delle "opere" tecniche degli avvocati. Il cherry picking della Cassazione come freno alla proliferazione*

qualora innanzi all'agricoltore tenuto a scegliere cosa riporre nella cesta si palesi un frutto diverso da una ciliegia, ma ad essa molto rassomigliante, oppure si presenti una ciliegia non troppo integra, ma nemmeno eccessivamente rovinata, allo stesso modo, la valutazione sul carattere creativo di un'opera demandata all'interprete (sia esso il legislatore, il *copyright office* ove sia esistente o più spesso il giudice) si aggrava rispetto a situazioni limite, in cui una certa forma espressiva non rientri nel novero delle creazioni tipizzate dal legislatore e dalla giurisprudenza, oppure rispetto a casi limite, riscontrabili qualora la creazione indagata non sia manifestamente originale, ma nemmeno totalmente banale<sup>259</sup>.

È evidente, quindi, che gli interrogativi cui si cercherà di fornire una risposta non investono tutte quelle ipotesi in cui la creazione oggetto di scrutinio sia certamente idonea o inidonea a qualificarsi come opera dell'ingegno, in quanto pacificamente riconducibile o meno nelle categorie legislative e giurisprudenziali già consolidate e indubbiamente originale o banale. Essi, invece, concernono in modo specifico quelle situazioni e casi limite in cui il giudizio valutativo non risulta di immediata soluzione a causa della difficoltà di esprimere una posizione netta in merito alla sussunzione della fattispecie concreta nella previsione normativa astratta, ovvero quando il lavoro indagato non sia certamente ascrivibile alle creazioni già tipizzate come opere dell'ingegno, oppure quando esso, seppur annoverabile in tale categoria, non sia pienamente espressione di scelte libere e creative.

Ed è proprio la corretta declinazione del requisito del carattere creativo a costituire la questione centrale del presente studio<sup>260</sup>. Ci si chiede, infatti, quale sia il senso verso il quale depongono gli artt. 1, l.d.a. e 2575, c.c. nella parte in cui fanno riferimento al «carattere creativo» dell'opera dell'ingegno come condizione per l'accesso alla tutela autoriale. Ed in particolare, viene in rilievo il quesito su quale sia l'opzione interpretativa che possa reputarsi maggiormente adeguata per raggiungere un equilibrio soddisfacente tra interessi individuali e collettivi così da poter fornire all'interprete delle coordinate che possano orientarlo nell'ambito di un giudizio che implica inevitabilmente il ricorso a standard valutativi extra legali – ivi incluse le percezioni soggettive della realtà – che mal si attagliano con le esigenze di certezza e oggettività del linguaggio giuridico.

In questa prospettiva, si può proporre, con la massima approssimazione, almeno una duplice rilettura delle disposizioni sopra richiamate:

---

*delle esclusive autorali*, in *Diritto & Giustizia*, 2020. Si vuole precisare che l'accezione del termine qui impiegata non comprende quella di costituire un bias di conferma nella ricerca scientifica attraverso l'esclusiva considerazione delle prove favorevoli a discapito di quelle contrarie.

<sup>259</sup> La distinzione tra situazioni limite di carattere generale e casi limite di carattere particolare è presente in M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., pp. 3-4.

<sup>260</sup> La problematica definizione del carattere creativo risulta essere strettamente collegata alla questione presupposta relativa alla definizione di opera dell'ingegno ed in particolare alla determinazione delle tipologie di creazioni ivi annoverabili, considerato il progressivo ampliamento orizzontale del diritto d'autore. Ciò al fine di tracciare con maggiore precisione il confine tra l'area oggetto di esclusiva e quella in pubblico dominio.

a) estensiva: «Sono protette ai sensi di questa legge/Formano oggetto del diritto d'autore le opere dell'ingegno *dal basso* carattere creativo [...]»;

b) restrittiva: «Sono protette ai sensi di questa legge/Formano oggetto del diritto d'autore le opere dell'ingegno *dall'elevato* carattere creativo [...]».

È chiaro che le ricadute applicative dell'opzione che dovesse privilegiarsi non sono affatto di poco rilievo, l'una determinante un ampliamento delle creazioni oggetto di esclusiva, l'altra, viceversa, una contrazione.

L'individuazione della migliore soluzione richiederebbe un confronto tra le diverse interpretazioni possibili, dall'interpretazione sistematica, a quella autentica, oppure ad un'interpretazione che potrebbe essere denominata come “concorrenzialmente orientata” (v. *infra*, Capitolo Terzo), oppure ancora ad un'interpretazione teleologica che tenga conto della precipua finalità sottesa alla richiesta del carattere creativo. Occorrerebbe quindi interrogarsi anche sulle conseguenze pratiche discendenti dalle alternative definitorie riguardanti la nozione di carattere creativo e segnatamente dei possibili inconvenienti e benefici cui una soluzione, piuttosto che un'altra, potrebbe produrre.

Ciò richiede in via preliminare di identificare gli elementi che influiscono sulla valutazione del carattere creativo di un'opera dell'ingegno, tenuto conto della varietà di espressioni terminologiche impiegate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per vagliare siffatto requisito, tra cui in particolare “individualità”, “originalità”, “impronta personale – o personalistica – dell'autore”, “novità”, “creatività”, il cui ambiguo utilizzo – a volte come sinonimi, altre, invece, come requisiti autonomi (dal contenuto tendenzialmente mutevole)<sup>261</sup> – crea un disordine giuridico che desta non poche perplessità teoriche e soprattutto pratiche.

Escluderei, *in primis*, la validità del parametro della creatività dell'opera al fine di verificarne la sussistenza del carattere creativo, a meno non si voglia incorrere nel rischio di tautologie infruttifere.

*In secundis*, mi pare che gli altri parametri dell'individualità e dell'impronta personale dell'autore si prestino a valutazioni cariche di una percezione soggettiva non diversa da quella che sarebbe richiesta per stabilire la bellezza o la bruttezza di un'opera. Peraltro, se effettivamente la qualità di un'opera dell'ingegno dovesse dipendere dalla sua idoneità ad essere abbinata in modo univoco ad uno specifico autore per effetto della sua impronta personalistica o individualizzante, l'ambito di creazioni proteggibili sarebbe drasticamente inferiore rispetto a quello attuale. Parimenti, sarebbero molto limitati anche i margini per la configurabilità del plagio, dal momento che se si visse in un contesto ove ogni opera risultasse senza dubbio collegata alla personalità del suo autore verrebbero di gran lunga ridotte le possibilità di

---

<sup>261</sup> Al riguardo si leggano le illuminanti considerazioni di M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., pp. 48-77. Sul punto, v. altresì L. DI FRANCO, *Nozione della “novità” nelle opere dell'ingegno*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I-II, 1943, pp. 33 ss., il quale impiega i termini originalità e carattere creativo come sinonimi.



trarre in inganno il pubblico e, conseguentemente, tale atto perderebbe di appetibilità<sup>262</sup>.

Ma la realtà è ben diversa: sebbene spesso venga richiamata l'impronta personalistica dell'autore per affermarne il carattere creativo, l'esito positivo di tale giudizio spesso tende a sostanzarsi e ridursi alla semplice sussistenza di un *quid novi* rispetto al patrimonio intellettuale preesistente ottenuto attraverso scelte discrezionali che si distanziano in qualche modo rispetto agli standard tipici di produzione di quella tipologia di opera, a nulla – o a poco – rilevando l'idoneità della creazione ad essere ricondotta ad un particolare autore in forza di una sua traccia certamente riconoscibile<sup>263</sup>.

*Ad abundantiam*, si pensi all'ipotesi in cui l'interprete sia chiamato a valutare l'originalità della prima creazione di un'artista o di uno scienziato (in senso lato). Come sarebbe possibile riconoscere la loro impronta personalistica in assenza di precedenti creazioni dalle quali poterla sintetizzare? Invero, la ricorrenza di uno stile artistico distinguibile da parte del pubblico presuppone l'esistenza di una pluralità di produzioni accomunate da una certa chiave espressiva. Ne consegue che la percezione di tale *fil rouge* appare alquanto inverosimile nel caso in cui l'autore si fosse limitato ad un'unica creazione. Sicché, il requisito dell'impronta personalistica sarebbe difficilmente applicabile in siffatta ipotesi.

Sembra più ragionevole ritenere che il carattere dell'impronta personalistica (o individualizzante) rappresenti piuttosto il *metodo* ideale a cui ciascun artista o scienziato debba tendere per produrre delle creazioni idonee ad essere tutelate dal diritto d'autore. Vi è, infatti, qualche impedimento alla possibilità di credere che il segno inconfondibile dell'autore costituisca la condizione imprescindibile per vedersi accordata la relativa protezione, soprattutto ove si tenga conto del dato giurisprudenziale che ammette anche produzioni dalla modesta cifra creativa. Dunque, la circostanza che l'opera manifesti l'impronta personalistica dell'autore la rende sicuramente tutelabile dal diritto di esclusiva, rappresentando lo scenario ideale per giustificarne la protezione, ma vi sono delle alternative meno "faticose" per ottenere il medesimo risultato.

Ed infatti la protezione autoriale può essere – ed è – accordata anche ad una creazione rispetto alla quale risulti complicato, se non impossibile, risalire al suo autore, se non per una mera dichiarazione di paternità. Pertanto, l'impronta personalistica non pare costituire un requisito essenziale per la tutelabilità dell'opera, rappresentando più che altro il metodo ottimale – ma non unico – di produzione di un lavoro artistico o scientifico per raggiungere siffatta condizione.

In questa prospettiva si pone il prevalente orientamento giurisprudenziale italiano, sia di merito che di legittimità, secondo il quale sarebbe sufficiente che la creazione si discosti dalle opere già esistenti, a condizione che l'autore, durante la sua elaborazione, non abbia compiuto soltanto delle scelte banali o comunque vincolate dalla funzione perseguita

---

<sup>262</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., pp. 48-77

<sup>263</sup> *Ibidem*.

(v. *infra* Capitolo Quarto). Di conseguenza, i cancelli del diritto d'autore si aprono anche ad alcune produzioni artistiche e scientifiche che non costituiscono innovazioni culturali vere e proprie, ma contribuiscono al continuo progredire dell'industria culturale. Esse sono state battezzate dalla dottrina con l'appellativo di «creazioni medie»<sup>264</sup>.

Ciò appurato, può ragionevolmente desumersi che, affinché si possa pervenire ad una positiva valutazione in merito alla sussistenza del carattere creativo di un'opera, rilevino, invece, la novità e l'originalità<sup>265</sup>, da intendersi il primo come indice sintomatico del secondo, salvi casi eccezionali (se non di pura manualistica) di incontri fortuiti in cui la carenza di novità non intacca l'unico vero requisito di originalità<sup>266</sup>.

In proposito, giova subito ricordare che la dottrina ha prospettato in via parallela una declinazione oggettiva e soggettiva di entrambi i requisiti, optando poi per svariate combinazioni di esse<sup>267</sup>. Quella che si reputa più

---

<sup>264</sup> R.G. SCHRICKER, *Farewell to the «Level of Creativity» in German Copyright Law?*, op. cit., richiamato in R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., pp. 671-672.

<sup>265</sup> Non sembra condivisibile la teoria prospettata in v. C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2020, p. 171, secondo cui i requisiti di protezione per l'accesso alla protezione autoriale sarebbero invece la creatività e l'originalità, considerato che il carattere creativo rappresenta la macro-condizione per godere del diritto d'autore ed è scomposta nei due sotto-requisiti della novità e dell'originalità. Qualora si volesse accogliere l'interpretazione proposta dall'Autrice vi sarebbe un corto-circuito logico in quanto l'opera creativa (proprio perché soddisfa il requisito del carattere creativo che dovrebbe invece essere declinato nei suoi due sotto-requisiti della novità e dell'originalità) è sempre originale e pertanto non avrebbe senso richiedere nuovamente che essa soddisfi il requisito dell'originalità. Sarebbe sufficiente esigere che l'opera sia creativa. Si perviene dunque alla teoria supportata nel presente lavoro secondo cui un'opera soddisfi il carattere creativo soltanto qualora essa sia al contempo nuova e originale. Del pari, si è ben lontani dall'accezione di novità come genio creativo intesa da P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore*, op. cit., pp. 82-83, 184, la quale esclude proprio per tale ragione che la novità abbia una qualche rilevanza nell'accesso alla tutela autoriale.

<sup>266</sup> *Contra*, intendendo i due requisiti in senso cumulativo, v. J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., pp. 295. Tale tesi potrebbe attecchire in un ordinamento nel quale la funzione del diritto d'autore s'identifichi nell'incentivo a produrre nuove creazioni intellettuali, indipendentemente dal contributo personalistico dell'autore, come nell'ordinamento anglosassone di un tempo. Tuttavia, l'attuale impronta antropocentrica poggia su un parametro qualitativo che subordina la tutela alla capacità dell'autore di esprimersi attraverso la sua opera. In questa prospettiva, eventuali incontri fortuiti – per quanto rari possano essere – appaiono tollerabili purché siano effettivamente il risultato di processi creativi tra loro indipendenti.

<sup>267</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, op. cit., pp. 48-63, ove si ritiene che il requisito della novità soggettiva costituisca un presupposto necessario della creatività. Tuttavia, esso di fatto si sostanzia in una valutazione oggettiva in quanto il suo soddisfacimento avverrebbe ogniqualvolta l'autore sia in grado di «dar vita ad un *quid novi* che prima non esisteva». E proprio perché è necessario creare qualcosa di diverso rispetto al patrimonio culturale preesistente sembra più appropriato ritenere che la valutazione di novità si attesti sostanzialmente sul piano oggettivo, piuttosto che su quello soggettivo. L'Autore, quando si occupa in seguito del requisito della novità oggettiva, ritiene che la sua sussistenza costituisca un problema prevalentemente teorico in considerazione del fatto che sarebbe molto raro che due autori pervengano a due opere oggettivamente identiche. Ma nella realtà pratica, ove spesso le creazioni sono il frutto di rielaborazioni di più opere, non mancano casi limite in cui si discuta della novità di due artefatti molto simili. Inoltre, anche l'originalità

adeguata, ai fini del presente lavoro, considera la novità come la componente oggettiva e l'originalità come quella soggettiva.

L'adeguatezza di tale soluzione è corroborata da un'interpretazione sistematica a mente della quale il requisito di novità stabilito per ogni creazione intellettuale risulta essere adoperato trasversalmente in tutto il diritto della proprietà intellettuale<sup>268</sup> con una connotazione oggettiva<sup>269</sup>. Essa rispecchia anche il significato di solito attribuitole nel linguaggio comune, in base al quale la novità viene percepita come «La condizione o la qualità di essere nuovo, di essere cioè fatto, concepito o conosciuto per la prima volta o da poco, o di presentarsi in modo diverso da quello noto o usuale»<sup>270</sup>. Tale accezione sembra attagliarsi in modo opportuno anche nell'ambito del diritto

---

presenterebbe una doppia declinazione. Se essa venisse intesa in senso oggettivo, l'opera dovrebbe dirsi originale allorché si distingua dalle opere che l'hanno preceduta, ma appare evidente che tale ricostruzione appiattirebbe il requisito dell'originalità su quello della novità. Pertanto, si condivide l'accezione soggettiva di originalità proposta dall'Autore che propende ad attribuire ad un'opera il carattere dell'originalità qualora essa sia il frutto della «creatività» (*rectius*, discrezionalità artistica) degli elementi da cui è composta. Conformemente, nel senso che il carattere creativo di un'opera dell'ingegno postulerebbe che essa presenti un *quid novi*, cfr. V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, op. cit., p. 54; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, op. cit., p. 52; M. FABIANI, *Plagio inconscio e reminiscenze nella creazione di opera musicale*, in *Il Diritto di Autore*, 1965, pp. 429 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 705.

<sup>268</sup> A. MUSSO, voce «Proprietà industriale», in *Enciclopedia del diritto*, II-2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 877. Sul particolare atteggiarsi del requisito della novità nel marchio v. M. ARE, voce «Marchio», in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, il quale avverte che «Di "novità" in senso tecnico si parla, tuttavia, per indicare non tanto l'originalità del segno in termini assoluti o relativi, quanto l'assenza di uso di esso da parte di altri soggetti nella stessa funzione strumentale specifica prima del suo impiego da parte del soggetto che ne rivendica l'esclusiva come marchio».

<sup>269</sup> Si pensi, ad esempio, anche all'indiretto richiamo al requisito della novità presente nella disciplina riguardante le topografie di prodotti a semiconduttori, in cui all'art. 2 della direttiva 87/54/CE del 16 dicembre 1986, ove si condiziona la protezione della topografia alla circostanza che essa sia il risultato dello sforzo intellettuale del suo autore (requisito che sarà mutuato dal legislatore europeo sia nella direttiva software che nella direttiva database, v. *infra* par. 8-10) e che non sia comunemente conosciuta nell'industria dei semiconduttori. Nell'allora disciplina di recepimento italiana, l'art. 11 del d.lgs. 70/1989 demandava all'Ufficio Centrale Brevetti il compito di accertare se le topografie per le quali si chiedeva la registrazione risultassero o meno «dallo sforzo intellettuale creativo del loro autore», e soprattutto fossero o meno «comuni o familiari nell'ambito dell'industria dei prodotti a semiconduttori». Per interessanti approfondimenti sull'(allora) emananda legislazione, cfr. E. GIANNANTONIO, *La tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori*, CEDAM, Padova, 1990; A. MUSSO, *La tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori (Legge 19 febbraio 1989, n. 70)*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1990, pp. 26 ss; G. OLIVIERI, *La nuova legge sulla tutela dei «microchip»*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 1990, pp. 53-76; A. VANZETTI, *Una legge per tutelare l'hardware*, op. cit. Per considerazioni più recenti, cfr. A. MASSOLO, *Le topografie di prodotti a semiconduttori (microchip)*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, op. cit., pp. 721-730; G. DRAGOTTI, *Le topografie dei prodotti a semiconduttori*, in M. SCUFFI, G. FRANZOSI, *Diritto industriale italiano*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 871-892.

<sup>270</sup> Voce «Novità», Treccani, consultabile al seguente link: <https://www.treccani.it/vocabolario/novita/#:~:text=di%20novus%20C2%ABnuovo%C2%BB%5D.,%2C%20insolito%2C%20oppure%20>

d'autore, laddove intesa specificamente come l'idoneità dell'opera a distinguersi dal patrimonio artistico-culturale preesistente.

Si rende quindi necessario tener conto delle tecniche artistiche e/o scientifiche già sviluppatasi nello specifico settore di afferenza dell'opera indagata, non potendo stabilire dei parametri più dettagliati in considerazione dell'eterogeneità delle creazioni proteggibili e degli altrettanto eterogenei progressi nelle rispettive tecniche di produzione. Così, ad esempio, la valutazione di originalità di un romanzo sarà basata su un *acquis* ben diverso rispetto a quello raggiunto nel campo dei software oppure in quello delle opere cinematografiche<sup>271</sup>, dipendendo dal grado di affollamento del sottogenere a cui appartiene l'opera oggetto di scrutinio (v. *infra* Capitolo Quarto). Tendenzialmente, al maggiore affollamento di un comparto artistico o culturale corrisponde una maggiore tolleranza nei casi di riproduzione di elementi espressivi altrui, in quanto questi ultimi risultano giocoforza comuni (cd. *mainstream*) a quel comparto<sup>272</sup>. Di converso, nelle terre meno esplorate è richiesto ai futuri autori di apportare un contributo maggiormente creativo al fine di contraddistinguere in modo più nitido le proprie opere da quelle poche già esistenti. Ne consegue una conformazione a geometria variabile del perimetro di novità (e di riflesso di banalità) di un'opera, strettamente correlata all'*acquis* artistico-culturale dello specifico settore interessato.

Qualora poi sorgano dei dubbi in merito al fatto che la creazione non si differenzi in modo sufficiente da quelle già esistenti, spetterà poi al giudice eventualmente investito della controversia stabilire se ricorra o meno l'integrazione di un atto di plagio, attraverso una valutazione circa la prevalenza o meno degli elementi differenziali rispetto a quelli comuni e in quest'ultimo caso verificare se quelli comuni siano davvero originali in rapporto agli standard del campo artistico-culturale preso in esame<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> Tale valutazione presuppone necessariamente un giudizio di valore. Occorre segnalare che rispetto ad alcune tipologie di creazioni, come le fotografie e l'industrial design, vi sono degli indici valutativi (dalla spiccata soggettività) proposti dalla giurisprudenza e dalla dottrina che testimonierebbero in favore dell'originalità dell'opera indagata, tra cui in particolare l'esposizione della medesima in mostre o musei permanenti, il riconoscimento da parte degli ambienti culturali ed istituzionali, l'attribuzione di premi prestigiosi, la pubblicazione sui giornali e su riviste specializzate, la circostanza di essere stata "d'ispirazione" per opere successive. In tal senso, Cass. civ., sez. I, sent. n. 7477 del 23 marzo 2017, con nota di P.P. MUIÀ, *La riproduzione seriale del prodotto di industrial design non esclude il valore artistico dell'opera*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2017, pp. 237 ss. Conforme, Cass. civ., sez. I, sent. n. 23292 del 13 novembre 2015, con commento di A. FITTANTE, *Il valore artistico dell'industrial design: l'arresto della Cassazione*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2016, pp. 527 ss. *Amplius*, M. BOSSHARD, *La tutela dell'aspetto del prodotto industriale*, op. cit., pp. 72-73.

<sup>272</sup> In tal senso, con particolare riferimento al mercato delle app, v. A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., 116. In giurisprudenza v. Tribunale di Roma, sentenza del 2010, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, in cui si è esclusa l'originalità di un progetto di collaborazione culturale tra due Regioni italiane e l'Austria dal momento che gli interscambi culturali costituiscono dei modelli ormai diffusi in molteplici settori.

<sup>273</sup> Al riguardo v., tra i tanti, G. CASSANO, *Personaggi di fantasia e tutela autoriale: i limiti all'operatività del plagio evolutivo*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2019, pp. 564-579; M.S. SPOLIDORO, *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, op. cit.; G.L. BUCCIANI, *La Cassazione su plagio artistico e arte informale*, in

Per converso, il requisito dell'originalità risulta diversamente modulato – nel contenuto e nella terminologia – rispetto a tutti i principali titoli di proprietà intellettuale in ragione delle loro specifiche funzioni<sup>274</sup>. Con particolare riferimento al significato che esso assume nell'ambito del diritto d'autore<sup>275</sup>, non può ammettersi una sua accezione oggettiva in quanto equivarrebbe ad appiattare il requisito dell'originalità su quello di novità, entrambi sussistenti ogniqualvolta l'opera si discosti dalle creazioni già in circolazione<sup>276</sup>. Dunque, la distinzione tra novità e originalità non avrebbe ragion d'essere, venendosi a verificare una sostanziale corrispondenza tra i due requisiti.

Bisogna, quindi, privilegiare un'interpretazione soggettiva del requisito dell'originalità che, per quanto possibile, si riferisca al rapporto tra l'opera ed il suo autore. Secondo l'orientamento tradizionalmente affermato nei Paesi di *civil law*, l'originalità di un'opera sarebbe sussistente a condizione che essa sia il frutto della riconoscibile impronta personalistica del suo autore. Ma si è già avvertito *supra* che tale opzione ermeneutica, in quanto fortemente condizionata dalle percezioni puramente soggettive – e da eventuali *bias* – dell'interprete, mal si concilia con l'esigenza di certezza del diritto, oltre a risultare particolarmente fallace qualora l'autore abbia dato vita ad un'unica creazione.

Tuttavia, l'impiego da parte del legislatore di una clausola generale come quella del carattere creativo, ed in particolare nel suo nucleo dell'originalità (posto che l'esame novità è riconducibile a parametri ben più oggettivi), non può che obbligare l'interprete ad attingere a criteri intra ed extra-legali che si cercherà di individuare nel prosieguo di questo lavoro.

---

*La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, VII-VIII, 2018, pp. 983-993; A. COGO, *Il plagio d'opera musicale tra identità del testo e diversità del contesto*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2016, pp. 106-111; Z. ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, op. cit.

<sup>274</sup> Sul punto, si rinvia a A. MUSSO, voce «*Proprietà industriale*», op. cit., p. 878, il quale sintetizza il diverso significato che assume il requisito dell'originalità con specifico riferimento ai brevetti, ai marchi, alle varietà vegetali, alle indicazioni geografiche e alle denominazioni d'origine, nonché ai disegni e modelli. Resta fuori dalla citata trattazione l'esame sul senso con cui intendere il requisito dell'originalità nel diritto d'autore, testimoniando la fedeltà dell'Autore alla tradizionale accezione di proprietà industriale.

<sup>275</sup> Sull'importanza del requisito dell'originalità negli ordinamenti nazionali v. D.J. GERVAIS, *Feist Goes Global: A Comparative Analysis Of The Notion Of Originality in Copyright Law*, op.cit., pp. 970-973, in cui l'Autore esemplifica la rilevanza che storicamente ha assunto il requisito dell'originalità nel diritto d'autore richiamando il rapporto di Edoardo Piola Caselli presentato alla Conferenza di Roma del 1928 ove veniva prospettata l'esigenza che le opere cinematografiche rispettassero lo stesso requisito di originalità di cui dovevano essere munite tutte le altre opere dell'ingegno al fine di rientrare nell'ambito di tutela stabilita dal diritto d'autore. Esso è reperibile nel documento pubblicato dalla WIPO in occasione del centenario della Convenzione di Berna, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works from 1886 to 1986*, The International Bureau of Intellectual Property, Ginevra, 1986.

<sup>276</sup> L'alterità tra i due sotto-requisiti, unitamente all'esclusione della proteggibilità autoriale di qualunque attività lavorativa, riecheggia nelle parole di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 706, in cui l'illustre giurista osserva che «l'esigenza di originalità e novità torna a dimostrare l'impossibilità di riporre la giustificazione della tutela direttamente nel lavoro, laddove essa ha invece come presupposto l'apporto creativo, indipendentemente dallo sforzo che vi ha presieduto».

Nonostante il consapevole margine d'imprecisione, basti qui rilevare che il requisito di originalità può ritenersi adempiuto allorché l'opera indagata sia il risultato dell'arbitrarietà espressiva dell'autore<sup>277</sup> idonea a veicolare un determinato messaggio<sup>278</sup>. In altre parole, tale condizione si avvererebbe nel caso in cui il soggetto (presumibilmente) creativo abbia potuto compiere delle scelte discrezionali non imposte dal risultato prestabilito che gli consentano di esprimere una personale rappresentazione della realtà<sup>279</sup>. L'ampiezza del margine di discrezionalità richiesto andrebbe misurata in relazione al patrimonio culturale già acquisito nello specifico ambito creativo prescelto.

Rispetto ai generi sovraffollati, si realizza una sorta di volgarizzazione di alcuni elementi precedentemente considerati come originali, i quali di conseguenza cadono nel pubblico dominio, riducendo così il rischio di esposizione ad accuse di plagio, unitamente al livello di discrezionalità necessario per accedere alla protezione autoriale. L'autore posteriore dovrà semplicemente dimostrare che gli elementi copiati sono ormai inflazionati nel genere artistico-culturale interessato.

Di converso, qualora si tratti di generi poco esplorati, risulta doveroso per l'autore adottare scelte stilistiche che dimostrino un cospicuo distanziamento rispetto alle opere già esistenti onde evitare il rischio – più plausibile – di integrazione degli estremi del plagio dal momento che la successiva opera non potrebbe che essere ispirata alle poche già in circolazione.

Dunque, in un primo tentativo di approssimazione, può ragionevolmente desumersi che l'opzione esegetica preferibile riguardo all'esame sul carattere creativo di un'opera dell'ingegno richieda un accertamento circa la sua originalità, la quale costituisce un requisito complesso in cui assume rilievo la novità. Quest'ultima deve essere interpretata in senso oggettivo, per tale intendendosi l'idoneità dell'opera a distinguersi dal *cd. stato dell'arte*, comprendente gli elementi tradizionalmente elementari/banali al pari di quelli divenuti tali in un momento successivo per effetto della "popolazione" del particolare segmento artistico/culturale al quale la creazione afferisce. Di converso, l'originalità deve essere intesa in senso parzialmente soggettivo, coincidente con la capacità dell'opera a risultare il frutto di una serie più o meno ampia di scelte espressive discrezionali dalle quali può evincersi un determinato significato e

---

<sup>277</sup> Tale ricostruzione rispecchia l'elaborazione europea del requisito di originalità, come anche attestato da G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 387.

<sup>278</sup> Si sofferma su tale aspetto J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 295, il quale propone il noto esempio del barattolo di zuppa Campbell's che, da barattolo su uno scaffale di un qualsiasi supermercato si trasforma in opera dell'ingegno per effetto dell'elaborazione creativa dell'autore (in tal caso Andy Warhol) volta a darne un preciso senso.

<sup>279</sup> *Ivi*, p. 296, ove viene perorata l'interessante tesi secondo cui il carattere creativo si annida «nello scarto esistente tra l'aspetto reale del bene tutelato e l'opera realizzata, nella mediazione dell'autore, nel modo individuale in cui decide di rappresentarla, nell'autonoma aggiunta (*quid pluris*) rispetto ad un oggetto che già esiste fenomenicamente».

può eventualmente – ma non necessariamente – ricavarsi la provenienza da un determinato autore.

### **3.1 (Segue) La comunanza valutativa nel diritto dei disegni o modelli**

Un accertamento molto simile sembra essere richiesto ove si voglia svolgere un'analisi parallela con la disciplina dei disegni o modelli. Invero, da una lettura combinata degli artt. 32, 33 del c.p.i, può ragionevolmente evincersi che l'interpretazione ivi proposta dei requisiti di novità e di originalità in tema di diritto d'autore possa essere trasversalmente applicata anche rispetto a questi ultimi diritti di privativa.

Per l'appunto, la prima disposizione è dedicata al requisito di novità, affermandone la sussistenza qualora il disegno o modello non sia identico ad un disegno o modello già divulgato anteriormente alla domanda di registrazione. L'art. 33 c.p.i. concerne invece il carattere individuale del disegno o modello (l'equivalente dell'originalità nel diritto d'autore), la cui positiva valutazione dipende dalla circostanza che l'impressione generale suscitata nell'utilizzatore informato differisca dall'impressione suscitata in tale utilizzatore da qualsiasi disegno o modello che sia stato divulgato prima della data di presentazione della domanda di registrazione<sup>280</sup>. Carattere dirimente in tale verifica assume il margine di libertà di cui l'autore ha beneficiato nel realizzare il disegno o modello oggetto di scrutinio, come stabilito dal secondo comma della medesima disposizione.

Pertanto, i parametri tipizzati dal legislatore italiano per la registrazione di un disegno o di un modello avvalorano la tesi qui proposta secondo la quale il requisito della novità debba essere inteso in senso oggettivo, ovvero come l'idoneità del disegno o modello a distinguersi dal cd. stato dell'arte, mentre il requisito soggettivo del carattere individuale debba ritenersi soddisfatto allorché l'autore abbia espresso scelte libere e creative nella realizzazione del disegno o modello indagato, a prescindere da una sua distinguibile impronta personalistica. Vi sarebbe così una sostanziale somiglianza tra i requisiti di registrazione come privativa industriale e quelli per l'ottenimento dell'esclusiva autoriale.

Inoltre, giova precisare che nel diritto italiano si è consolidato l'orientamento secondo cui la tutela cumulativa del diritto d'autore può essere attribuita soltanto qualora la componente artistica sia scindibile da quella

---

<sup>280</sup> *Amplius*, A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 18-19. Inoltre, l'Autore a pp. 24-25, richiamando G. GUGLIEMMETTI, *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, UTET, Torino, 1982, constata l'interessante somiglianza del requisito di originalità previsto per le opere dell'ingegno rispetto a quello stabilito per le topografie dei prodotti a semiconduttori. Invero, l'art. 88 c.p.i. subordina la tutela industriale alla condizione che la topografia risulti dallo sforzo intellettuale creativo del suo autore (il quale riecheggia il requisito della creazione intellettuale propria dell'autore) che non sia comune o familiare nell'ambito dell'industria dei prodotti a semiconduttori. In questa prospettiva, si potrebbe ipotizzare di trasporre il metro di originalità applicato alle creazioni utili affini ai prodotti a semiconduttori, quali i programmi per elaboratore e le banche dati (v. *infra* Capitolo Secondo).

industriale, in conformità a quanto stabilito nella precedente formulazione dell'art. 2, let. 4), l.d.a., in base al quale la tutela delle opere applicate all'industria era ammessa «sempreché il loro valore artistico sia scindibile dal carattere industriale del prodotto al quale sono associate»<sup>281</sup>.

Tale orientamento si è evoluto con la direttiva 98/71/CE che ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di introdurre la tutela autoriale per le opere dell'industrial design, ammettendo espressamente la possibilità di cumulo tra il diritto d'autore ed il diritto di privativa come disegno o modello. In proposito, l'art. 17 della direttiva rimetteva agli Stati membri il compito di determinare le condizioni alle quali è concessa anche la tutela autoriale, compreso il grado di originalità che il disegno o modello deve possedere.

Così, durante il recepimento nell'ordinamento italiano, per effetto del d.lgs. del 2 febbraio 2001, n. 95, il legislatore ha dedicato una norma *ad hoc* per la protezione delle opere del disegno industriale, ovvero l'art. 2, n. 10), l.d.a., subordinandone la protezione alla condizione che esse «presentino di per sé carattere creativo e valore artistico».

L'espressa previsione dell'inciso "valore artistico", assente nelle altre tipologie di opere dell'ingegno, ha condotto la giurisprudenza italiana a riconoscere la tutela autoriale soltanto previo accertamento di uno standard di originalità tendenzialmente superiore rispetto a quello mediamente attestato per le altre opere dell'ingegno, cercando di ancorare tale valutazione ad indici quanto più obiettivi, quali ad esempio la comparsa su riviste specialistiche, la presenza in musei, l'attribuzione di premi, il riconoscimento da parte di determinati gruppi culturali. Ciò ha determinato l'attribuzione della tutela autoriale soltanto alle opere di design iconiche in grado di soddisfare tali indici<sup>282</sup>.

Tuttavia, l'autonomia normativa (e giurisprudenziale) degli Stati membri sulle condizioni di protezione delle opere del disegno industriale sembra essere stata consistentemente erosa per effetto della sentenza della CGUE nel caso *Flos S.p.A. c. Semeraro Casa e Famiglia S.p.A.*<sup>283</sup>, con la

---

<sup>281</sup> Cass. civ., sez. I, sent. del 7 dicembre 1994, n. 10516, con cui si è negata la tutela autoriale della *chaise long* di Le Corbusier per l'affermata impossibilità di scindere l'apporto artistico rispetto a quello funzionale negli oggetti tridimensionali. In proposito, si richiama per tutti il commento di M. FABIANI, *Ancora sulla "chaise-longue" di Le Corbusier tra arte applicata e industrial design*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1996, pp. 410 ss. Per una ricostruzione del passaggio nella l.d.a. dal requisito della scindibilità a quello del valore artistico v. G. FLORIDIA, *Il cumulo*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit., pp. 358-363, nonché la ricca bibliografia citata.

<sup>282</sup> Si richiama in proposito la sentenza del Tribunale di Milano del 22 novembre 2017, n. 11766, ove si è negato il valore artistico ai fini del diritto d'autore della poltrona "Pitagora Theater System" prodotta da Poltrona Frau proprio per la mancata dimostrazione di quegli indici oggettivi a cui la giurisprudenza italiana subordina la protezione autoriale delle opere dell'industrial design.

<sup>283</sup> CGUE del 27 gennaio 2011, Causa C-168/09, *Flos S.p.A. c. Semeraro Casa e Famiglia S.p.A.*, EU:C:2011:29. Al riguardo, si richiama l'approfondito commento che evidenzia l'imprevedibilità della politica di armonizzazione europea attraverso l'operato della CGUE proposto da L. BENTLY, *The Return of Industrial Copyright?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, X, 2012, pp. 654-672, ed il ricco apparato bibliografico a cui si rinvia.



quale è stata sancita l'incompatibilità di ogni norma nazionale che renda inopponibile per un certo periodo la protezione autoriale dei disegni e modelli (nel caso di specie si trattava della nota lampada "Arco") divenuti di pubblico dominio anteriormente all'entrata in vigore di tale normativa.

La CGUE ha proseguito nel livellamento del requisito di originalità delle opere del disegno industriale con le due sentenze *Cofemel* e *Brompton Bicycle* (v. *infra* par. 4.2), escludendo che la tutela autoriale venga riservata soltanto alle opere iconiche.

Dunque, sembra ragionevole ritenere che il fine ultimo dell'attività di armonizzazione giurisprudenziale europea sui requisiti di accesso alle opere del disegno industriale sia quello di eguagliare il gradiente di originalità richiesto per queste tipologie di creazioni intellettuali rispetto a quello tipico delle altre opere dell'ingegno, in barba all'autonomia normativa sulle condizioni di accesso stabilite all'art. 17 della direttiva 98/71/CE<sup>284</sup>.

#### **4. Le manovre europee di progressiva armonizzazione del requisito di originalità**

Nel diritto italiano, il significato da attribuire al requisito del carattere creativo di un'opera dell'ingegno è stato per lungo tempo riservato agli organi legislativi e (soprattutto) giurisprudenziali interni. Sennonché, l'adesione dell'Italia all'allora Comunità Europea (CE), oggi Unione Europea (UE), unitamente alla ratifica di svariate convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore, prima fra tutte la Convenzione di Berna (v. *infra* par. 5), ha determinato giocoforza una parziale rinuncia all'esclusiva sovranità sulle materie oggetto di armonizzazione<sup>285</sup>, in conformità agli artt. 11, 117 Cost.

---

<sup>284</sup> Sul punto v. A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli, 2018, p. 79, il quale ritiene che il più alto livello di protezione richiesto per le opere del design industriale rispetto alle altre opere dell'ingegno determini un'ingiustificata disparità di trattamento in spregio agli artt. 3, 32 Cost.

<sup>285</sup> Il percorso di "accettazione" del primato del diritto europeo rispetto a quello nazionale non è stato affatto immediato. Il primo evidente dissidio tra la Corte costituzionale italiana e la CGUE si manifesta nella decisione del noto caso *Costa c. ENEL*, in cui la Corte Costituzionale, con sentenza del 7 marzo 1964, n. 14, aveva affermato che l'eventuale contrasto tra le leggi ordinarie di ratifica delle norme europee e le eventuali leggi successive incompatibili andasse risolto secondo il principio *lex posterior derogat priori*. Al contrario, la CGUE, con sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, ha evidenziato la preminenza dell'allora diritto comunitario al fine di evitare che leggi interne posteriori ostacolino l'attuazione dei Trattati europei e creino discriminazioni tra gli Stati membri. Successivamente, la Corte costituzionale, con la sentenza del 30 ottobre 1975, n. 232, ha fatto un passo indietro, ritenendo che le leggi successive interne incompatibili con il diritto europeo debbano essere dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale. Anche tale pronuncia è stata censurata dalla CGUE con la sentenza *Simmmenthal* del 9 marzo 1978, causa 106/77, EU:C:1978:49, ove si è affermato l'obbligo per il giudice nazionale di garantire la piena efficacia delle norme interne incompatibili con il diritto europeo attraverso la loro disapplicazione senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Il passo decisivo è stato compiuto dalla Corte costituzionale con la sentenza *Granital* dell'8 giugno 1984, n. 170, nella quale ha dichiarato che la legge statale successiva contrastante con le norme europee direttamente applicabili deve essere disapplicata dal giudice comune. Per ulteriori approfondimenti si

In particolare, a livello europeo, il fondamento giuspolitico degli svariati interventi sovranazionali nell'ambito del diritto d'autore si evince da una combinata lettura dell'art. 3, par. 4, del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e degli artt. 114, 118, 207, 352 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)<sup>286</sup>.

Invero, l'art. 118 del TFUE prevede la possibilità di creazione di titoli europei che possano garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale (ivi incluso il diritto d'autore) e permettano di istituire dei regimi centralizzati di controllo dei medesimi. Tale disposizione è stata oggetto di un acceso dibattito politico ed accademico riguardante proprio la costituzione di un titolo unico europeo sul diritto d'autore (v. *infra* par. 4.1). Inoltre, un secondo indizio che depone in favore della potestà europea di ingerenza nella suddetta materia è rintracciabile all'art. 207 del TFUE, nella parte in cui attribuisce all'UE il potere di determinare la politica commerciale comune nei confronti di Stati terzi, considerato che quest'ultima si compone anche degli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale. È evidente che l'esercizio di tale potere vincoli gli Stati membri a conformare le loro politiche rispetto all'indirizzo stabilito a livello europeo.

Tuttavia, le principali norme di riferimento dalle quali poter desumere la legittimazione europea a legiferare in materia di diritto d'autore sono quelle disciplinanti le misure ordinarie e speciali di ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri, previste rispettivamente agli artt. 114 e 352 del TFUE. Le menzionate misure devono essere finalizzate alla creazione e al funzionamento di un mercato unico nel quale siano assicurate le quattro libertà fondamentali di circolazione (delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali), ex art. 26 del TFUE, garantendo al contempo il perseguimento degli obiettivi enucleati all'art. 3, par. 4, del TUE, tra cui figura specialmente quello di vigilare sulla salvaguarda e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo.

In questa prospettiva, l'esigenza di un'omogeneizzazione delle opere idonee a costituire il suddetto patrimonio culturale ha portato alla progressiva adozione di molteplici atti di *soft law* e *hard law* aventi l'effetto, *inter alia*, di allargare il perimetro delle opere tutelabili, nonché di stabilire, soltanto per alcune di esse, la corretta interpretazione da attribuire al dibattito carattere creativo.

#### **4.1 (Segue) L'armonizzazione verticale nell'*acquis communautaire* normativo e l'ambiziosa proposta di codificazione**

---

rinvia a U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Cacucci, Bari, 2020, pp. 449 ss.

<sup>286</sup> *Amplius*, A. RAMALHO, *The competence and rationale of EU copyright harmonization*, in E. ROSATI (a cura di), *Routledge Handbook of EU Copyright Law*, op. cit.; IDEM, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking. A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonization*, Springer, Cham, 2016; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, op. cit., pp. 56-70, ed il ricco apparato bibliografico citato.

Con riguardo all'oggetto – anche inteso come ampiezza orizzontale – del diritto d'autore, il processo di armonizzazione legislativa a livello europeo consta soltanto di due direttive (tre, ove si consideri che una di esse è stata aggiornata circa un ventennio dopo) che integrano le categorie di opere dell'ingegno che gli Stati membri devono tutelare<sup>287</sup>. Esso è cominciato con la direttiva 91/250/CE (sostituita dalla direttiva 2009/24/UE), conosciuta convenzionalmente come la “direttiva software”, con la quale si è imposto l'obbligo a carico degli Stati membri – qualora non lo avessero già fatto – di estendere la tutela autoriale in favore di una tipologia di creazione molto eterogenea rispetto alle opere dell'ingegno intese nella loro tradizionale accezione, ovvero i programmi per elaboratore. Il fine principale della direttiva era quello di fissare uno standard minimo uniforme di protezione per i software così da poter assicurare il buon funzionamento del corrispondente mercato all'interno del territorio europeo<sup>288</sup> (su cui v. *infra* par. 8).

Successivamente, il catalogo delle opere annoverabili nel patrimonio culturale dell'UE si è ulteriormente arricchito a seguito della direttiva 96/9/CE, anche nota come la “direttiva database”, per mezzo della quale si è prescritto l'obbligo a carico degli Stati membri di estendere il perimetro della tutela autoriale a favore delle banche dati. In modo analogo rispetto ai programmi per elaboratore, la ragione alla base dell'instaurazione di un regime giuridico armonizzato coincideva con l'obiettivo di garantire il miglior funzionamento del mercato delle banche dati nello spazio europeo<sup>289</sup> (v. *infra* par. 7).

Il processo di armonizzazione legislativa – oltre che giurisprudenziale (su cui v. *infra* par. 4.2) – ha parimenti interessato la definizione del requisito dell'originalità (la cd. ampiezza verticale del diritto d'autore), generando alcuni dubbi interpretativi di non facile soluzione.

In particolare, occorre segnalare che l'intervento uniformatore europeo su tale aspetto del diritto d'autore è stato parziale – ci si riferisce

---

<sup>287</sup> Nelle fonti europee non è presente un elenco specifico delle opere tutelabili dal diritto d'autore – a differenza delle fonti domestiche (v. *supra* par. 3) e di quelle internazionali (v. *infra* par. 5) –, considerato che l'area di intervento del legislatore europeo si è circoscritta alle creazioni sulle quali sussistevano maggiori divergenze di protezione. In proposito, l'art. 1.1, parr. 1, 2, della proposta per un codice europeo in materia di diritto d'autore (v. *infra*) si propone di colmare tale vuoto normativo mediante l'indicazione delle principali opere tutelabili, esprimendosi nei seguenti termini: «Copyright subsists in a work, that is to say, any expression within the field of literature, art or science in so far as it constitutes its author's own intellectual creation. The following in particular are regarded to be within the field of literature, art or science within the meaning of this article: (i) written or spoken words, (ii) musical compositions, (iii) plays and choreographies, (iv) paintings, graphics, photographs and sculptures, (v) films, (vi) industrial and architectural designs, (vii) computer programs, (viii) collections, compilations and databases». Tale elenco ricomprende sostanzialmente le stesse opere indicate all'art. 2, l.d.a., seppur sistematizzate in un numero inferiore di macro-categorie.

<sup>288</sup> Come evidenziato nel Considerando n. 4 della direttiva 91/250/CE, le «[d]ifferenze esistenti nella tutela giuridica dei programmi per elaboratore conferita dalle leggi degli Stati membri hanno effetti diretti e negativi sul funzionamento del mercato comune dei programmi per elaboratore e l'assenza di un'armonizzazione europea potrebbe aggravare tali differenze a seguito dell'introduzione di nuove normative in materia da parte degli Stati membri».

<sup>289</sup> Considerando n. 2 della direttiva 96/9/CE.

comunemente all'armonizzazione verticale europea – dal momento che esso ha riguardato soltanto alcune opere protette dal diritto d'autore, investendo specificamente, in ordine cronologico, i programmi per elaboratore<sup>290</sup>, le fotografie<sup>291</sup> e le banche dati<sup>292</sup>. Rispetto a queste tre tipologie di creazioni, le rispettive direttive hanno stabilito che la proteggibilità (e la presupposta originalità) dell'opera sussista allorché essa costituisca, letteralmente, la «creazione dell'ingegno propria del suo autore»<sup>293</sup>.

Sorgono, dunque, almeno due questioni: (i) quale sia l'esatto significato di una definizione che ben si presta a riflessioni tautologiche, (ii) se tale definizione, e chiaramente la sua interpretazione, abbia una portata applicativa limitata al dato positivo, e dunque alle tre tipologie di creazioni espressamente disciplinate, o se invece possa essere adottata un'interpretazione estensiva che ne dilati l'applicazione alle restanti opere dell'ingegno.

Con riguardo alla questione (i), fatta eccezione per le opere fotografiche, rispetto alle quali viene espressamente precisato che il loro carattere originale dipende dalla loro idoneità a rispecchiare la personalità dell'autore<sup>294</sup>, non si riscontrano analoghe o ulteriori indicazioni normative riferite alle altre tipologie di opere dell'ingegno. Il vuoto legislativo è stato poi colmato dai plurimi interventi giurisprudenziali attraverso i quali la CGUE ha più volte fornito dei chiarimenti ermeneutici funzionali a specificare il senso del menzionato requisito rispetto alle opere diverse da quelle fotografiche (v. *infra* par. 4.2).

Rispetto alla questione (ii), potrebbe ipotizzarsi la tesi di avvalorare un'interpretazione strettamente letterale del dato positivo europeo inerente il requisito di originalità. Da essa conseguirebbe che la portata applicativa della cd. *author's own intellectual creation* andrebbe circoscritta soltanto alle tre tipologie di creazioni espressamente disciplinate. Tale concezione potrebbe far perno sulla mancanza di un fondamento costituzionale europeo che attribuisca all'UE il potere di definire il requisito di originalità rispetto alle tipologie di opere diverse da quelle oggetto di armonizzazione, lasciando così a ciascuno Stato membro la possibilità di scegliere discrezionalmente il proprio standard di originalità in conformità alle tradizioni giuridiche consolidate negli anni.

Convenendo in via generale di intendere il requisito di novità di una creazione come la sua idoneità a differenziarsi rispetto alle opere preesistenti, questa tesi è sintetizzabile nella seguente tabella:

---

<sup>290</sup> Direttiva 91/250/CE, art. 1, par. 3, sostituita dalla direttiva 2009/24/UE, art. 1.

<sup>291</sup> Direttiva 93/98/CE, art. 6, sostituita dalla direttiva 2006/116/CE, art. 6.

<sup>292</sup> Direttiva 96/9/CE, art. 3, par. 1.

<sup>293</sup> Così tradotta rispetto alla versione anglosassone che si riferisce alla «*author's own intellectual creation*».

<sup>294</sup> Direttiva 93/98/CE, Considerando n. 17: «[u]n'opera fotografica ai sensi della convenzione di Berna deve essere considerata originale se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore e rispecchia la personalità di quest'ultimo, indipendentemente da qualsiasi altro criterio quale il pregio o lo scopo». Analoga previsione è prevista nella vigente direttiva 2006/116/CE, Considerando n. 16.

<b>Il carattere creativo delle opere dell'ingegno nell'acquis communautaire legislativo (tesi restrittiva)</b>			
	<b>Novità</b>	<b>Originalità</b>	
	<b>Differenza dalle opere preesistenti</b>	<b>Creazione intellettuale propria dell'autore (?)</b>	<b>Idoneità a rispecchiare la personalità dell'autore (?)</b>
<b>Software</b>	si	si	no
<b>Fotografie</b>	si	si	si
<b>Banche dati</b>	si	si	no
<b>Altre opere</b>	si	?	?

Così, il silenzio del legislatore europeo sulle altre tipologie di opere andrebbe reputato come un indice sintomatico della volontà di escluderle dall'applicazione del significato di originalità specificamente previsto per i software, le fotografie e i database. Ed infatti, l'assenza di una presa di posizione sembrerebbe in realtà una scelta voluta, specialmente ove si consideri il documento di lavoro redatto dallo staff della Commissione dell'UE sulla revisione del quadro legislativo europeo in materia di diritto d'autore<sup>295</sup>, in cui si attesta a chiare lettere che al di fuori delle tipologie di creazioni il cui requisito di originalità è stato espressamente regolato in ragione della loro peculiare funzione tecnica, gli Stati membri restano assolutamente liberi nella definizione del gradiente minimo di originalità necessario per ottenere la tutela autoriale<sup>296</sup>.

Nello stesso rapporto si è evidenziato, peraltro, che l'armonizzazione europea del requisito di originalità costituisca una questione molto dibattuta, ritenendo, sul piano teorico, che un gradiente di originalità differenziato tra gli Stati membri costituisca una potenziale barriera al buon funzionamento del mercato di tutte le opere dell'ingegno. Ciononostante, sul piano pratico, non vi sarebbe alcuna evidenza che supporti tale ipotesi. Facendo fede al rapporto, questa sarebbe la ragione per la quale l'armonizzazione del requisito

<sup>295</sup> Tradotto dalla versione originale *Commission Staff Working Paper on the Review of the EC Legal Framework in the field of copyright*, 23 luglio 2004, SEC(2004)995.

<sup>296</sup> Tale orientamento rispecchia le considerazioni già espresse nel Libro Verde pubblicato dalla Commissione europea il 19 luglio 1995, *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione* (tradotto dal titolo originario *Copyright and Related Rights in the Information Society*), COM(95) 382, par. 2, secondo cui «“Originality” is everywhere a condition of the right to protection; but the assessment of originality has hitherto been a matter of national law, except in a few areas where there has been harmonization in the Community, such as software and photographs». Da queste parole traspare la volontà del legislatore europeo di procedere ad un'armonizzazione parziale del requisito di originalità, lasciando ai legislatori nazionali il potere di dettare criteri differenti per le tipologie di creazioni non espressamente disciplinate. Ben diverse saranno le intenzioni della CGUE che dedicherà numerose sentenze ad un'armonizzazione generalizzata – anche aggettivata come orizzontale – di tale requisito (v. *infra* par. 4.2). Inoltre, il par. 2 del Libro Verde prosegue nell'affermazione della rilevanza del requisito di originalità ai fini di una corretta distinzione fra opere tutelabili, non tutelabili e plagiarie, dovendo tener conto del fatto che ormai le nuove opere sono sempre più spesso il frutto di una combinazione rielaborata di opere già esistenti, come rilevato *supra* par. 2.3, «The new products and services are most often the result of adaptations or interpretations of existing works. It has to be asked, therefore, to what extent the results satisfy the traditional tests of protectability, to what extent these new products and services qualify for protection at all, and what the consequences will be for the system of copyright and related rights».

di originalità è stata limitata alle opere autoriali tecnologiche, quali i programmi per elaboratore e le banche dati.

In altre parole, la parzialità dell'azione europea sul requisito di originalità sarebbe dovuta all'assenza di prove da cui poter desumere che la sua mancata armonizzazione omnicomprensiva riguardo a tutte le opere dell'ingegno possa ostacolare il buon funzionamento del mercato europeo delle opere attualmente escluse, come ad esempio quelle letterarie, musicali, coreografiche e cinematografiche<sup>297</sup>.

La tesi dello staff della Commissione europea non risulta del tutto convincente.

Occorre anzitutto precisare che l'armonizzazione del requisito di originalità non è stata circoscritta solamente ai software e ai database in quanto essa ha anche interessato le opere fotografiche, le quali tendenzialmente si connotano per una componente prevalentemente artistica piuttosto che tecnica o tecnologica. Sarebbero peraltro assenti le evidenze del pregiudizio al buon funzionamento del mercato europeo delle opere fotografiche causato dall'assenza di un'armonizzazione del loro requisito di originalità.

In proposito, il Considerando n. 17 della direttiva 93/98/CE (casualmente non confluito nella successiva direttiva 2006/116/CE) si limitava soltanto ad affermare che la necessità di definire espressamente un comune livello di originalità per le opere fotografiche fosse giustificata dall'esigenza di conseguire un'armonizzazione sufficiente sulla loro durata di protezione, in particolare di quelle che per la loro natura artistica o professionale avessero rilievo nell'ambito del mercato interno, così da differenziarle rispetto alle fotografie, la cui protezione è invece affidata alle legislazioni nazionali.

Si evince così l'esistenza di un collegamento tra due aspetti che si pongono su piani diversi, l'uno attestandosi sulla soglia di accesso alla tutela, l'altro, invece, sulla durata del diritto patrimoniale eventualmente accordato. L'esigenza di armonizzazione di entrambi gli aspetti muove dall'obiettivo di

---

<sup>297</sup> *Commission Staff Working Paper on the Review of the EC Legal Framework in the field of copyright*, p. 13, «The notion of originality is one of the key concepts in copyright law and forms part of the underlying justification for the statutory system of copyright protection for authors. Originality corresponds to the independent creativity of the author as reflected in his or her literary or artistic creation. Up to now, the notion of originality has not been addressed in Community legislation in a systematic manner [...]. On these occasions, the Community legislator has considered it necessary to take account of the special features or the special technical nature of the category of work in question. These special cases aside, Member states remain free to determine what level of originality a work must possess for granting it copyright protection [...]. Whether the requirement of originality should be harmonised regarding all types of works remains a debated issue. *In theory, divergent requirements for the level of originality by Member States have the potential of posing barriers to intra-Community trade. In practice, however, there seems to be no convincing evidence to support this.* The Community harmonisation was needed, and has been enacted, with respect to technology-related categories of works, notably computer programs and databases. However, *there are no indications that the lack of harmonisation of the concept of originality would have caused any problems for the functioning of the Internal Market with respect to other categories of works, such as compositions, films or books. Therefore, legislative action does not appear necessary at this stage*» [corsivo aggiunto].

creare un quadro normativo omogeneo per la tutela delle opere fotografiche, che non sarebbe raggiungibile ove si armonizzasse soltanto la durata o soltanto il requisito di originalità. Ciò in considerazione del fatto che prima ancora di intervenire sulla conformazione dei diritti patrimoniali occorre anzitutto definire i requisiti per l'accesso a quei diritti patrimoniali.

Non si comprende allora la ragione per cui questa condivisibile filosofia non impronti anche tutte le restanti opere dell'ingegno. Come si legge dal Considerando n. 11 della direttiva 93/98/CE, l'obiettivo di realizzare un livello di protezione elevato per le opere dell'ingegno che risponda tanto alle esigenze del mercato interno quanto alla necessità di creare un quadro normativo favorevole allo sviluppo armonioso della creatività letteraria e artistica passa soltanto attraverso l'armonizzazione della durata di protezione, sancendo il comune termine di settant'anni *post mortem auctoris*<sup>298</sup>, senza (pre)occuparsi dell'uniformazione del requisito di originalità.

Sicché, ragioni di coerenza sistematica porterebbero a ritenere che la definizione più dettagliata del requisito di originalità prevista per le opere fotografiche possa estendersi a tutte le opere la cui durata è stata armonizzata della direttiva in discorso, nel nome del buon funzionamento del mercato comune delle opere dell'ingegno.

Tuttavia, si potrebbe obiettare che la fissazione di un più preciso requisito di originalità stabilito *ad hoc* per le opere fotografiche sarebbe in realtà finalizzato a distinguere le opere fotografiche, tutelate dal diritto d'autore, rispetto alle fotografie semplici, diversamente protette dal diritto connesso, la cui durata è ridotta a vent'anni, ai sensi dell'art. 92, l.d.a.<sup>299</sup>. A

---

<sup>298</sup> Direttiva 93/98/CE, art. 1 (la stessa disposizione è poi confluita nell'art. 1 della direttiva 2006/116/CE). Il termine di durata è stato esteso rispetto all'iniziale termine minimo di cinquant'anni, previsto dall'art. 7 della Convenzione di Berna, al fine di adeguare l'obiettivo di garantire l'esclusivo sfruttamento dei diritti patrimoniali dell'autore in favore dei suoi eredi appartenenti alle due successive generazioni rispetto all'allungamento della vita media dei cittadini europei. *Amplius*, P. AUTERI, *Il contenuto del diritto di autore*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit., pp. 712-714. In senso critico, lamentando la vaghezza delle *rationes* a fondamento della novella europea in discorso v. A. EMILIANIDES, *The author revived: harmonisation without justification*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 26, XII, 2004, pp. 538-541. Come rilevato in E. ROSATI, *Originality in EU Copyright*, op. cit., p. 51, richiamando M. LANDES, R. POSNER, *The economic structure of intellectual property*, op. cit., p. 238, l'estensione del termine di durata del diritto d'autore non troverebbe alcun fondamento economico dal momento che alcuni studi empirici dimostrano che, una volta trascorsi ventotto anni, la maggior parte dei diritti patrimoniali d'autore residuano di un valore alquanto marginale. Pertanto, l'estensione si tradurrebbe in un blocco nell'accesso alla cultura al quale non corrisponde il contrappeso dell'incentivo a realizzare nuove creazioni.

<sup>299</sup> Sulla travagliata storia della tutela giuridica degli scatti fotografici tra diritto d'autore e diritto connesso, pervenendo ad una coesistenza del doppio binario di protezione avente ad oggetto rispettivamente le opere fotografiche (inizialmente non contemplate nella prima versione della l.d.a., essendovi riconosciuto soltanto il diritto connesso) e le fotografie a seguito delle modifiche introdotte dal d.P.R. n. 19, dell'8 gennaio 1979, cfr. A. AVANZI, *Osservazioni in tema di opera fotografica e fotografia*, op. cit.; F. SERPIERI, *Il carattere creativo delle opere fotografiche*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2002, pp. 136 ss.; C. ANGELINI, *Fotografia ed opera fotografica*, in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 276 ss.; L.C. UBERTAZZI, *La protezione delle fotografie in Italia*, in *Il Diritto di Autore*, 1988, pp. 52 ss.; P. AUTERI, *Problemi di protezione della fotografia e dell'opera fotografica*, *ivi*, pp. 160 ss.;

tale obiezione potrebbe controbattersi che la puntualizzazione del requisito di originalità – intesa per le fotografie come l’espressione della creazione intellettuale dell’autore rispecchiante la sua personalità<sup>300</sup> –, così come ha efficacia dirimente per collocare uno scatto fotografico nell’esatto regime di tutela giuridica tra diritto d’autore e diritto connesso, verrebbe parimenti in soccorso anche per tutte le altre tipologie di opere dell’ingegno ove risulti carente una tutela, per così dire, “di serie b”. Tale parametro sarebbe infatti utile per discernere correttamente le opere tutelate dal diritto d’autore rispetto a quelle escluse, non essendoci un livello intermedio di protezione.

Peraltro, l’esigenza di un’armonizzazione integrale del requisito di originalità non verrebbe meno quand’anche si escludesse il collegamento fra la durata della protezione e i requisiti di accesso alla tutela. In particolare, sembra che le evidenze relative al pregiudizio causato al mercato interno, richiamate dallo staff della Commissione europea per legittimare il parziale intervento di uniformazione del requisito di originalità, difettino senz’altro rispetto alle opere fotografiche e non sarebbero nemmeno chiaramente appurate riguardo ai programmi per elaboratore e alle banche dati<sup>301</sup>. Potrebbe quindi ipotizzarsi che il parziale intervento europeo non fosse tanto fondato

---

IDEM, *Protezione delle opere letterarie e artistiche. Commento al dpr. 8 gennaio 1979 n. 19*, op. cit. Ad oggi, la protezione degli scatti fotografici si erge su due livelli di protezione correlati al gradiente creativo dello scatto in questione. Gli scatti originali godono della tutela autoriale tradizionale dalla durata di settanta anni *post-mortem auctoris*, laddove invece quelli meno creativi accedono alla tutela residuale di cui agli artt. 87-92, l.d.a., avente una durata ventennale. Gli scatti totalmente banali sono invece sprovvisti di tutela.

<sup>300</sup> L’ulteriore condizione che l’opera rifletta la personalità dell’autore è stabilita soltanto per le opere fotografiche, considerato che per i software e i database il legislatore europeo si è limitato a prevedere che essi debbano costituire la creazione intellettuale propria dell’autore. La *ratio* giustificatrice della previsione di un parametro aggiuntivo maggiormente rigoroso per le opere fotografiche sembra rintracciabile nella tendenziale incompatibilità di questa tipologia di creazione ad essere valutata soltanto secondo il parametro della novità oggettiva, considerato che tutte le fotografie «sono di norma differenti l’una dall’altra, a meno che non siano vere e proprie copie riprodotte da uno stesso negativo», essendo quindi più opportuno spostare l’asse valutativo sulla riconoscibilità della personalità dell’autore, nonostante le relative difficoltà pratiche. Così, F. SERPIERI, *Il carattere creativo delle opere fotografiche*, op.cit., p. 147.

<sup>301</sup> La volontà di incentivare gli investimenti nelle nuove tecnologie, in particolar modo nelle «infrastrutture delle reti», composte anche da software e database, compare nel Considerando n. 4 della direttiva 2001/29/CE in cui si rileva che «Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d’autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell’industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell’informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l’occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro». Tuttavia, la carenza di maggiori dettagli nella definizione di determinati settori industriali e culturali avvantaggiati dal nuovo regime armonizzato in materia di diritto d’autore, unitamente alla mancata specificazione delle attività creatrici ed innovatrici favorite dalla promozione dei maggiori investimenti, non esclude un’interpretazione per così dire “a maglia larghe” che avalli una generale sponsorizzazione di tutte le attività artistiche e culturali. In questi termini, tale disposizione potrebbe rappresentare una valida base normativa per sostenere l’armonizzazione dei requisiti di accesso per la tutela autoriale rispetto a tutte le opere dell’ingegno.



su dati empirici, quanto piuttosto su ragioni di natura politica formatesi sulle spinte di alcune lobby maggiormente influenti<sup>302</sup>.

In ogni caso, l'attuale disparità di trattamento nella specificazione del requisito di originalità tra diverse tipologie opere dell'ingegno non appare giustificata, essendo indispensabile un comune intendimento del requisito in oggetto che possa costituire una base minima utile ad orientare i giudizi di originalità su tutte le produzioni intellettuali. Ciò non sarebbe incompatibile con la possibilità di dettare parametri di riferimento ulteriori per l'accertamento dell'originalità di determinate creazioni, a condizione che essi si fondino su dati empirici o argomentazioni solide dimostranti le specificità della tipologia di opera indagata al fine di rendere necessaria – e dunque legittimare – la considerazione di particolari indici e, conseguentemente, una valutazione ancor più “a geometria variabile” di tale requisito.

Del resto, la limitazione applicativa dell'interpretazione del requisito di originalità prevista per i software, le fotografie e i database soltanto a queste ultime creazioni porterebbe a chiedersi come tale requisito debba essere diversamente declinato rispetto alle opere escluse. Si rischierebbe, inoltre, che il mancato coordinamento a livello europeo conduca gli Stati membri a pervenire a soluzioni differenziate.

Alla luce dei motivi suesposti, risulta più ragionevole convenire per l'adozione di una (più virtuosa) interpretazione estensiva che garantisca un'uniforme comprensione del requisito di originalità idonea ad essere trasversalmente applicata a tutte le opere dell'ingegno. Essa rappresenterebbe l'opzione esegetica preferibile, sia per ragioni di coerenza sistematica<sup>303</sup>, che in considerazione dell'assenza di criteri alternativi tipizzati dal legislatore europeo per valutare l'originalità delle opere diverse dai programmi per elaboratore, dalle fotografie e dalle banche dati.

La preferenza per questa linea interpretativa consentirebbe di rispondere ad almeno uno dei quattro punti interrogativi presenti nella tabella sopra riportata, pervenendo alla seguente ricostruzione:

<b>Il carattere creativo delle opere dell'ingegno nell'<i>acquis communautaire</i> legislativo (tesi estensiva)</b>			
	<b>Novità</b>	<b>Originalità</b>	
	<b>Differenza dalle opere preesistenti</b>	<b>Creazione intellettuale propria dell'autore (?)</b>	<b>Rispecchia la personalità dell'autore (?)</b>
<b>Software</b>	si	si	no

<sup>302</sup> Sul rischio che le lobby aziendali riescano ad espandere i diritti di proprietà intellettuale in direzioni tali da pregiudicare il benessere sociale v. G. SPINA ALÌ, *Why intellectual property does not belong in the constitution(s): four considerations*, op. cit., p. 464, richiamando C. GEIGER, *Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights Instruments: Towards a new Social Contract for the Protection of Intangibles*, op. cit., pp. 662-664.

<sup>303</sup> Considerato per l'appunto, come rilevato *supra*, che l'adozione di parametri valutativi diversi richiederebbe la sussistenza di particolari ragioni empiriche o logiche che legittimino un trattamento differenziato. Tali ragioni non sarebbero ricorrenti nel caso di specie, vista l'attenzione del legislatore europeo anche verso le opere fotografiche, tendenzialmente connotate da una prevalente componente artistica al pari delle altre tipologie di creazioni escluse da siffatta armonizzazione.

<b>Fotografie</b>	si	si	si
<b>Banche dati</b>	si	si	no
<b>Altre opere</b>	si	si	?

In favore di un'elaborazione unitaria del requisito di originalità si pone anche la (dibattuta) proposta presentata da un gruppo di accademici esperti in diritto d'autore per l'adozione di un codice europeo dedicato proprio a questa materia (denominato *European Copyright Code*, di seguito ECC). Essa ambisce a completare il parziale e lungo processo europeo di armonizzazione pluritrentennale<sup>304</sup> nella prospettiva di garantire il miglior funzionamento del mercato europeo delle opere dell'ingegno<sup>305</sup>. L'ECC costituirebbe, infatti, un'autorevole base di partenza per il consolidamento del diritto d'autore europeo in grado di eliminare, o quantomeno ridurre, le questioni legate alla

<sup>304</sup> Esso è iniziato con la pubblicazione del Libro Verde della Commissione europea del 7 giugno 1988, *Diritto d'autore e le connesse sfide tecnologiche richiedenti un' immediata azione* (tradotto dal titolo originario *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action*), COM(88)172; si è successivamente consolidato attraverso molteplici direttive, tra cui primaria importanza – ai fini dell'attività di armonizzazione giurisprudenza – va attribuita segnatamente alla direttiva 2001/29/CE, meglio nota come la direttiva “InfoSoc”, la quale ha di recente raggiunto i venti anni dalla sua emanazione, come ricordato in E. ROSATI, *Happy 20th birthday, InfoSoc Directive!*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol., 16, III, pp. 191-192. Un impatto altrettanto promettente (ed anche un po' dirompente) sembra potersi riconoscere soltanto alla direttiva 2019/790/UE, ribattezzata come la direttiva “Digital Copyright”, oppure “Copyright in the Digital Single Market”, nel suo acronimo “CDSM”, su cui si rinvia al ricco commentario realizzato da E. ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market, Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

<sup>305</sup> Si tratta della proposta presentata nel 2010 nell'ambito dell'*International Network Project on a European Copyright Code* (Wittem Project) promosso da tre Università (l'Università Radboud di Nijmegen, l'Università di Amsterdam e l'Università di Leiden) che ha visto la partecipazione di sette accademici esperti di diritto d'autore, i quali hanno avvertito l'esigenza di redigere un unico testo europeo di riferimento in tale materia, ritenendo che le legislazioni domestiche non fossero più adeguate a regolare un fenomeno che, dall'avvento di Internet, esula largamente dai confini nazionali, come evidenziato nel Considerando n. 1 dell'ECC: «the establishment of a fully functioning market for copyright protected works in the European Union, as necessitated in particular by the Internet as the primary means of providing information and entertainment services across the Member States, requires common rules on copyright in the EU that reflect and integrate both the civil and common law traditions of copyright and authors' right respectively». Il testo è reperibile al seguente sito internet: <https://www.ivir.nl/copyrightcode/european-copyright-code/#ftnref6>. Per un'interessante rassegna dei compositi vantaggi che potrebbero ricavarsi dalla realizzazione di questo progetto (tuttavia aggettivato dall'Autore come utopistico), v. A. STROWEL, *Advocating an EU Copyright Title*, op. cit., pp. 1104-1117. Per ulteriori commenti cfr. L. MOSCATI, *Trent'anni dal Bcia negli USA e il fantasma dei diritti morali in Europa*, op. cit., 137 ss.; A. BERTONI, M.L. MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione dell'Informatica*, I, 2015, pp. 111 ss.; T. DREIER, *The Wittem Project of a European Copyright Code*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 292-313; T.E. SYNODINOU (a cura di), *Codification of European Copyright Law. Challenges and perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012; J.C. GINSBURG, *European Copyright Code: Back to First Principles (with Some Additional Detail)*, in *Auteurs & média*, I, 2011, pp. 5-21; E. ROSATI, *The Wittem Group and the European Copyright Code*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 5, 2010, pp. 862-868.

frammentazione normativa delle singole legislazioni domestiche già varate dai ventisette Stati membri, nonché le annose problematiche di *enforcement* connesse alle ipotesi sempre più frequenti di violazioni transnazionali del diritto d'autore<sup>306</sup>.

La proposta di codificazione si apre esattamente con la definizione del suo perimetro applicativo, esteso soltanto a quelle opere della letteratura, dell'arte e della scienza che esprimono, giustappunto, la cd. *author's own intellectual creation*<sup>307</sup>. Difatti, la redazione dell'ECC è stata svolta tenendo conto delle fonti internazionali e dell'*acquis communautaire* maturato nei diversi aspetti del diritto d'autore oggetto di disciplina.

Con particolare riguardo al requisito di accesso alla protezione autoriale, la proposta codificatoria fa specifico riferimento alla condizione che l'opera costituisca la cd. *author's own intellectual creation*, indipendentemente dalla funzione creativa a cui essa afferisce. L'ECC riporta una nota di commento a margine dell'enunciazione di tale criterio nella quale viene evidenziato che lo standard europeo medio di riferimento per stabilire l'originalità di un'opera coincide con la sua idoneità ad esprimere la creazione intellettuale propria dell'autore, mutuando dallo standard di riferimento richiamato *supra* previsto in modo specifico per i software, i database e le opere fotografiche.

Viene inoltre chiarito che il soddisfacimento di tale requisito richieda uno sforzo qualitativamente più elevato rispetto al semplice *skill and labour*

---

<sup>306</sup> Sui problemi di *enforcement* del diritto d'autore nell'economia digitale vi è una sterminata sedimentazione dottrinale che si è ulteriormente arricchita con il dibattito relativo al discusso art. 17 della direttiva 2019/790/UE. Senza pretese di esaustività, cfr. O. BULAYENKO, G. FROSIO, A. LAWRYNOWIZ-DREWEK, N. MANGAL, *Cross Border Enforcement of Intellectual Property Rights in EU*, Parlamento europeo, Bruxelles, 2021, pp. 29-31, 58-64; C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match*, in *GRUR International*, vol. 70, VI, 2021, pp. 517-543; K. BÄCKER, U. FEINDOR-SCHMIDT, *The destruction of copyright - are jurisprudence and legislators throwing fundamental principles of copyright under the bus?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 16, I, 2021, pp. 41-55; G. FROSIO, *Reforming the C-DSM reform: a user-based copyright theory for commonplace creativity*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, VI, 2020, pp. 709-750; V. IAIA, *Towards the EU Directive on copyright in the Digital Single Market: From the hosting provider liability in the RTI/Yahoo case to its critical implementation in Italy*, op. cit., pp. 823-828; M.L. MONTAGNANI, *Virtues and Perils of Algorithmic Enforcement and Content Regulation in the EU: a Toolkit for a Balanced Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Journal of Law, Technology & the Internet*, vol. 11, 2020, pp. 1 ss.; V. IAIA, *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale*, in *Rivista Semestrale di Diritto*, I, 2019, pp. 27-48; K.T. O'SULLIVA, *Copyright and internet service provider "liability": the emerging realpolitik of intermediary obligations*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, V, 2019, pp. 527-558; B. DEPOORTER, *Copyright Enforcement in the Digital Age: When the Remedy is the Wrong*, in *UCLA Law Review*, vol. 66, II, 2019, pp. 402-447; L. AGUIAR, J. CLAUSSEN, C. PEUKERT, *Catch Me If You Can: Effectiveness and Consequences of Online Copyright Enforcement*, in *Information Systems Research*, vol. 29, III, 2018, pp. 656-678; T. MEYER, *The Politics of Online Copyright Enforcement in the EU Access and Control*, Palgrave Macmillan, Londra, 2017.

<sup>307</sup> ECC, art. 1: «Copyright subsists in a work, that is to say, any expression within the field of literature, art or science in so far as it constitutes *its author's own intellectual creation*» [corsivo mio].

di matrice anglosassone – ad oggi ormai abbandonato –, precisando che rispetto alle opere utili (le cd. creazioni in funzione tecnica) vengono maggiormente in rilievo le abilità e la quantità di lavoro impiegata dall'autore, laddove invece rispetto alle opere artistiche (le cd. creazioni in funzione estetica) occorra tener conto soprattutto della sua espressione personale<sup>308</sup>.

Sebbene l'ECC risolva positivamente la questione sull'interpretazione estensiva del requisito di originalità, generalizzando a tutte le opere dell'ingegno la soluzione interpretativa precisamente stabilita dalle tre summenzionate direttive, si sarebbe potuta cogliere l'occasione per fornire dei criteri più dettagliati ad orientare l'interprete nella valutazione di originalità, alla luce del fatto che la soluzione della “creazione intellettuale propria dell'autore” crea più dubbi che certezze in quanto rischia di prestarsi a tautologie.

Più precisamente, si sarebbe potuto tener conto della giurisprudenza *Infopaq* e *BSA* (v. *infra* par. 4.2), già pronunciate in modo più esteso ed obiettivo sui parametri di cui tener conto per verificare la sussistenza dell'originalità di un'opera dell'ingegno.

Questa limitazione dell'ECC potrebbe essere imputata alla circostanza che le due sentenze in parola, sebbene già pubblicate, non fossero ancora reputate idonee a comporre l'*acquis* giurisprudenziale europeo al tempo in cui la proposta normativa è stata ufficialmente presentata. Pertanto, nell'eventuale scenario in cui si dovesse pervenire all'adozione dell'ECC, sarebbe opportuno un suo corrispondente aggiornamento che tenga debitamente in conto sia l'ormai ricco filone giurisprudenziale inerente il requisito di originalità, che tutte le ulteriori linee evolutive (ed espansive) che hanno interessato il diritto d'autore europeo nel corso degli anni successivi alla redazione dell'ECC, tra cui in particolare la citata direttiva “Digital Copyright”.

Peraltro, la credibilità dell'ambizioso progetto è minata dal “peccato originale” rappresentato dall'inciso introduttivo in cui gli Autori, sebbene sostengano che l'ECC possa servire da modello di riferimento per la futura uniformazione del diritto d'autore europeo, affermano di non voler prendere una posizione in merito alla desiderabilità di un quadro europeo armonizzato nella suddetta materia<sup>309</sup>. Il controsenso di questo *disclaimer* macchia l'intero codice, posto che se un gruppo di esperti in materia di diritto d'autore spende anni della propria carriera per scrivere una proposta di codice europeo non può essere di certo contrario ad un intervento uniformatore in tal senso.

---

<sup>308</sup> ECC, nota n. 7: «The term “the author’s own intellectual creation” is derived from the *acquis* (notably for computer programs, databases and photographs). It can be interpreted as the “average” European threshold, presuming it is set somewhat higher than skill and labour. This is possible if emphasis is put on the element of creation. For factual and functional works, the focus will be more on a certain level of skill (judgement) and labour, whereas for productions in the artistic field the focus will be more on personal expression».

<sup>309</sup> IDEM, introduzione: «[T]he Group believes that a European Copyright Code drafted by legal scholars might serve as a model or reference tool for future harmonization or unification of copyright at the European level. Nevertheless, the Group does not take a position on the desirability as such of introducing a unified European legal framework».

Ciononostante, in via generale si può ritenere che la proposta di un codice europeo in materia di diritto d'autore andrebbe positivamente accolta nell'ottica di abbondare la politica di armonizzazione attualmente privilegiata dalle istituzioni europee, basata su un approccio in larga misura *problem-based*.

La dottrina ha tuttavia rilevato che le probabilità di entrata in vigore nel prossimo futuro dell'ECC appaiono molto remote, tenuto conto della tendenza corrente all'adozione di una prospettiva di breve termine – almeno nel campo del diritto d'autore, fatta salva la direttiva 2019/790/UE – in cui la risoluzione delle questioni di armonizzazione europea è rimessa alla *case-law* della CGUE<sup>310</sup>.

Appare evidente che un approccio del genere mal si concili con un'organizzazione il cui animo sarebbe in realtà quello di pervenire ad un'integrazione progressiva e duratura nel tempo. Né esso appare del tutto compatibile con il primato del positivismo giuridico caratterizzante il modello ordinamentale tipico dei Paesi di *civil law*. Invero, il primato della giurisprudenza sarebbe per lo più pensabile in ordinamenti di *common law*<sup>311</sup>, ad oggi in nessun modo rappresentati nel territorio europeo, considerata l'uscita del Regno Unito.

Tra l'altro, l'ECC aveva già ottenuto un certo *favor* da parte della Commissione europea, la quale si era espressa in tono encomiastico durante la comunicazione per un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale<sup>312</sup>: «Un altro approccio per una revisione più ampia del diritto d'autore a livello europeo potrebbe essere la creazione di un codice europeo del diritto d'autore, che potrebbe comprendere un'ampia codifica dell'attuale corpus delle direttive UE sul diritto d'autore volta ad armonizzare e consolidare il contenuto del diritto d'autore e dei diritti connessi a livello dell'UE. Ciò fornirebbe anche l'opportunità di esaminare se le attuali eccezioni e restrizioni al diritto d'autore di cui alla direttiva 2001/29/CE debbano essere aggiornate o armonizzate a livello UE. Un codice potrebbe pertanto contribuire a chiarire la relazione tra i vari diritti esclusivi goduti dai titolari e la portata delle eccezioni e restrizioni a tali diritti».

Pare ragionevole ritenere, quindi, che a distanza di un decennio da tale comunicazione, i tempi siano ormai maturi per pensare ad un più ambizioso intervento strutturale in materia di diritto d'autore che passi attraverso l'adozione di un unico codice europeo avente ad oggetto tutti quegli aspetti che, anche solo potenzialmente, possano essere d'ostacolo al buon funzionamento del mercato interno delle opere dell'ingegno, così da alleviare

---

<sup>310</sup> L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., pp. 56-57.

<sup>311</sup> Per una completa disamina in chiave comparatistica dei due modelli ordinamentali si rinvia a V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2018, pp. 118 ss.

<sup>312</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 24 maggio 2011, *Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa*, COM(287)2011.

le (seppur incisive) operazioni di microchirurgia ad effetto palliativo realizzate dalla CGUE<sup>313</sup>.

Del resto, il progetto presentato dal “Wittem Group” sarebbe perfettamente in linea con le esigenze di positivismo giuridico e di certezza del diritto che permeano i Paesi di *civil law* aderenti all’UE. L’adozione di un atto che recepisca l’attuale *aquis communautaire* in materia di diritto d’autore potrebbe altresì rappresentare una valida opportunità di precisazione ed uniformazione dei parametri utili a stabilire come debba essere valutata l’originalità di un’opera dell’ingegno in tutto il territorio europeo<sup>314</sup>.

## **4.2 (Segue) L’armonizzazione orizzontale nell’*aquis communautaire* giurisprudenziale**

All’armonizzazione europea di tipo normativo si è affiancato un crescente intervento giurisprudenziale condotto dalla CGUE<sup>315</sup>. Esso è stato progressivamente sollecitato dai giudici nazionali a seguito dei rinvii pregiudiziali, proposti ai sensi dell’art. 267 del TFUE, al fine di ricevere chiarimenti interpretativi in merito sia alla nozione di opera tutelabile dal diritto d’autore, che sulla corretta declinazione del requisito di originalità ai fini dell’accesso alla relativa protezione<sup>316</sup>. Come già rilevato, i due aspetti,

---

<sup>313</sup> Tali operazioni sono divenute sempre più complesse alla luce della crescente compenetrazione della funzione economica, culturale ed anche politica assolta dai produttori e soprattutto dai distributori delle opere dell’ingegno, in quanto (anche) potenti veicoli d’informazione. Sul punto si rinvia in particolare a M. BASSINI, M. CUNIBERTI, C. MELZI D’ERIL, O. POLLICINO, G.E. VIGEVANI, *Diritto dell’informazione e dei media*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>314</sup> In questo modo sarebbe possibile fornire una risposta ai restanti tre interrogativi riportati nella seconda tabella, ovvero cosa debba intendersi per creazione intellettuale propria dell’autore, come si debba verificare l’idoneità dell’opera a rispecchiare la personalità dell’autore e se quest’ultima condizione prevista espressamente per le opere fotografiche sia estensibile a tutte le altre opere dell’ingegno.

<sup>315</sup> Come ben noto, l’attività della CGUE svolge un ruolo primario nell’evoluzione del formante giurisprudenziale europeo, avendo il prezioso compito di fungere da motore dell’integrazione europea sulle diverse questioni ermeneutiche che le vengono devolute. *Amplius*, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione Europea*, op. cit., pp. 207-212, 417-443.

<sup>316</sup> Sull’armonizzazione europea operata dalla CGUE in materia di diritto d’autore, *amplius* E. ROSATI, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2019. In tema, si veda anche M. FAVALE, M. KRETSCHMER, P.C. TORREMAN, *Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice*, in *Modern Law Review*, vol. 79, I, 2016, pp. 31-75. Secondo gli Autori, l’affermata incoerenza della giurisprudenza europea sul diritto d’autore sarebbe dovuta alla mancata *expertise* dei giudici della CGUE in tale dominio in quanto la maggior parte di loro sarebbe esperta di diritto dell’UE o di diritto pubblico. Nell’ambito del diritto d’autore, i giudici sono invece costretti ad adottare un approccio di *learn by doing*. In secondo luogo, gli Autori si sono interrogati sull’eventuale tendenza espansiva dell’interpretazione europea in materia di diritto d’autore, concludendo che le decisioni emesse dalla CGUE sarebbero equamente partigiane degli interessi degli autori e di quelli della collettività. Tale ragionamento sembra *a fortiori* condivisibile alla luce delle sentenze *Cofemel* e *Brompton Bicycle* (v. *infra*) – emesse successivamente alla pubblicazione del saggio citato) – in quanto finalizzate a porre un argine alla *overprotection* del diritto d’autore. Per ulteriori osservazioni cfr. G.M. RICCIO, *The influence of the Court of Justice of the European Union on national courts in copyright cases*, in O. POLLICINO, G.M. RICCIO,

oltre ad essere interconnessi, sono entrambi fondamentali per la definizione dell'ampiezza del diritto d'autore, l'una inerendo alla cd. ampiezza orizzontale, l'altra, invece, alla cd. ampiezza verticale.

#### 4.2.1 (Segue) Le undici parole

A partire dal caso *Infopaq*<sup>317</sup>, la CGUE ha cominciato ufficialmente (o forse ufficiosamente, come traspare dalle parole di un autorevole commentatore<sup>318</sup>) ad occuparsi di quest'ultimo aspetto, ovvero la definizione del requisito di originalità, ritenendo che esso debba ricevere una comune interpretazione all'interno del territorio europeo<sup>319</sup>.

Nel caso di specie, si discuteva dell'idoneità delle sintesi degli articoli di giornale della stampa quotidiana danese (rappresentata in giudizio dall'associazione professionale Danske Dagblades Forening), effettuate tramite procedimento automatico e per fini commerciali da parte della Infopaq International A/S (di seguito Infopaq), a costituire degli atti di riproduzione parziale di un'opera dell'ingegno, ai sensi dell'art. 2, let. a) della direttiva 2001/29/CE. Ad avviso degli editori danesi, la divulgazione delle sintesi dei loro giornali avrebbe dovuto essere da loro autorizzata.

Più precisamente, l'attività svolta dalla Infopaq consisteva nella scansione degli articoli di giornale tramite un software per il riconoscimento dei caratteri (i cd. OCR) dal quale si procedeva alla generazione di un *file* di testo comprendente la parola chiave e le cinque parole che la precedevano e la seguivano. L'insieme delle sintesi era poi riprodotto su supporti cartacei destinati ad essere venduti al pubblico.

Ne consegue che la verifica in ordine alla sussistenza della violazione del diritto d'autore da parte della Infopaq per riproduzione parziale dei giornali danesi presupponeva che le undici parole scelte per ciascun articolo

---

M. BASSINI (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 155-187; E. DERCLAYE, *The Court of Justice copyright case law: quo vadis?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, XI, 2014, pp. 716-723; M. LEISTNER, *Europe's Copyright Law Decade: Recent Case Law of the European Court of Justice and Policy Perspectives*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, II, 2014, pp. 559-600.

<sup>317</sup> CGUE, sentenza del 16 luglio 2009, causa C-5/2008, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, EU:C:2009:465.

<sup>318</sup> G. SCHULZE, *Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH*, in *GRUR*, 2009, pp. 1019 ss., il quale non lesina critiche verso tale sentenza sulla base del fatto che essa avrebbe dato luogo ad un'armonizzazione "nascosta" del diritto d'autore europeo. Analogamente, dopo circa un paio di lustri, riferendosi ad un'armonizzazione "silente" della nozione di opera dell'ingegno a livello europeo, v. C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, op. cit., pp. 159-195; IDEM, *The notion of "Work" in EU copyright law after Levola Hengelo: one answer given, three question marks ahead*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 41, VII, 2018, pp. 415-424.

<sup>319</sup> Come lucidamente avvertito da S. VOUSDEN, *Infopaq and the Europeanisation of copyright law*, in *WIPO Journal*, vol. 1, II, 2010, pp. 197-210, tale sentenza segna l'inizio di un processo atipico di europeizzazione del diritto d'autore che non trae origine dall'iniziativa della Commissione europea, bensì da quella della CGUE. Questo passaggio è efficacemente documentato attraverso le cinque semplici parole «The court is making law», p. 210.

godessero della tutela autoriale. Il giudice nazionale era dunque chiamato a stabilire se tali lavori fossero idonei a soddisfare il requisito di originalità, oltre che a raggiungere quell'attività creativa minima per qualificarsi come opera dell'ingegno.

A tal proposito, Infopaq invocava la cd. *de minimis doctrine*, ovvero quel regime eccezionale al diritto d'autore sorto nel diritto giurisprudenziale dei Paesi di *common law* che consente al pubblico di riprodurre delle parti di un'opera così piccole da non meritare alcuna protezione, secondo l'adagio *de minimis non curat lex*<sup>320</sup>.

Nella sentenza *de qua*, si dà conto che l'armonizzazione europea del requisito di originalità sia limitata alle banche dati, ai programmi per elaboratore e alle opere fotografiche<sup>321</sup>. Tuttavia, la CGUE ha richiamato il Considerando n. 6 della direttiva 2001/29/CE per evidenziare l'opportunità di offrire un'uniforme interpretazione di tale requisito, argomentando che l'esistenza di incertezze giuridiche sulla protezione accordata dal diritto d'autore – ivi inclusi i requisiti di accesso – potrebbe ostacolare la realizzazione di economie di scala nelle produzioni artistiche e culturali<sup>322</sup>.

In questa prospettiva, la CGUE ha stabilito che l'originalità di una produzione intellettuale appartenente a qualsiasi tipologia di opera sussista ogniqualvolta essa rappresenti il risultato della cd. «creazione intellettuale propria dell'autore», estendendovi la declinazione del requisito di originalità dedicata ai programmi per elaboratore, alle opere fotografie e alle banche dati, come stabilito rispettivamente agli artt. 1, par. 3, della direttiva 91/250/CE, 6 della direttiva 2006/116/CE e 3, par. 1, della direttiva 96/9/CE<sup>323</sup>.

Tale criterio, oltre ad essere espressione dell'*acquis communautaire* legislativo, è stato ricavato dall'economia generale della convenzione di Berna, ed in particolare dall'art. 2, comma quinto, ove si stabilisce che la protezione di alcune opere letterarie o artistiche risulta condizionata alla circostanza che esse abbiano il carattere di creazioni intellettuali proprie dell'autore. A seguito di tale ragionamento anche alla *lumière des sources internationales*, la CGUE è giunta ad affermare che l'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29/CE, debba essere interpretato nel senso che il diritto d'autore sussista soltanto rispetto ad un oggetto che abbia carattere di

---

<sup>320</sup> Giova dar conto che la *de minimis doctrine* costituisce specialmente il perno delle argomentazioni prospettate dal presunto plagiario di un'opera musicale altrui per aver campionato alcuni dei suoi frammenti musicali. Ci si riferisce a tale pratica con il termine *sampling*. In tema, v. in particolare I. DUHANIC, *Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, XII, 2016, pp. 932-945. Sulla generale applicabilità di tale principio a tutte le opere dell'ingegno, escludendone la protezione ogniqualvolta siano «too small in grain size», v. segnatamente J. HUGHES, *Size Matters (or Should) in Copyright Law*, op. cit., p. 575. Tuttavia, si ritiene che le dimensioni continuo nella misura in cui esse consentano all'autore di esprimere la propria personalità. Al di sopra di tale soglia esse perdono di rilevanza giuridica sotto il profilo del riconoscimento del diritto d'autore.

<sup>321</sup> *Infopaq*, par. 6, 7, 11.

<sup>322</sup> *Ivi*, par. 6.

<sup>323</sup> *Ivi*, par. 35, 39.



originalità, ossia rappresenti il risultato della creazione intellettuale propria dell'autore<sup>324</sup>.

Rispetto alla fattispecie in esame, la CGUE ha affermato che sebbene le singole parole, isolatamente considerate, non siano tutelabili dal diritto d'autore, l'attività di selezione, disposizione e combinazione di undici parole sarebbe invece sufficiente per permettere all'autore di esprimere il proprio spirito creativo in maniera originale, ottenendo un risultato che costituisca una sua creazione intellettuale protetta dal diritto d'autore<sup>325</sup>. Tale valutazione compete al giudice nazionale ed è stata quindi restituita al giudice del rinvio.

Dunque, nel caso *Infopaq* si è confermata la tesi favorevole all'interpretazione estensiva della definizione del requisito di originalità specificamente prevista per alcune tipologie di creazioni.

Inoltre, l'affermata potenziale sufficienza di undici parole a costituire un'opera dell'ingegno sembra voler indurre i giudici nazionali ad adottare un atteggiamento alquanto benevolente nelle more del sindacato di originalità di un'opera, allargando così l'ampiezza verticale del diritto d'autore. Tuttavia, non è stato chiarito cosa debba intendersi per creazione intellettuale propria dell'autore. Ad una prima riflessione, essa pare avallare la teoria personalistica del diritto d'autore, la quale richiederebbe all'organo giudicante di verificare la sussistenza dell'impronta personalistica dell'autore (teoria in parte criticata *supra* par. 3 per le sue implicazioni soggettive).

#### 4.2.2 (*Segue*) L'interfaccia grafica utente

Dopo circa un anno e mezzo, nel caso *Bsa*<sup>326</sup>, la CGUE ha confermato l'orientamento *Infopaq* relativo all'interpretazione del requisito di originalità ed ha anche colto l'occasione per incidere in senso espansivo sull'ampiezza orizzontale del diritto d'autore.

In particolare, la questione è sorta a seguito del diniego da parte del Ministero della Cultura ceco di accordare in favore di un'associazione per la tutela dei software (di seguito BSA) l'autorizzazione all'esercizio della gestione collettiva dei diritti patrimoniali d'autore associati alle interfacce grafiche dei programmi per elaboratore al fine di poter inibire la loro radiodiffusione televisiva.

In proposito, il Ministero della Cultura ceco perorava la tesi che le interfacce grafiche utente avrebbero soltanto una funzione tecnica tutelabile secondo le regole della concorrenza sleale e non anche in base al diritto d'autore. BSA ribatteva che la direttiva 91/250/CE includerebbe nell'ambito di protezione autoriale non soltanto il codice sorgente ed il codice oggetto<sup>327</sup>,

---

<sup>324</sup> *Ivi*, par. 37.

<sup>325</sup> *Ivi*, par. 45.

<sup>326</sup> CGUE, sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace, Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, EU:C:2010:816.

<sup>327</sup> Il codice sorgente consiste nell'insieme di istruzioni che vengono compilate dal programmatore secondo un linguaggio di programmazione per quest'ultimo comprensibile, mentre il codice oggetto è dato dalla traduzione delle istruzioni del codice sorgente in codice binario per fornire gli impulsi elettronici alla macchina (v. *infra* par. 8).

come stabilito dall'art. 10.1 dell'accordo TRIPs<sup>328</sup>, ma anche la grafica di interfaccia utente in quanto idonea a costituire una forma originale di espressione del software.

La CGUE ha negato l'adeguatezza di quest'ultima tesi, rilevando che la grafica di interfaccia utente, a differenza del codice sorgente e del codice oggetto, non consente di riprodurre il programma per elaboratore, ma costituisce soltanto un elemento di tale programma attraverso il quale gli utenti vengono messi nelle condizioni di sfruttarne le potenzialità<sup>329</sup>.

Nondimeno, sebbene sia stata esclusa la tutela ai sensi dell'art. 1, n. 2), della direttiva 91/250/CE, la CGUE ha rilevato che tale circostanza non sarebbe ostativa alla possibilità di riconoscere il diritto d'autore in base alla direttiva 2001/29/CE, allorquando l'interfaccia grafica utente costituisca una creazione intellettuale propria dell'autore<sup>330</sup>. Nell'accertamento di tale condizione, il giudice nazionale dovrà valutare se la selezione, la disposizione e la configurazione di tutti gli elementi che la compongono soddisfino il criterio di originalità (al pari di quanto previsto per stabilire la protezione autoriale di undici parole, come sancito nel caso *Infopaq*), dovendo quest'ultimo essere escluso nell'ipotesi in cui tali elementi dipendano unicamente dalla loro funzione tecnica<sup>331</sup>.

Per completezza espositiva, giova dar conto che la Corte lussemburghese ha escluso che la diffusione televisiva di un'interfaccia grafica utente costituisca un atto di comunicazione al pubblico, ai sensi dell'art. 3, n. 1), della direttiva 2001/29/CE, dal momento che i telespettatori ne riceverebbero la comunicazione soltanto in modo passivo, senza avere la possibilità di accedere all'elemento essenziale che caratterizza l'interfaccia, ovvero l'interazione tra la macchina e l'utente<sup>332</sup>.

Dunque, nel caso *de quo*, la CGUE non ha specificato ulteriormente come debba essere interpretata la dibattuta condizione della "creazione intellettuale propria dell'autore", ma ha esteso l'oggetto (la cd. ampiezza orizzontale) della protezione autoriale anche alle interfacce grafiche utente, sino a quel momento escluse.

---

<sup>328</sup> Accordo TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), adottato a Marrakech il 15 aprile 1994 relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, ratificato dall'Italia con legge del 29 dicembre 1994, n. 747.

<sup>329</sup> *BSA*, par. 41. Sul punto v. le osservazioni di G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione e analisi economica*, op. cit., pp. 38-39, in cui si mette in luce che solitamente le interfacce grafiche non siano idonee a raggiungere lo standard minimo di originalità in quanto i modi per realizzare una stessa idea sono così limitati che l'idea e l'espressione si confondono. Si pensi segnatamente al caso del mouse che viene spostato sullo schermo e puntato su un'icona per farlo funzionare oppure a quello del menu a tendina che riporta una serie di possibili operazioni.

<sup>330</sup> *Ivi*, par. 46

<sup>331</sup> *Ivi*, par. 48. In questo caso, la tradizionale dicotomia tra l'idea e la sua forma espressiva verrebbe compromessa in quanto la limitazione dei modi attraverso i quali un'idea può essere manifestata determina inevitabilmente una commistione inscindibile tra l'idea e la sua forma espressiva tale da impedirne la loro appropriabilità. Come rilevato *supra* par. 2.2, il principio dicotomico idea-espressione è alla base della cd. *merger doctrine*.

<sup>332</sup> *Ivi*, par. 57.

### 4.2.3 (Segue) Le partite di calcio

Dopo qualche mese, nella decisione adottata nel caso *Football Association*<sup>333</sup>, la CGUE ha fornito, *inter alia*, una prima rilevante precisazione su come l'interprete debba procedere nella valutazione dell'idoneità di un lavoro artistico o culturale a costituire una creazione intellettuale propria dell'autore.

In sintesi, la vicenda è sorta a seguito della (mal)prassi seguita da alcuni bar-ristoranti inglesi, tra cui quello gestito dalla sig.ra Murphy, di trasmettere nei propri locali le partite di calcio giocate nell'ambito della Premier League, avvalendosi di dispositivi di decodificazione stranieri (nel caso della sig.ra Murphy, si trattava di una scheda venduta in Grecia), il cui abbonamento risultava più conveniente rispetto al tariffario stabilito dalla società inglese BSkyB Ltd. per ricevere il medesimo servizio.

Il predetto *escamotage* rappresentava un toccasana per i conti dei gestori delle attività ristorative, i quali erano così in grado di attrarre maggiori clienti risparmiando del denaro. Tuttavia, tale condotta integrava la violazione delle condizioni di concessione della licenza concordata tra gli enti di radiodiffusione e i prestatori di servizi stranieri in quanto l'utilizzo delle schede di decodificazione era espressamente vietato al di fuori del territorio nazionale interessato<sup>334</sup>.

Sicché, la Football Association Premier League Ltd. (di seguito FAPL), titolare dei diritti di diffusione televisiva sul principale campionato di calcio inglese, lamentava, tra le varie doglianze<sup>335</sup>, la violazione dei propri diritti d'autore relativi alle partite calcistiche da essa organizzate e registrate.

Il giudice di primo grado, incarnato nella *Portsmouth Magistrates' Court*, ha condiviso la prospettazione della FAPL, condannando la sig.ra Murphy per aver captato in modo fraudolento un programma contenuto in un servizio di radiodiffusione trasmesso al di fuori del Regno Unito.

La soccombente ha impugnato la sentenza di condanna innanzi alla *Portsmouth Crown Court*, la quale ha sostanzialmente confermato quanto deciso nel giudizio di primo grado.

---

<sup>333</sup> CGUE, sentenza del 4 ottobre 2011, Cause riunite C-403/08, C-429/08, *Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA/QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen c. Karen Murphy/Media Protection Services Ltd.*, EU:C:2011:631. Sul tema della protezione giuridica degli eventi sportivi nel diritto europeo, partendo esattamente dalla giurisprudenza *Football Association*, *amplius* T. MARGONI, *The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 47, IV, 2016, pp. 386 ss.

<sup>334</sup> *Ivi*, par. 42.

<sup>335</sup> Per una rassegna delle ulteriori questioni oggetto di trattazione da parte della CGUE nel caso in esame, si rinvia ai commenti di L. LONGHI, *La sentenza Murphy: le licenze di trasmissione degli incontri di calcio tra diritti di privativa e tutela della concorrenza*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, vol. VII, III, 2011, pp. 37-47; E. ROSATI, *The Hargreaves Report and copyright licensing: can national initiatives work per se?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 33, XI, 2011, pp. 673-676.

La sig.ra Murphy ha quindi presentato ricorso alla *High Court of Justice* che a sua volta ha sospeso il processo e si è rivolta alla CGUE per ricevere chiarimenti in ordine ad alcune questioni interpretative. Tra queste, rileva più di tutte la verifica in merito alla possibilità che le partite di calcio siano qualificabili come opere dell'ingegno. Al riguardo, la Corte di Lussemburgo si è pronunciata in senso negativo, argomentando che le regole del gioco disciplinanti gli incontri di calcio non lascerebbero un margine di discrezionalità sufficiente ad esprimere quella libertà creativa necessaria affinché una partita di calcio possa costituire una creazione intellettuale propria dell'autore<sup>336</sup>. Dunque, le partite di calcio non possono essere annoverate tra le opere dell'ingegno.

Orbene, la soluzione prospettata dalla CGUE appare del tutto condivisibile dal momento che il riconoscimento di un diritto di esclusiva su una partita di calcio, nella quale il margine di manovra espressiva risulta fortemente compresso dalle regole del gioco, provocherebbe il rischio di limitare la libertà dei calciatori nelle partite future. L'eventuale attribuzione del diritto d'autore potrebbe infatti generare delle preclusioni in favore dei giocatori che per primi hanno eseguito determinati movimenti, reputati sino a quel momento non convenzionali.

In altre parole, qualora alcune *performance* svolte per la prima volta da un calciatore venissero ritenute originali ai sensi del diritto d'autore, si potrebbe provocare la costituzione di monopoli legittimanti l'esclusione dei calciatori successivi dal poterle compiere. Giova puntualizzare che non vi è nemmeno spazio per una tutela nella forma del diritto morale, sebbene alcuni movimenti siano ricordati dal nome del primo calciatore che li ha compiuti, come ad esempio il "doppio passo" alla Biavati nel calcio, oppure il movimento Cassina nella sbarra della ginnastica artistica.

Ad ogni modo, la rilevanza della sentenza in oggetto si apprezza per aver chiarito che la condizione della "creazione intellettuale propria dell'autore" debba essere appurata verificando se l'autore abbia potuto godere di un margine più o meno cospicuo di libertà creativa nella realizzazione della creazione, escludendo *a priori* che essa possa sussistere per gli eventi sportivi<sup>337</sup>.

#### 4.2.4 (Segue) Il fotoritratto

---

<sup>336</sup> *Football Association*, parr. 96-97.

<sup>337</sup> Secondo E. ROSATI, *Originality in EU Copyright*, cit., pp. 137-139, la ragione dell'interesse verso tale pronuncia sarebbe in realtà triplice, ovvero (i) il primario accertamento del requisito di originalità rispetto all'esame sulla riconducibilità del lavoro oggetto di scrutinio in una delle categorie del catalogo (aperto) di opere dell'ingegno contenuto all'art. 2 della Convenzione di Berna, (ii) l'esclusione degli eventi sportivi dall'area delle opere protette dal diritto d'autore e (iii) la precisazione che il requisito della creazione intellettuale propria dell'autore debba intendersi nel senso di riflettere in qualche modo la sensibilità di quest'ultimo.

A distanza di qualche mese, nel caso *Painer*<sup>338</sup> la CGUE è ritornata sulla definizione del requisito di originalità di un'opera dell'ingegno, confermando in modo più accurato il precedente *Football Association*.

Nello specifico, in tale vicenda occorre accertare l'originalità del fotoritratto di una bambina scattato dalla fotografa Eva-Maria Painer al fine di stabilire se quest'ultima potesse correttamente esercitare l'esclusiva autoriale nei confronti degli editori di alcuni giornali distribuiti in Austria ed in Germania, i quali avevano pubblicato il menzionato fotoritratto in occasione del sequestro della bambina fotografata.

Al di là della questione sulla possibilità per gli editori di invocare con successo l'eccezione al diritto d'autore per motivi di pubblica sicurezza, sancita all'art. 5, n. 3, let. e), della direttiva 2001/29/CE, la CGUE ha affermato che, in conformità al Considerando n. 17 della direttiva 93/98/CE, le opere fotografiche possono beneficiare della tutela autoriale a condizione che costituiscano una creazione intellettuale propria dell'autore che rispecchi la sua personalità<sup>339</sup>. La CGUE ha precisato che tale requisito debba essere positivamente acclarato allorquando l'autore, durante la realizzazione dell'opera, abbia effettuato scelte libere e creative.

Alla luce di tali premesse, anche il fotoritratto, sebbene ad oggetto vincolato, non risulta automaticamente estromesso da tale valutazione, posto che il ventaglio di scelte disponibili in capo al fotografo non appare del tutto esiguo. Quest'ultimo ha, infatti, la possibilità di selezionare, ad esempio, l'illuminazione, l'inquadratura, l'atmosfera e le relative tecniche di sviluppo<sup>340</sup>. La CGUE ha così precisato che la moltitudine di opzioni a discrezionalità del fotografo gli consentono di imprimere il suo tocco personale nell'opera creata<sup>341</sup>.

Dalla breve ricostruzione della sentenza in oggetto possono svolgersi almeno due considerazioni.

In primo luogo, l'interpretazione adottata dalla Corte di Lussemburgo sembra essere ancor più prossima alla teoria romantica del diritto d'autore di quanto lo fosse nella precedente tautologica enunciazione secondo la quale l'opera debba costituire la creazione intellettuale propria dell'autore.

Del resto, non si può tralasciare la circostanza che, posteriormente alla Brexit, gli ostacoli ad un'armonizzazione del requisito di originalità in un senso più affine a quello appartenente alla tradizione romano-germanica si siano di gran lunga ridotti, essendo venuto meno lo Stato che per eccellenza prediligeva premiare la quantità dello sforzo lavorativo dell'autore piuttosto che la sua connotazione artistica o culturale, nonostante esso abbia recentissimamente virato proprio verso quest'ultima direzione.

---

<sup>338</sup> CGUE, sentenza del 1 dicembre 2011, Causa C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri*, EU:C:2011:798, con nota di C.E. MEZZETTI, *Il caso Painer: una rivoluzione copernicana per la tutela della fotografia in Italia?*, in *Giurisprudenza Italiana*, XII, 2012, pp. 2563 ss.

<sup>339</sup> *Ivi*, par. 88.

<sup>340</sup> *Ivi*, par. 91, 93

<sup>341</sup> *Ivi*, par. 92.

In secondo luogo, la sentenza in discorso legittima a chiedersi se la soluzione ermeneutica del caso *Painer*, in cui si esige che l'opera disveli l'impronta personalistica dell'autore, abbia una portata applicativa limitata alle opere fotografiche, anche in considerazione dell'espresso dettato normativo<sup>342</sup>, oppure debba trovare un'applicazione generalizzata a tutte le opere dell'ingegno.

#### 4.2.5 (Segue) Il calendario delle partite di calcio

Un indice sintomatico di questo secondo indirizzo sembra essere rintracciabile nella decisione emessa dalla CGUE nel caso *Football Dataco*<sup>343</sup>, in cui occorre individuare i criteri utili a valutare l'originalità di una banca dati.

La questione è stata sollevata nella controversia tra la *Football Dataco Ltd.*, congiuntamente ad altre società detentrici dei diritti di sfruttamento economico su tutti i prodotti relativi alla Premier League (di seguito *Football Dataco*), e *Yahoo! UK Ltd.* (di seguito *Yahoo*) in quanto quest'ultima aveva pubblicato sul proprio sito Internet il calendario degli incontri dei campionati di calcio inglese e scozzese.

In proposito, la *Football Dataco* affermava di vantare dei diritti di proprietà intellettuale su tale calendario, segnatamente il diritto d'autore previsto per le banche dati, *ex art. 3* della direttiva 96/9/CE, il relativo diritto *sui generis*, di cui all'art. 7 della medesima direttiva, nonché il diritto d'autore riconosciuto della normativa britannica sulla proprietà intellettuale<sup>344</sup>. Di converso, *Yahoo* obiettava che il calendario calcistico in questione potesse beneficiare delle forme di protezione sostenute dalla *Football Dataco*.

La CGUE, appellandosi al precedente indirizzo restrittivo affermato nelle quattro decisioni gemelle composte da *Horsereading*<sup>345</sup> e dalla triade

---

<sup>342</sup> Considerando n. 17 della direttiva 93/98/CE.

<sup>343</sup> CGUE, sentenza del 1 marzo 2012, Causa C-604/10, *Football Dataco Ltd e altri contro Yahoo! UK Ltd e altri*, EU:C:2012:115.

<sup>344</sup> Art. 3A del *Copyright, Designs and Patents Act* del 15 novembre 1988.

<sup>345</sup> CGUE, sentenza del 9 novembre 2004, Causa C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd c. William Hill Organization Ltd*, EU:C:2004:695, ove si è precisato che il diritto *sui generis*, previsto all'art. 7, par. 1, della direttiva database può essere riconosciuto al costituente di una banca di dati allorché il conseguimento, la verifica e la presentazione del contenuto di quest'ultima attestino un investimento rilevante, sotto il profilo qualitativo o quantitativo. Essa ha altresì puntualizzato che la nozione di investimento collegata al conseguimento del contenuto di una banca di dati debba essere intesa nel senso di indicare i mezzi destinati alla ricerca di elementi indipendenti esistenti e alla loro riunione nella detta banca dati, escludendo i mezzi istituiti per la creazione stessa dei dati. Pertanto, i mezzi destinati all'operazione di verifica nel corso della fase di creazione di dati o di altri elementi successivamente raccolti in una banca di dati costituiscono, invece, mezzi relativi a questa creazione e non possono essere presi in considerazione al fine di valutare l'esistenza di un investimento rilevante. Nel caso di specie, occorre valutare l'opportunità di conferire il diritto *sui generis* a favore della *British Horseracing* per aver sostenuto degli ingenti investimenti nella raccolta dei cavalli ammessi a partecipare alle corse ippiche, ai fini dell'organizzazione di tali eventi. Tuttavia, la Corte europea ha affermato che essi non corrispondono ad un investimento collegato al conseguimento del contenuto della banca dati, argomentando che sebbene sia vero che il processo di iscrizione di un cavallo su un elenco di corsa richieda un certo numero di verifiche preliminari, relative all'identità di colui che

*Fixtures Marketing*<sup>346</sup>, ha escluso che i calendari delle partite di calcio siano proteggibili dal diritto *sui generis* previsto per le banche dati in quanto, nell'ambito dei campionati calcistici, il costituente della banca dati coincide con colui che ha immesso i dati e dunque risulta difficile assolvere alla condizione che l'organizzazione degli elementi facenti parte della banca dati abbia richiesto un investimento rilevante – sotto il profilo qualitativo o quantitativo –, ma soprattutto autonomo rispetto ai mezzi impiegati per la sua creazione.

Dunque, anche nel caso *Football Dataco*, l'assenza di elementi probatori dell'alterità finanziaria e funzionale tra la creazione del calendario e la sua organizzazione ha impedito il riconoscimento del diritto *sui generis*.

Per ciò che attiene al diritto d'autore sulle banche dati, la CGUE ha affermato che il requisito di originalità relativo alle suddette creazioni debba ritenersi soddisfatto allorché il loro costituente, mediante la scelta o la disposizione dei dati in esse contenuti, abbia espresso con originalità la sua capacità creativa attraverso l'adozione di scelte libere e creative idonee ad imprimere il suo tocco personale<sup>347</sup>. L'interpretazione avanzata dalla CGUE dovrebbe quindi rappresentare il criterio utile ad orientare i giudici nazionali nella valutazione di originalità di un database.

Tuttavia, sebbene negli anni si siano affermate molteplici forme espressive atipiche, di certo non sorprende, ma sembra alquanto arduo immaginare che un soggetto esprima la propria personalità attraverso l'organizzazione di una banca dati. Tale compito si complica ancor di più allorché le scelte di sistematizzazione dei dati siano in qualche modo vincolate da una particolare funzione perseguita. Ed infatti, la CGUE, rievocando i precedenti *Bsa* e *Football Association*, ha precisato che il diritto d'autore su una banca dati non può essere attribuito qualora la sua «costituzione sia dettata da considerazioni di carattere tecnico, da regole o vincoli che non lascino un apprezzabile margine per la libertà creativa»<sup>348</sup> [enfasi mia aggiunta].

---

effettua l'iscrizione, alle caratteristiche del cavallo, nonché alle qualificazioni del cavallo, del suo proprietario e del fantino, non può negarsi che questo lavoro di verifica preliminare interviene nella fase di creazione dell'elenco relativo alla corsa di cui trattasi. Esso costituisce quindi un investimento collegato alla creazione di dati, e non alla verifica del contenuto della banca di dati. Per effetto di tale ragionamento, la CGUE ha sancito che i mezzi destinati all'elaborazione di un elenco dei cavalli partecipanti ad una corsa e alle operazioni di verifica che si inseriscono in tale ambito non corrispondono ad un investimento collegato al conseguimento e alla verifica del contenuto della banca di dati nella quale figura questo elenco. Essa ha quindi enunciato il seguente principio di diritto: «La nozione di investimento collegato al conseguimento del contenuto di una banca dati ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva deve essere intesa nel senso che indica i mezzi destinati alla ricerca di elementi esistenti e alla loro raccolta nella detta banca dati. Essa non comprende i mezzi impiegati per la creazione degli elementi costitutivi del contenuto di una banca dati».

<sup>346</sup> CGUE, sentenza del 9 novembre 2004, Causa C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd v. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE*, EU:C:2004:697; IDEM, sentenza del 9 novembre 2004, Causa C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus AB*, EU:C:2004:694; IDEM, sentenza del 9 novembre 2004, Causa C-338/05, *Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AL*, EU:C:2004:696.

<sup>347</sup> *Football Dataco*, par. 38.

<sup>348</sup> *Ivi*, par. 39.

Nel caso di specie, il calendario oggetto di scrutinio costituiva indubbiamente il risultato di una notevole mole di lavoro che richiedeva anche un solido *know-how* nella capacità di organizzazione degli incontri calcistici, dovendo rispettare i delicati equilibri scanditi dalle regole che governano i campionati di calcio<sup>349</sup>. Ad esse si aggiungono le particolari richieste delle squadre, nonché una serie di ulteriori parametri, quali, ad esempio, le date di inizio e di fine stagione, il numero di incontri da disputare, la presenza di date riservate ad altri tornei nazionali, europei o internazionali<sup>350</sup>.

Non vi sarebbero pertanto dubbi rispetto alla idoneità del lavoro in questione ad essere tutelato dal *copyright* secondo la teoria dello *sweat of the brow*. Tuttavia, dovendo ragionare secondo le coordinate ermeneutiche filo-personalistiche fornite dalla CGUE, pare ragionevole ritenere che il calendario indagato non possa beneficiare della protezione autoriale in considerazione del ristretto margine di discrezionalità organizzativa.

Con la sentenza *Football Dataco*, la CGUE ha confermato l'ipotesi che la verifica dell'impronta personalistica dell'autore per stabilirne l'originalità debba essere interpretata in senso estensivo, applicandola anche ai database.

Bisogna però osservare che la CGUE ha risolto la questione esigendo qualcosa di più rispetto al dato normativo, il quale si limitava a prevedere che la banca dati dovesse costituire una creazione intellettuale dell'autore<sup>351</sup>. Nulla era stato detto in merito alla sua idoneità a dover riflettere anche l'impronta personalistica dell'autore. Esso era, infatti, unicamente previsto per le opere fotografiche (confermato qualche anno dopo dalla CGUE con la sentenza *Renckhoff*<sup>352</sup>) ed è stata la giurisprudenza a determinarne l'estensione alle banche dati. Sembra quindi opportuno verificare se la duplice condizione della creazione intellettuale propria dell'autore e della sua capacità di rispecchiarne la personalità concerna soltanto i database e le opere fotografiche oppure debba essere accertata anche rispetto a tutte le altre opere dell'ingegno.

---

<sup>349</sup> Tra le "regole d'oro" si ricordano almeno le seguenti: (i) nessuna squadra può disputare tre incontri consecutivi in casa o in trasferta, (ii) nell'ambito di cinque incontri consecutivi nessuna squadra può disputare quattro incontri in casa o quattro incontri in trasferta, (iii) nella misura del possibile, ogni squadra dovrà aver disputato, in ogni momento della stagione, un ugual numero di partite in casa e in trasferta, (iv) tutte le squadre dovrebbero disputare, nella misura del possibile, un ugual numero di turni infrasettimanali in casa e in trasferta. *Ivi*, par. 13.

<sup>350</sup> *Ivi*, par. 14.

<sup>351</sup> Direttiva 96/9/CE, Considerando nn. 15, 16.

<sup>352</sup> CGUE, sentenza del 7 agosto 2018, Causa C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, EU:C:2018:634. Nonostante il principale oggetto della questione fosse inerente alla definizione di atto di comunicazione al pubblico, ai sensi dell'art. 3 della direttiva 29/2001/CE, al fine di stabilire se la riproduzione da parte di un istituto di istruzione secondaria tedesco (la "Gesamtschule" di Waltrop, rappresentata in giudizio dal Land della Vestfalia) della fotografia scattata dal fotografo Dirk Renckhoff costituisca una violazione del suo diritto di sfruttamento economico, la CGUE, al par. 14 della sentenza in oggetto, ha colto nuovamente l'occasione per ricordare in via preliminare i requisiti che una fotografia deve soddisfare per accedere alla tutela autoriale, ovvero che essa sia espressione di scelte libere e creative del fotografo idonee a rifletterne la sua personalità, restando fedele al precedente *Painer*, par. 94.



#### 4.2.6 (*Segue*) Le funzioni, il linguaggio di programmazione e il formato dei file di un programma per elaboratore

Una prima parziale risposta è stata fornita due mesi dopo nel caso *SAS Institute*<sup>353</sup> in cui sembra che la CGUE abbia escluso la pretesa che l'opera rifletta la personalità dell'autore con riguardo ai programmi per elaboratore, ritenendo sufficiente che il codice oggetto e il codice sorgente soddisfino il requisito della creazione intellettuale propria dell'autore.

In proposito, la pronuncia della CGUE è stata sollecitata dalla *High Court of Justice* del Regno Unito, la quale a sua volta era stata chiamata ad accertare la fondatezza dell'azione di contraffazione proposta da una società che sviluppava software analitici, la *SAS Institute Inc.* (di seguito *SAS*), nei confronti della *World Programming Ltd.* (di seguito *WPL*) per la violazione del diritto d'autore che la *BSA* deterrebbe sui propri programmi per elaboratore e sui relativi manuali d'uso.

Più precisamente, la principale *quaestio iuris* concerneva l'idoneità dell'interfaccia grafica utente, delle funzionalità del software prodotto dalla *BSA*, del suo linguaggio di programmazione e del formato di file dati da essa utilizzati, ad essere tutelati dal diritto d'autore, ai sensi dell'art. 1, par. 2, della direttiva 91/250/CE. Essi erano state riprodotti dalla *WPL* mediante l'osservazione, lo studio e la sperimentazione del programma offerto da *SAS*, utilizzato tramite una licenza d'uso. In proposito, occorre verificare se tale licenza legittimasse *WPL* a svolgere un'attività sostanzialmente paragonabile al *reverse engineering*, aggravata dalla circostanza che essa era strumentale a sviluppare le medesime funzioni commercializzate dalla società concorrente.

Posto che la tutela dei programmi per elaboratore, ai sensi della "direttiva software", attiene al codice sorgente e al codice oggetto, a condizione che soddisfino il noto requisito della creazione intellettuale propria dell'autore (e non si estende invece, come affermato nel precedente *Bsa*, le quali eventualmente accedono alla protezione prevista dalla direttiva 2001/29/CE), la CGUE ha escluso che l'interfaccia grafica potesse beneficiare della tutela d'autore, in quanto costituente soltanto un elemento

---

<sup>353</sup> CGUE, sentenza del 12 maggio 2012, Causa C-406/10, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd.*, EU:C:2012:259. Per alcuni interessanti commenti, cfr. F. DAVEY, *Reverse engineering and copyright in programming languages and data file formats*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 8, VII, 2013, pp. 512-514; G. NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore. La Corte di Giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, del Trasporti e dell'Ambiente*, vol. 11, 2013, pp. 69-96; IDEM, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europa e diritto privato*, II, 2013, pp. 544-596; E. BARKER, I. HARDING, *Copyright, the ideas/expression dichotomy and harmonization: digging deeper into SAS*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 7, IX, 2012, pp. 673-679; D.J. GERVAIS, E. DERCLAYE, *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?*, in *Journal European Intellectual Property Review*, vol. 34, VIII, 2012, pp. 565-572; F. MACREZ, *Copyright, computer programs and the Court of Justice*, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, VII, 2012, pp. 190-286.

del programma attraverso cui gli utilizzatori ne possono sfruttare le funzionalità<sup>354</sup>. Del pari, si è negata la protezione delle funzioni di un software per mezzo dell'argomento *a contrario* secondo cui l'eventuale riconoscimento della tutela autoriale equivarrebbe ad offrire la possibilità di monopolizzare le idee, a scapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale<sup>355</sup>.

Invero, la tutela accordata dal diritto d'autore può estendersi soltanto alle forme espressive di un software e non anche alle sue funzionalità in quanto occorre lasciare un sufficiente spazio di libertà espressiva agli altri autori affinché questi ultimi possano creare dei programmi simili, purché beninteso si astengano dal copiare pedissequamente (le cd. *verbatim copies*) quelli già esistenti<sup>356</sup>. In altre parole, il riconoscimento dell'esclusiva autoriale sulla funzione di un software rischierebbe di congelare l'innovazione all'interno del mercato raggiungibile dalla funzione interessata, con tutti i conseguenti rischi legati al potere del monopolista di impedirne eventuali miglioramenti, nonché di stabilirne il prezzo e tutte le condizioni di utilizzo.

Tracciate tali premesse, se, da un lato, la CGUE ha escluso che la funzionalità di un software possa beneficiare della tutela autoriale, in relazione sia alla direttiva 91/250/CE che alla direttiva 2001/29/CE, dall'altro, ha ammesso che il linguaggio di programmazione e il formato di *file* dei dati utilizzati per eseguire una certa funzione possano essere tutelati ai sensi della direttiva 2001/29/CE, allorquando costituiscano una creazione intellettuale dell'autore<sup>357</sup>.

Nel giudizio di rinvio, la Corte d'appello competente ha quindi negato la protezione autoriale delle funzioni del software prodotto dalla SAS, conformandosi al chiaro dettato della CGUE secondo cui esse devono

---

<sup>354</sup> *SAS Institute*, par. 38.

<sup>355</sup> *Ivi*, par. 40.

<sup>356</sup> *Ivi*, 41, richiamando il Considerando n. 14 della direttiva 91/250/CE, secondo cui « [l]e idee e i principi che sono alla base della logica, degli algoritmi e dei linguaggi di programmazione non sono tutelati a norma della presente direttiva», nonché il Considerando n. 18, in forza del quale «[a] una persona avente il diritto di utilizzare un programma per elaboratore non si deve impedire di eseguire gli atti necessari per osservare, studiare o sperimentare il funzionamento del programma, a condizione che tali atti non costituiscano una violazione del diritto d'autore sul programma stesso». Quest'ultimo principio si traduce nel diritto del licenziatario di non chiedere l'autorizzazione al titolare del diritto per tutte le attività di osservazione, studio o sperimentazione del funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee e i principi su cui esso è fondato, come stabilito dall'art. 5, par. 3 della direttiva in oggetto. Occorre dunque lasciare ai futuri autori la "desired latitude" per produrre nuove creazioni che sarebbero altrimenti appannaggio di chi per primo ha ottenuto un diritto di esclusiva su un'idea.

<sup>357</sup> *Ivi*, par. 45. Il medesimo iter logico-argomentativo è stato applicato con riguardo alla questione sulla protezione ai sensi del diritto d'autore del manuale d'uso del programma realizzato dalla SAS per stabilire se CWD, nel riprodurre alcune parti all'interno del suo manuale d'uso e nel suo software, fosse incorsa in un atto di plagio. Al par. 67 della sentenza in epigrafe la CGUE ha stabilito che la tutela autoriale del manuale d'uso si atteggia in modo analogo a quella prevista per tutte le altre opere letterarie e, di conseguenza, potrà essere riconosciuta allorquando l'autore abbia espletato scelte idonee ad esprimere il proprio spirito creativo in modo originale. Anche in tal caso si è precisato che la suddetta valutazione resti nella competenza esclusiva del giudice nazionale.

qualificarsi come idee e sono pertanto inidonee a beneficiare della protezione autoriale<sup>358</sup>.

#### 4.2.7 (Segue) Le componenti grafiche e sonore di un videogioco

Un approccio parzialmente espansivo è stato adottato nel caso *Nintendo*<sup>359</sup>, nel quale la CGUE ha incidentalmente affermato la tutela autoriale delle componenti grafiche e sonore di un videogioco per poi verificare la legittimità delle misure tecnologiche di protezione ad esse applicate.

Nello specifico, le imprese afferenti al gruppo Nintendo Co. Ltd. (di seguito Nintendo) avevano rilevato l'elusione delle loro misure tecnologiche di protezione da parte della PC Box S.r.l. (di seguito PC Box), la quale consentiva ai terzi di utilizzare i giochi senza l'autorizzazione del titolare. Pertanto, Nintendo ha chiamato in giudizio la PC Box innanzi al Tribunale di Milano per l'accertamento, *inter alia*, della violazione del diritto d'autore sulle componenti grafiche e sonore dei propri videogiochi mediante l'aggiramento delle apposite tecnologie di anticontraffazione. Il Tribunale meneghino ha sospeso il procedimento per sottoporre alla CGUE alcune questioni pregiudiziali relative principalmente all'esame in merito all'elusione delle misure tecnologiche di protezione.

La Corte di Lussemburgo ha anzitutto risolto la questione che maggiormente rileva ai fini della presente indagine relativa alla tutela autoriale delle componenti grafiche e sonore di un videogioco. In proposito, la CGUE ha affermato che la codificazione in linguaggio informatico degli elementi grafici e sonori di un videogioco non osta al riconoscimento del diritto d'autore, ai sensi della direttiva 2001/29/CE, allorquando essi soddisfino il noto requisito dell'idoneità a costituire una creazione intellettuale propria dell'autore, senza precisare cosa ciò debba significare<sup>360</sup>. Ne consegue che su un videogioco possono insistere due diritti d'autore, quello sulla componente tecnica rappresentata dal codice oggetto e dal codice sorgente, per effetto della direttiva 2009/24/UE (che costituisce *lex specialis*

---

<sup>358</sup> Per una sintetica ricostruzione della sentenza emessa dal giudice *ad quem* si richiama I. SILVERMAN, *SAS: major software copyright ruling upheld*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 9, III, 2014, pp. 179–181. Giova segnalare che il par. 37 della decisione in discorso evidenzia l'influenza del diritto europeo sull'innalzamento del requisito di originalità nell'ordinamento anglosassone, testimoniando il progressivo passaggio dal criterio dello "skill, labour or judgement" a quello dell' "authors' own intellectual creation": «if the Information Society Directive has changed the traditional domestic test, it seems to me that it has raised rather than lowered the hurdle to obtaining copyright protection».

<sup>359</sup> CGUE, sentenza del 23 gennaio 2014, Causa C-355/12, *Nintendo Co. Ltd e altri contro PC Box Srl e 9Net Srl*, EU:C:2014:25, con commento di H. NEWTON, A. MOIR, R. MONTAGNON, *CJEU increases burden on manufacturers of games consoles to prove the unlawfulness of devices circumventing technological protection measures and that their TPMs are proportionate*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 9, VI, 2014, pp. 456-458.

<sup>360</sup> *Nintendo*, par. 23.

rispetto alla direttiva 2001/29/CE<sup>361</sup>), e quello sulle componenti dal più spiccato valore artistico, ovvero le parti visive e sonore, in base alla direttiva 2001/29/CE.

Dunque, ad avviso della CGUE, in linea con i precedenti *Bsa* e *SAS Institute*, il requisito dell'impronta personalistica dell'autore sembrerebbe riguardare soltanto le opere fotografiche, le banche dati e non anche i programmi per elaboratore, unitamente agli elementi maggiormente "artistici" da essi discendenti, quali le interfacce grafiche utente, il linguaggio di programmazione, il formato dei file impiegato, o le componenti artistiche e sonore di un videogioco.

Si ripropone dunque il dubbio circa il livello di estensione dell'attività di armonizzazione legislativa e giurisprudenziale europea nella definizione del requisito di originalità delle opere dell'ingegno. Non è infatti ancora chiaro se gli Stati membri conservino il potere di declinare discrezionalmente tale requisito rispetto alle opere escluse dall'intervento legislativo europeo oppure se invece possa desumersi la volontà di un'applicazione "transtipica" così estesa a tutte le opere dell'ingegno.

#### 4.2.8 (*Segue*) Il sapore di un alimento

Il bivio ermeneutico è stato risolto qualche anno dopo nel caso *Levola Hengelo*<sup>362</sup>, in cui la CGUE è stata nuovamente chiamata a specificare quali fossero i requisiti per la tutela autoriale di una creazione intellettuale, fornendo delle delucidazioni sia sulla nozione di opera dell'ingegno – ai fini della perimetrazione dell'ampiezza orizzontale del diritto d'autore – sia del connesso requisito di originalità – rilevante, invece, per la definizione dell'ampiezza verticale del diritto d'autore – in occasione dell'esame sulla idoneità del sapore di un alimento ad essere annoverato tra le opere protette dal diritto d'autore.

Al riguardo, la *Levola Hengelo BV* (di seguito *Levola*) affermava che la *Smilde Food BV* (di seguito *Smilde*), avendo iniziato a produrre nel 2014 un formaggio spalmabile aromatizzato alle erbe, avesse violato il diritto

---

<sup>361</sup> *Ibidem*.

<sup>362</sup> CGUE, sentenza del 13 novembre 2018, Causa C-310/17, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, EU:C:2018:899. Per un primo inquadramento, cfr. D. FLINT, *Hubble, Bubble Toil and Trouble*, in *Business Law Review*, vol. 40, I, 2019, pp. 28-29; L. DIJKMAN, *CJEU rules that taste of a food product is not protectable by copyright*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, II, 2019, pp. 85-87. Anteriormente alla decisione, v. E. ROSATI, *Why the CJEU cheese copyright case is anything but cheesy*, *ivi*, vol. 12, X, 2017, pp. 813-814. Più approfonditamente cfr. J. MCCUTCHEON, *The concept of the copyright work under EU law*, in *European Law Review*, vol. 44, VI, 2019, pp. 767-788; C. SGANGA, *Say nay to a tastier copyright: why the CJEU should deny copyright protection for taste (and smells)*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, III, 2019, pp. 187-196; G. SPOTO, *«De gustibus non disputandum est», ovvero il sapore di un alimento non può essere tutelato dal diritto d'autore*, in *Il Foro Italiano*, IV, 2019, pp. 271 ss. Prima ancora che la questione fosse sottoposta al Giudice europeo, v. C.H. PEREZ, *The possibility of IP protection for smell*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, X, 2014, pp. 665-674; C.C. VON SCHOLTEN ILLUM, *On copyright protection of smell, taste and texture*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, X, 2012, pp. 704-709.

d'autore che la Levola deterrebbe sul suo formaggio spalmabile aromatizzato alle erbe, in commercio già dal 2011<sup>363</sup>. Ad avviso della società attrice, il diritto d'autore comprenderebbe anche il sapore di un cibo, definibile come «l'impressione complessiva sugli organi del gusto prodotta dal consumo di un alimento, compresa la sensazione tattile percepita nella bocca»<sup>364</sup>. Sicché, la nozione di opera dell'ingegno non dovrebbe limitarsi ad includere soltanto quelle creazioni percepibili attraverso la vista o l'udito alla luce del fatto che l'arte e la cultura potrebbero parimenti essere percepite attraverso la stimolazione di altri sensi, quali il gusto<sup>365</sup> o l'olfatto, come dimostrato nel caso *Lancôme*<sup>366</sup> in cui la Corte Suprema dei Paesi Bassi ha riconosciuto la tutela autoriale di un profumo<sup>367</sup>.

In base al ragionamento prospettato dalla Levola, la Smilde sarebbe responsabile della riproduzione non autorizzata della sua particolare "opera". In altre parole, la condotta della Smilde sarebbe idonea ad integrare un atto di plagio (alquanto *sui generis*).

Diversamente, la Smilde ribatteva che la protezione dei sapori non possa essere inclusa nel sistema del diritto d'autore poiché tale istituto sarebbe finalizzato a promuovere unicamente le creazioni visive e sonore e non anche quelle olfattive e gustative. Peraltro, non vi è un comune consenso in seno alle Corti domestiche in ordine alla tutela autoriale di una produzione

---

<sup>363</sup> Giova dar conto che nel 2012 il procedimento di produzione del predetto formaggio è stato registrato con successo come brevetto.

<sup>364</sup> *Levola Hengelo*, par. 18.

<sup>365</sup> Sul nutrito dibattito relativo alla tutela autoriale della *haute cuisine*, cfr. in particolare C.Y.N. SMITH, *Copyright in culinary presentations*, in E. BONADIO, N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, op. cit., pp. 128-150; N. YAP, *The proof is in the plating: copyright protection of culinary arts and reform for the categories of authorial works*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 49, IV, 2017, pp. 226-237; T. SU LI CHENG, *Copyright protection of haute cuisine: recipe for disaster?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 30, III, 2008, pp. 93-101; C. BUCCAFUSCO, *On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 24, n. 1121, 2006, pp. 1149 ss. Ritengo che la tutela dipenda dalla tipologia di creazione, indipendentemente dalla sua deperibilità, posto che comunque vi sarebbe una fissazione per un tempo sufficiente a riprodurla. Ad esempio, nell'ambito del *cake design*, la torta di Obama preparata in occasione della sua elezione a Presidente degli Stati Uniti potrebbe beneficiare della tutela autoriale in quanto opera scultorea, ex art. 2, n. 4), l.d.a. (ove si consideri la legge italiana) e la copia pedissequa fatta realizzare da Trump quattro anni dopo per la sua elezione a Presidente costituirebbe un *copyright infringement*. Appare invece più difficile riconoscere la protezione rispetto ai "salmon cornets" di David Goldman oppure al pho vietnamita, alla luce della difficile fissazione causata dallo stato liquido della zuppa nella quale vengono inseriti gli ingredienti. Vi è a tal proposito una sentenza statunitense del 30 agosto 2011 emessa dalla Corte distrettuale della California, Divisione occidentale, *Kim Seng Company v. J&A Importers, Inc.*, n. CV10-742 CAS, che ha negato la tutela autoriale di una *bowl* di *noodles* in quanto non sufficientemente originale, oltre che deperibile. Tuttavia, quest'ultima motivazione sembra essere il frutto di una giurisprudenza molto creativa dal momento che il requisito della non deperibilità non trova alcun appiglio legislativo, nemmeno nella legge sul diritto d'autore statunitense.

<sup>366</sup> *Hoge Raad der Nederlanden*, sentenza del 16 giugno 2006, NL:HR:2006:AU8940.

<sup>367</sup> Il tema è stato ampiamente esaminato nella dottrina italiana da M. FABIANI, *Il diritto d'autore sui profumi*, in *Il Diritto d'Autore*, 2012, pp. 206 ss.

olfattiva posto che, ad esempio, la Corte di Cassazione francese ha negato la protezione autoriale di un profumo<sup>368</sup>.

Il Tribunale di Gelderland ha rigettato la domanda proposta dalla Levola, mentre la Corte d'appello di Arnhem-Leeuwarden ha sospeso il giudizio, esercitando il rinvio pregiudiziale alla CGUE, *ex art.* 267 TFUE, al fine di chiarire se la nozione di “opere letterarie e artistiche”, di cui all'art. 2, par. 1, della Convenzione di Berna, concerne soltanto le creazioni percepibili con gli occhi e/o con l'udito oppure debba intendersi più ampiamente nel senso di includere anche quelle apprezzabili mediante altri sensi. La Corte olandese ha altresì richiesto, qualora dovesse ammettersi la rilevanza dell'olfatto e del gusto, se l'eventuale instabilità di un alimento e/o il carattere soggettivo dell'esperienza gustativa dello stesso ostino a qualificare il suo sapore come un'opera protetta dal diritto d'autore<sup>369</sup>.

In proposito, la CGUE ha condivisibilmente ritenuto opportuno fornire una nozione di opera dell'ingegno tale da poter essere accolta in modo omogeneo in tutto il territorio europeo, evidenziando l'esigenza di un'applicazione uniforme del diritto dell'UE. La base normativa che la Corte di Lussemburgo ha invocato per legittimare il proprio intervento è esattamente il principio di uguaglianza<sup>370</sup>, di cui all'art. 2 del TUE, muovendo dalla considerazione che una protezione differenziata delle opere dell'ingegno potrebbe determinare delle discriminazioni legate, con riguardo al caso di specie, al fatto che una creazione sia in alcuni Paesi tutelata dal diritto d'autore, mentre in altri ne sia invece esclusa.

Sulla scorta di tale motivazione, la CGUE ha affermato che una creazione intellettuale è idonea a qualificarsi come opera dell'ingegno, ai sensi della direttiva 2001/29/CE, allorquando ricorrano due condizioni cumulative:

1. l'originalità, nel senso che essa costituisca una creazione intellettuale propria del suo autore;
2. la sua manifestazione attraverso degli elementi che consentano di identificare l'opera con sufficiente precisione e obiettività, quand'anche tali elementi non abbiano una durata permanente<sup>371</sup>.

Il contenuto della sentenza in epigrafe si apprezza per aver dissipato una volta per tutte i dubbi legati alla *vexata quaestio* sulla portata applicativa del requisito della “creazione intellettuale propria dell'autore”. Esso non è

---

<sup>368</sup> *Cour de Cassation*, sentenza del 10 dicembre 2013, FR:CCASS:2013:CO01205, con nota di T. CHIOU, *France: case note on “Tresor-Armani-Mania”*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45, VII, 2014, pp. 852-854.

<sup>369</sup> *Levola Hengelo*, par. 25.

<sup>370</sup> *Ivi*, par. 33. Conviene richiamare le parole scelte dalla CGUE per legittimare il proprio intervento in quanto esse risultano efficaci non solo per argomentare a favore di un'interpretazione uniforme della nozione di opera dell'ingegno, ma anche per sostenere la tesi a favore di un'analoga omogeneizzazione del connesso requisito di originalità: «[v]iste le esigenze tanto dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto del *principio di uguaglianza*, tale nozione deve di norma dar luogo, in tutta l'Unione, ad un'interpretazione autonoma e *uniforme* (v., in tal senso, sentenze del 16 luglio 2009, *Infopaq International*, C-5/08, EU:C:2007:465, punti 27 e 28, nonché del 3 settembre 2014, *Deckmyn e Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, punti 14 e 15)». [enfasi mie].

<sup>371</sup> *Ivi*, parr. 35-41.

riservato alle tipologie di creazioni espressamente disciplinate in tal senso, ovvero i programmi per elaboratore, le opere fotografiche e le banche dati, ma, per effetto di un'interpretazione estensiva, deve essere orizzontalmente applicato a tutte le restanti opere dell'ingegno.

Dunque, gli Stati membri non sarebbero più titolari del potere più volte affermato in precedenza di fissare discrezionalmente i requisiti di originalità delle tipologie di opere escluse dell'armonizzazione legislativa europea. Ne consegue che l'esame dell'interprete è eguale per ogni tipologia di opera dell'ingegno, concretizzandosi nella verifica dell'idoneità della medesima a costituire una creazione intellettuale propria dell'autore, a prescindere dal settore artistico/culturale di appartenenza.

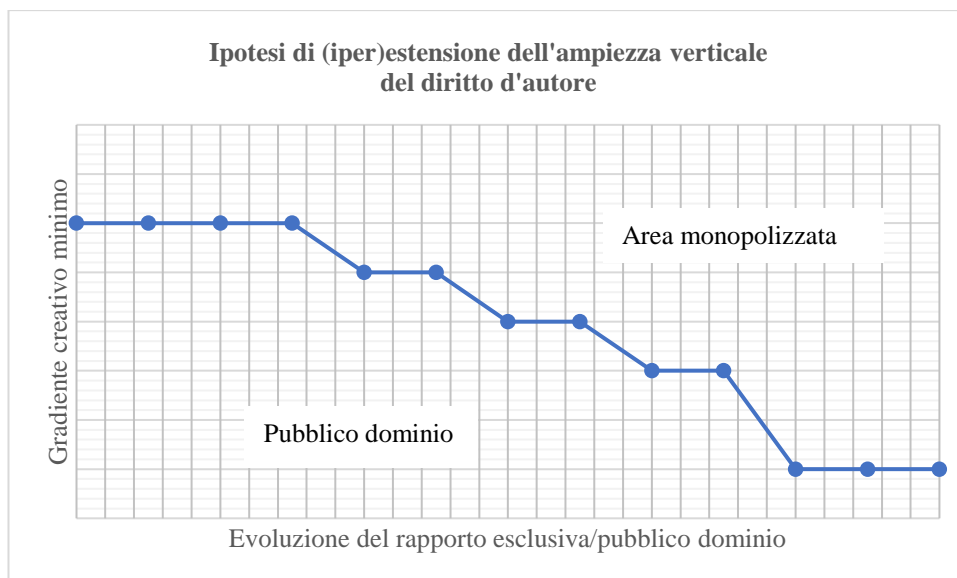
Per quanto attiene al significato di questo requisito, più volte criticato per la sua inclinazione a prestarsi a riflessioni tautologiche, esso sembra ragionevolmente coincidere con la valutazione circa la sussistenza in capo all'autore di una manovra di libertà espressiva più o meno apprezzabile, in conformità ai precedenti *Football Association*, *Painer* e *Football Dataco*. La quantificazione del termine "apprezzabile" non è univoca per tutte le funzioni creative, bensì dipende dalle specificità del settore artistico/culturale interessato e da una serie di indici, tra cui in particolare la sua popolarità<sup>372</sup>. (v. *infra* Capitolo Quarto).

Orbene, il grado di estensione del margine di arbitrarietà espressiva a disposizione dell'autore risulta essere decisivo per determinare l'ampiezza verticale del diritto d'autore, intesa come l'area coperta dai diritti monopolistici in relazione al gradiente minimo di creatività richiesto. Quanto più basso è il livello di discrezionalità creativa sufficiente per beneficiare dell'esclusiva autoriale tanto più alta è l'ampiezza verticale del diritto d'autore, e, di converso, tanto più bassa è l'area del pubblico dominio. E così viceversa.

Tale rapporto può essere raffigurato nel seguente grafico cartesiano:

---

<sup>372</sup> All'infittirsi del reticolato di opere in un dato settore, si consolida lo stato dell'arte e specularmente diminuisce il rischio di dover richiedere una licenza per elementi divenuti di pubblico dominio. Ciò a differenza del settore brevettuale in cui si forma un groviglio di diritti escludenti (cd. *patent phicket*) che rischia di bloccare l'innovazione ove non operino meccanismi di licenza, siano essi volontari o obbligatori.



Come si legge dal titolo del grafico, esso descrive l'ipotesi – ad oggi più verosimile secondo la dottrina maggioritaria – di progressivo (iper)abbassamento giurisprudenziale del gradiente creativo minimo necessario per l'apertura dei cancelli del diritto d'autore, mettendo in risalto le sue ripercussioni in termini di graduale erosione dell'area del pubblico dominio contestualmente alla crescente "popolazione" dell'area artistico-culturale monopolizzata.

Al riguardo, appare utile richiamare la felice (o forse infelice) metafora<sup>373</sup> della brocca alla quale viene tolta costantemente dell'acqua in corrispondenza dei periodici interventi della giurisprudenza. Egli critica con una certa preoccupazione l'orientamento generoso seguito dalla CGUE nell'abbassamento del gradiente creativo minimo per l'accesso alla tutela autoriale delle opere dell'industrial design, avvertendo che l'altra faccia della medaglia di una protezione residuale del diritto d'autore sarebbe appunto una protezione diffusa e, di conseguenza, un'ipertutela di creazioni anche molto poco originali. Nel capitolo Quarto si valuterà questa ipotesi attraverso l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali delle corti italiane, sia di merito che di legittimità, verificando altresì se essa possa essere trapiantata efficacemente anche con riguardo alle restanti opere dell'ingegno.

In secondo luogo, la rilevanza della sentenza in oggetto si ricava altresì dal fatto che la CGUE ha fornito per la prima volta dei criteri funzionali ad una migliore delineazione dei confini entro i quali un lavoro frutto dell'intelletto umano possa legittimamente ergersi ad opera dell'ingegno.

In particolare, la Corte ha statuito che l'opera debba essere identificabile con chiarezza e precisione, dovendo invece evitare, per quanto possibile, qualsiasi elemento di soggettività idoneo ad influenzarne il risultato. Così, ad esempio, una melodia è chiaramente identificabile attraverso il pentagramma, così come un racconto può essere precisamente identificato nelle parole che lo descrivono o nelle scene di un film che lo riproducono.

<sup>373</sup> Proposta da A. SCIUMÈ, Conferenza del 26 marzo 2021 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Brescia *Opere, authorship e mercato. Diritti e tutele degli autori tra personalità e impresa*.



Tali opere sono accumulate dall'esistenza di un linguaggio accolto da una pluralità di soggetti che consente di riconoscerle in modo univoco e specularmente di distinguerle dalle opere simili. Ciò al fine di garantire la certezza del diritto in favore di tutti gli interpreti coinvolti nella valutazione sulla sussistenza del diritto d'autore su una produzione intellettuale, siano essi i giudici, l'ufficio di proprietà intellettuale eventualmente esistente, l'asserito o gli asseriti autori, oppure anche i loro concorrenti.

Un'interpretazione troppo evanescente della nozione di opera dell'ingegno potrebbe, infatti, provocare il rallentamento dei soggetti economici operanti nei mercati artistici e culturali, i quali verserebbero nell'insicurezza circa l'esistenza di un diritto di esclusiva su una determinata creazione, unitamente al connesso rischio di esporsi ad accuse di plagio.

Non rilevarebbe invece il carattere permanente o temporaneo del supporto sul quale l'opera è fissata. Alla luce di tale orientamento, non vi sarebbero ostacoli nella tutela autoriale delle sculture di ghiaccio<sup>374</sup> o delle composizioni di sabbia colorata realizzate da alcuni monaci tibetani<sup>375</sup>, nonostante le prime siano destinate a sciogliersi e le seconde debbano essere

---

<sup>374</sup> La questione è stata incidentalmente trattata dalla giurisprudenza anglosassone risolvendosi in senso affermativo nella sentenza del 10 marzo 1997, n. 718 emessa dalla *Patents Court* del Regno Unito, relativa al caso *Metix (UK) Limited and Another v. G.H. Maughan (Plastics) Limited and Another*, in cui il Giudice Laddie ha affermato che il requisito della fissazione dell'opera su un supporto materiale sussista anche qualora si tratti di un supporto di ghiaccio, indipendentemente dalla sua possibilità di essere sciolto all'aumentare della temperatura: «a sculpture made from ice is no less a sculpture because it may melt as soon as the temperature rises». Sul punto si confrontino le più ampie riflessioni presenti in E. BONADIO, *How far can copyright be stretched? Framing the debate on whether new and different forms of creativity can be protected*, in *Intellectual Property Quarterly*, II, 2019, pp. 115-135; E. DERCLAYE, *Debunking some of UK copyright law's longstanding myths and misunderstandings*, *ivi*, I, 2013, pp. 1-17; S. CLARK, *Lucasfilm Ltd and Others v Ainsworth and Another: the force of copyright protection for three-dimensional designs as sculptures or works of artistic craftsmanship*, in *European Intellectual Property Review*, vol 31, VII, 2009, pp. 384-388.

<sup>375</sup> Queste creazioni sono tecnicamente denominate “mandala”. Esse rappresentano nella tradizione buddhista la residenza delle divinità tantriche. I mandala di sabbia sono delle strutture di sabbia colorata immensamente complesse e sono il risultato di un paziente e certosino lavoro artistico. Tuttavia, questa creazione è soltanto temporanea in quanto appena terminata si procede alla celebrazione di una cerimonia dedicata alla sua dissoluzione grazie alla quale si consentirebbe metaforicamente di liberare la divinità ivi residente. Dunque, il mandala viene gettato in uno specchio d'acqua (generalmente un fiume), disperdendo così tutto il lavoro sino a quel momento svolto. Tale cerimonia veicola il messaggio di non attaccamento dell'uomo alle cose materiali, esaltandone la temporaneità e la scarsa importanza. Sino a qualche anno fa, i mandala non erano reputati opere artistiche e venivano immediatamente dissolti al loro completamento durante le cerimonie private di dissoluzione, essendo stati concepiti per lungo tempo come il frutto di attività esclusivamente religiose. È solo negli ultimi anni che il Dalai Lama ha permesso che i mandala venissero realizzati in pubblico, come mezzo per insegnare e diffondere la cultura tibetana. Ciò ha fatto sorgere la questione sulla tutelabilità autoriale di queste composizioni, la quale si è risolta in senso negativo in quanto i mandala si “limitano” a replicare dei disegni della tradizione buddhista. Dunque, la causa di esclusione dal diritto d'autore non risiede nella temporaneità, bensì nella loro tendenziale carenza di originalità. In questo senso, W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, op. cit., pp. 54-55. Ciò non esclude chiaramente che i mandala – ed in via generale le composizioni di sabbia – aventi carattere originale possano essere annoverate tra le opere dell'ingegno. Per maggiori dettagli sulla cultura dei mandala si rinvia al sito istituzionale del Monastero di Namgyal, uno dei luoghi principali dove questa tradizione artistico-religiosa viene coltivata: <https://www.namgyal.org/more-about-sand-mandala/>.

gettate in acqua durante un'apposita cerimonia dedicata alla loro dissoluzione. Beninteso, la loro protezione resta parimenti condizionata alla circostanza che esse soddisfino il succitato requisito di originalità.

Nel caso di specie, la CGUE ha infatti escluso che il sapore del formaggio aromatizzato alle erbe prodotto dalla Levola potesse qualificarsi come opera dell'ingegno in quanto, allo stato attuale dello sviluppo scientifico, mancherebbero quegli strumenti tecnici in grado di identificare il sapore di un alimento in modo preciso ed obiettivo, consentendo così di distinguerlo da altri prodotti dello stesso tipo<sup>376</sup>. Tale difficoltà non si presenta, come accennato *supra*, rispetto, ad esempio, alle opere letterarie, pittoriche, cinematografiche o musicali, le quali possono essere identificate in modo preciso e obiettivo attraverso il loro supporto oppure ricorrendo ad un linguaggio universalmente accolto.

Di converso, l'identificazione del sapore di un alimento si basa essenzialmente su sensazioni ed esperienze gustative soggettive e variabili, in quanto dipendenti essenzialmente da fattori connessi alla persona che assapora il prodotto in questione, come la sua età, le sue preferenze alimentari, le sue abitudini di consumo, nonché l'ambiente o il contesto in cui tale prodotto viene assaggiato<sup>377</sup>.

Dunque, l'esclusione del sapore di un alimento dalla possibilità di essere qualificato come opera dell'ingegno non è dovuta alla temporaneità del supporto sul quale esso viene fissato, quanto invece all'assenza di parametri oggettivi comunemente condivisi che consentano la trasposizione – grafica o su altro supporto – delle percezioni gustative provate durante il consumo dell'alimento in questione, così da poterlo distinguere rispetto ad altri prodotti simili.

---

<sup>376</sup> *Levola Hengelo*, parr. 43, 44. La questione sull'individuazione di uno strumento in grado di identificare con obiettività e precisione un lavoro dell'intelletto si era analogamente presentata con riguardo alle coreografie. Essa è stata risolta attraverso l'utilizzo di una sorta di alfabeto accolto dal mondo della danza (la cd. notazione) funzionale a trasporre graficamente la successione dei singoli passi di una coreografia. Inoltre, l'evoluzione tecnologica ha permesso di affiancare a tale soluzione anche quella della registrazione dei movimenti tramite videocamera. Per interessanti riflessioni sul punto cfr. F. YEOH, *Choreographers' copyright dilemma*, in *Entertainment Law Review*, vol. 23, VII, 2012, pp. 201-208; K. ABITABILE, J. PICERNO, *Dance and the Choreographer's Dilemma: A Legal and Cultural Perspective on Copyright Protection for Choreographic Works*, in *Campbell Law Review*, vol. 27, I, 2004, pp. 39-62; T.J. OVERTON, *Unraveling the Choreographer's Copyright Dilemma*, in *Tennessee Law Review*, vol. 49, III, 1982, pp. 594-622. Il medesimo problema di rappresentazione dell'oggetto sul quale viene avanzata la pretesa di un diritto di proprietà intellettuale si era presentato, *mutatis mutandis*, con riguardo ai marchi olfattivi. Esso è stato risolto in senso negativo da parte della CGUE con sentenza del 12 dicembre 2002, Causa C-273, *Ralf Sieckmann c. Deutsches Patent- und Markenamt*, EU:C:2002:748, in considerazione del fatto che al momento in cui era stata presentata la domanda di registrazione era impossibile rappresentare un profumo attraverso strumenti che ne consentissero un'individuazione certa. In proposito, è stato avvertito da autorevole dottrina che gli attuali progressi tecnologici potrebbero consentire una diversa soluzione, a condizione che il particolare odore venga utilizzato con funzione distintiva di un prodotto diverso da un profumo. Sicché, non sarebbe comunque ammessa la registrazione di un marchio olfattivo per contraddistinguere lo stesso profumo in quanto non è ammessa la costituzione di tale privativa industriale su segni inscindibili dal prodotto contraddistinto, M. RICOLFI, *I fatti costitutivi del diritto al marchio. I Soggetti*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit., pp. 92-93.

<sup>377</sup> *Ivi*, par. 42.

Non vi è dunque un'esclusione *a priori* delle creazioni olfattive ad essere potenzialmente annoverate tra le opere protette dal diritto d'autore. L'espresso richiamo allo stato *attuale* dello sviluppo scientifico<sup>378</sup> fa intendere che il progresso tecnologico potrà consentire in un futuro non troppo lontano di identificare con precisione ed obiettività le componenti di un profumo o di un sapore, sì da potervi estendere l'esclusiva autoriale<sup>379</sup>.

Appurato che il requisito della "creazione intellettuale propria dell'autore" debba essere accertato rispetto a tutte le opere dell'ingegno, occorre chiarire se l'ulteriore condizione dell'impronta personalistica dell'autore abbia una portata limitata alle fotografie e ai database, come risultante dalla giurisprudenza *Painer* e *Football Dataco*, oppure anch'essa abbia una valenza generalizzata a tutte le opere dell'ingegno.

#### 4.2.9. (Segue) I rapporti sulle operazioni militari

Dopo meno di un anno, la CGUE ha risposto a tale interrogativo in occasione della vicenda *Funke Medien*<sup>380</sup>, occupandosi – seppur incidentalmente – della valutazione di originalità delle opere letterarie.

La questione è sorta a seguito della riproduzione sul quotidiano tedesco "Westdeutsche Allgemeine Zeitung" gestito dalla società Funke Medien NRW GmbH (di seguito "Funke Medien") dei rapporti sullo stato degli interventi condotti dall'esercito federale all'estero, intitolati "Afghanistan Papiere". I suddetti documenti sono redatti su commissione della Repubblica federale tedesca al fine di rendere edotti alcuni deputati ed alcuni membri del Ministero della Difesa sui servizi militari svolti sotto l'autorità di quest'ultimo e sono considerati documenti riservati.

Nonostante l'espresso diniego della Germania, La Funke Medien ha ottenuto con mezzi sconosciuti gran parte dei rapporti e li ha pubblicati sul sito internet da essa gestito, accompagnandoli con una didascalia introduttiva, ulteriori link e un invito a interagire. La Repubblica federale tedesca ha presentato una richiesta di inibitoria nei confronti della Funke Medien per la

---

<sup>378</sup> *Ivi*, par. 43.

<sup>379</sup> In senso palesemente contrario alla protezione autoriale delle creazioni gustative ed olfattive si pone la EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion on the pending reference before the CJEU in Case 310/17 (copyright protection of tastes)*, 19 febbraio 2018, p. 5, obiettando che tali lavori esulino dalla nozione di opera ("work") stabilita dalla Convenzione di Berna e che, per ragionamento *ad absurdum*, l'eventuale attribuzione dell'esclusiva autoriale ingenererebbe conflitti opportunistici soprattutto a danno dei nuovi operatori di mercato, «A decision that tastes and smells per se fall outside the domain of copyright and therefore cannot constitute a work, would comply with the Berne provision. If one does not follow this reasoning, the copyright system would lend itself to the protection of the smells of soaps, shower gels, petroleum products, clothes, car interiors, or the taste of beer, wine, fruits of an original variety, or any other fluid or solid food product. This would provide a potentially fertile ground for frivolous actions directed at disturbing the activities of competitors, especially of smaller new entrants (e.g. artisanal cheese producers or microbreweries). Hence, even in cases where an arguable plea could be made that a particular taste or smell results from an intellectual effort by an individual that bears the stamp of personal choices, copyright protection should be denied as such types of creations simply fall outside the domain of copyright».

<sup>380</sup> CGEU, causa C-469/17, 29 luglio 2019, *Funke Medien*, EU:C:2019:623, con commento di D. JONGSMA, *Fundamental rights as external constraints on copyright law: horizontal effect of the EU Charter after Funke Medien and Spiegel Online*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, XII, 2020, pp. 1003-1011.

rimozione dei menzionati rapporti in quanto idonei a beneficiare del diritto d'autore e, per gli effetti, essere oggetto di sfruttamento esclusivo da parte dell'attore. La Funke Medien ha contestato la tutelabilità autoriale dei rapporti, dal momento che la loro struttura sarebbe stabilita sulla base di un modello uniforme e il loro contenuto presenterebbe un carattere esclusivamente fattuale.

I giudici di primo e secondo grado hanno accolto l'inibitoria, mentre la Corte federale di giustizia ha sospeso il procedimento per esercitare il rinvio pregiudiziale innanzi alla CGUE domandando il margine di discrezionalità del legislatore nazionale nel recepimento e nell'interpretazione dell'eccezione per l'esercizio del diritto di cronaca, ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. c), della direttiva InsoSoc.

Ciò che rileva ai fini della presente disamina è la preliminare valutazione in merito all'originalità dei rapporti indagati che costituisce il presupposto (crono)logico per determinare l'ampiezza dell'esclusiva riconosciuta e dei connessi temperamenti.

In proposito, la CGUE si sofferma ancora una volta sui requisiti di eleggibilità che una creazione intellettuale deve possedere affinché possa sussumersi come opera dell'ingegno. È interessante notare che, nell'enunciazione delle due condizioni cumulative, la Corte dettaglia in primo luogo il requisito di originalità ed in secondo luogo quello dell'oggetto, sebbene tale valutazione si svolga a rigor di logica secondo un ordine invertito. Occorre infatti verificare anzitutto se l'opera sia identificabile e percepibile con sufficiente precisione attraverso la vista e/o l'udito, come da ultimo ribadito nel caso *Levola Hengelo*.

Con riguardo al successivo esame di originalità, si riconferma il mantra secondo cui il suddetto requisito sussista ogniqualvolta l'opera costituisca la creazione intellettuale propria del suo autore. Tuttavia, l'apporto fornito dalla CGUE nel caso di specie si apprezza per la chiara estensione anche alle opere letterarie della necessità che l'opera rifletta la personalità dell'autore attraverso scelte libere creative<sup>381</sup>. In particolare, nell'esame pur sempre riservato al giudice nazionale, occorre stabilire se l'autore abbia potuto esprimere il proprio spirito creativo in modo originale mediante scelte libere e creative inerenti alla disposizione e alla combinazione delle parole<sup>382</sup>. Di converso, i soli sforzi intellettuali e il bagaglio di conoscenze dedicati alla creazione di tali rapporti sono al riguardo privi di pertinenza<sup>383</sup>. Del pari, il limite informativo durante il processo creativo (*rectius* produttivo) dei rapporti sulle operazioni militari rappresenta un vincolo tecnico idoneo a determinare la confusione delle informazioni con la loro forma espressiva e, conseguentemente, l'impossibilità di accedere alla tutela autoriale.

La CGUE, dopo aver evidenziato la probabilità che i rapporti oggetto di lite fossero esclusi dall'area di proteggibilità secondo il diritto d'autore, ha precisato che l'accertamento in questione è in ogni caso rimesso ad una valutazione in concreto del giudice nazionale.

Il Giudice di rinvio ha intenzionalmente evitato di pronunciarsi sul punto, ritenendo che anche nell'eventualità in cui fosse riscontrabile il requisito di originalità sarebbe comunque applicabile la normativa tedesca

---

<sup>381</sup> *Ivi*, par. 19.

<sup>382</sup> *Ivi*, par. 23.

<sup>383</sup> *Ibidem*.

che fa pendere l'ago della bilancia a favore della libertà di stampa e della libertà di manifestazione del pensiero allorché esse entrino in tensione con i diritti di proprietà intellettuale<sup>384</sup>.

Il valore sovraordinato di queste due libertà fondamentali si traduce in un duplice argine al diritto d'autore. Esso opera sia a monte, all'atto dell'attribuzione del diritto stesso in quanto la dicotomia tra idea e forma espressiva impedisce la protezione autoriale delle informazioni scese da un apporto originale<sup>385</sup>, che a valle, attraverso il riconoscimento del diritto di cronaca come eccezione all'esclusiva già sorta. Ciò consente di introdurre una chiave di lettura del diritto d'autore e segnatamente del requisito di originalità che tenga conto di una gerarchia di interessi a volte superiori rispetto a quelli morali ed economici afferenti ai produttori creativi (v. *infra* Capitolo Terzo).

#### 4.2.10 (Segue) L'effetto visivo di un modello di abbigliamento

La CGUE ha proseguito il costante iter di armonizzazione del requisito di originalità nell'*affaire Cofemel*<sup>386</sup>.

In proposito, un'impresa produttrice di capi di abbigliamento, la Cofemel Sociedade de Vestuário SA (di seguito Cofemel) era stata condannata in primo e in secondo grado per aver violato il diritto d'autore della sua *competitor*, la G-Star Raw CV (di seguito G-Star), insistenti su un modello di jeans denominato "ARC" e su un modello di felpe e magliette chiamato "ROWDY".

I giudici portoghesi avevano accolto la tesi proposta da G-Star secondo cui il diritto d'autore sulle opere d'arte applicata debba sussistere in presenza di un minimo valore estetico o artistico – al pari delle altre opere dell'ingegno – che, nel caso di specie, sarebbe positivamente accertabile. La controversia è giunta all'esame della Corte Suprema portoghese, la quale ha sospeso il giudizio per sottoporre alla CGUE la questione pregiudiziale in ordine all'idoneità di un modello industriale o di un disegno che produce un effetto

---

<sup>384</sup> Corte federale tedesca, sentenza del 30 aprile 2020, n. I ZR 139/15, *Afghanistan Papiere II*, con nota di B.J. JÜTTE, G. PRIORA, *Leaking of secret military reports qualifies as reporting of current events*, *ivi*, vol. 15, IX, 2020, pp. 681-682.

<sup>385</sup> In proposito, giova ricordare che l'art. 8.8 della Convenzione di Berna, nell'escludere dal suo ambito di applicazione le notizie del giorno e i fatti di cronaca che abbiano carattere di semplici informazioni di stampa, presuppone che tali informazioni non riflettano un sufficiente gradiente di creatività tale da meritare la protezione autoriale.

<sup>386</sup> CGUE, sentenza del 12 settembre 2019, Causa C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, EU:C:2019:721, con note di K. GUVEN, *Eliminating 'Aesthetics' from Copyright Law: The Aftermath of Cofemel*, in *GRUR International*, vol. 71, III, 2022, pp. 213-225; D. INGUANEZ, *A Refined Approach to Originality in EU Copyright Law in Light of the ECJ's Recent Copyright/Design Cumulation Case Law*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 797-822. Per alcune interessanti riflessioni presentate in vista dell'emanazione della sentenza *de qua*, cfr. M. BOSSHARD, *La tutela contro l'imitazione dell'aspetto del prodotto industriale nel diritto europeo alla luce della "dottrina Cofemel"*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2020, pp. 407 ss.; M. RITSCHER, R. LANDOLT, *Shift of paradigm for copyright protection of the design of products*, in *GRUR International*, vol. 53, II, 2019, pp. 125 ss.; T. RENDAS, *Copyright protection of designs in the EU: how many originality standards is too many?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, VI, 2018, pp. 439-441. In particolare, gli Autori condividono l'idea trasversalmente indagata nei Capitoli di questo lavoro relativa ad un tendenziale abbassamento della soglia minima di originalità per l'accesso alla tutela autoriale.

visivo rilevante dal punto di vista estetico a soddisfare il requisito di originalità ai fini del godimento del diritto d'autore.

In proposito, la CGUE ha confermato la possibilità che una creazione intellettuale possa beneficiare della tutela cumulativa come disegno o modello industriale e come opera protetta dal diritto d'autore, alla luce del Considerando n. 8 della direttiva 98/71/CE e del Considerando n. 32 del regolamento 6/2002/CE.

Tuttavia, la protezione autoriale può essere accordata soltanto qualora ricorrano le due condizioni cumulative ormai consolidate nella giurisprudenza europea, ovvero (i) che l'opera costituisca la creazione intellettuale propria dell'autore, nel senso che quest'ultimo abbia adottato delle scelte libere e creative idonee a riflettere la sua personalità e (ii) che l'opera venga espressa attraverso un oggetto identificabile con sufficiente precisione ed oggettività.

Nel caso di specie, la CGUE ha escluso che il modello della Cofemel potesse qualificarsi anche come opera dell'ingegno alla luce del fatto che l'effetto estetico prodotto da un modello coinciderebbe con il risultato di una sensazione soggettiva della bellezza così come percepita dal suo osservatore. Pertanto, essa non può essere identificata con sufficiente precisione ed obiettività, al pari di quanto avvenuto nel precedente *Levola Hengelo*<sup>387</sup>.

La Corte ha altresì argomentato che l'eventuale riconoscimento della protezione autoriale soltanto sulla base dell'idoneità di un modello a produrre un effetto estetico rischierebbe di compromettere le specifiche finalità delle due tutele, l'una, dalla durata più estesa, destinata a promuovere l'arte e la cultura e quindi riservata agli oggetti qualificabili come opere dell'ingegno, l'altra, invece, dalla durata più ristretta, funzionale a consentire la ricapitalizzazione degli investimenti necessari alla produzione di oggetti utili ed innovativi destinati alla produzione di massa<sup>388</sup>. Sembra quindi che la Corte europea abbia acquisito contezza delle derive iperprotezionistiche ed anticoncorrenziali correlate all'estensione degli oggetti tutelati dal diritto d'autore e, di conseguenza, abbia voluto ragionevolmente evitare che potesse aprirsi un'ulteriore breccia a favore anche degli effetti estetici<sup>389</sup>.

Occorre altresì rilevare che, nell'emanazione della sentenza in epigrafe, la CGUE ha esteso a tutte le opere dell'ingegno l'interpretazione del requisito di originalità specificamente affermata per le opere fotografiche nelle

---

<sup>387</sup> *Cofemel*, par. 53.

<sup>388</sup> *Ivi*, par. 50.

<sup>389</sup> In senso contrario, ritenendo che tale sentenza abbia un effetto espansivo del diritto d'autore piuttosto che restrittivo v. J. SCHOVSBO, *Copyright and Design Law: What Is Left after All and Cofemel? – Or: Design Law in a 'Double Whammy'*, in *Nordic Intellectual Property Law Review*, II, 2020, pp. 280-295; I. LAPATOURA, *Copyright originality in fashion: industry-induced bias against small designers in a sector dominated by seasonal trends*, Kluwer Copyright Blog, 21 febbraio 2022, reperibile al seguente link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/02/21/copyright-originality-in-fashion-industry-induced-bias-against-small-designers-in-a-sector-dominated-by-seasonal-trends/>, la quale ritiene che con tale sentenza si sia registrato un abbassamento del gradiente di originalità tale da aumentare le probabilità che i designer di case di moda più modeste – e non dotate delle risorse sufficienti a produrre modelli iconici di *haute couture* – accedano alla tutela autoriale. Tuttavia, l'Autrice evidenzia la discutibilità di tale soluzione a livello sistemico, essendo maggiormente sostenibile il riconoscimento della ridotta protezione triennale prevista per i disegni e modelli non registrati dall'art. 11, par. 1, del regolamento del Consiglio del 12 dicembre 2001, n. 6/2002, su disegni e modelli comunitari.

sentenze *Renckhoff* e *Painer*, secondo cui il requisito della “creazione intellettuale propria dell’autore” debba ritenersi soddisfatto ogniqualvolta l’autore, nella realizzazione dell’opera, abbia espresso delle scelte libere e creative che riflettano la sua personalità<sup>390</sup>.

Ci si interroga, quindi, sulla possibilità che tale requisito non si traduca sostanzialmente nell’accertamento di una duplice condizione. *In primis*, che l’autore abbia esercitato un certo margine di discrezionalità espressiva. *In secundis*, che le scelte compiute nell’esercizio della siffatta manovra espressiva debbano in qualche modo disvelare la sua personalità. Al riguardo, sembra dover trovare accoglimento la tesi che considera la seconda sotto-condizione più che altro come un inciso stilistico – frutto del retaggio filopersonalistico caratterizzante il diritto d’autore continentale – e non tanto come un requisito aggiuntivo rispetto a quello che già richiede all’autore di esercitare un certo margine di arbitrarietà espressiva. Questa soluzione interpretativa è confortata da almeno un paio di indizi di carattere sistematico che depongono in tal senso.

Primo indizio. Nel caso *Levola Hengelo*, la CGUE ha affermato a chiare lettere «la necessità di evitare qualsiasi elemento di soggettività, pregiudizievole per la certezza del diritto, nel processo di identificazione dell’oggetto tutelato» dal diritto d’autore per consentire agli operatori economici di individuare con chiarezza e precisione le creazioni oggetto di esclusiva<sup>391</sup>. Emerge limpidamente che l’eventuale valutazione sull’idoneità dell’opera a riflettere l’impronta personalistica dell’autore, salvo casi eccezionali, si presterebbe facilmente a valutazioni soggettive lasciate alla personale percezione dell’interprete e che, dunque, mal si concilierebbero con l’esigenza di certezza del diritto invocata *supra* dalla CGUE.

Secondo indizio. Qualora si volesse ammettere che la valutazione di originalità di un’opera dell’ingegno richieda altresì l’accertamento della sua idoneità ad esprimere il tocco personale dell’autore, ne conseguirebbe che i requisiti cumulativi per l’accesso alla tutela autoriale diverrebbero tre anziché due<sup>392</sup>, come più volte affermato dalla CGUE<sup>393</sup>. Al di là di una questione puramente aritmetica, la sussistenza di un terzo livello di indagine implicherebbe inevitabilmente un innalzamento del gradiente creativo minimo necessario ad ottenere il relativo diritto di esclusiva, dipendente, tra l’altro, dalla sensibilità soggettiva del giudicante.

Il triplo – anziché doppio – test non rispecchierebbe affatto l’orientamento alquanto bonario affermatosi nella giurisprudenza delle Corti nazionali in forza del quale sarebbe sufficiente un minimo guizzo creativo da cui, salvo le dovute eccezioni, risulta alquanto inverosimile estrapolare l’impronta personalistica dell’autore.

Ne discendono almeno tre considerazioni: (i) la condizione che l’opera costituisca una creazione intellettuale propria dell’autore, ovvero che essa sia

---

<sup>390</sup> *Ivi*, par. 30.

<sup>391</sup> *Levola Hengelo*, par. 41. Tale principio è stato nuovamente ribadito nella sentenza *Cofemel*, par. 33.

<sup>392</sup> Ovvero (i) che l’autore abbia adottato scelte libere e creative nella realizzazione dell’opera, (ii) che tali scelte siano idonee a rispecchiare l’impronta della personalità dell’autore, (iii) che l’opera venga realizzata attraverso elementi identificabili con sufficiente precisione ed obiettività.

<sup>393</sup> *Levola Hengelo*, parr. 35-37; *Cofemel*, par. 29.

il risultato di scelte libere e creative capaci di rispecchiarne la personalità, non si applica soltanto alle opere fotografiche e alle banche dati, bensì trova un'applicazione generalizzata a tutte le opere dell'ingegno<sup>394</sup>; (ii) il sotto-requisito dell'impronta personalistica dell'autore sembra avere una rilevanza principalmente stilistica e non anche pratica, in considerazione tanto dell'orientamento benevolente della giurisprudenza nazionale, incompatibile con l'esistenza di un requisito supplementare, quanto della sua inconciliabilità rispetto all'esigenza di garantire parametri quanto più oggettivi nella valutazione di originalità di un'opera dell'ingegno, in linea con il principio di certezza del diritto<sup>395</sup>; (iii) in via generale, non può negarsi che il risultato di tale orientamento iperprotettivo si identifichi spesso con una soglia di originalità abbastanza ridotta, ma nemmeno del tutto inesistente. Devono quindi escludersi dalla tutela autoriale tutte quelle creazioni dal margine di discrezionalità espressiva molto ridotto, se non assente, oppure vincolato al risultato tecnico da conseguire<sup>396</sup>. Invero, l'esistenza di vincoli funzionali impedisce all'autore di esprimere il proprio spirito creativo in maniera originale e quindi di ottenere un risultato qualificabile come creazione intellettuale propria del medesimo<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> In questi stessi termini si è espresso l'Avvocato generale Maciej Szpunar ai par. 27-29 delle conclusioni presentate il 2 maggio 2019 per la causa *Cofemel*: «Contrariamente a quanto sostiene il governo ceco nelle sue osservazioni scritte, la definizione di opera come risultato della creazione intellettuale dell'autore non è riservata ai settori soggetti a normative specifiche di diritto dell'Unione in cui tale criterio sia espressamente previsto, vale a dire le banche di dati, le fotografie e i programmi per elaboratore. Infatti, la prima applicazione fatta dalla Corte di tale criterio ha riguardato un'opera letteraria, protetta in base alla direttiva 2001/29. Come ho già indicato, la Corte ha ricavato detto criterio dall'economia generale del diritto d'autore sia internazionale che dell'Unione. Sebbene la Corte abbia successivamente applicato il citato criterio a oggetti contemplati da normative specifiche di diritto dell'Unione, come le fotografie, tale applicazione non si è fondata, tuttavia, su detta normativa, bensì sulla sua precedente giurisprudenza. [...] a ciò consegue chiaramente, a mio parere, che *il criterio del risultato della creazione intellettuale dell'autore*, come sviluppato dalla giurisprudenza della Corte, è suscettibile di essere applicato a tutte le categorie di opere. Ciò deriva altresì dall'uniformità richiesta nell'applicazione della direttiva 2001/29 su tutto il territorio dell'Unione» [corsivo aggiunto].

<sup>395</sup> L'eventuale adozione di criteri soggettivi provocherebbe altresì un'eterogenea applicazione del diritto d'autore tra gli Stati membri dell'UE, in violazione del principio di uguaglianza. Il predetto principio era stato invocato al par. 33 della sentenza *Levola Hengelo* per assicurare un'uniforme interpretazione della definizione di opera dell'ingegno come requisito per l'accesso alla tutela autoriale, ma esso appare parimenti efficace anche rispetto al requisito di originalità.

<sup>396</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate per la causa *Cofemel*, par. 56, nelle quali si puntualizza, con riferimento alle cd. creazioni utili, che «[s]eppure la soglia dell'originalità applicabile al diritto d'autore non sia, di regola, molto elevata, essa non è, tuttavia, inesistente. [...] Non è necessario richiedere che gli oggetti utilitari presentino un livello artistico particolarmente elevato rispetto ad altre categorie di opere, ma è sufficiente applicare alla lettera il criterio del risultato della creazione intellettuale dell'autore. Ogni prodotto utilitario ha un aspetto visivo che è frutto del lavoro del suo ideatore. Nondimeno, non ogni aspetto visivo sarà protetto dal diritto d'autore».

<sup>397</sup> Durante la realizzazione dell'opera l'autore deve avere a disposizione uno spazio più o meno ampio per l'esercizio di scelte discrezionali adatte ad esprimere un risultato cui altri soggetti, nelle stesse condizioni, non sarebbero verosimilmente pervenuti. Ne consegue che lo sforzo quantitativo non rappresenta un elemento sufficiente ad elevare una determinata creazione ad opera dell'ingegno. Invero, non può esserci una creazione intellettuale qualora il suo autore, sebbene vi abbia dedicato parecchio tempo e lavoro, non abbia espresso un *minimum* di scelte creative. La soglia minima di originalità può essere soddisfatta qualora



#### 4.2.11 (Segue) La bicicletta pieghevole

La CGUE si è proprio occupata della carenza di originalità delle creazioni vincolate alla funzione da esse perseguita nella vicenda *Brompton Bicycle*<sup>398</sup>.

Nel caso in questione, la CGUE è stata adita per verificare se la bicicletta pieghevole prodotta dalla Brompton Bicycle Ltd. (di seguito Brompton), il cui sistema di piegatura era precedentemente protetto da un diritto di brevetto, potesse beneficiare altresì della tutela autoriale. Ciò al fine di stabilire la fondatezza dell'azione di contraffazione instaurata innanzi al Tribunale delle imprese di Liegi nei confronti della società Get2Get dal momento che quest'ultima commercializzava una bicicletta dall'aspetto visivo molto simile rispetto a quello della bicicletta Brompton.

Il Tribunale belga ha sospeso il giudizio e ha sottoposto alla CGUE la questione pregiudiziale (alquanto banale) sulla possibilità di accesso alla tutela autoriale di una creazione avente una forma necessaria a conseguire un determinato risultato tecnico. Maggiormente meritevole di attenzione appare invece il quesito sugli elementi rilevanti ai fini della corretta valutazione di originalità del lavoro indagato, ovvero se occorra tener conto (i) dell'esistenza di altre forme che permettono di pervenire al medesimo risultato, (ii) dell'efficacia della forma ai fini del raggiungimento di tale obiettivo, (iii) della volontà criminosa dell'asserito contraffattore, (iv) dell'esistenza su

---

alla componente quantitativa si affianchi quella qualitativa. Essa può essere raggiunta attraverso diverse combinazioni delle due componenti, a condizione che siano entrambe sussistenti. Una creazione intellettuale potrebbe richiedere pochi elementi quantitativi dai quali però siano individuabili scelte molto creative (come è il caso di *Infopaq*, in cui si è affermato che la combinazione di anche sole 11 parole può disvelare scelte originali che riflettono la personalità dell'autore) oppure, di converso, potrebbe essere il frutto di una mole di lavoro consistente rispetto alla quale siano invece rintracciabili scelte poco creative (tra cui, ad esempio, una raccolta di 1000 poemi, reputata originale dalla Corte Suprema Tedesca, *Gedichttitelliste*, 2009, 39, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 985, richiamata da BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., p. 102).

<sup>398</sup> CGUE, sentenza dell'11 giugno 2020, Causa C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, EU:C:2020:461, con commenti di M. 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 *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2020, pp. 296-233; E. DERCLAYE, *The CJEU decision in Brompton Bicycle – A welcome double rejection of the multiplicity of shapes and causality theories in copyright law*, Kluwer Copyright Blog, 25 giugno 2020, reperibile al seguente link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/06/25/the-cjeu-decision-in-brompton-bicycle-a-welcome-double-rejection-of-the-multiplicity-of-shapes-and-causality-theories-in-copyright-law/>; I. FHIMA, *The CJEU decision in Brompton Bicycle (Case C-833/18): an original take on technical functionality?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 42, XI, 2020, pp. 761-767. Giova altresì segnalare il parere profetico a nome della European Copyright Society elaborato da E. DERCLAYE, M. RICOLFI, *Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference Before the CJEU in Brompton Bicycle v Chedech/Get2Get, C-833/18*, 2019, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3506071>.

quella creazione di un brevetto di procedimento estinto che descrive come ottenere tale funzione<sup>399</sup>.

La CGUE, dopo aver ribadito i due requisiti stabiliti a livello europeo che un'opera deve possedere per essere tutelata dal diritto d'autore, ha richiamato l'orientamento espresso nel caso *Cofemel*, secondo cui bisogna negare il soddisfacimento del requisito di originalità allorquando i vincoli di carattere tecnico determinati dalla funzione perseguita non lascino un margine sufficiente per l'esercizio della libertà creativa<sup>400</sup>. Ciò in ragione del fatto che in questo caso vi sarebbe una sostanziale corrispondenza tra l'idea e la sua forma espressiva che farebbe venir meno la consueta dicotomia.

La CGUE ha adottato, quindi, un'interpretazione – per certi versi – concorrenzialmente orientata, sostenendo che la possibilità di accordare la protezione autoriale ad una funzione tecnica equivarrebbe a legittimare la monopolizzazione delle idee<sup>401</sup>. A ben vedere, tale ragionamento costituisce un'applicazione della teoria statunitense della *merger doctrine*, in forza della quale il diritto d'autore deve essere escluso ogniqualvolta i modi tramite i quali un'idea può essere realizzata sono così limitati che l'idea e la sua forma espressiva si confondono.

La CGUE ha poi proceduto con l'individuazione dei criteri rilevanti a stabilire le ipotesi in cui i vincoli tecnici alla realizzazione di una creazione impediscono di rispettare il requisito di originalità.

Il principale elemento di valutazione attiene alla verifica se l'autore, durante la realizzazione della forma del prodotto indagato, abbia potuto esprimersi attraverso scelte libere e creative che riflettano la sua personalità<sup>402</sup>. In altre parole, è possibile riconoscere il diritto d'autore su una creazione vincolata da regole tecniche allorquando essa sia il frutto di regole artistiche che non siano state eccessivamente compresse dalle prime. In questa prospettiva, l'esistenza di un brevetto anteriore e l'efficacia della forma per pervenire al risultato tecnico rilevano nella misura in cui permettono di accertare se l'autore abbia potuto conservare un margine di discrezionalità artistica apprezzabile<sup>403</sup>.

È stato inoltre precisato che l'eventuale esistenza di forme alternative capaci di raggiungere lo stesso risultato tecnico, benché dimostri l'esistenza

---

<sup>399</sup> *Brompton Bicycle*, par. 19.

<sup>400</sup> *Ivi*, par. 24.

<sup>401</sup> *Ivi*, par. 27, in conformità al precedente *SAS Institute*, par. 40. Si ricorda inoltre che il divieto di accordare il diritto d'autore sulle idee trova chiara espressione all'art. 9.2 dell'Accordo TRIPs e all'art. 2 del Trattato dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI, tradotto dalla denominazione anglosassone "World Intellectual Property Organization", nell'acronimo "WIPO") sul diritto d'autore, anche noto come *WIPO Copyright Treaty* (nell'acronimo "WCT"), adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 ed entrato in vigore il 6 marzo 2002.

<sup>402</sup> *Ivi*, par. 34.

<sup>403</sup> *Ivi*, par. 35. Invero, attraverso le informazioni contenute nella domanda di registrazione del brevetto accompagnata da una perizia sull'efficacia della forma impiegata ad ottenere il risultato tecnico raggiunto è possibile individuare quali parti dell'aspetto del prodotto indagato fossero imposte da regole funzionali e quali invece derivassero semplicemente da regole artistiche.

di molteplici scelte disponibili, non costituisce un indice determinante per affermare in via assoluta l'originalità dell'opera in esame<sup>404</sup>.

Ne consegue che l'eventuale assenza di forme alternative preclude di certo la tutela autoriale, mentre la loro esistenza non ne assicura un'altrettanta certezza in quanto tale circostanza non dimostra in modo inequivocabile che l'autore abbia adottato scelte libere e creative. La molteplicità di opzioni creative può costituire soltanto un (buon) indice sintomatico, ma non è di per sé sufficiente a meritare la protezione secondo il diritto d'autore.

Da ultimo, è stato chiarito che la volontà criminosa del presunto contraffattore risulti del tutto irrilevante.

Poste tali coordinate ermeneutiche, la CGUE ha rinviato la definizione del giudizio al giudice nazionale, il quale dovrà valutare se la bicicletta fabbricata dalla Brompton, al momento della sua ideazione, fosse in grado di soddisfare il contestato requisito di originalità. Tuttavia, pare potersi leggere tra le righe della sentenza europea che la bicicletta in questione non sia in grado di beneficiare del diritto d'autore in quanto la sua realizzazione sarebbe stata ancorata per lo più a regole di carattere tecnico anziché artistico.

Orbene, anche tale decisione si pone nel solco della giurisprudenza *Cofemel*, avendo l'obiettivo di contrastare, o quantomeno mitigare, le derive iperprotezionistiche del diritto d'autore, soprattutto laddove la creazione intellettuale esaminata stia beneficiando, o abbia già beneficiato, di un'altra privativa industriale, quale, ad esempio, quella prevista per i disegni e modelli oppure quella brevettuale<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> Negli stessi termini si era espressa undici giorni prima la Corte di Cassazione italiana, sez. I, con la sentenza del 29 maggio 2020, n. 10300 (v. *infra* par. 18.4).

<sup>405</sup> In tema, si richiamano le lucide considerazioni di E. DERCLAYE, M. RICOLFI, *Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference Before the CJEU in Brompton Bicycle v Chedech/Get2Get, C-833/18*, op. cit., p. 8, i quali sollecitano una maggiore cautela ogniqualvolta debba essere accertato il riconoscimento del diritto d'autore su una creazione utile, esortando altresì il legislatore e la giurisprudenza ad elaborare dei criteri quanto più oggettivi idonei ad orientare le Corti domestiche nell'esame del requisito di originalità, «It is suggested that some operational guidance might be useful for the situation in which Member States' Courts are called to determine the conditions under which shapes which, while not strictly necessary to achieve a technical result, still contribute to achieving a technical result are eligible for copyright protection. The starting point for the corresponding assessment is that even in connection with utilitarian works the level of originality required to qualify as a "work" and to trigger copyright protection is as a rule quite low. It would therefore appear that a necessary implication of adopting the rule proposed under Option 2 is that a special degree of caution is to be used when assessing the eligibility for copyright protection of utilitarian articles, including those the shapes of which may contribute to a technical result or may be necessary to achieve it». Gli Autori proseguono nel rilevare che il livello di originalità della creazione indagata, oltre a determinare la sua possibilità di tutela in relazione al diritto d'autore, incide altresì sulla portata dei diritti eventualmente conferiti, esprimendosi nei seguenti termini «there is a direct link between the delineation of what is protectable and what is not, on the one hand, and the scope of the exclusive right conferred». In questo senso, si è espresso il risalente orientamento della *Queen's Bench Division, Kenrick v. Lawrence*, 1890, n. LR 25, QBD 99. Ne consegue che all'aumentare dell'originalità di una creazione aumenterebbe il numero di elementi sui quali si estende il diritto di esclusiva. Si pensi, ad esempio, alla saga dei film di Harry Potter. È alquanto evidente che gli elementi sui quali si estende il diritto d'autore (in particolare i personaggi e gli oggetti) sono mediamente ben maggiori rispetto ad un qualsiasi altro film appartenente al genere fantasy. Se si volesse trasporre questa teoria nel presente studio

La *ratio* di quest'orientamento mitigatore risiede nella presa di coscienza che un cumulo ingiustificato di diritti di proprietà intellettuale produrrebbe l'effetto di scoraggiare l'innovazione, anziché promuoverla<sup>406</sup>.

In quest'ottica, sembra che la CGUE abbia cercato di orientare i giudici nazionali verso un'applicazione più rigorosa del requisito di originalità, almeno nell'ambito del diritto d'autore, in considerazione della sua lunghezza

---

sull'ampiezza verticale ed orizzontale del diritto d'autore, si avrebbe una terza variabile che richiederebbe la sua rappresentazione in uno spazio cartesiano tridimensionale in quanto inquadabile come l'ampiezza diagonale del diritto d'autore. Tuttavia, secondo E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, in *European Intellectual Property Review*, in corso di pubblicazione, 2022, i parr. 98, 99 della sentenza *Painer* deporrebbero nel senso di attribuire la medesima "gittata" di protezione a prescindere dal livello di originalità. Ritengo invece che il principio secondo cui il ritratto fotografico non debba avere una protezione inferiore rispetto alle altre opere dell'ingegno debba essere interpretato nei termini di una parità tra opere autoriali con riguardo all'*an* di protezione, ma non invece al *quantum*, strettamente correlato al gradiente di originalità impresso dall'autore.

<sup>406</sup> Al riguardo, si richiama il par. 39 delle conclusioni presentate il 6 febbraio 2020 dall'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona per il caso *Brompton Bicycle*, il quale evidenzia la necessità di evitare che le esigenze di promozione tecnologica mediante il riconoscimento cumulativo di privative industriali ed esclusive autoriali possano pregiudicare l'altrettanto importante interesse a stimolare la concorrenza, «La vigenza del principio del cumulo non deve comportare una protezione eccessiva del diritto d'autore, che andrebbe a scapito degli interessi pubblici agendo da freno al sistema di protezione dei diritti di proprietà industriale». Egli continua al par. 41 nell'avvertimento che il delicato equilibrio tra incentivazione alla creazione ed interesse pubblico al suo accesso da parte della collettività, che il legislatore ha cercato attentamente di raggiungere conferendo al disegnatore e all'inventore una tutela più ridotta e, per certi versi, più macchinosa rispetto a quella automaticamente attribuita all'autore di un'opera dell'ingegno «sarebbe rotto se il periodo concesso si estendesse semplicemente fino a raggiungere i termini generosi propri del diritto d'autore. I disegnatori non sarebbero più incentivati ad avvalersi del sistema di proprietà industriale qualora, con minori spese e meno requisiti formali (compresa tra l'altro l'assenza di registrazione), potessero beneficiare della protezione delle loro creazioni a titolo del diritto d'autore, e per un periodo molto più esteso». Per un preciso commento che scandisce i punti salienti delle conclusioni dell'Avvocato generale v. I. FHIMA, *Functionality, cumulation and lessons from trade mark law: the Advocate General's Opinion in Brompton Bicycle*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, IV, 2020, pp. 301-307. L'Autore propone in chiusura dello scritto l'applicazione della *essential characteristics doctrine*, anche nota come la *functionality doctrine*, ideata nel diritto dei marchi in una prospettiva antimonopolistica per escludere la registrazione di quei segni distintivi (soprattutto di forma) i cui elementi risultino vincolati alla funzione perseguita. Essa è stata applicata per la prima volta dalla CGUE nella sentenza del 18 giugno 2002, Causa C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd.*, EU:C:2002:377, ed è stata confermata nella sentenza della CGUE del 14 dicembre 2010, Causa C-48/09 P, *Lego Juris A/S v. EUIPO*, EU:C:2010:516. *Amplius*, E. DERCLAYE, *Overlapping Rights*, in R. DREYFUSS, J. PILA (a cura di), *Oxford Handbook of Intellectual Property Rights*, op. cit., pp. 622 ss.; A. QUAEVLIEG, *Shapes with a technical function: an ever-expanding exclusion?*, in *ERA Forum*, vol. 17, 2016, pp. 101-117. A ben vedere, sembrano esserci delle frizioni nel trapianto di questa teoria dal diritto dei marchi al diritto d'autore in quanto nel diritto d'autore occorre comunque verificare se l'autore abbia compiuto delle scelte artistiche accanto a quelle vincolate dalle regole tecniche, mentre l'esistenza di vincoli tecnici alla ideazione di un marchio costituisce un impedimento *ex se* alla sua registrazione, come stabilito dall'art. 7, c.p.i. In tema, v. M. RICOLFI, *I fatti costitutivi del diritto al marchio. I Soggetti*, op. cit., p. 103.

temporale ben più estesa rispetto alla durata media delle privative industriali<sup>407</sup>.

Inoltre, il rilievo di questa sentenza si apprezza anche per aver nuovamente ribadito la necessità che l'autore abbia conferito un apporto creativo idoneo a rifletterne la personalità, estendendo così l'applicazione del requisito specificamente previsto per le opere fotografiche<sup>408</sup> rispetto a tutte le opere dell'ingegno<sup>409</sup>.

#### **4.2.12 (Segue) Considerazioni a margine della chiosata europeizzazione giurisprudenziale silente della nozione di opera dell'ingegno e del requisito di originalità**

Dalla rassegna delle decisioni della CGUE traspare un decisivo allontanamento rispetto alla teoria tradizionale proposta nel *Commission Staff Working Paper on the Review of the EC Legal Framework in the field of copyright* del 23 luglio 2004 secondo cui non sarebbe necessario armonizzare il requisito di originalità al di fuori delle tipologie di opere espressamente disciplinate dal legislatore europeo, ritenendo opportuno che tale compito restasse nella discrezionalità degli Stati membri.

Contrariamente a quanto sopra affermato, la giurisprudenza europea ha giocato un ruolo centrale nell'uniformazione sovranazionale di questo aspetto del diritto d'autore, colmando una doppia lacuna legislativa, (i) quella "espressamente voluta" dalla Commissione europea relativa alla declinazione del requisito di originalità con riferimento alle tipologie di opere diverse dai programmi per elaboratore, dalle fotografie e dalle banche dati, (ii) quella "incidentalmente avvenuta" riguardante il significato pragmatico da attribuire al requisito della creazione intellettuale propria dell'autore<sup>410</sup>.

Invero, la CGUE ha elaborato una nozione autonoma di diritto dell'UE<sup>411</sup> volta a colmare le poche indicazioni contenute a livello legislativo,

---

<sup>407</sup> La durata media del diritto di esclusiva, come ricordato *supra*, ammonta a settant'anni dalla morte dell'autore, in base a quanto attualmente stabilito dall'art. 1 della Direttiva 2006/116/CE. L'unico diritto di proprietà intellettuale più longevo rispetto al diritto d'autore è il diritto sul marchio, dalla durata potenzialmente perpetua.

<sup>408</sup> Considerando n. 17 della direttiva 93/98/CE, sostituito dal Considerando n. 16 della direttiva 2006/116/CE.

<sup>409</sup> *Brompton Bicycle*, par 34: «[A]l fine di stabilire se il prodotto di cui trattasi rientri nella sfera di protezione ai sensi del diritto d'autore, spetta al giudice del rinvio stabilire se, attraverso tale scelta della forma del prodotto, il suo autore abbia espresso la propria capacità creativa in maniera originale effettuando scelte libere e creative e abbia modellato il prodotto in modo da riflettere la propria personalità» [corsivo mio].

<sup>410</sup> In tema, si richiama lo scritto di S. GUIZZARDI, *Il requisito della originalità delle opere dell'ingegno come armonizzato dalla Corte di Giustizia*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2020, pp. 3 ss.

<sup>411</sup> *Cofemel*, par. 29, 30, «La nozione di «opera» considerata dall'insieme di dette disposizioni costituisce, come risulta da costante giurisprudenza della Corte, una nozione autonoma del diritto dell'Unione che deve essere interpretata e applicata in modo uniforme, e che presuppone il ricorrere di due elementi cumulativi. Da una parte, tale nozione implica che esista un oggetto originale, nel senso che detto oggetto rappresenta una creazione intellettuale propria del suo autore. D'altra parte, la qualifica di opera è riservata agli elementi che sono espressione di tale creazione (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq

tenuto conto che la direttiva 2001/29/CE non offriva una definizione del requisito di originalità, né provvedeva a fissare una nozione di opera dell'ingegno.

Se questo significativo intervento della Corte di Lussemburgo è stato criticamente battezzato con i termini di armonizzazione<sup>412</sup>/europeizzazione<sup>413</sup> “nascosta”<sup>414</sup>, “silente”<sup>415</sup>, o “dalla porta posteriore”<sup>416</sup> del diritto d'autore, si rileva che gli stessi aggettivi non possono essere riservati ai commenti di molti autorevoli Studiosi, i quali hanno invece rimarcato in modo alquanto chiassoso il carattere letteralmente *extra-legem* dell'operato giurisprudenziale<sup>417</sup>.

Tuttavia, sebbene la CGUE si sia spinta ben oltre rispetto a quanto abbia fatto il decisore politico, le soluzioni ermeneutiche cui essa è pervenuta (tra cui segnatamente la condizione che l'opera costituisca la creazione intellettuale dell'autore e la sua idoneità ad essere identificata con sufficiente precisione e chiarezza) non sono oggetto di una elaborazione asettica rispetto al dato positivo, bensì sono il frutto di un complesso lavoro ermeneutico ricavato dall'economia di gran parte delle direttive europee in materia di diritto d'autore, tra cui segnatamente la direttiva 2001/29/CE, nonché dai principi sottesi nella Convenzione di Berna e dalla maggior parte dei diritti d'autore nazionali<sup>418</sup>.

---

International, C-5/08, EU:C:2009:465, punti 37 e 39, e del 13 novembre 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, punti 33 e da 35 a 37, nonché giurisprudenza ivi citata).

Quanto al primo di questi elementi, risulta da costante giurisprudenza della Corte che, perché un oggetto possa essere considerato originale, è necessario e sufficiente che rifletta la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere e creative di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza del 1 dicembre 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, punti 88, 89 e 94, nonché del 7 agosto 2018, *Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634, punto 14)).

<sup>412</sup> V. per tutti E. ROSATI, *Originality in EU copyright: full harmonization through case law*, op. cit.

<sup>413</sup> S. VOUSDEN, *Infopaq and the Europeanisation of copyright law*, op. cit.

<sup>414</sup> Tra cui, per primo G. SCHULZE, *Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH*, op. cit.

<sup>415</sup> C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, op. cit.

<sup>416</sup> T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, cases, and materials*, op. cit., p. 122, secondo cui «[t]he EU [...] stipulated a generalized test of originality for all authorial works and thus in effect harmonized originality in the EU via the back door».

<sup>417</sup> N. SOUSA, *The Boundaries of EU Copyright Law: Cheese, Jeans and a Military Report in the Court of Justice*, in *Market and Competition Law Review*, vol. 3, I, 2019, pp. 133-156, unitamente ai riferimenti bibliografici sull'evoluzione giurisprudenziale europea citati nelle pagine precedenti.

<sup>418</sup> Al riguardo, si richiama la brillante ricostruzione presente nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar per il caso *Cofemel*, par. 25, ove in particolare alla nota 17 è presente una sintetica – ma utile – ricognizione del diritto degli Stati membri che testimonia la comune percezione del requisito di originalità come l'idoneità dell'opera a costituire la creazione intellettuale propria dell'autore. Si fa anzitutto riferimento al diritto tedesco, in cui l'art. 2, par. 2, del *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, ovvero la legge sul diritto d'autore e i diritti connessi) del 9 settembre 1965, dispone che «[c]ostituiscono opere, ai sensi della presente legge, solo le creazioni intellettuali personali». Tale concetto rappresenta un *trait d'union* con la nozione di «originalità» del diritto d'autore francese, espressa nella sentenza del 7 marzo 1986 emessa dall'Assemblea plenaria della *Cour de Cassation*, n. 83-10477, *Babolat c. Pachot*. Esso riecheggia altresì nel diritto polacco, all'art. 1, par 1, della *ustawa o prawie autorskim i*

Sarebbe quindi opportuna una riconciliazione tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale, tenendo a mente l'obiettivo di assicurare il migliore funzionamento del mercato di tutte le opere dell'ingegno all'interno del territorio europeo<sup>419</sup>. Esso può essere solo parzialmente perseguito

---

*prawach pokrewnych* (legge sul diritto d'autore e i diritti connessi) del 4 febbraio 1994, così come nel diritto spagnolo, all'art. 10 della *Ley de Propiedad Intelectual* (legge sulla proprietà intellettuale) del 24 aprile 1996. Cionondimeno, sebbene il requisito della creazione intellettuale dell'autore costituisca un minimo comune denominatore delle interpretazioni del requisito di originalità consolidate nel diritto degli Stati membri dell'UE, esistono comunque delle variazioni nella formulazione testuale di tale requisito, come rimarcato dall'EUIPO, *Consumers' Frequently Asked Questions (FAQS) on Copyright. Summary Report*, Alicante, 2017, p. 21. Ad esempio, in Germania viene utilizzata la dicitura "creazione intellettuale personale dell'autore"; in Spagna quella di "creazione originale dell'autore"; in Lituania si adotta un *wording* molto simile a quello europeo, riferendosi alla "creazione individuale propria dell'autore"; in Austria viene richiesto il superamento di una certa "soglia di peculiarità"; in altri Paesi, come la Danimarca, la Croazia, l'Olanda e – con un po' di sorpresa – il Regno Unito (in quanto il rapporto risale al periodo pre-Brexit), un lavoro viene considerato originale allorché rifletta le scelte personali e creative dell'autore; in Francia, conformemente al retaggio filo-personalistico, è richiesto più laconicamente che l'opera "rifletta la personalità dell'autore". Giova altresì segnalare che nei Paesi di *common law*, quali Malta, Cipro, Irlanda e il Regno Unito, si è registrata una soglia di originalità più bassa rispetto ai Paesi di *droit d'auteur*, a prescindere dalla formulazione testuale adoperata. L'eterogeneità del linguaggio adoperato dai singoli Stati membri è il risultato della carente armonizzazione legislativa del requisito di originalità, legittimando così una sorta di *patchwork* composto da tessuti simili, ma non identici, con delle potenziali ricadute pratiche sull'uniforme applicazione delle condizioni di accesso alla tutela autoriale.

<sup>419</sup> La rilevanza economica del mercato creativo si apprezza particolarmente nella proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione europea il 30 maggio 2018, COM(2018) 366 final, che istituisce il programma "Europa creativa (2021-2027)" e che abroga il regolamento n. 1295/2013/UE, nel quale è prevista una dotazione finanziaria per l'ammontare complessivo di € 1.850.000.000 finalizzata sostanzialmente a promuovere i settori culturali e artistici. In proposito, il Considerando n. 6 della proposta di Regolamento afferma espressamente che «Il programma dovrebbe tener conto della duplice natura dei settori culturali e creativi riconoscendo, da un lato, il valore intrinseco e artistico della cultura e, dall'altro, il valore economico di tali settori, incluso il loro più ampio contributo a crescita, competitività, creatività e innovazione». Esso sintetizza efficacemente l'anima duale delle attività artistiche e culturali che rispecchia la duplice funzione assolta dal diritto d'autore: da un lato, la funzione sociale, ben riassunta nel Considerando n. 2 della direttiva 48/2004/CE, in forza del quale «La tutela della proprietà intellettuale dovrebbe consentire all'inventore o al creatore di trarre legittimo profitto dalla sua invenzione o dalla sua creazione. Dovrebbe inoltre consentire la massima diffusione delle opere, delle idee e delle nuove conoscenze. Nello stesso tempo, essa non dovrebbe essere di ostacolo alla libertà d'espressione, alla libera circolazione delle informazioni, alla tutela dei dati personali, anche su Internet», dall'altro, la funzione economica, accuratamente evidenziata nel Considerando n. 10 della direttiva 29/2001/CE, secondo cui «Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. Gli investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fonografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi quali i servizi su richiesta ("on-demand") sono considerevoli. È necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti». Inoltre, dall'esame della proposta di Regolamento per l'istituzione del programma "Europa creativa (2021-2027)" appare alquanto emblematica la mancata inclusione dei programmi per elaboratore e delle banche dati all'interno del catalogo delle opere afferenti ai settori culturali e creativi promossi dall'art. 2, n. 2) del menzionato Regolamento, «"settori culturali e creativi": tutti i settori le cui attività si basano su valori culturali o espressioni artistiche e altre espressioni creative, individuali o collettive. Le attività possono comprendere lo sviluppo, la creazione, la produzione, la

attraverso l'armonizzazione dei diritti patrimoniali (i quali hanno un evidente impatto sul funzionamento del mercato europeo), ma per essere portato a termine richiede al contempo l'armonizzazione delle condizioni di accesso a quei diritti patrimoniali.

Come già rimarcato, il significato che si intende attribuire al requisito di originalità ha un'influenza pratica notevole sull'ampiezza del diritto d'autore, poiché esso guida gli organi giurisdizionali nel decidere quali creazioni debbano beneficiare dei diritti patrimoniali e morali.

Sarebbe irrealistico pensare di poter abbattere le disparità e le barriere tra gli Stati membri che ostacolano il buon funzionamento del mercato delle opere dell'ingegno attraverso un'armonizzazione a valle limitata ai diritti di sfruttamento economico, posto che la loro attribuzione discende dal soddisfacimento dei requisiti di accesso alla tutela autoriale, richiedendo dunque un'armonizzazione anche a monte che tenga conto del quadro d'insieme<sup>420</sup>. Non è certamente un dato casuale la circostanza che la CGUE abbia avocato a sé il compito di appianare le divergenti declinazioni nazionali del requisito di originalità<sup>421</sup>, cercando di risolvere i compositi interrogativi da essa sollevati. Tale intervento è riassumibile nel seguente riquadro:

---

diffusione e la conservazione di beni e servizi che costituiscono espressioni culturali, artistiche o altre espressioni creative [...]. Esse sono in grado di generare innovazione e creare posti di lavoro in particolare derivanti dalla proprietà intellettuale. I settori comprendono l'architettura, gli archivi, le biblioteche e i musei, l'artigianato artistico, gli audiovisivi (compresi il cinema, la televisione, i videogiochi e i contenuti multimediali), il patrimonio culturale materiale e immateriale, il design (compreso il design della moda), i festival, la musica, la letteratura, le arti dello spettacolo, i libri e l'editoria, la radio e le arti visive». Questo è un altro indice che evidenzia l'artificiosa appartenenza dei software e delle banche dati nell'elenco delle opere dell'ingegno previsto all'art. 2, l.d.a., al fine di soddisfare interessi alieni rispetto a quelli artistici o culturali.

<sup>420</sup> Così, E. ROSATI, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, op. cit., p. 64, «There seemed to be no evidence that diverging requirements for the level of originality had the potential to create barriers to intra-community trade. Only divergent economic rights might have impaired the proper functioning of the market. It is submitted that to adopt this attitude is to neglect the fact that economic rights descend, in the first place, from the entitlement to copyright protection. One of the basic requirements is that a work must be original to be protected under copyright. Therefore, a discussion on copyright limited to the mere harmonisation of economic rights is of reduced relevance, as any reform should properly result from a comprehensive knowledge and careful analysis of the overall picture».

<sup>421</sup> IDEM, *Originality in US and UK copyright experiences as a springboard for an EU-wide reform debate*, op. cit., p. 524, condividendo la relazione dell'ex commissario europeo Charlie McCreevy presentata al Comitato Affari Legali del Parlamento Europeo il 21 novembre 2006. L'Autrice, a p. 531, suggerisce efficacemente che «[a] discussion on copyright limited to the mere harmonisation of economic rights would be of reduced relevance, as any reform of the details should, properly, result from a comprehensive knowledge, and careful analysis of the overall picture. It would be regrettable parochial or proceed with a reform agenda under the assumption that disparities of protection would harm the efficient functioning of internal market only and expressly when such disparities relate to economic rights». In senso analogo si pongono le conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate diversi anni dopo riguardo al caso *Cofemel*, parr. 23-24, «È probabile che, come sostiene il governo ceco nelle sue osservazioni, l'esistenza di differenze troppo rilevanti tra i contenuti del diritto d'autore degli Stati membri non abbiano consentito di giungere a una definizione unanimemente accettabile. A tal proposito, è opportuno rilevare che, anche a livello nazionale, è estremamente difficile, se non addirittura impossibile, formulare una definizione astratta che sia in grado di comprendere la pluralità di oggetti, tra loro molto



Il carattere creativo delle opere dell'ingegno nell' <i>acquis communautaire</i> giurisprudenziale			
	Novità	Originalità	
	Differenza rispetto alle altre opere preesistenti	Creazione intellettuale propria dell'autore = scelte libere e creative, dopo <i>Football Association</i> (2011), <i>Painer</i> (2012), prima si prestava a letture tautologiche	Rispecchia la personalità dell'autore = inciso stilistico appartenente al retaggio romantico del diritto d'autore
Programmi per elaboratore - Inclusa l'interfaccia grafica utente da <i>Bsa</i> (2010) ex direttiva 2001/29/CE, il linguaggio di programmazione e il formato dei file impiegati con <i>SAS Institute</i> (2012) e le componenti grafiche e sonore di un videogioco con <i>Nintendo</i> (2014)	Si	Si	? in <i>BSA</i> (2010), così come in <i>SAS Institute</i> (2012), posto che era richiesta soltanto la creazione intellettuale propria dell'autore, mentre in <i>Cofemel</i> (2019) vi è un generalizzato riferimento all'impronta personalistica dell'autore rispetto a tutte le opere dell'ingegno
Opere fotografiche	Si	Si	Si
Banche dati	Si	Si	Si, dopo <i>Football Dataco</i> (2012), prima era richiesto soltanto che la banca dati costituisse

diversi, proteggibili dal diritto d'autore e di escludere, al contempo, quelli che non lo sono. Al più, è possibile stilare un elenco, necessariamente non esaustivo, degli ambiti creativi in cui il diritto d'autore può trovare applicazione, come fa l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Berna. Nondimeno, una siffatta lacuna non poteva continuare a esistere, dal momento che la nozione di «opera» costituisce *la pietra angolare di ogni regime di diritto d'autore, definendone il concreto campo di applicazione*. L'interpretazione uniforme di tale nozione è, pertanto, *indispensabile* nell'ambito dell'armonizzazione del diritto d'autore operata dal diritto dell'Unione. *Infatti, sarebbe inutile armonizzare i diversi diritti di cui godono gli autori se gli Stati membri fossero liberi di includere in tale protezione, oppure di escludere da essa, questo o quell'oggetto, in via legislativa o giurisprudenziale*. Prima o poi, la Corte doveva necessariamente essere chiamata a colmare tale lacuna, in occasione di questioni pregiudiziali sollevate da giudici che dubitavano dell'applicabilità delle direttive sul diritto d'autore in taluni casi specifici» [enfasi mie]. In senso favorevole alla standardizzazione del requisito di originalità, senza però prendere (volutamente) una posizione sulla competenza legislativa o giurisdizionale nel perseguimento di tale obiettivo, v. T. MARGONI, *The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard*, op. cit., p. 25, secondo cui «[a] shared standard of originality is a necessary element for a copyright framework that aims to operate in a common market and society. [...] However, if the European Union is to finally become said common market and society then standards such as that of originality in copyright law need to be fully harmonised in order to offer a level playing field to all EU citizens. How to reach these shared standards, that is to say, whether full harmonisation or unification of EU copyright law should be achieved through judicial interpretation or through legislative intervention [...] exceeds the purpose of this article, but clearly represents a fundamental issue for the future of the EU (copyright) legal framework». A favore invece di un intervento giurisprudenziale, C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europea tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, op. cit., p. 186.

			una creazione intellettuale propria dell'autore
Altre opere - escluso il sapore con <i>Levola Hengelo</i> (2017) per mancata identificazione con precisione e obiettività (non necessaria la fissazione permanente)	Si	Si, dopo <i>Infopaq</i> (2009), prima era rimesso alla discrezionalità degli Stati membri	Si, dopo <i>Funke Medien</i> (2019) e <i>Cofemel</i> (2019), prima era incerto in quanto rimesso alla discrezionalità (delle Corti) degli Stati membri

Si rileva che, ai fini di una più agevole percezione visiva, i due principali interventi della CGUE sulla nozione di opera dell'ingegno sono evidenziati in blu, mentre i più numerosi tentativi di armonizzazione relativi all'interpretazione del requisito di originalità sono colorati di rosso.

Sembra che l'unico interrogativo ancora parzialmente irrisolto riguardi la valutazione di originalità dei programmi per elaboratore, in quanto nel precedente *Bsa* era soltanto richiesto che il software costituisse una creazione intellettuale dell'autore<sup>422</sup>, in linea con il dato legislativo<sup>423</sup>. Tuttavia, nella vicenda *Cofemel* la CGUE ha affermato che l'originalità di tutte le opere dell'ingegno (senza quindi escludere i software) sussista ogniqualvolta l'autore abbia potuto esprimere scelte libere e creative idonee a rifletterne la sua personalità<sup>424</sup>. Sembra quindi ragionevole ritenere che tale condizione debba formalmente ritenersi applicabile anche per i programmi per elaboratore, tenendo comunque conto della sua modesta rilevanza pratica.

Ad ogni modo, il *fil rouge* che (col)lega le menzionate decisioni è quello di pervenire gradatamente ad un'omogeneizzazione su scala europea dei parametri rilevanti a stabilire quali creazioni intellettuali possano potenzialmente qualificarsi come opere dell'ingegno e quali criteri debbano essere tenuti in considerazione per affermarne l'originalità. Ciò in considerazione del fatto che il miglior funzionamento del mercato delle opere dell'ingegno non dipende unicamente dall'armonizzazione dei diritti patrimoniali, in quanto sconta parimenti l'influenza della percezione dei requisiti per beneficiare dei medesimi diritti uniformati.

Invero, la standardizzazione dei diritti patrimoniali d'autore costituisce una questione (crono)logicamente successiva rispetto alla determinazione delle condizioni per godere di quegli stessi diritti patrimoniali. L'ECC si pone esattamente in questa prospettiva, volto a recepire l'*acquis* giurisprudenziale della CGUE proprio per garantire un'armonizzazione piena del diritto d'autore grazie alla quale possa cogliersi l'occasione per

<sup>422</sup> *Bsa*, parr. 45, 46, 50.

<sup>423</sup> Art. 1, par. 3 della direttiva 91/250/CE, sostituito dall'art. 1, par. 3 della direttiva 2009/24/UE.

<sup>424</sup> *Cofemel*, par. 30.

positivizzare in via definitiva una nozione europea di opera dell'ingegno e del suo connesso requisito di originalità<sup>425</sup>.

Da ultimo, contrariamente a quanto prospettato dalla dottrina<sup>426</sup>, è emerso dalla disamina delle decisioni emesse dalla CGUE nell'arco di poco più di un decennio aventi ad oggetto le condizioni per il godimento della tutela autoriale che l'iniziale tendenza verso l'*overprotection* delle opere dell'ingegno, suggellata in particolare dalle sentenze *Infopaq* e *Bsa* – ove si è estesa la possibilità di accordare la protezione autoriale rispettivamente ad una combinazione di undici parole e ad un'interfaccia grafica utente –, è stata successivamente calmierata da numerose pronunce, tra cui segnatamente *Football Association*, *Football Dataco*, *SAS Institute* (limitatamente alle funzionalità del software), *Levola Hengelo*, *Confemel* e *Brompton Bicycle*. Tale conclusione è raffigurabile nel seguente schema:

<b>Sentenza</b>	<b>Decisum sulla protezione autoriale</b>	<b>Impatto sull'oggetto</b>	<b>Impatto sul gradiente di originalità</b>
<i>Infopaq</i> (2009)	Sì alla selezione di undici parole	Neutrale	Espansivo
<i>Bsa</i> (2010)	Sì all'interfaccia grafica utente	Espansivo	Neutrale
<i>Football Association</i> (2011)	No alle partite di calcio	Restrittivo	Restrittivo
<i>Painer</i> (2011)	Sì al fotoritratto	Neutrale	Neutrale
<i>Football Dataco</i> (2012)	No al calendario delle partite di calcio	Restrittivo	Restrittivo
<i>SAS Institute</i> (2012)	1) No alle funzioni di un software 2) Sì al linguaggio di programmazione 3) Sì al formato dei file	1) Restrittivo 2) Espansivo 3) Espansivo	1) Restrittivo 2) Neutrale 3) Neutrale
<i>Nintendo</i> (2014)	Si agli elementi grafici e sonori di un videogioco	Espansivo	Neutrale
<i>Levola Hengelo</i> (2018)	No al sapore di un alimento	Restrittivo	Neutrale

<sup>425</sup> Nella prospettiva di accoglimento dell'ECC, in una sua versione opportunamente aggiornata, oltre alla bibliografia citata *supra*, v. P.B. HUGENHOLTZ, *Is Harmonization a Good Thing? The Case of the Copyright Acquis*, in J. PILA, A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 56-73.

<sup>426</sup> I. LAPATOURA, *Copyright originality in fashion: industry-induced bias against small designers in a sector dominated by seasonal trends*, op. cit.; R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., pp. 663-693; G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, op. cit., p. 576; P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 164.

<i>Funke Medien</i> (2019)	No alle opere letterarie redatte secondo vincoli informativi	Restrittivo	Restrittivo
<i>Cofemel</i> (2019)	No all'effetto visivo di un modello di abbigliamento	Restrittivo	Neutrale
<i>Brompton Bicycle</i> (2020)	No alla bicicletta pieghevole	Restrittivo	Restrittivo

Da esso emerge che la tendenza seguita dalla CGUE sia in realtà quella di mitigare l'espansione (orizzontale e verticale) del diritto d'autore in occasione delle molteplici risposte alle richieste di interpretazione pregiudiziale sollevate dai giudici nazionali aventi ad oggetto quelli che autorevole dottrina qualificava come casi e situazioni limite, ovvero quelle fattispecie in cui il requisito di originalità risulti appena al di sopra o al di sotto della soglia comunemente consolidata oppure quelle relative a creazioni atipiche rispetto agli standard legislativi e giurisprudenziali<sup>427</sup>.

Per tutte le ragioni suesposte, nonché per quelle che verranno illustrate nel Capitolo Terzo, tale orientamento merita un positivo accoglimento, nella convinzione che i tempi siano ormai maturi per una sua consacrazione a livello legislativo.

## 5. Prospettive di convergenza nell'assetto normativo internazionale

La disamina dell'oggetto del diritto d'autore e del requisito di originalità non può prescindere, nonostante la territorialità dell'istituto, da una seppur sintetica rassegna delle fonti internazionali ad esso dedicate, prima fra tutte la Convenzione di Berna<sup>428</sup>.

Essa ha una duplice influenza sul diritto d'autore italiano, diretta ed indiretta. In relazione alla prima, giova ricordare che l'Italia, essendo uno dei 179 Paesi aderenti alla Convenzione di Berna, deve rispettare gli obblighi da

<sup>427</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., pp. 3-4.

<sup>428</sup> Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886, riveduta per l'ultima volta a Parigi il 24 luglio 1971. Sui profili storici dell'armonizzazione internazionale del diritto d'autore cfr. fra i tanti, L. MOSCATI, *Diritti d'autore*, op. cit., pp. 217-252; R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997. Con riguardo all'Accordo TRIPs, si richiama diffusamente D.J. GERVAIS, *The TRIPs Agreement. Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell, Londra, 2021; G. MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio*, Cacucci, Bari, 2009. Per un'analisi estesa anche alle altre due convenzioni internazionali sul diritto d'autore nell'ambito dell'OMPI, v. J. REINBOTHE, S.V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright. A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, Oxford, 2015. Gli interventi di armonizzazione internazionale seguono il lungo lavoro di lobby degli autori dell'epoca, tra i cui esponenti figura anche Charles Dickens, al fine di ottenere il reciproco riconoscimento dei diritti patrimoniali e morali sulle opere dell'ingegno. Sul punto cfr. U. SUTHERSANEN, *Bleak House or Great Expectations? The literary author as a stakeholder in nineteenth-century international copyright politics*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Northampton, 2006, pp. 40-60.

essa derivanti, in conformità agli artt. 10 e 117, Cost. Con riguardo alla seconda, è un dato alquanto evidente che il diritto d'autore italiano, come rimarcato *supra* al par. 4, sia profondamente condizionato dal diritto d'autore europeo, il quale, a sua volta, deve conformarsi alla medesima convenzione internazionale. Sebbene l'UE non sia una parte contraente della Convenzione di Berna, tale obbligo discende infatti dall'art. 1, par. 4, del *WIPO Copyright Treaty*, al quale l'UE ha aderito con la decisione del Consiglio del 16 marzo 2000, 2000/278/CE, considerato che esso prevede espressamente l'obbligo di attuare gli artt. 1-21 della Convenzione di Berna<sup>429</sup>.

Con riguardo all'oggetto della protezione autoriale<sup>430</sup>, l'art. 2, par. 1, della Convenzione di Berna presenta una struttura bipartita<sup>431</sup> che annovera una definizione generale di opera dell'ingegno comprendente «tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e estetico»<sup>432</sup> a cui si accompagna un elenco dettagliato che include molteplici creazioni dalla vocazione prevalentemente artistica, dagli opuscoli alle carte geografiche, passando per le composizioni musicali, le opere cinematografiche e le opere delle arti applicate.

Come chiarito dalla *Wipo Guide to Berne Convention*<sup>433</sup>, tale elenco ha un carattere meramente esemplificativo in quanto assolve ad una funzione di orientamento nell'ambito dell'operato dei legislatori nazionali ai fini dell'individuazione delle principali categorie di opere tutelabili. La natura esemplificativa del catalogo di opere protette testimonia la quasi illimitata variabilità dei risultati artistici proteggibili<sup>434</sup>.

È interessante notare l'espressa esclusione, all'art. 8.8 della Convenzione, delle notizie del giorno e dei fatti di cronaca che abbiano carattere di semplici informazioni di stampa, presupponendo che tali informazioni non riflettano un sufficiente gradiente di creatività tale da meritare la protezione autoriale. Può quindi desumersi che l'accesso

---

<sup>429</sup> Tale obbligo è stato ribadito in diverse sentenze emesse dalla CGUE, tra cui *Cofemel*, par. 38 e precedenti in esso citati.

<sup>430</sup> Giova all'uopo richiamare il lavoro monografico di D.J. GERVAIS, *La notion d'oeuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Librairie Droz, Ginevra, 1998.

<sup>431</sup> C. SGANGA, *La nozione di opera protetta dal diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, op. cit., p. 170.

<sup>432</sup> A prima vista, sembrerebbe che il riferimento al termine "produzione" determini una maggiore vicinanza al sistema di *common law* che, come rilevato *supra*, privilegia(va) gli interessi economici dell'industria creativa rispetto a quelli personalistici dell'autore. Tale lettura potrebbe avere delle consistenti ricadute pratiche se l'ipotesi di una maggiore vicinanza della Convenzione rispetto all'impostazione dogmatica di diritto d'autore originaria negli ordinamenti angloamericani si rifletta anche sulla determinazione del gradiente creativo minimo per reputare un'opera originale. Tuttavia, il costante ravvicinamento con i sistemi di *droit d'auteur* attenua notevolmente tale rischio.

<sup>433</sup> C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, WIPO Publication n. 615(E), Ginevra, 1978, «[t]he wording of the Convention is intended to cover them all. The expression "literary and artistic works" must be taken as including all works capable of being protected. In order to illustrate this, paragraph (1) of Article 2 gives an enumeration of the works. The use of the words "such as" shows that the list is purely one of examples and not limitative: it is a matter of providing a number of guides for the national law-makers».

<sup>434</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 202-205.

all'esclusiva sia subordinato ad un apporto creativo attraverso il quale si elabori la semplice informazione, rendendola un'opera letteraria. In tal modo, si evita altresì la costituzione di monopoli che potrebbero restringere ingiustificatamente l'esercizio della libertà di cronaca.

Inoltre, si segnala che nel catalogo previsto dalla Convenzione non figurano né i software, né i database, ma la loro assenza non sembra dipendere da una precisa volontà di loro esclusione dalla protezione autoriale, bensì semplicemente dal mancato sviluppo di tali industrie – e delle connesse istanze di tutela – sia all'epoca della stesura della Convenzione in discorso che alla data del suo più recente aggiornamento. Il carattere esemplificativo consente dunque di includere queste forme espressive atipiche nel novero delle creazioni intellettuali oggetto dell'esclusiva autoriale.

Peraltro, la loro protezione è espressamente riconosciuta in successive fonti internazionali, tra cui segnatamente l'Accordo TRIPs, al cui art. 10 riconosce la tutela dei programmi per elaboratore e delle compilazioni di dati, annoverandole (in senso lato) nelle opere letterarie protette dalla Convenzione di Berna<sup>435</sup>. Tale tutela è stata altresì confermata dal *WIPO Copyright Treaty*<sup>436</sup>.

Sebbene non testualmente menzionata, essa pare figurare anche nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali<sup>437</sup>, il quale, nell'assicurare la protezione delle tradizionali creazioni scientifiche, letterarie ed artistiche<sup>438</sup>, prevede che gli Stati aderenti debbano rendere effettiva tale tutela riconoscendo degli ulteriori diritti funzionali alla conversazione, allo sviluppo e alla diffusione della scienza e della cultura<sup>439</sup>, tra cui possono ragionevolmente annoverarsi i programmi per elaboratore e le banche dati.

Non vi è invece alcuna indicazione normativa in ordine alla possibilità di ammettere la tutela autoriale di creazioni olfattive o gustative. A tal proposito, mentre la dottrina sembra essere schierata in senso decisamente

---

<sup>435</sup> Probabilmente non è un caso che l'espressa tutela di queste creazioni tecnologiche sia avvenuta all'interno dei trattati stipulati nell'ambito della World Trade Organization, organizzazione che per antonomasia persegue interessi economici. In proposito, T. DREIER, *Authorship and New technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 26, 1995, pp. 989 ss., critica il movimento orientato alla "mercificazione" del diritto d'autore, tra le cui tappe figura l'inserimento dei programmi per elaboratore tra le opere dell'ingegno. *Contra* P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore*, op. cit., pp. 23-24, la quale ritiene che l'inserimento di questi diritti nel quadro di un accordo commerciale sia quantomai opportuno, soprattutto per fornire una risposta alle esigenze di tutela del mondo industrializzato nei confronti dei Paesi in via di sviluppo ove l'assenza di una tutela per i programmi per elaboratori rendeva i corrispondenti investitori vulnerabili agli atti di contraffazione. Sull'argomento, *amplius* J.H. REICHMAN, *Intellectual Property in International Trade: Opportunity and Risks of a GATT Connection*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 22, 1989, pp. 751 ss.

<sup>436</sup> Trattato dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale sul diritto d'autore, artt. 4, 5.

<sup>437</sup> Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed entrata in vigore il 3 gennaio 1976.

<sup>438</sup> *Ivi*, art. 15.1, lett. c).

<sup>439</sup> *Ivi*, art. 15.2.

contrario <sup>440</sup>, la giurisprudenza ha invece adottato un approccio tendenzialmente inclusivo, come emerso nel caso *Levola Hengelo*.

Orbene, il dubbio ermeneutico che sulla definizione dell'ampiezza orizzontale del diritto d'autore è causato soprattutto dall'assenza di una nozione universalmente condivisa di opera dell'ingegno (dalla romantica terminologia francese "*oeuvre de l'esprit*" al *wording* più pragmatico, ma non meno vago, dell'ordinamento anglosassone e spagnolo, rispettivamente, "*intellectual work*" e "*obra intelectual*") che permetta di individuare con esattezza le forme espressive ammesse a siffatta protezione.

Analoga lacuna normativa si registra rispetto al requisito di originalità. Invero, sebbene il richiamo al carattere originale delle opere protette dal diritto d'autore figuri ben otto volte nella Convenzione di Berna, essa non appresta alcuna definizione di siffatto requisito. L'unico indice normativo sembra rintracciabile all'art. 2, par. 5, della Convenzione, in cui si subordina la proteggibilità delle raccolte di opere letterarie o artistiche alla condizione che esse abbiano il «carattere di creazioni intellettuali»<sup>441</sup>.

È probabilmente questo l'inciso che ha ispirato il legislatore europeo e la CGUE nel definire e poi dettagliare il requisito di originalità. La linea interpretativa europea che richiede l'esercizio di una certa discrezionalità artistica (sintetizzabile nel ricorrente enunciato "scelte libere e creative") si lascia preferire rispetto all'ormai superata teoria dello *sweat of the brow*<sup>442</sup>.

---

<sup>440</sup> Al riguardo, si richiama in particolare il parere della EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion on the pending reference before the CJEU in Case 310/17 (copyright protection of tastes)*, op. cit., p. 5, secondo cui l'oggetto del diritto d'autore non può estendersi ulteriormente in favore delle creazioni gustative ed olfattive poiché esse esulano dalla nozione di opera ("work") stabilita dalla Convenzione di Berna. Tale soluzione interpretativa sarebbe confortata dalla circostanza che quando il legislatore internazionale ha voluto estendere la protezione autoriale a tipologie di opere diverse rispetto a quelle già tipizzate egli vi ha provveduto attraverso una corrispondente previsione normativa. In tal senso, C. SGANGA, *La nozione di opera protetta dal diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, op. cit., p. 171, argomentando che la Convenzione di Berna ha riservato la protezione del diritto d'autore a creazioni accomunate dalla percepibilità visiva e/o uditiva e non anche olfattiva e/o gustativa. L'Autrice, a pp. 179-180, fa inoltre leva sull'interpretazione autentica della Convenzione di Berna, ritenendo che i suoi Redattori avessero voluto limitare il novero di opere protette a quelle percepibili con la vista e/o l'udito, richiamando le conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet presentate il 25 luglio 2018 per l'*affaire Levola Hengelo*, nelle quali si afferma a chiare lettere che «L'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Berna contiene inoltre un elenco non esaustivo delle opere "letterarie ed artistiche" protette. Tale elenco, pur non facendo alcun riferimento ai sapori, né a opere analoghe ai sapori, quali gli odori o profumi, non li esclude espressamente. Occorre tuttavia rilevare che, nonostante, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Berna, "l'espressione opere letterarie ed artistiche comprenda tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione», tale disposizione fa riferimento unicamente ad opere percepibili attraverso mezzi visivi o sonori, quali i libri e le composizioni musicali, non contemplando le produzioni percepibili attraverso altri sensi, quali il gusto, l'olfatto o il tatto». [enfasi mie]

<sup>441</sup> Ne consegue che le "produzioni" tutelate dall'art. 2 della Convenzione di Berna sono soltanto quelle che costituiscono delle creazioni intellettuali. Sicché, non è detto che ogni produzione sia al contempo una creazione intellettuale mentre è sempre vero il contrario.

<sup>442</sup> Al riguardo si richiama D.J. GERVAIS, *The Compatibility of the "Skill and Labour" Originality Standard with the Berne Convention and the TRIPs Agreement*, op. cit., pp. 75-80.

A tali considerazioni può aggiungersi che il silenzio del legislatore internazionale sull'interpretazione del requisito di originalità sia in un certo senso voluto, al fine di lasciare tale delicato compito ai Parlamenti – e, come più spesso avviene, ai giudici – nazionali. Come recentemente ribadito dalla CGUE<sup>443</sup>, tale volontà può desumersi dall'art. 5, par. 3 della Convenzione, il quale riserva alle legislazioni nazionali il compito di regolare la protezione delle opere dell'ingegno secondo il diritto d'autore, in cui si annoverano anche le condizioni per l'accesso alla tutela. Tuttavia, il notevole processo di uniformazione operato soprattutto a livello giurisprudenziale erode fortemente l'autonomia nazionale, specialmente ove si tenga conto della consolidata affermazione del principio di preclusione<sup>444</sup>. In virtù di esso è per l'appunto precluso agli Stati membri fornire interpretazioni contrastanti rispetto a quelle eventualmente già elaborate a livello sovranazionale<sup>445</sup>.

Sembra quindi maturo il tempo per abbandonare l'intento espresso nel documento elaborato dal comitato di esperti sui modelli di disciplina delle legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore, in cui si affermava che l'originalità fosse parte della definizione di “lavoro” e che tale nozione dovesse essere riservata ai legislatori nazionali e/o alle Corti<sup>446</sup>. Per quanto i due concetti siano ormai strettamente interrelati, si conferma e si suggerisce l'opportunità di adottare una definizione condivisa di opera dell'ingegno autonoma rispetto a quella di originalità (e viceversa), come è stato in parte dimostrato dall'armonizzazione giurisprudenziale operata dalla CGUE.

Da ultimo, si segnala che sebbene le fonti internazionali in materia di diritto d'autore abbiano posto le basi per l'avvio di una convergenza tra Paesi di *droit d'auteur* e Paesi *copyright*<sup>447</sup> che fa ben pensare e sperare in un

---

<sup>443</sup> CGUE, sentenza del 14 luglio 2021, Causa T-185/19, EU:T:2021:445, *Public.Resource.Org, Inc. c. Right to Know CLG*, par. 42, ove si puntualizza che «[t]he scope of copyright protection for the same work may differ according to the place where that protection is sought. Accordingly, under Article 5(3) of the Berne Convention, protection in the country of origin is governed by domestic law».

<sup>444</sup> E. ROSATI, *Originality in EU Copyright*, op. cit., pp. 172-174. V. altresì F. BLOCKX, *The General Court of the EU wanders into copyright law, and gets disoriented*, The IPKat, 15 luglio 2021, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/07/guest-post-general-court-of-eu-wanders.html>, il quale richiama la sentenza della CGUE del 13 febbraio 2014, causa C-466-12, *Svensson*, EU:C:2014:76, par. 37, in cui si è affermato che «Article 3(1) of Directive 2001/29 cannot be construed as allowing Member States to give wider protection to copyright holders by laying down that the concept of communication to the public includes a wider range of activities than those referred to in that provision». Tuttavia, la prima sentenza della CGUE che ha introdotto il principio di preclusione rimonta al 19 marzo 1964, Causa 75/63, EU:C:1964:19, *M.K.H. Unger in Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*.

<sup>445</sup> Sull'argomento, *amplius* A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013,

<sup>446</sup> OMPI, documento del 3 marzo 1989, CF/MPC/I/3, «Originality is part of the definition of “work” and [...] a reference to it should be included in Section 2(1) [...] The idea of providing a definition of the concept of “work” was, however, opposed by a number of participants; it was felt that the question should rather be left to national legislation and/or to the courts».

<sup>447</sup> Si pensi in particolare all'obbligo di adesione alla Convenzione di Berna e all'Accordo TRIPs imposto ai Paesi di *common law* che desideravano partecipare alla WTO,



completo ravvicinamento dei due sistemi<sup>448</sup>, si ritiene che i tempi siano ancora immaturi per poter immaginare un'armonizzazione a livello internazionale che abbia proprio ad oggetto questi due capisaldi del diritto d'autore, essendo anzitutto necessaria un'uniformazione legislativa a livello europeo.

## 6. Un quadro di sintesi

La centralità della nozione di opera dell'ingegno e del requisito di originalità è limpidamente emersa nelle tre prospettive di indagine (nazionale, europea ed internazionale) prese in considerazione, evidenziando i rispettivi differenti progressi nel dissipare i dubbi ermeneutici ad esse collegati.

Non sembra azzardato ritenere che proprio su questi due elementi si erga l'intero sistema del diritto d'autore in quanto è dalla loro interpretazione che è possibile distinguere ciò che è tutelabile da ciò che invece confluisce nel pubblico dominio.

Inoltre, essi hanno un effetto escatologico sul mercato delle opere dell'ingegno in quanto contribuiscono a segnare il destino dei settori creativi interessati. Sebbene infatti siano presenti svariati strumenti giuridici alternativi per avanzare una forma di dominio su una creazione intellettuale<sup>449</sup>, il riconoscimento del diritto d'autore rappresenta l'opzione preferita in considerazione della natura assoluta del diritto e della sua lunga durata, tale da poter consentire il recupero degli sforzi profusi. Sicché, la possibilità che una certa tipologia di opera possa accedere alla tutela autoriale contribuisce ad aumentare gli investimenti nella realizzazione di quelle creazioni. E così viceversa.

Occorre quindi cercare di sistematizzare il disordine giuridico che ostacola la formazione di un comune consenso su questi due elementi chiave del diritto d'autore.

Con riferimento alla nozione di opera dell'ingegno, l'elemento che accomuna il diritto nazionale, europeo ed internazionale, è rappresentato dall'esistenza di una categoria semi-aperta di opere dell'ingegno, attualmente limitata alle creazioni percepibili attraverso la vista e/o l'udito<sup>450</sup>. Nell'ambito

---

dovendo questi ultimi accettare l'assenza di formalità costitutive del diritto (art. 6, par. 2, della Convenzione di Berna) e accordare un minimo riconoscimento dei diritti morali (art. 6-bis, par. 1, della medesima). Come ricordato *supra*, l'adesione degli Stati Uniti, avvenuta il 1° marzo 1989, ha rappresentato un significativo passo verso la convergenza tra Paesi di *common law* e Paesi di *civil law*.

<sup>448</sup> L.C. UBERTAZZI, *Linee di evoluzione pregressa della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 200.

<sup>449</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, al riconoscimento di diritti connessi, all'applicazione delle norme in materia di concorrenza sleale, oppure il ricorso a vincoli di natura contrattuale. Un interessante affresco degli strumenti giuridici di tutela para-sostitutivi del diritto d'autore, con particolare riguardo agli eventi sportivi, è proposto da T. MARGONI, *The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection*, op. cit. Si rinvia al Capitolo Secondo per una rassegna delle opzioni di tutela delle produzioni dell'intelligenza artificiale e dei Big Data.

<sup>450</sup> C. SGANGA, *La nozione di opera protetta dal diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, op. cit., p. 185, 191-192. L'Autrice avverte

di queste ultime tipologie di creazioni, i legislatori e la giurisprudenza, nazionale ed europea, hanno contribuito alla costruzione incrementale della nozione di opera dell'ingegno attraverso l'inclusione di nuove forme espressive ritenute meritevoli di protezione.

Tuttavia, si condivide la critica proposta in dottrina che l'attività ermeneutica delle Corti sembra essere disancorata da linee guida sistematiche ed assiologiche in grado di controllare i rischi insiti nella sua imprevedibilità<sup>451</sup>. Occorre dunque cercare di individuare dei parametri oggettivi di riferimento che garantiscano una maggiore certezza del diritto, a beneficio di tutti i soggetti coinvolti attivamente o passivamente lungo la catena produttiva e distributiva delle opere dell'ingegno (v. *infra* Capitolo Quarto). In questa prospettiva, l'esigenza affermata nel caso *Levola Hengelo* a che l'opera debba essere identificata con obiettività e precisione costituisce un valido punto di partenza per una più approfondita analisi.

Con riferimento al requisito di originalità, non può negarsi che la giurisprudenza europea abbia avuto anche in tal caso un ruolo principe nel tentativo di dipanare le composite questioni interpretative originate dalle incongruenti lacune normative. È emerso, in nuce, che il carattere della creazione intellettuale dell'autore, specificamente dettato per i programmi per elaboratore, per le opere fotografiche e per le banche dati, abbia progressivamente acquisito un'efficacia transpica rispetto a tutte le opere dell'ingegno.

La CGUE ha inoltre posto fine alle possibili tautologie che una siffatta nozione poteva evocare, declinandola nel senso di esigere che l'autore abbia compiuto delle scelte libere e creative (e quindi non dettate dalla funzione, dalla tecnica o dalla prassi) nella realizzazione dell'opera, idonee a rifletterne la personalità.

Al di là della discutibile rilevanza pratica di quest'ultimo inciso valorizzante l'impronta personalistica dell'autore, la prima parte della nozione elaborata dalla CGUE rappresenta un utile viatico per orientare l'interprete nella valutazione di originalità di un'opera dell'ingegno.

La preferibilità del menzionato orientamento è altresì confermata dalla sua vocazione limitatamente espansiva del diritto d'autore, posto che dalla disamina del quadro complessivo delle decisioni europee relative al requisito di originalità sembra evincersi un'allocatione equilibrata del diritto di esclusiva. Ne consegue che, almeno a livello sovranazionale, i paventati rischi di un'*overprotection* delle opere dell'ingegno non appaiono fondati.

L'esperienza europea di armonizzazione, malgrado non ancora pienamente completata, si pone quindi come una base di partenza per immaginare un allineamento di respiro internazionale. Tuttavia, si è già rilevato che le cospicue divergenze interpretative nelle legislazioni e negli orientamenti giurisprudenziali a livello dei singoli Stati rendono alquanto

---

inoltre la difficoltà pragmatica in ordine alla possibile applicazione delle eccezioni e limitazioni del diritto d'autore, nonché di alcuni diritti patrimoniali – segnatamente quello di comunicazione al pubblico –, alle opere olfattive e gustative. Esse sembrerebbero quindi incompatibili rispetto alla struttura sistematica del diritto d'autore.

<sup>451</sup> *Ibidem*.

difficile attendersi un simile intervento di armonizzazione nel prossimo futuro, soprattutto se non preceduto dalla propedeutica standardizzazione europea della nozione di opera dell'ingegno e del requisito di originalità.

Quest'ultimo intervento sembra maggiormente plausibile, oltre che indubbiamente auspicabile, di modo che la codificazione dell'*acquis communautaire* giurisprudenziale possa appianare definitivamente le barriere tra gli Stati membri che fungono da ostacolo al buon funzionamento del mercato delle opere dell'ingegno e rischiano di creare diseguaglianze tra produttori di opere parimenti e diversamente creativi<sup>452</sup>. La realizzazione dell'ambizioso progetto sovranazionale di codificazione del diritto d'autore garantirebbe una maggiore certezza su questa materia, nell'interesse degli autori, dei loro *competitors* e della collettività.

Tornando quindi alla scansione degli interessi rilevanti nel diritto d'autore esposta in apertura del presente Capitolo, il primario interesse che viene in rilievo è certamente quello di incentivare la realizzazione di creazioni artistiche e scientifiche in senso lato per garantire il costante sviluppo culturale del Paese, alimentando continuamente il cd. «culto del bello»<sup>453</sup>.

Tale obiettivo viene perseguito attraverso un delicato sistema di regole ed eccezioni che, da un lato, mira al soddisfacimento dell'interesse privato dell'autore ad essere remunerato per il suo lavoro creativo mediante il riconoscimento di un diritto a vocazione monopolistica e, dall'altro, aspira a proteggere altri interessi – generali e particolari – rispetto ai quali il diritto di esclusiva diviene cedevole<sup>454</sup>.

Ne consegue che la realizzazione dell'interesse privato si pone in rapporto di strumentalità rispetto all'interesse pubblico di stimolare la creatività intellettuale, raggiungendo così un delicato equilibrio di compromesso tra costi e benefici sociali che riconosce al singolo una serie di diritti su delle entità appartenenti a delle categorie tendenzialmente idonee ad

---

<sup>452</sup> Il principio di uguaglianza è stato invocato nella sentenza *Levola Hengelo*, par. 33, per giustificare l'armonizzazione della nozione di opera dell'ingegno come preconditione per l'accesso alla tutela d'autore, affermando espressamente che «viste le esigenze tanto dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto del principio di uguaglianza, tale nozione deve di norma dar luogo, in tutta l'Unione, ad un'interpretazione autonoma e uniforme». L'applicazione di tale principio è ancora più calzante per sostenere l'armonizzazione del vero requisito di accesso, costituito per l'appunto dall'originalità.

<sup>453</sup> Sulla contrapposizione tra culto del bello e culto dell'utile al fine di evidenziare la differenza funzionale tra diritto d'autore e diritto dei brevetti v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 1960, op. cit. Tuttavia, come anticipato *supra*, tale differenza è andata progressivamente sfumando per mezzo dell'estensione della tutela autoriale in favore delle cd. creazioni utili, dovendo quindi privilegiare la teoria proposta da M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, cit., p. 3, in virtù della quale occorrerebbe operare una bipartizione anche all'interno del diritto d'autore, discernendo le creazioni in funzione estetica da quelle in funzione tecnica.

<sup>454</sup> Ci si riferisce segnatamente all'articolata disciplina delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, regolata dagli artt. 65-71-*decies*, l.d.a. Tuttavia, giova ricordare che sono presenti ulteriori disposizioni al di fuori del capo V della menzionata legge, rubricato espressamente «Eccezioni e limitazioni», aventi eguali effetti limitativi del diritto d'autore, tra cui gli artt. 15, commi 2 e 3, 64-*ter*, 64-*quater*, 64-*sexies*, 97, 102-*ter*, l.d.a. Su questo tema è presente una bibliografia sterminata, ma per il momento è sufficiente richiamare G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 235-261.

accrescere il patrimonio culturale, facendo sì che tali entità, scaduto un certo lasso temporale reputato idoneo a remunerare adeguatamente l'autore e le due successive generazioni di eredi, possano essere liberamente godute dal pubblico<sup>455</sup>.

Tale equilibrio già precario (come rilevato *supra* par. 1.5) è stato rimesso in discussione a seguito della reputata meritevolezza di interessi terzi rispetto a quelli personali degli autori (e delle corrispondenti industrie creative tradizionali) e sociali della collettività, ovvero quegli interessi finanziari di cui sono portatori alcune potenti lobby industriali che, avvalendosi dei risultati dei loro investimenti in determinate innovazioni tecnico-informatiche, hanno permesso, da un lato, una più ampia ed efficace produzione e diffusione dell'arte e della scienza e, dall'altro, il perseguimento di funzioni utili a risolvere dei problemi pratici.

Si è pertanto assistito ad una ventata protezionistica che ha portato al riconoscimento del diritto d'autore o di altri diritti di esclusiva rispetto a lavori di per sé inidonei a soddisfare il requisito del carattere creativo, di cui all'art. 1, l.d.a., almeno nella ricostruzione tradizionalmente esposta<sup>456</sup>. Il tanto discusso sotto-requisito dell'originalità è stato appositamente rimodulato per consentire alle nuove opere in funzione tecnologica di accedere alla tutela autoriale, così da assicurare ai loro investitori una forma di ritorno finanziario.

Sicché, la dilatazione dell'oggetto del diritto d'autore verso creazioni inidonee ad appagare bisogni artistico-estetici, unitamente alla degradazione del requisito di originalità alla capacità del lavoro indagato di risolvere un problema pratico, costituiscono segni inequivocabili di una crisi che ha investito, e tutt'ora investe, la struttura tradizionale del diritto d'autore<sup>457</sup> e, più ampiamente, la natura ubiquitaria della proprietà intellettuale<sup>458</sup>.

Ad oggi, quindi, può ragionevolmente affermarsi che il diritto d'autore abbia una funzione ancora più ibrida rispetto al passato in cui le tradizionali anime personalistica, utilitaristica e culturale non si dissolvono, ma si restringono per lasciare spazio all'anima finanziaria. Il Capitolo Secondo è

---

<sup>455</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., p. 10.

<sup>456</sup> G. RESTA, *I nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 52, il quale condividendo le riflessioni di P. SPADA, *Conclusioni (convegno su IP e Costituzione)*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, pp. 217 ss., avverte che la corrente neoprotezionistica informante la produzione legislativa al tempo dell'introduzione della tutela del software e delle banche dati ha fatto apparire il legislatore più come custode zelante di pochi, ma potenti, interessi consolidati, che non come l'interprete imparziale dell'interesse pubblico.

<sup>457</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Programmi per elaboratore e raccolte di dati*, op. cit., p. 6.

<sup>458</sup> In questi termini, A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 896, secondo cui il decisore politico sarebbe incline ad estendere i diritti di proprietà intellettuale ogniqualvolta sia opportuno assicurare una maggiore pregnanza ed incisività, in punto concettuale e pratico, del bene che si intende tutelare. Similmente, G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, op. cit., p. 28, il quale evidenzia che la tutela del puro investimento sia indice inequivocabile della progressiva tendenza del diritto della proprietà intellettuale ad attribuire sempre maggiore rilevanza alla remunerazione degli investimenti necessari alla produzione e diffusione delle opere dell'ingegno.

dunque deputato alla verifica del peso giocato dagli interessi finanziari nella rinnovata economia sistematica del diritto d'autore contemporaneo.

**CREATIVITÀ AUTORIALE E INTERESSI FINANZIARI  
TRA VECCHIE E NUOVE TECNOLOGIE**

SOMMARIO: 7. Il “sacrificio” della creatività sull’altare degli interessi finanziari per l’affermazione delle opere autoriali utili – 8. I programmi per elaboratore – 8.1 (*Segue*) I dubbi applicativi del requisito europeo di originalità – 8.2 (*Segue*) La riduzione dell’esame di originalità a quello di novità nella giurisprudenza italiana – 8.3 (*Segue*) Rilievi preliminari – 9. Le produzioni mediante software dotati di intelligenza artificiale? – 9.1 (*Segue*) I test sulla capacità intellettuale delle macchine: da Ada Lovelace, ad Alan Turing, al...“coffee test” – 9.2 (*Segue*) Alcune reazioni giuridiche definitorie in materia di intelligenza artificiale – 9.3 (*Segue*) CreA(D)tività assistita e automatizzata – 9.4 (*Segue*) Le opzioni di tutela per le produzioni automatizzate – 9.4.1 (*Segue*) Diritto d’autore autonomo – 9.4.1.1 (*Segue*) La nozione di scelta libera – 9.4.1.2 (*Segue*) La nozione di scelta creativa – 9.4.2 (*Segue*) Diritto d’autore sul software – 9.4.3 (*Segue*) Pubblico dominio – 9.4.4 (*Segue*) Diritto connesso – 9.4.5 (*Segue*) Diritto *sui generis* – 9.4.6 (*Segue*) Segreto commerciale – 9.4.7 (*Segue*) Forme di protezione esterne al prisma della proprietà intellettuale – 9.5 (*Segue*) Alcuni punti fermi – 9.6 (*Segue*) Le brecce dell’inventività artificiale nel diritto dei brevetti – 10. Le banche (di) dati – 10.1 (*Segue*) Affinità e diversità esegetiche tra software e database – 10.2 (*Segue*) La *vexata quaestio* dell’originalità – 10.3 (*Segue*) Le ragioni economiche di una tutela giuridica – 10.4 (*Segue*) La condizione giuridica delle banche dati nell’assetto normativo internazionale ed in quello giurisprudenziale italiano prima dell’emanazione della direttiva database – 10.5 (*Segue*) I punti salienti della direttiva database – 10.6 (*Segue*) Gli arresti giurisprudenziali italiani – 10.7 (*Segue*) Appunti di sintesi – 10.8 (*Segue*) La revisione della direttiva database nella proposta europea di *Data Act* – 11. I *Big Data*? – 11.1 (*Segue*) Le alternative di protezione – 11.1.1 (*Segue*) Diritto d’autore – 11.1.2 (*Segue*) Diritto *sui generis* – 11.1.3 (*Segue*) Segreto commerciale – 11.1.4 (*Segue*) Responsabilità contrattuale – 11.2 (*Segue*) L’opportunità di ricorso a forme di data sharing – 11.3 (*Segue*) Note riepilogative.

**7. Il “sacrificio” della creatività sull’altare degli interessi finanziari per l’affermazione delle opere autoriali utili**

L’avanzare della tecnica ha, *inter alia*, favorito la nascita di forme espressive pioneristiche che, per certi aspetti, hanno segnato una cesura netta rispetto alle tradizionali manifestazioni artistico/culturali. Ci si riferisce in particolare alle creazioni realizzate attraverso il ricorso al codice binario, ovvero i programmi per elaboratore e le banche dati. Invero, esse si pongono al di fuori dei tradizionali paradigmi che tipicamente connotano il mondo dell’arte e dello spettacolo, essendo alquanto inconsueto, ad esempio, esporle in musei, in teatri, o in altri luoghi dedicati al pubblico *divertissement*<sup>459</sup>.

È nondimeno anomalo descrivere un software o un database esaltandone la bellezza o biasimandone la bruttezza. Si pensi, a titolo

---

<sup>459</sup> Per alcune stimolanti osservazioni sulle funzioni classicamente ricoperte dalle opere dell’ingegno, esordendo con un’analisi etimologica del termine “spettacolo”, v. in particolare E. BATTELLI, *Spettacolo e cultura. Profili giuridico-istituzionali*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato dello spettacolo. Opere, contratti, tutele*, op. cit., pp. 3-16.

esemplificativo, al codice sorgente dei software commissionati dalle palestre per la gestione degli accessi e la memorizzazione delle schede di allenamento dei propri clienti; oppure alle numerose banche dati prodotte dagli editori di riviste giuridiche per garantire una migliore fruizione di contenuti a loro volta protetti dal diritto d'autore. E così per tantissime altre ipotesi nelle quali è abbastanza agevole scorgere l'appartenenza di tali creazioni al campo dell'utile (o della tecnica) e non anche dell'estetica, marcando un decisivo allontanamento rispetto al prototipo natio di opera dell'ingegno.

Appare altrettanto arduo condividere l'idea che all'origine della protezione dei software e dei database si celi la tutela dei medesimi interessi che hanno dato vita ai privilegi librari risalenti al XV secolo dal momento che gli esperimenti legislativi contemporanei offrono un'analoga forma di protezione verso creazioni poco affini ad appagare bisogni estetici<sup>460</sup>. Queste ultime produzioni sono manifestamente preordinate a risolvere problemi tecnici e, di conseguenza, a soddisfare esigenze di natura pratica a cui si associano interessi industriali, professionali, commerciali e soprattutto finanziari del tutto differenti rispetto a quelli sottesi alle opere *lato sensu* artistiche protette dal diritto d'autore<sup>461</sup>.

Il distacco dei programmi per elaboratore e delle banche dati dallo stereotipo classico di opera dell'ingegno si apprezza anche per la diversa tipologia di contributo richiesto all'autore, muovendo dallo storico apporto in cui regnava indiscussa la fantasia espressiva dell'artista per giungere ad un lavoro nel quale prende invece il sopravvento la capacità tecnica e finanziaria del soggetto coinvolto. Nei programmi per elaboratore, tale apporto consiste nella scrittura di un codice sorgente che, una volta convertito in codice oggetto (anche noto come codice binario), fornisce delle istruzioni ad una macchina al fine di risolvere un determinato problema, laddove nelle banche dati esso si identifica sostanzialmente nell'abilità di raccogliere ed organizzare quantità elevate di informazioni. Peraltro, gli imperativi dettati dalla specifica funzione di volta in volta assolta dalle creazioni utili comprime giocoforza il margine di creatività di cui gode l'autore durante il processo realizzativo<sup>462</sup>.

Giova infatti ricordare che anteriormente alla positivizzazione della tutela autoriale dei software e dei database, per effetto delle direttive 91/250/CE e 96/9/CE, si è registrato un acceso dibattito dottrinale – protrattosi negli anni – in ordine all'opportunità di attribuire questa forma di

---

<sup>460</sup> P. SPADA, Conferenza del 26 marzo 2021 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Brescia *Opere, authorship e mercato. Diritti e tutele degli autori tra personalità e impresa*.

<sup>461</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 285, ove si evidenzia la maggiore appetibilità del diritto d'autore rispetto al diritto dei brevetti in quanto l'esclusiva autoriale risulta più facile e meno costosa da conseguire, più longeva, nonché, più ricca di contenuti monopolistici. Di ineguale efficacia è l'allegorica rappresentazione del diritto d'autore come un territorio *off-shore* rispetto ai limiti e vincoli, di natura pro-concorrenziali, tipici dell'istituto brevettuale. Si passa, così, dai paradisi fiscali ai paradisi intellettuali ove proprio l'intelletto sfuma d'importanza, prestandosi al successo di quelle creazioni che il brillante Studioso battezza come «technology copyright».

<sup>462</sup> R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., p. 667.

tutela, ontologicamente consacrata al culto del bello, anche in favore di forme espressive che sembrano invece perseguire interessi alieni rispetto alla promozione dell'arte e della cultura<sup>463</sup>. Tale ipotesi è ampiamente confermata nei Considerando delle due direttive in parola, dai quali emerge che il fine primario della menzionata protezione sia in realtà quello di remunerare il dispendio di tempo, di forze, di energie e (soprattutto) di risorse finanziarie<sup>464</sup>.

Ne consegue che la logica premiale sottostante il funzionamento del diritto d'autore si arricchisce di un nuovo interesse ritenuto meritevole di tutela che affianca il tradizionale incentivo allo sviluppo artistico e culturale, ovvero l'investimento di tempo e denaro nella realizzazione di qualcosa di utile a risolvere un problema concreto.

Invero, si riteneva che l'assenza di un diritto di esclusiva sui software o sui database avrebbe permesso il loro libero sfruttamento da parte dei terzi, tenuto conto dei caratteri di non rivalità e non escludibilità che naturalmente connotano le creazioni riproducibili in via digitale. A tal riguardo, giova prendere atto che questi settori "creativi" risultano parimenti vulnerabili rispetto ad eventuali atti di *free riding*, i quali impedirebbero il recupero delle risorse investite per la realizzazione di nuovi programmi per elaboratore e di nuove banche dati, pregiudicando l'innovazione e la prosperità dei rispettivi mercati.

Tenendo a mente gli esempi sopra proposti, si evince che l'obiettivo comune intercorrente tra i software elaborati per le palestre e i database di riviste giuridiche sia quello di migliorare l'esercizio di un'attività economica attraverso la risoluzione di un problema pratico. In entrambi i casi traspare, infatti, l'esigenza di assicurare la più agile fruizione dei servizi erogati dai due imprenditori. Tuttavia, pochi imprenditori sarebbero incentivati a commissionare la realizzazione di beni in grado di essere legittimamente replicati da parte dei *competitors* ad un costo prossimo allo zero. Né vi sarebbero programmatori o costitutori di banche dati disposti a farlo gratuitamente.

Dunque, l'estensione del diritto d'autore verso queste opere intellettuali atipiche sembra trovare la sua *ratio* nell'intento di creare ed alimentare un nuovo mercato dedicato ai software e ai database foraggiato dalla crescente domanda dei corrispondenti diritti di esclusiva, in quanto considerati *assets* strategici capaci di conferire un più o meno consistente vantaggio competitivo<sup>465</sup>. Il mantenimento del fiorente valore imprenditoriale attribuito

---

<sup>463</sup> Il tema è ampiamente discusso nei contributi monografici di E. AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore: profili e critica di una dicotomia normativa*, op. cit.; P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., ove a p. 1 si mette immediatamente in risalto l'estraneità di tali creazioni intellettuali rispetto ai tradizionali principi del diritto d'autore.

<sup>464</sup> Direttiva 91/250/CE, Considerando n. 2, direttiva 96/9/CE, Considerando n. 7.

<sup>465</sup> In via generale, la decisività dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambito delle politiche di crescita europee è ben evidenziata nella proposta di risoluzione del Parlamento europeo sul piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE (2021/2007(INI)), lett. f), «considerando che i settori a elevata intensità di conoscenza sono fonte di crescita e prosperità; che, tra il 2012 e il 2016, tali settori hanno generato quasi il 30 % di tutti i posti di lavoro e quasi il 45% dell'attività economica totale



alle creazioni intellettuali in discorso è strettamente correlato alla loro artificiosa scarsità, ottenuta per effetto di un meccanismo legislativo, quale in tal caso quello derivante dal conferimento dell'esclusiva autoriale, il quale assicura una fruizione limitata in favore soltanto di alcuni soggetti<sup>466</sup>.

La dilatazione dell'oggetto del diritto d'autore enfatizza l'attuale ambivalenza della nozione di opera dell'ingegno, la quale può costituire un elemento aziendale oppure l'espressione di un lavoro esteticamente innovativo<sup>467</sup>. In questo contesto, il programmatore ed il costituente della banca dati vengono doppiamente premiati per il loro lavoro. Da un lato, essi hanno il diritto alla retribuzione economica corrispondente alla vendita o alla concessione della licenza d'uso relativa al software o al database in questione. Dall'altro, essi sono anche legittimati ad esercitare un potere di controllo – variabile in relazione al contenuto della licenza concessa – in merito allo sfruttamento della loro creazione da parte di terzi. L'autore, infatti, si vede riconosciuta una serie aperta di facoltà di utilizzazioni rispetto alle quali egli è legittimato a scegliere se e in che misura disporne.

Tuttavia, l'allargamento delle maglie normative in favore di creazioni dall'apporto maggiormente tecnico/finanziario piuttosto che

---

(PIL) nell'UE, come indicato nella relazione di analisi a livello settoriale dell'UEB e dell'EUIPO del 2019; che i settori ad alta intensità di DPI sono responsabili del 93% delle esportazioni totali di merci dall'UE verso il resto del mondo».

<sup>466</sup> Secondo la teoria neoclassica marginalista, la condizione di scarsità di un bene incide sul suo valore di mercato poiché l'utilità marginale che questo può garantire diminuisce in proporzione all'aumento di quantità del bene posseduto o consumato. Tale concetto viene tradizionalmente spiegato ricorrendo al paradosso dell'acqua e dei diamanti. Nonostante, infatti, l'acqua costituisca un bene vitale per l'essere umano, essa ha un costo incommensurabilmente minore rispetto a quello dei diamanti, in alcun modo essenziali per la sua sopravvivenza. A tal riguardo, la teoria del valore-utilità consente di rispondere a questo paradosso attraverso il concetto di scarsità dei diamanti. Non è il valore oggettivo ed intrinseco a distinguere il prezzo dell'acqua da quello dei diamanti, quanto quello soggettivo legato alla scarsità del secondo rispetto al primo. *Amplius*, A. MARSHALL, *Principi di economia*, 1890, Utet, Torino, 2017, richiamato in F. PISTELLI, *Dai diamanti...non nasce niente? Rischio e responsabilità nelle operazioni di investimento in beni rifugio*, in *Persona e Mercato*, II, 2020, pp. 129 ss. Tale teoria trova applicazione, *mutatis mutandis*, rispetto a tutti i beni duplicabili per un numero potenzialmente infinito di volte ad un costo marginale irrisorio. Le creazioni digitali costituiscono un esempio emblematico di beni che in natura sono disponibili in misura illimitata. Dunque, la teoria del valore-utilità risulta particolarmente utile per comprendere le ragioni che hanno portato il legislatore a provocare la scarsità dei database e dei software. Altrimenti, essi non avrebbero un significativo valore economico e, non costituendo un *business* appetibile per l'impossibilità di recuperare i costi sostenuti, verrebbero meno gli investimenti volti ad alimentare i rispettivi mercati. Peraltro, anche in passato la penuria di esemplari artistici autentici ne incrementava la relativa domanda, con l'unica differenza che i falsari, per quanto cercassero di soddisfare surrettiziamente i bisogni dei collezionisti d'arte, non erano in grado di ottenere delle repliche identiche agli originali in quanto si trattava pur sempre di prodotti contraffatti non corrispondenti alla loro apparente autenticità. In argomento, G.C. ROSI, voce «*Opere d'arte (contraffazione o alterazione di)*», in *Digesto civile*, 1995.

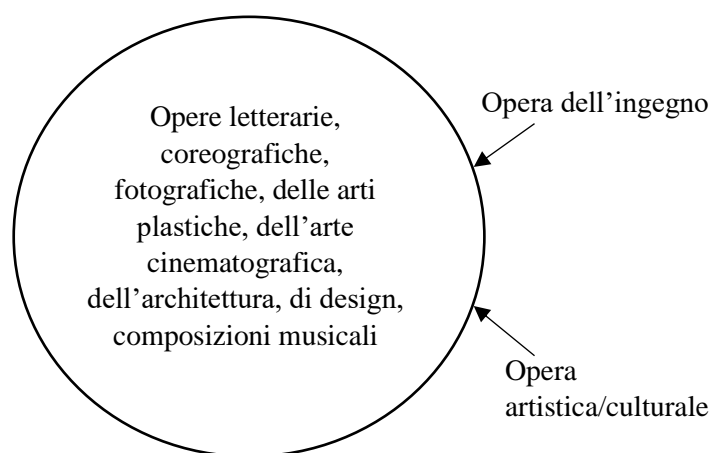
<sup>467</sup> P. SPADA, op. ult. cit., in cui l'illustre Studioso rileva efficacemente che questa ambivalenza inizialmente si prospettava come a servizio degli interessi creativi piuttosto che imprenditoriali. Invero, le prime norme in materia di diritto d'autore vennero emanate sulla spinta di tutelare l'autore nelle sorti della rappresentazione o della distribuzione degli esemplari delle sue opere nei confronti dell'editore, del distributore o dell'impresario teatrale. Ad oggi, si assiste invece ad una metamorfosi di asservimento del diritto d'autore agli interessi imprenditoriali.

estetico/culturale dischiude il rischio che il diritto d'autore finisca per ridursi ad una tutela industriale in cui il contributo personale dell'autore assume un ruolo sempre più marginale, determinando un progressivo affievolimento – oltre che ripensamento – sia della nozione di opera dell'ingegno che della correlata definizione del carattere creativo<sup>468</sup>.

Può dunque inferirsi che l'estensione del diritto d'autore ai programmi per elaboratore ed alle banche dati abbia perlomeno determinato il sacrificio della concezione tradizionale di creatività autoriale, sollecitando l'interprete ad una sua nuova ponderazione che sia in grado di coglierne le traiettorie evolutive conseguenti all'affermazione delle opere utili senza al contempo snaturarne completamente il fondamento giustificativo.

In passato, il concetto di opera artistica o culturale combaciava esattamente con quello di opera dell'ingegno. Da qualche tempo si è registrato uno scollamento tra i due concetti in forza del quale quello di opera dell'ingegno è in parte più ristretto ed in parte più ampio rispetto a quello di opera artistica o culturale, quest'ultima disvelando una natura mutaforme volta a perseguire degli ulteriori interessi che il legislatore ha ritenuto meritevoli di tutela. Questa metamorfosi è raffigurabile nella seguente illustrazione:

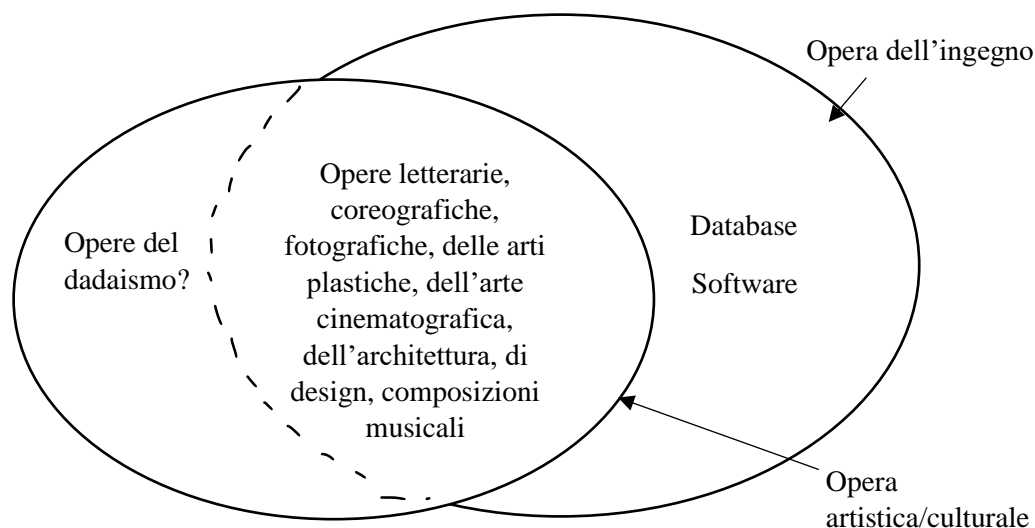
#### **Rapporto tra opera d'arte e opera dell'ingegno anteriormente al dadaismo e all'emanazione delle direttive 91/250/CE e 96/9/CE**



---

<sup>468</sup> Questo cruciale mutamento di paradigma è opportunamente rilevato da A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 112-113, il quale segnala che «seppure è vero che il diritto autoriale nasce e si sviluppa, in particolare, intorno all'opera letteraria, è altrettanto vero che, nel corso del tempo, ha subito un'estensione applicativa a favore di opere sempre più avulse da un effettivo carattere di creatività e personalità dell'autore, al punto che si è degradata ed abbassata la soglia di creatività per il riconoscimento della protezione» [corsivo aggiunto].

## Rapporto tra opera d'arte e opera dell'ingegno posteriormente al dadaismo e all'emanazione delle direttive 91/250/CE e 96/9/CE



La prima figura fa riferimento al periodo anteriore alle avanguardie artistiche<sup>469</sup> – specialmente all'arte concettuale – e ai cd. esercizi di *fast law*<sup>470</sup> conseguenti all'emanazione della direttiva software e della direttiva

<sup>469</sup> Invero, anche la nozione di opera d'arte non è estranea ad assumere un significato altrettanto evanescente. Ci si riferisce in particolare alle avanguardie artistiche del '900, depositarie dell'ambizioso obiettivo di conseguire un rinnovamento del gusto sociale. Inizialmente, esse non erano repute degne di essere annoverate tra le opere d'arte. Tuttavia, la martellante opera di convincimento degli avanguardisti ha poi determinato una corrispondente dilatazione di tale categoria. Può dunque affermarsi che anche la nozione di opera d'arte abbia un carattere mutaforme e che esso sia strettamente correlato alla comune percezione della collettività. Tuttavia, non vi è un comune accordo in ordine alla loro riconducibilità ad opere dell'ingegno proteggibili sotto l'ombrello del diritto d'autore (v. *infra* par. 9.4). Per considerazioni più ampie sul movimento artistico rivoluzionario ivi accennato, v. M. DE MICHELI, *Le avanguardie artistiche del Novecento*, Feltrinelli, Milano, 2014.

<sup>470</sup> P.H. GUADRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *Europe des logiciels: au menu, PLA du chef à la mode bruxelloise*, in *Droit de l'informatique et des télécoms*, II, 1989, pp. 63-64, citati da ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., p. 42, i quali descrivono gli interventi legislativi deformanti il diritto d'autore attraverso la direttiva software e la direttiva database avvalendosi del seguente parallelismo culinario dall'irriverente sagacia: «Strana ricetta nata da una triste cucina: si prenda il meglio del diritto d'autore, rosolato nel grasso delle convenzioni internazionali. Lo si faccia restringere al massimo al fuoco lento dei compromessi; è sufficiente che ne resti una noce, o anche solo un ceci: serve per il gusto e per il profumo non per la sostanza. Si potrebbe utilizzare come base la salsa di brevetto, ma non bisogna pronunciare questo nome, perché, checché ci si mette dentro, l'importante è che possa chiamare il ragù "proprietà letteraria ed artistica": è questo l'unico modo per venderlo agli americani. Dopo l'*art nouveau*, la *nouvelle vague*, ci mancava forse solo il *droit nouveau*: la lacuna è appena stata colmata a Bruxelles». Grazie a questa ricetta, può dimostrarsi che il programma – così come le banche dati – sono una torta, un muro o una macchina.

database, nel quale la nozione di opera dell'ingegno era sostanzialmente coincidente con quella di opera d'arte o comunque di opera culturale. Essa è quindi rappresentata attraverso due cerchi identici.

La seconda figura mostra che l'avvento del dadaismo e l'entrata in vigore delle due direttive in parola abbiano ampliato rispettivamente la nozione di opera d'arte e quella di opera dell'ingegno. Essa si compone di due cerchi dalle dimensioni diverse in cui quello più piccolo, comprendente le opere artistiche e culturali, è parzialmente inglobato nel cerchio più grande, il quale annovera tutte le opere dell'ingegno. Pertanto, se in passato era sempre vero che un'opera d'arte costituisse al contempo un'opera dell'ingegno – e viceversa –, ad oggi quest'equivalenza non appare sistematicamente veritiera. Ciò alla luce del fatto che i software e i database, seppur qualificabili come opere dell'ingegno, non sono generalmente reputati come opere d'arte e che le opere del dadaismo, nonostante afferiscono al complesso mondo delle opere d'arte, non sono pacificamente qualificabili come opere dell'ingegno.

Bisogna altresì rilevare che l'introduzione della tutela dei programmi per elaboratore e delle banche dati, provocando uno spostamento dell'asse degli interessi protetti dal diritto d'autore verso la tutela dell'investimento economico sotteso alla creazione di un'opera, ha inciso sulla nozione di carattere creativo e, segnatamente, sull'accertamento del requisito di originalità<sup>471</sup>.

L'esame in ordine alla sussistenza di tale requisito sembra atteggiarsi e ridursi ancor di più alla possibilità di percorrere più strade alternative che comprovino l'esistenza di un margine apprezzabile di discrezionalità. Al minor valore attribuito alla componente personalistica corrisponde la maggiore centralità dell'apporto tecnico/finanziario per la realizzazione dei programmi per elaboratore e delle banche dati, mettendo così in crisi l'esigenza di individuare una qualche traccia che permetta la riconducibilità dell'opera al suo autore.

In entrambi i casi, l'originalità si limita ad essere ricercata nella capacità di risolvere un problema tecnico. L'elemento differenziale è insito nelle modalità attraverso le quali si persegue lo scopo utile, identificandosi per i software nella compilazione di istruzioni – in sostanza riconducibili a dei calcoli matematici – che dovranno essere eseguite da un elaboratore, mentre per i database nell'attività di raccolta e di organizzazione di molte informazioni. Ciò chiaramente amplia l'arbitrarietà valutativa dell'interprete e porta a chiedersi quali siano le capacità tecniche e le risorse finanziarie sufficienti a soddisfare il requisito di originalità.

Di converso, sembra ragionevole ritenere che il requisito di novità non risulti intaccato, restando fermo il divieto secondo il quale il software o il database di cui si invoca la tutela autoriale non può essere sostanzialmente

---

<sup>471</sup> R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, op. cit., p. 671; A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 112-113; G. SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 2011, p. 566.

uguale ad un altro già in commercio, a prescindere dall'intensità dell'apporto artistico, finanziario o tecnico conferito.

Il presente Capitolo è dunque dedicato alla disamina di queste due peculiari opere dell'ingegno, sotto una duplice prospettiva di indagine che contempla, da una parte, l'opportunità di ripensare la nozione di opera dell'ingegno in un senso più elastico rispetto al passato senza al contempo abbandonare il valore socialmente attribuito e, dall'altra, di individuare l'esatto metro di misurazione in base al quale poter calibrare l'esame di originalità delle due peculiari creazioni filotecnologiche in discorso. Invero, la diversa tipologia di contributo richiesta all'autore porta ad interrogarsi su quale sia il *minimum* di sforzo tecnico/finanziario sufficiente per predicarne l'originalità.

Poste tali premesse, la stessa metodologia informerà anche e soprattutto l'esame delle più recenti sofisticazioni dei programmi per elaboratore e delle banche dati, costituite rispettivamente dalle produzioni ottenute mediante intelligenza artificiale e dai Big Data. Occorrerà dunque appurare se anche tali creazioni, entrambe quintessenziali allo sviluppo della cd. industria 4.0<sup>472</sup>, meritino di godere della tutela autoriale e, in caso di esito positivo, bisognerà stabilire come debba essere eventualmente declinato il requisito di originalità, verificando se esse implicino una nuova alterazione strutturale del diritto d'autore in quanto foriere di questioni ermeneutiche eterogenee rispetto a quelle sollevate dai loro "antenati" oppure se sia invece possibile applicare in via analogica le soluzioni già attualmente vigenti.

## 8. I programmi per elaboratore

Il vocabolo software sorge dalla fusione tra le parole *soft* e *ware* in cui la prima è un aggettivo tendenzialmente adoperato per indicare la morbidezza o la leggerezza di qualcosa, mentre la seconda è di solito intesa come merce<sup>473</sup>. Con riguardo ai programmi per elaboratore, sembra più opportuno che quest'ultima parola assuma il diverso significato di parte o roba<sup>474</sup>, ottenendo così come traduzione completa quella di "parte/roba morbida/leggera". La variazione semantica si giustifica tenendo conto dell'origine storica del termine, risalente alla Seconda guerra mondiale in occasione delle attività dei criptoanalisti, capitanati da Alan Turing (su cui v. *infra* par. 9.2), per la decrittazione dei codici tedeschi di Enigma, la nota macchina impiegata per cifrare e decifrare le comunicazioni militari segrete.

---

<sup>472</sup> Questo termine identifica gli elementi caratterizzanti la quarta rivoluzione industriale, la quale si fonda sull'impiego di macchine "intelligenti" che, attraverso analisi complesse dei Big Data, mettono in connessione sistemi fisici e digitali, come riportato dal MISE, *Piano Nazionale Industria 4.0*, reperibile al seguente link <https://www.mise.gov.it/index.php/it/incentivi/impresa/contratti-di-sviluppo/68-incentivi/2035915-materiale-informativo-industria-4-0>.

<sup>473</sup> Enciclopedia Treccani, voce "Software", accessibile al seguente link: <https://www.treccani.it/vocabolario/software/>.

<sup>474</sup> L. SCHIUMA, *Il software tra brevetto e diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Civile*, VI, 2007, p. 602.

Di essa già si conosceva la meccanica interna (la componente fisica, anche detta “roba dura”, nel senso di ferraglia), ma non invece le istruzioni di funzionamento dei rotori, le quali, a partire dal 1941, cominciarono ad essere scritte su pagine solubili nell’acqua al fine di renderle più facilmente distruggibili<sup>475</sup>. Venne quindi adoperata l’espressione software per contrapporre questa “parte debole” della macchina, alla luce della sua pronta evanescenza, rispetto all’hardware, costituito invece dalla “parte dura”, ovvero dalle componenti fisiche aventi una solida stabilità (ed in ogni caso non solubili)<sup>476</sup>.

L’accezione moderna del termine non si distacca in modo significativo da quella originaria, considerando il software come l’insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma e supporto che una macchina deve eseguire per risolvere un determinato problema o per assolvere ad un certo compito attraverso un sistema di elaborazione elettronica dell’informazione<sup>477</sup>.

Da un punto di vista pragmatico, era innegabile il contributo che il software offriva – e tutt’ora offre secondo modalità dal crescente grado di pervasione – al miglioramento generale della qualità della vita, adempiendo ad una funzione economica strategica<sup>478</sup>. Pertanto, nessun ordinamento avrebbe potuto restarvi indifferente. Iniziava così la ricerca della forma di protezione più adeguata a contemperare i contrapposti interessi rilevanti: da una parte, occorreva promuovere gli investimenti sostenuti dalle *software house*, le quali sollecitavano l’applicazione di un corpo di norme già collaudato come quello del diritto d’autore<sup>479</sup> al fine di alimentare un mercato allora inesplorato e di certo rischioso in quanto gravitante intorno ad un

---

<sup>475</sup> *Ibidem*.

<sup>476</sup> *Amplius*, D.A. PATTERSON, J.L. HENNESSY, *Struttura e progetto dei calcolatori. L’interfaccia hardware-software*, Zanichelli, Bologna, 2006.

<sup>477</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 17 gennaio 2006, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I-II, 2006, p. 23. Nonostante M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, *Protéger les inventions de demain*, La Documentation française, Parigi, 2003, ritengano che la parola software sia più ampia rispetto a quella di programma per elaboratore in quanto la prima includerebbe – a differenza della seconda – anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma, giova precisare che i due termini saranno utilizzati intenzionalmente come sinonimi, in conformità all’art. 1 della direttiva software, la quale specifica *expressis verbis* che il termine programma per elaboratore comprenda altresì il suddetto materiale preparatorio.

<sup>478</sup> Già in tal senso v. WIPO, *Model Provisions on the Protection of Computer Software*, in *Copyright. Monthly Review of the World Intellectual Property Organization*, I, 1978, p. 9, ove si sancisce la necessità di una protezione giuridica dei software per incoraggiare gli investimenti e il commercio del rispettivo mercato. Peraltro, l’art. 3 anticipava la definizione del requisito di originalità del software condizionando la protezione alla circostanza che esso costituisca il risultato della creazione intellettuale propria dell’autore. L’esigenza di dettagliare tale requisito deriva dalla circostanza che «The requirement of originality under copyright law is [...] given different meanings in different countries. In some countries, a protectable work must simply *originate* with the person claiming copyright in it; In others, it must in addition be of a certain *qualitative* standard».

<sup>479</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d’autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 70.

prodotto moltiplicabile in natura a costo zero<sup>480</sup> e, dall'altra, bisognava trovare degli strumenti giuridici coerenti rispetto al sistema normativo che, *inter alia*, non favorissero la formazione di monopoli paralizzanti la nuova industria<sup>481</sup>.

Tra le opzioni percorribili dai decisori politici per rispondere alle persistenti istanze di tutela delle lobby industriali si prospettava l'estensione *tout court* del diritto d'autore (cd. *accretion*), la previsione di un diritto *ad hoc* ispirato al suddetto diritto di esclusiva (cd. *emulation*), come avvenuto per le topografie di prodotti a semiconduttori (v. *supra* par. 3), oppure anche una soluzione ibrida, quale quella adottata per le banche dati<sup>482</sup> (v. *infra* par. 11).

Come accennato *supra*, il legislatore europeo, seguendo in modo tratatizio il modello statunitense<sup>483</sup>, nel cui solco si erano già inseriti alcuni Stati membri<sup>484</sup>, ha individuato nella tutela autoriale – anziché brevettuale<sup>485</sup> – la migliore soluzione per operare siffatto bilanciamento, emanando la direttiva software, recepita nell'ordinamento italiano mediante l'integrazione e l'emendamento della legge sul diritto d'autore per effetto del d.lgs. del 29 dicembre 1992, n. 158<sup>486</sup>. La possibilità di imboccare questa strada – con

---

<sup>480</sup> Ciò è evidenziato al Considerando n. 2 della direttiva software, secondo cui «per creare programmi per elaboratore è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie, mentre è possibile copiarli a un costo minimo rispetto a quello necessario a crearli autonomamente».

<sup>481</sup> Sul punto, v. ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., p. 26, il quale segnala che il precedente progetto di direttiva era foriero di rischi ipermonopolistici dal momento che precludeva ai concorrenti l'attività di *reverse engineering*, ovvero lo studio dei programmi già esistenti al fine di produrre nuovi programmi compatibili. V. altresì G.P.V. VANDENBERGHE, *Copyright protection of computer programs: an unsatisfactory proposal for a directive*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 11, XI, 1989, p. 409, il quale segnala l'esistenza di un terzo polo di interessi afferente agli utenti e consistente nella pretesa di utilizzare in via disturbata il programma legittimamente acquistato.

<sup>482</sup> A. DIETZ, *Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System*, in *UFITA*, vol. 110, 1989, p. 73, richiamato da P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore*, op. cit., p. 71. Sulle opzioni di tutela dei programmi per elaboratore cfr. R. ROBERTSON, M. RHODES, D. SIMPSON, D. STEPHENS, *Legal Protection of Computer Software*, Sweet & Maxwell, Londra, 1991, i quali, al netto della tutela d'autore, valutano le alternative di protezione tramite contratto, segreto commerciale, marchio e brevetto.

<sup>483</sup> Legge statunitense del 12 dicembre 1980, n. 96-517, anche nota come il *Computer Software Amendment Act*, la quale recepisce il rapporto della *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* (anche nota come Commissione CONTU), secondo cui la tutela autoriale sarebbe l'opzione preferibile per i programmi per elaboratore, vista anche l'applicazione del *copyright* verso opere letterarie utili.

<sup>484</sup> Tra cui la Germania, con legge del 24 giugno 1985, la Francia, con legge del 3 luglio 1985 e il Regno Unito, con legge del 16 luglio dello stesso anno (il cd. *Copyright (Computer Software Act)*).

<sup>485</sup> Giova ricordare che l'opzione alternativa della protezione brevettuale non era percorribile in quanto l'art. 12, R.D. del 29 agosto 1939, n. 11227 e l'art. 52 della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo già escludevano i programmi per elaboratore dalla possibilità di brevettazione.

<sup>486</sup> Come ricordato da C. TRIBERTI, N. CUOMO, *Varata la tutela giuridica del software*, op. cit., pp. 408 ss., all'intervento diretto sul plesso di norme in materia di diritto d'autore si era affacciata la possibilità di emanare un atto normativo *ad hoc*, come documentato dalla proposta di legge del 25 giugno 1992, n. 1141 (Fumagalli Carulli) e dalla proposta n. 1290

ostentata sicurezza e scarsa respipiscenza, secondo autorevole dottrina<sup>487</sup> – è legata ad una *fiction iuris* che equipara il codice informatico all'opera letteraria<sup>488</sup>.

La novella ha segnato l'inizio di un movimento di trasformazione e frammentazione del diritto d'autore, descritto a vario titolo dalla dottrina come snaturamento<sup>489</sup>, clientelismo<sup>490</sup>, o mercificazione (*commodification*)<sup>491</sup>, che ha occupato l'attenzione di numerosi Studiosi<sup>492</sup>. Parte di essi ha accolto siffatto *stretching* dell'oggetto meritevole del diritto di esclusiva in parola facendo perno sulla logica incentivante ad esso sottesa<sup>493</sup>, tenuto conto degli ingenti investimenti richiesti e delle loro esternalità positive sul benessere sociale che conseguirebbe allo sviluppo della società dell'informazione. Altri invece hanno manifestato seri timori sulla tenuta e sulla coerenza del sistema del diritto d'autore<sup>494</sup>, sino ad allora

---

(Buffoni ed altri) che tentavano di coordinare elementi della tutela brevettuale a quelli propri del diritto d'autore. Essa è sfumata per dare attuazione alla direttiva europea che incaricava espressamente gli Stati membri di tutelare i programmi per elaboratore sotto l'ombrello del diritto d'autore.

<sup>487</sup> ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., p. 39.

<sup>488</sup> Art. 1, par. 1, della prima direttiva software «Conformemente alle disposizioni della presente direttiva, gli Stati membri tutelano i programmi per elaboratore, mediante diritto d'autore, come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche», confermato all'art. 1, par. 1, della seconda direttiva software.

<sup>489</sup> V. FRANCESCHELLI, *La direttiva CEE sulla tutela del software. Trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1991, pp. 169 ss. D'altra parte, altri autori hanno evidenziato la già esistente destinazione utilitaristico-funzionale di alcune tipologie di opere dell'ingegno, quale segnatamente le opere dell'architettura e le compilazioni di informazioni, quando ancora erano annoverate alla categoria di opere letterarie. Con riguardo alle opere dell'architettura cfr. M. AMMENDOLA, *L'opera architettonica come oggetto del diritto d'autore. Rilevanza giuridica di un connubio tra arte e tecnica*, in *Il Diritto di Autore*, 1978, pp. 116 ss.; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, op. cit., pp. 80 ss. Rispetto alle raccolte di informazioni v. P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 14, nonché M. ALBERTO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 2018, p. 471, il quale si riferisce all'allargamento del diritto d'autore in termini di "adattatività evolutiva" riscontrabile non solo per le banche dati, ma soprattutto per i programmi per elaboratore, rispetto ai quali si sarebbe realizzato «un vero e proprio salto paradigmatico in base all'assimilazione delle innumerevoli righe di software a quelle di uno scritto tradizionale, qui redatto negli specifici linguaggi di programmazione o mediante sequenze binarie (tanto da stabilirsi espressamente anche l'estensione del diritto d'autore sulla traduzione o sull'adattamento dell'opera letteraria in altre lingue, dialetti o forme espressive, alla traduzione di software in ulteriori linguaggi di programmazione o, corrispondentemente, all'ipotesi di *porting* in diversi ambienti informatici».

<sup>490</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, II ed., Dalloz, Parigi, 1966, il quale icasticamente definisce il diritto d'autore come un "*droit de clientèle*".

<sup>491</sup> F. MACMILLAN, *What might Hans Christian Andersen say about copyright today?*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, op. cit., pp. 83-107.

<sup>492</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 14. Si rinvia ai riferimenti dottrinali citati nell'Introduzione e a quelli di cui *infra*.

<sup>493</sup> G. GUGLIELMETTI, *L'invenzione del software. Brevetto e diritto d'autore*, op. cit.

<sup>494</sup> E. ROSATI, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, op. cit., p. 59, ove si rimarca che «Such voluntary incapability of copyright, justified by



improntato esclusivamente all'appagamento di esigenze culturali ed artistiche. Invero, il diritto d'autore non appariva il migliore strumento per coniugare gli interessi finanziari alla remunerazione degli investimenti con quella di assicurare la libera circolazione e fruizione delle conoscenze in un settore così rilevante per la competitività delle imprese<sup>495</sup>. Peraltro, l'apertura del diritto d'autore ad una creazione dal contenuto tecnologico spesso vincolato sfalda il confine inizialmente saldissimo intercorrente tra creazioni intellettuali ben diverse nella loro struttura e funzione sì da considerarle originariamente non comunicanti<sup>496</sup>.

Tra le varie questioni conseguenti alla dilatazione dello *ius excludendi alios* in favore di creazioni scarsamente indipendenti rispetto al risultato pratico a cui sono preordinate, si pone anzitutto quella relativa a come debba essere interpretato il noto principio dicotomico idea-espressione secondo cui la protezione autoriale debba avere ad oggetto soltanto la forma personale che l'autore imprime alla materia trattata, non estendendosi ai fatti, alle conoscenze e alle informazioni. Se già nelle opere "futili" la definizione di tale confine è compito niente affatto semplice<sup>497</sup>, siffatta complessità raggiunge il suo *apex* nelle opere utili, quali appunto i programmi per elaboratore e le banche dati. Invero, autorevole dottrina ha avvertito che nel software si assiste ad una compenetrazione inscindibile tra l'idea e la sua forma espressiva, considerato che quest'ultima è vincolata da concetti funzionali dell'informatica piuttosto che da un "capriccio artistico" del programmatore<sup>498</sup>.

Ci si è chiesti quindi se la deroga a tale principio riguardi soltanto i software oppure debba informare anche tutte le altre opere dell'ingegno. In proposito, è stato osservato che l'assimilazione dei programmi per elaboratore alle opere letterarie costituisce soltanto una *fictio juris* e che la monopolizzazione di un risultato pratico non separabile rispetto alla sua idea si inserisce in una prospettiva di eccezione rispetto alla regola, per così dire, standard<sup>499</sup>. In altre parole, i software sarebbero oggetto di una disciplina

---

policy reasons, to distinguish what is truly original from what is just industrious has inevitable led copyright-protected subject-matter to grow, sometimes even outwith all rational justifications». Nella stessa linea di pensiero, cfr. P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 14; C. TRIBERTI, N. CUOMO, *Varata la tutela giuridica del software*, in *Il Corriere Giuridico*, op. cit., p. 408; R. ARISTA, *Una protezione giuridica ad hoc per il software: le "disposizioni-tipo" dell'OMPI*, op. cit., p. 355.

<sup>495</sup> R. ARISTA, *Una protezione giuridica ad hoc per il software: le "disposizioni-tipo" dell'OMPI*, op. cit., p. 355. Sulle possibili ricadute anticoncorrenziali derivanti da una *overprotection* della medesima creazione intellettuale v. D. KOUTOUKI, *Reconsidering copyright protection for software*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 48, 1999, pp. 95 ss.

<sup>496</sup> G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, op. cit., p. 219.

<sup>497</sup> Corte d'appello USA, II circuito, sentenza del 1930, n. 45 F.2d 119, *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, ove il giudice Learned Hand ha affermato testualmente «Nobody has never been able to fix that boundary, and nobody never can».

<sup>498</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 280.

<sup>499</sup> P. AUTERI, *L'oggetto*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit., pp. 648-649 il quale richiama G. GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software*, op. cit.;

speciale che deroga a quella generale e, come ben noto, le leggi speciali non sono suscettibili di applicazione analogica. Ove si adotti tale linea interpretativa, occorrerebbe ammettere che nella disciplina dei programmi per elaboratore sia possibile dispensare dalla tradizionale dicotomia tra l'idea e la sua forma espressiva. Tuttavia, tale tesi si scontra col dato normativo, il quale esclude espressamente la tutelabilità delle idee in favore delle forme espressive<sup>500</sup>, per quanto all'atto pratico la linea di confine tra le due appaia tutt'altro che limpida<sup>501</sup>.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui un software sia composto soltanto da istruzioni funzionali al raggiungimento di un determinato obiettivo sarebbe preferibile escludere l'accesso all'"eden" del diritto d'autore in quanto le regole tecniche per perseguire una data funzione vincolerebbero la libertà creativa in misura tale che durante il processo realizzativo il programmatore non possa godere di uno spazio di libertà idoneo a conferire un sufficiente grado di valore aggiunto rispetto allo stato dell'arte.

Analoghe considerazioni portano ad escludere la tutelabilità autoriale della parte preziosa dei modelli di *machine learning* in quanto, trattandosi di un prodotto semifinito, consistente in un set di dati ottenuti tramite il processo di "apprendimento" algoritmico, diretto ad istruire la macchina a compiere delle operazioni a volte imprevedibili, racchiudono per lo più idee e principi sottratti all'area monopolizzabile<sup>502</sup>. Peraltro, l'imprevedibilità del modello stesso esclude la possibilità di avanzare una pretesa di paternità umana in ragione del flebile legame tra l'input e l'output, al pari delle creazioni automatizzate dell'intelligenza artificiale<sup>503</sup> (v. *supra* par. 9). L'insieme di

---

G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 280, il quale evidenzia il carattere fittizio dell'assimilazione dei programmi per elaboratore alle opere letterarie, considerato che essi costituiscono «il paradigma delle *Information Technologies*».

<sup>500</sup> Tra le fonti internazionali, meritano particolare menzione l'art. 9.2 dell'Accordo TRIPs e l'art. 2 del *WIPO Copyright Treaty*. Sul fronte europeo, l'art. 1, par. 2, di entrambe le direttive software esclude espressamente l'estensione della tutela alle idee e ai principi alla base del programma e delle interfacce. A livello domestico, in via generale, l'art. 1, l.d.a., nel riconoscere la protezione sotto l'egida del diritto d'autore a tutte le opere dell'ingegno di carattere creativo qualunque ne sia la forma di espressione, riserva la possibilità di protezione soltanto a quest'ultima conformazione del risultato intellettuale. In particolare, con riferimento ai programmi per elaboratore, l'art. 2, n. 8), l.d.a., stabilisce testualmente che «Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce».

<sup>501</sup> V. le convergenti osservazioni di ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., pp. 28-29, secondo cui il divieto di tutela delle idee e dei principi sarebbe derisorio in quanto il legislatore «tenta in tutti i modi di impedire che tali idee e principi vengano scoperti».

<sup>502</sup> In argomento, v. diffusamente B. GONZALEZ OTERO, *Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose*, in *GRUR International*, vol. 70, XI, 2021, pp. 1043-1055, ove a p. 1053, evidenzia che l'applicazione del principio dicotomico idea-espressione si opponga alla protezione del modello di *machine learning* in considerazione del suo carattere prettamente funzionale, ponendolo leggermente al di sopra di un algoritmo, ma al di sotto di un'applicazione. L'Autrice, sebbene non nasconda l'esigenza di ulteriori ricerche sulla protezione dei modelli di *machine learning*, promuove la strada dell'innovazione aperta per potenziare l'area di pubblico dominio in un settore il cui riconoscimento di diritti di esclusiva potrebbe facilmente innescare derive anticoncorrenziali.

<sup>503</sup> Secondo invece J.M. DELTORN, *Quelle(s) protection(s) pour les modèles d'inference*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, VII, 2017, p. 142, si dovrebbe

dati del modello di *machine learning* sarebbe maggiormente incline ad attrarre la protezione del diritto *sui generis* in materia di banche dati, tenuto conto del consistente investimento economico per costruirlo<sup>504</sup>.

Con riguardo alla misurazione dell'originalità, la particolare natura del software obbliga ad interpretarla maggiormente come novità dal momento che sarebbe irrealistico pretendere in questo genere di creazione intellettuale un apporto tale da poter risalire alla personalità del programmatore<sup>505</sup>.

A quest'ultimo proposito, la questione che qui maggiormente rileva concerne la misurazione del carattere creativo rispetto ad una produzione molto meno incline a manifestare il tocco personalistico dell'autore in rapporto alle tradizionali opere dell'ingegno. Tale contrasto è ben rappresentato nell'efficace similitudine secondo cui un algoritmo è a suo agio con il diritto d'autore così come lo è un pollo dinanzi ad un coltello<sup>506</sup>.

### 8.1. (Segue) I dubbi applicativi del requisito europeo di originalità

L'art. 1, par. 3, della direttiva software subordina espressamente la tutela autoriale alla condizione che il programma per elaboratore sia originale, ossia costituisca il risultato della creazione intellettuale dell'autore, negando la rilevanza di altri criteri<sup>507</sup>. Non si ha quindi una tutela *tout court* di qualsiasi

---

valutare la possibilità di una combinazione tra la soluzione brevettuale (per l'architettura funzione del modello), quella del diritto sui generis sulle banche dati (per il suo contenuto) oppure esclusivamente quella in materia di segreto commerciale (sia per la struttura che per il contenuto, purché vengano poste delle misure adeguate a preservare il vantaggio competitivo), esprimendosi nei seguenti termini: «Une combinaison d'une protection par le brevet (pour l'architecture fonctionnelle, lorsque celle-ci est nouvelle et inventive) et par le droit *sui generis* pour les paramètres résultant de l'apprentissage, s'ils sont la manifestation d'un investissement substantiel, pourrait donc offrir une protection viable de l'ensemble du modèle [...] Enfin, la nouvelle directive européenne sur le secret des affaires, sans faire bénéficier toutefois à son titulaire d'un droit exclusif sur l'objet du secret, pourra offrir une alternative à ces protections».

<sup>504</sup> D. LINK, D. PETRLIK, *Copyright Work and its Definition with Regard to Originality and AI – Conference Report on the Fourth Binational Seminar of TU Dresden and Charles University in Prague*, op. cit., p. 43.

<sup>505</sup> G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, op. cit., p. 550, il quale avverte che «la natura delle cose tenda sempre a riemergere, quantunque si tenti di occultarla sotto il manto di inquadramenti dogmatici impropri». Analogamente, B. GONZALEZ OTERO, *Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose*, op. cit., p. 1055, la quale sostiene che il diritto d'autore non sia lo strumento giuridico più adeguato a proteggere i programmi per elaboratore, ritenendo che sia il tempo per ripensarne la forma di tutela. *Contra* Tribunale di Bologna, sentenza del 17 gennaio 2006, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I-II, 2006, p. 23, che subordina la tutela del software alla manifestazione della personalità dell'autore.

<sup>506</sup> M. CROZE, nota a Corte di Cassazione francese, sentenza del 16 aprile 1991, citata da P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 15, similitudine tradotta dalla versione originaria secondo cui «Le logiciel est aussi à l'aise avec le droit d'auteur qu'une poule qui a trouvé un couteau». V. altresì, G.S. TAKACH, *Computer Law*, Irwin Law, Toronto, 1998, il quale ritiene che il diritto d'autore sia «an uncomfortable home for software».

<sup>507</sup> Questa formulazione è mantenuta all'art. 1, par. 3, della direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009, che sostituisce la precedente direttiva

programma per elaboratore, bensì soltanto di quelli rispetto ai quali siano rintracciabili delle caratteristiche minime dell'opera intellettuale umana<sup>508</sup>.

I commentatori della direttiva evidenziavano a ragion veduta delle riserve circa la possibilità che l'interpretazione del requisito di originalità applicata dalla giurisprudenza sulle opere dell'ingegno "classiche" sia trasponibile *sic et simpliciter* a delle creazioni tecniche come i programmi per elaboratore<sup>509</sup>. L'inclinazione funzionale di tali prodotti intellettuali contrae in modo più o meno consistente il margine di libertà e creatività a disposizione del programmatore. Di conseguenza, la consueta opzione interpretativa del requisito di originalità stride con i tratti caratterizzanti il software, posto che secondo essa un programma per elaboratore potrebbe reputarsi idoneo a soddisfare il requisito della creazione intellettuale dell'autore allorquando, al netto dei vincoli utilitaristici, l'essere umano abbia potuto adottare delle scelte libere e creative tali da poter imprimere l'opera con il proprio tocco personale.

All'atto pratico, siffatta valutazione è tutt'altro che agevole. Invero, giova dar conto che alla presenza di elementi atipici da includere nel giudizio di somiglianza in caso di plagio/contraffazione, quali esemplificativamente il linguaggio di programmazione, l'incidenza delle funzioni perseguite, il tipo di target, l'impiego dei medesimi sottoprogrammi in pubblico dominio, si aggiunge come ulteriore elemento di complicazione la ricorrente pratica a scopo difensivo consistente nel *maquillage* del codice posteriore mediante la quale i programmatori successivi mirano a preconstituire le condizioni per eccepire la prevalenza degli elementi differenziali<sup>510</sup>.

Come attestato in *SAS Institute* (v. *supra* par. 4.2.6), la giurisprudenza europea ha ovviato alla questione sulla valutazione di originalità delle parti funzionali di un programma, escludendo che la struttura e l'organizzazione del medesimo afferiscano all'area di eleggibilità del diritto d'autore. Un siffatto orientamento è stato accolto anche dalla giurisprudenza americana nel caso *Oracle c. Google*, ove si è negata la violazione dei diritti d'autore da parte di Google per aver copiato 37 cartelle delle 167 realizzate da Oracle per

---

software. L'ottavo considerando di entrambe le direttive sancisce l'irrelevanza del merito qualitativo o estetico del programma, al pari di tutte le altre opere dell'ingegno.

<sup>508</sup> C. TRIBERTI, N. CUOMO, *Varata la tutela giuridica del software*, in *Il Corriere Giuridico*, op. cit., p. 408.

<sup>509</sup> ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., p. 29, il quale richiama sul punto M. LEHMAN, T. DREIER, *The Legal Protection of Computer Programs: Certain Aspects of the Proposal for an (EC) Council Directive*, in *Computer Law & Practice*, I, 1990, p. 92. V. altresì G.P.V. VANDENBERGHE, *Copyright protection of computer programs: an unsatisfactory proposal for a directive*, op. cit., p. 410, il quale prospetta l'idea che l'inserimento della tutela d'autore dei programmi per elaboratori possa comportare un abbassamento del gradiente minimo di originalità. In via generale, l'Autore criticava la proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore pubblicata il 12 aprile 1989, 89/C 91/05, adducendo che raramente una fonte europea aveva introdotto così tanta oscurità in così poco spazio. Il giudizio appare fondato ove si pensi che il requisito di originalità era equivalente a quello di novità, richiedendo soltanto che il software non costituisse una copia di un altro già esistente.

<sup>510</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 80.

il funzionamento della propria interfaccia utente<sup>511</sup>. Il Giudice statunitense ha ribadito che le parti di un software dettate da ragioni di efficienza o da fattori esterni non sono proteggibili dal diritto d'autore. Emerge dunque che su entrambi i lati dell'oceano si apprezza una forte sensibilità per i rischi anticoncorrenziali conseguenti all'attribuzione di diritti di esclusiva su quegli elementi del software non replicabili diversamente per raggiungere un dato obiettivo.

Il vaglio di originalità si concentra così su quelle parti del codice sorgente non direttamente funzionali. Tra queste, ad esempio, si è registrato un acceso dibattito in merito alla proteggibilità sotto l'egida del diritto d'autore delle interfacce volte ad assicurare l'interoperabilità tra programmi, valorizzando, da una parte, la loro devozione funzionale al perseguimento di uno specifico obiettivo e, dall'altra, i necessari sforzi creativi per realizzarle<sup>512</sup>. Una soluzione di compromesso sembra essere quella di negare la tutela d'autore delle interfacce esclusivamente dedicate all'interoperabilità, ammettendo il *reverse engineering* dei programmi per elaboratore originali all'esclusivo fine di acquisire le informazioni sulle interfacce<sup>513</sup>.

Gli ulteriori elementi in cui sarebbe ravvisabile l'apporto creativo del programmatore sono stati identificati nel codice informatico (composto dal codice sorgente, rappresentato dalle istruzioni compilate nel linguaggio di programmazione ad alto livello di astrazione, e il codice oggetto, costituito invece dalla conversione in linguaggio binario – anche noto come linguaggio macchina – del codice sorgente ad opera di un compilatore e di un assembler) nei processori e nel *firmware*<sup>514</sup>, la cui scelta deve dimostrare l'esercizio di un'attività avente un «certo grado di complessità espressiva»<sup>515</sup>. Restano invece privi di protezione gli obiettivi che il software si propone (nel suo complesso e nei suoi moduli), gli algoritmi matematici che implementano le funzioni che il programma deve compiere, nonché le cd. *flowchart*, ovvero

---

<sup>511</sup> Corte distrettuale statunitense per il IX circuito, sentenza del 13 marzo 2012, n. 3:2010cv03561, *Oracle America Inc. c. Google Inc.* Di fatto, Google aveva copiato 11.500 linee di codice di Oracle, pare al 3% del codice complessivo dell'interfaccia al fine di assicurare l'interoperabilità della propria piattaforma Android con i programmi scritti con il linguaggio Java. Per una comparazione con la decisione europea v. I. CONNOR, I. BHATTACHARYA, *Copyright protection of software: a convergence of US and European jurisprudence?*, in *Communications Law*, vol. 18, II, 2013, pp. 45-48.

<sup>512</sup> *Amplius*, A. VAN ROOIJEN, *The Software Interface between Copyright and Competition Law: A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs*, Kluwer Law international, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 4-47. In senso favorevole alla tutelabilità delle interfacce v. Pretura di Torino, sentenza del 10 febbraio 1993, ritenendo che esse conferiscano al programma una veste nuova e sarebbero pertanto idonee a qualificare l'originalità di un secondo programma.

<sup>513</sup> P. SAMUELSON, *The past, present and future of software copyright: interoperability rules in the European Union and United States*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, IV, 2012, pp. 229-236.

<sup>514</sup> Pretura di Roma, sentenza del 4 luglio 1988, il quale non è altro che un programma installato dal produttore direttamente sull'hardware. Il Giudice ha ritenuto scorretto discriminare il software soltanto a causa del supporto materiale sul quale è memorizzato.

<sup>515</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 17 maggio 2006, in *Il merito*, X, 2006, p. 46.

i diagrammi di flusso che descrivono in dettaglio le modalità con cui le diverse parti dell' algoritmo interagiscono tra loro<sup>516</sup>.

Inoltre, l' assenza di una nozione comune di originalità ha indotto gli Stati membri – e specialmente le giurisdizioni domestiche – ad elaborare una propria linea interpretativa, legittimando l' affermazione di livelli di originalità drammaticamente eterogenei anche con riguardo al software<sup>517</sup>. In proposito, già prima dell' emanazione della direttiva software, la Corte di Cassazione francese ha curiosamente divorziato dalla tradizione personalista, ritenendo sufficiente che il software sia espressione di un apporto intellettuale – non qualificato – dell' autore<sup>518</sup>. Al contrario, la Corte Suprema tedesca, anticipando *tel quel* il futuro dato normativo, ha richiesto che il software soddisfi il più elevato gradiente di originalità costituito dalla creazione intellettuale propria dell' autore, attribuendone un' interpretazione fortemente restrittiva<sup>519</sup>.

Al di là della specifica nomenclatura con cui si voglia dettagliare l' interpretazione del requisito di originalità, sembra opportuno ritenere che la sua valutazione non possa prescindere, al pari delle altre opere dell' ingegno, dal corrispondente stato dell' arte. Dunque, l' originalità deve essere misurata tenendo conto degli elementi divenuti ormai banali o obsoleti, cd. *cliche*<sup>520</sup>. In questa prospettiva, si può ragionevolmente prevedere che il rapido sviluppo tecnologico favorisca una progressiva standardizzazione del settore a cui si accompagna giocoforza un crescente arricchimento dell' area in pubblico dominio.

Tuttavia, se per le opere dell' ingegno “classiche”, quali ad esempio le opere audiovisive, il riconoscimento della trama banale può apparire alquanto evidente (una principessa imprigionata in attesa di essere salvata dal suo principe), per i software può risultare decisamente più complesso differenziare gli elementi ormai comuni da quelli innovativi in ragione della minore *expertise* dell' organo giudicante in un settore di certo meno diffuso a livello sociale<sup>521</sup>. In questi casi, sarebbe pertanto opportuno ricorrere ad una consulenza tecnica al fine di avvalersi di un ausilio specialistico per acclarare se le parti copiate siano (divenute) di pubblico dominio o meno.

L' ulteriore *discrimen* rispetto alle opere autoriali canoniche è rappresentato dalla ancor più ardua rintracciabilità dell' impronta personale dell' autore, posto che la sua valutazione, salvo per le opere iconiche ove

---

<sup>516</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 17 gennaio 2006, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I-II, 2006, p. 23.

<sup>517</sup> J. VERSTRYNGE, *Protecting Intellectual Property Rights within the New Pan-European Framework: The Case of Computer Software*, in *Revue de Droit de l' Informatique et des Télécoms*, VI, 1992, p. 7.

<sup>518</sup> Corte di Cassazione francese, sentenza del 7 marzo 1986, anche noto come *affaire Pachot*, in *Recueil Dalloz-Sirey*.

<sup>519</sup> Corte Suprema tedesca, sentenza del 9 maggio 1985, BGH, 94, *Inkasso-Programm*, in *GRUR International*, 1986, p. 17, su cui cfr. M. LEHMANN, *The Legal Protection of Computer Programs in Germany: A Summary of the Present Situation*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, IV, 1988, pp. 473 ss.

<sup>520</sup> J. HUET, J.C. GINSBURG, *Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive*, op. cit., pp. 339-340.

<sup>521</sup> *Ibidem*.

risalta apertamente il legame di derivazione con l'artista – specie se rinomato –, presenta già un sostanziale livello di complessità in ragione del suo difficile ancoramento a parametri oggettivi (v. *supra* par. 3).

## **8.2 (Segue) La riduzione dell'esame di originalità a quello di novità nella giurisprudenza italiana**

Già anteriormente all'emanazione della direttiva software e al suo recepimento nazionale, la giurisprudenza di merito italiana, ricorrendo ad un'interpretazione evolutivo (o involutivo, a seconda dei punti di vista<sup>522</sup>)-estensiva, si era già pronunciata in senso favorevole alla tutela autoriale del software, assimilandolo ad un'opera di carattere scientifico<sup>523</sup> nella maggior parte dei casi<sup>524</sup>.

Tuttavia, gli imperativi funzionali nella creazione di un programma per elaboratore hanno favorito l'affermazione di un orientamento interpretativo del requisito di originalità caratterizzato da una spiccata connotazione oggettiva, profilandosi di fatto un appiattimento sul requisito di novità che ignora l'espresso *reminder* positivo di cui all'art. 2, n. 8), l.d.a., secondo il quale il software deve essere espresso in forma originale quale espressione della creazione intellettuale dell'autore<sup>525</sup>.

Sebbene sia un dato ormai incontestato che il medesimo obiettivo possa essere raggiunto attraverso variegata linee di codice, di guisa che sarebbe impossibile che due programmatori producano un identico algoritmo

---

<sup>522</sup> C. STRIPPOLI, *La tutela giuridica del software: l'ordinamento giuridico italiano e statunitense a confronto*, op. cit., la quale evidenzia che l'assimilazione dei programmi per elaboratore alle opere letterarie appaia una forzatura, considerate le differenze tra i due generi di creazioni intellettuali, tra cui in particolare la circostanza che le opere letterarie adempiono ad una funzione di arricchimento artistico-culturale laddove i software si collocano invece in una linea di progresso e sviluppo tecnologico.

<sup>523</sup> Pretura di Pisa, sentenza dell'11 aprile 1984; Pretura di Milano, sentenza dell'1 giugno 1982, richiamate da SOCIETÀ ITALIANA BREVETTI, *Italy – computer software*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 15, VIII, 1993, p. 189. Conformi anche Cass. pen., sez. III, sentenza del 24 novembre 1986, in *Il Diritto di Autore*, 1987, p. 162 e in *Il Foro Italiano*, II, 1987, p. 289; Cass. pen., sentenza del 6 febbraio 1987, n. 1323; Tribunale di Torino, sentenza del 19 novembre 1987, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 153; Tribunale di Lucca, sentenza del 20 novembre 1987, in *Giustizia civile*, I, 1988, p. 782. Sulla riconoscibilità della tutela brevettuale v. ancor prima Cass. civ., sez. I, sentenza del 14 maggio 1981, n. 3169, in cui si è sancita la possibilità di attribuire il diritto di brevetto al procedimento per ottenere disegni ed informazioni elaborati da un computer mediante la rilevazione dei dati operata attraverso un lettore ottico.

<sup>524</sup> Tribunale di Torino, sentenza del 17 ottobre 1983, annotata da A. FRIGNANI, *Il Tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenente alla cinematografia*, in *Il Diritto di Autore*, 1984, I, pp. 55-77, in cui il software era stato assimilato ad un'opera audiovisiva.

<sup>525</sup> Potrebbe persuadere la linea interpretativa che considera l'espressa ripetizione del requisito di originalità per i software nella sua specifica descrizione della creazione intellettuale dell'autore come una deviazione dall'interpretazione dell'originalità permeante le altre opere dell'ingegno. Altrimenti non si coglierebbe la ragione per la quale il legislatore abbia ritenuto necessario ribadire la necessità che i software soddisfino il requisito di originalità, essendo questo già previsto rispetto a tutte le creazioni intellettuali indicate all'art. 2, l.d.a.

quand'anche obbligati a rispettare medesimi vincoli<sup>526</sup>, appare di certo arduo poter riscontrare la manifestazione della personalità dell'autore al pari di come essa traspare in un romanzo o su una tela<sup>527</sup>. Siffatta divergenza si spiega nel diverso "cuore" dell'opera intellettuale che nel software si identifica nelle istruzioni che l'operatore fornisce alla macchina per consentire il funzionamento del programma e il perseguimento degli obiettivi commissionati<sup>528</sup>.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha abbassato – ancor di più<sup>529</sup> – l'asticella del gradiente di originalità per renderlo più rispondente alla fattispecie dei software, precisando che il suddetto requisito possa riscontrarsi nell'autonoma organizzazione di idee e nozioni semplici comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa<sup>530</sup>. Così, se da un lato non può negarsi che i software che

---

<sup>526</sup> V. in particolare la relazione di consulenza tecnica nella controversia IBM Italia c. Bit Computers, decisa dalla Pretura di Roma il 4 luglio 1988, citata da P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 86, la quale mette in evidenza che molte delle scelte operate dal programmatore nel processo realizzativo del software dipendono in via esclusiva dal suo arbitrio. Sul punto v. altresì Tribunale di Catania, sentenza del 27 settembre 2007, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I, 2008, p. 92, ove si è puntualizzato che la circostanza che la funzionalità e i requisiti del programma siano stati fissati da un committente non incide sulla titolarità del diritto d'autore, che resta in capo a chi ha sviluppato gli elementi essenziali del software. Dal lato della giurisprudenza d'oltreoceano, v. Corte di appello statunitense del 3° circuito, sentenza del 4 agosto 1986, n. 797 F.2d 1222, ove si è puntualizzato che «a computer program's underlying functions can usually be expressed in countless alternative ways».

<sup>527</sup> *Contra* Corte di appello di Milano, sentenza del 22 dicembre 2011, n. 2648, in cui si è precisato che il software debba discendere da un apporto personale del suo autore, anche se di livello non particolarmente elevato.

<sup>528</sup> Tribunale di Catania, sentenza del 27 settembre 2007.

<sup>529</sup> E. AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore: profili e critica di una dicotomia normativa*, op. cit., p. 53. Secondo G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, op. cit., p. 576, l'abbassamento del livello di originalità interesserebbe in realtà tutto il diritto d'autore alla luce di Cass. civ., sez. I, sentenza del 28 novembre 2011, n. 25173. Nello stesso stesso, molto tempo prima, v. P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 164. Secondo A. MUSSO, *Il riconoscimento della personalità creativa nell'opera dell'ingegno*, op. cit., p. 64, vi sarebbe un progressivo allineamento tra il riconoscimento dell'originalità oggettiva e della creatività personale rispetto a tutte le opere dell'ingegno, anche quelle non meramente o prevalentemente tecnologiche. Questo interrogativo permea l'indagine condotta nel presente lavoro, specialmente nel Capitolo Quarto.

<sup>530</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 13 giugno 2014, n. 13524, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2014, pp. 417 ss., con nota di D. MASTRELIA, *Profili evolutivi della tutela del software*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2015, pp. 259 ss., ove si è confermata la sentenza di merito che ha ritenuto meritevole di tutela il programma Giava, predisposto per le agenzie di viaggio e composto da una sezione contabile e da una sezione per la vendita dei biglietti, apprezzandone l'originalità sia sotto il profilo della funzionalità, sia sotto quello strutturale. Conforme Cass. civ., sez. I, sentenza del 12 gennaio 2007, n. 581, in cui si è affermato *expressis verbis* che «Nel caso del software, al fine di stabilire se l'opera specifica sia frutto – o meno – di una elaborazione "creativa originale", si rende necessario premettere e precisare che l'originalità e la creatività sussistono anche qualora l'opera in questione sia composta da idee e nozioni semplice comprese – in quanto tali – nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purché esse risultino formulate ed organizzate in modo personale ed autonomo rispetto alle precedenti», riconoscendo la tutela autoriale di un software per il controllo del carico degli automezzi nei



risolvono la stessa esigenza applicativa presentino un'architettura di base comune, dall'altro, è parimenti vero che ciò non impedisce di individuare la specificità di un singolo software, in quanto la carica creativa può ben risiedere nella capacità di adattare l'architettura applicativa al caso e all'ambiente tecnologico in questione<sup>531</sup>.

Da un punto di vista sostanziale, si è approdati all'orientamento secondo cui si ritiene sufficiente che l'autore abbia operato delle scelte discrezionali all'interno di un numero sufficientemente ampio di varianti in cui esprimersi, dovendosi escludere solo le forme necessitate dalla funzione utilitaria o assolutamente banale<sup>532</sup>. Pertanto, se lo scopo perseguito attraverso il software richiede di ubbidire rigorosamente ad una concatenazione di istruzioni tale da escludere un apprezzabile margine di libertà espressiva dell'autore deve negarsi la possibilità di attribuire alcun diritto di esclusiva<sup>533</sup>. Ma la sola esistenza di uno spazio di discrezionalità attraverso il quale esprimere soluzioni migliori o semplicemente diverse da quelle preesistenti consentirebbe l'esercizio di quel *minimum* creativo richiesto per l'avveramento del requisito di originalità nell'ambito di questa peculiare tipologia di creazione intellettuale<sup>534</sup>. Si è così riconosciuta la tutela

---

depositi petroliferi. Ulteriormente adesive, Cass. civ., sez. I, sentenza del 27 ottobre 2005, n. 20925, in *Il Foro Italiano*, I, 2006, p. 2080; Cass. civ., sez. I, sentenza del 2 dicembre 1993, n. 11953, *ivi*, 1994, I, p. 2416. L'orientamento in discorso è stato pedissequamente seguito anche dalla giurisprudenza di merito, tra cui in particolare la Corte di appello di Venezia, sentenza del 9 luglio 2014, in *DeJure*; nonché il Tribunale di Roma, sentenza del 10 maggio 2013, n. 13347.

<sup>531</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 12 gennaio 2007, n. 581.

<sup>532</sup> In questi termini, Tribunale di Milano, sentenza del 16 febbraio 2012, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2013, p. 985. V. altresì Tribunale di Milano, sentenza dell'1 agosto 2016, n. 9549, riformata nel *quantum* dalla Corte di appello di Milano, sentenza del 5 gennaio 2021, n. 9, ove si è condannata Facebook a rifondere un risarcimento del danno pari a € 3.831.000 – rispetto ai € 350.000 riconosciuti in primo grado – nei confronti della società Business Competence per contraffazione del software Faraound, consistente in un servizio di geolocalizzazione di servizi commerciali in prossimità dell'utente. L'originalità è stata apprezzata con riguardo ai criteri di selezione, organizzazione e presentazione dei dati studiati per funzionare con le categorie di dati ospitati su Facebook affermandone la tutela autoriale, nonostante esistessero, alla data di lancio del programma attoreo, altri applicativi di geolocalizzazione. Ciò in ragione del fatto che nessuno di essi raccoglieva i dati esclusivamente da Facebook e li organizzava in autonomia con tutte le funzionalità di Facearound. Dunque, lo sviluppo incrementale del software ne ha reso possibile la tutela autoriale a prescindere da una valutazione in merito alla capacità dei programmatori di Facearound di imprimere l'opera con il loro tocco personale. Tuttavia, come sottolineato da J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 193, la pronuncia non brilla particolarmente per chiarezza in quando sembra che la giurisprudenza abbia tentato di amalgamare i software e i database dando vita ad una creatura ibrida di «banche dati, implementate in forma di programma per elaboratore». *Amplius*, M. CISTARO, *Facebook c. Business Competence: ribaditi i principi in tema di giurisdizione e tutelabilità dell'opera dell'ingegno. I limiti della tutela autoriale del software: individualità dell'opera e policy su concorrenza e innovazione nel mercato del software*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 2017, pp. 329 ss.

<sup>533</sup> G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, op. cit., p. 270.

<sup>534</sup> Cass. civ., sez. III, sentenza dell'1 marzo 2012; Cass. pen., sez. II, sentenza del 24 aprile 2002, n. 15509, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2002, p. 527, ove si afferma un principio di diritto determinante una sostanziale equivalenza

autorale sulla sequenza dei comandi organizzati dall'autore nel codice sorgente, ritenendo che la protezione cada sulla particolare combinazione esistente tra le varie proposizioni in connessione logica tra loro<sup>535</sup>.

L'originalità assume un particolare significato più vicino all'originaria tradizione anglosassone<sup>536</sup> in virtù del quale si esige che lo sforzo creativo si estrinsechi – solamente – nella scelta delle diverse opzioni informatiche e nella loro diversa rappresentazione formale, apportando un valore aggiunto rispetto alla situazione anteriore<sup>537</sup>. In altre parole, basterebbe che il software non sia il frutto di un lavoro ripetitivo di quello altrui<sup>538</sup> e non si limiti a rispondere esclusivamente a vincoli rappresentativi<sup>539</sup>.

Ciò ha portato la dottrina a rilevare che i software si differenziano più marcatamente rispetto a tutte le altre opere dell'ingegno in quanto caratterizzati «non tanto dalla creatività, bensì dalla loro funzionalità e utilità: nel loro caso, il concetto stesso di creatività risulta necessariamente compresso, sino a divenire un mero elemento negativo, rappresentato dal riscontro della non copiatura, cioè quale semplice diversità dai precedenti»<sup>540</sup>.

Se questo approccio protezionistico, da un lato, consente di remunerare i capitali convogliati nella realizzazione di software non necessariamente

---

tra originalità e novità: «è sufficiente per il riconoscimento della tutela la circostanza che l'opera sia frutto di uno sforzo intellettuale indipendente e che non sia, pertanto, la riproduzione di quanto già realizzato da altri».

<sup>535</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 15 maggio 2013, n. 13347. Di converso, sulla scia della giurisprudenza europea, si è escluso che l'originalità possa apprezzarsi nelle funzionalità di un programma, nel formato di file di dati utilizzato e nel linguaggio di programmazione.

<sup>536</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 98.

<sup>537</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 26 giugno 2019, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2020, p. 790. Conferme Tribunale di Torino, sentenza del 13 gennaio 2006, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I, 2008, p. 330, in cui si è negato che possa assurgere al rango di creazione intellettuale la semplice attività di programmazione di software altrui già esistente che non aggiunga alcunché a questi ultimi.

<sup>538</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 10 maggio 2013, n. 13347, ove si è puntualizzato che l'idea alla base di un software protetto dal diritto d'autore possa essere carpita per scrivere programmi simili, variando le procedure di sviluppo dello stesso programma.

<sup>539</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 2 agosto 2006, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, p. 931, in cui si è negata la tutela di un software per la preparazione alla prova tecnica dell'esame per il conseguimento della patente di guida dal momento che le immagini costituivano una mera riproduzione dei modelli ministeriali e le animazioni relative alla parti di motore e dell'automobile erano condizionate dalla necessità di rappresentare parti meccaniche in movimento. Né la software house aveva impiegato scelte grafiche rilevanti per apprezzare un apporto dell'autore che valga ad evidenziarne un sufficiente connotato di originalità rappresentativa e di personalità del tratto.

<sup>540</sup> C. DI COCCO, *Il diritto d'autore nell'era digitale: la tutela dei beni informatici*, in C. DI COCCO, G. SARTOR (a cura di), *Temi di Diritto dell'Informatica*, I ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 154. *Contra* A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 117-118, il quale ritiene invece che il requisito dell'attività creativa non sia svanito in quanto «si rende comunque necessaria un'adeguata libertà di scegliere tra più varianti o possibilità nella soluzione tecnica adottata, rilevandosi che, altrimenti, se i passaggi dell'algoritmo e della redazione del codice sono obbligati limitando al massimo la scelta dell'autore, l'originalità è da considerarsi non raggiungibile». Tale linea interpretativa postula la possibilità di rintracciare della creatività nella realizzazione di un software, equiparandola di fatto alla novità.

innovativi<sup>541</sup>, dall'altro, rischia di alimentare la formazione di monopoli che potrebbero creare le condizioni per la configurazione di abusi distorsivi della concorrenza. Tale pericolo potrebbe essere attenuato aderendo alla linea interpretativa secondo cui il ridotto gradiente di creatività idoneo ad assicurare la protezione autoriale debba riverberarsi in termini speculari sui limiti del diritto di esclusiva, nel senso che un altrettanto basso gradiente creativo sarebbe sufficiente ad escludere la violazione del relativo programma da parte di quello successivo<sup>542</sup>. Basterebbero quindi delle modifiche marginali per aversi una creazione autonoma dalle precedenti, escludendo il carattere derivato del secondo programma<sup>543</sup>. Sembra possibile accogliere questa soluzione ermeneutica nella misura in cui essa non venga strumentalizzata per legittimare atti di mero *camouflage* dei programmi altrui.

### 8.3 (Segue) Rilievi preliminari

Anche da una concisa disamina della direttiva software – sia nella versione originaria che nel suo più recente aggiornamento – si palesa vistosamente la finalità di proteggere l'investimento innovativo e produttivo delle *software house* nel tentativo di dare la giusta risposta normativa ad un settore involgente un ciclo industriale all'epoca rivoluzionario rispetto a quello che lo precedeva<sup>544</sup>. Il ricorso alla normativa del diritto d'autore per soddisfare tale interesse ha generato una cesura netta rispetto a come tale istituto è stato interpretato sino a quel momento, attribuendo rilevanza giuridica anche alla tecnica, sebbene quest'ultima operi secondo schemi diversi dall'arte<sup>545</sup>.

In questa prospettiva, l'esegesi del requisito di originalità del software – e dei database, come si appurerà *infra* par. 10 – nelle pronunce giurisprudenziali straniere e soprattutto nazionali ha rappresentato la specola

---

<sup>541</sup> R. ARISTA, *Una protezione giuridica ad hoc per il software: le "disposizioni-tipo" dell'OMPI*, op. cit., p. 359.

<sup>542</sup> In questi termini, Tribunale di Bologna, sentenza del 17 maggio 2006, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I-II, 2006, p. 46. In dottrina v. P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 100, la quale evidenzia che la temuta proliferazione dei diritti di esclusiva sarebbe bilanciata dal ridottissimo oggetto rientrante nel diritto di esclusiva.

<sup>543</sup> M. PACCOIA, *Sul plagio di software. Nota a Cass. civ., sez. I, sentenza del 13 dicembre 1999, n. 13937*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2001, pp. 39 ss. *Contra* D. MASTRELIA, *Profili evolutivi della tutela del software*, op. cit., il quale ritiene invece che la tutelabilità autoriale del cuore del programma, a seguito di Cass. civ., sez. I, sentenza del 13 giugno 2014, n. 13524, abbia determinato una «vera e propria rivoluzione copernicana» in virtù della quale «per sviluppare un software derivato sarà necessario modificare e migliorare la struttura di base di un software già esistente in maniera significativa (e originale) e non minima o marginale». L'Autore ritiene che un orientamento protezionistico possa produrre in realtà delle esternalità positive sul mercato del software, stimolandone l'innovazione.

<sup>544</sup> ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., p. 40, il quale reputa la direttiva come «un miscuglio di segreti industriali e di diritti *sui generis*».

<sup>545</sup> *Ibidem*, p. 42, segnalando che Wassily Kandinsky può creare senza conoscere le opere di Raffaello Sanzio, mentre la Duracell non esisterebbe se Alessandro Volta non avesse inventato la pila.

per confermare la tesi del sacrificio – o secondo alcuni della balcanizzazione<sup>546</sup> – del diritto d'autore di fronte agli interessi finanziari filotecnologici<sup>547</sup>.

È quindi legittima l'intuizione di uno snaturamento dell'istituto indagato – almeno nella sua accezione romantica/latino-germanica – la cui apertura potrebbe sollecitare delle pretese da parte di ulteriori settori industriali sedotti dall'allettante opportunità di approfittare di un istituto diventato *bon à tout faire*<sup>548</sup>.

Peraltro, l'attribuzione di una tutela forte come quella autoriale in luogo di altri diritti di privativa potrebbe favorire concentrazioni nel comparto industriale informatico - già di per sé oligopolista –, maturando i presupposti per situazioni di abuso a danno della concorrenza dinamica in quanto idonee a dissuadere forme di creatività o inventività concorrenti<sup>549</sup>. In proposito, autorevole dottrina profilava il rischio che la tutela d'autore dei programmi per elaboratore avrebbe avuto una «fortissima carica monopolistica»<sup>550</sup> poiché non sarebbe giustificata da ragioni di stimolo all'innovazione nella misura in cui l'attribuzione del diritto di esclusiva sarebbe indipendente da qualsiasi giudizio sul livello di creazione<sup>551</sup>. Una simile carica monopolistica contrassegna i modelli di *machine learning*, la cui opportunità di protezione deve essere valutata alla luce delle ripercussioni (anti)concorrenziali che essa produrrebbe, soprattutto tenendo conto che gli algoritmi rappresentano il cuore pulsante per lo sviluppo dell'economia digitale<sup>552</sup>.

---

<sup>546</sup> R. ARISTA, *Una protezione giuridica ad hoc per il software: le "disposizioni-tipo" dell'OMPI*, op. cit., p. 363, il quale richiama V. AFFERMI, *Legislazione sui programmi per elaboratore e diritti di proprietà industriale e intellettuale*, in *Diritto dell'informatica*, 1988, p. 402, nonché C.M. MISLOW, *Computer microonde: testing the limits of software copyrightability*, in *Boston University Law Review*, vol. 65, 1985, pp. 735 ss. Per balcanizzazione gli Autori intendono una disordinata parcellizzazione delle categorie giuridiche a causa della forzata applicazione di tecniche interpretative già collaudate riguardo ad istituti risalenti nel tempo.

<sup>547</sup> G. NOTOLA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, op. cit., p. 545, il quale richiama in proposito la chiara immagine evocata da L. NIVARRA, V. RICCIUTO, *Internet e diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, op. cit., XI, XI, secondo cui il diritto d'autore rappresenti «l'agnello sacrificale dell'impetuoso sviluppo della rete e delle sue infinite applicazioni».

<sup>548</sup> G. FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 1989, pp. 71 ss.

<sup>549</sup> ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., p. 42; R. ARISTA, *Una protezione giuridica ad hoc per il software: le "disposizioni-tipo" dell'OMPI*, op. cit., p. 355; G. CAVANI, *Oggetto della tutela*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software: commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 1994 pp. 3 ss.

<sup>550</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 30.

<sup>551</sup> G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in G. ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, op. cit., p. 276.

<sup>552</sup> B. GONZALEZ OTERO, *Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose*, op. cit., p. 1055, secondo cui «[a]ny decision about IP protection is also a decision about the grounds for competition, particularly in light of the digital economy, with software at its core».

Non appare peregrino ravvisare altresì il pericolo di un incentivo sproporzionato rispetto a quello necessario per incoraggiare l'innovazione, tenuto conto dell'attuale propensione di ammettere *ménage à deux*<sup>553</sup> per effetto dell'accompagnamento della protezione autoriale con quella brevettuale. In proposito, si è rilevato che l'Ufficio europeo dei brevetti tenda ad interpretare molto più generosamente il divieto di brevettabilità dei programmi per elaboratore al punto da prevedere che in futuro non vi saranno più differenze con l'ordinamento statunitense<sup>554</sup>.

Ad ogni modo, si ritiene che il calo nel gradiente di originalità minimo per accedere alla tutela autoriale del software, ottenibile anche soltanto per effetto di un risultato diverso dallo stato dell'arte, non influisca sull'interpretazione del suddetto requisito nelle altre opere dell'ingegno<sup>555</sup>, potendo relativizzare tale giudizio sulla base della specifica tipologia di creazione intellettuale di volta in volta indagata così da poter configurare dei livelli di originalità a geometria variabile (v. *infra* Capitolo Quarto).

## 9. Le produzioni mediante software dotati di intelligenza artificiale?

Il copioso dibattito gravitante intorno alla tutela autoriale dei programmi per elaboratore si ripresenta con rinnovata eco rispetto alle produzioni ottenute mediante software dotati di sistemi di intelligenza artificiale<sup>556</sup>. Occorre tuttavia precisare che, con riguardo al software, non si discuteva in merito all'opportunità di garantire una protezione di questa

---

<sup>553</sup> La sagace espressione è impiegata da G. GHIDINI, E. AREZZO, C. DE RASIS, P. ERRICO, *Il software fra brevetto e diritto d'autore. Primi appunti sulla Proposta di Direttiva comunitaria sulle «invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici»*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2005, p. 71.

<sup>554</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 168. *Contra* S. MAGELLI, *Le nuove tecnologie nella giurisprudenza*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2020, p. 199. Per un approfondito studio contro la brevettabilità del software valorizzando il suo stretto collegamento ai metodi matematici, i quali sono espressamente esclusi dall'area di brevettabilità, ai sensi dell'art. 52, par. 2, lett. a), della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo, v. A. HUGHES, *The patentability of software*, Routledge, Londra, 2019. Peraltro, si ricorda che il Parlamento europeo, dopo una travagliata discussione, aveva bocciato la proposta di direttiva pubblicata il 25 giugno 2002 relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici (COM/2002/92), accogliendo le forti proteste provenienti in particolare dalla comunità *open source*. Si rinvia all'approfondito commento proposto da R.M. HILTY, C. GEIGER, *Patenting software? A judicial and socio-economic analysis*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 36, VI, 2005, pp. 615, 646.

<sup>555</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., p. 165.

<sup>556</sup> Le considerazioni del presente paragrafo costituiscono una rielaborazione aggiornata della relazione dal titolo *To be, or not to be...original, that is (one of) the main questions concerning AI-generated works* esposta all'Università di Stirling in occasione della conferenza *Are We Owned? A Multidisciplinary and Comparative Conversation on Intellectual Property in the Algorithmic Society*, tenuta in data 8 ottobre 2021, il cui scritto è in corso di pubblicazione su *GRUR International*, nonché del mio saggio *La tutelabilità autoriale del format prodotto dall'intelligenza artificiale*, in L. LIGUORI, E. QUARTA (a cura di), *Format televisivi nell'Era dell'IA: indagini sugli aspetti civilistici, commerciali, criminologici, penalistici e tributari*, Universitalia, Roma, 2022, pp. 342-361.

nuova tipologia di produzione intellettuale, bensì in ordine a quale forma di tutela fosse più adeguata, figurando come alternative la tutela d'autore, quella brevettuale, quella contrattuale, nonché la creazione di un titolo di protezione *ad hoc*<sup>557</sup>. Diversamente, nell'ambito delle creazioni dell'intelligenza artificiale si discute altresì dell'*an* di protezione, alla luce di un forte orientamento dottrinale favorevole all'opzione del pubblico dominio (v. *infra* par. 9.4.3).

Dunque, l'affermazione dell'intelligenza artificiale ha indotto ad interrogarsi sia sull'*an* che sul *quomodo* di tutela delle “creazioni delle creazioni intellettuali umane” con l'ulteriore difficoltà che, a differenza dei software, non vi è (ancora) una norma che individui la forma di protezione applicabile, a prescindere dalla sua bontà. Ad essa si adde un secondo elemento di complicazione, rappresentato dallo sfuggente inquadramento giuridico – e prima ancora tecnico – dell'intelligenza artificiale. Il giurista è quindi invitato a dissacrare il fenomeno, riducendolo causticamente al suo effettivo valore, per farne discendere delle conseguenze giuridiche quanto più aderenti alla realtà fattuale.

Invero, al di là degli svariati tentativi definitivi miranti a cogliere con il maggior grado di precisione le potenzialità applicative di tale tecnologia rivoluzionaria (v. *infra* par. 9.1), può preliminarmente affermarsi che l'intelligenza artificiale non sia altro che un algoritmo – consistente in un insieme di istruzioni matematiche volte a perseguire un determinato obiettivo – programmato dall'essere umano per svolgere compiti più o meno specifici.

Attenta dottrina ha messo in risalto che le caratteristiche differenziali dei software dotati di intelligenza artificiale rispetto ai software carenti di tale tecnologia siano: (i) l'abilità di elaborare enormi quantità di dati identificando schemi ricorrenti (i cd. *pattern*) attraverso i quali inferire un determinato risultato, (ii) l'elevato grado di autonomia rispetto all'essere umano, più o meno assoluto a seconda che si tratti di creazioni assistite oppure di creazioni automatizzate, (iii) la dinamicità e l'imprevedibilità di funzionamento in quanto i sistemi di *deep learning* permettono all'intelligenza artificiale di raggiungere in modo maggiormente efficiente un determinato obiettivo, ottenendo migliori performance attraverso la riprogrammazione automatica dei propri standard<sup>558</sup>. Ciò rende impossibile anticipare con certezza la previsione, il comportamento, o più in generale l'*output* che sarà da essa prodotto<sup>559</sup>.

Tra le funzioni eseguibili dall'intelligenza artificiale, si annovera segnatamente l'automazione (e non l'autonomia, come verrà evidenziato *infra* par. 9.3) del processo creativo al fine di produrre degli *output* che, se realizzati da una persona fisica, sarebbero di certo qualificabili come opere dell'ingegno proteggibili dal diritto d'autore.

---

<sup>557</sup> Commissione europea, relazione alla proposta di direttiva del 5 gennaio 1989, 89/C 91/05,

<sup>558</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 369.

<sup>559</sup> *Ibidem*.

Il potenziale generativo dell'algoritmo, il quale risulta direttamente proporzionale alla sua capacità computazionale, ha coperto in modo pervasivo i più svariati comparti artistici/culturali, a cominciare dall'ambito letterario<sup>560</sup>, per poi estendersi a quello musicale<sup>561</sup>, a quello delle arti visive<sup>562</sup>, sino a giungere a quello audiovisivo<sup>563</sup>.

Tra le prime tracce di automazione del processo creativo, merita di essere segnalato l'algoritmo elaborato da David Cope nel 1981 che, attraverso l'identificazione di alcuni schemi ricorrenti, sarebbe stato in grado di riconoscere il suo stile musicale così che il noto musicista, quando colpito dall'indecisione, avrebbe potuto farsi suggerire dall'elaboratore la prossima nota o le prossime misure per completare la sua nuova canzone<sup>564</sup>. La possibilità di decifrare lo stile di un musicista gli permise di realizzare nel 1994 l'album "Bach by design", ispirato (d)al noto compositore Johann Sebastian Bach.

All'imitazione seguì la creazione vera e propria, considerato che la seconda intelligenza artificiale di David Cope acquisì la capacità di produrre delle canzoni dallo stile originale, realizzando nel 2009 e nel 2012 due album riportanti l'inciso di essere stati prodotti da un software disegnato da David Cope, i cui diritti d'autore erano attribuiti a quest'ultimo<sup>565</sup>.

Nondimeno, la rarefazione del contributo causale umano caratterizzante le produzioni mediante intelligenza artificiale ha suscitato un animato dibattito dottrinale sull'opportunità di – un'ulteriore – estensione del diritto d'autore sulla base dell'interpretazione del diritto vigente<sup>566</sup>, riproponendo molte delle soluzioni che erano state già prospettate circa un ventennio prima

---

<sup>560</sup> Si legga il libro *The policeman's beard is half constructed*, Grand Central Publishing, New York, 1984, promosso come «The First Book Ever Written by a Computer». Invero, la sua attribuzione è all'intelligenza artificiale dall'indicativo nome "Raconteur" o nella sua abbreviazione "Racter". Più recentemente, si veda l'articolo prodotto dall'intelligenza artificiale "GPT-3" pubblicato sul The Guardian, *A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human?*, 8 settembre 2020, reperibile al seguente link: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/sep/08/robot-wrote-this-article-gpt-3>. Sul fenomeno del *robojournalism*, escludendo che possa meritare la protezione autoriale, v. diffusamente A. TRAPOVA, P. MEZEI, *Robojournalism – A Copyright Study on the Use of Artificial Intelligence in the European News Industry*, in *GRUR International*, in corso di pubblicazione, 2022.

<sup>561</sup> Si ascoltino, oltre alle innumerevoli "AI-composed music" (rispetto alle quali andrebbe verificata caso per caso l'effettiva entità dell'apporto algoritmico), le canzoni prodotte dall'intelligenza artificiale "AIVA" risultanti dall'impostazione da parte dell'utente di parametri minimi. Per l'utilizzo online dell'algoritmo si rinvia al seguente link: <https://www.aiva.ai/>.

<sup>562</sup> Si vedano le eccentriche opere prodotte dall'intelligenza artificiale "The Painting Fool" al seguente link: <http://www.thepaintingfool.com/>.

<sup>563</sup> Si guardi il cortometraggio di fantascienza "Sunspring" la cui sceneggiatura venne scritta già nel 2016 dall'intelligenza artificiale "Jetson", sebbene la connessione logica delle frasi presentasse consistenti margini di miglioramento.

<sup>564</sup> DAVID COPE, *Experiments in Musical Intelligence*, reperibile al seguente link: <http://artsites.ucsc.edu/faculty/cope/experiments.htm>. In argomento, IDEM, *Virtual Music: Computer Synthesis of Musical Style*, Mit Press, Cambridge; 2004; IDEM, *Computers and Musical Style*, A-R Editions, Middleton, 1991.

<sup>565</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 370.

<sup>566</sup> Si richiama la dottrina già citata nell'Introduzione *supra*.

in occasione dell'affermazione economico-sociale del format televisivo, tenuto conto che anch'esso difettava di un'esplicita forma di protezione<sup>567</sup>.

Si procederà quindi a valutare, *mutatis mutandis*, la bontà delle opzioni di tutela divise dalla dottrina rispetto alle emergenti sollecitazioni originate dalle pluriformi manifestazioni di “creatività” artificiale, verificando se i sottesi interessi finanziari possano influenzare l'interpretazione del requisito di originalità elaborata a livello europeo ed ormai comunemente accolta – seppur con sfumature più o meno marcate – negli ordinamenti nazionali (v. *supra* Capitolo Primo).

La somiglianza degli interessi gravitanti intorno alla tutelabilità del format televisivo – al netto delle dovute precisazioni di cui *infra* – echeggia nelle questioni originate dalle creazioni mediante intelligenza artificiale, stimolando un parallelismo che esorta gli interpreti a porsi la domanda dell'omonimo film “Here we go again?”<sup>568</sup>

### **9.1. (Segue) I test sulla capacità intellettuale delle macchine: da Ada Lovelace, ad Alan Turing, al... “coffee test”**

Prima di entrare in *medias res*, appare opportuno fornire alcune coordinate introduttive sulle crescenti attenzioni raccolte nella letteratura informatico-matematica che già a partire dal XIX secolo si interrogava sulla capacità intellettuale delle macchine.

Tra le prime testimonianze, si segnala il contributo della matematica britannica Augusta Ada Byron (figlia del poeta Lord Byron), meglio nota come Ada Lovelace, la cui fama è tendenzialmente ricondotta all'aver sviluppato il primo algoritmo in grado di essere letto da un elaboratore. Oltre ad essere ricordata, almeno secondo alcuni, come la prima programmatrice di computer al mondo<sup>569</sup>, Ada Lovelace sosteneva l'idea che la macchina analitica ideata dal collega conterraneo Charles Babbage non avesse la pretesa o l'ambizione di generare qualcosa di nuovo. Ciò in ragione del fatto che gli

---

<sup>567</sup> In argomento, si richiamano fra i tanti i contributi di B. TASSONE, G. BIFERALI, *La tutela del «format» in Cassazione, fra principi generali e merito dell'opera*, op. cit., pp. 882 ss.; S. LONGHINI, S. PISI, *Format o non format questo è il dilemma*, in *Il Diritto di Autore*, I, 2011, pp. 61 ss.; S. GIUDICI, *Appunti sulla protezione del format*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2011, pp. 401 ss.; V. DE SANCTIS, *A proposito della protezione del Format*, *ivi*, I, 2007, pp. 58 ss.; E. PROSPERETTI, F. TOZZI, V. COMANDINI, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'informatica*, I, 2007, pp. 2 ss.; F. TOZZI, *Il format televisivo: prospettive di tutela giuridica*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2003, pp. 429 ss.; O. GRANDINETTI, *La tutelabilità erga omnes del Format di programmi radiotelevisivi*, in *Il Diritto di Autore*, 2000, p. 31 ss.; M. BERTANI, *Tutela dei Format di programmi televisivi*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 700; N. ZUCHELLI, *Tutelabilità degli schemi di trasmissioni televisive*, in *Il Diritto di Autore*, 1995, pp. 263 ss.

<sup>568</sup> *Mamma Mia! Here We Go Again*, scritto e diretto da Oliver Parker, 2018, che rappresenta al contempo un *prequel* e un *sequel* del film *Mamma Mia!*, prodotto 10 anni prima sotto la direzione di Phyllida Lloyd.

<sup>569</sup> A.L. PHILLIPS, *Crowdsourcing gender equity: Ada Lovelace Day, and its companion website, aims to raise the profile of women in science and technology*, in *American Scientist*, vol. 99, VI, 2011, p. 463.



elaboratori sarebbero in grado di fare soltanto ciò che viene loro ordinato dagli esseri umani, mancando quindi di autonomia intellettuale<sup>570</sup>.

Sulla base di tale assunto venne formulato il test di Ada Lovelace secondo cui la macchina avrebbe capacità creative soltanto qualora essa sia in grado di produrre più di quanto in essa immesso<sup>571</sup>. Ad avviso della nota matematica, gli elaboratori non sarebbero idonei a superare questo test, inferendo la carenza di originalità dei loro *output*.

Questa tesi formulata nel lontano 1842<sup>572</sup> (o 1843<sup>573</sup>) si scontra con i progressi tecnologici contemporanei riguardanti le reti neurali e il *deep learning*, i quali dimostrano la capacità delle macchine di elaborare i dati secondo modalità idonee a produrre qualcosa di inedito – e a volte inaspettato – rispetto all’input. Essi confermano la bontà della migliore intuizione di Lady Lovelace secondo cui un calcolatore (ergo un software) «potrebbe operare su oggetti diversi dai numeri, se si trovassero oggetti le cui relazioni reciproche fondamentali fossero esprimibili per mezzo di quelle della scienza astratta delle operazioni, oggetti che dovrebbero essere inoltre adattabili all’azione della notazione operativa e del meccanismo della macchina»<sup>574</sup>, e quindi anche sulla musica, sulla pittura e sull’arte in generale.

Si veda in proposito la ricerca condotta da alcuni Studiosi che hanno elaborato un metodo capace di generare arti creative massimizzando le deviazioni dagli stili già affermati e minimizzando la distanza dai gusti del mercato<sup>575</sup>. Essi hanno poi comparato le reazioni di alcune persone intervistate presentando loro delle creazioni umane e delle creazioni automatizzate. Dall’esperimento è emersa l’incapacità dell’essere umano di distinguere tra le due tipologie di produzioni, portando taluni a sostenere l’applicazione del principio di neutralità tecnologica per invocarne la tutela autoriale. Tuttavia, sebbene sia dimostrata la possibilità che le macchine producano qualcosa di nuovo, ciò non equivale a sostenere che i loro risultati siano parimenti adatti a soddisfare il requisito di originalità ai sensi del diritto d’autore (v. *infra* par. 9.4.1.). Il test di Lovelace sulla capacità delle macchine di creare non appare quindi conferente rispetto alla presente indagine, essendo ridotto ad un esame di novità.

---

<sup>570</sup> «The Analytical Engine has no pretensions to originate anything. It can do whatever we know to order it to perform».

<sup>571</sup> Per più ampie considerazioni sul test di Ada Lovelace v. S. BRINGSJORD, P. BELLO, D. FERRUCCI, *Creativity, the Turing Test, and the (Better) Lovelace Test*, in *Minds and Machines*, XI, 2001, pp. 3-27. Si segnala inoltre l’esistenza di un sistema d’intelligenza artificiale denominato AI-DA per rendere omaggio alla celebre matematica, le cui opere possono essere apprezzate al seguente link: <https://www.ai-darobot.com/artwork>.

<sup>572</sup> G. ROBERTS, G. BEBER, *Parsing the Turing Test. Philosophical and Methodological Issues in the Quest for the Thinking Computer*, Springer, 2008, Berlino, p. 53.

<sup>573</sup> F. CHOLLET, *Deep Learning with Python*, II ed., Manning, New York, 2021, p. 3.

<sup>574</sup> M.A. BODEN, *La simulazione della mente al calcolatore è socialmente dannosa?*, in R. VIALE (a cura di), *Mente umana mente artificiale*, Feltrinelli, Milano, 1989, pp. 3-4.

<sup>575</sup> A. ELGAMMAL, B. LIU, M. ELHOSEINY, M. MAZZONE, *CAN: Creative Adversarial Networks, Generating “Art” by Learning About Styles and Deviating from Style Norms*, Cornell University, arXiv:1706.07068, 2017.

Tuttavia, lo spinoso tema della disumanizzazione della creatività attraverso l'emulazione del funzionamento della mente umana continuò ad affascinare gli Studiosi, portando ad ipotizzare che la mente non sia un tratto specifico del genere umano<sup>576</sup>. Ciò avrebbe delle ripercussioni socioeconomiche tutt'altro che insignificanti, tenuto conto che il riconoscimento della capacità delle macchine di performare una caratteristica per lungo tempo costituente una prerogativa ad appannaggio *dell'homo sapiens*<sup>577</sup> rischierebbe di sminuirne il valore, se non addirittura negarla.

Negli anni '30, tale questione si tradusse nell'interrogativo in merito a quali funzioni potessero reputarsi "computabili", ovvero quali attività fossero scomponibili in calcoli aritmetici, così da poter essere delegate ad un elaboratore.

A soli 24 anni, Alan Turing dimostrò che il suo computer ideale (la cd. macchina di Turing), costituito da un nastro infinito di caselle contenenti soltanto i numeri 0 o 1, non era in grado di risolvere il "problema della decisione" (dalla traduzione tedesca di "*Entscheidungsproblem*") elaborato dal matematico David Hilbert, il quale si chiedeva se fosse possibile realizzare un elaboratore in grado di determinare la verità o la falsità di ogni affermazione matematica<sup>578</sup>.

Turing pervenne ad una risposta negativa dopo aver appurato che, dato un algoritmo e i suoi *input*, non sarebbe possibile stabilire *a priori* se esso terminerà i suoi calcoli entro un tempo finito oppure invece entrerà in fase di *loop*<sup>579</sup>. L'eventualità che l'elaboratore continui a svolgere calcoli all'infinito conseguirebbe proprio dall'impossibilità di predicare la verità o la falsità di tutte le affermazioni matematiche. Diversamente, qualora fosse possibile assumere una decisione certa, la macchina sarebbe in grado di arrestarsi.

Nonostante l'evidenziato limite alla risoluzione del problema di Hilbert, la possibilità, col passare degli anni, di tradurre in funzioni matematiche delle (altre) operazioni sempre più complesse ha messo in discussione il valore di alcune attività che sino a quel momento costituivano una prerogativa tipicamente umana, mettendo a repentaglio l'affermata superiorità del genere umano. Tra queste, in uno dei successivi contributi seminali<sup>580</sup>, Turing si interrogava già oltre settant'anni fa circa la possibilità per le macchine di pensare.

---

<sup>576</sup> Sull'argomento v. diffusamente M.A. BODEN, *La simulazione della mente al calcolatore è socialmente dannosa?*, op. cit., pp. 5 ss..

<sup>577</sup> R. CASO, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Ledizioni, Milano, 2021.

<sup>578</sup> A.M. TURING, *On Computable Numbers, with an Application to the Entscheidungsproblem*, in *Proceedings of the London Mathematical Society*, vol. 42, II, 1936, pp. 230 ss.

<sup>579</sup> *Ivi*, p. 259 «I propose, therefore, to show that there can be no general process for determining whether a given formula [...] is provable, i.e. that there can be no machine which, supplied with any one of these formulae, will eventually say whether is provable» [...] e a p. 262 «We are now in a position to show that the Entscheidungsproblem cannot be solved».

<sup>580</sup> A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, op. cit.

Il test da egli applicato si fondava sulla “performatività” del programma per elaboratore durante il cd. gioco dell’imitazione (dalla traduzione anglosassone “*the imitation game*”<sup>581</sup> ispirante l’omonimo film<sup>582</sup>).

Il gioco annoverava tre partecipanti umani ed una macchina. Nella parte iniziale della partita figuravano un uomo, una donna ed un esaminatore, il quale poneva delle domande per iscritto ai primi due giocatori che, a loro volta, erano collocati in una stanza diversa. L’obiettivo ufficiale del gioco per l’esaminatore era quello di indovinare il genere sessuale dei giocatori, posto che l’uomo aveva il compito di confonderlo mentre la donna aveva quello di aiutarlo.

Dopo circa cinque minuti, si dava inizio alla seconda parte del gioco in cui l’uomo veniva sostituito da un software programmato per fornire delle risposte tali da far credere all’esaminatore che la partita stesse normalmente proseguendo con degli esseri umani. Turing riteneva che ogniqualvolta l’esaminatore non si fosse accorto dell’avvenuta variazione verrebbe confermata l’ipotesi secondo cui le macchine sarebbero in grado di pensare.

Orbene, questo scritto si presta a letture divisive. La tesi tradizionale si orienta nel senso di ritenere che l’autorevole matematico voglia positivamente dimostrare la capacità di pensiero delle macchine<sup>583</sup>. Sotto tale angolo visuale, il gioco proposto da Turing comproverebbe l’amovibilità dell’intelligenza dal supporto biologico del cervello umano, alla stregua di un software separabile dal suo hardware. Ne discenderebbe che la mente potrebbe essere trasferita dal cervello su una macchina così come un software può essere eseguito su qualsiasi computer.

A questa lettura si preferisce quella secondo cui Turing voglia in realtà dimostrare attraverso la computazione l’imperfezione della computazione stessa, dando prova che alcune funzioni intellettuali esulano dall’area di computabilità.

Invero, la tesi di Turing non sarebbe così inequivocabile come sostenuto dall’orientamento maggioritario in quanto occorrerebbe anzitutto definire quali funzioni intellettuali debbano intendersi come ricomprese nella complessa capacità di pensiero. Sarebbe riduttivo credere che tale attività possa ridursi soltanto alla scrittura. Peraltro, lo stesso Turing, nel saggio in commento, ha affermato che la scrittura è quasi sinonimo di meccanica<sup>584</sup>.

---

<sup>581</sup> *Ivi*, p. 442, «the question [...] can machines think?’ should be replaced by ‘Are there imaginable digital computers which would do well in the imitation game?’».

<sup>582</sup> *The Imitation Game*, pubblicato il 29 agosto 2014 e diretto da Morten Tyldum.

<sup>583</sup> A. HODGES, *Alan Turing and the Turing Machine*, in R. HERKEN (a cura di), *The Universal Turing Machine. A Half-Century Survey*, Verlag Kammerer & Unverzagt, Berlino, 1988, p. 10, il quale equipara la capacità di scrittura all’intelligenza, esprimendosi nei seguenti termini: «In the second game, however, the very point of Turing’s arguments that the successful imitation of intelligence in teleprinter messages *does* prove something, for it *is* intelligence. Intelligence (as opposed to gender, physical strength, or other qualities) is effectively defined as that which can be manifested by the communication of discrete symbols».

<sup>584</sup> A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, op. cit., p. 456, «Mechanism and writing are from our point of view almost synonymous».

Ne consegue che il Turing test non appare attendibile per rispondere al quesito se le macchine siano in grado di pensare, tenuto conto che la configurazione dell'esame da lui proposto non coglie appieno il carattere composito del pensiero umano. Indubbiamente, la scrittura è una delle sfaccettature e delle declinazioni possibili della capacità di pensare, ma non di certo l'unica. Peraltro, ammesso che la macchina sia dotata della capacità di scrittura, non è detto che durante tale attività essa attinga a delle componenti tipicamente umane che influiscono nella formazione del pensiero, quali la coscienza<sup>585</sup>, l'immaginazione<sup>586</sup>, il desiderio, o la critica. Non a caso, lo scritto si conclude con la speranza che un giorno le macchine possano competere con gli uomini anche in altri ambiti intellettuali<sup>587</sup>.

Si possono così inferire due constatazioni: (i) vi sarà sempre un'area incomputabile, (ii) l'area di computabilità potrà essere sempre estesa poiché nella maggior dei casi può individuarsi una "ricetta" matematica attraverso la quale risolvere un determinato problema<sup>588</sup>.

Quindi, ad un'attenta analisi dello scritto di Turing, può evincersi che lo stesso celebre matematico, per quanto contrario alla teoria di Ada Lovelace secondo cui una macchina non sarebbe in grado di produrre qualcosa di più rispetto a quanto in essa inserito (considerato che le macchine sarebbero spesso in grado di sorprenderlo<sup>589</sup>), sembra orientarsi nel senso di escludere che un elaboratore sia in grado di pensare, negando che l'intelligenza, nel suo complesso, possa essere tradotta in linguaggio meccanico. Nel solco di questa linea interpretativa, alcuni Studiosi sono sagacemente giunti a ritenere che il test di Turing, piuttosto che dimostrare l'abilità intellettuale delle macchine, dimostri la possibilità per gli esseri umani di farsi ingannare da queste ultime<sup>590</sup>.

---

<sup>585</sup> V. fra i tanti C. GALLI, *La proprietà intellettuale nell'era digitale: la necessità di un quadro d'insieme*, in G. CASSANO, B. TASSONE (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, op. cit., p. 1 il quale evidenzia che anche i software più avanzati di intelligenza artificiale siano privi di autocoscienza e di rapporto personale col reale, limitandosi a simulare – seppure in via accelerata – molti processi tipicamente riservati alla mente umana.

<sup>586</sup> Sul difetto di immaginazione quale *discrimen* tra esseri umani e algoritmi v. in particolare A. RAMALHO, *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems*, op. cit., p. 14.

<sup>587</sup> *Ivi*, p. 460, «We may hope that machines will eventually compete with men in all purely intellectual fields».

<sup>588</sup> J. LASSÈGUE, *Round table* del 29 gennaio 22 nell'ambito del diploma in "Artificial intelligence and intellectual property" organizzato dal CEIPI (*Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle*) dell'Università di Strasburgo.

<sup>589</sup> A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, op. cit., p. 450, «Machines take me by surprise with great frequency. This is largely because. I do not do sufficient calculation to decide what to expect them to do, or rather because, although I do a calculation, I do it in a hurried, slipshod fashion, taking risks». Conformemente, con riguardo ai sistemi di machine learning, B. GONZALEZ OTERO, *Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose*, op. cit., p. 1049, il quale evidenzia che i risultati del training algoritmico può sorprendere gli esseri umani, mettendo in luce delle prospettive o dei dettagli impensabili.

<sup>590</sup> R. NEWMAN, *Neuropolis: A Brian Science Survival Guide*, William Collins, New York, 2017, p. 59.

Dopo il Lovelace e il Turing test, molti altri metodi si sono sviluppati per accertare la capacità intellettuale delle macchine. Si pensi, ad esempio, al Feigenbaum test, anche noto come test di Turing dell'esperto, una variante di quest'ultimo test ove si afferma che la risposta di una macchina non può essere distinta da un esperto in un dato campo<sup>591</sup>; oppure al *Minimum Intelligent Signal Test*, un'ulteriore variante del Turing test basato esclusivamente su risposte booleane<sup>592</sup>; oppure ancora all'Ebert test, in cui si valuta se una voce sintetizzata al computer possa raccontare una barzelletta con sufficiente abilità da far ridere la gente<sup>593</sup>; o ancor più inaspettatamente il cd. *coffee test*, proposto dal cofondatore di Apple Steve Wozniak, il quale misura l'intelligenza in base alla capacità di prepararsi una tazza di caffè all'interno di una tipica casa americana<sup>594</sup>. Si tratta apparentemente di una semplice attività, ma essa richiede la comprensione di molteplici elementi senza i quali non sarebbe realizzabile, a partire dall'individuazione della cucina, alla ricerca del caffè, della tazza, dei cucchiaini e di tutto il necessario.

Tuttavia, quand'anche in taluni casi possa pervenirsi ad un risultato positivo, ciò non implica che le produzioni del medesimo algoritmo considerato intelligente siano idonee a reputarsi opere dell'ingegno, dovendo a loro volta soddisfare i requisiti di eleggibilità previsti dal diritto d'autore.

## **9.2. (Segue) Alcune reazioni giuridiche definitive in materia di intelligenza artificiale**

L'inadeguatezza dei test sopra indicati evidenzia la relatività di ciascun giudizio inerente alla capacità intellettuale delle macchine. Occorre quindi formulare un test *ad hoc*. In proposito, la specifica valutazione in ordine all'abilità creativa dell'intelligenza artificiale presuppone la conoscenza della base tecnologica indagata, posto che la sua comprensione costituisce la

---

<sup>591</sup> E.A. FEIGENBAUM, *Some challenges and grand challenges for computational intelligence*, in *Journal of the ACM*, vol. 50, I, 2003, pp. 32-40.

<sup>592</sup> C. MCKINSTRY, *Minimum Intelligent Signal Test: An Alternative Turing Test*, reperibile al seguente link: <http://hps.elte.hu/~gk/Loebner/kcm9512.htm>. Amplius, Ł. PAWEL, P. JUROWSKA, *The Minimum Intelligent Signal Test (MIST) As an Alternative to the Turing Test*, in *Diametros*, vol. 59, XVI, 2019, pp. 35-47.

<sup>593</sup> J. LEE, *Roger Ebert Tests His Vocal Cords, and Comedic Delivery*, New York Times, 7 marzo 2011, reperibile al seguente link: <http://www.nytimes.com/by/jennifer-8-lee>. I tre test di cui sopra sono richiamati da S. MASON, *Artificial intelligence: oh really? And why judges and lawyers are central to the way we live now - but they don't know it*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 23, VIII, 2017, pp. 213-225.

<sup>594</sup> W. RAHMAN, *AI and Machine Learning*, 2020, SAGE Publications, New York, pp. 17 ss., il quale vi annovera altresì il *Robot College Student test*, elaborato dal ricercatore Ben Goertzel, secondo cui l'intelligenza sarebbe configurabile ogniqualvolta un robot sia in grado di iscriversi presso un'università, frequentare le lezioni ed ottenere il corrispondente certificato, nonché l'*Employment test*, proposto dal Professor della Stanford University Nils John Nillson, il quale ritiene che un algoritmo possa reputarsi intelligente allorquando sia in grado di eseguire i lavori tradizionalmente svolti dagli esseri umani.

*conditio sine qua non* per avanzare delle valide – ed eventuali – proposte di regolazione<sup>595</sup>.

Da un punto di vista definitorio, si sono registrati numerosissimi tentativi volti ad offrire una nozione di intelligenza artificiale a prova di obsolescenza (cd. *time-proof*), nonché in grado di coglierne le prismatiche potenzialità applicative<sup>596</sup>. Soltanto a livello europeo, vi è traccia di almeno tre approdi definitori connotati da un eterogeneo livello di precisione che denotano il carattere magmatico della tecnologia attenzionata.

Si pensi anzitutto alla comunicazione della Commissione europea *L'intelligenza artificiale per l'Europa*<sup>597</sup> in cui si definisce l'intelligenza artificiale come un sistema che mostra «un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi». Tale definizione non può che assoggettarsi alla critica di un'eccessiva vaghezza dal momento che l'interpretazione del binomio “comportamento intelligente” sarebbe senz'altro foriero di compositi dubbi applicativi. Il carattere approssimativo del tentativo definitorio in parola sembra riflettere l'approccio prudenziale tipico di un legislatore che necessita di esplorare con maggior dettaglio l'oggetto da regolare.

Si è infatti resa necessaria la nomina di un gruppo di tecnici che potesse dialogare sui poliedrici settori interessati dall'intelligenza artificiale al fine di delineare un inquadramento giuridico maggiormente aderente al dato tecnologico.

Invero, la definizione proposta dall'*High-Level Expert Group on AI* nominato dalla Commissione europea fornisce una più puntuale definizione che descrive l'intelligenza artificiale come «un complesso sistema di software (e possibilmente anche hardware) disegnato da umani che, dato un obiettivo complesso, agisce nell'ambiente fisico o digitale attraverso l'acquisizione dei dati, l'interpretazione di dati strutturati e non, il ragionamento sulla conoscenza, la processazione delle informazioni, e decidendo la migliore azione da intraprendere per raggiungere siffatto obiettivo. I sistemi di intelligenza artificiale possono utilizzare regole simboliche o apprendere da

---

<sup>595</sup> Per più ampi spunti sull'argomento si rinvia diffusamente all'intero fascicolo a cura di A. NUZZO, G. OLIVIERI, *Algoritmi. Se li conosci li regoli...*, in *Analisi giuridica dell'economia*, I, 2019.

<sup>596</sup> Si richiama in proposito il libro bianco della Commissione europea *sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65, 19 febbraio 2020, p. 1, in cui si evidenzia che «L'intelligenza artificiale si sta sviluppando rapidamente. Cambierà le nostre vite migliorando l'assistenza sanitaria (ad esempio rendendo le diagnosi più precise e consentendo una migliore prevenzione delle malattie), aumentando l'efficienza dell'agricoltura, contribuendo alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento ai medesimi, migliorando l'efficienza dei sistemi di produzione mediante la manutenzione predittiva, aumentando la sicurezza dei cittadini europei e in molti altri modi che possiamo solo iniziare a immaginare. Al tempo stesso, l'intelligenza artificiale (IA) comporta una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali».

<sup>597</sup> Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 237, 25 aprile 2018.

modelli numerici e possono anche adattare il loro comportamento sulla base di come l'ambiente reagisce alle loro azioni»<sup>598</sup> [traduzione mia].

Si apprezza dunque una maggiore oggettivazione delle funzioni svolte dall'intelligenza artificiale che, lungi dal mostrare un comportamento intelligente, risulterebbero intimamente dipendenti dall'intervento umano. Quest'ultimo si manifesta con riguardo almeno a tre aspetti: (i) la programmazione del codice sorgente e la sua manutenzione, (ii) la selezione dei dati attraverso i quali "nutrire" l'algoritmo<sup>599</sup> e (iii) la programmazione degli obiettivi da perseguire.

Occorre altresì segnalare l'esistenza di una più recente nozione contenuta nella proposta di regolamento europeo per il cd. *Artificial Intelligence Act* ove l'intelligenza artificiale viene ricondotta ad «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, *generare output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono»<sup>600</sup> [corsivo aggiunto].

Si tratta di una nozione incentrata sulla capacità generativa dell'intelligenza artificiale che, proprio per questa specifica declinazione, appare decisamente coerente rispetto allo scopo della presente analisi. Essa, infatti, valorizza, tra le tante<sup>601</sup>, esattamente l'abilità dell'intelligenza artificiale di «generare output».

Dal quadro definitorio così tracciato, è possibile interrogarsi in merito a se e quale regime giuridico risulti più idoneo ad apprestare una forma di tutela adeguata verso tali produzioni, temperando, da un lato, l'interesse a promuovere gli investimenti indirizzati allo sviluppo delle funzioni "creative" dell'intelligenza artificiale nell'ottica di favorire la competitività europea su scala globale e, dall'altro, l'esigenza di non distorcere la nozione

---

<sup>598</sup> High-Level Expert Group on AI, *A Definition of Artificial Intelligence: main capabilities and disciplines*, 18 dicembre 2018, p. 6.

<sup>599</sup> Secondo D.J. GERVAIS, *The Machine as Author*, op. cit., p. 2094, nel caso in cui si riconosca il diritto d'autore in favore degli alimentatori dell'intelligenza artificiale si verificherebbe un processo inverso rispetto a quello che avviene durante la realizzazione di un'opera cinematografica, ove in virtù della *work-for-hire doctrine* i diritti su una creazione prodotta da degli esseri umani si trasferiscono ad un'entità fittizia, ovvero la società produttrice. Di converso, nel caso di produzioni realizzate in modo automatico dall'intelligenza artificiale, il merito dell'attività creativa si sposterebbe dall'entità fittizia della macchina alle persone fisiche.

<sup>600</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale)*, COM(2021) 206, 21 aprile 2021, art. 3, n. 1). Per un commento della proposta si rinvia a F. SCHWEMER, L. TOMADA, T. PASINI, *Legal AI Systems in the EU's proposed Artificial Intelligence*, 2021, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3871099>.

<sup>601</sup> Si richiama in particolare il Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale. *Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65, ove a p. 1 si evidenzia la capacità dell'intelligenza artificiale di migliorare l'assistenza sanitaria (ad esempio rendendo le diagnosi più precise e consentendo una migliore prevenzione delle malattie), di aumentare l'efficienza dell'agricoltura, di contribuire alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento ai medesimi, di migliorare l'efficienza dei sistemi di produzione mediante la manutenzione predittiva, di aumentare la sicurezza dei cittadini europei e svolgere tante altre funzioni «in molti altri modi che possiamo solo iniziare a immaginare».

di originalità come interpretata *supra*, nonché di assicurare la dinamicità dei mercati artistici e culturali attraverso la conservazione di un'area di pubblico dominio sufficientemente ampia da non ostacolare oltremodo nuove forme di creatività derivata.

### 9.3. (Segue) CreA(I)tività assistita e automatizzata

L'individuazione della forma di tutela giuridica maggiormente appropriata richiede una preliminare distinzione delle produzioni mediante intelligenza artificiale in relazione alla permanenza o meno del contributo causale umano rispetto al risultato finale. Bisogna all'uopo distinguere tra produzioni frutto della creatività assistita e produzioni ottenute tramite creatività automatizzata.

Le prime si caratterizzano per l'identificabilità di uno sforzo intellettuale umano di guisa che l'algoritmo è impiegato come uno strumento per facilitare, migliorare o rifinire il lavoro finale, ancora attribuibile ad una o più persone fisiche. In questa ipotesi, l'intelligenza artificiale funge da ausilio nel processo creativo, il quale conserva delle fasi in cui l'essere umano è ancora in grado di esprimere la propria personalità. Sarebbe anche sufficiente che l'apporto umano si manifesti durante la fase di ideazione o esecuzione dell'opera dell'ingegno dal momento che il diritto d'autore è attribuito a colui che controlla e supervisiona il lavoro degli altri (il cd. *masterminds*), senza necessariamente fornire un contributo materiale al processo creativo, come è il caso, ad esempio, del regista di un'opera cinematografica.

Analogamente, una scultura in marmo progettata in dettaglio da un artista che istruisce e supervisiona costantemente l'artigiano incaricato di eseguire il lavoro si qualifica come opera autoriale dell'artista, sebbene non abbia mai messo mano sulla pietra<sup>602</sup>. In proposito, la migliore dottrina d'oltreoceano ha rilevato che il diritto d'autore fa prevalere la mente sui muscoli, tenuto conto che il titolare del diritto è colui che concettualizza e dirige lo sviluppo dell'opera piuttosto che la persona che segue semplicemente gli ordini per realizzarla<sup>603</sup>. Invero, la maggior parte delle leggi in materia riflette l'idea che la mera esecuzione non rende un (s)oggetto autore, posto che tale qualità è riservata a colui che ne controlla l'esecuzione<sup>604</sup>.

Di conseguenza, l'intelligenza artificiale è assimilata ad ogni altro strumento di cui una persona fisica può servirsi per manifestare la propria creatività<sup>605</sup>. Si pensi, a titolo esemplificativo, al ruolo essenziale che il

---

<sup>602</sup> J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 82.

<sup>603</sup> J.C. GINSBURG, L.A. ALIBRANDO, *Authors and Machines*, op. cit., p. 360.

<sup>604</sup> *Ibidem*.

<sup>605</sup> In questo senso, *WIPO Conversation on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, 2° sessione, 13 dicembre 2019, p. 8. In dottrina v. fra i tanti J. IHALAINEN, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, op. cit., p. 725; A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, op.



pennello ha per un pittore, o a quello di una fotocamera per un fotografo, o ancora a quello di un computer e di una stampante per uno scrittore. Sebbene senza tali strumenti il lavoro non sarebbe mai venuto ad esistenza, nessuno dubiterebbe dell'idoneità della corrispondente opera ad essere protetta dal diritto d'autore (previa dimostrazione di aver adottato scelte libere e creative), né della sua unica riconducibilità alla persona fisica che l'ha realizzata<sup>606</sup>.

È possibile dunque trasporre il vino nuovo nelle vecchie botti, ritenendo che alle produzioni assistite dall'intelligenza artificiale resti applicabile *tout court* il quadro regolatorio in materia di diritto d'autore<sup>607</sup>.

Peraltro, la persuasività di tale *reasoning* era stata già da tempo comprovata dalla *case-law* anglosassone che, evidenziando la funzione ausiliare della macchina, aveva provocatoriamente sostenuto come l'attribuzione del diritto d'autore ad un computer equivarrebbe ad affermare che la penna sia l'autrice di uno scritto anziché la persona umana che l'ha impugnata<sup>608</sup>.

---

cit., p. 503; secondo cui «[i]l programma resta pur sempre uno strumento indirizzato e governato da inputs dell'autore stesso, non dissimilmente da un più evoluto pennello o scalpello».

<sup>606</sup> J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 74, ove si evidenzia che nonostante la CGUE non abbia fornito dei criteri guida per accertare la creatività dell'atto creativo, nè abbia definito un minimo standard creativo per accedere alla protezione autoriale, può ritenersi che le creazioni assistite siano idonee a soddisfare il requisito di originalità in quanto permangono diverse fasi in cui possono espletarsi delle scelte libere e creative. Si segnala inoltre che l'attuale gradiente di originalità si attesti su un livello mediamente basso, esprimendosi nei seguenti termini «Early CJEU decisions suggest that if the external constraints allow an author sufficient creative freedom, then the level of creativity actually required by the Court is fairly low. In Infopaq the CJEU suggested that even a short, 11-word text fragment might qualify. Judging from the reasoning in Painer, the originality of a photographic work is practically a given. Even in a case concerning run-of-the-mill school portrait photographs, “the freedom available to the author to exercise his creative abilities will not necessarily be minor or even non-existent”. This suggests that even a combination of fairly obvious choices in the design, execution and editing of an AI-assisted output could suffice. However, this assessment is left to national Courts».

<sup>607</sup> Si veda in proposito la proposta di risoluzione del Parlamento europeo *sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale*, 2020/2015(INI), par. 15, ove si sottolinea «la differenza tra le creazioni umane ottenute con l'assistenza dell'IA e quelle generate autonomamente dall'IA, indicando che sono queste ultime a porre nuove sfide normative in termini di protezione dei DPI, quali ad esempio le questioni della titolarità e della paternità dell'inventore e della remunerazione adeguata, nonché questioni relative alla potenziale concentrazione del mercato; ritiene altresì che i DPI per lo sviluppo delle tecnologie di IA dovrebbero essere distinti dai DPI potenzialmente riconosciuti alle creazioni generate dall'IA; evidenzia che, nei casi in cui l'IA è impiegata solo come strumento per assistere un autore nel processo creativo, il quadro vigente in materia di diritti d'autore rimane applicabile». Analogamente in dottrina cfr. J. IHALAINEN, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, op. cit., p. 725; M. MAGGIORE, *Artificial Intelligence, computer generated works and copyright*, in E. BONADIO, N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, op. cit., p. 387.

<sup>608</sup> Camera dei Lords, *Express Newspapers v. News* (1990) FSR 359. Più precisamente, Lord Whitford affermò *expressis verbis* che «the computer was no more than a tool with which the sequences and grids were produced using the instruction of the programmer. [...] Granting copyright to the computer itself would be similar to suggesting that in a written work it is the pen that is the author of the work rather than the person who

La tesi in parola, oltre ad incontrare il *favor* della giurisprudenza francese<sup>609</sup>, è stata recentemente accolta in una decisione del Tribunale della proprietà intellettuale di Pechino nel caso *Gao Yang v. Youku*<sup>610</sup>. Nel caso di specie, l'attore aveva collegato una fotocamera ad una mongolfiera, programmandola per filmare la superficie terrestre sottostante. Egli aveva poi selezionato alcuni frammenti per realizzare delle fotografie che successivamente sono state oggetto di sfruttamento non autorizzato ad opera della parte convenuta. In proposito, il Tribunale ha ritenuto che sebbene la fotocamera fosse al di fuori del controllo umano durante la ripresa, vi era comunque una sufficiente quantità di scelte creative rappresentate dalla selezione dei parametri tecnici del video, del tipo di formato, delle modalità di ripresa e di altri (imprecisati) criteri, oltre che dei *frame* da estrapolare. Tale sentenza s'inscrive nel solco di evidenziare l'adeguatezza del diritto d'autore rispetto alle produzioni semi-automatizzate in quanto l'apporto umano non risulta ancora eclissato da quello meccanico, valorizzandolo anche se non particolarmente vigoroso.

La spassionata ricerca del contributo umano sembra ancor più vivida nella sentenza cinese emessa dalla Corte distrettuale di Nansha nella vicenda *Shenzhen Tencent c. Shanghai Yingxun*<sup>611</sup>. In particolare, la società attrice Shenzhen Tencent Computer System Co. Ltd. (di seguito "Shenzhen Tencent"), licenziataria da Tencent Technology Co. Ltd. dell'intelligenza artificiale denominata "Dreamwriter" in grado di elaborare prodotti letterari, ha citato in giudizio la Shanghai Yingxun Technology Co. Ltd. per aver diffuso sul suo blog il primo report finanziario realizzato da Dreamwriter. La Corte ha acclarato la violazione del diritto d'autore di Shenzhen Tencent, presupponendone l'esistenza. Ad avviso dell'organo giurisdizionale, l'articolo sarebbe il frutto di un lavoro creativo di *equipe* includente i programmatori e gli "alimentatori" dell'algoritmo. La Corte ha quindi enfatizzato il ruolo umano nella produzione del report, ritenendo applicabile l'art. 11 della legge sul diritto d'autore cinese, il quale riconosce il diritto di esclusiva in favore del soggetto sotto la cui volontà, sponsorizzazione e responsabilità è stata realizzata un'opera dell'ingegno. Secondo una corrente dottrinale, la maggior parte delle produzioni mediante intelligenza artificiale richiederebbe ancora il coinvolgimento degli esseri umani durante il processo

---

drives the pen». Di conseguenza, il diritto d'autore venne riconosciuto alla persona fisica che si era avvalsa di quel software.

<sup>609</sup> Corte d'appello di Bordeaux, 31 gennaio 2005, n. 03/05512, ove si è ritenuto che un'opera dell'ingegno realizzata da un sistema informatico possa beneficiare del diritto d'autore a condizione che essa riveli anche minimamente l'originalità che il suo creatore ha voluto apportare. Conforme, Tribunale di grande istanza di Parigi, sentenza del 5 luglio 2000, n. 97/24872, *Matt Cooper v. Ogilvy and Mather*, in cui si è affermato che le creazioni musicali assistite costituiscono opere dell'ingegno originali ogniqualvolta richiedano un intervento umano.

<sup>610</sup> *Beijing Intellectual Property Court*, sentenza del 2 aprile 2020, n. 797, citata da Z. BO, *Artificial Intelligence and Copyright Protection-Judicial Practice in Chinese Courts*, reperibile al seguente link: [https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial\\_intelligence/conversation\\_ip\\_ai/pdf/ms\\_china\\_1\\_en.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf).

<sup>611</sup> *Nanshan District People's Court*, sentenza del 24 novembre 2019, n. 14010, *ibidem*.

creativo, essendo lontani dall'insorgenza di creazioni totalmente autonomizzate<sup>612</sup>. Tuttavia, ritengo che ad oggi possano già individuarsi dei casi in cui l'apporto umano sia così recessivo da escluderne la tutelabilità mediante un diritto di esclusiva forte come quello del diritto d'autore (v. *infra*).

In proposito, restando nel territorio cinese, una sentenza della Corte di Pechino ha sostenuto che l'originalità non sia l'unica condizione affinché un'opera sia eleggibile per la tutela autoriale, dovendo altresì costituire l'espressione di un atto creativo umano<sup>613</sup>. La questione è sorta a seguito della riproduzione non autorizzata sulla piattaforma "Baidu Corporation" da parte di un utente dal nickname "Golden Hand" del rapporto intitolato "Big Data Analysis Report of The Judiciary in Film and TV Entertainment Industry: Film Volume, Beijing Chapter" pubblicato da uno studio legale di Pechino sul suo canale ufficiale di WeChat. Il convenuto eccepiva che il documento in questione non fosse tutelabile dal diritto d'autore in quanto generato da un algoritmo. A tal riguardo, la Corte cinese ha preliminarmente affermato che la creatività umana sia una *condicio sine qua non* per l'ottenimento del diritto d'autore, quand'anche le produzioni algoritmiche siano molto simili a quelle umane. L'organo giurisdizionale cinese ha quindi ritenuto di dover introdurre il requisito aggiuntivo della creatività umana, ammettendo che le produzioni automatizzate possano soddisfare il requisito di originalità, sebbene l'impronta antropocentrica possa già ricavarsi dall'interpretazione del requisito stesso. Nel caso di specie, si è escluso che le parti del testo elaborate dal software fossero idonee ad attrarre la protezione autoriale, ma si è ammessa la tutela del rapporto indagato poiché avente un contenuto diverso rispetto a quello ottenibile mediante il solo uso dell'algoritmo. Il riconoscimento della protezione autoriale è quindi dipeso dall'individuazione di scelte umane originali accanto a quelle algoritmiche.

Vale la pena di rammentare che già nel 1927 si tendeva a risolvere il problema della paternità delle opere provenienti da entità diverse da esseri umani attraverso l'attribuzione del diritto d'autore alla persona fisica che avesse fornito il contributo causale più prossimo alla realizzazione della medesima<sup>614</sup>. Ci si riferisce segnatamente alla controversia avente ad oggetto un libro scritto di pugno da una medium<sup>615</sup>, ma guidato da Cleophas, lo spirito dell'abbazia di Glastonbury dalla veneranda età di oltre 1900 anni. Gli

---

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 5, secondo cui «From a technical point of view, AI has not yet developed to a level where it is truly free from human involvement in the generation of relevant products. Humans are still more or less involved in the use of AI applications».

<sup>613</sup> *Beijing Internet Court*, sez. I civ., sentenza del 25 aprile 2019, No 239, *Beijing Feilin Law Firm v. Baidu Corporation Civil First Instance*, con nota di M. CHEN, *Beijing Internet Court denies copyright to works created solely by artificial intelligence*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, VIII, 2019, pp. 593-594.

<sup>614</sup> Sull'argomento v. in particolare A. BRIDY, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, op. cit., p. 18

<sup>615</sup> La medium protagonista di questa controversia ai limiti della fantascienza era Geraldine Dorothy Cummins, la cui sintetica biografia è descritta in W.E. COUSINS, *Writer, medium, suffragette, spy? The unseen adventures of Geraldine Cummins (1890-1969)*, in *The Paranormal Review*, vol. 45, 2008, pp. 3-7.

insegnamenti dello spirito vennero trasposti in un libro intitolato “The Chronicle of Cleophas” che fu oggetto di riproduzione non autorizzata da parti di terzi, i quali negavano la sussistenza del diritto d’autore poiché tale diritto non può essere riconosciuto in favore di ectoplasmi. La controversia venne portata innanzi alla *Chancery Court* londinese<sup>616</sup>, la quale si pronunciò in favore della parte attrice dal momento che lo sforzo della medium di convertire le parole dello spirito in un linguaggio comprensibile venne considerato sufficiente ad attrarre la protezione autoriale. Ad avviso del Giudice anglosassone, «authorship and copyright rest with some one already domiciled on the other side of the inevitable river»<sup>617</sup>. Tale filosofia appare praticabile con riguardo alle creazioni assistite dall’intelligenza artificiale dal momento che l’apporto umano non è ancora così trascurabile rispetto a quello algoritmico, potendo equiparare tale relazione a quella intercorrente tra la persona fisica e l’asserito spirito.

Può così giungersi alla prima conclusione riguardante le creazioni ottenute con l’ausilio dell’intelligenza artificiale in virtù della quale la rintracciabilità del contributo umano durante una o più delle fasi produttive permette di estenderne la tutela autoriale al pari di una qualsiasi altra opera prodotta in via integrale dalla mente umana.

Diversamente, nei casi di creatività automatizzata, la ristretta *marge de manoeuvre* a disposizione dell’essere umano, a cui si adde la pervasività delle scelte algoritmiche, rendono tali produzioni più difficilmente tutelabili sotto l’ombrello del diritto d’autore<sup>618</sup>. Invero, il maggiore livello di automazione

---

<sup>616</sup> *Chancery Court* di Londra, *Cummins v. Bond*, 1 ch 167 (1927).

<sup>617</sup> Ivi, p 175. Peraltro, la mancata attribuzione del diritto d’autore in favore della medium avrebbe implicato il riconoscimento dell’esistenza di esseri soprannaturali.

<sup>618</sup> P.B. HUGENHOLTZ, J.P. QUINTAIS, *Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?*, op. cit., p. 19.

– e non di autonomia<sup>619</sup> – impedisce di considerare l’intelligenza artificiale come un semplice strumento nelle mani dell’essere umano<sup>620</sup>.

Sicché, la rarefazione del legame causale tra l’apporto umano ed il prodotto finale (come risultante all’esito delle decisioni algoritmiche) rende quest’ultimo molto più prossimo a costituire il frutto della creatività automatica – o automatizzata – piuttosto che di quella umana<sup>621</sup>. Si avvera

---

<sup>619</sup> Le creazioni mediante intelligenza artificiale non possono ritenersi autonome ove per autonomia si intenda la capacità di autoregolarsi liberamente. Invero, come avvertito dall’High-Level Expert Group on AI, l’algoritmo risulta pur sempre disegnato da esseri umani nei suoi obiettivi e nei dati che lo alimentano. Appare quindi più consono aggettivare tali produzioni come automatiche piuttosto che autonome, considerando l’automatica secondo la definizione proposta da Treccani, reperibile al seguente link: <https://www.treccani.it/vocabolario/automatico/>, come la capacità di compiere determinate operazioni o lavorazioni, per lo più ripetute in serie, senza il diretto intervento dell’uomo. Giova ricordare che la parola automazione nacque negli anni ’40 per descrivere il largo impiego di apparecchiature automatiche manifestatosi soprattutto nell’industria automobilistica. Pertanto, ci si riferirà convenzionalmente alle produzioni ottenute mediante il preponderante intervento dell’intelligenza artificiale – che a loro volta rispecchiano un processo di automazione della creatività (scevra dalla particolare nozione di creatività secondo il diritto d’autore su cui v. *infra*) – come creazioni automatiche oppure automatizzate, sebbene secondo la nozione elaborata dalla Treccani, reperibile al seguente link: <https://www.treccani.it/vocabolario/automatizzazione/>, l’automatizzazione riguarderebbe invece soltanto una parte del ciclo produttivo, mentre l’automazione verterebbe sull’intero. L’impatto automatizzante dell’intelligenza artificiale con particolare riguardo all’attività forense e di ricerca accademica è ben rappresentato da R. YU, G. SPINA ALÌ, *What’s Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers*, in *Legal Information Management*, vol. 19, 2019, pp. 2-13. Più in generale sull’argomento, v. diffusamente C. ACCOTO, *Il mondo ex machina. Cinque brevi lezioni di filosofia dell’automazione*, Egea, Milano, 2019.

<sup>620</sup> Si richiama sul punto la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, *Civil Law Rules on Robotics*, 2015/2013 (INL), ove si enfatizza la circostanza che tanto più i robot agiscono in autonomia, tanto meno essi possono essere considerati degli strumenti nelle mani di altri agenti. Tale ragionamento può estensivamente applicarsi alle ipotesi di incisiva automazione dei processi creativi in misura tale da “eclissare” i contributi umani.

<sup>621</sup> In questo senso v. J. LEE, *Computer-generated Works under the CDPA 1988*, in T. APLIN (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 180, il quale, richiamando M. PERRY, T. MARGONI, *From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-Generated Works?*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 26, VI, 2010, pp. 621-629, avverte che nell’ambito dei cd. *computer-generated works* il ruolo umano durante il processo creativo, successivamente alla fase di programmazione, sia del tutto trascurabile. Parzialmente contro, J.M. DELTORN, *Appunti sul diploma in Proprietà Intellettuale e Intelligenza Artificiale organizzato dal CEIPI presso l’Università di Strasburgo*, Modulo 1, 2021, che tende a demistificare l’autonomia dell’intelligenza artificiale ritenendo che vi siano nuovi punti di ingresso in cui la creatività umana può essere espressa, quali segnatamente la programmazione dell’algoritmo, il suo “nutrimento”, la supervisione ed eventuale modifica dei risultati finali. Secondo l’attento Studioso, sarebbe falso affermare che la creazione prodotta mediante intelligenza artificiale esuli dal controllo dell’essere umano, considerato l’ampio numero di soggetti che partecipano alla filiera produttiva. Ciò non implica un controllo totale sul processo produttivo, ma gran parte di esso lo è. Ad esempio, il noto musicista David Cope ha programmato un sistema di intelligenza artificiale attraverso una personale selezione dei campioni musicali per generare nuove composizioni. Tuttavia, lo stesso Studioso ammette ragionevolmente che tale scelta non sia necessariamente sufficiente a meritare la protezione autoriale su tutte le opere così realizzate. È chiaro invece che qualora l’autore abbia successivamente editato in modo originale la produzione dell’intelligenza artificiale non sorge alcuna questione circa la sua riconducibilità alla tipologia di creazione assistita, con tutti gli effetti giuridici che ne conseguono.

così la predizione contenuta nel memorandum accompagnante l'originaria versione della direttiva Software ove si prevedeva che l'apporto umano – già allora esiguo – nelle produzioni algoritmiche diventerà sempre più modesto in futuro<sup>622</sup>.

#### **9.4. (Segue) Le opzioni di tutela per le produzioni automatizzate**

La frapposizione della componente algoritmica tra l'*input* e l'*output* invita l'interprete ad un complesso esercizio di riflessione riguardante le opzioni di tutela configurabili per le produzioni automatizzate mediante intelligenza artificiale.

Lungo i poli estremisti di chi propone un supplementare *stretching* del diritto d'autore e chi invece ne esclude qualsiasi forma di protezione in favore del pubblico dominio, si stagliano delle posizioni intermedie che aderiscono a strumenti di tutela alternativi, quali segnatamente la previsione di un diritto *sui generis ad hoc* oppure l'applicazione del diritto positivo in materia di diritti connessi, oppure ancora il ricorso all'armamentario civilistico esterno al prisma della proprietà intellettuale, come la disciplina della concorrenza sleale, di cui all'art. 2598, c.c., della responsabilità contrattuale per violazione di obblighi confidenziali, *ex art.* 1218 c.c., oppure dell'arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c.

##### **9.4.1 (Segue) Diritto d'autore autonomo**

Il primo interrogativo da esaminare concerne l'idoneità – e l'opportunità – del diritto d'autore ad accomodare anche le produzioni automatizzate dell'intelligenza artificiale.

I due principali argomenti avanzati dai sostenitori dell'orientamento favorevole sono costruiti sulla teoria utilitaristica del diritto d'autore e sul principio di neutralità tecnologica.

Con riguardo al primo, giova rammentare che la cd. *copyright incentive theory* affonda le radici nei sistemi giuridici di *common law*, secondo i quali i diritti economici attribuiti all'autore rappresenterebbero l'unico incentivo per promuovere nuove creazioni. In loro assenza, nessuno – o pochi soggetti – sarebbero incentivati ad investire tempo, sforzi e denaro nella realizzazione di nuove opere culturali o artistiche. L'applicazione della teoria utilitaristica alle creazioni automatizzate condurrebbe ad inferire che il mancato riconoscimento della protezione autoriale in loro favore potrebbe causare delle esternalità negative in termini di contrazione degli investimenti verso

---

<sup>622</sup> Commissione europea, *Explanatory Memorandum to the proposal for a Software Directive*, COM (88) 816, 17 marzo 1989, p. 21, il quale evidenzia che, nonostante la progressiva residualità del contributo umano, possa comunque individuarsi una persona fisica idonea a reclamare il diritto d'autore sul risultato finale. Il legislatore degli anni '80 non poteva di certo prevedere quanto marginale sarebbe diventato l'apporto umano nella società contemporanea connotata dalla soverchiante presenza algoritmica, la quale rende l'identificazione dell'autore un'eccessiva forzatura.

tale tecnologica <sup>623</sup>. Orbene, l'incentivo non sarebbe indirizzato all'intelligenza artificiale in quanto tale, posto che quest'ultima non necessita di essere incoraggiata a produrre nuovi lavori, bensì ai suoi investitori (tra cui figurano principalmente le cd. *software house*)<sup>624</sup>.

È stato lucidamente notato che il riconoscimento del diritto d'autore in favore delle creazioni automatizzate sarebbe l'ennesima conquista degli imprenditori industriali nei confronti dei decisori politici descritta in questa brutale quanto efficace sintesi: «ho investito nella realizzazione di nuovi beni intangibili, ho creato valore e nuovi posti di lavoro, ho modernizzato il panorama economico, ho assicurato all'economia locale la competitività nello scenario internazionale e pertanto sono legittimato a reclamare un diritto di proprietà intellettuale»<sup>625</sup>.

L'impronta utilitaristica ha altresì permeato le fonti europee<sup>626</sup>, come dimostrato in particolare dallo *stretching* del diritto d'autore verso i database e i software avente proprio l'obiettivo di incentivare gli investimenti verso tali settori, seppur con risultati alquanto discutibili<sup>627</sup> (v. *infra* par. 10). In questa prospettiva, l'esclusione delle creazioni automatizzate dalla protezione autoriale ridurrebbe gli investimenti nelle funzioni artistiche/culturali dell'intelligenza artificiale.

Tuttavia, ad oggi, mancano delle evidenze empiriche che dimostrino che il riconoscimento del diritto d'autore sui risultati dei processi "creativi" automatizzati possa aumentare i rispettivi investimenti<sup>628</sup>. Ne consegue che

---

<sup>623</sup> Tale tensione è evidenziata altresì da L. CHIMIANTI, *Diritto d'autore 4.0. L'intelligenza artificiale crea?*, op. cit.

<sup>624</sup> R.M. HILTY, J. HOFFMANN, S. SCHEURER, *Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence*, op. cit., i quali evidenziano che l'eventuale riconoscimento di un regime di protezione per le forme di creatività automatizzata andrebbe a beneficio esclusivo degli investitori e non anche degli autori e inventori.

<sup>625</sup> C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, op. cit.

<sup>626</sup> *Ibidem*, ove l'Autore nota che la protezione degli investimenti compaia ormai in numerose direttive europee in materia di proprietà intellettuale, tra cui segnatamente i Considerando 4 e 10 della direttiva InfoSoc, i Considerando 1, 3 e 9 direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (cd. direttiva Enforcement), L 195/16, il Considerando 5 della direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane, L 299/5, il considerando 5 della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale L 376/28.

<sup>627</sup> Basti qui segnalare che nonostante nel territorio statunitense si optò per il mancato riconoscimento del diritto d'autore sulle banche dati, tale comparto industriale ha comunque registrato un ragguardevole successo. In Europa, l'effetto di promozione degli investimenti si è verificato soltanto nell'anno successivo all'emanazione della direttiva database, come attestato da S. MAURER, P.B. HUGENHOLTZ, H.J. ONSRUD, *Europe's Database Experiment*, in *Science*, vol. 294, 2001, pp. 789-790.

<sup>628</sup> In tal senso, Allan, J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 118, secondo cui «Whether this absence of IP protection might justify regulatory intervention, is a primarily economic question that cannot be addressed in the context of this report. Such intervention would be justified only if no alternative protection (e.g., under trade secret protection, unfair competition or contract law) were available, and

almeno fino a quando non saranno disponibili dei dati che corroborino l'endiadi diritto d'autore-investimenti (nell'intelligenza artificiale), la teoria utilitaristica perde di persuasività.

Peraltro, se è vero che l'approccio incentrato sulla promozione degli investimenti abbia a tratti affascinato anche i Paesi a tradizione romano-germanica, bisogna comunque dare atto che essi non hanno affatto abdicato alla teoria personalistica, restandovi tutt'ora fedeli. Permane dunque la loro riluttanza ad ammettere l'(ab)uso del diritto d'autore su opere incapaci di esprimere la personalità umana<sup>629</sup>. Ad oggi, sarebbe inesatto affermare che il fondamento giustificativo del diritto d'autore negli ordinamenti di *civil law* risieda nella tutela dell'investimento, posto che esso invece persiste nella tutela delle opere costituenti un'estrinsicazione del pensiero umano<sup>630</sup>.

Un secondo argomento che milita in favore dell'estensione della protezione autoriale si basa sulla circostanza che tali creazioni appaiono come meritevoli del diritto d'autore, soprattutto ove si tenga conto dell'attuale orientamento giurisprudenziale che condanna anche i contraffattori di opere triviali<sup>631</sup>. Invero, ove si guardi soltanto al risultato a prescindere dal processo realizzativo, la creatività impressa dall'intelligenza artificiale sembra essere ben maggiore rispetto allo standard umano mediamente attestato. Così, la dottrina è giunta ad affermare che il gradiente di originalità si sia talmente annacquato da poter accomodare anche i risultati della creatività automatizzata, essendo questi ultimi di solito espressivi di un enorme quantità di scelte<sup>632</sup>.

---

solid empirical economic analysis were to reveal that the absence of protection harms overall economic welfare in the EU. *We have seen no such evidence*». [corsivo aggiunto]

<sup>629</sup> Dell'idea (condivisibile) che la traiettoria evolutiva della proprietà intellettuale debba tutelare la personalità umana piuttosto che gli investimenti v. M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. À la recherche d'un nouveau paradigme*, in *Université de tous les savoirs. Qu'est ce que les technologies?*, V, 2001, p. 204; C. GEIGER, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?*, in *Revue internationale de droit économique*, vol. 20, IV, 2006, pp. 400 ss.

<sup>630</sup> C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, op. cit.

<sup>631</sup> M. MAGGIORE, *Artificial Intelligence, computer generated works and copyright*, op. cit., p. 392, secondo cui «[...] it is undeniable that the very low threshold of creativity makes the necessary human nexus requirement correlatively faint. A paradox becomes apparent when one consider that computer-generated works may display a very high level of creativity, if viewed in terms of their intrinsic quality, and yet are deprived of copyright protection for want of a human creator». L'Autore favorisce all'estensione della protezione autoriale argomentando che il diritto d'autore protegge le opere (e la conoscenza in esse inclusa) anziché gli esseri umani. Inoltre, egli sostiene, a p. 396, che l'esigenza di incentivare nuove creazioni sia particolarmente avvertita nell'economia digitale ove molte imprese tecnologiche operanti in settori creativi continuano a richiedere una forma di protezione dei loro investimenti. Tale posizione non appare condivisibile in quanto non tiene conto delle opzioni di tutela altrettanto idonee ad apprestare una tutela alle produzioni dell'intelligenza artificiale, né del fondamento antropocentrico su cui si fonda il diritto d'autore, né delle derive anticoncorrenziali conseguenti alle proliferazioni dei diritti monopolistici.

<sup>632</sup> P. SAMUELSON, *Allocating Ownerships Rights in Computer-generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 47, 1986, pp. 1199-1200; N. BROWN, *Artificial Authors: A case for copyright in computer-generated works*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 20, I, 2019, pp. 24-27.



Si evidenzia altresì che, qualora la stessa creazione fosse stata prodotta da un essere umano, essa sarebbe pacificamente idonea a superare lo standard minimo di originalità<sup>633</sup>. Dunque, in virtù del principio di neutralità tecnologica, secondo cui il diritto debba essere applicato senza operare discriminazioni basate sulla tecnologia impiegata, si potrebbe affermare la protezione autoriale delle creazioni automatizzate ogniqualvolta esse, qualora presentate da un umano, sarebbero proteggibili dal diritto d'autore<sup>634</sup>. In altre parole, il diritto di esclusiva verrebbe riconosciuto in favore di tutti quei lavori che superino una sorta di test di Turing rivisitato in chiave artistica/culturale(v. *infra* par. 9.1).

Ciò implicherebbe subordinare la protezione autoriale ad una sorta di indovinello da sottoporre all'organo giurisdizionale in merito alla provenienza umana o algoritmica dell'opera basato sull'assunto che l'algoritmo non sarebbe in grado di superare il gradiente minimo di originalità. A questa tesi la dottrina ha condivisibilmente ribattuto che la protezione autoriale non si riduce soltanto al superamento di uno standard quantitativo, posto che essa richiede di soddisfare altresì uno standard qualitativo, rappresentato dalla necessità di manifestare la personalità dell'autore<sup>635</sup>.

Pertanto, l'applicazione del principio di neutralità tecnologica potrebbe essere vittoriosamente invocata soltanto nel caso in cui si registri un mutamento di paradigma che determini il passaggio dall'attuale approccio soggettivo in materia di originalità ad un approccio meramente oggettivo<sup>636</sup>. In tal caso, il giudice dovrebbe limitarsi a valutare il risultato finale considerando il campo artistico/culturale di appartenenza, l'opinione degli utenti e lo stato dell'arte, indipendentemente dalle intenzioni soggettive dell'autore<sup>637</sup>. Tuttavia, ciò determinerebbe di fatto un appiattimento dello

---

<sup>633</sup> G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, op. cit.; G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 375, il quale richiama le competizioni annuali ospitate dal Neukon Institute sulla capacità dei giudici di riconoscere quali artefatti fossero prodotti dagli esseri umani e quali dai computer, concludendosi sia nel 2016 che nel 2017 con l'incertezza dei giudici.

<sup>634</sup> *Amplius*, C.J. CRAIG, *Technological Neutrality: Recalibrating Copyright in the Information Age*, in *Theoretical Issues in Law*, V, 2017, pp. 601-632.

<sup>635</sup> M.E. PRIZE, M. POLLACK, *The Author in Copyright: Notes for the Literary Critic*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, V, 1992, p. 703.

<sup>636</sup> Similmente, G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 368, secondo cui «the analysis of the legislative framework will also prove that requirement such as “human authorship” and especially “originality” do not belong in computer creativity, and therefore regulating CGWs will require more than tuning up the existing legal regime».

<sup>637</sup> G. FROSIO, *Copyright – Is the machine an author?*, op. cit.

standard di originalità su quello di novità<sup>638</sup>, oggettivandolo al pari del corrispondente requisito nel diritto dei brevetti<sup>639</sup>.

Non potendo trascurare il dato positivo, condizionante l'attribuzione del diritto di esclusiva alla sussistenza del carattere creativo, il quale eleva l'asticella dell'originalità a qualcosa in più rispetto alla semplice novità, si sconfessa la bontà dell'argomento fondato sul principio di neutralità tecnologica in quanto il requisito del carattere creativo presuppone in via irrinunciabile l'esistenza di un apporto umano che contraddistingua il risultato finale. Il carattere antropocentrico del requisito in discorso ne esclude a priori la neutralità rispetto alla tecnologia impiegata, impedendone l'avveramento ogniqualvolta l'opera non sia attribuibile ad un essere umano<sup>640</sup> (v. *infra* 9.3.1.2).

Una volta posti in rassegna i limiti delle argomentazioni a sostegno della protezione autoriale delle forme di creatività automatizzata, occorre chiedersi se esse siano in grado di soddisfare l'ormai consolidato mantra europeo secondo cui l'originalità di un'opera dell'ingegno risulta subordinata alla capacità di esprimere le cd. scelte libere e creative. Invero, se questo è il presupposto per il riconoscimento del diritto d'autore bisogna porsi la

---

<sup>638</sup> S. YANISKY RAVID, L.A. VELEZ-HERNANDEZ, *Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots, Driven by Artificial Intelligence Systems and the Originality Requirement: The Formality-Objective Model*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 19, I, 2018, pp. 40-48. Come notato da J. PILA, *An intentional view of the copyright work*, in *Modern Law Review*, vol. 71, IV, 2008, p. 556, la suddetta interpretazione del requisito di originalità echeggia quella originariamente accolta dalle Corti anglosassoni, tra cui in particolare quella espressa nel *leading case University of London Press v University Tutorial Press* [1916] 2 Ch 601 (Ch) 608-609 ove Lord J. Peterson si limitò ad esigere che l'opera non sia la copia di un altro lavoro, dovendo originare dal suo autore. Tuttavia, come rilevato *supra*, tale orientamento è stato ormai abbandonato per allinearsi allo standard europeo.

<sup>639</sup> L'accesso all'esclusiva/privativa è assicurato ove si limiti a valutare la novità della creazione prodotta dall'intelligenza artificiale, a prescindere dal contributo personalistico umano. Ciò è testimoniato dalla recente apertura nel diritto dei brevetti ai risultati dell'inventività artificiale, posto che nel suddetto sistema vi è una maggiore oggettivizzazione dell'esame per l'ottenimento della corrispondente tutela (v. *infra* par. 9.6).

<sup>640</sup> R. CASO, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, op. cit.; G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., pp. 388-390, il quale esprime opportunamente l'idea secondo cui, nonostante le reti neurali informatiche abbiano delle caratteristiche simili a quelle cerebrali, gli algoritmi non possiedono – almeno per il momento – una personalità che possa permeare l'opera creata. Si tenga conto altresì della circostanza che gli algoritmi non sono in grado di comprendere il significato del prodotto ottenuto, né risultano portatori dell'interesse a veicolare un messaggio artistico. Quand'anche l'intelligenza artificiale sia in grado di comporre una canzone nello stile di Mozart, essa non è capace di cogliere i sentimenti che hanno ispirato la composizione, come la paura, il dolore e il pentimento. L'originalità va dunque ricercata nel processo creativo e non nella creazione finale, posto che due produzioni apparentemente identiche possono differire in termini di originalità a causa della diversa provenienza (umana o algoritmica). Peraltro, anche da un punto di vista biologico emerge l'eterogeneità del processo creativo umano rispetto a quello algoritmico, sebbene alcuni ricercatori stiano attualmente lavorando sui cd. *bio-computers*, ovvero macchine basate su transistor proteici. Invero, durante l'attività creativa umana si attiva una pletora di enzimi corporei e di reazioni chimiche che influenzano il modo in cui la mente interagisce con la realtà e con l'io interiore, innescando sensazioni come dolore, piacere o nostalgia che costituiscono dei fattori condizionanti sulle scelte artistiche.

seguente domanda: può l'intelligenza artificiale compiere delle scelte libere e creative?

Tale accertamento non può prescindere da una verifica circa la sussistenza delle due distinte qualità cristallizzate nell'*acquis communautaire*:

1. la libertà, intesa come la possibilità per l'autore di esercitare un apprezzabile margine di arbitrarietà espressiva al netto dei vincoli esterni di varia natura<sup>641</sup>;
2. la creatività, concepita come la capacità dell'autore di imprimere l'opera con il suo tocco individuale, così da manifestare la propria personalità<sup>642</sup>.

#### 9.4.1.1 (Segue) La nozione di scelta libera

Per alcuni, la nozione di libertà potrebbe apparire *prima facie* lineare. Tuttavia, essa non si nega a composite letture interpretative che, se applicate alle forme di creatività automatizzata, producono esiti variegati. Ad esempio, ove si adotti la definizione contenuta nell'Oxford Dictionary che collega il concetto di libertà all'assenza di limiti<sup>643</sup>, le produzioni dell'intelligenza artificiale sarebbero pacificamente scartate dall'area di tutelabilità autoriale. Come emerso *supra*, alcuni limiti sono coessenziali alla programmazione dell'algoritmo. Essi pertengono agli obiettivi stabiliti dal programmatore, nonché alle tipologie di dati attraverso i quali si svolge il *feeding* e il *training* algoritmico.

Non può del pari negarsi che anche il cervello umano manifesti egualmente dei limiti<sup>644</sup>. Gli esseri umani non sono onniscienti. Essi – o i loro insegnanti – selezionano i contenuti che formano il loro patrimonio conoscitivo. Inoltre, il lavoro finale potrebbe essere influenzato da specifici limiti, come ad esempio quelli editoriali, di mercato, oppure quelli legati al genere di appartenenza dell'opera (si pensi, ad esempio, alle regole non scritte per la realizzazione di una composizione jazz, oppure per un libro thriller e via discorrendo).

---

<sup>641</sup> Painer, par. 89; *Football Dataco*, par. 38 ; Renckhoff, par. 14.

<sup>642</sup> Painer, par. 15, 92.

<sup>643</sup> Oxford Dictionary, voce "Freedom", «The freedom of something is the permission to use something without limits», disponibile al seguente link: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/freedom?q=freedom>.

<sup>644</sup> Si richiama in particolare lo studio condotto da J. GREER, P. DIXON, *Bias, Racism & the Brain. How we got here & what we need to happen*, Oxford Brain Institute, Oxford, 2020.

Ciò premesso, nonostante la CGUE abbia ammesso che i limiti esterni, specialmente regolatori (di un gioco)<sup>645</sup>, tecnici<sup>646</sup>, o informativi<sup>647</sup>, possano incidere sulla valutazione di originalità di una creazione intellettuale, la loro esistenza *ex se* non equivale all'impossibilità di soddisfare tale requisito. Ne consegue che l'accezione di libertà sancita nell'Oxford Dictionary non appare coerente rispetto alla presente analisi, posto che nessun lavoro, sia esso di provenienza umana o algoritmica, sarebbe in grado di reputarsi originale ai sensi del diritto d'autore europeo.

Restringendo il campo d'indagine al significato di "libertà di scelta", il Cambridge Dictionary fa riferimento tautologicamente all'abilità di compiere le proprie scelte<sup>648</sup>. Ma quando una scelta può effettivamente considerarsi propria? Le scelte sono spesso il risultato di molteplici interazioni. Vi sono infatti numerosi fattori – quali esemplificativamente culturali, sociali, economici – che concorrono alla loro formazione<sup>649</sup>. Non sarebbe di certo semplice individuare delle scelte integralmente proprie. Dunque, quale dovrebbe essere il punto di influenza massimo oltre il quale una o più variabili impattano una scelta in misura tale da escluderne l'attribuzione a chi l'ha espressa? Tale nozione porterebbe a muoversi su un terreno ancor più scivoloso di quello su cui già si cammina.

Può quindi inferirsi che i limiti e gli altri elementi idonei ad influenzare la libertà di scelta non siano necessariamente nocivi al suo positivo accertamento. A tal proposito, la prospettiva fornita da Stravinsky potrebbe offrire una chiave di lettura maggiormente compatibile con l'analisi qui rilevante. Il noto compositore russo affermava infatti che «La mia libertà sarà tanto più grande e significativa quanto più circoscriverò il mio campo d'azione e più mi cironderò di ostacoli. Tutto ciò che allevia i vincoli

---

<sup>645</sup> *Football Association*, par. 98, secondo cui «[g]li incontri sportivi non possono essere considerati quali creazioni intellettuali qualificabili come opere ai sensi della direttiva sul diritto d'autore. Ciò vale, in particolare, per gli incontri di calcio, i quali sono disciplinati dalle regole del gioco, che non lasciano margine per la libertà creativa ai sensi del diritto d'autore».

<sup>646</sup> *Brompton Bicycle*, par. 26, ove si evidenzia che «un oggetto che soddisfa il requisito di originalità può beneficiare della protezione ai sensi del diritto d'autore anche qualora la realizzazione di tale oggetto sia stata determinata da considerazioni tecniche, purché una simile determinazione non abbia impedito all'autore di riflettere la sua personalità in tale oggetto, manifestando scelte libere e creative».

<sup>647</sup> *Funke Medien*, par. 24, in cui si rimarca che «Nell'ipotesi in cui rapporti sulla situazione militare, come quelli di cui trattasi nel procedimento principale, costituissero documenti meramente informativi, il cui contenuto è essenzialmente determinato dalle informazioni in essi riportate, di modo che tali informazioni e la loro espressione in tali rapporti si confondano e che questi ultimi siano quindi caratterizzati dalla loro mera funzione tecnica, che esclude qualsiasi originalità, si dovrebbe ritenere, come rilevato dall'Avvocato generale al paragrafo 19 delle sue conclusioni, che, in occasione della stesura di tali rapporti, l'autore si sia trovato nell'impossibilità di esprimere il proprio spirito creativo in maniera originale e di giungere a un risultato che costituisca una creazione intellettuale a lui propria [...]».

<sup>648</sup> Cambridge Dictionary, voce "*Freedom of choices*", «the ability to make their own choices», reperibile al seguente link: <https://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/freedom>.

<sup>649</sup> *Amplius*, C. DIETRICH, *Decision Making: Factors that Influence Decision Making, Heuristics Used, and Decision Outcomes*, in *Inquiries Journal*, vol. 2, II, 2010, pp. 1-3.

diminuisce la forza. Più vincoli si impongono, più ci si libera dalle catene che imbrigliano lo spirito»<sup>650</sup>.

Sembrerebbe apparentemente un paradosso, ma la libertà è intimamente legata ai suoi limiti. Questi ultimi servono per l'appunto a misurare il livello della prima. Pertanto, una scelta può ritenersi libera anche quando risulti, per certi versi, condizionata.

Ciò che bisogna preservare è uno spazio di discrezionalità espressiva esercitabile all'interno dei limiti di diversa natura. Ma l'esistenza di uno o più limiti non esclude in via automatica che possa esserci libertà. Sicché, le creazioni automatizzate possono considerarsi il frutto di scelte libere anche quando l'essere umano abbia (im)posto delle restrizioni rappresentate, ad esempio, dagli obiettivi specificati durante l'attività di programmazione oppure dai dati caricati per l'addestramento algoritmico.

Ci si chiede tuttavia quando tali limiti siano idonei a lasciare al preteso autore un margine di arbitrarietà espressiva sufficiente a conservare il carattere libero delle sue scelte. Questa linea di pensiero non può che evocare l'immagine di un cane che si morde la coda.

Orbene, l'assenza di una nozione legislativa di libertà ha portato la giurisprudenza a cercare di colmare il corrispondente vuoto normativo. Giova ribadire che nel caso *Football Association* la CGUE ha escluso che le partite di calcio potessero soddisfare il requisito di originalità ai fini dell'accesso alla tutela autoriale dal momento che le regole del gioco impedirebbero l'esercizio di un'apprezzabile libertà espressiva<sup>651</sup> (v. *supra* par. 4.2.3). Dieci anni dopo, la Corte Suprema spagnola ha escluso la diretta applicabilità del precedente *Football Association* per negare la tutela secondo il diritto d'autore dei movimenti di un matador eseguiti durante una corrida, nonostante essi fossero condizionati sia dalle regole del gioco che dal comportamento del toro<sup>652</sup> (v. *infra* par. 19.1). Il giudice spagnolo è giunto al diniego di tutela applicando i precedenti *Cofemel* e *Levola Hengelo* argomentando che i movimenti del torero non sarebbero identificabili con sufficiente precisione.

Può così evincersi con un primo grado di approssimazione che la tutela autoriale vada esclusa per ogni gioco dal momento che affianco alla controversa impossibilità di lasciare ai giocatori la libertà di scelta<sup>653</sup>

---

<sup>650</sup> Traduzione mia dal testo originale «My freedom will be so much the greater and more meaningful the more narrowly I limit my field of action and the more I surround myself with obstacles. Whatever diminishes constraint diminishes strength. The more constraints one imposes, the more one frees one's self of the chains that shackle the spirit» tratto da I. STRAVINSKY, *Poetics of Music in the Form of Six Lessons*, Harvard University Press, Cambridge, 1974.

<sup>651</sup> *Football Association*, par. 98.

<sup>652</sup> Corte Suprema Spagnola, sentenza n. 82/2021, *Laureano v. Territorial Registrar of Intellectual Property of Extremadura*, con nota di C.S. GARCIA, *Copyright Protection for a Bullfight*, in *GRUR International*, vol. 70, X, 2021, pp. 1006-1013.

<sup>653</sup> Con riguardo alla possibile originalità dei movimenti del matador v. C.S. GARCIA, *Copyright Protection for a Bullfight*, op. cit., p. 1010, ove si evidenzia che «[i]t seems the SC does not categorically exclude a bullfighting performance from being original, and considers that the personal character would be placed in the interpretation of the bull that has been randomly assigned to the torero in the bullfight, in which his own interpretation and mood would have a great influence, in addition to the singularity of the bull». Analogamente,

figurano altresì delle ragioni di opportunità legate allo sconveniente scenario prefigurabile qualora si potesse vantare un diritto di esclusiva sulle mosse di un gioco: si verificherebbe un'indebita compressione della libertà dei futuri giocatori, i quali incorrerebbero nel rischio di essere accusati di plagio durante delle attività ontologicamente connotate da uno scopo ludico anziché artistico/culturale<sup>654</sup>. In questa prospettiva, il diniego di protezione in favore dei movimenti dei giocatori sembra essere per lo più dettato da scelte politiche piuttosto che giuridiche, tenuto conto che, durante il gioco, vi sarebbero in realtà numerose occasioni in cui il partecipante può adottare scelte il cui grado di libertà e creatività ne preclude la riduzione a delle semplici idee<sup>655</sup>.

Inoltre, con specifico riguardo alle partite di calcio, l'esistenza dei diritti connessi di radiodiffusione e telediffusione rende ancor più superfluo il riconoscimento del diritto d'autore. Parte della dottrina ritiene che soltanto nell'ipotesi in cui l'ordinamento dovesse abrogare tali diritti connessi potrebbe entrare in gioco il diritto d'autore al fine di assicurare la qualità del gioco<sup>656</sup>. Questa tesi genererebbe numerose questioni, a partire dall'appropriazione degli specifici movimenti eseguiti da un calciatore che potrebbero essere involontariamente compiuti in futuro da altri giocatori, sino al profilo della paternità della partita nel suo insieme ed allo sfruttamento dei corrispondenti diritti economici. Un dato però è assolutamente condivisibile:

---

sulle partite di calcio v. L. BENTLY, *The football game as a copyright work (Part I)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 1 febbraio 2022, reperibile al seguente link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/02/01/the-football-game-as-a-copyright-work-part-i/>, estratto da L. BENTLY, *The Football Game as a Copyright Work*, in N. HELBERGER, J. POORT, M. SENFTLEBEN, M. VAN EECHOU, S. VAN GOMPEL (a cura di). *Intellectual Property and Sports: Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2021.

<sup>654</sup> Un ragionamento simile è stato prospettato con specifico riferimento al gioco degli scacchi da parte di A. MELEKHINA, N. ORKIN, *Intellectual property issues in chess games*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 6, X, 2011, pp. 723-727, evidenziando che «If the number of accessible games were severely limited by legal protection, each player would be left to depend upon his or her own analysis, suppressing any strategic advancement in chess theory, and severely lowering the quality of the game».

<sup>655</sup> L. BENTLY, *The football game as a copyright work (Part I)*, op. cit., ove si rileva che «According to Bernt Hugenholtz, the idea/expression dichotomy does “not have intrinsic normative meaning” but is a “mere legal instrument [...] for the courts to distinguish between what should be protected and what not.” While that might suggest that a court that was reluctant to protect a football game could invoke the exclusion of ideas, that normative openness is probably not limitless. It would probably only exclude particular manoeuvres and styles of play. [...] Although particular tricks and approaches to play are excluded from copyright protection as “ideas”, there are many passages in football games that involve a series of creative choices that cannot as readily be reduced to (and excluded from protection as) ideas. Total football is certainly an idea; but moves developed while playing within that style are more obviously characterised as expression. David Winner analogises it to improvisation by actors when filming: It is a moment of supreme human creativity. I would put it on a level with a great piece of music or a great are really extraordinary happen in front of camera when nobody knew they were going to happen. Like Robert De Niro doing his ‘you talking to me?’ speech; that’s not in the script, he just did it. There’s an ecstasy of the moment somehow that comes in; when very talented geniuses are in their peak moments, this is what can happen».

<sup>656</sup> *Ibidem*, «If neighbouring rights were abolished, it might be that recognising copyright in creative passages of football would help to ensure that the primary goal of professional football becomes the quality of the game».

il margine di libertà a disposizione dei giocatori non è necessariamente inferiore a quello di cui gode un artista o uno “scienziato” durante la realizzazione di un’opera dell’ingegno. La ragione dell’esclusione dal diritto di esclusiva va quindi ricercata in altri interessi, tra cui segnatamente quello a preservare la libertà di gioco intesa come declinazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Al netto dell’esclusione dei giochi dalla tutela autoriale, può affermarsi che per scelta libera ai fini del diritto d’esclusiva può ragionevolmente intendersi la possibilità dell’autore di muoversi all’interno di uno spazio di arbitrarietà espressiva apprezzabile, quand’anche limitato. L’esatta cifra di questo spazio dipende dallo stato dell’arte nel settore artistico/culturale interessato, non essendo possibile applicare una soglia uniforme (non vi è dunque “*one threshold fits all solution*”).

Alla luce delle superiori considerazioni, occorre stabilire se le scelte adottate esclusivamente dall’algoritmo nei casi di creatività automatizzata possano reputarsi libere. In proposito, parte della dottrina ha evidenziato che gli algoritmi di *deep learning* sarebbero in grado di produrre *output* imprevedibili, oltrepassando i confini inizialmente apposti dal programmatore o dal *feder/trainer*<sup>657</sup>. Ove si accolga tale prospettiva, l’intelligenza artificiale avrebbe degli spazi di libertà almeno eguali – se non abbondantemente maggiori – rispetto a quelli umani.

Le scelte algoritmiche possono quindi reputarsi libere ogniqualvolta il software abbia il potere di selezionare il risultato finale tra una varietà di opzioni possibili, quand’anche contingentate dai limiti di vario tipo imposti dall’uomo. A titolo esemplificativo, non vi è dubbio che durante la realizzazione delle opere *Emotionally Enhanced Portraits of Meera Senthilingam*<sup>658</sup>, l’intelligenza artificiale dall’emblematico nome “The

---

<sup>657</sup> G. SPINA ALÌ, R. YU, *What’s Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers*, op. cit., p. 5, i quali avvertono che «AI systems are capable of surprising behaviours, sometimes due to external inputs, sometimes because of their own internal structure. [...] Deep learning machines can self-reprogram to the point that even their programmers are unable to understand the internal logic behind AI decisions. [...] For this reason neural networks are commonly depicted as a black box: closed systems that receive an input, produce an output and offer no clue why». In proposito, gli Autore richiamano il calzante esempio del software AlphaGo – e specialmente della sua versione avanzata AlphaGo Zero – in grado di adottare mosse imprevedibili sia per i programmatori che per i giocatori veterani di GO, mettendo in discussione le conoscenze gelosamente tramandate da secoli. Sull’imprevedibilità degli output algoritmici v. altresì R. PEARLMAN, *Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors Under U.S. Intellectual Property Law*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. 24, II, 2018, pp. 1-38. Dell’avviso che l’imprevedibilità dell’output finale determine l’erosione del legame causale con l’apporto umano cfr. E. BONADIO, L. MCDONAGH, *Artificial intelligence as producer and consumer of copyright works: evaluating the consequences of algorithmic creativity*, in *Intellectual Property Quarterly*, II, 2020, p. 113; D.J. GERVAIS, *The Machine as Author*, op. cit.; P. SAMUELSON, *Allocating Ownerships Rights in Computer-generated Works*, op. cit., p. 1208.

<sup>658</sup> Esse sono disponibili al seguente link: [http://www.thepaintingfool.com/galleries/emotionally\\_aware/meera\\_senthilingam/index.html](http://www.thepaintingfool.com/galleries/emotionally_aware/meera_senthilingam/index.html). *The Painting Fool* è un algoritmo descritto nel suo sito internet come un aspirante pittore. L’ambizioso scopo del progetto è quello di «[...] to be taken seriously - one day - as a creative artist in my own right». Esso è stato infatti programmato per esibire comportamenti che possano reputarsi abili, apprezzabili e fantasiosi.

Painting Fool” abbia potuto godere di un margine sufficientemente ampio di libertà di scelta.

Sebbene infatti le decisioni algoritmiche fossero limitate dall’obiettivo di rappresentare le emozioni delle persone ritratte, non può negarsi che *The Painting Fool* abbia operato una selezione nell’ambito delle combinazioni potenzialmente infinite di colori, forme, effetti ed altri elementi artistici.

Assumendo quindi che le scelte dell’intelligenza artificiale possano reputarsi libere, occorre verificare se esse possano del pari considerarsi creative.

#### 9.4.1.2. (Segue) La nozione di scelta creativa

Il concetto giuridico di creatività (come già emerso *supra* par. 3) è ben più sfuggente rispetto a quello di libertà. L’Oxford Dictionary la definisce come «l’uso dell’abilità e dell’immaginazione per produrre qualcosa di nuovo o per produrre arte»<sup>659</sup>. Tuttavia, tale nozione non sembra conferire utilità alla presente analisi per almeno tre ragioni: (i) gli algoritmi difettano della capacità di immaginazione dal momento che essa è appannaggio degli esseri umani; (ii) la creatività non va confusa con la novità. È ben possibile che le due qualità coesistano, ma esse non sono equivalenti. Invero, un’opera potrebbe essere nuova in quanto differente da quelle già esistenti, ma potrebbe non essere creativa poiché inidonea a riflettere la personalità dell’autore; (iii) la nozione di opera dell’ingegno non combacia (più) perfettamente con quella di opera d’arte. Si è infatti registrato uno scollamento tra le due nozioni a partire dall’avvento del *readymade*, un movimento artistico avanguardista in rottura con i canoni dell’arte tradizionale. Il suo fondatore è individuato nell’artista francese Marcel Duchamp e la sua nascita risale alla seconda decade del XX secolo in occasione dell’esposizione di oggetti utili asportati dai loro contesti e/o dalle loro funzioni tradizionali con l’obiettivo di alterarne il significato.

L’esatta data di inaugurazione del movimento che diede origine all’arte concettuale varia a seconda che si voglia attribuire rilievo al primo *readymade* esposto da Duchamp nel 1913, costituito dalla ruota di una bicicletta attaccata ad uno sgabello da cucina, oppure alla più iconica esposizione di un orinatoio firmato “R. Mutt” svoltasi quattro anni dopo presso la *Society of Independent Artists* di New York<sup>660</sup>.

In ogni caso, la frattura nel mondo artistico fece sì che anche le certezze giuridiche cominciassero a vacillare. Se già era forte il dubbio in ordine all’idoneità di un orinatoio intitolato “Fontana” ad essere considerato come opera d’arte, si registrava un’ancor più marcata esitazione nel qualificarlo come opera dell’ingegno. Invero, le uniche scelte operate da Duchamp

---

<sup>659</sup> Oxford Dictionary, voce “creativity”, «the use of skill and imagination to produce something new or to produce art» reperibile al seguente link: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/creativity?q=creativity>

<sup>660</sup> Per un’interessante ricostruzione del movimento artistico originato da Marcel Duchamp si richiama F.M. NAUMANN, *Marcel Duchamp. L’Art à l’ère de la reproduction mécanisée*, Hazan, Parigi, 2004.



corrispondevano al tipo di water, alla firma e alla volontà di presentarlo durante un'esibizione artistica<sup>661</sup>.

Sicché, il movimento tellurico che colpì il settore artistico si estese anche su quello giuridico nella misura in cui esso determinò un mutamento di paradigma in forza del quale si ebbe il passaggio dal reputare opera d'arte soltanto quei lavori che fossero il frutto dell'abilità e della competenza umana ad estenderne la portata verso qualsiasi entità rimossa dal suo usuale contesto ed etichettata come arte<sup>662</sup>.

Per alcuni commentatori si trattò quasi di un'apocalisse dal momento che si arrivò a sostenere che la lista di opere dell'ingegno protette dalla Convenzione di Berna e dalla legge sul diritto d'autore statunitense fosse soltanto uno spreco d'inchiostro, vista l'idoneità di qualsiasi oggetto a fregiarsi di qualità artistica<sup>663</sup>. Tale critica cattura l'origine della divergenza tra diritto d'autore e arte dal momento che il primo definisce le opere eleggibili per la protezione autoriale mentre la seconda non pone alcuna restrizione su ciò che è in grado di acquisire lo status di arte<sup>664</sup>. La dottrina ha infatti colto la peculiarità dirompente – e per certi versi tautologica – dell'arte concettuale secondo cui si considera arte qualunque cosa prodotta da un'artista e si reputa artista chiunque produca arte<sup>665</sup>.

Nondimeno, l'estensione del diritto d'autore su qualsiasi lavoro reputato arte, ivi inclusa l'accezione a maglie larghe connaturata all'arte concettuale, rischia di tradursi in una sproporzionata attribuzione di diritti

---

<sup>661</sup> M. DUCHAMP, *The Blind Man*, maggio 1917, p. 5, sottolineando che non avesse importanza se il Sig. Mutt avesse costruito l'orinatoio con le sue mani o meno. Ciò che importava era invece che l'avesse scelto tra tanti orinatoi: «Whether Mr. Mutt with his own hands made the fountain or not has no importance. He CHOSE it».

<sup>662</sup> S. STOKES, *Art and copyright: some current issues*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 1, IV, 2006, p. 277, il quale rileva che il movimento artistico dell'arte concettuale si caratterizza per elevare oggetti di uso comune allo status di opera d'arte, sfidando l'idea tradizionale di cosa sia l'arte. La stessa filosofia ha animato il movimento dei cd. *found object* (alla francese *objet trouvé*) il quale differisce dal *readymade* soltanto perché la scelta dell'oggetto da esporre è legata alle sue caratteristiche estetiche. Ne consegue che entrambi i movimenti artistici sollevano questioni simili. L'Autore, a p. 277, prende ad esempio la controversia avente ad oggetto l'opera dell'artista Andy Goldsworthy intitolata "Midsummer Snowballs", consistente in installazioni di palle di neve giganti accompagnate da degli "oggetti trovati" (rami, tronchi di alberi) disegnati per incastrarsi ed esposti durante l'estate. In particolare, Goldsworthy denunciò una società che aveva commissionato una campagna pubblicitaria raffigurante delle palle di neve giganti situate in contesti anomali e accompagnate dagli stessi ornamenti scelti dall'artista. La lite venne definita in via stragiudiziale con un pagamento in favore dell'artista di una somma pari a \$ 70.000,00, ma secondo l'Autore permarrebbero dei dubbi in ordine alla categoria di afferenza dell'opera in questione (verosimilmente una scultura), nonché circa la riproduzione da parte della società convenuta di un'idea (non proteggibile) oppure di una forma espressiva.

<sup>663</sup> *How Marcel Duchamp Destroyed Our Copyright System*, disponibile al seguente link <https://jergames.blogspot.com/2007/07/how-marcel-duchamp-destroyed-our.html#:~:text=Marcel%20shook%20the%20artistic%20world,than%20deciding%20what%20goes%20where.&text=The%20idea%20was%20to%20deconstruct,to%20kill%20it's%20basic%20meaning>, esasperando il principio di neutralità estetica di guise che qualsiasi opera d'arte debba considerarsi opera dell'ingegno, posto che «It is not, after all, the province of lawyers and judges to decide what is or isn't art».

<sup>664</sup> S.F. HINKS, *May I copyright my shovel? Intellectual property, incentives and conceptual art*, in *Law School Student Scholarship*, 2013, p. 236.

<sup>665</sup> *Ibidem*.

monopolistici che pregiudicherebbe la creatività incrementale. Viene ancora una volta in rilievo il conflitto tra l'obiettivo di incentivare e remunerare la creatività per effetto del riconoscimento di un diritto di esclusiva e la necessità di preservare un'area di pubblico di cui gli artisti possano godere<sup>666</sup> (v. *infra* Capitolo Terzo).

Dunque, prima di espandere l'area monopolizzabile occorre svolgere un accurato bilanciamento rispetto al collaterale interesse di assicurare un portafoglio artistico/culturale liberamente disponibile da parte della collettività<sup>667</sup>. Da quest'angolo visuale, la semplice scelta di estrarre un oggetto dal suo contesto ordinario per esporlo durante un'esibizione artistica potrebbe bastare per considerarlo opera d'arte, ma non essere altrettanto sufficiente per qualificarlo come opera dell'ingegno idonea ad attrarre la protezione autoriale<sup>668</sup>.

L'acclarato divorzio tra arte e diritto d'autore sembra risiedere nella circostanza che i movimenti artistici mutano ad una velocità maggiore rispetto a quella con cui si evolve il diritto delle opere dell'ingegno (che a confronto appare relativamente statico), portando ad interrogarsi con regolarità circa l'adeguatezza del diritto d'autore alle ultime frontiere dell'arte<sup>669</sup>.

Potrebbe ipotizzarsi la soluzione mediana che attribuisce al realizzatore di un'opera d'arte concettuale un diritto di esclusiva circoscritto al particolare contesto espositivo in cui l'opera viene presentata. Sicché, non vi sarebbero ostacoli nel ritenere legittima l'eventuale azione inibitoria di Duchamp contro

---

<sup>666</sup> S. STOKES, *Art and copyright: some current issues*, op. cit.

<sup>667</sup> *Amplius*, J. BOYLE, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, New Haven-Londra, 2008. Per una ricostruzione più sintetica v. I. FHIMA, *The public domain*, in *Intellectual Property Quarterly*, I, 2019, pp. 1-24.

<sup>668</sup> S.F. HINKS, *May I copyright my shovel? Intellectual property, incentives and conceptual art*, op. cit. L'Autrice stressa il punto che il diritto d'autore non riconosce l'arte concettuale come un'attività creativa in quanto ciò presupporrebbe una valutazione soggettiva del nuovo significato che l'artista vorrebbe attribuire all'oggetto in funzione del differente contesto in cui esso è collocato. Ad avviso della medesima «Copyright analysis does not attempt to distinguish between artwork and consumer goods, but does distinguish between expressive works and useful articles». *Contra* S. STOKES, *Art and copyright: some current issues*, op. cit., il quale argomenta che «if the object was created with an artistic purpose in mind, the courts might be more likely to protect the work». V. altresì, M. KUMMER, *Das Urheberrechtlich Schützbare Werk*, Stämpfli, Berna, 1968, pp. 193 ss., richiamato J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 81, in cui l'Autore si interrogava su quale fosse l'elemento determinante affinché un orinatoio o una ruota di bicicletta potesse elevarsi ad un'opera proteggibile dal diritto d'autore. Egli è giunto alla conclusione che l'atto creativo decisivo sia costituito dalla scelta di convertire l'idea (di per sé non proteggibile) dell'oggetto nel suo ordinario contesto funzionale in un'opera dell'ingegno attraverso la sua presentazione come opera d'arte durante un'esibizione artistica. Questa teoria della presentazione implica che il semplice atto di prelievo di un oggetto dal suo ambiente funzionale sarebbe sufficiente a convertirlo in opera dell'ingegno. Ciò rispecchia il ragionamento seguito dalla Corte Suprema statunitense, sentenza del 7 marzo 1994, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, in cui, affermando che «context is everything», ha riconosciuto il *fair use* da parte di un gruppo rap che aveva parzialmente riprodotto con alcune modifiche la canzone "Oh, Pretty Woman" di Roy Orbison.

<sup>669</sup> S. STOKES, *Art and copyright: some current issues*, op. cit. Sull'argomento, si richiama diffusamente S. ERCOLANI (a cura di), *Applied Arts under IP Law*, Aracne, Roma, 2018.

chiunque esponga in altre mostre d'arte degli orinatoi siglati "R. Mutt", mentre vi sarebbe qualche dubbio sull'accoglimento di tale pretesa ove l'orinatoio sia esposto nei contesti usuali di ritrovo dell'oggetto, quali ad esempio il bagno di un ristorante oppure delle mostre dedicate a tali oggetti, come il Salone Internazionale del Bagno. Potrebbe quindi inferirsi che la scelta di convertire un oggetto tradizionale in opera d'arte per effetto del mutamento del contesto in cui viene esibito sia idonea a costituire un indice di originalità dell'opera, ma potrebbe non essere sufficiente per affermarne la sussistenza, posto che l'attribuzione del diritto d'autore non può che fondarsi (a maggior ragione in questi casi *borderline*) su un'interpretazione restrittiva secondo buona fede, onde evitare strumentalizzazioni del dato normativo. La giusta valorizzazione dell'intento artistico potrebbe quindi essere quella di ammettere una tutela d'autore dalla gittata limitata a riproduzioni aventi il medesimo scopo creativo<sup>670</sup>.

Il carattere limitato delle scelte artistiche operate per realizzare le produzioni dell'arte concettuale si ripresenta nell'ambito delle creazioni automatizzate rispetto alle quali manca altresì la volontà di mutarne il contesto di appartenenza. Se già è controverso il riconoscimento del diritto d'autore sugli artefatti dadaisti, rispetto alle creazioni automatizzate è ancor più facile propendere per la negazione della tutela autoriale. Sicché, la semplice selezione di una produzione artistica/culturale all'interno di un ricco assortimento di creazioni automatizzate – senza nemmeno volerne mutare il significato – non sembra costituire una scelta sufficiente ad attrarre la protezione autoriale, essendo ancor meno creativa della scelta dell'oggetto da esibire durante un'esibizione artistica per trasfigurarne il significato<sup>671</sup>.

Prendendo in esame la nozione di creatività contenuta nel Cambridge Dictionary, essa è definita come «l'abilità di produrre o utilizzare delle idee originali o inusuali, o di creare qualcosa di nuovo o fantasioso. Troppe regole potrebbero deprimere la creatività»<sup>672</sup>. Tuttavia, nemmeno tale proposta definitoria sembra avvantaggiare l'interpretazione dello scivoloso significato di scelta creativa ai fini del diritto d'autore, posto che la prima proposizione

---

<sup>670</sup> Si veda sul punto la sentenza della Corte di Appello londinese del 16 dicembre 2009, n. A3/2008/2878/2893/2897, par. 54, ove si esemplifica che una pila di mattoni esibita per due settimane al *Tate Modern Museum* può essere considerata una scultura meritevole del diritto d'autore. Nondimeno, la stessa pila di mattoni posta su una strada per due settimane come lavoro preparatorio per la costruzione di un edificio è invece inidonea a beneficiare della medesima protezione. Ciò in considerazione della differente intenzione: nel primo caso si ha un proposito artistico, laddove nel secondo si apprezza lo scopo funzionale alla realizzazione di un edificio.

<sup>671</sup> In tal senso, G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 374, secondo cui «the mere selection of valuable works from a bunch of computer-made compositions might not be sufficient to confer originality upon a work». *Contra*, A. GUADAMUZ, *The Monkey Selfie: Copyright Lessons for Originality in Photographs and Internet Jurisdiction*, in *Internet Policy Review*, vol. 5, I, 2016, p. 8.

<sup>672</sup> Cambridge Dictionary, voce "creativity", «the ability to produce or use original and unusual ideas, or to make something new or imaginative. Too many rules might deaden creativity», reperibile al seguente link: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/creativity>.

sembra maggiormente ancorata al concetto di novità laddove la seconda a quello di libertà.

Si lascia preferire il pensiero condiviso da attenta dottrina secondo cui il concetto di creatività riferito alle opere dell'ingegno assuma una peculiare connotazione che lo emancipa parzialmente dal suo comune intendimento, dovendo essere interpretato alla luce del fondamento antropocentrico su cui si regge il diritto d'autore, il quale valorizza in via esclusiva gli sforzi umani<sup>673</sup>. Invero, sebbene le scelte algoritmiche possano, almeno per certi versi, qualificarsi come libere, specialmente ove si prenda in considerazione l'ampio spazio di discrezionalità nelle more del processo produttivo, esse non possono parimenti reputarsi creative a causa dell'impossibilità ontologica per un codice alfanumerico – a prescindere dal suo grado di sofisticazione – di esprimere la propria personalità.

A tal proposito, è stato opportunamente osservato che l'etimologia della parola autore derivi esattamente dal greco αὐτός, che significa “sé stesso”<sup>674</sup>. Orbene, nonostante la moltitudine di abilità, l'intelligenza artificiale non dispone – almeno ad oggi – della capacità di autoesprimersi.

Inoltre, allo stato attuale del diritto, la paternità di un'opera dell'ingegno non sembra poter essere riconducibile ad un'entità diversa da un essere umano. È infatti esclusa la possibilità di dotare l'intelligenza artificiale di personalità giuridica, anche alla luce delle potenziali ripercussioni negative che una siffatta scelta produrrebbe sugli incentivi per i creatori umani<sup>675</sup>.

---

<sup>673</sup> M. CRAGLIA, *Artificial Intelligence: A European Perspective*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2018, pp. 67-68, il quale evidenzia che la protezione della creatività automatizzata risulta ben più problematica rispetto alla creatività assistita in considerazione dell'approccio umanistico permeante il diritto d'autore. Conformi D.J. GERVAIS, *The Human Cause*, in R. ABBOTT (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022; A.L. DIAS PEREIRA, *A copyright 'human-centred approach' to AI?*, in *GRUR International*, vol. 70, IV, 2021, pp. 323-324; C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, op. cit.; R.M. HILTY, J. HOFFMANN, S. SCHEURER, *Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 20-02, 2020; G. NOTO LA DIEGA, *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, p. 147.

<sup>674</sup> G. FROSIO, *Copyright – Is the machine an author?*, op. cit., p. 100. In questo senso deporrebbero le opinioni dei più autorevoli filosofi, tra cui J. FICHTE, *Proof of the illegality of reprinting: a rationale and a parable*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1793, p. 21; G.H. HEGEL, *Philosophy of rights*, Oxford University Press, Oxford, 1952, par. 69; I. KANT, *Of the injustice of counterfeiting books*, op. cit.

<sup>675</sup> *Ivi*, par. 14. Sul rischio che la tutela della creatività automatizzata possa sminuire la creatività umana v. altresì UKIPO, *Open consultation Artificial Intelligence and IP*; E. BONADIO, L. MCDONAGH, *Artificial Intelligence as producer and consumer of copyright works: Evaluating the consequences of algorithmic Creativity*, op. cit., p. 134; G. SPINA ALI, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 379, secondo cui «granting machines the right to hold property could bring about the accumulation of most economic resources in the hand of robots. Under this perspective, as pointed out by some experts, the dawn of conscious machines might spell the end of the human race [...] considering robot superior skills».

In tal senso, depongono le svariate fonti multilivello che collegano inequivocabilmente la creazione intellettuale alla persona fisica e non alla macchina<sup>676</sup>.

A livello internazionale, la Convenzione di Berna presenta almeno due indici antropocentrici. *In primis*, l'art. 3 della Convenzione si riferisce alla nazionalità o – in alternativa – alla residenza dell'autore per determinarne l'ambito di applicazione. Esso non può che presupporre la qualità umana dell'autore, posto che, almeno per il momento, gli algoritmi non possiedono una nazionalità, né tanto meno una residenza.

*In secundis*, l'art. 7 della Convenzione associa la durata del diritto di esclusiva alla morte dell'autore. Più precisamente, da una lettura integrale della Convenzione emergono ben nove riferimenti alla morte dell'autore. È un dato innegabile che la morte sia un evento riservato specificamente all'essere umano, o comunque all'essere vivente. La vita è il presupposto (crono)logico perché la morte possa verificarsi. Sarebbe alquanto difficile predicarne il compimento con riferimento ad un algoritmo. Né sarebbe possibile evincere dalla Convenzione di Berna l'*intentio legislatoris* di includere una declinazione di morte specialmente adattata al software, il quale potrebbe al più incorrere nell'obsolescenza, ma non di certo nella morte<sup>677</sup>.

Nell'ambito delle fonti sovranazionali, parte della dottrina ha rilevato che la posizione delle istituzioni europee risulti poco lineare<sup>678</sup>. Invero, se nella proposta di risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica<sup>679</sup> si richiede alla Commissione di «elaborare criteri per una “creazione intellettuale propria” per le opere prodotte da computer o robot che possono essere tutelate da diritti d'autore», tale esigenza scompare improvvisamente nella versione finale della risoluzione emanata soltanto 20 giorni dopo<sup>680</sup>.

Al netto di alcune incongruenze emergenti dalla comparazione tra la traduzione italiana ed inglese della succitata proposta di risoluzione<sup>681</sup>, si

---

<sup>676</sup> Così, J. GINSBURG, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, op. cit., pp. 131-135.

<sup>677</sup> D.J. GERVAIS, *The Machine as Author*, op. cit., p. 23. In proposito, giova altresì richiamare il visionario saggio di S. RICKETSON, *People or machines? The Berne Convention and the changing concept of authorship*, in *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 16, IV, 1991, p. 34.

<sup>678</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 368.

<sup>679</sup> Proposta di risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica del 27 gennaio 2017 (2015/2103(INL)).

<sup>680</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

<sup>681</sup> Invero, nella versione italiana della risoluzione della Commissione concernenti norme di diritto civile si manifesta il timore che «L'attuale carente quadro giuridico in materia di protezione e proprietà dei dati desta grande preoccupazione a causa del flusso di dati (probabilmente enorme) che deriverà dal ricorso alla robotica e all'intelligenza artificiale» laddove invece nella versione inglese si sostiene l'adeguatezza della vigente cornice giuridica ad accomodare le problematiche connesse alla robotica, richiedendo soltanto alla Commissione di uniformare gli standard in materia di tutela dei dati,

afferma il comune obiettivo di dettagliare il requisito della creazione intellettuale propria dell'autore per verificare l'idoneità delle produzioni ottenute mediante intelligenza artificiale a soddisfare tale requisito.

La scomparsa della menzionata esigenza nella risoluzione finale ha caducato la possibilità che le istituzioni europee si pronunciasse sulla nozione europea di originalità, non solo rilevante ai fini dei prodotti dell'intelligenza artificiale, bensì altrettanto utile per tutte le altre tipologie di opere dell'ingegno (v. *supra* parr. 4, 6).

Nondimeno, la migliore dottrina ha inferito l'animo antropocentrico del diritto d'autore europeo attraverso una ricostruzione sistematica delle fonti sovranazionali ad esso dedicate, desumendolo anzitutto attraverso un'interpretazione logica della direttiva 2001/29/CE (cd. direttiva InfoSoc), con particolare riguardo alla parte in cui si attribuisce all'autore il diritto esclusivo di autorizzare lo sfruttamento economico della sua opera mediante atti di riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione<sup>682</sup>. Invero, per quanto il software possa fregiarsi dell'aggettivo "intelligente", l'atto di autorizzazione richiede l'esistenza e la manifestazione di una volontà umana che non appare in esso rintracciabile.

Questo indizio è tutt'altro che isolato, posto che l'art. 2, par. 1, della direttiva software e l'art. 4, par. 1, della direttiva database individuano il rispettivo autore nella persona fisica o nel gruppo di persone fisiche che hanno creato rispettivamente il programma o la banca dati, considerando residuale l'ipotesi in cui esso possa coincidere con una persona giuridica, vista la necessità di un'espressa previsione legislativa in tal senso<sup>683</sup>. Del pari, l'art. 1, par. 5, della direttiva 93/83/CEE<sup>684</sup>, riservando al regista principale di un'opera cinematografica o audiovisiva il ruolo di autore o coautore, attribuisce agli Stati membri il potere di prevedere che altre persone (fisiche!) siano considerate coautori dell'opera<sup>685</sup>.

---

esprimendosi nei seguenti termini: «Notes that there are no legal provisions that specifically apply to robotics, but that existing legal regimes and doctrines can be readily applied to robotics while some aspects appear to need specific consideration. Calls on the Commission and the Member States to ensure that, in the development of any EU policy on robotics, privacy and data protection guarantees are embedded in line with the principles of necessity and proportionality; calls, in this regard, on the Commission to foster the development of standards for the concepts of privacy by design and privacy by default, informed consent and encryption».

<sup>682</sup> E. ROSATI, *The monkey selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, XII, 2017, pp. 973-977. Dello stesso avviso anche G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 381.

<sup>683</sup> E. ROSATI, *US Copyright Office refuses to register AI-generated work, finding that "human authorship is a prerequisite to copyright protection"*, in *The IPKat*, 17 febbraio 2022, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2022/02/us-copyright-office-refuses-to-register.html?m=1>.

<sup>684</sup> Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo, L 248.

<sup>685</sup> E. ROSATI, *US Copyright Office refuses to register AI-generated work, finding that "human authorship is a prerequisite to copyright protection"*, op. cit.

Più recentemente, il Considerando n. 72 della direttiva 2019/790/UE (nell'evidenziare le asimmetrie di potere che vedono come parti deboli gli autori e gli artisti (interpreti o esecutori) in sede di concessione di licenze o di trasferimento dei diritti, specifica che queste persone fisiche necessitano di una forma di protezione<sup>686</sup>.

Inoltre, la proposta di risoluzione sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale prevede a più riprese l'esigenza di assicurare un approccio antropocentrico a tale tecnologia<sup>687</sup>, così che essa resti a servizio delle persone e del bene comune e non il contrario<sup>688</sup>.

*Ad abundantiam*, il Parlamento europeo ha indirettamente affermato che le scelte dell'intelligenza artificiale non siano in grado di esprimere l'impronta personalistica dell'autore in considerazione del fatto che quest'ultima simula l'intelligenza<sup>689</sup>, ma non è ontologicamente tale, come anche sostenuto nell'esperimento della stanza cinese proposto da John Searle<sup>690</sup>. Nonostante per molti l'intelligenza artificiale appaia ancora come una *black box*<sup>691</sup>, può in prima battuta escludersi che l'apparenza di

---

<sup>686</sup> *Ibidem*.

<sup>687</sup> Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale (2020/2015(INI), let. E), par. 1.

<sup>688</sup> *Ivi*, lett. E).

<sup>689</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri, par. 1, ove si definisce un sistema di intelligenza artificiale come «[u]n sistema basato su software o integrato in dispositivi hardware che mostra un comportamento che simula l'intelligenza».

<sup>690</sup> J. SEARLE, *Mind, brains, and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, III, 1989, pp. 417-424, in cui il noto filosofo si immagina dentro una stanza chiusa e debba interagire con un madrelingua cinese all'esterno che non sappia niente di lui. Nonostante Searle non conosca il cinese, egli disponeva in questa stanza di una serie di caratteri cinesi e di un libro di istruzioni che gli indicavano come rispondere alle domande della persona al di fuori. Queste regole, che rappresentano ciò che Searle definisce come "programma", gli permettono di mettere di associare dei simboli formali così da dare una risposta (*output*) a ogni domanda (*input*) senza tuttavia comprendere il cinese. Grazie a tale esperimento l'Autore mette in risalto la differenza tra semantica, la quale attiene alla comprensione del significato di un termine, e sintattica, che invece riguarda la corretta manipolazione dei simboli. Secondo il celebre filosofo, l'intelligenza artificiale sarebbe in grado di manipolare i simboli senza comprenderne il significato. Essa imita, ma manca di intenzionalità. La sintassi non è quindi condizione sufficiente per la determinazione della semantica e, conseguentemente, dell'intelligenza. L'incapacità semantica impedisce agli algoritmi di considerarsi intelligenti.

<sup>691</sup> In argomento, cfr. G. SPINA ALÌ, R. YU, *What's Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers*, op. cit., pp. 2-13; R. GUIDOTTI, A. MONREALE, S. RUGGIERI, F. TURINI, F. GIANNOTTI, D. PEDRESCHA, *Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, in *ACM Computing Surveys*, vol. 51, V, 2018, pp. 1-93; J. BURRELL, *How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, vol. 3, I, 2016. L'opacità delle decisioni algoritmiche caratterizza in modo particolare i sistemi di *machine learning* basati su reti neurali, come evidenziato da F. VENTURA, T. CERQUITELLI, *What's in the box? Explaining the black-box model through an evaluation of its interpretable features*, in *arXiv:1908.04348v1*, 2019, esprimendosi testualmente: «neural network architectures present a natural propensity to opacity in terms of understanding data processing and prediction. This overall opacity leads to black-box systems where the user remains completely unaware of the process that models inputs over output predictions». Pertanto, diviene sempre più impellente l'esigenza di assicurare la trasparenza algoritmica.

intelligenza equivalga a possederla e, conseguentemente, ad esprimere scelte creative.

Il suddetto approccio antropocentrico permea altresì molti ordinamenti, tra cui beninteso quello italiano<sup>692</sup>. A titolo esemplificativo, si richiama l'art. 10, l.d.a., ove si stabilisce che «Se l'opera è stata creata con il contributo indistinguibile ed inscindibile di più persone, il diritto di autore appartiene in comune a tutti i coautori». È indubbio che il riferimento alle “persone” debba intendersi in modo univoco ed esclusivo alle persone fisiche.

Nello stesso senso, depone anche l'art. 46, l.d.a., che richiede al produttore cinematografico di ottenere il consenso dei ruoli autoriali indicati all'art. 44, l.d.a., (al cui originario quartetto si è di recente aggiunto – forse per non molto tempo – il traduttore<sup>693</sup>) al fine di eseguire o proiettare elaborazioni, trasformazioni o traduzioni dell'opera filmica. Mutuando dal ragionamento di cui *supra*, appare pacifico che soltanto gli esseri umani siano in grado di fornire un'autorizzazione, atteso che l'intelligenza artificiale non risulta portatrice di un personale interesse a che l'opera segua una certa linea di sfruttamento piuttosto che un'altra.

D'altro canto, giova altresì segnalare l'esistenza di alcuni ordinamenti che già contemplano la tutela autoriale per le creazioni automatizzate, tra cui quello del Regno Unito<sup>694</sup>, dell'Irlanda<sup>695</sup>, del Sudafrica<sup>696</sup>, dell'India<sup>697</sup>, della Nuova Zelanda<sup>698</sup> e di Hong Kong<sup>699</sup>. Essi stabiliscono, al netto di alcune lievi variazioni terminologiche, che nel caso di produzioni cd. *computer-generated* l'autore è la persona (fisica) che ha adottato le misure necessarie alla creazione dell'opera<sup>700</sup>.

---

<sup>692</sup> *Contra* G. NOTO LA DIEGA, *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, op. cit., p. 106, il quale ritiene che l'art. 8 l.d.a., nel reputare autore «chi in essa è indicato come tale» legittimi qualsiasi entità anche non umana ad ottenere tale qualifica. Sembra più convincente la tesi secondo cui il “chi” sia riservato soltanto a persone fisiche.

<sup>693</sup> Art. 1, lett. d) del D.lgs. n. 177 dell'8 novembre 2021, Attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, il quale stabilisce che «all'articolo 44, le parole “ed il direttore artistico” sono sostituite dalle seguenti: “, il direttore artistico e il traduttore”». Per una critica che censura la doppia incostituzionalità della novella in questione per eccesso di delega e per rinnovato trattamento discriminatorio sia consentito rinviare al mio scritto *Un nuovo personaggio in cerca (del ruolo) d'autore nella trasposizione della direttiva “Digital Copyright”*, in *Il Diritto di Autore*, III-IV, 2021, pp. 447-471.

<sup>694</sup> Legge sul diritto d'autore anglosassone (*Copyright, Designs and Patents Act*, di seguito “CDPA”), 1988, art. 9.3.

<sup>695</sup> Legge sul diritto d'autore irlandese (*Copyright and Related Rights Act*), 2000, parte I, par. 1, l. 28/2000.

<sup>696</sup> Legge sul diritto d'autore sudafricana (*Copyright Act*), sez. I, l. 98/1978.

<sup>697</sup> Legge sul diritto d'autore indiana (*Copyright Act*), art. 2, lett. d), vi), l. 14/1957.

<sup>698</sup> Legge sul diritto d'autore neozelandese (*Copyright Act*), sez. 2, par. 1, l. 143/1994.

<sup>699</sup> Legge sul diritto d'autore di Hong Kong (*Copyright Act*), art. 11, par. 3, ord. 528/1997.

<sup>700</sup> L'art. 9.3 del CDPA stabilisce espressamente che «In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken». Nel caso di creazioni algoritmiche la durata della protezione è ridotta a 50 anni decorrenti dalla fine dell'anno in cui il lavoro è stato realizzato, come previsto dall'art. 12,



Tuttavia, tali normative sono – o verosimilmente saranno – al vaglio dei rispettivi legislatori in quanto rischiano di incentivare la creatività robotica a danno di quella umana, nonché di essere strumentalizzate per condotte opportunistiche. Esempio è la consultazione pubblica aperta dall'UKIPO, *Artificial Intelligence and IP: copyright and patents*<sup>701</sup>, in cui ci si interroga sull'opportunità di reputare l'art. 9.3 del CDPA ancora come *good law*, dividendo tre opzioni:

1. mantenimento dello *status quo*, a condizione che ciò non si traduca in un irragionevole costo per i terzi, tra cui i consumatori delle creazioni automatizzate e i soggetti creativi, specialmente in termini di promozione della creatività derivata;
2. abrogare la norma, qualora emerga che la protezione delle creazioni automatizzate non sia necessaria per incentivarne la produzione oppure comporti un costo irragionevole per i terzi;
3. sostituirla con un nuovo diritto dalla durata/ampiezza più limitata, qualora si dimostri che il riconoscimento di una protezione delle creazioni automatizzate incentivi gli investimenti nelle funzioni “creative” dell'intelligenza artificiale, ma la tutela autoriale risulti sproporzionata.

Nonostante si attenda con una certa curiosità l'esito della consultazione, si può in prima battuta anticipare che la seconda e la terza opzione appaiono quelle più ragionevoli alla luce delle considerazioni che saranno presentate nel prosieguo della trattazione. L'anima antropologica che informa il diritto d'autore impedisce infatti di accogliere un'ulteriore flessione in favore dei risultati della creatività automatizzata.

Invero, nonostante la mancata uniformità di vedute sul numero di teorie giustificative della proprietà intellettuale<sup>702</sup>, vi è il comune pensiero che esse esprimano un fondamento personalistico dal quale «discende il corollario

---

par. 7 del CDPA. Per una più dettagliata disamina del regime anglosassone si rinvia a J. LEE, *Computer-generated Works under the CDPA 1988*, op. cit.

<sup>701</sup> La consultazione è accessibile al seguente link: <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents>. Si richiama in proposito il commento a caldo di A. TRAPOVA, *AI and IP – to legislate or not? UKIPO's public consultation seeks evidence*, in *Kluwer Copyright Blog*, 1 dicembre 2021, reperibile al seguente link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/12/01/ai-and-ip-to-legislate-or-not-ukipos-public-consultation-seeks-evidence/>.

<sup>702</sup> Secondo W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, op. cit., pp. 7, le teorie giustificative sarebbero quattro, ovvero (i) la cd. *labour* (anche nota come *fairness/labour theory*), fondata sulla concezione lockiana di retribuire il lavoro altrui in quanto tale, (ii) la teoria della personalità (*personality theory*), volta ad incentivare il lavoro idoneo ad esprimere l'intelletto creativo umano, (iii) la teoria del benessere sociale (*welfare/reward theory*), mirante ad incentivare la creatività intellettuale in modo che i benefici sociali in termini di arricchimento della collettività superino i costi sociali conseguenti alla costituzione temporanea di un diritto monopolistico, (iv) la teoria culturale (*cultural theory*), la quale costituisce una variante della *welfare theory*, che interpreta il benessere sociale non in senso lato, bensì lo identifica esclusivamente con l'arricchimento culturale. Secondo invece N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 163, le teorie giustificative della proprietà intellettuale si ridurrebbero alle prime tre menzionate da Fisher, escludendo così un autonomo rilievo per la *cultural theory*.

della necessità di un apporto umano»<sup>703</sup>. Da ciò consegue l'impossibilità di tutelare, almeno sotto l'ombrello del diritto d'autore, i risultati sviluppati autonomamente da sistemi automatizzati<sup>704</sup>.

Peraltro, quand'anche nelle produzioni mediante intelligenza artificiale possano individuarsi delle scelte umane libere e creative bisogna comunque verificare che il loro nesso con il risultato finale non sia spezzato dalle scelte randomiche dell'algoritmo. Invero, tale legame potrebbe così rarefarsi da escludere che l'opera possa ancora essere attribuita all'autore umano.

Vale la pena di rammentare che non è la prima volta che il diritto d'autore attribuisce rilevanza giuridica a delle scelte o a degli eventi ulteriori che tagliano la connessione con le scelte operate da un precedente soggetto in misura tale da escludere il carattere derivativo dell'opera posteriore.

Si pensi in particolare alle fotografie di opere d'arte protette dal diritto d'autore. È ben noto che l'autore di un'opera d'arte non possa vantare alcun diritto – specialmente di autorizzazione – sulla fotografia laddove essa sia il frutto di un processo creativo tale da dar luogo ad un'opera dell'ingegno autonoma<sup>705</sup>. In questa prospettiva, le scelte del fotografo (riguardanti, ad esempio, la luminosità, l'inquadratura, l'*editing*) sono considerate sufficienti per rompere il nesso causale con le scelte creative svolte dal precedente artista, sebbene da queste ultime dipendenti<sup>706</sup>.

La separazione tra due gruppi di scelte artistiche in cui il gruppo posteriore si pone in rapporto di subalternità rispetto a quello anteriore è altresì tipica dell'arte appropriativa, intesa come quella pratica artistica nata agli albori del XX secolo e consistente nella realizzazione di opere che reinterpretano immagini preesistenti tratte dall'arte e dalla cultura di massa, cambiandone totalmente il significato<sup>707</sup>. Un esempio iconico è costituito dall'opera di Marcel Duchamp dal titolo irriverente L.H.O.O.Q., una

---

<sup>703</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 164.

<sup>704</sup> *Ibidem*.

<sup>705</sup> In argomento v. G.D. FINOCCHIARO, *La valorizzazione delle opere d'arte on line e in particolare la diffusione on line di fotografie di opere d'arte. Profili giuridici*, in *Rivista di arti e diritto online*, II, 2009, ove l'Autrice specifica che qualora l'opera fotografica sia un ritratto occorrerà ottenere il consenso da parte della persona ritrattata ex art. 96, l.d.a., salve le ipotesi eccezionali di cui all'art. 97, l.d.a. Inoltre, se essa ritrae un bene culturale, il fotografo sarà ulteriormente gravato dall'onere di ottenere l'autorizzazione da parte dell'amministrazione che custodisce il bene, in conformità all'art. 107 del d.lgs. del 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali).

<sup>706</sup> È invece vietata la riproduzione integrale di opere d'arte altrui protette dal diritto d'autore allorché il fotografo non compia scelte artistiche in forza delle quali ottenga un'opera autonoma rispetto a quella ritratta. Tale principio è stato ribadito in Cass. civ., sez. I, sent. n. 4038 dell'8 febbraio 2022, in cui si è esclusa l'applicabilità dell'art. 70 l.d.a. rispetto alla riproduzione fotografica in un'opera letteraria composta di sei volumi di 24.000 dipinti dell'artista Mario Schifano. Nel caso di specie, si trattava di riproduzioni pedissequae degli originali che, nonostante in scala ridotta, erano parimenti idonee a collidere con il diritto esclusivo di riproduzione di cui all'art. 13, l.d.a., essendo in grado di inserirsi nel corrispondente mercato.

<sup>707</sup> Su cui si richiamano A. DONATI, *Quando l'artista si appropria dell'opera altrui*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2018, pp. 86 ss.; G. SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritto d'autore*, op. cit.; B. MORAIA, "Arte appropriativa", *elaborazioni creative e parodia*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2011, pp. 357 ss.

fotografia della Mona Lisa sulla quale il rivoluzionario artista d'oltralpe ha disegnato dei baffi e un pizzetto. Essa rappresenta senza dubbio una creazione autonoma rispetto a quella di Leonardo da Vinci – sebbene da essa dipendente – in quanto involgente una trasformazione significativa del messaggio veicolato rispetto alla precedente opera<sup>708</sup>.

Volgendo lo sguardo all'arte d'oltreoceano, appare emblematica la serie fotografica realizzata da Sherrie Levine *After Walker Evans* in cui l'artista presentava alla Metro Pictures Gallery di New York alcuni scatti del noto fotografo Walker Evans, senza apportarvi alcuna modifica. Nella mostra in oggetto, la fotografa invitava il pubblico a contemplare esattamente lo spazio esistente tra le opere originarie e le sue fotografie, mirando a raccontare «la storia delle speranze umane perennemente riposte al dare un significato alle cose, dell'incapacità di riconquistare il passato e delle nostre illusioni perdute»<sup>709</sup>.

La persuasività di tale *reasoning* è stata corroborata dalla giurisprudenza nostrana nel dibattuto caso delle cd. *Giacometti Variations* in cui il Tribunale di Milano ha escluso che la riproduzione da parte di John Baldessari della scultura *La grande femme II* vestita con alcuni capi di abbigliamento violasse il diritto morale della Fondazione Giacometti dal momento che l'opera esposta alla Fondazione Prada veicolava un messaggio autonomo rispetto a quello dell'opera anteriore<sup>710</sup>. Tale sentenza recepisce la tendenza emergente nei movimenti artistici contemporanei di creare nuove opere d'arte a partire da quelle già esistenti mutandone il contesto per generare una discrepanza semantica.

Ciò dimostra che la creatività (in questi casi dal palese carattere incrementale) può manifestarsi non solo materialmente, ma anche semanticamente.

Dunque, le opere dell'arte appropriativa sono caratterizzate da un apporto supplementare dell'artista che determina una separazione rispetto all'opera anteriore, dando luogo a due entità simili, ma differenti. Giova tuttavia giova dar conto che l'interpretazione giurisprudenziale in materia risulta tutt'altro che omogenea, considerato che alcuni giudici tendono ad attribuire al lavoro successivo il carattere di opera derivata, come da ultimo verificatosi nel caso *Fait d'hiver*<sup>711</sup>. Ciò testimonia la difficoltà di giungere

---

<sup>708</sup> F. MINIO, *Riflessioni in tema di tutela giuridica dell'appropriation art in ambito figurativo*, in *Rivista di arti e diritto online*, III, 2019, p. 3. Nella giurisprudenza italiana v. in particolare Cass. civ., sez. I, sent. n. 5089 del 12 marzo 2004, ove si è escluso il carattere derivato della fotografia di un dipinto argomentando che esso costituisca una elaborazione originale idonea a beneficiare autonomamente della tutela autoriale.

<sup>709</sup> «Levine's works from this series tell the story of our perpetually dashed hopes to create meaning, the inability to recapture the past, and our own lost illusions», reperibile sul sito istituzionale del Metropolitan Museum of Art al seguente link: <https://www.metmuseum.org/art/collection/search/267209>.

<sup>710</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 13 luglio 2011.

<sup>711</sup> Corte d'appello di Parigi, sentenza del 23 febbraio 2021, n. 23.2021, con nota parzialmente adesiva di E. ROSATI, *Jeff Koons loses (again) in France his Fait d'Hiver found to infringe copyright in Franck Davidovici's own Fait d'Hiver*, IpKat, 11 marzo 2021, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/jeff-koons-loses-again-in-france-his.html>. La controversia è stata instaurata dal fotografo Franck Davidovici contro il

ad un'unica soluzione conciliativa degli specifici interessi sollecitati nell'ambito dell'arte appropriativa, ovvero (i) l'esigenza di assicurare la libertà artistica e di manifestazione del pensiero e (ii) la necessità che i due lavori non siano tra loro rivali.

A tal proposito, la più avveduta dottrina ha messo in risalto che si è in presenza di un'opera originale autonoma allorquando un'opera successiva, sebbene richiami in modo oggettivo un'opera precedente, sia stata completamente (ri)elaborata o, *rectius* (ri)creata con una differente funzione estetica, costituendo in pratica un'ispirazione piuttosto che una riproduzione o un'imitazione<sup>712</sup>. Questa ricostruzione interpretativa richiederebbe di tracciare una linea di confine tra ispirazione (lecita) e imitazione (illecita, a meno che non vi sia il consenso dell'autore originario) in virtù della quale si ha ispirazione ogniqualvolta un'opera preesistente venga utilizzata soltanto come punto di partenza per delle ulteriori elaborazioni originali, di guisa che il tocco personale dell'autore iniziale diviene recessivo rispetto a quello del secondo autore. All'atto pratico, il *discrimen* tra opere autonome e derivate si sostanzia in una valutazione di merito dall'inevitabile carica discrezionale<sup>713</sup>.

Ci si chiede se le considerazioni espresse nell'ambito dell'arte appropriativa per valutare l'autonomia dell'opera posteriore rispetto a quella anteriore possano estendersi alle ipotesi di creatività automatizzata, nelle quali sembra verificarsi una scissione i tra due gruppi di scelte, prima umane e poi algoritmiche. Invero, la preponderanza delle decisioni automatiche conseguenti al complesso processo di *pattern-matching* (e non creativo!<sup>714</sup>) dell'intelligenza artificiale – e assolutamente impreveduto per il

---

noto artista Jeff Koons e il *Centre Pompidou* dopo che l'artista ha realizzato ed esibito presso il *Centre Pompidou* una scultura rappresentante una giovane donna di dubbia eleganza sdraiata sulla neve e guardata da un pinguino e da un maiale con al collo una borsa dal manico floreale. Il Tribunale e la Corte d'appello di Parigi hanno ritenuto che la scultura evocasse la fotografia di Davidovici intitolata "Fait d'hiver" – eccetto per il pinguino (ivi assente) e per alcuni dettagli – in modo tale da reputarla opera derivata. Essi hanno rigettato la difesa di Koons secondo cui la scultura veicolerebbe un messaggio diverso rispetto a quello impresso dal fotografo, valorizzando gli elementi differenziali della sua opera. Del pari, si è esclusa l'applicabilità dell'eccezione di parodia ritenendo che il lavoro evocato debba essere manifestamente differente rispetto a quello preesistente, a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie.

<sup>712</sup> A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, op. cit., pp. 266-267.

<sup>713</sup> Tale esame si complica ove si consideri la nozione di opera derivata proposta dal Tribunale di Milano, sentenza del 14 luglio 2011, in *Il diritto di autore*, 2012, p. 89, secondo cui l'opera derivata si caratterizza per una rivisitazione, variazione o trasformazione dell'opera originale mediante un riconoscibile apporto creativo da parte dell'elaboratore, ritenendo verosimilmente che si abbia opera autonoma allorquando il contributo del secondo autore sia così tanto originale da prevalere su quello dell'autore originario. Come attestato dal Tribunale di Torino, sentenza del 6 luglio 2012, in *Il foro padano*, I, 2013, p. 210, si ha opera autonoma in presenza di un'elaborazione talmente ricreativa da divenire a propria volta un'opera originale.

<sup>714</sup> J.M. DELTORN, *Appunti sul diploma in Proprietà Intellettuale e Intelligenza Artificiale organizzato dal CEIPI presso l'Università di Strasburgo*, cit., il quale ritiene che il processo svolto dall'algoritmo non possa aggettivarsi come creativo. Sarebbe infatti più adeguato qualificarlo come *pattern-matching*.

programmatore/utilizzatore<sup>715</sup> – sembra deporre verso l'impossibilità di attribuire il merito del lavoro finale ad un essere umano. Adottando la prospettiva sopra esposta che misura la liceità dell'opera successiva ricorrendo alla dialettica ispirazione-imitazione, la creazione automatizzata dell'intelligenza artificiale appare molto più vicina a costituire il risultato di un'ispirazione degli input iniziali umani piuttosto che di una loro imitazione. Ciò alla luce dei molteplici processi intermedi imputabili esclusivamente all'algoritmo che in via progressiva eliminano il rischio di imitazione in favore della probabilità di ispirazione.

L'unica differenza rispetto all'arte appropriativa risiede nella riconducibilità del secondo gruppo di scelte ad un algoritmo anziché ad una diversa persona fisica. Così, viene in rilievo la costruzione antropocentrica a fondamento del diritto d'autore, la quale conduce a ravvisare l'estromissione dall'area di esclusiva dei risultati della creatività automatizzata. Appare utile rimarcare che in virtù dell'*imprinting* antropocentrico, la protezione autoriale è subordinata alla circostanza che l'autore (umano) esprima scelte libere e creative in modo tale da esprimere la propria personalità che permangono nell'opera finale, così come richiesto nell'ormai granitico *acquis* giurisprudenziale europeo<sup>716</sup> e d'oltreoceano<sup>717</sup>.

Proprio con riferimento alla prassi statunitense, il 14 febbraio 2022 il *Review Board* del *Copyright Office* americano ha confermato la tesi personalistica del diritto d'autore, affermando che la paternità umana sia un prerequisito affinché un'opera possa beneficiare della protezione autoriale<sup>718</sup>.

Giova infatti ricordare che la prima composizione musicale creata da un'intelligenza artificiale venne sottoposta all'attenzione del *Copyright Office* statunitense oltre mezzo secolo fa, come attestato nel rapporto dell'ufficio americano, il quale evidenziava di aver ricevuto nel lontano 1965 alcune domande di registrazione per disegni astratti ed altre composizioni ottenute mediante programmi per elaboratore<sup>719</sup>.

---

<sup>715</sup> M. MAGGIORE, *Artificial Intelligence, computer generated works and copyright*, op. cit., p. 384.

<sup>716</sup> Tra la giurisprudenza commentata *supra* al par. 4.2 v. in particolare CGUE, causa C-5/08, *Infopaq*, 16 luglio 2009, par. 1; Id., causa C-145/10, *Painer*, 1 dicembre 2011; Id., causa C-604/10, *Dataco*, 1 marzo 2012; Id., causa C-161/17, *Renckhoff*, 7 agosto 2018.

<sup>717</sup> Dal lato del diritto giurisprudenziale statunitense v. la sentenza della Corte Suprema del 17 marzo 1884, *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, in cui già oltre un secolo addietro si riteneva necessario che l'opera esprimesse le concezioni intellettuali originali dell'autore. Dall'altra parte dell'oceano si richiama la sentenza della Corte federale australiana del 2 marzo 2012, *Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd* [2012] FCAFC 16; 201 FCR 173; 287 ALR 403; 95 IPR 117, ove si è affermato che un lavoro debba letteralmente «spring from the original efforts of a single human author».

<sup>718</sup> Traduzione dall'inciso originario «human authorship is a prerequisite to copyright protection in the United States and that the Work therefore cannot be registered», riportato da E. ROSATI, *US Copyright Office refuses to register AI-generated work, finding that "human authorship is a prerequisite to copyright protection"*, op. cit.

<sup>719</sup> U.S. Register of Copyrights, *68<sup>th</sup> Annual Report for the Fiscal Year ending June 30, 1965*, p. 5, ove si legge che «As computer technology develops and becomes more sophisticated, difficult questions of authorship are emerging. The copyright Office had previously received an application for registration of a musical composition created by

Dopo 53 anni, Stephen Thaler, noto sostenitore della paternità algoritmica su più fronti della proprietà intellettuale (v. *infra* par. 9.6), ha presentato domanda al *Copyright Office* per registrare l'opera intitolata *Creativity Machine's A Recent Entrance to Paradise* attribuendone l'origine all'algoritmo dal nome *Creativity Machine* e la titolarità a egli stesso invocando la *work-for-hire doctrine* in quanto proprietario del software.

Tuttavia, sia il *Copyright Office*, che l'organo competente per la revisione delle decisioni da esso emanate, hanno rigettato la pretesa di Thaler, in conformità sia al Compendio statunitense per la registrazione delle opere dell'ingegno<sup>720</sup>, che all'orientamento giurisprudenziale consolidato<sup>721</sup>, valorizzanti in via esclusiva la creatività proveniente da esseri umani. Peraltro, le stesse ragioni portarono a negare la protezione autoriale di alcuni iconici autoscatti realizzati dal macaco "Naruto"<sup>722</sup>, ponendo nuovamente l'accento sull'esigenza d'identificazione di un autore umano.

---

computer. This year, copyright was claimed for an abstract drawing, and for compilations of various kinds, which were at least partly the "work" of computers».

<sup>720</sup> *Compendium of U.S. Copyright Office Practice*, III ed., gennaio 2021, par. 306, ove si esplicita che «The U.S. Copyright Office will register an original work of authorship, provided that the work was created by a human being. The copyright law only protects "the fruits of intellectual labor" that "are founded in the creative powers of the mind." Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82, 94 (1879). Because copyright law is limited to "original intellectual conceptions of the author," the Office will refuse to register a claim if it determines that a human being did not create the work. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 (1884)» [corsivo aggiunto]. Tale concetto è ribadito al par. 313.3 del Compendio, secondo cui «Similarly, the Office will not register works produced by a machine or mere mechanical process that operates randomly or automatically without any creative input or intervention from a human author. The crucial question is "whether the 'work' is basically one of human authorship, with the computer [or other device] merely being an assisting instrument, or whether the traditional elements of authorship in the work (literary, artistic, or musical expression or elements of selection, arrangement, etc.) were actually conceived and executed not by man but by a machine." U.S. COPYRIGHT OFFICE, REPORT TO THE LIBRARIAN OF CONGRESS BY THE REGISTER OF COPYRIGHTS 5 (1966)». Tra i processi meccanici inidonei ad attrarre la protezione d'autore si segnalano (i) l'apporto di modifiche ad un'opera preesistente dettato da vincoli materiali o di produzione, (ii) la conversione di un'opera da analogica a digitale, come il trasferimento di un film da VHS a DVD, (iii) la riduzione del rumore in una registrazione audio, (iv) la ripresa di un'immagine attraverso i raggi X, gli ultrasuoni, la risonanza magnetica, oppure altre apparecchiature diagnostiche. Inoltre, è interessante notare che il compendio indica a titolo esemplificativo alcune produzioni rispetto alle quali è espressamente negata la possibilità di essere registrate, come in particolare le fotografie di scimmie, i murali dipinti da elefanti, i pezzi di legno modellati dall'azione dell'oceano oppure delle canzoni che nominano lo Spirito Santo come autore. Difatti, si prevede testualmente che «The U.S. Copyright Office will not register works produced by nature, animals, or plants. Likewise, the Office cannot register a work purportedly created by divine or supernatural beings, although the Office may register a work where the application or the deposit copy(ies) state that the work was inspired by a divine spirit. Examples: a photograph taken by a monkey; a mural painted by an elephant; a claim based on the appearance of actual animal skin; A claim based on driftwood that has been shaped and smoothed by the ocean; A claim based on cut marks, defects, and other qualities found in natural stone; an application for a song naming the Holy Spirit as the author of the work».

<sup>721</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza del 17 marzo 1884, *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53; IDEM, sentenza dell'8 marzo 1954, *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201; IDEM, sentenza del 18 giugno 1973, *Goldstein v. California*, 412 U.S. 546.

<sup>722</sup> U.S. District Court, Northern District of California, sentenza del 28 gennaio 2016, n. 3:2015cv04324, *Naruto v. David John Slater et al*, con note di A. O'CONNELL, *Monkeys*

Tornando alla domanda di Thaler, si è altresì esclusa l'applicabilità della *work-for-hire doctrine* dal momento che sebbene essa permetta di attribuire la paternità di un'opera dell'ingegno anche in favore di entità diverse da persone fisiche, essa è pur sempre riservata a soggetti in possesso della capacità giuridica, quali ad esempio le società, rispetto alle quali è comunque possibile individuare delle persone fisiche una volta perforato il velo societario. Tra i possibili titolari di situazioni giuridiche soggettive non si annoverano, almeno allo stato attuale del diritto, gli algoritmi. Peraltro, tale teoria attiene esclusivamente alla titolarità – originaria ed eventualmente derivata – dell'opera, ma non alla sussistenza del diritto d'autore che, nel caso *de quo*, difetta a causa della mancata rintracciabilità del contributo personalistico umano. Invero, l'individuazione del titolare rappresenta un'operazione successiva rispetto alla verifica sulla proteggibilità dell'opera, posto che soltanto ove l'opera acceda alla tutela autoriale si pone l'interrogativo in merito all'identificazione del titolare originario.

Da ultimo, è stato notato che lo sbarramento del diritto d'autore alle creazioni automatizzate potrebbe essere foriero di comportamenti opportunistici consistenti nella falsa attribuzione ad una persona fisica del risultato prevalentemente prodotto dall'intelligenza artificiale, avvalendosi della presunzione di paternità in favore del dichiarato autore prevista dall'art. 5 della direttiva Enforcement<sup>723</sup>. Sarebbe quindi opportuno ricercare delle misure adeguate che possano contrastare gli intenti elusivi della normativa sul diritto d'autore, tra le quali potrebbe prospettarsi l'apposizione di *watermark* per certificare la provenienza algoritmica e prevenire il rischio di indebita attribuzione umana.

---

*do not have standing under US Copyright Act*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, VIII, 2018, pp. 607-608; E. ROSATI, *The Monkey Selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, op. cit.; A. GUADAMUZ, *The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction*, op. cit., pp. 1-12. La vicenda è sorta dopo che il fotografo David Slater aveva lasciato la sua macchina fotografica nelle mani del macaco "Naruto" e quest'ultimo, volendo imitare molti esseri umani di passaggio davanti a lui, decise di scattarsi svariati *selfie*. Uno di essi venne riprodotto dalla fondazione Wikimedia nei confronti della quale Slater richiese la rimozione per violazione del diritto d'autore sull'immagine pubblicata, argomentando di aver comunque allestito l'attrezzatura fotografica a disposizione della scimmia. Successivamente, l'associazione ambientalista "People for the Ethical Treatment of Animals" (qui di seguito "PETA") intraprese un'azione giudiziaria nei confronti del fotografo (umano) adducendo che quest'ultimo avesse violato il diritto d'autore di Naruto. La Corte Distrettuale statunitense ha respinto il ricorso proprio sulla base del fatto che il *Copyright Act* non conferisce la legittimazione processuale (il cd. *legal standing*) agli animali come Naruto, posto che il diritto d'autore è riservato agli esseri umani. La Corte ha in proposito richiamato il precedente deciso dalla Corte distrettuale del 9° circuito con la sentenza del 20 ottobre 2004, n. 386 F.3d 1169, *Cetacean*, in cui un avvocato aveva intentato un'azione per conto dei cetacei per violazioni del *Endangered Species Act*, del *Marine Mammal Protection Act*, nonché del *National Environmental Policy Act*. Il Giudice statunitense ha rigettato la pretesa attorea argomentando che se il Congresso e il Presidente avessero voluto attribuire agli animali la capacità processuale, al pari delle persone fisiche giuridiche, avrebbero dovuto prevederlo testualmente. La decisione è stata impugnata innanzi alla Corte distrettuale del 9° circuito, ma la questione è stata poi definita in via transattiva.

<sup>723</sup> J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 118.

#### 9.4.2. (Segue) Diritto d'autore sul software

Per le suesposte ed ulteriori ragioni deve escludersi la possibilità che il programmatore estenda il proprio diritto d'autore sul software rispetto alle produzioni da esso generate.

Nonostante parte della dottrina sostenga che un siffatto ampliamento dell'area di esclusiva possa incentivare gli investimenti nelle capacità "creative" dell'intelligenza artificiale<sup>724</sup>, giova dar conto che l'oggetto della tutela è ben diverso: nel caso del programma si tutela il codice sorgente *en tant que tel*, ma non la sua capacità generativa. Quest'ultima va ricondotta all'idea, di per sé non tutelabile dal diritto d'autore, a meno che non sia accompagnata da un atto supplementare che ne determini la trasformazione in forma espressiva.

Si pensi all'ipotesi in cui un programmatore elabori un codice algoritmico dalle potenzialità creative infinite. Benché il software di intelligenza artificiale sia pacificamente tutelabile dal diritto d'autore (sebbene si assista all'esponentiale ricorso alle licenze *open source*<sup>725</sup>),

---

<sup>724</sup> K. HRISTOV, *Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma*, in *IDEA: The IP Law Review*, vol. 57, III, 2017, pp. 453-454: «Under a new interpretation of the terms in the made for hire doctrine, authorship of AI generated works would be awarded to the programmers and owners of AI devices. This legal incentive would financially benefit those responsible for AI development, resulting in a significant boost in research and investment in the AI sector and the modernization of a rapidly aging U.S. Copyright Act»; P. SAMUELSON, *Allocating Ownerships Rights in Computer-generated Works*, op. cit., pp. 1226-1227: «If a flawless work has been created by use of a computer program, and the law deems the work incapable of being owned because of the lack of a human author, the user who proximately caused its creation has little incentive to go to the trouble of bringing forward what the law says is in the public domain. The user is more likely to withhold it from the public, or to lie about who created the work, or to make some little change in it (perhaps not an improvement) just to establish a stake in it». In favore dell'idoneità di tali creazioni a godere della protezione autoriale, sebbene essa venga allocata direttamente al programma anziché al programmatore, v. C.R. DAVIES, *An evolutionary step in intellectual property rights - Artificial intelligence and intellectual property*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 27, VI, 2011, p. 619: «So by giving the intellectual property rights in the radically modified original Ai program and in the product of that program to the computer we are resolving the difficulties apparent earlier». Sull'applicabilità alle creazioni automatizzate della work for hire doctrine, ritenendo che la persona fisica o giuridica che abbia tratta beneficio dall'attività dell'agente software debba essere titolare del diritto d'autore al pari di un committente nell'ambito di una prestazione d'opera professionale, cfr. Y. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., pp. 284-285; S. YANISKY RAVID, X. LIU, *When artificial intelligence systems produce inventions: An alternative model for patent law at the 3a era*, in *Cardozo Law Review*, vol. 39, 2018, pp. 2215 ss.

<sup>725</sup> V. per tutti l'interessante studio proposto da C.M. FERRANDIS, M.D. LIZARRALDE, *Open Sourcing AI: Intellectual Property at the Service of Platform Leadership*, 2022, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=4018413>, i quali evidenziano i molteplici vantaggi conseguenti all'implementazione di strategie *open source* nello sviluppo di software di intelligenza artificiale, tra cui segnatamente l'acquisizione di un vantaggio competitivo nei mercati adiacenti, il precludere ad un *competitor* la possibilità di brevettare una tecnologia promettente, ma soprattutto l'attrazione di una grande massa di utenti che crei un ecosistema intorno alle piattaforme di *machine learning* tale da assicurare un costante miglioramento.



appare ben chiaro che ciò non determini *d'embré* un'estensione dell'esclusiva su tutto ciò che l'algoritmo potrebbe creare. È infatti richiesto un intervento umano attraverso cui l'autore possa esprimere la propria personalità compiendo delle scelte libere e creative.

In questa prospettiva, l'algoritmo potrebbe essere metaforicamente assimilato ai barattoli di pittura adoperati per il *dripping*, la tecnica artistica anche nota come *action painting*, avente tra i suoi esponenti Jackson Pollock e consistente nel gocciolare o lanciare direttamente sulla tela delle tempere. Non vi è dubbio che l'oggetto meritevole della tutela autoriale sia il risultato finale – che in questa particolare forma artistica si identifica anche con il processo creativo, in parte simile all'improvvisazione di un jazzista –, essendo pacificamente escluso che i barattoli di pittura accedano ad una qualsivoglia forma di tutela. Sebbene essi, al pari degli algoritmi contemporanei dotati di intelligenza artificiale, abbiano un potenziale generativo prossimo all'infinito, va rigettata la possibilità di conferire una protezione autonoma, essendo necessarie delle scelte attraverso le quali l'autore possa in qualche modo prolungare la propria personalità<sup>726</sup>.

Inoltre, si respinge la tesi che la tradizionale dicotomia tra idea ed espressione possa essere superata attraverso la presa di decisioni randomiche (pur sempre riconducibili all'algoritmo) tramite le quali dar vita al risultato finale, considerato che, come evidenziato *supra*, l'impostazione antropocentrica caratterizzante il diritto d'autore richiede in ogni caso che l'atto espressivo sia di origine umana. Quand'anche vi sia traccia di un intervento umano più o meno articolato durante la fase di programmazione e/o di *machine learning*, esso non può reputarsi sufficiente qualora il grado di incidenza delle successive scelte algoritmiche sia tale da spezzare il rapporto causale tra l'*input* umano e l'*output* finale<sup>727</sup>. Ciò avviene tipicamente nell'ambito delle produzioni automatizzate ove le scelte umane perdono di rilievo a vantaggio delle decisioni del software, dando luogo ad un'opera diversa rispetto a quella che si otterrebbe come conseguenza dell'esclusivo o predominante contributo umano<sup>728</sup>.

---

<sup>726</sup> Anche gli stili artistici sono dei contenitori talmente ampi che non possono essere appannaggio di un unico soggetto per effetto del riconoscimento di un diritto di esclusiva. Come rilevato da S. STOKES, *Art and copyright: some current issues*, op. cit., p. 276, il diritto d'autore protegge soltanto la forma espressiva e non anche l'idea, ragion per cui, ad esempio, le opere di Georges Seurat sono tutelabili dal diritto d'autore, ma non anche il puntinismo che è lo stile artistico impiegato pionieristicamente dal pittore francese.

<sup>727</sup> J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., pp. 79-80, in cui si evidenzia che l'originalità di una produzione mediante intelligenza artificiale dipende dalla sussistenza di scelte creative umane rintracciabili nel risultato finale. Esse possono riguardare tre momenti separati del processo creativo, ovvero (i) il concepimento, tramite la scelta del genere, dello stile e del materiale), (ii) l'esecuzione, costituita dalla trasposizione del pensiero sul materiale, sulla carta, sul pentagramma o sul nastro (iii) e la redazione, che annovera tutta la fase di post-produzione mediante correzioni, integrazioni e rifiniture.

<sup>728</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 391, il quale rimarca letteralmente che «Computer outputs are not flashes of creativity sparked in the mind of programmers, who do not even exert a significant control over the increase process. Therefore, it appears preposterous to grant

In proposito, vale la pena di richiamare un interessante precedente giurisprudenziale d'oltreoceano nel quale si è esclusa la tutela autoriale di un giardino fiorito intitolato *Wildflower Works* in ragione anche del fatto che le forze della natura sarebbero in grado di rompere il legame causale tra la semina e la fioritura<sup>729</sup>.

Più specificamente, la Corte statunitense per il Settimo Circuito è giunta a tale conclusione rimarcando che la paternità di un'opera dell'ingegno sia riservata soltanto agli esseri umani e che essa debba essere esclusa nelle ipotesi di attività artistiche di giardinaggio poiché l'autore non mantiene il controllo sull'esito finale della fioritura, la quale risulta fortemente condizionata dagli eventi naturali. A tal proposito, il Giudice americano ha sostenuto che gli elementi peculiari di un giardino, quali segnatamente i colori, le forme, la trama e il profumo dei fiori, traggano origine dalla natura e non dalla mente del giardiniere<sup>730</sup>. Esso non può quindi che afferire al pubblico dominio, rigettando la possibilità che una simile creazione attragga la protezione autoriale.

Il predetto ragionamento appare applicabile in via analogica anche alle produzioni realizzate in modo automatizzato mediante intelligenza artificiale,

---

authorship to programmers since they did not conceive and cannot even loosely anticipate the computer output».

<sup>729</sup> Corte d'appello degli Stati Uniti per il Settimo Circuito, *Kelley v. Chicago Park District*, 2011, 635 F.3d 290, con nota critica di J. McCUTCHEON, *Natural causes: when author meets nature in copyright law and art. Some observations inspired by Kelley v. Chicago Park District*, in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 86, II, 2018, pp. 707-741. Nel caso di specie, l'attore era Chapman Kelley, un artista divenuto famoso per le sue rappresentazioni floreali, il quale ricevette l'autorizzazione dal Chicago Park District per installare un'ambiziosa esposizione floreale presso il Grant Park. Egli piantò due aiuole ellittiche, ognuna grande quasi quanto un campo da calcio, con una ricca varietà di fiori selvatici perimetrati da dei bordi di ghiaia ed acciaio. Dopo alcuni anni, la difficoltà di sostenere le cospicue spese di manutenzione portò al deterioramento dell'esposizione, inducendo il Park District a modificarla radicalmente, riducendone di molto le dimensioni e riconfigurando le aiuole ovali in rettangoli, nonché cambiando parte del materiale di semina. L'artista citò quindi il Park District per aver violato il suo diritto morale all'integrità dell'opera, ai sensi del Visual Artists Rights Act del 1990. Per una più ampia ricostruzione si rinvia a J. MIXON, *Fixation on Fresh: Why Tattooes Should Not Garner Copyright Protection*, in *Entertainment, Arts and Sports Law Journal*, vol. 30, I, 2019, pp. 27 ss., il quale sostiene che lo stesso *reasoning* può essere mutuato anche per escludere la tutela autoriale dei tatuaggi. Ad avviso dell'Autore, i tatuaggi non sarebbero in grado di soddisfare tale requisito in quanto la pelle non consentirebbe una fissazione permanente e potrebbe altresì modificare il risultato finale. In particolare, si argomenta che l'inchiostro richiederebbe tra le due e le quattro settimane per aderire alla pelle e anche dopo tale fase esso non si depositerebbe completamente nello strato più profondo dell'epidermide. Peraltro, durante tutta la vita dell'individuo tatuato, il suo corpo "attacca" il tatuaggio inviando cellule chiamate macrofagi per "mangiare" l'inchiostro, laddove altre cellule lo assorbono. Mentre il corpo dell'individuo attacca l'inchiostro per tutta la vita, il tatuaggio svanisce lentamente e non vi sarebbe quindi un'effettiva fissazione dell'inchiostro. A mio avviso, sussiste invece un lasso temporale sufficiente durante il quale l'opera risulta precisamente identificabile, considerando la pelle al pari di un supporto qualsiasi per l'espressione della propria creatività, come la carta o la schermata di un pc. Permangono le questioni di contitolarità dell'opera allorquando il tatuaggio sia il frutto di una forte concertazione tra il cliente e il suo tatuatore.

<sup>730</sup> *Kelley v. Chicago Park District*, «Most of what we see and experience in a garden – the colors, shapes, textures, and scents of the plants – originates in nature, not in the mind of the gardener. At any given moment in time, a garden owes most of its form and appearance to natural forces, though the gardener who plants and tends it obviously assists»

equiparando le decisioni algoritmiche alle forze della natura alla luce della comune capacità di interrompere la *liaison* tra l'apporto umano (la semina o la programmazione e l'alimentazione dell'algoritmo) ed il prodotto finale (il giardino o il risultato pseudo-artistico/culturale). Sicché, il programma e il suo *output* sono due entità separate, di guisa che la titolarità sul primo non comporta un'estensione *ipso iure* sul secondo.

Questa tesi risulta corroborata dalla circostanza che il programmatore non è in grado di prevedere le creazioni che l'algoritmo è in grado di produrre. Si prenda, ad esempio, l'algoritmo di generazione delle parole "DeepAI"<sup>731</sup>. Dopo aver inserito soltanto le due parole "copyright is" compare qualcosa di molto simile ad un'opera letteraria, a prescindere dall'opinabile pregio accademico: «This is an experiment to see if the word copyright in an article is used in conjunction with an article in others' works, based on the following criteria: What are the important differences between copyright and nonappropriation? The difference in the word copyright is, how much copyright a website, blog or web site provides? How well are they covered across different media?

As mentioned above, these are all quite subjective things and many editors do not get it right. As a result a number of editors will try hard to find the right word. If someone asks for a word for "fringe", these may be just words that the editor loves, are relevant without making it feel like any part of the article is being copyrighted. This can be quite difficult for other editors, especially when there's no clear criterion, but the above factors will help you to decide which legal terms to use.

There have been many good examples published under the banner of the New York-based web hosting and hosting platform, Servers, which has been able to identify the right words and terms used for certain websites using simple queries and search on a variety of platforms. While this means the site is able to determine whether a word or phrase has already appeared in the published media, it makes it difficult to know whether it is relevant.

In the same way that it's hard to know whether a word will actually appear in any particular online publication».

Sarebbe assurdo ritenere che il testo in questione rappresenti un prolungamento della personalità del programmatore o dell'utente, essendo questi ultimi completamente ignari dell'*output* generato.

Inoltre, la dottrina ha condivisibilmente notato che l'estensione del diritto d'autore in favore del programmatore sulle cd. "creazioni delle proprie creazioni" sarebbe un'opzione inefficiente anche sotto il profilo dell'analisi economica del diritto<sup>732</sup>, considerato che il programmatore risulta già

---

<sup>731</sup> L'uso dell'algoritmo è consentito al seguente link: <https://deepai.org/machine-learning-model/text-generator>.

<sup>732</sup> Una certa diffidenza verso tale metodo è palesata da P. AUTERI, *Diritto ed economia: l'analisi economica del diritto e la proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 11-12, che critica l'utilità dei risultati consegnati dall'analisi economica del diritto per orientare la politica legislativa nell'interpretazione del diritto vigente e nella creazione di nuovo diritto malgrado possa avvalersi dei più sofisticati modelli matematici. Peraltro, secondo M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 10, l'analisi

premiato tramite l'attribuzione del diritto di esclusiva sul software<sup>733</sup> e, qualora ricorrano i requisiti di brevettabilità, potrebbe anche ottenere la corrispondente privativa<sup>734</sup>. A quest'ultimo proposito, anche un modello di *machine learning* potrebbe accedere al diritto di brevetto qualora possieda una specifica applicazione industriale, ai sensi dell'art. 49 c.p.i. Si pensi, ad esempio, al brevetto rilasciato dall'ufficio statunitense in favore dell'inventore Raymond Kurzweid per un procedimento di creazione di poesie tramite software<sup>735</sup>; oppure al brevetto registrato da Richard Thaler già nel 1998, n. US5659666 intitolato "Device for the Autonomous Generation of Useful Information"<sup>736</sup>; oppure ancora, spostandosi sul settore musicale, al brevetto attribuito al compositore Andrew Silverstein nel 2017, n. US9721551B2, dal titolo "Machines, systems, processes for automated music composition and generation"<sup>737</sup>; nel comparto audiovisivo, si consideri il brevetto accordato nel 2019 agli inventori Matthew Hanover e Richard Zhuang, dal nome "Automated Video Capture and Composition System"<sup>738</sup>.

Tuttavia, tale opzione di tutela si potrebbe scontrare con le esigenze di segretezza del modello in questione che verrebbero giocoforza pregiudicate dalla obbligatoria pubblicizzazione della domanda di brevetto contenente la descrizione del processo di *training* e dei criteri utilizzati per la selezione dei dati con cui "nutrire" l'algoritmo<sup>739</sup>. Se è vero che il titolare potrebbe far valere tale diritto nei confronti di coloro che compiono atti di *free riding* non autorizzati, non appare di certo semplice scoprirne la violazione per assicurare l'*enforcement*. Giova in ogni caso precisare che il brevetto insiste sul procedimento di creazione, ma non sulle creazioni stesse.

Peraltro, l'attribuzione di un doppio – o a volte triplo – incentivo in capo al medesimo soggetto, oltre a sostanzarsi in una sovra-remunerazione

---

economica del diritto non sarebbe adeguatamente attrezzata ad affrontare il ruolo dell'impresa innovativa, essendo basata sulla ricerca degli equilibri statici ottimali. Egli predilige infatti il metodo storico-sociologico. Si richiamano altresì le lucide osservazioni di G. PRIEST, *What economists can tell lawyers about intellectual property*, in *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, vol. 8, XXI, 1986, pp. 19-24, il quale afferma che l'analisi economica del diritto non sia parimenti efficace per determinare l'ambito delle condotte sanzionate dal diritto penale, nonché l'esatta misura delle pene. Tuttavia, con riguardo alla proprietà intellettuale, tale ragionamento risulta ancora più intricato dal momento che se vi è un comune consenso in ordine al pregiudizio al benessere della collettività derivante da omicidi o rapimenti non vi è un altrettanta certezza in ordine al danno sociale conseguente alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale.

<sup>733</sup> R.C. DENICOLA, *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, op. cit., pp. 251 ss.

<sup>734</sup> J. LEE, *Computer-generated Works under the CDPA 1988*, op. cit.

<sup>735</sup> Ufficio statunitense dei brevetti, n. 6647,395, depositato il 1° novembre 2000, richiamato da G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 371.

<sup>736</sup> Esso è stato altresì registrato presso l'ufficio europeo dei brevetti ed è stato pubblicato l'8 gennaio 2003, n. EP0786106.

<sup>737</sup> Anch'esso ha ottenuto la tutela nel territorio europeo con la pubblicazione del brevetto nel 2 febbraio 2022, n. WO2020154422.

<sup>738</sup> Ufficio statunitense dei brevetti, n. WO2020US47886, depositato il 26 agosto 2020.

<sup>739</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 168.

per la stessa attività tale da assegnare una ricompensa sproporzionata<sup>740</sup>, asseconderebbe gli interessi degli attuali detentori della *leadership* tecnologica a creare e mantenere, il più a lungo e il più intensamente possibile, situazioni escludenti la concorrenza attuale e potenziale<sup>741</sup> attraverso la selvaggia occupazione del maggior numero di aree creative<sup>742</sup>.

Questa particolare forma di colonizzazione sarebbe finalizzata ad acquisire la legittimazione per pretendere il risarcimento del danno da violazione del diritto d'autore insistente sulla massa elefantica di produzioni casualmente ottenute (cd. *copyright trolling*<sup>743</sup>), strumentalizzando l'assenza di formalità costitutive<sup>744</sup>.

Si veda in proposito il caso emblematico di Qentis, una società russa dall'ambizioso obiettivo di coprire tutto il settore letterario avvalendosi delle infinite combinazioni algoritmiche di 400 parole<sup>745</sup>. In tal modo, la società intendeva porre le condizioni fattuali per perseguire tutti i futuri scrittori basandosi sul presupposto che ogni articolo, rapporto, fosse stato già prodotto dal proprio algoritmo.

Sebbene il fenomeno fosse stato tragicamente apostrofato come l'apocalisse del diritto d'autore<sup>746</sup>, occorre ridimensionare il problema ricordando che il diritto d'autore tutela in ogni caso le creazioni indipendenti<sup>747</sup>. Ne consegue che Qentis avrebbe dovuto dimostrare che il plagiatario aveva copiato i contenuti presenti nel suo database, sostanziandosi di fatto in una *probatio diabolica*, atteso che l'individuazione dell'opera

---

<sup>740</sup> R.C. DENICOLA, *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, in *Rutgers University Law Review*, op. cit.

<sup>741</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 290.

<sup>742</sup> Analogamente A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, op. cit., p. 504, il quale avverte che «Sul piano del diritto antitrust la possibilità della creazione di milioni o miliardi di opere dell'ingegno (solo) oggettivamente originali, attraverso agenti sempre più sofisticati e costosi da parte di singoli enti o sviluppatori, porrebbe in crisi la facoltà dei terzi di creare opere nuove, trovando altrimenti i *newcomers* una barriera all'entrata di (pressoché infinite) opere protette».

<sup>743</sup> Per un interessante ricerca su tale pratica si rinvia a M. SAG, *Copyright Trolling. An Empirical Analysis*, in *Iowa Law Review*, vol. 100, 2014, pp. 1105-1147, il quale avverte efficacemente che il prolungamento della tutela del software sulle creazioni da esso prodotte «would potentially entitle coders to aggressive copyright protection for innumerable pieces of creativity».

<sup>744</sup> Su cui si richiamano nuovamente S. VAN GOMPEL, *Formalities in Copyright Law. An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, op. cit.; J.C. GINSBURG, *Berne-Forbidden Formalities and Mass Digitization*, op. cit.

<sup>745</sup> T. CUSHING, *New 'Company' Claims It Uses Algorithms To Create Content Faster Than Creators Can, Making All Future Creations Infringing*, *Techdirt*, 29 settembre 2014, disponibile al seguente link <https://www.techdirt.com/articles/20140929/08500728662/new-company-claims-it-uses-algorithms-to-create-content-faster-than-creators-can-making-all-future-creations-infringing.shtml>.

<sup>746</sup> A. MAXWELL, *Copyright Apocalypse: Trolls Attack the Net, From the Future*, in *TorrentFreak*, 28 settembre 2014, reperibile al seguente link: <https://torrentfreak.com/copyright-apocalypse-trolls-attack-the-net-from-the-future-140928/>.

<sup>747</sup> B. SCHAFER, D. KOMUVES, J. MANUEL, N. ZATARAIN, L. DIVER, *A fourth law of robotics? Copyright and the law and ethics of machine co-production*, in *Artificial Intelligence and Law*, vol. 23, III, 2015, pp. 225-226.

plagiata nell'enorme massa di produzioni *non-sense* equivarrebbe a trovare un ago in un gigantesco pagliaio.

L'accusato plagiario potrebbe a sua volta comprovare la natura indipendente del suo lavoro dimostrando di non aver mai avuto accesso al database costituito da Qentis oppure più semplicemente argomentando che quest'ultimo è talmente colmo di opere letterarie prive di significato che sarebbe impossibile reperire proprio l'opera oggetto di lite.

L'insostenibilità della tesi di riconoscere al titolare del software il diritto d'autore sulle creazioni automatizzate è confermata anche da un punto di vista di *business*, posto che i programmatori e le *software house* sono portatori dell'interesse allo sviluppo dell'appetibile mercato delle licenze d'uso sui programmi che forniscono "un aiuto" più o meno consistente nella realizzazione di nuove produzioni. Qualora essi fossero titolari anche del diritto d'autore su queste ultime creazioni, nessun utente sarebbe interessato ad acquistare la relativa licenza. Si dovrebbe quindi ricorrere ad una rinuncia contrattuale per l'esercizio dei diritti patrimoniali, posto che i diritti morali resterebbero comunque in capo al licenziante<sup>748</sup>.

Da ultimo, si rileva che la strumentalizzazione della normativa sul diritto d'autore al fine di moltiplicare gli oggetti su cui sarebbe esercitabile un diritto di esclusiva potrebbe costituire un *vulnus* a libertà e valori di pari (se non maggiore) rilievo, quali segnatamente la libertà di manifestazione del pensiero, il pluralismo mediatico, la diversità culturale<sup>749</sup>, l'ordine pubblico economico, tra le cui declinazioni possibili figura anche l'interesse alla conservazione della dinamicità dei mercati artistici e culturali (v. *infra* Capitolo Terzo).

### 9.4.3. (Segue) Pubblico dominio

Una valida alternativa è rappresentata invece dalla possibilità che le produzioni automatizzate afferiscano all'area del pubblico dominio<sup>750</sup>.

Giova premettere che il pubblico dominio rappresenta la faccia speculare del diritto d'autore, quell'area di creazioni (o di insieme di

---

<sup>748</sup> In tal senso, v. J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 85, segnalando che «An AI developer that would claim authorship (or even copyright co-ownership) in outputs generated with the aid of its system would probably not attract many customers. Assuming, as does this report, that AI systems will eventually become standard services or tools in the hands of business or commercial users and individual creators (similar to, e.g. Photoshop or Garage Band), the contractual terms of use of the AI system will probably resolve – and preclude – any such (co)authorship claims». Sul punto, cfr. altresì M. KOP, *AI & Intellectual Property: Towards an Articulated Public Domain*, op. cit.

<sup>749</sup> C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, op. cit., il quale avverte che lo sviluppo della creatività artificiale potrebbe intasare l'ecosistema creativo con *output* standardizzati, impattando negativamente la diversità culturale e l'identità politica.

<sup>750</sup> R. CASO, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, op. cit., il quale, dando conto della progressiva espansione del diritto d'autore a scapito del pubblico dominio, avverte che la protezione dei risultati prodotti dall'intelligenza artificiale comporterebbe un'ulteriore contrazione del pubblico dominio.

informazioni) fruibili da chiunque ne abbia interesse, vuoi perché inidonee a soddisfare il requisito di originalità (pubblico dominio ontologico), vuoi perché il termine di protezione è ormai spirato (pubblico dominio temporale)<sup>751</sup>. La sua mappatura si determina per sottrazione rispetto a ciò che è protetto dal diritto d'autore<sup>752</sup>. Vi rientrano altresì le fattispecie prefigurate dal legislatore in cui trovano applicazione le eccezioni e limitazioni del diritto d'autore (pubblico dominio funzionale), nonché quelle originanti dall'autonomia privata per effetto dell'adesione del titolare a regimi di libero sfruttamento dell'opera caratterizzati da diversi livelli di apertura (cd. licenze *copyleft*, che compongono il pubblico dominio volontario<sup>753</sup>). Sotto quest'ultimo profilo, il grado di apertura dipende dal tipo di licenza opzionata, essendo possibili svariate soluzioni dipendenti dagli interessi peculiari di cui è portatore l'avente diritto.

Secondo una corrente dottrinale, questa cartografia si arricchirebbe dell'ulteriore elemento di complessità rappresentato dalle opere non divulgate, rispetto alle quali si porrebbero i medesimi problemi di accessibilità dell'opera che si presentano nel caso in cui essa acceda all'esclusiva<sup>754</sup>. Tale tesi sembra condivisibile nella misura in cui essa si riferisce alle opere segrete rispetto alle quali sia scaduto il termine di protezione in quanto, sebbene teoricamente farebbero parte del pubblico dominio, esse non hanno mai fatto ingresso nello spazio culturale pubblico (e verosimilmente mai lo faranno, fatta eccezione per le opere postume) e resteranno pertanto estromesse da siffatta area. Di converso, le opere segrete sulle quali insiste il diritto d'autore risultano sia sotto il profilo giuridico che sotto quello pragmatico oggetto di esclusivo sfruttamento da parte del titolare.

La corrente di pensiero a favore del pubblico dominio rigetta quella linea interpretativa iperprotezionistica che si affatica nella ricerca ad ogni costo di una forma di esclusiva a cui una produzione artistica/culturale debba accedere, specialmente qualora vi siano dei seri dubbi in merito all'avveramento dei rispettivi presupposti<sup>755</sup>.

---

<sup>751</sup> S. DUSOLLIER, *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*, WIPO, 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, p. 6, secondo cui «The public domain is generally defined as encompassing intellectual elements that are not protected by copyright or whose protection has lapsed, due to the expiration of the duration for protection».

<sup>752</sup> *Ivi*, p. 7, «This study will keep a traditional view of the public domain, related to the subject matter not protected (or not any more) by copyright. Such a definition is primarily negative as its realm is the inverse of the scope of copyright protection».

<sup>753</sup> Questa tassonomia del pubblico dominio è proposta da J. CIANI, *Segni distintivi e pubblico dominio: il ruolo dell'imperativo di disponibilità nella registrazione e nella tutela del marchio*, Tesi di dottorato presso l'Università degli studi di Milano, 2015, pp. 38, riproposta nella successiva monografia dello stesso Autore, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit. Sul ricorso al pubblico dominio volontario come soluzione per rendere il diritto d'autore “fit for the digital age” v. in particolare L. LESSIG, *(Re)creativity: how creativity lives*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, op. cit., pp. 15-22.

<sup>754</sup> J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 275.

<sup>755</sup> Per una prospettiva lungimirante a censura del «too much copyright» v. J. LADDIE, *Copyright: Over-Strength, Over-Regulated, Over-Rated*, op. cit.

Si mira così a porre un argine alle derive (iper)protezionistiche conseguenti all'espansione dei diritti di esclusiva/privativa affinché possa preservarsi un'area di pubblico dominio sufficientemente ampia da consentire nuove forme di creatività derivata<sup>756</sup>. In questa prospettiva, si conferma la bontà del principio di precauzione anche quando occorre stabilire se introdurre nuovi diritti di esclusiva o mantenere lo *status quo*, nonostante quest'ultima soluzione implichi l'assenza di tutela dei nuovi beni indagati<sup>757</sup>.

Appare fortemente ravvisabile il rischio che un nuovo allargamento dei diritti esclusivi produca un effetto disincentivante per lo sviluppo dell'arte e della cultura in quanto i loro produttori sarebbero meno propensi ad intraprendere l'aumentato rischio di collidere con un'opera già creata e protetta, con tutti gli effetti legali che ne conseguono.

Tale ragionamento appare ancor più persuasivo con riferimento alle produzioni automatizzate mediante intelligenza artificiale ove si consideri la rafforzata capacità computazionale di tali algoritmi, i quali sono in grado di generare sempre più lavori in tempi ancor più serrati<sup>758</sup>.

Emblematico è l'algoritmo elaborato da Philip M. Parker, Professore di Marketing alla Insead Business School, in grado di realizzare già nel lontano 2008 oltre 200.000 libri dal costo variabile tra € 0,20 a € 0,50, sostanzialmente pari a quello dell'elettricità consumata<sup>759</sup>. Il servizio non casualmente denominato *publishing on demand* permette all'utilizzatore di indicare l'argomento che vorrebbe approfondire per far sì che il software elabori quasi in modo sartoriale un libro cucito sui particolari interessi dell'utente, basandosi sulle informazioni reperibili online. Si evidenzia così che la

---

<sup>756</sup> A favore della soluzione del pubblico dominio cfr. S. STOKES, *Art and copyright: some current issues*, op. cit., p. 277; M. DE COCK BUNING, *Artificial Intelligence and the Creative Industry: New Challenges for the EU Paradigm for Art and Technology by Autonomous Creation* in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di) *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 529 ss.; A.H. KHOURY, *Intellectual Property Rights for "Hubots": On the Legal Implications of Human Like Robots as Innovators and Creators*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 35, 2017, pp. 635-654. *Amplius*, J. BOYLE, *The public domain. Enclosing the commons of the mind*, op. cit.

<sup>757</sup> J. CABAY, *Droit d'auteur et intelligence artificielle: comparaison n'est pas raison*, in *Entertainment Law*, 2019, VI, pp. 307-325, il quale evidenzia che l'applicazione di tale principio consente di evitare conseguenze indesiderabili, tra cui, ad esempio, l'insorgere di un rapporto di concorrenza tra la creatività umana e quella artificiale. A conclusioni simili, seppur muovendo da premesse diverse, giunge altresì C. GALLI, *La proprietà intellettuale nell'era digitale: la necessità di un quadro d'insieme*, op. cit., p. 11, che evidenzia l'eterogeneità delle discipline speciali introdotte per far fronte alle nuove tecnologie, rendendo particolarmente arduo ricondurre ad unità e coerenza il quadro normativo.

<sup>758</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., pp. 397-398, avvertendo che «[e]xtending copyright to CGs, even in the form of dissemination rights, come with serious blacklashes. AI applications can generate thousands of new works a day, and unlike human authors are virtually unperishable. This is to mean that CGWs protection may allow the person in control of the AI to routinely, and even perpetually, stockpile copyright on newly generated computer creations».

<sup>759</sup> N. COHEN, *He Wrote 200,000 Books (but Computers Did Some of the Work)*, *New York Times*, 14 aprile 2008, reperibile al seguente link: <https://www.nytimes.com/2008/04/14/business/media/14link.html>.



marginale partecipazione umana durante il processo creativo contribuisca sia ad una maggiore produttività che ad un abbattimento di costi.

Non saremmo incauti profeti nel prevedere che l'attribuzione di un diritto monopolistico su tutte le produzioni automatizzate avrebbe un effetto pericolosamente corrosivo sull'area del pubblico dominio<sup>760</sup>, tenuto conto altresì che l'assenza di formalità potrebbe creare incertezza sullo stato di protezione delle opere<sup>761</sup>. L'esistenza di milioni – se non miliardi – di creazioni prodotte dalle macchine potrebbe infatti bloccare l'attività creativa degli artisti e degli scienziati (in senso lato). Al rischio di una congestione dei mercati creativi direttamente proporzionale alla capacità di computazione dell'algoritmo si accompagna quello di svalutare la creatività umana e l'intera filiera produttiva ad essa collegata<sup>762</sup>.

#### 9.4.4. (Segue) Diritto connesso

Una linea interpretativa mediana tra il riconoscimento del diritto d'autore e la caduta nel pubblico dominio è rappresentata dalla possibilità che i risultati della creatività automatizzata accedano al diritto connesso previsto per i produttori di fonogrammi, di cui all'art. 72 e ss., l.d.a.<sup>763</sup>, e, secondo alcuni, anche del diritto connesso di telediffusione, di cui all'art. 79, l.d.a.<sup>764</sup>. Inoltre, la carenza di requisiti antropocentrici per il riconoscimento del nuovo diritto connesso sulle pubblicazioni giornalistiche in favore degli editori, previsto all'art. 43-bis, l.d.a., introdotto dall'art. 1, lett. c), del d.lgs. dell'8 novembre 2021, n. 177, farebbe propendere per la possibilità che le creazioni

---

<sup>760</sup> C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, op. cit.

<sup>761</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 376.

<sup>762</sup> I. KALPOKAS, J. KALPOKIENE, *Beyond Anthropocentric Creativity: AI, Humans, and Going beyond Copyright*, relazione esposta all'Università di Stirling l'8 ottobre 2021 in occasione della conferenza "Are we owned? A Multidisciplinary and Comparative Conversation on Intellectual Property in the Algorithmic Society", i quali avvertono l'esistenza del rischio che le capacità produttive dell'intelligenza artificiale nei settori artistici e culturali potrebbero disincentivare le attività creative svolte dagli esseri umani. Gli Autori ritengono che debba valorizzarsi l'approccio antropocentrico del diritto d'autore per attribuire rilievo giuridico esclusivo alla creatività umana in quanto tale. Inoltre, essi propongono di adottare un sistema simile a quello delle indicazioni di provenienza per certificare l'origine umana della creazione in modo tale da distinguerla da quella "sintetica". In questa prospettiva, si potrebbe immaginare la possibilità di istituire dei marchi collettivi o di certificazione tramite i quali promuovere le forme di creatività umana.

<sup>763</sup> N. MUCIACCIA, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol. 48, IV, 2021, pp. 761 ss.

<sup>764</sup> J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 8, i quali ritengono che «AI-assisted broadcasts may find protection under the related rights of broadcasters. None of these related rights provide for a threshold requirement, making these regimes available for AI-assisted outputs that are generated without any creative human involvement – even absent significant economic investment. In most cases, the user – not the developer – of the AI system will be deemed the owner of the related right, since it is the user that triggers the acts that give rise to these rights by activating the AI system».

automatizzate siano parimenti in grado di soddisfare i requisiti di accesso a siffatta forma di tutela.

La bontà della tesi fondata sul diritto connesso sembra essere confermata dalla circostanza che essa non tradisce il paradigma personalistico su cui si fonda il diritto d'autore in quanto i diritti connessi sono finalizzati a remunerare gli investimenti sostenuti da coloro che permettono la fruizione e la diffusione delle opere dell'ingegno<sup>765</sup>. A differenza del diritto d'autore, essi non richiedono che la creazione sia idonea ad esprimere la personalità dell'autore in modo originale, essendo sufficiente uno sforzo finanziario volto ad incrementare le possibilità di propagazione di un'opera dell'ingegno<sup>766</sup>.

Tuttavia, per quanto tale forma di protezione possa risultare maggiormente coerente rispetto alle caratteristiche della creatività artificiale, essa appare oggettivamente limitata in quanto concernerebbe soltanto le creazioni nell'ambito giornalistico, musicale ed eventualmente audiovisivo. Dunque, essa non riflette le ormai acclamate capacità poliedriche dell'intelligenza artificiale in tutti i restanti settori artistici/culturali, specialmente nell'ambito delle arti visive.

Peraltro, vale la pena di rammentare che anche per il format televisivo era stata proposta l'estensione analogica della tutela quinquennale prevista dal diritto connesso sul bozzetto non originale, ai sensi dell'art. 86 l.d.a., ritenendo che il format non sarebbe altro che una bozza di opera da cui viene sviluppato e tratto un programma televisivo<sup>767</sup>. La comunanza di funzione tra il bozzetto e il format, costituita dalla definizione della traccia da seguire per la realizzazione dell'opera definitiva, giustificherebbe il riconoscimento in via analogica del diritto connesso espressamente previsto per la prima tipologia di produzione. Tuttavia, nemmeno per i format tale tesi sembra aver trovato un riscontro giurisprudenziale.

#### **9.4.5. (Segue) Diritto *sui generis***

Parte della dottrina<sup>768</sup> è coralmemente orientata verso la previsione di un diritto *sui generis* argomentandone la bontà sulla base delle esperienze

---

<sup>765</sup> *Amplius*, C. SGANGA, *The Many Metamorphosis of Related Rights in EU Copyright Law: Unintended Consequences or Inevitable Developments?*, op. cit., pp. 821-833 ed il ricco apparato bibliografico citato.

<sup>766</sup> UKIPO, *Consultazione pubblica Artificial Intelligence and IP*, op. cit.

<sup>767</sup> E. PROSPERETTI, F. TOZZI, V. COMANDINI, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 31.

<sup>768</sup> Y. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 286; A.L. DIAS PEREIRA, *A copyright human-centred approach to AI?*, op. cit., pp. 323-324; S. SCALZINI, *Fattispecie costitutiva del diritto d'autore*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, op. cit., pp. 976-977; A. LAUBER-RÖNSBERG, S. HETMANK, *The concept of authorship and inventorship under pressure: Does artificial intelligence shift paradigms?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, VII, 2019, pp. 576-577, i quali argomentano che il riconoscimento di un diritto *sui generis* assicurerebbe la necessaria tutela per queste specifiche produzioni, promuovendo gli investimenti senza al contempo deformare i concetti di originalità e di creatività. Analogamente, A. PAPADOPOULOU, *Creativity in crisis: are the creations of artificial intelligence worth protecting?*, in *Journal of Intellectual Property, Information*

pregresse – di discusso successo – avutesi con le banche dati<sup>769</sup> (v. *infra* par. 10) e, molto più recentemente, con il diritto di nuovo conio riconosciuto agli editori giornalistici dalla direttiva cd. *digital copyright*<sup>770</sup>.

Tra le possibili conformazioni del nuovo diritto *sui generis*, vi è chi sostiene che esso debba avere una durata di 25 anni a partire dalla data di pubblicazione dell'opera ispirandosi all'art. 4 della direttiva 2006/116/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi in quanto tale diritto incentiverebbe la disseminazione dei lavori affinché poi cadano nel pubblico dominio e risolverebbe eventuali conflitti nell'ipotesi di due creazioni uguali, posto che in tal caso occorrerebbe ammettere l'esistenza di un requisito di novità affianco a quello di originalità<sup>771</sup>.

D'altronde, si ricorda che una simile idea era stata suggerita per il format televisivo<sup>772</sup>, riconducendolo alla categoria di elaborazione dottrinale

---

*Technology and E-Commerce Law*, III, 2021, pp. 408-418. *Contra* J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 70, i quali invece escludono la sussistenza del requisito di novità nel diritto d'autore – a differenza di quanto previsto per i disegni e per i brevetti –, ritenendo che due opere indipendenti possano godere della medesima tutela, a condizione che soddisfino il requisito di originalità. Essi si esprimono nei seguenti termini: «Originality in copyright law is not to be confused with novelty in design or patent law. A production that is the result of creative choices may qualify as a protected “work” even if it is identical to an earlier work, provided the second author did not copy the first». Se in linea teorica tale principio mira a remunerare l'attività creativa anche in presenza di incontri fortuiti, da un punto di vista pratico appare alquanto arduo – eccetto il caso di *Qentis et similia* di cui sopra – dimostrare che il secondo autore non ha copiato il primo. Come evidenziato da A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., p. 64, il tema degli incontri fortuiti ha diviso la dottrina in più correnti che sembrano oggi confluire nel riconoscimento della tutela in favore di colui che sia in grado di provare di avere creato e concretizzato l'opera prima dell'altro, come anche attestato da L.C. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano, 2000. In questa prospettiva, la novità potrebbe essere considerata come un indizio di originalità dell'opera indagata, ma non come requisito autonomo.

<sup>769</sup> Cfr. G. NOTO LA DIEGA, *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, op. cit., pp. 94-95.

<sup>770</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, art. 15. Per un'analisi della disposizione sia consentito rinviare a V. IAIA, *The remodelled intersection between copyright and antitrust law to straighten the bargaining power asymmetries in the digital platform economy*, in *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 29, III, 2021, pp. 169-203. Basti qui sottolineare che il diritto riconosciuto agli editori non prevede alcun tipo di requisito di accesso alla protezione, come previsto tradizionalmente per gli altri diritti di proprietà intellettuale. Nel recepimento italiano, avvenuto per effetto del d.lgs. 177 dell'8 novembre 2021, si introduce l'art. 43-bis, il quale al comma 2 definisce ampiamente l'oggetto della tutela costituito dalle pubblicazioni di carattere giornalistico composte principalmente da opere letterarie che possono anche includere altre opere e materiali protetti, come fotografie o videogrammi, aventi la funzione di informare il pubblico su notizie, o altri argomenti.

<sup>771</sup> A. RAMALHO, *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems*, op. cit., p. 25.

<sup>772</sup> Come riportato da L. PARRINELLO, *Fattore format. Intervista a G. Assumma*, in *Tivu*, 2006, l'assenza di una tutela esplicita del format ai sensi della legge sul diritto d'autore aveva portato l'Avv. Giorgio Assumma a proporre anche l'ipotesi di introduzione di un nuovo diritto *sui generis* per il format televisivo, che si porrebbe a metà strada del processo produttivo, ovvero tra l'idea e l'opera definitiva. Esso rifletterebbe anche l'esigenza di

delle quasi opere<sup>773</sup>. Giova però notare che nonostante questa proposta non si sia mai tradotta in una risposta legislativa, non vi è dubbio che la fortuna commerciale del format abbia seguito (e stia tutt'ora seguendo) una parabola ascendente, anche perché la possibilità di accesso alla tutela d'autore è ormai indiscussa.

Ciò premesso, prima dell'introduzione *ad libitum* di un nuovo diritto, sarebbe opportuno seguire un approccio prudenziale che ne contemperì i costi e benefici sociali. L'aggiunta di un diritto di esclusiva così come l'allargamento di quelli già esistenti può tollerarsi soltanto qualora i costi sociali siano inferiori ai rispettivi benefici netti<sup>774</sup>. Pertanto, sia gli organi legislativi che giurisdizionali dovrebbero essere cauti prima di adottare delle decisioni che restringano in modo ulteriore l'area del pubblico dominio, essendovi legittimati soltanto qualora venga fornita la prova che l'espansione dei diritti di proprietà intellettuale sia necessaria a sviluppare l'innovazione in un determinato settore<sup>775</sup>.

In questa traiettoria che tenta di arginare la *vis expansiva* che non riguarda solo il diritto d'autore ma attraversa trasversalmente i diritti di proprietà intellettuale<sup>776</sup>, sarebbe possibile aderire alla tesi che muove verso un nuovo diritto *sui generis ad hoc* previa dimostrazione di evidenze empiriche che testimonino la necessità di un'apposita forma di protezione volta a mantenere e incentivare gli investimenti nelle funzioni "creative" dell'intelligenza artificiale. Sembra quindi possibile ritenere che la soluzione già concepita per una precedente tecnologia possa innestarsi – al netto di taluni raffinamenti giustificati dalla maggiore velocità dell'economia dell'informazione contemporanea – con riferimento a questa più recente innovazione alla luce del simile esercizio di compromesso volto a trovare una collocazione giuridica che protegga i rispettivi interessi finanziari senza sacrificare l'impronta personalistica della proprietà intellettuale.

Comunemente alle banche dati, tale diritto *sui generis* sarebbe condizionato alla sussistenza di un investimento apprezzabile sia in termini

---

fissazione del format che assimilerebbe la protezione ad un diritto connesso piuttosto che a un diritto d'autore.

<sup>773</sup> M. BUYDENS, *La protection de la quasi-création*, Larcier, Bruxelles, 1993.

<sup>774</sup> In questi termini cfr. J.C. GINSBURG, L.A. ALIBRANDO, *Authors and Machines*, op. cit., pp. 455-456; J. IHALAINEM, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, op. cit., p. 728; R. YU, *The Machine Author, What Level of Copyright Protection is Appropriate for Fully Independent Computer-Generated Works?*, op. cit., p. 1245; J. MCCUTCHEON, *The Vanishing Author in Computer-Generated Works: a Critical Analysis of Recent Australian Case Law*, in *Melbourne University Law Review*, vol. 36, III, 2013, pp. 915-969; L. HARRISON, *A Positive Externalities Approach to Copyright Law: Theory and Application*, in *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 13, I, 2005, pp. 3-58; T. DREIER, *Balancing proprietary and public domain interests: inside or outside of proprietary rights?*, in R.C. DREYFUSS, D.L. ZIMMERMAN, H. FIRST (a cura di), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

<sup>775</sup> Cos , C. GEIGER, *The Construction of Intellectual Property in the European Union: Searching for Coherence*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspective*, EIPIN Series Vol. 1, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, 2013, p. 21.

<sup>776</sup> J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella societ  della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 19.

quantitativi che qualitativi, evitando di snaturare ancora una volta la funzione del diritto d'autore che attualmente appare bicefala, promuovendo, da un lato, lo sviluppo dell'arte e della cultura e, dall'altro, gli investimenti finanziari in determinati settori tecnologici<sup>777</sup>.

Di converso, la durata dell'eventuale nuovo diritto *sui generis* sarebbe più prossima a quella prevista per gli editori giornalistici piuttosto che a quella riconosciuta per i costitutori delle banche dati, tenuto conto dei tempi digitali molto più accelerati rispetto al passato in virtù dei quali è possibile ammortizzare l'investimento sostenuto con una maggiore speditezza<sup>778</sup>.

Altri autori ritengono invece applicabile direttamente il diritto *sui generis* previsto per le banche dati qualora le produzioni automatizzate siano inserite all'interno di un database<sup>779</sup>.

#### 9.4.6. (Segue) Segreto commerciale

Sembra di certo meno praticabile la protezione offerta dalla disciplina in materia di segreto commerciale, di cui agli artt. 98 e ss., c.p.i., novellata per effetto della direttiva 2016/943/UE<sup>780</sup>.

Giova premettere che l'art. 98, c.p.i., il quale riprende pedissequamente l'art. 2, n. 1), della direttiva, subordina tale forma di tutela al soddisfacimento

---

<sup>777</sup> Sulla necessità di estirpare la funzione utilitaristica dal diritto d'autore moderno si rinvia diffusamente a C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, op. cit. Analogamente M. BORGHI, *Diritto a compenso per gli artisti interpreti-esecutori di Stati terzi all'Unione europea*, in *Giurisprudenza Italiana*, V, 2021, pp. 1119-1127, il quale, nel commentare la sentenza della CGUE dell'8 settembre 2020, causa C-753-19, RAAP, EU:C:2020:753, che ha riconosciuto all'artista interprete-esecutore il diritto fondamentale derivante dallo status di artista, aderisce alla visione personalista della proprietà intellettuale in contrasto all'orientamento spesso privilegiato dal legislatore in cui prevalgono i diritti proprietari a tutela dell'investimento. Ad avviso dell'Autore, «Il riconoscimento della specificità dello status individuale di artista interprete o esecutore, nella sua irriducibile differenza rispetto ad altri soggetti imprenditoriali, fornisce un preciso contorno normativo che potrebbe orientare l'azione del legislatore e della giurisprudenza nazionale negli anni a venire».

<sup>778</sup> Similmente M. SENFTLEBEN, L. BUIJTELAAR, *Robot Creativity: An Incentive-Based Neighboring Rights Approach*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 42, XII, 2020, p. 797, i quali sostengono che la durata del diritto di nuovo conio dovrebbe essere sufficientemente lunga per recuperare l'investimento e al contempo sufficientemente corto da prevenire ostacoli ingiustificati alla realizzazione di attività creative di remix che supportano la crescita culturale mediante opere incrementali.

<sup>779</sup> G. NOTO LA DIEGA, *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, op. cit., p. 95, esponendosi nei seguenti termini: «[t]he sui generis right may be the best, if not the lonely, way to protect AI 'authorial' works. Indeed, even if AI works currently fall outside the scope of copyright law for lack of originality, they could nonetheless be protected if part of a database. Thus, thanks to AI, the sui generis right may become more important than it ever was».

<sup>780</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, L 157/1, commentata nella dottrina italiana da V. FALCE, *Tecniche di protezione delle informazioni riservate. Dagli Accordi TRIPS alla Direttiva sul segreto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2016, pp. 129 ss. *Amplius*, IDEM, *La tutela dei segreti industriali e commerciali*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, op. cit., pp. 855-902.

cumulativo di tre requisiti, esigendo che le informazioni (i) siano segrete nel senso di non essere, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione; (ii) abbiano valore commerciale in quanto segrete; (iii) siano state sottoposte a misure ragionevoli, secondo le circostanze, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a mantenerle segrete.

Le peculiarità di tale disciplina è già apprezzabile nei requisiti di eleggibilità che ne hanno determinato l'esposizione alle critiche della migliore dottrina, la quale ha evidenziato l'aporia dei diritti riconosciuti sui segreti commerciali rispetto agli altri diritti di proprietà industriale, nonché rispetto all'avvertita necessità di assicurare (prima o poi) la «divulgazione della conoscenza per la crescita dell'umanità e della cultura tecnica industriale e a vantaggio dell'innovazione e della concorrenza»<sup>781</sup>. Si ha l'impressione che l'esercizio di bilanciamento raggiunto in questo istituto sia orientato verso l'esclusivo vantaggio dell'interesse privato, vista l'assenza di temperamenti a favore della collettività.

Invero, il *fil rouge* che accomuna l'attribuzione di tutti gli altri diritti di proprietà intellettuale risiede in modo più o meno evidente nella pubblicazione (la cd. *disclosure*) del risultato intellettuale. Al contrario, la protezione del segreto commerciale è subordinata, *inter alia*, al mantenimento della segretezza dell'informazione. Non è un caso che alcuni studi empirici mostrino come le imprese, al fine di proteggere le proprie invenzioni, prediligano strumenti informali (come il segreto commerciale, caratterizzata da una tutela senza limiti temporali, senza costi, né oneri di divulgazione ai terzi e in grado di coprire anche invenzioni non brevettabili) piuttosto che quelli formali tipici della proprietà intellettuale (diritto d'autore, marchi e brevetti)<sup>782</sup>.

Sebbene questa tutela possa apparire adeguata per i Big Data (v. *infra* par. 11), essa non sembra adatta alle creazioni automatizzate dal momento che il loro sfruttamento ne presuppone la pubblicazione al di fuori della rispettiva filiera produttiva.

Sicché, la vocazione alla fruizione collettiva delle opere dell'ingegno impedisce l'avveramento di uno dei requisiti necessari per la protezione prevista dalla disciplina in materia di segreto commerciale<sup>783</sup>.

---

<sup>781</sup> A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., p. 28, il quale richiama G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, UTET, Torino, 1971, unitamente a G. GUGLIEMMETTI, *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, op. cit.

<sup>782</sup> G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, op. cit., p. 15.

<sup>783</sup> Analogamente, G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 374, il quale segnala che «[o]ther branches of legal system are equally ill-suited to protect AI-outputs. For instance, trade secret law can prevent the theft or misappropriation of undisclosed AIs, but has little role to play once the relevant information is made available to the public».

#### 9.4.7. (Segue) Forme di protezione esterne al prisma della proprietà intellettuale

Al netto delle opzioni di tutela ricavabili dall'armamentario dei diritti di proprietà intellettuale, è possibile altresì ricorrere alla consistente gamma di strumenti di protezione puramente civilistici che erano stati già proposti come forme alternative di salvaguardia contro gli atti di *free riding* dei terzi aventi ad oggetto creazioni intellettuali atipiche, quali il format televisivo e il concept store. Autorevole dottrina ha evidenziato che il vantaggio di tali forme di tutela risiede nella loro emancipazione dalla costruzione antropocentrica caratterizzante i diritti di proprietà intellettuale, nonché nella possibilità di soddisfare l'esigenza strategico-commerciale di segretezza (per lo più percepita con riguardo ai Big Data rispetto alle creazioni automatizzate)<sup>784</sup>.

Tra le possibili soluzioni, figura anzitutto la disciplina della concorrenza sleale, sia per imitazione servile che per atti parassitari, ai sensi dell'art. 2598, nn. 1) e 3), c.c.<sup>785</sup>, dovendo tuttavia tener conto che essa è soggettivamente condizionata alla qualità di imprenditore sia del soggetto attivo che del soggetto passivo della condotta (o dell'insieme di condotte)<sup>786</sup>.

A tal riguardo, già da tempo, la migliore dottrina esprimeva il proprio favore verso l'istituto della concorrenza sleale come una valida alternativa di tutela ai diritti di proprietà intellettuale nella prospettiva di evitare un'inopportuna estensione del diritto d'autore a produzioni non ben sviluppate, proprio come i format<sup>787</sup>. Se è vero che gli *output* prodotti dall'intelligenza artificiale possono risultare invece ben articolati, essi non sempre risultano tutelabili dai diritti di esclusiva per i motivi sovraesposti.

---

<sup>784</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 169, i quali ritengono che la scarsa attrattività o recettività delle opzioni di tutela nell'ambito della proprietà intellettuale sia compensata dall'esistenza di strumenti giuridici alternativi esterni a tale branca del diritto che si sono rivelati maggiormente adeguati a proteggere i menzionati investimenti tecnologici. Sulla possibilità di attingere a rimedi alternativi ai diritti di proprietà intellettuale per siffatte creazioni v. diffusamente J. DREXL, R. HILTY, L. DESAUNETTES-BARBERO, J. GLOBOCNIK, O. BEGOÑA GONZALEZ OTERO, J. HOFFMANN, D. KIM, S. KULHARI, H. RICHTER, S. SCHEUERER, P. R. SLOWINSKI, K. WIEDEMANN, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 21-10, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3822924>.

<sup>785</sup> Così, L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., p. 117; J. IHALAINEN, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, op. cit., pp. 727-728. Giova ricordare che questa tesi era stata già sostenuta con riguardo al format da parte di E. PROSPERETTI, F. TOZZI, V. COMANDINI, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 2.

<sup>786</sup> Per più ampie considerazioni in materia di concorrenza sleale si rinvia a L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, in AA. VV., *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 551 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 42-44. Con specifico riguardo alla concorrenza sleale parassitaria si veda C. PASCHI, *La concorrenza parassitaria ex art. 2598 n. 3 e la sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2012, pp. 223 ss.

<sup>787</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 186,

Nondimeno, è possibile configurare un atto di concorrenza sleale in quanto esso prescinde dall'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale, essendo questa disciplina finalizzata a tutelare gli investimenti sostenuti da un'impresa per conquistare la propria fetta di mercato.

Secondo alcuni Autori, sarebbe altresì possibile richiedere il risarcimento del danno per violazione del carattere confidenziale del format a titolo di responsabilità contrattuale allorché vi siano degli accordi di riservatezza, ai sensi dell'art. 1218, c.c., fermo restando il carattere relativo della tutela contrattuale, nonché di invocare la tutela sussidiaria in materia di arricchimento senza causa, ex art. 2041, c.c.<sup>788</sup>. Non sembra ci siano particolari ostacoli che impediscono l'estensione di tali forme di tutela anche per tutte le produzioni ottenute mediante intelligenza artificiale<sup>789</sup>, confermando la tesi secondo cui il mancato riconoscimento della protezione autoriale non precluderebbe la possibilità di avvalersi di strumenti di tutela alternativi.

Alle misure giuridiche di protezione si accompagnano quelle tecnologiche, essendo ormai acclarata l'esistenza di svariate soluzioni informatiche in cui si annoverano altresì delle misure che portano alla distruzione del contenuto qualora l'utente abbia compiuto delle operazioni non autorizzate<sup>790</sup>. Giova tuttavia precisare che la legittimità di tali misure è condizionata alla sussistenza di un diritto di proprietà intellettuale<sup>791</sup>, anche al fine di evitare l'indebita appropriazione di produzioni nel pubblico dominio. Le misure tecnologiche di protezione non si pongono infatti in

---

<sup>788</sup> I. GARACI, *Tutela del format televisivo e prospettive di regolamentazione giuridica*, op. cit., pp. 115-117.

<sup>789</sup> Sull'idoneità della disciplina contrattuale e di quella in materia di segreto commerciale ad offrire un'efficace forma di protezione alle creazioni automatizzate v. J.C. GINSBURG, L.A. ALIBRANDO, *Authors and Machines*, op. cit., pp. 455-456. V. altresì, A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., p. 72, il quale evidenzia che l'assenza di protezione autoriale non esclude la possibilità di attrarre altre forme di protezione, come il ricorso a strumenti contrattuali adeguati oppure al diritto da prestazione professionale, ex art. 2230, c.c.

<sup>790</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 169. In senso critico su una delle moderne soluzioni tecniche di bilanciamento tra protezione e promozione della cultura rappresentata dalla "degradazione" delle opere in libera circolazione che si concretizza nella diffusione di immagini e di musica a bassa risoluzione per incentivare l'acquisto delle opere integrali, v. V. FRANCESCHELLI, *Il buon droit d'auteur d'antant e l'odioso diritto d'autore di oggi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2008, p. 151, il quale sollecita un ripensamento del diritto d'autore al fine di ricondurlo alla sua «benemerita e tradizionale funzione: proteggere l'ingegno umano e l'arte».

<sup>791</sup> Direttiva InfoSoc, art. 6, par. 3, «Ai fini della presente direttiva, per "misure tecnologiche" si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto sui generis previsto al capitolo III della direttiva 96/9/CE». Sul tema, cfr. M. TRAVOSTINO, *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, in *Giurisprudenza Italiana*, X, 2011, pp. 10 ss.; R. CASO, *Digital rights management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, CEDAM, Padova, 2006; G. SPEDICATO, *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nelle normative italiana e comunitaria*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, IV, pp. 535-580.



rapporto di sostituzione alla tutela che può essere riconosciuta esclusivamente dalla legge, bensì in rapporto di sostegno all'effettivo esercizio del diritto.

### 9.5. (Segue) Alcuni primi punti fermi

L'insorgenza massiva di creazioni automatizzate ha offerto l'occasione per esplorare i confini del diritto d'autore, facendo affiorare numerosi interrogativi: quale reazione sarebbe preferibile adottare rispetto all'attuale invasione "tecno-barbarica"<sup>792</sup> nella creatività umana, considerato che non è ancora giunta l'era del cd. (I)Autore<sup>793</sup>? Esiste davvero il bisogno di contemplare una forma di tutela in favore di qualcosa che si pone nell'ottica di sostituire l'intelletto umano? In tal caso, quale diritto sarebbe ragionevole prevedere? E quali potrebbero essere le conseguenze sul mercato della creatività (rispetto soprattutto a quelle situazioni limite dal basso gradiente creativo)?

La memoria storica porterebbe a svolgere un parallelismo con il format televisivo in quanto anch'esso, alla sua nascita, aveva – almeno per certi versi – messo in discussione alcuni capisaldi del diritto d'autore, specialmente l'oggetto della tutela, l'applicazione del principio dicotomico idea-espressione e la corretta declinazione del requisito di originalità (v. *infra* par. 18.2.).

A circa un ventennio di distanza, le pluriformi manifestazioni della creatività artificiale rimettono in dubbio la tenuta del diritto d'autore, portando ad interrogarsi se il quadro regolatorio vigente possa accomodare le produzioni artistiche/culturali ottenute mediante l'impiego dell'intelligenza artificiale.

Invero, i decisori politici sono alle prese con la ricerca del Sacro Graal rappresentato dalla soluzione idonea a contemperare i vecchi e i nuovi interessi in tensione nella complessa dialettica tra privatizzazione e pubblico dominio<sup>794</sup>. Ad ogni modo, l'assolvimento di questo compito parecchio intricato sembra essere governato da alcune coordinate assiologiche ricorrenti: (i) incoraggiare lo sviluppo dell'intelligenza artificiale e promuovere il suo sfruttamento a beneficio della collettività, (ii) preservare il ruolo centrale della proprietà intellettuale nella promozione dell'innovazione

---

<sup>792</sup> Questa eloquente espressione è stata adoperata da F.J. CABRERA BLÁZQUEZ, *Copyright*, in M. CAPPELLO (a cura di), *Artificial intelligence in the audiovisual sector*, op. cit., p. 85.

<sup>793</sup> G. FROSIO, *L'(I)Autore inesistente, una tesi tecno-giuridica contro la tutela dell'opera generata dall'intelligenza artificiale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, pp. 52-90.

<sup>794</sup> Le difficoltà di bilanciamento sono parimenti stressate dalla dottrina, tra cui cfr. R.M. HILTY, S. NÉRISSON (a cura di), *Balancing Copyright-A Survey of National Approaches*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2012; R.M. HILTY, *The Expansion of Copyright Law and its Social Justification*, in C. HEATH, K.C. LIU (a cura di), *Copyright Law and the Information Society in Asia*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2007; R.M. HILTY, C. GEIGER (a cura di), *The Balance of interest in Copyright law*, MPI for IP and Competition Law, Monaco, 2006.

e della creatività umana, (iii) assumere una decisione politica sulla base delle più attendibili evidenze economiche<sup>795</sup>.

È interessante rilevare che la maggior parte delle soluzioni divise dalla dottrina echeggia molte delle tesi già proposte con riguardo ai format televisivi, dimostrando il carattere ciclico con cui si ripetono questioni tra loro alquanto simili, spesso in occasione delle inedite forme espressive in cui fiorisce la creatività umana (oppure, in questo specifico caso, robotica). Occorre quindi far tesoro del dato storico per poi valutare l'esistenza di eventuali elementi scriminanti rispetto alle questioni già affrontate che giustifichino uno scostamento rispetto alle soluzioni per esse prospettate.

Con riferimento alle produzioni mediante intelligenza artificiale, è emersa anzitutto l'utilità di un *distinguo* tra forme di creatività assistita e forme di creatività automatizzata. Giova tuttavia segnalare che tale separazione non è sempre così lineare in quanto potrebbero esserci delle produzioni che si collocano idealmente nella terra di confine tra le due menzionate forme di creatività artificiale.

Si tratta di quei casi limite il cui l'apporto umano non risulta così irrisorio a fronte di quello algoritmico da poter attribuire l'origine della creazione soltanto a quest'ultimo, ma nemmeno così consistente per affermarne l'asservimento alla volontà umana. Si pensi, ad esempio, alle composizioni musicali prodotte utilizzando la piattaforma online AIVA: l'utente compie anzitutto la scelta del genere musicale rispetto a dodici alternative possibili, quali a titolo illustrativo, pop, elettronico, jazz, ecc.; successivamente, l'utilizzatore ha la possibilità di impostare altri cinque parametri, ma potrebbe anche cliccare direttamente sull'icona di realizzazione della composizione musicale denominata *create track*. Risulta quindi sufficiente selezionare uno dei dodici stili elencati per vedersi prodotta una canzone. Peraltro, qualora si ripeta l'operazione scegliendo il medesimo genere musicale viene rilasciata una canzone diversa dalla precedente.

Orbene, in quest'ipotesi in cui la scelta umana è circoscritta ad una selezione tra dodici alternative appare certamente arduo poter affermare che l'opera finale esprima scelte libere e creative, nonostante le condizioni generali di servizio di AIVA si riferiscano discutibilmente alla composizione audio generata dall'utente<sup>796</sup>. Invero, la cornice di libertà entro cui l'utente

---

<sup>795</sup> UKIPO, *Consultazione pubblica Artificial Intelligence and IP*, op. cit.

<sup>796</sup> L'art. 3 delle condizioni generali di servizio di AIVA, intitolato "Types of Licenses" e reperibile al seguente link: <https://www.aiva.ai/legal/1>, stabilisce espressamente che «Depending on the plan that Licensee is currently subscribed to, different licenses may be applied to the *Audio and/or MIDI Compositions generated by the User*»:

- Non-Commercial License: Licensor hereby assigns, grants and conveys to Licensee a non-exclusive, non-transferable and non-commercial license to use, modify and distribute the MIDI and Audio Composition, in any Content that the Licensee holds rights over.

- Limited Commercial License: In addition to the rights granted by the Non-Commercial License, Licensor hereby assigns, grants and conveys to Licensee a non-exclusive, non-transferable and commercial license to monetize the MIDI and Audio Composition on a limited set of third-party websites: Youtube, Twitch, Tik Tok and Instagram.

può muoversi durante l'utilizzo del software è così limitante da dover necessariamente escludere che la composizione rifletta la sua personalità<sup>797</sup>.

L'esame si complica laddove l'utilizzatore abbia il potere di settare molteplici parametri, quand'anche non sia in grado prevedere con certezza il risultato finale. *Tertium non datur*, sebbene siano configurabili diversi gradi di automazione, l'interprete è messo dinanzi ad un bivio in forza del quale è tenuto a decidere se l'opera apparentemente ibrida si attegga in misura maggiore come una creazione assistita oppure come una creazione automatizzata. Si pone così la seguente questione: quanti "bottoni" devono essere premuti affinché il contributo umano possa ritenersi sufficiente ai fini del godimento dell'esclusiva autoriale?

La soluzione va ricercata sulla base di una concreta analisi caso per caso il cui epicentro non può che coincidere con la quantità e la qualità dell'apporto umano. Ciò dipende altresì dall'influenza delle scelte algoritmiche, la cui misurazione può svolgersi soltanto qualora l'insieme di calcoli matematici richiesti all'algoritmo sia accessibile all'interprete. Non è raro che la "ricetta" seguita dall'algoritmo possa essere particolarmente complessa, specialmente ove si tratti di software di *deep learning* connotati dall'incessante riprogrammazione<sup>798</sup>. In questi casi, si rende necessario implementare la ricostruibilità delle decisioni algoritmiche e stimarne l'incidenza rispetto all'apporto umano, così da poter anche eradicare l'erronea quanto comune

---

• Full Copyright: Licensor hereby assigns, grants and conveys all copyrights of the MIDI and/or Audio Composition to Licensee» [corsivo aggiunto].

Dunque, i diritti attribuiti in virtù della licenza sono graduati in relazione al tipo di abbonamento scelto dall'utente. Tuttavia, sembra esserci un cortocircuito logico nella misura in cui la clausola riconosce l'utente come l'autore della composizione musicale. Se quest'ultimo è effettivamente l'autore non ha bisogno di una licenza per sfruttare un lavoro sul quale egli già vanta i diritti di sfruttamento economico, considerato che il diritto d'autore sorge simultaneamente all'atto creativo, come chiarito in Cass. civ., sez. I, sentenza del 24 febbraio 1977 n. 826, confortato in dottrina da M. AMMENDOLA, voce *Diritto d'autore*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 372. L'utente gode quindi di un diritto a titolo originario e non derivativo, ai sensi dell'art. 6 l.d.a., secondo cui «Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale». Di conseguenza, le condizioni di servizio di AIVA avrebbero dovuto prevedere una clausola che spogli l'autore dei suoi diritti di sfruttamento economico in virtù dell'impiego del suo algoritmo. Soltanto attraverso tale regolazione contrattuale avrebbe senso prevedere una licenza in favore dell'autore che funzionerebbe nel senso di fargli riacquisire i diritti patrimoniali trasferiti. Ciò chiaramente senza pregiudizio dei diritti morali, i quali restano inscindibili dall'autore, ai sensi dell'art. 20, comma 1, l.d.a. e 6.2-bis della Convenzione di Berna.

<sup>797</sup> Sul punto, appaiono conferenti le osservazioni di J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 85, in cui si esemplifica che nel caso in cui vengano riprese delle scene del noto videogioco "Grand Theft Auto" il diritto d'autore spetterebbe comunque agli sviluppatori del videogioco anziché al suo giocatore. Invero, per quanto quest'ultimo possa sentirsi a capo di ciò che succede sullo schermo, egli non detiene in realtà alcun tipo di controllo sul processo creativo sì da giustificare il riconoscimento del diritto d'autore. Un ruolo altrettanto "passivo" si registra per coloro i quali impiegano l'intelligenza artificiale al fine di produrre artefatti nuovi senza però operare significative scelte creative. Pertanto, l'unico soggetto candidabile a pretendere l'esclusiva autoriale sarebbe eventualmente lo sviluppatore del software, ma non il suo utente.

<sup>798</sup> J. LEE, *Computer-generated Works under the CDP A 1988*, op. cit.

percezione dell'intelligenza artificiale come un “*boogeyman*”<sup>799</sup>. Nondimeno, i titolari dei software in questione potrebbero essere riluttanti a rivelare il funzionamento del proprio codice a soggetti terzi onde evitare che gli ingenti investimenti profusi vengano sfruttati dai *competitors* a costo zero<sup>800</sup>. E ciò a ragion veduta, considerato che al di là della tutela autoriale insistente sull'algoritmo sarebbe altresì configurabile la protezione prevista in materia di segreto commerciale. Dunque, la necessità di rendere spiegabile il percorso logico seguito dall'algoritmo per giungere ad un determinato *output* non deve tradursi nel generalizzato obbligo di assicurare la trasparenza algoritmica nei confronti dell'intera collettività, essendo ragionevole prevedere che siffatte informazioni vengano esaminate in via riservata dai consulenti tecnici in caso di controversia.

Alla luce delle superiori considerazioni, può evincersi che un'opera sia qualificabile come creazione assistita se durante una delle fasi creative l'autore ha potuto beneficiare di una discrezionalità artistica in misura tale da poter esprimere la propria personalità senza che il suo contributo venisse influenzato da imperanti limiti funzionali, tecnici o informativi, oppure, quand'anche non condizionato, è necessario che il suo apporto non venga poi travolto dai meccanismi automatici del software. Di converso, la produzione sarà inquadrabile come creazione automatizzata nel caso in cui la *marge de manoeuvre* a disposizione dell'autore sia così ristretta rispetto alle scelte algoritmiche da non poter impingere l'opera con il proprio contributo personalistico.

Rispetto ai primi risultati ottenuti mediante intelligenza artificiale, non v'è dubbio che il diritto d'autore possa trovare applicazione in quanto l'algoritmo è utilizzato come uno strumento guidato dalla persona fisica al pari di un pennello, di una macchina da scrivere o di una fotocamera. L'attuale dislivello intercorrente tra gli Stati europei e nel mondo riguardo allo standard minimo di originalità potrebbe agevolmente condurre a soluzioni giurisprudenziali eterogenee, facendo sì che la stessa creazione assistita sia tutelabile in un ordinamento e non lo sia invece in un altro. Ritengo che la rinnovata attenzione riposta nel concetto di creatività ai fini della protezione autoriale dei risultati ottenuti mediante intelligenza artificiale costituisca un'ottima occasione per sollecitare l'auspicata armonizzazione legislativa – almeno europea – del requisito di originalità nell'ottica di assicurare una maggiore certezza del diritto su una nozione molto controversa.

---

<sup>799</sup> Per uno studio introduttivo alle ricerche volte ad assicurare la cd. “explainability” dell'intelligenza artificiale v. R. GUIDOTTI, *Artificial intelligence and explainability*, op. cit., pp. 3-30.

<sup>800</sup> Si vedano altresì le osservazioni di R. YU, G. SPINA ALÌ, p. 6, *What's Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers*, in *Legal Information Management*, op. cit., secondo cui «[i]t remains an open question whether there should be a legal requirement in any jurisdiction to disclose AI proprietary information to facilitate third-party reviews», ma segnalano l'importanza dei progetti miranti alla ricostruibilità da parte della stessa intelligenza artificiale delle ragioni conducenti ad un determinato output, generando un apposito ramo di ricerca convenzionalmente denominato “Explainable Artificial Intelligence” o anche nella sua abbreviazione “XAI”.

Di converso, le produzioni automatizzate si caratterizzano per la perdita del legame causale tra il contributo umano ed il risultato finale in ragione della pervasività delle scelte algoritmiche, le quali danno luogo ad un'entità diversa rispetto a quella che si otterrebbe come conseguenza delle sole scelte umane<sup>801</sup>.

*De iure condito* (ma si auspica anche *de iure condendo*), l'impronta antropocentrica permeante il diritto d'autore contemporaneo esclude la possibilità di riconoscere lo *ius excludendi alios* ove manchi il collegamento tra le scelte libere e creative della persona fisica ed il prodotto artistico/culturale finale<sup>802</sup>. Nonostante si profili sempre più all'orizzonte un mondo *ex machina*, vale a dire un mondo generato, movimento e mantenuto risolutivamente dalle macchine<sup>803</sup>, permangono delle funzioni tipicamente umane, non abdicabili nemmeno al miglior algoritmo<sup>804</sup>.

Sotto quest'angolo visuale, sebbene la dottrina maggioritaria ammetta lo scollamento tra capacità artistica e capacità d'agire<sup>805</sup>, è stato notato che l'attività creativa si realizza attraverso un iter a formazione progressiva libero, personale (o pluripersonale) e strutturato in una serie di fasi che permettono di cogliere la primaria natura personalistica caratterizzante l'opera dell'ingegno, quali segnatamente la consapevolezza di sé, l'idea, l'archetipo, il giudizio interiore, l'espressione, il *medium* e la concretizzazione<sup>806</sup>. Queste fasi non sembrano ripercorribili da una macchina, posto che essa si attiene in sostanza all'esecuzione dei calcoli matematici delegati.

Il dato fattuale evidenzia l'inapplicabilità dei concetti di paternità e di originalità, a meno che non subiscano delle deformazioni snaturanti, deponendo verso l'impossibilità di estendere la disciplina autoriale. Peraltro, se l'obiettivo del diritto d'autore è quello di incentivare nuove attività creative, allora è senza dubbio da escludere che esso possa estendersi alle

---

<sup>801</sup> In tal senso anche M. MAGGIORE, *Artificial Intelligence, computer generated works and copyright*, op. cit., p. 383, il quale sottolinea la difficoltà di declinare i tradizionali concetti di originalità e di creatività rispetto alla capacità generativa dei software muniti di intelligenza artificiale: «In computer generated works the creative choices are akin to random – or at least unpredictable from a human perspective – as they depend on the machine and not on the humans behind it. The causal link between the human and the work is very feeble».

<sup>802</sup> A.L. DIAS PEREIRA, *A copyright 'human-centred approach' to AI?*, op. cit., p. 323, la quale nega la tutela autoriale delle creazioni automatizzate dal momento che «their origin cannot be traced in the personality of an author as an expression of his/her freedom in intellectual creation».

<sup>803</sup> A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., p. 179, il quale, parafrasando un antico brocardo, rappresenta tale scenario con l'espressione dalla vocazione fantascientifica «*hic sunt drones*».

<sup>804</sup> In questo senso v. altresì G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 376, il quale sottolinea che il diritto d'autore sia creato dagli umani per gli umani e presuppone pertanto che il processo creativo graviti intorno all'agente umano.

<sup>805</sup> Cfr. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, op. cit., p. 70; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 720; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, op. cit., p. 213, i quali ammettono la tutelabilità delle opere create sotto effetto di sostanze psicotrope o da persone in stato di infermità mentale.

<sup>806</sup> A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive dei diritti di proprietà intellettuale*, op. cit., p. 65.

creazioni ottenute prevalentemente mediante computer dal momento che gli algoritmi non hanno bisogno di vantare diritti di esclusiva allo scopo di essere incoraggiati a realizzare nuovi *output*. È sufficiente programmarli per svolgere tale attività, non bastando la mera scelta umana riguardo, ad esempio, allo stile e/o alla durata della composizione musicale per mutare d'avviso<sup>807</sup>.

*Ad abundantiam*, le potenziali derive anticoncorrenziali conseguenti alla proliferazione dei diritti di esclusiva sulle creazioni automatizzate – anche provenienti da *copyright trolls* “intelligenti” –, unitamente al rischio di concentrare nelle mani di pochi operatori un potere sostanzialmente soverchiante, confermano l'insostenibilità di un nuovo ingrandimento del recinto del diritto d'autore, posto che esso appare già deformato a sufficienza a causa del sopravvenuto perseguimento di obiettivi del tutto alieni rispetto a quelli originari.

A tal proposito, si ricorda che la dottrina ha divisato l'ambiziosa proposta di debellare gli innesti “economico-centrici” che nel tempo hanno snaturato il diritto della proprietà intellettuale sollecitando una rilettura costituzionale di tale istituto nella cornice valoriale del diritto alla scienza e alla cultura oppure anche della libertà di espressione<sup>808</sup>.

Né appare percorribile la soluzione di estendere il diritto d'autore sul software alle creazioni da esso generate, trattandosi di due entità separate. La protezione tramite diritto connesso, per quanto maggiormente coerente rispetto alle caratteristiche del risultato da proteggere, appare parimenti poco convincente in ragione del limitato ambito oggettivo di applicazione.

Si condivide invece la bontà della tesi che spinge verso la conservazione di uno spazio di pubblico dominio sufficientemente ampio da consentire nuove forme di creatività sequenziale grazie alla quale poter garantire il progresso scientifico e sociale<sup>809</sup>. In tal modo, le produzioni dell'intelligenza artificiale costituirebbero la base per produzioni incrementali umane meritevoli del diritto d'autore.

Appare altresì meritevole di considerazione l'orientamento che propone l'introduzione di un nuovo diritto *sui generis* qualora suffragato da dati empirici che dimostrino la necessità di un diritto di esclusiva che permetta di recuperare e promuovere gli investimenti diretti al potenziamento delle funzioni “creative” dell'intelligenza artificiale<sup>810</sup>.

In ogni caso, ad oggi, i costi sociali conseguenti al riconoscimento di un diritto di esclusiva sulle creazioni automatizzate sembrano superare i rispettivi benefici, posto che l'assenza di prove in merito ad un eventuale

---

<sup>807</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>808</sup> C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, op. cit.

<sup>809</sup> M. PERRY, T. MARGONI, *From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer Generated Works?*, op. cit., p. 628.

<sup>810</sup> Giova dar conto che potrebbe esserci uno spazio di applicazione anche per il diritto *sui generis* già previsto per le banche dati, qualora l'output prodotto dall'algoritmo sia una compilazione di dati il cui conseguimento, verifica o presentazione attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo, come sancito dall'art. 7, par. 1, della direttiva 96/9/CE. Per maggiori considerazioni v. *infra* parr. 10-11.

fallimento di mercato corroborata dalla parabola ascendente interessante gli investimenti destinati all'intelligenza artificiale testimoniano la non necessarietà di contemplare delle apposite forme di incentivo<sup>811</sup>. Del resto, la storia insegna che l'interesse alla tutela degli investimenti nelle banche dati non ha avuto bisogno necessariamente di una tutela giuridica *ad hoc* affinché tale mercato potesse prosperare. Vi sono stati legislatori, come quello statunitense, che non hanno contemplato la protezione *sui generis* e, nonostante ciò, l'industria delle banche dati è grandemente fiorita (v. *infra* par. 10).

Ammesso che vi sia un legame tra riconoscimento di un diritto e aumento degli investimenti, andrebbe comunque verificato se rispetto alle creazioni automatizzate sia effettivamente riscontrabile un investimento da ammortizzare, tenuto conto che il costo marginale per la produzione di una nuova opera si approssima allo zero. Dunque, eventuali atti di *free riding* non sarebbero idonei a determinare un fallimento di mercato<sup>812</sup>.

Da ultimo, la possibilità di invocare protezioni alternative puramente civilistiche, quali l'applicazione delle discipline in materia di concorrenza sleale, di responsabilità contrattuale e di arricchimento senza causa, rafforza l'opinione secondo cui sarebbe pleonastico apprestare nuovi diritti protezionistici in favore delle produzioni frutto della creatività automatizzata, dimostrando l'idoneità del quadro regolatorio vigente a fornire un'equilibrata soluzione di compromesso anche di fronte alle inattese tensioni emerse nell'era algoritmica<sup>813</sup>.

Queste prime conclusioni che depongono verso il mantenimento dello *status quo* sono sintetizzabili nel seguente schema:

---

<sup>811</sup> In proposito, il rapporto elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, *Venture Capital Investments in Artificial Intelligence. Analysing Trends in VC in AI Companies from 2012 through 2020*, n. 319, 2021, evidenzia a p. 5 che l'ammontare globale degli investimenti in *venture capital* destinati alle imprese operanti nel campo dell'intelligenza artificiale è vertiginosamente aumentato, passando dai 3 miliardi registrati nel 2012 ai 75 miliardi del 2020 (un incremento pari al 2400%). Dello stesso avviso cfr. B. VÉZINA, B. MORAN, *Artificial Intelligence and Creativity: Why We're Against Copyright Protection for AI-Generated Output*, Creative Commons, 2020 reperibile al seguente link: <https://creativecommons.org/2020/08/10/no-copyright-protection-for-ai-generated-output/>; G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, op. cit., p. 256; G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 368; J.M. DELTORN, *Deep Creations: Intellectual Property and the Automata*, *Frontiers*, in *Digital Humanities*, 2017, p. 8; E. ROSATI, *The Monkey Selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, op. cit.; J.M. DELTORN, *Appunti sul diploma in Proprietà Intellettuale e Intelligenza Artificiale organizzato dal CEIPI presso l'Università di Strasburgo*, secondo cui «For a work to be you need the imprint of the personality. In the case of AI-generated works, you don't have the connection between the natural person and the output. It is abstract. You need that creative and free choices comes in some way to the author».

<sup>812</sup> G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, op. cit., p. 372.

<sup>813</sup> Analogamente, con specifico riguardo al quadro regolatorio europeo, v. J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 118, i quali concludono la propria ricerca sostenendo che «Current EU copyright rules are generally sufficiently flexible to deal with the challenges posed by AI-assisted outputs».

<b>Tipologia di creazione mediante IA</b>	<b>Forma di tutela proposta</b>
Creazione assistita	Diritto d'autore, qualora siano rintracciabili delle scelte umane libere e creative non "eclissate" da quella algoritmiche.
Creazione automatizzata	Opzioni interne (diritto connesso, diritto <i>sui generis</i> , brevetto) ed esterne (responsabilità contrattuale, concorrenza sleale, arricchimento senza causa) al diritto della proprietà intellettuale qualora sussistano i corrispondenti requisiti, in caso contrario pubblico dominio. Non è configurabile il diritto d'autore, né il segreto commerciale, ma sarebbe possibile contemplare un nuovo diritto <i>sui generis</i> a seguito di evidenze empiriche che dimostrino la necessità di una protezione <i>ad hoc</i> per incentivare l'innovazione nelle funzioni "creative-artistiche" dell'intelligenza artificiale.
Creazione di confine	Necessità di collocare la creazione all'interno di una delle due tipologie summenzionate (a cui si applica il corrispondente regime giuridico), muovendo da una valutazione caso per caso che richiede la misurazione delle scelte umane rispetto a quelle algoritmiche.

Per completezza espositiva, giova dar conto che sebbene si aderisca alla linea di pensiero secondo cui la tutela eventuale delle produzioni mediante intelligenza artificiale possa essere ricercata all'interno del quadro normativo vigente, credo che l'unico diritto di nuovo conio che potrebbe incentivare lo sviluppo delle funzioni "creative" dell'intelligenza artificiale sia identificabile nella previsione di un'eccezione ad ampio spettro per l'attività di estrazione dei dati, la quale assicurerebbe la legittimità del *feeding* e del *training* l'algoritmico, ad oggi limitato a causa della ristretta portata della *cd. text and data mining exception* prevista agli artt. 3, par. 1, e 4, par. 1, della direttiva 2019/790/UE<sup>814</sup>.

## **9.6. (Segue) Le breccie dell'inventività artificiale nel diritto dei brevetti**

Se nel diritto d'autore le svariate pronunce amministrative e giudiziarie concordano all'unisono nel diniego della tutela autoriale sulle forme di

<sup>814</sup> Tale argomento esula dalla presente trattazione in quanto estraneo all'interpretazione del requisito di originalità. Si rinvia pertanto alle considerazioni esposte da E. ROSATI, *Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity*, in *Asia Pacific Law Review*, vol. 27, II, 2019, pp. 198-217.



creatività prevalentemente artificiale, altrettanta omogeneità e rigore sembra vacillare con riguardo al diritto dei brevetti. Invero, sebbene fino a poco tempo fa le invenzioni (asseritamente) generate dall'intelligenza artificiale erano pacificamente escluse dall'area di brevettabilità, la recente apertura di alcune brecce in favore dell'inventività robotica desta composti dubbi ermeneutici<sup>815</sup>.

Ci si riferisce segnatamente alla decisione del 28 luglio 2021 in cui l'ufficio sudafricano per il rilascio dei diritti di proprietà intellettuale ha per la prima volta al mondo attribuito ad un'intelligenza artificiale la paternità di un'invenzione<sup>816</sup>, nonché alla sentenza emessa due giorni dopo dalla Corte Federale australiana che ha censurato la decisione dell'ufficio competente per il rilascio dei brevetti con la quale si era negata la brevettazione di un trovato tecnico anch'esso proveniente da un'intelligenza artificiale<sup>817</sup>.

Prima di entrare in *medias res*, appaiono opportune due premesse. Anzitutto, giova dar conto che, anteriormente alla pubblicazione delle due pronunce *de quibus*, alcuni uffici preposti al rilascio dei brevetti si erano coralmemente schierati contro l'inventività artificiale. Tra questi, si annoverano segnatamente, in ordine cronologico, l'ufficio anglosassone<sup>818</sup>, americano<sup>819</sup> ed europeo<sup>820</sup>. Alla base del diniego verso il riconoscimento della privativa industriale risiedono soprattutto due ragioni, una formale e l'altra sostanziale.

La prima consiste nella mancata designazione dell'inventore all'interno della domanda di brevetto, funzionale all'individuazione del soggetto che ne acquista il diritto a titolo originario. Tuttavia, si è notato che questo ostacolo

---

<sup>815</sup> Sull'argomento, si registra una crescente attenzione dottrinale. Senza pretese di esaustività, cfr. E. BONADIO, L. MCDONAGH, P. DINEV, *Artificial intelligence as inventor: exploring the consequences for patent law*, in *Intellectual Property Quarterly*, I, 2021, pp. 48-66; T.W. DORNIS, *Of "authorless works" and "inventions without inventor" – the muddy waters of "AI autonomy" in intellectual property doctrine*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 43, IX, 2021, pp. 570-585; J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., pp. 97-115; A. LAUBER-RONSBURG, S. HETMANK, *The concept of authorship and inventorship under pressure: Does artificial intelligence shift paradigms?*, op. cit., pp. 570-579.

<sup>816</sup> Ufficio sudafricano per la proprietà intellettuale (dalla traduzione "South African Companies and Intellectual Property Commission"), provvedimento del 28 luglio 2021, in *Patent Journal*, vol. 54, VII, 2021, p. 255. Per ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a V. IAIA, *Le invenzioni. L'oggetto e i requisiti di brevettazione*, op. cit., pp. 460-463.

<sup>817</sup> Corte federale australiana, sentenza del 30 luglio 2021, *Thaler v Commissioner of Patents*, FCA 879.

<sup>818</sup> Ufficio anglosassone per la proprietà intellettuale (dalla traduzione "U.K. Intellectual Property Office"), provvedimento del 4 dicembre 2019, BL O/741/19.

<sup>819</sup> Ufficio statunitense per i brevetti e marchi (dalla traduzione "U.S. Patent and Trademark Office", anche noto come "USPTO"), decisione del 17 dicembre 2019, 50567-3-01-US, confermata il 27.4.2020.

<sup>820</sup> Ufficio europeo dei brevetti, decisione del 27 gennaio 2020, domande riunite EP 18 275 163 e EP 18 275 174, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2020, pp. 248 ss., con nota di A. LUZZATI, *L'innovazione artificiale al vaglio dell'Ufficio Brevetti Europeo. Prime riflessioni sulla compatibilità del sistema brevettuale con le invenzioni dell'imminente futuro*, *ivi*, pp. 256 ss.

possa essere superato designando come inventore uno dei soggetti coinvolti in senso lato nel processo inventivo<sup>821</sup>.

Il secondo motivo di rigetto risulta ben più difficile da superare in quanto legato alla costruzione antropocentrica su cui si fondano tutti i diritti di proprietà intellettuale (v. *supra* par. 9.4). Tale impostazione implica, quantomeno *de iure condito*, l'impossibilità di attribuire dei diritti di privativa/esclusiva in favore di macchine, per quanto esse possano reputarsi "intelligenti". Vale la pena di rammentare che, allo stato attuale del diritto, agenti diversi dagli esseri umani e dalle persone giuridiche sono esclusi dalla possibilità di essere titolari di posizioni giuridiche soggettive. Ciò sarebbe possibile soltanto in virtù di un intervento legislativo che disponga in tal senso.

Come seconda premessa, bisogna dar conto che una parte sostanziale delle domande di brevetto presentate in diverse parti del globo ed aventi ad oggetto delle invenzioni create da un'intelligenza artificiale risultano provenire dalla medesima persona. Si tratta del Dott. Stephen Thaler, membro dell'*Artificial Inventor Project*, un progetto finalizzato a promuovere il riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale in favore delle creazioni generate autonomamente dalle macchine, nonché programmatore e titolare dei diritti d'autore sul programma per elaboratore munito di un sistema di intelligenza artificiale denominato DABUS, il cui acronimo sta per "Device Autonomously Bootstrapping Uniform Sensibility". Il suo singolare quanto ambizioso obiettivo è quello di permettere alle macchine di figurare come inventori di soluzioni tecniche innovative nella dichiarata ottica di «impedire agli umani di rubare idee brillanti ai computer e agli alieni»<sup>822</sup>.

Nonostante un primo *impasse*, le due ultime decisioni provenienti dal Sudafrica e dall'Australia testimoniano il successo, perlomeno parziale, della crociata intrapresa dal Dott. Thaler.

Invero, l'ufficio sudafricano ha ammesso DABUS alla qualità di inventore di un contenitore alimentare, lo stesso che più volte era stato escluso dalla brevettabilità dagli altri uffici competenti a causa della mancanza del nome del suo inventore. Ciò è stato reso possibile da due peculiarità del diritto dei brevetti vigenti in Sudafrica: (i) l'assenza di un esame sulla sussistenza dei requisiti sostanziali di brevettazione, essendo quest'ultimo limitato all'accertamento dei requisiti formali, (ii) la mancata specificazione nel *South*

---

<sup>821</sup> Come rilevato da G. SENA, *Invenzioni brevettabili e intelligenza artificiale*, in *Rivista di diritto industriale*, III, 2020, p. 151, l'Ufficio Europeo dei Brevetti non svolge un controllo sostanziale sulla corretta designazione dell'inventore da parte del richiedente e la qualifica di inventore può essere messa in discussione soltanto in una fase eventuale per effetto di una contestazione a legittimazione relativa.

<sup>822</sup> La citazione è riportata da A. DINI, *Se l'inventore è il computer: Australia e Sudafrica ammettono i brevetti dell'intelligenza artificiale*, Italian.tech, 9 agosto 2021, reperibile al seguente link: [https://www.italian.tech/2021/08/09/news/se\\_l\\_inventore\\_e\\_il\\_computer\\_australia\\_e\\_sudaf\\_rica\\_ammettono\\_i\\_brevetti\\_dell\\_intelligenza\\_artificiale-313111153/](https://www.italian.tech/2021/08/09/news/se_l_inventore_e_il_computer_australia_e_sudaf_rica_ammettono_i_brevetti_dell_intelligenza_artificiale-313111153/).

*African Patent Act* (risalente al 1978) della necessità che l'inventore sia una persona fisica<sup>823</sup>.

Dal lato australiano, la Corte Federale ha annullato il diniego espresso dal conterraneo ufficio brevetti in quanto, ad avviso di quest'ultima, la qualità di inventore non sarebbe appannaggio degli esseri umani e il suo significato sarebbe comunque passibile di mutamenti derivanti da un'interpretazione evolutiva<sup>824</sup>. Poste tali premesse, è stato affermato provocatoriamente che «We are both created and create. Why cannot our own creations also create?»<sup>825</sup>. Ad avviso del Giudice australiano, non vi sarebbe alcuna disposizione nel diritto dei brevetti, a differenza del diritto d'autore, dal quale poter esigere la paternità umana o l'esistenza di un diritto morale che imponga un'interpretazione legislativa che estrometta gli inventori non umani dalla possibilità di essere riconosciuti come inventori<sup>826</sup>. La sentenza è stata quindi trasmessa all'ufficio australiano dei brevetti affinché decida conformemente ai chiarimenti resi dalla Corte Federale.

Giova tuttavia segnalare che la decisione è stata riformata in appello la Full Federal Court si è allineata al prevalente orientamento amministrativo/giurisprudenziale in tema di brevettabilità delle invenzioni automatizzate valorizzando l'argomento secondo cui la paternità di una soluzione tecnica brevettabile sia riservata esclusivamente alle persone fisiche<sup>827</sup>.

In via generale, l'estensione dell'area di brevettabilità ai trovati tecnici prodotti dall'IA e il suo riconoscimento come inventore scoperchiano un vero e proprio vaso di Pandora. All'interno di esso spiccano almeno due complesse questioni giuridiche: (i) come parametrare la valutazione di evidenza di una soluzione tecnica innovativa ottenuta da o con l'ausilio di un'intelligenza artificiale, (ii) se il riconoscimento di una privativa brevettuale in favore di tali invenzioni sia desiderabile o meno.

Con riguardo al primo interrogativo, l'art. 48 c.p.i. subordina la brevettabilità di un'invenzione, *inter alia*, alla condizione che un esperto medio del settore non la reputi evidente alla luce dello stato della tecnica. Bisogna quindi stabilire se l'esame sulla sussistenza dell'attività inventiva debba essere diversamente tarato nel caso di invenzione ottenuta attraverso un'intelligenza artificiale. Invero, gli scenari delle invenzioni cd. *AI-generated* e *AI-assisted* prestano il fianco a due situazioni paradossali, l'una in cui l'esaminatore attribuisca in ogni caso il diritto di brevetto poiché egli, non avendo a disposizione un sistema parimenti sofisticato, non sarebbe

---

<sup>823</sup> C. COTTER, *The Edge of Glory?: Will DABUS 'success' in South Africa and Australia be repeated in the UK?*, Lexology, 2021, reperibile al seguente link: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ee3fc7e5-e43c-4771-bd30-f0527f007785>.

<sup>824</sup> *Ivi*, par. 121, «[...] I see no reason why the concept of "inventor" should not also be seen in an analogously flexible and evolutionary way».

<sup>825</sup> *Ivi*, par. 15.

<sup>826</sup> *Ivi*, par. 119, «[t]here is no specific aspect of patent law, unlike copyright law involving the requirement for a human author or the existence of moral rights, that would drive a construction of the Act as excluding non-human inventors».

<sup>827</sup> Corte federale australiana, sentenza del 13 aprile 2022, *Commissioner of Patents v Thaler*, FCAFC 62.

certamente in grado di pervenire al medesimo risultato inventivo; l'altra in cui l'esaminatore escluda in ogni caso l'attività inventiva mosso dal *bias* cognitivo che qualunque intelligenza artificiale, a parità di *dataset* a disposizione, sarebbe stata in grado di pervenire alla stessa soluzione brevettata<sup>828</sup>.

In proposito, la dottrina ha condivisibilmente proposto di equipaggiare l'esaminatore degli stessi strumenti a disposizione dell'inventore, evidenziando il carattere non monolitico che ha assunto nel tempo la figura dell'esperto del ramo, mutando dal singolo soggetto ad un gruppo di persone al fine di stabilire l'originalità di quei trovati tecnici più sofisticati, spesso ottenuti ricorrendo a lavori di *equipe*<sup>829</sup>. In altre parole, occorre che l'inventore e l'esaminatore abbiano a disposizione le medesime capacità di calcolo<sup>830</sup>. Pertanto, la domanda sottostante l'accertamento dell'attività inventiva andrebbe riformulata nel senso di verificare se una persona esperta del ramo che utilizzi un analogo sistema di intelligenza artificiale sarebbe, con un certo grado di probabilità, arrivata ad una soluzione tecnica simile<sup>831</sup>. Ciò chiaramente presuppone che l'intelligenza artificiale sia normalmente impiegata nel settore in questione per raggiungere un determinato risultato tecnico. Di converso, nei settori dove essa non risulti utilizzata sarà possibile applicare il tradizionale *problem and solution approach* quale parametro di conoscenza dell'esperto in relazione alla *closest prior art*.

La questione sulla desiderabilità di una protezione brevettuale della creatività artificiale appare certamente più intricata. La dottrina si è infatti collocata su due poli opposti. Si registra, da un lato, un orientamento a sostegno dell'inventività robotica, facente leva su un'interpretazione teleologica del diritto dei brevetti secondo cui il riconoscimento dell'intelligenza artificiale come inventore consoliderebbe la scelta politica di promuovere l'innovazione e la crescita economica<sup>832</sup>. Verrebbe così assicurata anche la veridicità sulla paternità dell'invenzione, scongiurando il rischio che uno o più persone fisiche si appropriino dell'operato altrui. Invero, il divieto di paternità non umana è facilmente aggirabile attraverso la designazione di una qualsiasi persona fisica come inventore. Dall'altro lato, si avverte l'esigenza che l'invenzione debba essere in qualche modo riconducibile ad una o più persone fisiche ai fini dell'imputazione della/e responsabilità nel caso in cui dall'impiego della medesima vengano cagionati

---

<sup>828</sup> G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, op. cit., p. 253.

<sup>829</sup> *Idem*.

<sup>830</sup> V. IAIA, *Le invenzioni. L'oggetto e i requisiti di brevettazione*, op. cit., p. 447.

<sup>831</sup> Similmente C. GALLI, M. BOGNI, *Intelligenza artificiale, nuove dinamiche della ricerca e problem and solution approach*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2020, pp. 127 ss., i quali propongono di distinguere la valutazione dell'esperto in merito alla *closest prior art* in relazione alla strumentazione realmente disponibile nel settore di riferimento. Peraltro, qualora l'intelligenza artificiale sia divenuta una sorta di standard nel campo in questione, l'esame dell'esperto dovrà costruirsi anche attraverso tale tecnologia. Diversamente, sarà sufficiente svolgere l'esame secondo i canoni tradizionali.

<sup>832</sup> D.W. THALDAR, M. NAIDOO, *AI inventorship: The right decision?*, OSF Preprints, 2021.

dei danni<sup>833</sup>. In quest'ultima prospettiva, il diritto dei brevetti incorporerebbe già delle soluzioni adeguate a fronteggiare molte delle questioni scaturenti dall'impiego dell'intelligenza artificiale per la realizzazione di nuovi trovati tecnici brevettabili<sup>834</sup>.

Sarebbe altresì da sciogliere il nodo del *patent trolling* (l'equivalente brevettuale del *copyright trolling* intrapreso da Qentis, come rilevato *supra*), ovvero della brevettazione di qualsiasi trovato tecnico prodotto dall'intelligenza artificiale al fine di pretenderne le *royalties*<sup>835</sup>. Esso potrebbe innescare un meccanismo disincentivante della creatività umana, in quanto poco competitiva rispetto a quella robotica.

Come emerge dalle superiori considerazioni, il tema della brevettabilità delle invenzioni generate integralmente (o quasi) dall'intelligenza artificiale risulta tutt'altro che pacifico. La capacità di quest'ultima di produrre delle creazioni che, se realizzate dall'essere umano, godrebbero di un diritto di privativa o di esclusiva risulta ormai acclarata. Bisogna invece chiedersi se il tradizionale paradigma antropocentrico sul quale si fondano i diritti di proprietà intellettuale possa ancora essere confermato oppure necessiti di un ripensamento. Non sembra esserci una risposta omogenea per tutti i diritti di proprietà intellettuale, considerato che la traiettoria personalistica appare molto più limpida per il diritto d'autore rispetto agli altri diritti monopolistici, come giustappunto testimoniato dalle recenti aperture nel diritto dei brevetti.

Soprattutto riguardo a questi ultimi, sarebbe auspicabile attendersi una reazione di respiro sovranazionale, se non proprio in seno alla WIPO, affinché possa porsi un freno all'attuale disomogeneità nelle soluzioni prospettate dalle Corti e dagli uffici competenti che si librano ambiguamente tra l'esclusiva inventività umana e l'*ouverture* per l'inventività artificiale<sup>836</sup>.

## 10. Le banche (di) dati

Per banca dati si intende un insieme organizzato di informazioni, elettronico oppure "analogico", tendenzialmente omogeneo per tipologia di

---

<sup>833</sup> C. OKORIE, *Artificial Intelligence system as inventor in South African patent application: The case of DABUS*, IPKat, 16 agosto 2021, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/08/artificial-intelligence-system-as.html>.

<sup>834</sup> D. KIM, M. ALBER, M.W. KWOK, J. MITROVIC, C. RAMIREZ-ATENCIA, J.A. RODRIGUEZ, H. ZILLE, *Clarifying Assumptions About Artificial Intelligence Before Revolutionising Patent Law*, in *GRUR International*, vol. 71, IV, 2022, pp. 295-321.

<sup>835</sup> A. BARABASHEV, D.V. PONOMAREVA, *Patent trolling and legal regulation of Artificial Intelligence*, in *Courier of Kutafin Moscow State Law University*, I, 2021; B. SCHAFER, E. FRASER, *Computational creativity, Computational Creativity is AI having fun: the law of explainable and creative*, relazione esposta all'Università di Stirling l'8 ottobre 2021 in occasione della conferenza "Are we owned? A Multidisciplinary and Comparative Conversation on Intellectual Property in the Algorithmic Society". *Contra* C. GALLI, *La proprietà intellettuale nell'era digitale: la necessità di un quadro d'insieme*, op. cit., p. 20, il quale sostiene l'idea che i rischi monopolistici siano in realtà un falso problema, considerato che la maggiore facilità di conseguimento delle invenzioni condurrebbe alla soluzione di un maggior numero di problemi che a sua volta ne porrebbe di nuovi.

<sup>836</sup> V. IAIA, *Le invenzioni. L'oggetto e i requisiti di brevettazione*, op. cit., p. 463.

contenuto e di formato, la cui struttura agevola il soddisfacimento di un bisogno informativo complesso<sup>837</sup>. L'art. 1, par. 2, della direttiva 96/9/CE definisce la banca dati come la «raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo»<sup>838</sup>. Tale definizione è stata pedissequamente seguita dal legislatore italiano per effetto del d.lgs. del 6 maggio 1999, n. 169, il quale ha modificato la l.d.a. con il precipuo scopo di recepire la direttiva europea.

Nel lessico giuridico, è comune riferirsi alle banche dati mediante i termini “compilazioni di dati”, “raccolte di dati”, “basi di dati”, o “database”<sup>839</sup>, i quali verranno adoperati, quantomeno ai fini del presente lavoro, in modo interscambiabile, pur indicando il medesimo oggetto<sup>840</sup>. Giova altresì precisare che il campo di indagine è circoscritto alle banche dati in possesso di enti privati, tenuto conto che le raccolte di informazioni del settore pubblico sono governate dal diverso paradigma di massima apertura volto ad assicurarne il riutilizzo per fini commerciali e non, come sancito dalla Direttiva 2019/1024/UE (cd. Direttiva *Open Data o Public Sector*

---

<sup>837</sup> Sulla difficoltà definitoria concernente il *quid pluris* strutturale (costituito da modelli logici e concettuali utili all'efficientamento, all'organizzazione e al reperimento dei dati) caratterizzante le banche dati nel tentativo di tracciare una linea di confine quanto più netta tra queste ultime e i “semplici” elenchi e cataloghi, v. M. VIVANT, *Recueil, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion?*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, n. 26, pp. 197 ss.

<sup>838</sup> Tale definizione costituisce una sintesi della versione maggiormente analitica stabilita al Considerando n. 17 della medesima direttiva, la quale identifica la banca dati nella «raccolta di opere, siano esse letterarie, artistiche, musicali o di altro genere, oppure di materiale quali testi, suoni, immagini, numeri, fatti e dati [...] disposti in maniera sistematica o metodica e individualmente accessibili [...]». Come avvertito da C.M. MAYR, *Banche dati e musei*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 117, l'inciso «individualmente accessibili» esclude dalla possibilità di qualificazione come banca dati tutte quelle creazioni che siano materialmente scomponibili, ma il cui carattere creativo può essere apprezzato soltanto nella loro unitarietà. Paradigmatico è il caso delle opere cinematografiche, il cui singolo *frame* non assolverebbe *ex se* alla funzione comunicativa tipica di questa creazione intellettuale. Si deve dunque trattare di elementi aventi un autonomo valore funzionale – sia esso informativo, culturale o artistico – rispetto alla raccolta di cui fanno parte, così da mantenere un senso (quand'anche più ridotto) nell'ipotesi in cui vengano separati da quest'ultima. L'esempio classico, ma senza dubbio efficace, è quello delle “pagine gialle”. Il singolo *record* composto dal nome, cognome, indirizzo e numero di telefono dell'abbonato, quand'anche separato dall'elenco, preserva un valore informativo, benché minimo.

<sup>839</sup> A titolo esemplificativo, i testi in lingua francese e spagnola della direttiva 96/9/CE mostrano una preferenza per la nomenclatura, rispettivamente, «base de données» e «bases de datos», ovvero per “base/i di dati”, laddove la traduzione italiana predilige la terminologia «banche di dati» (sebbene nella versione italiana del Libro Verde della Commissione europea del 6 luglio 1988, *Il diritto di autore e le sfide tecnologiche – Problemi di diritto di autore che richiedono una azione immediata*, COM\_1988\_0172\_FIN, nonché in altri documenti anteriori alla direttiva, venisse adoperato il termine «base di dati»), al pari di quella tedesca «datenbanken», mentre quella inglese predilige l'espressione «database».

<sup>840</sup> In senso favorevole all'interscambiabilità, sotto il profilo giuridico, dei menzionati appellativi, cfr. S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., pp. 175-176; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1994, p. 152.

*Information*, da cui l'acronimo "PSI"), attuata in Italia per mezzo del d.lgs. dell'8 novembre 2021, n. 200<sup>841</sup>.

Il concetto di banca dati risulta significativamente ampio dal momento che esso ingloba molteplici tipologie di creazioni – o collezioni – intellettuali, tra cui specialmente gli elenchi telefonici (tra cui figurano per eccellenza le "pagine gialle"), i massimari di giurisprudenza<sup>842</sup>, le collezioni museali – oltre che i cataloghi informativi contenenti la descrizione delle opere ivi esposte, le raccolte delle opere d'arte trafugate<sup>843</sup>, l'archivio dei brevetti e dei marchi registrati<sup>844</sup>, con espressa sottrazione delle registrazioni di esecuzioni musicali su CD<sup>845</sup>, anche se potrebbe inferirsi che siffatta esclusione non operi limitatamente alle opere fissate su CD, essendo più ragionevole credere che essa abbia un'efficacia respingente generalizzata a tutte le compilazioni musicali, indipendentemente dal cd. *medium of fixation*.

### 10.1 (*Segue*) Affinità e diversità esegetiche tra software e database

Questioni in parte analoghe, in parte differenti, si propongono nell'esame della protezione giuridica delle banche (di) dati. Tra gli elementi di similitudine vengono in rilievo in via generale anzitutto (i) la natura di tali creazioni, in senso lato, di opere letterarie non narrative<sup>846</sup>, (ii) la medesima

---

<sup>841</sup> Sull'argomento si rinvia diffusamente a J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., pp. 212-227, nonché all'ampia bibliografia ivi citata.

<sup>842</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 14 dicembre 1959, n. 3544, in *Il Foro Italiano*, vol. 83, I, 1960, pp. 53-54, ove si è ritenuto che i massimari e i repertori di giurisprudenza non costituiscano un semplice riassunto o un estratto delle sentenze più rilevanti che essi, nel riprodurre il principio informatore, lo rivelano in forma concreta e in maniera del tutto originale affinché possa servire da norma per la risoluzione di controversie involgenti identiche questioni. A mio avviso, il principio di diritto in sé non appare meritevole della tutela autoriale, posto che si tratta di una duplicazione di un atto insuscettibile di attrarre il menzionato diritto di esclusiva. La carica creativa potrebbe al più evincersi nei criteri di selezione e organizzazione degli arresti giurisprudenziali ritenuti più significativi, non potendosi estendere altresì al loro contenuto, il quale deve essere liberamente fruibile dalla collettività.

<sup>843</sup> Ci si riferisce in particolare all'*Art Loss Register*, ovvero la più grande banca dati al mondo di opere d'arte rubate.

<sup>844</sup> P. AUTERI, *L'oggetto*, op. cit., p. 649.

<sup>845</sup> Considerando n. 19 della direttiva database, ove si puntualizza, adottando l'equivoco inciso «di norma», che le registrazioni di esecuzioni musicali su CD non rientrano nel campo d'applicazione della direttiva sia perché, in quanto compilazioni, non soddisfano le condizioni per essere tutelate dal diritto d'autore, sia perché non richiedono un investimento sufficientemente rilevante per beneficiare del diritto *sui generis*.

<sup>846</sup> Come evidenziato in A. SIROTTI GAUDENTI, *Le banche dati*, in *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, vol. 3, Utet, Torino, 2010, pp. 81 ss., la prima tutela applicabile alle banche dati *ante litteram* è rintracciabile nella formulazione dell'art. 5 della Convenzione di Berna, che dispone «le raccolte di opere letterarie o artistiche, come le enciclopedie e le antologie, che per la scelta e la disposizione della materia abbiano carattere di creazione intellettuali, sono protette come tali, senza pregiudizio del diritto d'autore su ciascuna delle opere che fanno parte delle raccolte stesse». Peraltro, l'autorevole Studioso evidenzia l'esistenza di un ulteriore dato normativo da cui ricavare la possibilità di tutela delle raccolte di informazioni prima ancora che venisse emanata la direttiva comunitaria, ascrivibile all'art. 10 dell'accordo GATT del 15 aprile 1994. Esso, infatti, prevedeva che «le complicazioni di dati o altro materiale, in forma leggibile da una macchina o in altra forma,

logica patrimonialista atta a premiare i corrispondenti investimenti finanziari e (iii) il comune effetto di provocare un'ulteriore distensione del diritto d'autore a favore di un genere di creazioni ontologicamente inidoneo ad appagare un bisogno estetico/artistico, derogando al paradigma classico di esclusione delle opere utili<sup>847</sup>. In particolare, il primo punto di contatto risiede nella titolarità dei diritti, riconosciuta alla persona fisica o al gruppo di persone fisiche che l'ha creata o, qualora la legislazione dello Stato membro interessato lo consenta, alla persona giuridica individuata da tale legislazione come titolare del diritto<sup>848</sup>. Parimenti, ricorrono delle similitudini nella conformazione dell'esclusiva, considerato che entrambe le direttive attribuiscono al titolare il diritto di eseguire o di autorizzare la riproduzione permanente o temporanea della propria creazione intellettuale, il diritto di vietarne la distribuzione al pubblico senza autorizzazione e di realizzare delle traduzioni o delle modifiche non autorizzate<sup>849</sup>. Similmente al software<sup>850</sup>, è altresì previsto il diritto del datore di lavoro ad acquisire la titolarità dei diritti patrimoniali sull'opera creata dal proprio dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni<sup>851</sup>.

Tra gli elementi differenziali si segnalano specialmente (i) la possibilità per il costituente della banca dati<sup>852</sup> di accedere indipendentemente dalla tutela autoriale ad un diritto *sui generis*, dalla discussa natura, esteso al contenuto della creazione e (ii) l'ancor più ridotta capacità creativa che l'autore è tendenzialmente in grado di imprimervi.

Invero, la previsione del diritto *sui generis* in favore del costituente di un database introduce uno spiccato elemento di novità rispetto alla direttiva software, considerato che il programmatore può accedere esclusivamente al diritto d'autore<sup>853</sup>. In proposito, vale la pena di passare brevemente in

---

che a causa della selezione o della disposizione del loro contenuto costituiscono creazioni intellettuali, sono protette come tali».

<sup>847</sup> V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, op. cit., p. 232. Contra P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Programmi per elaboratore e raccolte di dati*, op. cit., pp. 32-33, la quale evidenzia la destinazione utilitaristico-funzione di alcune categorie di opere protette all'interno del catalogo della I.d.a. ancor prima che sorgesse il problema della tutela dei programmi per elaboratore, tra cui segnatamente le opere dell'architettura e le compilazioni di informazioni.

<sup>848</sup> Art. 4, par. 1, direttiva database; art. 2, par. 1, direttiva software.

<sup>849</sup> Art. 5, lett. a), b), e), direttiva database; art. 4, direttiva software.

<sup>850</sup> *Amplius*, O. CAROSONE, *L'opera dell'ingegno creata nel rapporto di lavoro autonomo e subordinato*, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>851</sup> Direttiva database, Considerando n. 29.

<sup>852</sup> A tenore del Considerando n. 41 della direttiva database, il costituente di una banca dati è la persona che prende l'iniziativa e si assume il rischio di effettuare gli investimenti, escludendo eventuali subappaltatori.

<sup>853</sup> P. DEL POGGETTO, *La protezione giuridica delle banche dati mediante il diritto d'autore ed il diritto sui generis*, op. cit., p. 163, segnala un ulteriore elemento di eterogeneità tra le due direttive, rappresentato dal principio dell'esaurimento. Esso si atteggierebbe in modo peculiare con riguardo ai database, considerata la sua limitata applicazione al caso di vendita al pubblico di una copia di una banca dati contenuta in un CD-ROM (equiparandola ad un prodotto o ad una merce). L'esaurimento non si verificherebbe invece nel caso di distribuzione on-line della banca dati poiché in tal caso non ricorrerebbe la vendita di un prodotto, bensì la prestazione di un servizio, come evidenziato dal Considerando n. 33 della direttiva database. Esso prevede testualmente che «il problema dell'esaurimento del diritto



rassegna il dibattito in ordine alla natura di tale diritto, considerato che alcuni Studiosi ritengono che esso possa inquadrarsi nell'ambito dei diritti connessi<sup>854</sup>, mentre altri sono del parere che esso costituisca un diritto nuovo, senza equivalenti nel panorama dei diritti già esistenti<sup>855</sup>. Secondo quest'ultima prospettiva, si nega che il diritto *sui generis* possa atteggiarsi come una forma di tutela autoriale in quanto essa presupporrebbe l'esistenza di un lavoro dal carattere creativo e sarebbe comunque incentrata sulla forma espressiva, al pari di quella già riconosciuta.

Orbene, si è già rammentato che la nascita dei diritti connessi trae fondamento dalla volontà politica di premiare gli investimenti nelle tecnologie ausiliarie alla creazione, alla divulgazione e alla conservazione delle opere letterarie, scientifiche o artistiche, aumentando le possibilità di remunerazione degli autori delle opere ancora protette. In tale prospettiva, sembra ragionevole ritenere che anche le banche dati costituiscano uno strumento preposto a tali fini. Senonché, esse divergono dai diritti connessi per la possibilità che esse contribuiscano alla distribuzione di informazioni non originali, venendo quindi a mancare il rapporto ausiliario rispetto all'opera dell'ingegno radiodiffusa, interpretata o prodotta su supporti fonografici. A differenza dei diritti connessi, il diritto *sui generis* premia gli

---

di distribuzione non sussiste nel caso di banche di dati in linea, che rientrano nel settore delle prestazioni di servizi; che ciò si applica anche in caso di copia materiale di una simile banca di dati fatta dall'utente del servizio con il consenso del titolare del diritto; che, contrariamente al caso dei CD-ROM o dei CD-i, per i quali la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, e più specificamente in una merce, ciascuna prestazione in linea è in effetti un atto che dovrà essere soggetto ad autorizzazione qualora il diritto d'autore lo preveda». Tuttavia, ad una più attenta disamina del dato normativo, si rileva che anche la direttiva software, sia nella sua anteriore formulazione, di cui all'art. 4, lett. d), che in quella posteriore, prevista all'art. 4, par. 2, limita il verificarsi dell'esaurimento alla vendita del programma per elaboratore. Al di là della discutibile costruzione logica dell'enunciato normativo, esso prescrive che l'esaurimento non operi rispetto alle ulteriori locazioni o copie del software. Anche in tal caso, la *ratio* sembra essere quella di evitare che il diritto possa esaurirsi in presenza di una prestazione di servizi.

<sup>854</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 283; M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, op. cit.; M. RICOLFI, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 149; G. GUGLIEMMETTI, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, p. 184; G. C. ZANETTI, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., p. 342, i quali percepiscono una maggiore affinità del diritto *sui generis* con i diritti connessi sulle opere utili piuttosto che con il diritto d'autore sulle opere "classiche".

<sup>855</sup> G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, op. cit., p. 92, il quale descrive l'introduzione del nuovo diritto come «[u]n vero e proprio "straripamento" dell'alveo delle protezioni accordate per favorire la moltiplicazione delle creazioni intellettuali ed il connesso beneficio sociale in termini di sviluppo tecnologico o culturale»; V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, op. cit., p. 232, sostenendo che tale diritto, non condividendo alcun presupposto razionale con il diritto d'autore e con i diritti connessi, si auto-legittimerebbe elevandosi ad interesse finanziario ritenuto meritevole di tutela. Conformi, F. GIANANTE, *La tutela giuridica delle banche dati: la protezione attraverso il diritto sui generis*, op. cit.; S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., p. 193, il quale richiama M. VIVANT, *L'incidence de l'armonisation communautaire en matière de droit d'auteur sur le multimédia*, Commissione Europea, Bruxelles, 1995, p. 10; T. DESURMONT, *Chronique de la Communauté Européenne*, in *Revue internationale du droit d'auteur*, n. 155, 1993, pp. 149 ss.

investimenti finanziari per la circolazione delle informazioni, indipendentemente dal loro merito secondo il diritto d'autore<sup>856</sup>. Da più parti si è avvertito che la tutela del puro investimento abbia inaugurato un processo di mercificazione (o *commodification*) del bene informazione<sup>857</sup>. Ad ogni modo, la prevalenza di punti di contatto rispetto a quelli di distonia con i diritti connessi potrebbe ragionevolmente condurre a qualificare tale diritto per l'appunto come un diritto connesso, a sua volta *sui generis*<sup>858</sup>.

Dunque, qualora la banca dati non sia originale, il costitutore può inibirne lo sfruttamento invocando il diritto *sui generis*. Nel caso in cui essa sia anche originale, ci si può avvalere del duplice titolo composto dal diritto *sui generis* e dal diritto d'autore. Le due tutele presentano due presupposti differenti, il primo costituito dall'investimento, il secondo rappresentato dall'originalità. L'una non esclude l'altra. Anzi, è probabile che una banca dati originale sia il frutto di un consistente investimento, ma non è altrettanto probabile il contrario<sup>859</sup>. Invero, il diritto d'autore concerne l'architettura originale della banca dati rispetto alla quale occorre tendenzialmente un consistente investimento. Di converso, il diritto *sui generis* ne tutela il contenuto (*rectius*, l'investimento per produrlo ed organizzarlo), quand'anche banale, a condizione che abbia richiesto un significativo investimento<sup>860</sup>.

---

<sup>856</sup> V. sul punto CGUE, sentenza del 5 marzo 2009, C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD*, EU:C:2009:132, ove si è ribadito che alcune creazioni rientranti nel pubblico dominio in quanto scevre della tutela d'autore potrebbero trovare tutela se inserite in una banca dati qualora rivelino un significativo investimento umano e di capitale. Questo passaggio è ben evidenziato ai parr. 70-71: «come risulta dall'art. 7, n. 4, della direttiva 96/9, il diritto *sui generis* si applica indipendentemente dalla possibilità, per la banca di dati e/o per il suo contenuto, di essere tutelati, segnatamente, dal diritto d'autore. Come è stato rilevato dal governo bulgaro, ne consegue che la circostanza, dedotta dalla Lakorda, che gli elementi contenuti nel sistema di informazione giuridica dell'Apis non possano essere ammessi, in ragione del loro carattere ufficiale, alla tutela fornita dal diritto d'autore non può, di per sé, giustificare che un insieme che comprenda elementi siffatti sia privato della qualificazione come "banca di dati", ai sensi dell'art. 1, n. 2, della direttiva 96/9, o che tale insieme sia escluso dalla sfera di applicazione della tutela mediante il diritto *sui generis* istituita dall'art. 7 della direttiva stessa». Detto altrimenti, la circostanza che la banca dati sia essenzialmente composta da elementi ufficiali, accessibili al pubblico, non dispensa il giudice di merito dal verificare l'esistenza di un investimento sostanziale, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo. Con riguardo all'esame quantitativo, la CGUE ha chiarito che esso deve essere effettuato in relazione al volume degli elementi asseritamente estratti e/o reimpiegati rispetto alla banca dati nel suo complesso oppure rispetto al suo sottogruppo qualora esso costituisca a sua volta una banca dati (una sorta di mini-database). La valutazione qualitativa può dipendere altresì dall'accessibilità al pubblico della fonte raccolta.

<sup>857</sup> G. RESTA, *I nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 8; G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione e analisi economica*, op. cit., p. 46.

<sup>858</sup> Esso presenterebbe degli elementi di affinità anche rispetto al diritto d'autore, tra cui specialmente con riguardo alla costituzione del diritto. Invero, il *dies a quo* coincide con il completamento della creazione e non invece con la sua – successiva ed eventuale – manifestazione al pubblico (come invece stabilito per i diritti connessi).

<sup>859</sup> F. GIANANTE, *La tutela giuridica delle banche dati: la protezione attraverso il diritto sui generis*, op. cit.

<sup>860</sup> S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., p. 194. A tal riguardo, è stato segnalato da F. GIANANTE, *La tutela giuridica delle banche dati: la protezione attraverso il diritto sui generis*, op. cit., che il testo

Il quadro così tracciato rispecchia la particolare natura delle banche dati, le quali sono per antonomasia funzionali a rispondere ad un bisogno documentale riguardante un determinato settore. Esse, risolvendo un problema pratico – per l'appunto, di tipo informativo – sono considerate creazioni utili<sup>861</sup>. Rievocando la risalente, ma efficace, bipartizione tra opere in funzione estetica ed opere in funzione tecnica<sup>862</sup>, non vi è dubbio che le banche dati, alla stregua dei programmi per elaboratore, appartengano alla seconda categoria.

La menzionata suddivisione non riveste soltanto una funzione classificatoria squisitamente dottrinale in quanto essa conferma e valorizza la predetta ambivalenza dell'opera dell'ingegno, distinguendo, da un lato, le produzioni artisticamente o culturalmente innovative e, dall'altro, le creazioni destinate a perseguire una funzione utilitaria, sia essa a beneficio dell'industria o del pubblico (o di entrambi), costituendo per le imprese degli autentici *assets* strategici<sup>863</sup>.

Come già ravvisato per i software, l'apertura a questo secondo emisfero dell'utile ha generato dei complessi interrogativi in ordine alla tipologia di apporto richiesto all'autore affinché un elemento strategico possa qualificarsi come opera dell'ingegno originale.

Con particolare riguardo ai database, l'attività svolta dal costituente di una banca dati si identifica sostanzialmente nella raccolta di informazioni –

---

italiano in materia di banche dati si discosterebbe rispetto a quello europeo in quanto l'ambito di applicazione della disciplina domestica sarebbe incentrato soltanto sul parametro della parte sostanziale e non anche su quello dell'investimento rilevante. Questa tesi non appare condivisibile in quanto basata su una lettura parziale del dato normativo. Invero, essa si limita a considerare la previsione contenuta all'art. 102-bis, comma 3, l.d.a., la quale riconosce al costituente della banca dati il diritto di vietare le operazioni di estrazione o di reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa (tenuto conto che l'art. 7, par. 1, oltre a stabilire che gli Stati membri debbano attribuire al costituente di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, precisa che tale protezione sia condizionata alla circostanza che il conseguimento, la verifica e la presentazione del contenuto della banca dati attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo). Occorre invece analizzare la disposizione domestica nel suo complesso, posto che l'art. 102-bis, comma 1), lett. a), l.d.a., attribuisce espressa rilevanza alla quantità ed alla qualità dell'investimento sostenuto, definendo il costituente della banca dati come colui che «*effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o la sua presentazione*, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo e lavoro» [corsivo aggiunto].

<sup>861</sup> Si veda in primo luogo l'accurata trattazione proposta da P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., pp. 167-295.

<sup>862</sup> M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, op. cit., p. 3.

<sup>863</sup> Vale la pena di rammentare che la potenziale industrialità di tali creazioni aveva innescato, così come per i software (v. *supra* par. 8), un'accesa discussione dottrinale in ordine alla scelta del diritto di esclusiva o di privativa maggiormente adeguato ad offrirne la protezione. Le due principali alternative di tutela erano costituite per l'appunto dal diritto d'autore e dal brevetto per invenzione. Sennonché, anche per le banche dati si decise di optare per la protezione autoriale, escludendo espressamente l'accesso alla tutela brevettuale, ai sensi dell'art. 45, comma 1, lett. c), c.p.i., il quale riflette quanto prescritto dall'art. 52, par. 2, lett. d) della Convenzione sul brevetto europeo, riveduta a Monaco il 29 novembre 2000. Per un'interessante ricostruzione del menzionato dibattito, si richiama P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., pp. 335-368.

la quale a sua volta si scompone in quella di reperimento delle informazioni e nel controllo circa la loro esattezza – e nella loro organizzazione secondo criteri tendenzialmente intuitivi (cd. *user-friendly*), almeno per il *target* di pubblico portatore del corrispondente interesse documentale. Si evince quindi che il lavoro intellettuale diretto alla realizzazione delle banche dati non si caratterizzi per un cospicuo fabbisogno creativo, quantomeno se rapportato a quello richiesto per le opere dell'ingegno tradizionali. Sarebbe coerente sostenere che esso si concretizzi nel più o meno intenso esercizio di abilità tecnico-specialistiche e nell'investimento di risorse finanziarie presumibilmente consistenti.

Ciò premesso, sebbene i programmi per elaboratore e le banche dati abbiano certamente in comune la diversa natura dell'apporto conferito dall'autore rispetto alle cd. creazioni in funzione estetica, il contributo tecnico/finanziario richiesto per la realizzazione di un software è a sua volta dissimile rispetto a quello necessario per la costituzione di un database. In quest'ultimo caso, il "cuore" della prestazione non coincide, almeno direttamente, con la scrittura di istruzioni finalizzate ad un certo funzionamento dell'elaboratore, bensì si identifica nella collezione e sistemazione di dati afferenti ad un determinato settore. Le divergenze di carattere propriamente materiale tra software e database si riflettono anche nelle scelte di regolazione operate dal legislatore europeo, ponendo così delle questioni ermeneutiche in parte eterogenee.

## **10.2 (Segue) La *vexata quaestio* dell'originalità**

*In limine*, occorre dar conto di due dubbi ermeneutici che si pongono in modo specifico ed esclusivo per le banche dati in quanto strettamente legati alle due principali attività di raccolta e di organizzazione, ovvero (i) se l'originalità investa anche la selezione dei dati e, in caso di esito positivo, stabilire come tale condizione possa conciliarsi con la vocazione esauriente delle menzionate creazioni e (ii) quali siano i parametri per stabilire se la strutturazione dei dati possa reputarsi originale, considerato che essa risulta tendenzialmente improntata a criteri standardizzati sempre più spesso definibile direttamente dall'utente medesimo.

In primo luogo, con riferimento all'attività di raccolta, giova dar conto che le banche dati sono *ex se* preordinate a soddisfare i bisogni informativi nel modo più completo possibile. Sicché, ciascun database tenderà, almeno idealmente, ad esplorare in modo esaustivo un determinato settore. Al di là della certezza in ordine all'effettiva completezza della banca dati, è evidente che la propensione ad includere tutte le informazioni relative ad uno specifico argomento determina una preclusione *a priori* in ordine alla possibilità di operarvi una selezione.

Questo fenomeno, che contrassegna in modo peculiare le banche dati, è stato felicemente battezzato dalla dottrina come il cd. paradosso

dell'esautività<sup>864</sup>. Per certi versi, si tratta effettivamente di un paradosso, soprattutto ove si tenga conto della circostanza che un'informazione meno completa conseguente ad una selezione originale dei contenuti presentati all'utente sarebbe maggiormente meritoria della tutela autoriale, ma al contempo meno appetibile sul mercato in quanto limitata ad una visione parziale dell'argomento in questione. Al contrario, un'informazione più minuziosa, escludendo l'esercizio di un'attività selettiva, non meriterebbe l'accesso alla menzionata esclusiva, benché abbia un più elevato valore di mercato in ragione proprio della sua completezza. Pertanto, sotto la lente del diritto d'autore, l'esautività viene percepita come un difetto piuttosto che alla stregua di un pregio<sup>865</sup>.

In secondo luogo, con riguardo all'attività di organizzazione, deve segnalarsi che essa presupporrebbe, almeno in teoria, una qualche forma di esteriorizzazione comprovante lo sforzo intellettuale del costituente ad assicurare l'originale disposizione dei dati. In pratica, tuttavia, la selezione delle informazioni rilevanti viene operata dallo stesso utente durante la consultazione del database<sup>866</sup>. Il suo costituente si limita ad ordinare i risultati della ricerca secondo parametri per lo più convenzionali, tra cui, ad esempio, quello alfabetico, cronologico oppure di maggiore ricorrenza delle parole contenute nella *query*. Peraltro, spesso accade che l'utente goda di una piena autonomia nella determinazione dell'ordine di presentazione dei risultati. Ne consegue che appare decisamente arduo sostenere l'originalità (il cd. *creative spark*, prendendo in prestito le parole utilizzate in *Feist Publication* su cui v. *supra* par. 2.2) di un complesso di informazioni ordinato secondo parametri banali oppure direttamente stabiliti dall'utente.

D'altra parte, potrebbe obiettarsi che tale giudizio debba essere incentrato sull'ordine scelto dal costituente della banca dati per la presentazione iniziale delle informazioni, ovvero per la loro conformazione nella fase anteriore alla consultazione da parte dell'utente. Tuttavia, quand'anche si voglia spostare la valutazione di originalità alla primaria esibizione della raccolta, si rileva che, salvo casi eccezionali, è alquanto improbabile che il costituente della banca dati si allontani da criteri afferenti alla logica elementare e/o istintiva, anche perché altrimenti ne verrebbe pregiudicata la sua stessa utilità pratica.

La sintetica disamina delle peculiari caratteristiche che contrassegnano le banche dati porterebbe ad inferire l'impossibilità di estenderci la protezione

---

<sup>864</sup> A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 901. Esso viene anche appellato come il "paradosso della completezza", come risulta in G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, op. cit., p. 222.

<sup>865</sup> V. G.D. FINOCCHIARO, *La valorizzazione delle opere d'arte on line e in particolare la diffusione on line di fotografie di opere d'arte. Profili giuridici*, op. cit., secondo cui la protezione della banca dati sotto l'ombrello del diritto d'autore «presuppone l'originalità dell'opera, con riguardo alla sua particolare struttura, e questo requisito non sempre è proprio della banca di dati o dell'opera multimediale, le quali possono essere piuttosto qualificate dalla completezza, nonché dalla qualità e dalla tipologia di informazioni o di opere in esse contenute».

<sup>866</sup> A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 901.

autoriale, essendo acclarata la loro attitudine ontologica a non soddisfare il requisito di originalità, almeno nella sua tradizionale accezione<sup>867</sup>. Nella realizzazione di una banca dati non vi è infatti spazio per predicare l'esercizio di una sufficiente arbitrarietà espressiva, sia con riguardo alla raccolta che con riferimento alla sistemazione dei contenuti, perlomeno intendendo l'originalità secondo l'approccio personalistico dei Paesi a tradizione latino-germanica. Tuttavia, il legislatore europeo e, sulla scia di quest'ultimo, i legislatori nazionali degli Stati membri hanno optato proprio per il riconoscimento della tutela autoriale anche in favore delle banche dati, purché rispettino determinati requisiti. Ad essa si somma un'ulteriore forma di protezione, designata come diritto *sui generis*, la quale viene attribuita a condizioni diverse e tendenzialmente meno "pretenziose" rispetto a quelle vigenti per l'accesso al diritto d'autore.

### 10.3 (Segue) Le ragioni economiche di una tutela giuridica

Prima di procedere con la disamina del dato positivo, risulta certamente lecito ed opportuno interrogarsi in via preliminare su quale possa essere il fondamento giustificatore per l'attribuzione della protezione autoriale, oltre che del diritto *sui generis*, in favore di questa peculiare creazione ibrida. Non può non constatarsi che si debbano nuovamente rompere gli ormeggi dei tradizionali principi ed interessi governanti il diritto d'autore. La ragione sottostante al riconoscimento di una doppia forma di tutela deve infatti essere ricercata altrove.

Occorre anzitutto tener conto del particolare periodo storico nel quale le due forme di protezione sono state introdotte. Negli anni '90, il mercato delle informazioni rappresentava una terra ai più inesplorata, di guisa che esso non si sarebbe potuto sviluppare in assenza di apposite politiche incentivanti, soprattutto alla luce delle ingenti risorse finanziarie necessarie per la costituzione delle banche dati a cui si contrapponevano i modesti sforzi economici sufficienti per effettuare delle duplicazioni senza alcuna autorizzazione da parte del titolare.

Questo scenario rendeva molto poco allettante il mercato delle banche dati e, di conseguenza, lo sviluppo dell'informativizzazione, posto che il costituente di un database rischiava di veder vanificato il proprio investimento a causa delle duplicazioni gratuite (o quasi) ad opera dei *competitors* o di qualunque altro soggetto interessato. Invero, la mancata attribuzione di un diritto di esclusiva sulla raccolta di dati azzerava il vantaggio competitivo

---

<sup>867</sup> Ciò ha portato alcuni Stati (nella fase anteriore all'emanazione della direttiva database) ad allargare il concetto di originalità identificandolo nell'attività stessa di ricerca ed organizzazione dei dati, senza che essa debba necessariamente essere originale, con l'obiettivo di assicurare ai costitutori delle banche dati una forma di remunerazione per gli ingenti investimenti sostenuti. Così, E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, op. cit., p. 143. È ben evidente che un siffatto *stretching* della nozione di originalità sia idoneo a minare la tenuta del sistema del diritto d'autore, già malferma a seguito dell'antecedente allargamento in favore dei programmi per elaboratore.

maturato all'atto della sua costituzione poiché chiunque avrebbe potuto appropriarsi liberamente dello sforzo tecnico/economico altrui.

In realtà, tale condizione sconveniente accomuna tutte le creazioni intellettuali riproducibili in via digitale, le quali, in assenza di una misura di protezione giuridica e/o tecnologica, non garantiscono alcun tempo naturale di vantaggio tra il primo realizzatore e il secondo, posto che la comunicazione al pubblico di una creazione digitale consente a chiunque di replicarla liberamente<sup>868</sup>. L'unica differenza era rappresentata dal fatto che le altre creazioni intellettuali godevano di un'espressa tutela in quanto opere dell'ingegno, essendoci quindi maggiori possibilità di assicurarne – almeno potenzialmente – l'*online enforcement*. Le banche dati si trovavano, invece, in una nebulosa di incertezza giuridica dal momento che (all'epoca) erano orfane di un'esplicita attenzione normativa.

In sintesi, la fruizione potenzialmente illimitata delle banche dati, a causa dell'assenza di una forma di protezione che si estrinsechi in un diritto di esclusiva/privativa, unitamente alla agevole ed economica riproducibilità digitale, le rendeva giocoforza poco *appealing* dall'angolo visuale dei potenziali investitori di questo speciale comparto industriale.

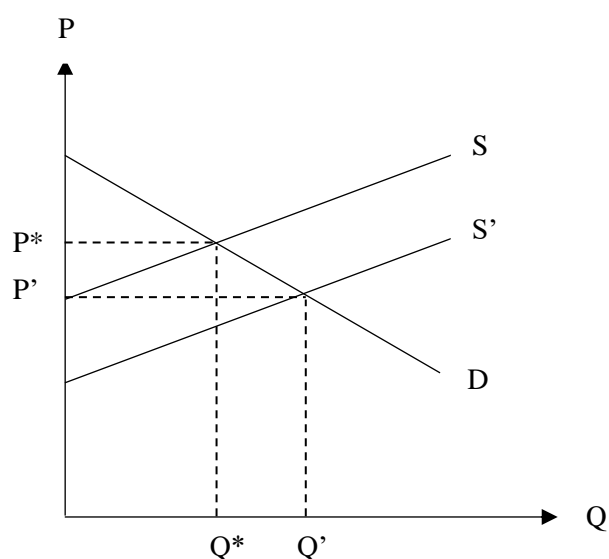
La soluzione reputata più efficiente per aumentare l'offerta (e i rispettivi investimenti) di raccolte di dati era quella di renderle artificialmente dei beni in condizione di scarsità, garantendo al titolare un cd. *artificial lead time*<sup>869</sup>. Invero, glissando sulle misure tecnologiche di protezione di quel tempo, lo stesso risultato poteva essere ottenuto secondo diversi livelli di efficacia attraverso una pluralità di opzioni giuridiche, quali segnatamente la tutela contrattuale mediante l'apposizione di clausole di segretezza, il ricorso alle disposizioni in materia di concorrenza sleale, nonché mediante il riconoscimento del diritto d'autore (v. *infra* par. 9.3). Quest'ultima forma di protezione rappresenterebbe, secondo attenta dottrina<sup>870</sup>, l'opzione maggiormente vantaggiosa per garantire e stimolare il progresso sociale. Essa muove dall'assunto che la sicurezza offerta dalla tutela autoriale eliminerebbe i costi per la ricerca di soluzioni sostitutive. Di conseguenza, il minor costo legale per la realizzazione delle banche dati consentirebbe di ridurre il prezzo di vendita del bene in questione, favorendone al contempo un accesso più diffuso a beneficio della collettività. La teoria in discorso è illustrabile attraverso il seguente asse cartesiano:

---

<sup>868</sup> J.C. GINSBURG, *Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information*, op. cit., p. 1877.

<sup>869</sup> J.H. REICHMAN, *Goldstein on Copyright Law: a realist's Approach to a Technological Age*, in *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 970 ss. Inoltre, l'Autore, riportato da ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 900, ha brillantemente diagnosticato l'esistenza di un *hystreron posteron* rispetto al normale funzionamento del diritto d'autore, alla luce del fatto che il danno causato al costituente della banca dati per effetto del suo libero sfruttamento da parte di terzi non autorizzati costituirebbe la premessa e la prova della violazione del diritto d'autore e non invece la sua conseguenza.

<sup>870</sup> P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, op. cit., pp. 180-181, la quale richiama sul punto il saggio di J. PALMER, *Copyright and Computer Data Bases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 14, II, 1983, pp. 192-193.



P = Prezzo  
 Q = Quantità di dataset prodotti  
 S = Curva dell'offerta  
 D = Curva della domanda

Il grafico mette in luce esattamente che il minor costo della protezione derivante dall'attribuzione del diritto d'autore offrirebbe ai costitutori delle banche dati la possibilità di abbassarne il prezzo di vendita da  $P^*$  a  $P'$ , spostando di riflesso la curva dell'offerta da  $S$  a  $S'$ . Ciò permetterebbe di soddisfare altresì la domanda di quei consumatori disposti a pagare una somma inferiore per lo sfruttamento delle banche dati, aumentando la quantità di database prodotta e consumata da  $Q^*$  a  $Q'$ . Il riconoscimento del diritto d'autore produrrebbe quindi un vantaggio sociale nei termini di una più efficiente allocazione delle risorse nella prospettiva di assicurare una più vasta distribuzione della conoscenza<sup>871</sup>.

Tale ragionamento rispecchia i dettami della cd. *welfare theory*, ovvero quella corrente di pensiero che affonda le radici nella teoria utilitaristica coniata da John Stuart Mill, sintetizzabile nel perseguimento del cd. *greatest good of the greatest number*<sup>872</sup>. La sua applicazione al diritto d'autore porta a considerare il diritto di esclusiva come un temporaneo male necessario (“*a necessary evil*”) grazie al quale poter perseguire dei più ampi interessi sociali<sup>873</sup>. In altre parole, il singolo, affinché sia incentivato a realizzare qualcosa di utile per la collettività, deve essere in qualche modo avvantaggiato<sup>874</sup>. La migliore forma di incoraggiamento a produrre nuovi

<sup>871</sup> *Ibidem*.

<sup>872</sup> J.S. MILL, *Principles of Political Economy*, Pearson Longman, New York, 1909.

<sup>873</sup> W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, op. cit., p. 103; *Amplius*, IDEM, *Theories of Intellectual Property*, in S. MUNZER (a cura di), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 168-199.

<sup>874</sup> La predetta filosofia è cristallizzata in una risalente sentenza emessa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti per risolvere la controversia *United States v. Paramount Pictures*



lavori artistico-culturali, secondo tale teoria, sarebbe rappresentata proprio dal riconoscimento del diritto d'autore.

D'altronde, non può nemmeno ignorarsi un dato storico alquanto emblematico testimoniante la non necessarietà di un espresso diritto esclusivo per garantire la prosperità del mercato delle banche dati. È il caso in particolare all'esempio statunitense, ove la mancata previsione di un diritto *sui generis* non ha ostacolato il ragguardevole successo registrato nel comparto industriale delle banche dati<sup>875</sup>.

Può quindi evincersi che la tutela autoriale – o tramite un apposito diritto *sui generis* – non rappresenti la *conditio sine qua non* affinché si garantisca il florido sviluppo dell'infrastruttura delle informazioni. Sarebbe più corretto ritenere che il diritto d'autore si inserisca in un ventaglio di possibili strumenti parimenti impiegabili per raggiungere siffatto obiettivo, benché connotati da livelli di rendimento eterogenei. Difatti, ove si volga lo sguardo all'intero sistema giuridico si comprende che la conoscenza non risulta appropriabile soltanto attraverso il diritto d'autore, ma sussiste un reticolato di altri diritti somiglianza ad una tela di ragno da cui risulta sempre più arduo divincolarsi<sup>876</sup>.

Peraltro, occorre tener conto del limitante raggio di protezione coperto dal diritto d'autore, considerato che la sua portata non potrebbe superare il “muro del suono”<sup>877</sup> rappresentato dal contenuto della banca dati, dovendosi limitare alla sua forma espressiva. Come accennato *supra*, il principio

---

*Inc.*, 1954, 334 U.S. 131, secondo cui «The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyright is the conviction that *encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare*» [enfasi mia].

<sup>875</sup> Giova rammentare che il Congresso americano era prossimo a ratificare una legge sulla protezione giuridica dei database, come attestato dal comunicato ufficiale del *chairman* del 29 marzo 2001 contenente siffatta volontà. Tuttavia, essa non venne portata a termine a seguito di una serie di critiche avanzate dalla dottrina in ordine all'utilità del diritto d'autore, il cui costo sociale avrebbe di gran lunga superato il corrispondente beneficio, tra cui segnatamente S. MAURER, P.B. HUGENHOLTZ, H.J. ONSRUD, *Europe's Database Experiment*, op. cit., pp. 789-790. La direttiva rappresentava quindi anche uno strumento per arginare lo strapotere dell'industria statunitense, la quale prosperava anche in assenza di un'espressa tutela giuridica. Come rilevato da P. DEL POGGETTO, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., p. 168 «Non a caso l'art. 11 indica come beneficiari della tutela basata sul diritto *sui generis* solo persone fisiche o giuridiche residenti o stabilite in uno Stato membro della Comunità, escludendo da tale diritto tutte le banche dati realizzate in Paesi terzi che non offrano una tutela con questa comparabile. Il legislatore comunitario ha così voluto riconoscere un diritto di ampia portata per favorire gli investimenti in un settore che in Europa è stato penalizzato dalla frammentazione linguistica e dalla mancanza di infrastrutture, più che dal disinteresse del legislatore».

<sup>876</sup> J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., pp. 512, 519; V. MOFFAT, *Mutant copyrights and backdoor patents: the problem of overlapping Intellectual Property Protection*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 19, 2004.

<sup>877</sup> La calzante immagine è evocata da G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, op. cit., p. 579, con riguardo ai programmi per elaboratore per affermare la possibilità che la dicotomia idea-espressione, «pur essendo di norma insuperabile, può, date certe condizioni e con le cautele del caso, tollerare adattamenti». Con riguardo alle banche dati, è invece da escludere che la possibilità di un siffatto superamento del muro del suono, tenuto conto che il contenuto della banca dati potrebbe essere già protetto come opera dell'ingegno se dotato di carattere creativo.

dicotomico del diritto d'autore costituisce uno dei pilastri dell'istituto in questione volto ad arginare il rischio di monopolizzazione delle idee che potrebbe danneggiare la concorrenza dinamica e la libera circolazione del sapere.

Tuttavia, la sua applicazione alle banche dati rende tale forma di protezione facilmente aggirabile da parte dei terzi poiché questi ultimi potrebbero prelevare tutti i dati raccolti dal primo costituente e non incorrere nella relativa violazione qualora li abbiano strutturati secondo una veste formale dissimile rispetto a quella scelta dal titolare originario. Proprio per far fronte a tale inconveniente, il legislatore europeo ha introdotto uno strumento di tutela atipico, identificato nel diritto *sui generis*, anch'esso fonte – surrettizia<sup>878</sup>, ma non troppo – di un diritto esclusivo. Esso si inserisce nel comune obiettivo di incentivare la creazione di sistemi di memorizzazione e gestione dei dati per contribuire allo sviluppo del mercato dell'informazione in un contesto economico-sociale caratterizzato dalla crescita esponenziale di informazioni prodotte ed elaborate<sup>879</sup>.

#### **10.4 (Segue) La condizione giuridica delle banche dati nell'assetto normativo internazionale ed in quello giurisprudenziale italiano prima dell'emanazione della direttiva database**

Anteriormente all'intervento europeo, i primi indici positivi dai quali poter desumere un *favor ante litteram* (*rectius*, ante direttiva database) per la protezione giuridica delle banche dati sono rintracciabili nelle fonti internazionali. Invero, l'art. 2, n. 5) della Convenzione di Berna, dispone espressamente che «le raccolte di opere letterarie o artistiche, come le enciclopedie e le antologie che, per la scelta e la disposizione della materia, abbiano carattere di creazioni intellettuali, sono protette come tali, senza pregiudizio del diritto d'autore su ciascuna delle opere che fanno parte delle raccolte stesse». Sebbene tale norma fosse concepita in origine per tutelare le raccolte di opere letterarie cartacee, essa è stata oggetto di un'interpretazione evolutivo-estensiva includente anche quelle tradotte in codice binario, cominciandosi ad affermare uno dei principi giuridici cardine del diritto dell'informatica, ovvero quello di neutralità tecnologica<sup>880</sup>. Tale principio

---

<sup>878</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 284.

<sup>879</sup> In questo senso, v. da ultimo CGUE, sentenza del 3 giugno 2021, Causa C-762/19, *Online Latvia*, EU:C:C:2021:434, par. 23, ove si richiama CGUE, sentenza del 19 dicembre 2013, Causa C-202/12, *Innoweb*, EU:C:2013:850, par. 35. Per un commento della recente sentenza si rinvia a E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, op. cit.

<sup>880</sup> In dottrina, fra i moltissimi contributi, si segnala in particolare quello di G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV-V, 2012, pp. 831 ss., in cui il principio di neutralità tecnologica è definito come il divieto per il legislatore di interferire sullo sviluppo della tecnologia, condizionandola, così favorendo determinate tecnologie rispetto ad altre. Altrimenti, la politica deterrebbe il potere di influenzare lo sviluppo del mercato, favorendo determinati prodotti rispetto ad altri. Secondo l'autorevole Studiosa, l'origine del menzionato principio sarebbe da rintracciarsi nei rapporti dell'UNCITRAL (a partire dal rapporto del Working Group on Electronic Commerce, *Planning of Future Work on Electronic Commerce: Digital*

esige che ciascuna fattispecie riceva un trattamento giuridico disancorato rispetto al genere di tecnologia impiegata, ispirandosi ad un approccio di tipo sostanzialista incentrato sull'attività concretamente svolta.

Un'ulteriore traccia nell'ambito del diritto internazionale pattizio che denota l'apertura alla tutela giuridica delle raccolte di informazioni – anteriormente all'emanazione della corrispondente direttiva comunitaria – è certamente ascrivibile all'art. 10, par. 2, dell'accordo GATT del 15 aprile 1994. Esso, infatti, dispone che «le complicazioni di dati o altro materiale, in forma leggibile da una macchina o in altra forma, che a causa della selezione o della disposizione del loro contenuto costituiscono creazioni intellettuali, sono protette come tali. La protezione, che non copre i dati o il materiale stesso, non pregiudica i diritti d'autore eventualmente esistenti sui dati o sul materiale»<sup>881</sup>. L'espressa previsione in merito all'irrelevanza dell'idoneità della raccolta di dati ad essere leggibile attraverso una macchina oppure mediante altre modalità di lettura ha inciso sulla formulazione definitiva della direttiva europea, considerato che essa era originariamente indirizzata soltanto alle compilazioni elettroniche, escludendo quelle cartacee. A tal riguardo, il Consiglio, nella posizione comune del 10 luglio 1995, si è

---

*Signatures, Certification Authorities and Related Legal Issues*, 31° sessione, New York, 18-28 febbraio 1997, par. 15-17 e par. 46) in materia di regolazione della firma elettronica, trovando il suo precursore nel principio di equivalenza funzionale. Sulle poliedriche forme di attuazione del principio di neutralità tecnologica, cfr. a titolo non esaustivo, G. MATTARELLA, *Big Data e accesso al credito degli immigrati: discriminazioni algoritmiche e tutela del consumatore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, IV, 2020, pp. 696 ss.; F. MOLITERNI, *Commercio internazionale, letters of indemnity, bills of lading (o polizze di carico) e sistema di circolazione e regolamento delle electronic bills of lading: suggestioni dal modello dei sistemi di pagamenti «istantanei» peer to peer e dal modello del sistema blockchain*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, I, 2018, pp. 81 ss.; G. NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e Diritto Privato*, II, 2014, pp. 577 ss.; G.M. ROBERTI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 ("Decreto Romani")*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 2010, pp. 1 ss.; M. GRANIERI, *Attività di standardizzazione, diritti di proprietà intellettuale e antitrust*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2004, pp. 138 ss.

A livello giurisprudenziale, il principio in discorso è stato affermato nella sentenza del Tribunale di I grado dell'UE, sez. II, 15 giugno 2010, n.177, in *Il Foro Italiano*, vol. 10, IV, 2011, pp. 480 ss., con riguardo al divieto di aiuti di Stato, di cui all'art. 87 CE, ove si è ritenuto che il contributo italiano per l'acquisto o locazione di decoder digitali terrestri non rispettasse il requisito della neutralità tecnologica, atteso che tale pratica ha favorito esclusivamente emittenti digitali terrestri e operatori via cavo, escludendo immotivatamente le emittenti satellitari. Pertanto, esso è stato qualificato come aiuto di Stato e, per gli effetti, ne è stato ordinato il recupero. In seguito, tale principio è stato applicato anche nell'ambito del diritto d'autore ad opera della CGUE, sez. IX, sent. del 19 novembre 2015, n.325, in *Il Diritto d'Autore*, 2015, IV, pp. 631 ss., ove si è precisato che «l'atto di comunicazione si riferisce a qualsiasi trasmissione di opere protette, *independentemente dalla tecnica utilizzata (principio di neutralità tecnologica)* e che ogni trasmissione o ritrasmissione di un'opera che utilizzi uno specifico mezzo tecnico deve essere autorizzata dall'autore dell'opera; tuttavia per rientrare nella nozione di "comunicazione al pubblico", ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, occorre che le opere protette siano effettivamente comunicate a un "pubblico"» [corsivo aggiunto]. Nel caso di specie, si è escluso che un organismo di diffusione radiotelevisiva avesse effettuato un atto di comunicazione al pubblico in quanto esso aveva trasmesso i suoi segnali portatori di programmi esclusivamente ai distributori di segnali senza che essi fossero accessibili al pubblico.

<sup>881</sup> *Amplus*, A. SIROTTI GAUDENZI, *Le banche dati*, op. cit., pp. 81 ss.

espresso a favore dell'inclusione delle raccolte di dati cartacee, onde evitare ingiustificate disparità di trattamento legate unicamente alla diversità del supporto utilizzato per la lettura della raccolta, in conformità al summenzionato principio di neutralità tecnologica<sup>882</sup>. Tuttavia, il cartaceo non gode di una tutela perfettamente omogenea rispetto al digitale, tenuto conto che, come sarà meglio specificato nel prosieguo della trattazione, gli artt. 6, par. 2, lett. a), 9 lett. a), della direttiva database accordano una tutela inferiore alle banche dati non elettroniche, legalizzando, soltanto per queste ultime, l'estrazione di parti sostanziali per fini privati (v. *infra* par. 10.4).

Terminando la rassegna delle fonti internazionali dalle quali può evincersi la volontà di tutela delle banche dati, occorre dar conto dell'espressa previsione dedicata alle «compilations of data», di cui all'art. 5 del WIPO Copyright Treaty<sup>883</sup>, adottato ufficialmente qualche mese dopo rispetto alla pubblicazione della direttiva database. La disposizione pattizia testé richiamata prevede la tutela della selezione e/o dell'organizzazione originale dei contenuti di una compilazione di dati allorquando essa costituisca – tautologicamente – una creazione intellettuale. Anche in tal caso, la forma di protezione accordata è quella autoriale. Essa verte in modo specifico sulla struttura della banca dati e non anche sul suo contenuto, il quale potrebbe essere tutelato da altri diritti di proprietà intellettuale<sup>884</sup>.

Peraltro, nella medesima giornata in cui è stato adottato il *WIPO Copyright Treaty*, la WIPO ha emesso una raccomandazione riguardante esattamente le banche dati, ove si è riconosciuta la loro vitale importanza per lo sviluppo di un'infrastruttura globale delle informazioni (designata nell'autentica versione in lingua inglese come la «global information infrastructure»). Alla luce della richiamata rilevanza su più fronti di interesse strategico, la raccomandazione evidenzia la necessità di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza facente capo ai costitutori dei database di ricevere un'adeguata tutela contro lo scorretto sfruttamento del loro lavoro e quello della società di potervi accedere liberamente.

L'atto di *soft law* suggerisce che l'equilibrio tra i due menzionati interessi antagonisti potrebbe ricercarsi nella creazione di un diritto *sui generis* a respiro internazionale. Nondimeno, esso non è stato contemplato nel Trattato (all'epoca) appena concluso, rimanendo fedele al modello del diritto d'autore. Sulla scorta della raccomandazione, la WIPO ha commissionato una serie di studi concernenti l'impatto economico derivante dall'eventuale riconoscimento di un diritto di esclusiva anche in favore delle

---

<sup>882</sup> Si pensi in particolare all'ipotesi in cui una stessa raccolta di dati venga diffusa sia in formato elettronico che cartaceo. L'assenza di una tutela per il formato cartaceo avrebbe privilegiato quello digitale. Una scelta politica del genere sarebbe stata certamente censurabile sotto il profilo di un'indebita interferenza del legislatore sul mercato, in barba al dovere di neutralità legato alla tecnologia impiegata. È quindi incontestato il principio secondo tutte le raccolte di dati debbano accedere alla medesima tutela, indipendentemente dalla circostanza che esse siano cartacee oppure digitali.

<sup>883</sup> *WIPO Copyright Treaty*, adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996.

<sup>884</sup> Invero, nella nota esplicativa di accompagnamento alla menzionata disposizione è precisato che essa è conforme all'art. 2 della Convenzione di Berna, nonché ai corrispondenti riferimenti normativi dedicati alle banche dati contenuti nell'accordo TRIPS.

banche dati non originali, senza però tradursi in un'effettiva opera di armonizzazione<sup>885</sup>. A tal riguardo, deve segnalarsi che un intervento della WIPO sarebbe caldamente desiderabile, nella prospettiva di prevedere un minimo *floor of rights* a livello mondiale che possa essere azionato dai costitutori delle banche dati al fine di contrastare ogni eventuale condotta parassitaria ed abusiva perpetrata nei Paesi ove tali pratiche risultino tollerate.

Nel diritto giurisprudenziale italiano, la prima pronuncia favorevole alla tutela delle banche dati risale al 1989, ove si è espressamente affermata l'estensione del diritto d'autore alle raccolte elaborate di informazioni fissate su un supporto magnetico, in quanto ritenute produzioni dell'ingegno idonee a manifestare un carattere creativo<sup>886</sup>.

La dottrina ha altresì evidenziato che le banche dati possano essere tutelate anche come opere collettive, ai sensi dell'art. 3, l.d.a., ben potendo l'opera collettiva essere il risultato della riunione di elementi non costituenti a loro volta opere autonomamente proteggibili<sup>887</sup>. Tuttavia, come già ricordato *supra*, la protezione del diritto d'autore ha ad oggetto la forma espressiva (e quindi l'originale architettura in base alla quale è strutturata la banca dati) e non anche il suo contenuto (i singoli dati). Orbene, l'applicazione del principio dicotomico idea-espressione mal si concilia con le esigenze di un'effettiva tutela dei database, considerato che, come già precisato (v. *supra* par. 10.2), la copia integrale del contenuto di una banca

---

<sup>885</sup> Si richiamano segnatamente i seguenti rapporti: U.M. BRAUNSTEIN, *Economic Impact of Database Protection in Developing Countries and Countries in Transition*, WIPO, SCCR/7/2, Ginevra, 2002; S. EL-KASSAS, *Study on the Protection of Unoriginal Databases*, WIPO, SCCR/7/3, Ginevra, 2002; T. RIIS, *Economic Impact of the Protection of Unoriginal Databases in Developing Countries and Countries in Transition*, WIPO, SCCR/7/4, Ginevra, 2002.

<sup>886</sup> Pretura di Roma, 14 dicembre 1989, con nota di M. CHIAROLLA, *Diritto d'autore: la prima volta delle banche dati (in Italia)*, in *Il Foro Italiano*, vol. 51, I, 1990, pp. 2673 ss., in cui il giudice capitolino ha accolto il ricorso presentato dal costitutore di una banca dati per la descrizione e l'accertamento della raccolta di dati di un *competitor*, attesa l'idoneità della banca dati dell'attore ad essere qualificata come opera dell'ingegno avente carattere creativo. In questo senso, si richiama anche una sentenza del Tribunale di Genova, 19 giugno 1993, in *Il Foro Italiano*, 1994, I, pp. 2259 ss., ove si è affermato che l'elenco informatizzato oggetto di lite fosse dotato di un *quid* creativo autonomo ed originale tale da configurare la responsabilità per concorrenza sleale a carico di un'impresa concorrente che ne riproduceva taluni contenuti. Al contrario, nel diritto giurisprudenziale d'oltralpe, la *Cour d'appel* di Parigi, con sentenza del 18 dicembre 1985, in *Il Foro Italiano*, 1987, IV, pp. 358 ss., sostenne la tesi in virtù della quale i titoli degli articoli dei giornali "Le Monde" e "Le Monde Diplomatique", in considerazione della loro originalità dovuta al carattere sobrio, condensato e, tuttavia, esplicito, non potessero essere oggetto di produzione non autorizzata all'interno di una raccolta della stampa francese edita sulla base di una banca dati da una società canadese, la Microfor. Tale pronuncia riflette l'orientamento "pro-autore" del diritto francese in virtù del quale anche i titoli degli articoli di un giornale, se originali, godono della medesima tutela riservata all'articolo. *Amplius*, A. LUCAS, H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, cit., p. 53, citato da E. ROSATI, *Originality in EU copyright*, op. cit., pp. 71-72, ove si pone in risalto la circostanza che la difficile attribuzione di un significato indipendente al requisito dell'originalità nel diritto d'autore ha determinato il ricorso ai requisiti di accesso afferenti ad altri diritti di proprietà intellettuale, ovvero quello del carattere distintivo nell'ambito dei marchi (soprattutto nei sistemi di *droit d'auteur*) oppure quello di novità con riguardo ai brevetti (nei sistemi *copyright*).

<sup>887</sup> P. AUTERI, *L'oggetto*, op. cit., p. 649.

dati sarebbe un'operazione pacificamente consentita ai terzi, purché essi la riorganizzino ottenendo una forma espressiva diversa<sup>888</sup>.

Sicché, il costo minimo – prossimo allo zero – per la riproduzione di una banca dati altrui rende appetibili quelle condotte opportunistiche idonee a compromettere pesantemente la possibilità di ricompensare il dispendioso lavoro di raccolta, verifica ed organizzazione dei dati (svolto dal primo costituente), specialmente qualora tali attività non ricevano una precipua rilevanza giuridica<sup>889</sup>. L'inclusione delle banche dati sotto l'ombrello del diritto d'autore non risolverebbe pienamente la questione, essendo stato evidenziato dalla dottrina che l'applicazione di tale istituto sarebbe un'arma a doppio taglio in quanto prometterebbe una tutela che di fatto non è in grado di assicurare<sup>890</sup>. La conclusione è sicuramente condivisibile, a dispetto del paragone. Invero, se proprio si volesse cercare di rapportare il diritto d'autore sulle banche dati ad un'arma, reggerebbe di più il paragone con una pistola a salve piuttosto che con un'arma a doppio taglio.

Affianco alle osservazioni appena rappresentate, si tenga altresì conto che il diritto d'autore lascerebbe sguarnite di tutela le banche dati carenti di un *quid creativo*, benché costituenti il risultato di ingenti investimenti di tempo, denaro e lavoro<sup>891</sup>. In tal senso, depongono i primi arresti giurisprudenziali italiani e stranieri che chiudono le porte del diritto d'autore a questo genere di banche dati, in considerazione della loro intrinseca natura a non esprimere un minimo “ghiribizzo espressivo”<sup>892</sup>. Ciò non ha impedito di riconoscere l'esclusiva autoriale in favore di banche dati per così dire analogiche, tra cui ad esempio un catalogo di merci della produzione militare italiana che, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, era idoneo a manifestare l'originale sistemazione e organizzazione delle informazioni<sup>893</sup>.

Accanto o in sostituzione alla protezione d'autore possono venire in soccorso delle tecniche alternative protezione, tra cui in particolare quella contrattuale e quella in materia di concorrenza sleale. Con riguardo alla prima, è ben possibile che il costituente della banca dati regolamenti le condizioni d'uso della medesima, essendo legittimato ad agire per inadempimento contrattuale, *ex art. 1218, c.c.*, nel caso di loro violazione.

---

<sup>888</sup> Tale questione è stata chiaramente rappresentata nel Considerando n. 38 della direttiva database, ove si esplicita che il sempre maggiore ricorso alla tecnologia di registrazione numerica espone il costituente della banca di dati al rischio di riproduzione diretta e ridisposizione elettronica del contenuto, senza autorizzazione, della sua banca di dati, per ottenerne un'altra banca di dati, di contenuto identico, ma tale da non violare il diritto d'autore attinente alla disposizione del contenuto della prima banca di dati.

<sup>889</sup> Direttiva database, Considerando nn. 7, 12.

<sup>890</sup> M. CHIAROLLA, *Diritto d'autore: la prima volta delle banche dati (in Italia)*, op. cit., p. 2676.

<sup>891</sup> G.C. ZANETTI, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., p. 341.

<sup>892</sup> Nella giurisprudenza italiana, si richiama la sentenza della Pretura di Milano, 14 dicembre 1989, *ISPE c. SIAE*, mentre dal lato della *case-law* estera si rinvia alla sentenza della Corte Suprema dei Paesi Bassi, 4 gennaio 1991, *Van Dale lexicografie BV c. Rudolph Jan Romme*.

<sup>893</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 19 luglio 1990, n. 7397.

Tuttavia, l'onere probatorio incombente sul costituente della banca dati, tenuto a dimostrare che i terzi vi abbiano avuto accesso per effetto dell'inadempimento del contraente-utente, rischia di rivelarsi estremamente arduo, in considerazione dell'agevole diffusione dei dati nelle reti informatiche, nonché della nitidezza delle modalità tecniche con cui essa viene<sup>894</sup>. Peraltro, si rammenta che il carattere relativo della tutela (cd. dottrina della *privity of contract*) contrae la legittimazione ad agire soltanto nei confronti dei soggetti con i quali sia intercorso un rapporto contrattuale regolante tale aspetto.

Con riguardo alla concorrenza sleale, si è ritenuto che l'attività sistematica di estrazione del contenuto di una banca dati potesse qualificarsi come un atto contrario agli usi onesti in materia industriale e commerciale, ai sensi dell'art. 10-*bis*, par. 2, della Convenzione di Unione<sup>895</sup>. Esso ha costituito l'addentellato normativo di riferimento per l'elaborazione della cd. *théorie des agissements parasitaires*, ovvero di un orientamento giurisprudenziale, nato in Svizzera e successivamente accolto in altri Paesi europei, quali il Belgio e la Francia, finalizzato a sanzionare i fenomeni di appropriazione indebita dei risultati provenienti dal lavoro di altri, traendone un profitto, per l'appunto, parassitario<sup>896</sup>.

*Au contraire*, l'ordinamento italiano ha posto qualche remora ai tentativi di rendere tale istituto a servizio e a protezione del costituente di una banca dati, soprattutto con riferimento ai presupposti applicativi e agli oneri probatori. Autorevole dottrina avanzava la soluzione di prospettare la tutela discendente dalla concorrenza sleale in ambito giornalistico avente ad oggetto l'illecita riproduzione di informazioni elaborate da terzi, di cui all'art. 101, l.d.a.<sup>897</sup>

Bisogna preliminarmente rammentare che la concorrenza sleale parassitaria costituisce una delle fattispecie tipizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito della categoria residuale aperta degli atti contrari alla correttezza professionale, di cui all'art. 2598, n. 3), c.c., ad integrazione degli atti già nominati dalla legge nei due numeri precedenti<sup>898</sup>.

---

<sup>894</sup> S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., p. 179.

<sup>895</sup> Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 20 marzo 1883, riveduta a Bruxelles il 14 dicembre 1900, a Washington il 2 giugno 1911, all'Aja il 6 novembre 1925, a Londra il 2 giugno 1934, a Lisbona il 31 ottobre 1958 e a Stoccolma il 14 luglio 1967 e modificata il 2 ottobre 1979.

<sup>896</sup> S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., p. 186.

<sup>897</sup> L.C. UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, op. cit., p. 55.

<sup>898</sup> In particolare, la dottrina definisce tale norma di chiusura come una clausola generale funzionale a permettere all'interprete di individuare eventualmente nuovi comportamenti idonei ad integrare un atto di concorrenza sleale al di là di quelli già enucleati dalla legge. Così S. ROSSI, *I singoli atti di concorrenza sleale*, in *Diritto delle imprese*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 112.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità ne ha proposto una definizione, assimilandola al «[c]ontinuo e sistematico operare sulle orme dell'imprenditore concorrente attraverso l'imitazione non tanto dei prodotti, ma piuttosto di rilevanti iniziative imprenditoriali di quest'ultimo, mediante comportamenti idonei a danneggiare l'altrui azienda con ogni altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale. Essa si riferisce a mezzi diversi e distinti da quelli relativi ai casi tipici di cui ai commi precedenti dell'art. 2598»<sup>899</sup>.

Il fondamento giustificatore dell'inclusione della concorrenza parassitaria nel novero degli atti di concorrenza sleale risulta ben chiaro: tramite essa l'imprenditore che si pone in modo persistente sulla scia del concorrente trae un indebito vantaggio, sviando dei clienti che altrimenti si sarebbero rivolti all'imprenditore imitato, il cui sforzo intellettuale risulta così vanificato<sup>900</sup>. Ne consegue che il rischio derivante della condotta in discorso è rappresentato dall'erosione della quota di mercato dell'impresa che ha per prima avviato determinate iniziative commerciali originali, minandone il valore<sup>901</sup>. Va inoltre rimarcata la circostanza che il presupposto applicativo della disciplina in parola risiede nella comune qualità di imprenditori rivestita dal legittimo titolare e dal presunto trasgressore.

Con riguardo alle banche dati, il rispetto del succitato presupposto soggettivo circoscrive sensibilmente le possibilità di invocare la concorrenza sleale, esigendo che il violatore del database sia qualificabile come imprenditore. A marginalizzare ancor di più l'ambito applicativo della disciplina preposta a garantire la *fairness* nei rapporti tra imprese, è altresì richiesto che si tratti di un imprenditore in rapporto di potenziale concorrenza rispetto al titolare della banca dati, essendo quindi subordinata all'accertamento in merito all'affinità/sostituibilità merceologica e geografica<sup>902</sup>, oltre che alla confondibilità per i consumatori finali<sup>903</sup>.

Inoltre, da un punto di vista probatorio, l'affermazione del richiamato illecito concorrenziale esige che la parte attorea indichi «le attività del

---

<sup>899</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 25607 del 12 ottobre 2018; conforme Cass. civ. sez. I, sent. n. 22118 del 29 ottobre 2015, con nota di R. RAMON, *Disegno industriale e arte sacra*, in *Giurisprudenza italiana*, II, 2016, pp. 309 ss.

<sup>900</sup> N. RONDINONE, *L'imprenditore, l'impresa, l'azienda e la concorrenza*, in L. DE ANGELIS (a cura di) *Diritto commerciale*, Vol. I, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 131-132.

<sup>901</sup> Ed infatti la concorrenza sleale presuppone la cd. comunanza di clientela, da intendersi come l'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono all'acquisto di tutti quei prodotti che quel bisogno sono idonei a soddisfare. In questo senso, Cass. civ., sez. I, sentenza del 19 maggio 2016, n. 10336.

<sup>902</sup> Sul punto, v. Tribunale di Genova, sentenza del 4 maggio 1990, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1990, pp. 1052 ss., richiamato da S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., p. 188, in cui si è accertata la sussistenza della concorrenza sleale parassitaria a carico di una società che aveva copiato una raccolta di dati contenente gli indirizzi dei clienti realizzata da un'altra società, dopo aver acclarato il rapporto di concorrenza tra le due imprese litiganti.

<sup>903</sup> G.C. ZANETTI, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., p. 341.



concorrente sistematicamente e durevolmente plagiate, con l'adozione e lo sfruttamento, più o meno integrale ed immediato, di ogni sua iniziativa, studio o ricerca, contrari alle regole di correttezza professionale»<sup>904</sup>, unitamente all'idoneità in concreto di tali attività ad arrecare un pregiudizio al concorrente<sup>905</sup>.

Dunque, i restringenti presupposti ed oneri probatori tipici dell'istituto *anti-fairness* in discorso, gli ostacoli alla dimostrazione del nesso di causalità per attivare la tutela contrattuale e la limitata "gittata" della protezione autoriale, circoscritta all'organizzazione dei dati a dispetto dei dati *uti singuli*, evidenziano una comune inadeguatezza rispetto all'obiettivo di apprestare una tutela efficace ed effettiva al costituente di una banca dati contro gli atti di *misappropriation* perpetrati dai terzi.

### 10.5 (Segue) I punti salienti della direttiva database

A fronte dell'incapacità delle summenzionate forme giuridiche di protezione a ricompensare equamente gli investitori dell'industria dei database, è così sorta l'urgenza di istituire un diritto *ad hoc* volto a contrastare tutti quegli atti parassitari idonei a sacrificare indebitamente gli interessi finanziari di un comparto industriale ancora in erba e che il legislatore, complice anche la pressione delle lobby informatiche, ha reputato meritevoli di tutela.

La direttiva database, dopo un iter di gestazione durato per circa quattro anni<sup>906</sup>, articola in tre capitoli la risposta europea alle istanze gravitanti intorno ai database: il primo è dedicato al campo di applicazione, il secondo al diritto d'autore ed il terzo ed ultimo capitolo al diritto *sui generis*. Cominciando dalla fine, giova segnalare che la direttiva recepisce perfettamente l'esigenza economica di concepire una soluzione giuridica consona alle specificità ontologiche di tali creazioni<sup>907</sup>, articolandone la

---

<sup>904</sup> Cass. civ. sez. I, sent. n. 25607 del 12 ottobre 2018.

<sup>905</sup> Cass. civ. sez. I., sent. n. 25652 del 4 dicembre 2014.

<sup>906</sup> Esso è cominciato a partire dalla proposta della Commissione europea pubblicata nella GUCE del 23 giugno 1992, C. 156, terminando l'11 marzo 1996 con la pubblicazione ufficiale del testo comunitario.

<sup>907</sup> A livello europeo, tale esigenza era stata già palesata nel Libro Verde della Commissione europea del 6 luglio 1988, *Il diritto di autore e le sfide tecnologiche – Problemi di diritto di autore che richiedono una azione immediata*, COM\_1988\_0172\_FIN, in cui uno dei sette capitoli era espressamente dedicato alla necessità di prevedere una protezione *ad hoc* in favore delle – allora denominate – «basi di dati». In senso favorevole, seppur con la precisazione di adottare un atteggiamento prudente nell'identificazione dell'esatto strumento di tutela, si richiama il parere del Comitato economico e sociale del 25 gennaio 1989, 89/C 71/04. Tale orientamento è stato successivamente ribadito nel Libro Verde della Commissione europea del 19 luglio 1995, *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione*, COM(95) 382, al cui par. 86 si rimarca che «L'aspetto principale della futura direttiva è rappresentato dalla creazione di un nuovo diritto economico che protegge gli investimenti sostanziali del fabbricante di una base di dati. Si tratta di un'innovazione giuridica importante nella misura in cui la creazione di una base di dati richiede investimenti in risorse umane, tecniche e finanziarie considerevoli, mentre allo stesso tempo le basi possono essere copiate a costi di gran lunga inferiori a quelli necessari per la loro messa a

protezione su un doppio livello di tutela, ovvero la classica protezione autoriale, conferita alle banche dati organizzate secondo criteri originali, a cui si affianca il diritto *sui generis*, avente invece carattere residuale, coprendo tutte le banche dati non originali, purché siano il risultato di uno sforzo organizzativo ed economico – in termini di *compiling* e di *authenticity control* – consistente<sup>908</sup>.

Secondo autorevole dottrina, il diritto *sui generis* avrebbe ad oggetto i cd. *dragnet database*, ovvero quelle raccolte di dati “a strascico”, ricadenti nel succitato paradosso dell’esaustività, il cui valore commerciale è dato dal dominio di un intero settore informativo<sup>909</sup>. Tale diritto consisterebbe in una «movenza particolare di concorrenza sleale»<sup>910</sup> poiché in forza di esso il titolare può esercitare il potere di impedirne lo sfruttamento economico, integrale o parziale, ad opera dei terzi non autorizzati. La tutela *sui generis* compete in funzione dell’investimento sostenuto per realizzare il prodotto informativo. Un autorevole Studioso l’ha qualificata come una “mostruosità legale”<sup>911</sup>. Altri Autori hanno evidenziato che l’innovatività della direttiva risiede proprio nella previsione di un diritto *sui generis*, la cui assenza ne determinerebbe la riduzione del testo comunitario ad un banale ripasso dei principi del diritto d’autore ormai consolidati<sup>912</sup>.

Il diritto *sui generis* sarebbe quindi un diritto di matrice concorrenziale che permette di evitare gli irrigidimenti del diritto d’autore nella prospettiva di guardare alla sostanza dei conflitti di interesse che, in questo specifico

---

punto individuale. Di conseguenza l’accesso non autorizzato a una base di dati e l’estrazione del suo contenuto costituiscono atti le cui conseguenze economiche e tecniche possono essere assai gravose».

<sup>908</sup> Del resto, come già rilevato (v. *supra* par. 4.1), la gradazione dell’intensità della tutela in relazione all’originalità dell’apporto conferito non costituisce un meccanismo legislativo estraneo al decisore politico, come già avvenuto rispetto agli scatti fotografici, anch’essi posti su un doppio binario di protezione tra diritto d’autore per le opere fotografiche e diritto connesso per le fotografie.

<sup>909</sup> A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 903.

<sup>910</sup> *Ivi*, p. 896. Sotto quest’angolo visuale, l’Autore evidenzia, a pp. 904-905, che il divieto di estrazione per fini commerciali previsto all’art. 7 della direttiva database rappresenterebbe la soluzione più adeguata alla gamma dei problemi che si vuole risolvere «[p]oiché essa mostra la consapevolezza che l’illecito che si vuole prevenire è specificamente quello che si consuma nei rapporti tra imprese in concorrenza nel realizzare prodotti informatici [...] Tale tutela dinamica supera le strettoie concettuali del copyright, conteso tra la ricerca di connotati originali e la continua modifica cui sono soggette le banche dati online». Sarebbe quindi bastata questa norma a risolvere i conflitti che derivano dagli atti di *free riding* tra imprese concorrenti, senza la necessità di chiamare in causa il diritto d’autore, «evitando castellature del diritto d’autore di cui è parso opportuno sottolinearne l’ambiguità e la scarsa consapevolezza degli effetti». Condividendo l’idea che il diritto *sui generis* si atteggi come protezione contro la concorrenza sleale v. altresì S. MAURER, P.B. HUGENHOLTZ, H.J. ONSRUD, *Europe’s Database Experiment*, op. cit., p. 790.

<sup>911</sup> Letteralmente «[a] legal monstrosity», secondo J.H. REICHMAN, *Legal hybrids between the patent and copyright paradigms*, op. cit.

<sup>912</sup> P. AUTERI, *L’oggetto*, op. cit., p. 651; V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall’adozione*, op. cit., p. 232; G.C. ZANETTI, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., p. 342., il quale tuttavia afferma che tale tutela non sembra discostarsi in modo significativo rispetto a quella autoriale.

comparto industriale, attengono specialmente alla concorrenza fra imprenditori<sup>913</sup>. Invero, attraverso il riconoscimento del diritto in parola, la banca dati non è protetta in virtù del suo carattere creativo, bensì in considerazione dello sforzo e del rischio economico sostenuto per la raccolta delle informazioni in essa contenuto. La volontà di salvaguardare il valore patrimoniale dell'investimento ha condotto la dottrina a reputare questa forma di tutela come una sorta di premio allo *sweat of the brow* profuso dal costituente della banca dati per compensare l'abbandono di tale standard nella valutazione di originalità del database ai sensi del diritto d'autore<sup>914</sup>, consentendo la progressiva convergenza fra sistemi di *droit d'auteur* e sistemi di *common law*, già appellata con il binomio "*copyright sigizy*" (v. *supra* par. 2.3).

Si consideri in proposito l'art. 7 della direttiva, il quale attribuisce il diritto *sui generis* alle banche dati ottenute attraverso un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo, a prescindere da qualsivoglia elemento personalistico eventualmente impresso dal costituente. Tuttavia, il menzionato diritto ha natura diversa rispetto al diritto d'autore in ragione del dissimile fondamento giustificativo che a sua volta si ripercuote sul contenuto.

Invero, il diritto *sui generis*, al di là della durata quindicennale rinnovabile potenzialmente *sine die*<sup>915</sup>, si sostanzia nella facoltà di vietare ai terzi ogni operazione di estrazione o di reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca dati<sup>916</sup>. Per interpretazione *a contrario*,

---

<sup>913</sup> F.B.R. ROSSETTI, *Le banche dati. Una nuova creazione intellettuale*, op. cit., p. 272.

<sup>914</sup> In tal senso, cfr., tra i molti, F. GIANANTE, *La tutela giuridica delle banche dati: la protezione attraverso il diritto sui generis*, in *Jus e Internet*, 2003, la quale richiama G.C. ZANETTI, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., p. 342; V. DI CATALDO, *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *Annali italiani di diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, I, 1997, pp. 20 ss.; M. AMMENDOLA, *sub. artt. 102-bis, 102-ter l.a.*, in P. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza. Appendice di aggiornamento*, CEDAM, Padova, 2000, p. 67. Questa tesi ha trovato esplicita conferma nel primo rapporto sulla valutazione d'impatto della direttiva database, AA. VV., *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection on database*, Commissione europea, Bruxelles, 2005, p. 8, «The Directive attempts to establish a uniform threshold of "originality" for "original" databases. This level of protection has the effect that the United Kingdom and Ireland, which applied a lower threshold of "originality", were required to "lift the bar" and accord copyright protection to only those databases which were "original" in the sense of the author's own intellectual creation. As a result, databases which qualified for copyright protection under the "sweat of the brow" regime would no longer be protected. In exchange, and in order to compensate for the loss of the "sweat of the brow" protection, the "*sui generis*" form of protection for "non-original" databases was introduced as an entirely novel form of intellectual property».

<sup>915</sup> Direttiva database, art. 10, par. 3, ove si prevede la possibilità di estendere la durata di protezione oltre il termine iniziale di quindici anni qualora ricorrano delle modifiche sostanziali in termini quantitativi e qualitativi.

<sup>916</sup> Il presupposto del carattere sostanziale del contenuto della banca dati estratto o reimpiegato mira a salvaguardarne il valore commerciale, evitando l'indebita erosione della quota di mercato del primo realizzatore a causa della sostituibilità del prodotto nuovo illecitamente ottenuto.

può agevolmente evincersi che le due attività interdette siano lecite nella misura in cui esse si estendono ad una parte non sostanziale della banca dati.

Di conseguenza, nell'ambito di un eventuale giudizio volto all'accertamento della violazione del diritto *sui generis*, la prova sulla "sostanzialità" o "non sostanzialità" dei dati oggetto di estrazione o di reimpiego costituisce il nucleo centrale intorno al quale gravitano le argomentazioni e controargomentazioni rispettivamente del costituente della banca dati e del presunto trasgressore. I primi commentatori della direttiva avevano già ravvisato la scivolosità della menzionata espressione, soprattutto in assenza di chiarimenti ad opera del legislatore, sia europeo che nazionale, prestandosi a soluzioni ermeneutiche eterogenee<sup>917</sup>.

A tal proposito, il Considerando n. 40 della direttiva non impone che l'investimento si traduca in uno sforzo finanziario, essendo misurabile anche in termini di tempo, lavoro ed energia profusi dal costituente della banca dati. Quale sia l'esatta dose di risorse affinché l'investimento possa reputarsi sostanziale è una questione che è rimessa all'apprezzamento concreto del giudice.

Sia in dottrina<sup>918</sup> che in giurisprudenza<sup>919</sup> si è negato che l'entità dell'investimento richiesto affinché possa qualificarsi come sostanziale debba necessariamente attestarsi su un livello alto.

Proprio per questo, l'art. 7, par. 5, della direttiva ha cercato di limitare le possibilità di elusione facenti perno sull'ambiguità del testo normativo, introducendo una clausola di salvaguardia che stabilisce il divieto di estrazione<sup>920</sup> o di reimpiego<sup>921</sup> anche di parti non sostanziali qualora tali operazioni si verificano in modo così sistematico che risultino contrarie alla

---

<sup>917</sup> P. DEL POGGETTO, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., pp. 164-165.

<sup>918</sup> J.H. REICHMAN, P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 50, 1997, pp. 85-86; M.S. SPOLIDORO, *Il contenuto del diritto connesso sulle banche dati*, op. cit., p. 60.

<sup>919</sup> Alta Corte di Giustizia, *British Horseracing Bd. Ltd. v. William Hill Org. Ltd.*, 2000.

<sup>920</sup> Secondo P. DEL POGGETTO, *La protezione giuridica delle banche dati*, op. cit., p. 165, non si comprenderebbe il divieto generalizzato riguardante la mera estrazione, anche temporanea, del contenuto di una banca dati, posto che tale attività potrebbe anche essere svolta per fini non commerciali, inidonei a pregiudicare gli interessi economici del suo costituente. Sull'ampiezza del divieto di estrazione cfr. P. SAMMARCO, *L'attività di web scraping nelle banche dati ed il riuso delle informazioni*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2020, pp. 219 ss.

<sup>921</sup> Come affermato dalla CGUE, sentenza del 9 novembre 2004, causa C-203/02, *The British Horseracing Board*, EU:C:2004:695, par. 51, i concetti di estrazione e reimpiego sono interpretati in senso ampio, riferendosi a qualsiasi atto consistente rispettivamente nell'appropriazione e nella messa a disposizione del pubblico, senza il consenso del costituente della banca dati, dei risultati del suo investimento, privando così quest'ultimo della remunerazione che gli consentirebbe di ammortizzarlo. In proposito, si confrontino le note di T. APLIN, *The ECJ Elucidates the Database Right*, in *Intellectual Property Quarterly*, II, 2005, pp. 204-221; C. LUCIONI, *L'oggetto e l'estensione del diritto sui generis a favore del costituente di banche dati compilative nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2005, pp. 97-103; C. MANAVELLO, *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 2005, pp. 420-424.

normale gestione della banca dati, oppure che arrechino un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del costituente.

In altre parole, il compimento di una pluralità di operazioni riguardanti più parti non sostanziali della medesima banca dati equivale allo svolgimento di un'unica operazione su una parte sostanziale allorquando ricorra una delle condizioni sopra richiamate, essendo il loro rapporto di alternatività corroborato dell'inciso «o». La riproduzione di una parte sostanziale di una banca dati deve valutarsi in relazione ad un doppio indice, quantitativo e qualitativo, l'uno correlato alla percentuale dei dati estratti o reimpiegati e l'altro commisurato alla difficoltà di accesso al contenuto raccolto e all'investimento per questo profuso.

In sintesi, l'ambito di applicazione del diritto *sui generis* ha ad oggetto il contenuto della banca dati, essendo giustificato dallo sforzo economico sostenuto per il suo ottenimento.

Ciò porta altresì a chiedersi se il consistente investimento relativo alla singola informazione non determini in realtà la possibilità di ottenere la privativa sul singolo dato informativo<sup>922</sup>, preconstituendo così delle rendite passive per chi produce l'informazione nociva alla circolazione e della medesima e alla produzione di informazioni derivate<sup>923</sup>. Tale tesi sarebbe corroborata da una pronuncia della Corte di Giustizia in cui è ammessa la tutela secondo il diritto *sui generis* anche dei singoli dati geografici estratti da una carta topografica argomentando che essi avrebbero un valore informativo sufficiente ad essere qualificati come elementi indipendenti di una banca dati<sup>924</sup>. Tuttavia, il più recente orientamento pro-aggregatori di informazioni espresso nel caso *Online Latvia* – attraverso il quale si è introdotto l'ulteriore criterio del recupero dell'investimento temperato dall'interesse collettivo all'accesso alle informazioni –, sembra propendere per la libera circolazione delle informazioni nell'ottica di garantire il buon funzionamento della concorrenza e la trasparenza delle offerte e dei prezzi<sup>925</sup>.

---

<sup>922</sup> V. FALCE, *The (over protection) of information in the knowledge economy. Is the Directive 96/9/EC a faux pas?*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 2009, pp. 602-628; IDEM, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, op. cit., p. 234, la quale richiama A. MCGEE, G. SCANLAN, *The Database Directive – sui generis and copyright: a practicable distinction?*, in *The Journal of Business Law*, 2005, pp. 422 ss.

<sup>923</sup> A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 904.

<sup>924</sup> CGUE, sentenza del 29 ottobre 2015, Causa C-490/14, *Freistaat Bayern c. Verlag Esterbauer GmbH*, EU:C:2015:735, con nota critica di G. RESTA, *Sulla tutelabilità delle carte geografiche ai sensi della direttiva sulle banche di dati*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2016, pp. 191 ss., argomentando condivisibilmente che il costituente della banca dati fosse un ente pubblico rispetto al quale non appare aderente un modello esclusivistico alla luce della logica di libera circolazione (cd. *openness*) dei dati raccolti dal settore pubblico.

<sup>925</sup> *Online Latvia*, par. 42, secondo cui «[t]ali aggregatori contribuiscono alla creazione e alla distribuzione di prodotti e servizi aventi un valore aggiunto nel settore dell'informazione. Offrendo ai propri utenti un'interfaccia unificata che consente di effettuare ricerche in diverse banche di dati secondo criteri pertinenti dal punto di vista del loro contenuto, essi concorrono ad una migliore strutturazione dell'informazione e facilitano la ricerca in internet». Secondo E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, in *European Intellectual Property Review*,

Ciò posto, il rapporto tra benessere sociale e tutela dell'investimento nell'accertamento della violazione dei diritti esclusivi è ben rappresentato da Derclaye e Husovec nel seguente schema:

Rischio di investimento c. benessere sociale	Basso guadagno	Alto guadagno
Basso rischio	Nessuna violazione	Nessuna violazione ( <i>CV Online Latvia</i> )
Alto rischio	Violazione ( <i>Innoweb</i> )	Violazione, salvo abusi di posizione dominante come in <i>Magill</i> <sup>926</sup>

Inoltre, gli investimenti da computare nel calcolo del *minimum* sono quelli destinati alla raccolta dei dati (ma non per le creazioni dei dati) e per la loro disposizione sistematica, nonché per garantirne l'accessibilità individuale<sup>927</sup>. Ai fini dell'accesso alla tutela *sui generis*, non rileverebbero invece, almeno secondo *Fixtures Marketing*, gli investimenti necessari ad assicurare la veridicità dei dati raccolti<sup>928</sup>. Tuttavia, la sentenza, riferendosi alla verifica del contenuto dei calendari degli incontri di calcio, ha potuto facilmente negare il carattere non sostanziale dell'investimento. Ma in via generale, l'attività di verifica dei dati non può essere reputata aprioristicamente inidonea a comportare un investimento tale da giustificare il riconoscimento del diritto *sui generis*.

Ove si voglia verificare la possibilità di estensione di tale diritto ai modelli di *machine learning* occorre svolgere una bipartizione tra modelli lineari e complessi. Rispetto ai primi, esso appare difficilmente configurabile, atteso che in tali modelli risulta complicato individuare delle componenti informative indipendenti<sup>929</sup>. Diversamente, i modelli di *machine learning* complessi e dinamici appaiono maggiormente meritevoli del diritto *sui generis*, in quanto «costituiti da diversi livelli di reti neurali che formano un'architettura complessa data dalle varie funzioni alla base di ciascuna rete neurale»<sup>930</sup>.

---

op. cit., il danno all'investimento altrui sarebbe diventato il criterio principale per accertare la violazione del diritto *sui generis*, auspicando pertanto un chiarimento legislativo sulla nozione di investimento sostanziale.

<sup>926</sup> *Ibidem*.

<sup>927</sup> In tema, v. E. DERCLAYE, *Databases sui generis right: what is a substantial investment? A tentative definition*, op. cit., pp. 2-30.

<sup>928</sup> *Fixtures Marketing*, par. 50.

<sup>929</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 165.

<sup>930</sup> *Ibidem*. Analogamente, in favore di una tutela *sui generis* dei modelli di *machine learning*, senza però operare un *discrimen* in relazione alla loro complessità v. B. GONZALEZ OTERO, *Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose*, op. cit., p. 1052; D. LINK, D. PETRLIK, *Copyright Work and its Definition with Regard to Originality and AI – Conference Report on the Fourth Binational Seminar of TU Dresden and Charles University in Prague*, op. cit., p. 43.

Le suesposte considerazioni esaltanti il carattere innovativo del diritto *sui generis* rispetto ai diritti di proprietà intellettuale ortodossi permette di collocarlo idealmente nell'ambito delle *new properties* figlie della rivoluzione tecnologica, atteggiandosi nello specifico come un diritto di *property in information*<sup>931</sup>.

Inoltre, la direttiva europea risolve le discrepanze tra gli Stati membri in ordine alla portata e alle condizioni per l'accesso alla tutela autoriale della (struttura della) banca dati originale<sup>932</sup>, così acquisendo una propria identità ed autonomia rispetto all'opera collettiva compilativa, nel cui alveo era precedentemente ricondotta<sup>933</sup>.

L'art. 3 della direttiva s'inscrive nell'obiettivo di porre fine all'incertezza giuridica in merito alle condizioni per l'attribuzione al costituente delle banche dati del menzionato diritto di esclusiva, stabilendo come unico criterio quello secondo cui la banca dati, per la scelta o la disposizione del materiale, costituisca una creazione dell'ingegno propria del suo autore. Si precisa altresì, analogamente alla direttiva software, l'irrilevanza di ulteriori parametri<sup>934</sup>, ammonendo l'interprete – in tono ridondante, atteso il carattere di siffatto principio nello studio del diritto d'autore – da qualunque valutazione sulla qualità o sul merito estetico della banca dati<sup>935</sup>.

Dunque, l'atipicità delle banche dati nell'ambito delle creazioni intellettuali non le esenta dall'esigenza di accertarne il carattere creativo, secondo l'interpretazione proposta in virtù della quale l'originalità esaurisce siffatta valutazione, atteso che la novità rileverebbe al più come indice di originalità<sup>936</sup> (v. *supra* par. 3).

---

<sup>931</sup> F.B.R. ROSSETTI, *Le banche dati. Una nuova creazione intellettuale*, op. cit., p. 272, il quale richiama A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 895.

<sup>932</sup> Direttiva database, Considerando n. 4. È da notare che la *ratio* dell'intervento europeo, che risiede nelle eterogenee condizioni di tutela delle banche dati ostacolante il buon funzionamento del rispettivo mercato, potrebbe permeare anche la motivazione alla base di un intervento europeo che uniformi il requisito di originalità in quanto condizione di accesso alla tutela autoriale per tutte le opere dell'ingegno (e non soltanto per le banche dati e per i software) così da assicurare uno standard unico per l'ottenimento del diritto di esclusiva all'interno del territorio europeo (v. *supra* parr. 4.2.12, 6). In questa prospettiva, non è ozioso riportare il testo della disposizione richiamata: «Considerando che la tutela delle banche di dati sulla base del diritto d'autore esiste in forme diverse negli Stati membri, in base alla legislazione o alla giurisprudenza, e che la mancata armonizzazione dei diritti di proprietà intellettuale può avere per effetto di ostacolare la libera circolazione di beni o servizi all'interno della Comunità fintantoché esistano differenze tra le varie legislazioni degli Stati membri per quanto riguarda la portata e le condizioni [per l'appunto l'originalità] della tutela dei diritti».

<sup>933</sup> V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, op. cit., p. 228.

<sup>934</sup> *Ivi*, Considerando nn. 15, 16.

<sup>935</sup> *Ivi*, Considerando n. 16.

<sup>936</sup> Come rilevato da A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 903, il quale richiama J.C. GINSBURG, *No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone*, op. cit., p. 350, la dottrina filoamericana respinge l'autonoma valenza del requisito di novità, ritenendo sufficiente che l'opera indagata sia il risultato di una creazione indipendente. In

Al netto di quanto suesposto riguardo altresì all'interpretazione del requisito europeo di originalità quale creazione intellettuale propria dell'autore, si precisa anzitutto che il menzionato carattere attiene all'opera unitariamente intesa rispetto ai singoli elementi di cui essa si compone<sup>937</sup>. Inoltre, la dottrina dominante già allora riteneva che il requisito di originalità, normalmente non coincidente con la novità assoluta (concetto di derivazione brevettuale), bensì con la manifestazione dell'impronta personale identificatrice dell'autore, fosse difficilmente ravvisabile nella maggior parte delle raccolte di dati<sup>938</sup>. Infatti, per essere allettanti sul mercato, le banche dati devono tendere alla ricerca della esaustività con conseguente perdita di originalità nella selezione e successiva organizzazione del materiale e, quindi, nell'aspetto formale dell'opera<sup>939</sup>.

Si sono già rilevati *supra* i punti di frizione che ostano alla possibilità di predicare l'originalità delle banche dati che raccolgono "a strascico" tutte le informazioni di un determinato settore, in quanto per l'appunto ricadenti nel cd. paradosso della completezza. La dottrina ha ritenuto che il menzionato ostacolo possa superarsi attraverso un arricchimento del *dragnet database* mediante l'integrazione di una serie di informazioni che approfondiscono alcuni aspetti trattati, purché tali aggiunte non siano essenziali ai fini dell'utilità del prodotto finale<sup>940</sup>.

A prima vista, sembrerebbe che la soluzione al paradosso sia un altro paradosso, considerato che di fatto è l'inutilità degli elementi di una creazione utile ad essere premiata dal diritto d'autore. Tuttavia, da un'analisi più approfondita, l'esclusione delle creazioni aventi significativi vincoli tecnici costituisce uno dei corollari dell'istituto in discorso poiché in questi casi

---

questa prospettiva, l'esclusiva autoriale andrebbe concessa anche in favore di raccolte successive organizzate secondo gli stessi criteri di una raccolta precedente, a condizione che non siano ad essa ispirate. Un database difetta di novità – potendo così dubitare (ma non essere certi) dell'esistenza del carattere creativo – ogniqualvolta esso contenga le medesime informazioni presenti in un database già esistente, organizzandole secondo i medesimi parametri. La ricorrenza di uno soltanto dei due elementi menzionati non basta ad escludere la novità del database dal momento che essi vanno considerati in senso cumulativo. Pertanto, una raccolta di dati contenente le stesse informazioni di un'altra precedente non difetta di novità qualora i dati siano organizzati secondo criteri differenti. Allo stesso modo, un database che presenta i dati secondo un ordine già seguito da una precedente raccolta non è privo di novità se risponde a bisogni informativi diversi da quello preesistente. In via generale, la pretesa di novità della creazione, a prescindere dalla circostanza che si tratti di una raccolta di dati o di un'altra opera dell'ingegno, rispecchia il noto adagio *prior in tempore, potior in iure*. Ove si aderisca alla tesi secondo cui il diritto d'autore incoraggi la produzione di nuove creazioni intellettuali, dovrebbe ritenersi che la sporadica ipotesi in cui un soggetto giunga in modo indipendente ad un lavoro già esistente possa al più rilevare come circostanza esimente da un eventuale responsabilità per plagio, tenuto conto in ogni caso delle difficoltà probatorie. Nondimeno, l'applicazione di tale teoria porterebbe ad escludere che in siffatta ipotesi possa riconoscersi il diritto d'autore in favore della seconda creazione, onde evitare il rischio di strumentalizzazioni a danno dell'autore originario.

<sup>937</sup> M.C. CARDARELLI, *Il diritto sui generis: la durata*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 64.

<sup>938</sup> P. DEL POGGETTO, *La protezione giuridica delle banche dati mediante il diritto d'autore ed il diritto sui generis*, op. cit., pp. 159-168.

<sup>939</sup> *Ibidem*.

<sup>940</sup> A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, op. cit., p. 903.



l'autore non dispone di un margine di discrezionalità espressiva sufficiente a meritare la corrispondente esclusiva, venendosi a creare confusione tra l'idea e la sua forma espressiva. Di conseguenza, non sarebbe opportuno accordare un diritto monopolistico su un'idea in quanto i terzi verrebbero ingiustificabilmente privati della possibilità di avvalersene. Nella prospettiva delle banche dati, la loro tutela autoriale è quindi ammessa soltanto nell'ipotesi in cui esse presentino delle informazioni aggiuntive non necessitate dalla funzione documentale da esse assolte. Quasi similmente ai database, tale soluzione era stata già raggiunta con riferimento ai ricettari<sup>941</sup>.

Pertanto, la sussistenza del requisito di originalità nelle banche dati non è subordinata tanto alla rintracciabilità dell'impronta personalistica dell'autore quanto invece alla manifestazione di qualità selettive e/o organizzative del costituente che testimonino altresì l'esercizio di una discrezionalità espressiva.

Rispetto alle creazioni inidonee a beneficiare di entrambe le tutele, per carenza del requisito di originalità e per insufficienza degli investimenti profusi, la banca dati può essere tutelata attraverso clausole contrattuali concernenti l'utilizzo dei dati che possono derogare alle limitazioni previste dagli artt. 6 e 8 della direttiva database, la cui violazione è sanzionata con la nullità, *ex art.* 15 della medesima direttiva<sup>942</sup>. Per effetto di tale pronuncia si è introdotta la possibilità di prevedere una maggiore protezione per le raccolte dati che hanno richiesto un minore dispendio economico e/o lavorativo.

Terminando l'esegesi dei punti salienti della direttiva con l'analisi del primo capitolo dedicato al campo di applicazione, risalta in primo luogo l'ampia concezione di banca dati, nella quale si annovera qualsiasi raccolta di dati organizzati in modo sistematico e singolarmente accessibili da parte dell'utente<sup>943</sup>. La dottrina ha ritenuto che anche le opere multimediali possano assumere la veste di banca dati<sup>944</sup>, nonché anche le raccolte di fonogrammi<sup>945</sup>, rispetto alle quali potrebbe così operare una tutela più forte rispetto a quella che potrebbe insistere sul fonogramma *uti singulus*.

Il raggio di protezione coperto dalla fonte europea si estende anche agli strumenti necessari per il funzionamento e la consultazione dell'opera, quali,

---

<sup>941</sup> Su cui si rinvia alla bibliografia citata *supra* in materia di diritto d'autore sulla *haute cuisine*.

<sup>942</sup> CGUE, 15 gennaio 2015, causa C-30/2014, *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV*, ove si è enunciato il seguente principio di diritto «La direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, dev'essere interpretata nel senso che essa non è applicabile a una banca dati non tutelata né dal diritto d'autore né dal diritto *sui generis* ai sensi di tale direttiva, con la conseguenza che gli articoli 6, paragrafo 1, 8 e 15 della direttiva medesima non ostano a che il creatore di una banca dati siffatta stabilisca limitazioni contrattuali all'utilizzo della stessa da parte dei terzi, fatto salvo il diritto nazionale applicabile».

<sup>943</sup> Art. 1, par. 2, direttiva database

<sup>944</sup> S. BEUTLER, *The Protection of Multimedia Products through the European Community's Directive on the Legal Protection of Databases*, in *Entertainment Law Review*, vol. 7, VIII, 1996, pp. 317 ss.

<sup>945</sup> L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, op. cit., p. 68.

ad esempio, il tesoro e i sistemi di indicizzazione<sup>946</sup>, eccezion fatta per il *software* di ricerca, già protetto dalla direttiva ad esso dedicata, onde evitare forme di *overprotection* remunerative del medesimo sforzo intellettuale<sup>947</sup>.

Si ribadisce, inoltre, l'esclusione da siffatta protezione del contenuto della banca dati, lasciando impregiudicati i diritti eventualmente esistenti<sup>948</sup>.

## 10.6 (Segue) Gli arresti giurisprudenziali italiani

Il primario elemento sul quale si attesta la valutazione giurisprudenziale di originalità di un database consiste indubbiamente nei criteri impiegati per la raccolta e l'organizzazione dei dati. In proposito, si è affermato che l'elemento creativo può essere dato dal criterio di selezione o di cernita del materiale oppure dai parametri impiegati per la loro strutturazione o classificazione<sup>949</sup>. Pertanto, va esclusa la rilevanza del carattere creativo in tutti i casi in cui i dati vengano organizzati secondo criteri del tutto consueti o necessari, come ad esempio, quello alfabetico<sup>950</sup>, cronologico<sup>951</sup>, geografico, industriale<sup>952</sup>, oppure anche araldico<sup>953</sup>. Così, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il semplice elenco dei nominativi dei clienti ed i relativi indirizzi fisici e virtuali non possa costituire oggetto di diritto

---

<sup>946</sup> Direttiva database, Considerando n. 20.

<sup>947</sup> *Ivi*, Considerando n. 23.

<sup>948</sup> *Ivi*, art. 3, par. 2.

<sup>949</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 9 febbraio 2009, in *DeJure*.

<sup>950</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 30 settembre 2014, n. 11458, negando l'originalità di un glossario di termini tecnici propri del settore audiovisivo accompagnati da una breve descrizione dal momento che essi erano ordinati alfabeticamente.

<sup>951</sup> Tribunale di Pavia, sentenza del 22 marzo 1997, che ha espressamente escluso il carattere creativo nella banca dati formata dagli elenchi degli abbonati alla rete telefonica nazionale.

<sup>952</sup> Tribunale Bologna, sentenza del 9 febbraio 2009. Nel caso di specie, si è negata la tutela d'autore di una banca dati costituita da un elenco di aziende dell'Emilia-Romagna e Lombardia operanti nel settore metalmeccanico ed elettronico. Rispetto a ciascuna azienda erano state raccolte e aggiunte informazioni dettagliate reputate utili per le aziende (fax, e-mail, sito web, anno di costituzione, partita IVA, codice fiscale, iscrizione alla camera di commercio, registro impresa, iscrizione REA, ricavi, addetti, superficie degli stabilimenti, prodotti specifici, tipologie di lavorazioni, marchi trattati, materiali di riferimento, attrezzature disponibili, certificazioni di qualità, presenza sui mercati esteri, riferimenti dei principali uffici). Il Tribunale ha ritenuto che i criteri adottati per la selezione dei dati non potessero soddisfare carattere di originalità in quanto la selezione delle aziende è stata operata secondo il criterio di appartenenza territoriale e merceologica. Peraltro, ai singoli nominativi di aziende variamente reperite sono state associate una serie di ulteriori informazioni relative a ciascuna azienda, selezionate dal costituente in quanto ritenute utili commercialmente per gli utenti della banca dati (sopra in dettaglio elencate). Si è così ritenuto che la scelta di tali informazioni non raggiungesse un livello di originalità tale da giustificare la tutela ai sensi del diritto d'autore, ammettendo però la possibilità che siffatta raccolta possa godere del diritto *sui generis*.

<sup>953</sup> Corte di appello di Milano, sentenza del 21 novembre 2011, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2013, escludendo l'originalità di un elenco di famiglie nobili organizzato in relazione alla presenza ed alla natura dei titoli formali attestanti la nobiltà.

d'autore quale banca dati, considerata l'assoluta assenza dei caratteri della novità ed originalità richiesti per la tutela dell'opera dell'ingegno<sup>954</sup>.

Applicando tale ragionamento ai prodotti editoriali, essi non possono beneficiare del regime di protezione come banche dati nel caso di assoluta carenza di soluzioni originali nell'impianto redazionale, organizzativo e sistematico dei contenuti<sup>955</sup>. In particolare, va respinta ogni pretesa di originalità (i) in mancanza di caratteristiche creative nella suddivisione per archivi, (ii) in assenza di elementi di differenziazione nella forma estetica (schermate, interfacce), (iii) sussistendo il carattere meramente descrittivo e vincolato della nomenclatura utilizzata<sup>956</sup>.

Sulla base delle suesposte premesse, si è confermato l'indirizzo secondo cui sarebbe irrilevante che i dati presentino particolare pregio scientifico, ritenendo meritevole di tutela un database composto da 326 schede di razze canine contenenti la foto, il nome ed altre informazioni relative alla nazionalità e all'originale della razza, alla descrizione fisica, alla descrizione del carattere, all'alimentazione, al gruppo Enci<sup>957</sup>.

Si è invece esclusa la protezione degli elenchi della clientela secretati su supporti aziendali argomentando che l'art. 102-*bis*, l.d.a., tutelerebbe esclusivamente le banche dati messe a disposizione del pubblico, essendo incompatibile con qualsiasi profilo di segretezza che si volesse preservare<sup>958</sup>. Tuttavia, tale linea interpretativa non può essere condivisa in quanto tiene conto solo parzialmente del dato normativo, posto che se è vero che l'art. 102-*bis*, l.d.a., comma 7, fa coincidere il *dies a quo* per la tutela del database nella data di messa a disposizione del pubblico, non può ignorarsi il precedente comma che ne ammette la tutela anche soltanto in virtù del suo completamento<sup>959</sup>. Ne consegue che anche le banche dati secretate possono accedere al diritto esclusivo a condizione che siano completate.

Del pari, si è negata la tutela d'autore in favore del volume *Codice di avviamento postale* e del CD ROM allegato realizzati da Poste Italiane S.p.A. in quanto la banca dati in questione, oltre a non essere organizzata secondo criteri originali, è stata costituita con risorse economiche pubbliche ed informazioni il cui possesso derivava dalla posizione di quasi monopolio detenuta nel servizio di distribuzione della posta nazionale<sup>960</sup>.

---

<sup>954</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 19 giugno 2008, n. 16744, con nota di S. SCIACCA, *Note in tema di elenco clienti e sua (problematica) tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, IV, 2009, pp. 897 ss.

<sup>955</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 6 agosto 2001, in *Il Diritto di Autore*, 2004, pp. 374 ss.

<sup>956</sup> *Ibidem*.

<sup>957</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 19 marzo 2007, in *Il Diritto Industriale*, 2008.

<sup>958</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 4 luglio 2017.

<sup>959</sup> Art. 102-*bis*, comma 6, l.d.a., «Il diritto esclusivo del costituente sorge al momento del completamento della banca dati e si estingue trascorsi quindici anni dall'1 gennaio dell'anno successivo alla data del completamento stesso».

<sup>960</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 10 dicembre 2010, in *DeJure*.

Ancora in senso negativo si è espressa la Corte di appello di Roma, avendo accertato che la banca dati di cui veniva invocata l'esclusiva autoriale era liberamente accessibile al pubblico già nel 1981 per agevolare l'interoperabilità tra diversi sistemi operativi<sup>961</sup>.

Da ultimo, la Corte di Cassazione<sup>962</sup> ha confermato le statuizioni di merito<sup>963</sup> nell'*affaire* Ryanair c. Lastminute, secondo cui la riproduzione da parte dell'*online travel agency* – attraverso l'attività di *screen scraping* – delle informazioni dei voli della compagnia aerea *low cost* per confezionare dei pacchetti turistici non costituisce violazione della banca dati di Ryanair, posto che quest'ultima non era idonea a godere né della protezione autoriale, né di quella *sui generis*.

La prima forma di tutela è stata esclusa in ragione della circostanza che la scelta e l'organizzazione delle informazioni fosse dettata esclusivamente da esigenze di carattere tecnico e operativo correlate agli accordi di volo, mancando quel *quid pluris* creativo imprescindibile per invocare il diritto d'autore. Il diniego del diritto *sui generis* è invece dipeso dalla mancata prova dell'investimento sostanziale, considerato che Ryanair concedeva la licenza ai terzi per lo sfruttamento della banca dati in questione alla modica somma di € 100,00. Peraltro, i dati in questione costituiscono un mero risultato collaterale (cd. *by-product*) dell'attività d'impresa, atteso che tale investimento non trova la propria remunerazione nella messa a disposizione *ex se* della banca dati, bensì nella facilità per il consumatore di reperire le informazioni sulle tratte aeree e, conseguentemente, di acquistarle<sup>964</sup>.

*Ad abundantiam*, il Supremo Consesso di legittimità ha argomentato la libera disponibilità di tali informazioni, tenuto conto che il Regolamento 1008/2008 prescrive l'accesso indiscriminato alle tariffe di trasporto aereo di passeggeri e merci<sup>965</sup>. Dunque, ogni pretesa escludente risulta recessiva rispetto l'esigenza informativa del pubblico, il quale può così essere messo effettivamente nelle condizioni di valutare in modo ponderato le offerte di servizi turistici attraverso la comparazione di tutte le alternative di viaggio possibili.

## 10.7 (Segue) Appunti di sintesi

---

<sup>961</sup> Corte di appello di Roma, sentenza del 16 febbraio 2021, n. 1199.

<sup>962</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 12 novembre 2019, n. 29237, su cui sia consentito rinviare al commento di V. IAIA, *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Cammino Diritto*, IX, 2020, pp. 1-34.

<sup>963</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 4 giugno 2013, n. 7708; Corte di appello di Milano, sentenza del 12 novembre 2015, n. 3585.

<sup>964</sup> C.E., MEZZETTI, *Archivi e banche dati nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Digitalia*, I, 2007, p. 73.

<sup>965</sup> Regolamento n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, art. 23.

In ogni caso, le peculiarità della normativa in tema di database portano a considerarla come una monade rispetto alle altre fonti europee, fatta eccezione – seppur in parte – per la direttiva software. Invero, così come per i programmi per elaboratore, anche per le banche dati l’allargamento delle maglie del diritto d’autore si giustifica nel sottostante interesse a preservare l’investimento finanziario e professionale effettuato per raccogliere, verificare e sistematizzare il contenuto di questa peculiare produzione intellettuale<sup>966</sup>.

Inoltre, al pari dei software, le due principali questioni ermeneutiche discendenti dallo “*stretching*” della protezione autoriale anche in favore delle banche dati concernono, in primo luogo, la tenuta della dicotomia tra l’idea e la sua forma espressiva alla luce della loro più intensa penetrazione nell’ambito dei database e, in secondo luogo, quali siano gli elementi rilevanti per valutarne l’originalità (intesa come creatività nell’ordinamento italiano) e segnatamente se debbano prendersi in considerazione anche il lavoro e gli investimenti richiesti per la loro realizzazione, posto che in caso di esito positivo occorrerebbe comprendere se questo nuovo paradigma si applichi in modo generalizzato a tutte le restanti opere dell’ingegno, determinando un ripensamento di alcuni capisaldi sui quali si fonda il diritto d’autore.

Rispetto al primo interrogativo, sembra che il principio dicotomico idea-espressione continui a reggere anche con riguardo alle banche dati dal momento che la tutela autoriale viene attribuita soltanto qualora il costituente abbia potuto scegliere ed organizzare le informazioni mediante l’esercizio di una certa arbitrarietà espressiva, a dimostrazione del fatto che quell’insieme di informazioni (l’idea) può essere strutturato secondo diverse opzioni rappresentative (l’espressione)<sup>967</sup>. Pertanto, l’esclusiva non può essere concessa nell’ipotesi in cui il realizzatore della banca dati non abbia goduto di un margine apprezzabile di discrezionalità in quanto vincolato da specifiche regole imposte segnatamente dallo scopo informativo tali da determinare una sovrapposizione (o fusione, mutuando la terminologia della *merger doctrine*) fra l’idea e la sua forma espressiva.

Diverse considerazioni devono svolgersi con riguardo al diritto *sui generis* in quanto esso, non essendo riconducibile al diritto d’autore, si atteggia in modo del tutto peculiare, riconoscendo infatti un diritto monopolistico sul contenuto della creazione intellettuale che abbia richiesto un notevole investimento e che costituisca una parte sostanziale della banca dati. Orbene, la previsione di tale diritto risponde a ragioni eterogenee rispetto a quelle che informano il paradigma della protezione autoriale, avendo il

---

<sup>966</sup> Direttiva database, Considerando n. 39. La rilevanza dell’investimento finanziario è ancor più marcata con riguardo al diritto *sui generis*, come evidenziato dal Considerando n. 40 della medesima direttiva, nonché dal Considerando n. 55, a mente del quale la semplice verifica del contenuto dei dati è reputata meritevole di tale diritto.

<sup>967</sup> In tal senso, P. SPADA, *Banche dati e diritto d’autore (il “genere” del diritto d’autore sulle banche dati)*, op. cit., il quale avverte la necessità che il costituente della banca dati eserciti un arbitrio valutativo affinché possa vedersi riconosciuto il diritto d’autore.

legislatore ritenuto meritevoli di tutela il lavoro e gli investimenti – in quanto tali – profusi dal costituente della banca dati, a prescindere dal progresso culturale o artistico eventualmente ottenuto<sup>968</sup> e dal carattere ufficiale dei dati raccolti<sup>969</sup>.

In relazione al secondo interrogativo, strettamente intrecciato al primo, si rileva che l'ulteriore flessione verso il basso del requisito di originalità conseguente al suo adattamento nella chiave para-brevettuale del requisito di novità per rendere possibile la tutela d'autore delle banche dati e dei software rischia di portare ad una china scivolosa (cd. *slippery slope*) che muove dall'appiattimento dei presupposti per l'accesso alla protezione autoriale per poi giungere infine al loro superamento. Non sarebbe peregrina la preoccupazione che un tale scenario possa essere foriero di un iperprotezionismo incontrollato che metterebbe a dura prova la tenuta del sistema del diritto d'autore.

Si ravvisa dunque la necessità che l'interpretazione minimalista-oggettiva del gradiente di originalità nell'ambito dei database e dei software resti confinata a queste due tipologie di creazioni intellettuali, restando intaccato il più alto standard personalistico che dovrebbe continuare a permeare in modo più o meno accentuato le altre opere dell'ingegno, secondo una conformazione di tale requisito a geometria variabile<sup>970</sup>. In ogni caso, anche con riguardo agli ibridi giuridici, occorre circoscrivere il riconoscimento dell'esclusiva soltanto in favore di manifestazioni espressive che siano effettivamente il risultato di un *quid* creativo svincolato almeno in parte da regole utilitarie volte all'assolvimento di una determinata funzione.

Peraltro, la direttiva database già palesava, seppur con riferimento al diritto *sui generis*, i rischi anticoncorrenziali conseguenti ad una tutela diffusa, puntualizzando che il riconoscimento della protezione non debba essere esercitato «in modo tale da favorire gli abusi di posizione dominante, con particolare riguardo alla creazione e diffusione di nuovi prodotti e servizi a valore aggiunto di ordine intellettuale, documentale, tecnico, economico o commerciale»<sup>971</sup>. La consapevolezza del pericolo di formazione di monopoli sull'informazione permea la clausola di revisione prevista all'art. 16, par. 3, della direttiva, la quale obbliga la Commissione a trasmettere periodicamente (dopo un anno dall'entrata in vigore e ogni triennio successivo) al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sui riflessi applicativi della direttiva – e

---

<sup>968</sup> V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, op. cit., p. 232, la quale riconosce nel diritto *sui generis* un istituto autolegittimato dal nuovo interesse finanziario reputato meritevole di tutela.

<sup>969</sup> *Apis c. Lakorda*, par. 73, 74.

<sup>970</sup> Similmente, G. NOTO LA DIEGA, *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, op. cit., p. 111, il quale mette in luce che «The 'personal touch' is a fuzzy concept which can be applied in a relatively easy way to works such as artistic works or traditional literary works such as books. Conversely, it is not easy to imagine how a database can exhibit its author's personal touch».

<sup>971</sup> Direttiva database, Considerando n. 47.

segnatamente del diritto *sui generis* – sulla libera concorrenza<sup>972</sup>, divisando la possibilità attualmente valorizzata dalla dottrina<sup>973</sup> di giustificare misure adeguate, tra cui l'istituzione di un regime di licenze non volontarie a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie<sup>974</sup>. Invero, il diritto *sui generis*, rappresentando l'elemento di unicità della direttiva nel paragone con le precedenti fonti europee, esige maggiori valutazioni d'impatto onde evitare inattesi effetti collaterali conseguenti ad un'eterogeneità dei fini.

### 10.8 (Segue) La revisione della direttiva database nella proposta europea di *Data Act*

A distanza di quasi dieci anni dall'emanazione della direttiva, la Commissione europea ha elaborato un rapporto<sup>975</sup> che funge da bilancio rispetto all'intervento sovranazionale. Da esso emerge un'ondivaga armonizzazione della nozione di investimento sostanziale, di fatto rimessa alla discrezionalità degli organi giudicanti. Ma ciò che appare degno di nota è la constatazione che la direttiva non abbia ingenerato un ragguardevole impulso al settore delle banche dati, verificandosi paradossalmente una riduzione nelle produzioni di banche dati rispetto a quelle registrate in data anteriore all'adozione della stessa direttiva. Mancherebbe quindi, mutuando l'espressione da *Feist Publications*, un *legitimate business reason* che giustifichi il conferimento di un (doppio) diritto monopolistico<sup>976</sup>.

A tal proposito, la dottrina è divisa sulla bontà degli effetti apportati dal diritto *sui generis*. Vi è chi sostiene fermamente il fallimento della direttiva a stimolare l'industria dei database, avendo quest'ultima prodotto in Europa un effetto acceleratore contingentato all'anno di recepimento nazionale della direttiva<sup>977</sup>. Al netto di ciò, si è ritenuto che essa avrebbe altresì accelerato

---

<sup>972</sup> Come sarà rilevato nel prosieguo (v. *infra* par. 10.8), tale prescrizione è stata attuata in via sporadica, considerato che dall'emanazione della direttiva sono stati redatti soltanto due rapporti relativi al suo impatto.

<sup>973</sup> E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, op. cit.; AA. VV., *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Commissione europea, Bruxelles, 2018, pp. 34-39.

<sup>974</sup> Tale soluzione si ripresenta per agevolare la circolazione dei Big Data (v. *infra* par. 11).

<sup>975</sup> AA. VV., *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection on database*, op. cit.

<sup>976</sup> Si ricorda che in *Feist Publication* si è negata l'esistenza di un *legitimate business reason* che giustificasse la protezione degli elenchi compilativi telefonici. Di converso, rispetto alle banche dati, l'*industrious collection theory* è stata ritenuta applicabile in vista dell'interesse a sponsorizzare gli investimenti finanziari in un settore tecnologico originariamente ancora in fasce.

<sup>977</sup> Cfr. V. FALCE, *Big Data, Dataset e diritti esclusivi. Liaisons dangereuses tra innovazione e mercato*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Innovazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, op. cit., p. 131; M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, op. cit., p. 339; L. MANSANI, *La protezione dei database in internet*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 149; J.H. REICHMAN, P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, op. cit., p. 149; S. MAURER, P.B. HUGENHOLTZ, H.J. ONSRUD, *Europe's Database Experiment*, in *Science*, vol. 294, 2001, p. 790, «[t]he net effect appears to have been a modest, one-time boost».

l'erosione del pubblico dominio a vantaggio dei nuovi giganti dell'informazione<sup>978</sup>. Secondo un attento Studioso, il problema della remunerazione degli investimenti sostenuti dai costitutori delle banche dati si sarebbe potuto risolvere attraverso la previsione di un sistema di accesso pagante, ispirandosi a quanto già previsto dall'art. 99 l.d.a. per i lavori e i progetti di ingegneria, conciliando l'interesse privato ad essere ricompensato con quello pubblico di avervi accesso<sup>979</sup>. Essa costituirebbe una soluzione di compromesso per arginare le derive anticoncorrenziali liberate da entrambe le creazioni rientranti nel cd. *technology copyright*, nell'ottica di perseguire l'interesse alla dinamicità del mercato nel lungo termine, onde evitare la progressiva concentrazione dei diritti monopolistici nei portafogli di sempre più poche e grandi imprese<sup>980</sup>.

In un più recente studio elaborato per la Commissione europea è emerso che non vi fossero evidenze economiche né in un senso, né nell'altro, proponendo di mantenere lo *status quo*, ma di valutare altresì l'idea di abolire il diritto *sui generis*<sup>981</sup>. Gli editori hanno già manifestato la loro contrarietà alla proposta in quanto la protezione che residuerebbe sarebbe quella della concorrenza sleale per imitazione, disciplina oggetto di numerose incertezze giuridiche in quanto al momento esente dalla mano uniformatrice europea.

Orbene, il diritto *sui generis* condivide alcuni tratti del diritto d'autore, ma risponde a differenti funzioni e pertanto, richiede un diverso esercizio di bilanciamento<sup>982</sup>. Non può negarsi che la sua previsione offra una maggiore granularità nelle soluzioni apprestate dal legislatore al fine di rispondere in modo sartoriale a bisogni eterogenei. Tuttavia, l'impropria applicazione orizzontale dei principi e delle teorie in materia di diritto d'autore potrebbe creare dei cortocircuiti interpretativi<sup>983</sup>.

Da un lato, quindi, vi è la proposta di abrogazione integrale della direttiva. Al polo opposto si staglia la posizione di chi vorrebbe mantenere la direttiva *tel quelle*, supponendo che essa non abbia causato danni, né pregiudicato interessi dei soggetti coinvolti nella realizzazione e nella fruizione delle banche dati<sup>984</sup>. Nella terra di mezzo si collocano le posizioni di chi avverte l'esigenza di fornire dei chiarimenti chirurgici sulla tutela *sui*

---

<sup>978</sup> S. MAURER, P.B. HUGENHOLTZ, H.J. ONSRUD, *Europe's Database Experiment*, op. cit., p. 789; J. REINBOHE, S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996: Ready to Come into Force*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 24, IV, 2002, p. 208.

<sup>979</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 284-285.

<sup>980</sup> *Ivi*, p. 290.

<sup>981</sup> AA. VV., *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, op. cit., pp. 140-141, «The effect of the *sui generis* right on the production of databases remains unproven as the economic evidence, albeit scarce, is inconclusive». Sul punto v. altresì E. DERCLAYE, *Database rights: success or failure? The chequered yet exciting journey of database protection in Europe*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 340-354.

<sup>982</sup> C. SGANGA, *The Many Metamorphosis of Related Rights in EU Copyright Law: Unintended Consequences or Inevitable Developments?*, op. cit., p. 823

<sup>983</sup> *Ibidem*.

<sup>984</sup> V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, op. cit., p. 235.



*generis* (in barba all'urgenza di un intervento sistematico sollecitato da altri Studiosi<sup>985</sup>) e di chi invece eliminerebbe il diritto *sui generis*, ma conserverebbe l'armonizzazione del requisito di originalità apportata per effetto dell'introduzione della tutela autoriale<sup>986</sup>. Quest'ultima prospettiva valorizza l'esigenza di una standardizzazione dei requisiti di accesso alla tutela autoriale per evitare un ritorno "antistorico" alla frammentazione normativa<sup>987</sup>.

In questa *congerie* di opinioni, si aderisce alla posizione prospettata da autorevole dottrina di valutare la rinuncia alla tutela *sui generis*, prendendo le mosse sia dell'indimostrata utilità pratica di siffatta protezione a stimolare il mercato delle banche dati – e quindi della capacità a conseguire gli obiettivi originariamente prefissati –, nonché delle intricate disomogeneità ermeneutiche fonte di incertezze giuridiche tra gli Stati membri, per giunta portatrici di un iperprotezionismo contrastante con l'esigenza di circolazione ed accessibilità della cultura e delle informazioni in senso lato<sup>988</sup>, specialmente nell'economia "datacentrica" contemporanea. Beninteso, ciò non esclude che le singole parti di una banca dati non soddisfacenti il requisito di originalità possano comunque accedere a forme di tutela alternative, quand'anche più limitate, come quelle anteriori alla direttiva medesima e già vigenti nel diritto statunitense, ovvero la tutela contrattuale e quella in materia di concorrenza sleale.

Nella cornice così tracciata si inserisce la proposta di regolamento europeo sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (meglio noto come *Data Act*)<sup>989</sup>, la quale, nel dare attuazione alla strategia europea in materia di dati<sup>990</sup>, contempla la possibilità di revisione della direttiva database, con particolare riferimento al diritto *sui generis*, per verificarne la compatibilità con

---

<sup>985</sup> M. HUSOVEC, *The Fundamental Right to Property and the Protection of Investment: How Difficult Is It to Repeal New Intellectual Property Rights?*, in C. GEIGER (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 385 ss.

<sup>986</sup> V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, op. cit., p. 235.

<sup>987</sup> *Ibidem*.

<sup>988</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 284; M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, op. cit., p. 229; J.H. REICHMAN, *La guerra delle banche dati sulla situazione americana*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 226; L. MANSANI, *La protezione dei database in internet*, *ivi*, 1996, p. 149.

<sup>989</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 febbraio 2022 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022) 68.

<sup>990</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 19 febbraio 2020, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66, la quale mira a rendere l'Unione europea un leader mondiale nell'economia basata sui dati. Ad essa hanno seguito svariati interventi esortanti la presentazione di una legge sul governo dei dati, tra cui la Relazione del Parlamento europeo sul piano d'azione sulla proprietà intellettuale, per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE, (2021/2007(INI)), par. 47, nonché la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 su una strategia europea per i dati, (2020/2217(INI)), par. 4.

l'esigenza di garantire la libera disponibilità dei dati generati dalle macchine per assicurarne la condivisione<sup>991</sup>.

L'ardua catalogazione dei dati nel novero dei beni oppure dei servizi ha indotto la Commissione europea a coniare una quinta libertà di circolazione, riguardante giustappunto i dati non personali<sup>992</sup>. Essa appare fortemente strumentale al perseguimento dell'ambizioso obiettivo europeo individuato nella *twin transition* verde e digitale<sup>993</sup> (o blu, secondo illustre dottrina<sup>994</sup>) mirante a rendere l'Unione europea un'eccellenza in due campi decisivi per conseguire la *leadership* nello scenario internazionale. Peraltro, una strategia efficace nello sbloccare il pieno potenziale dei dati contribuirebbe ad invertire – o quantomeno arrestare – l'attuale processo di colonializzazione statunitense, considerato che tutte le *big data companies* risiedono al di là dell'oceano<sup>995</sup>.

Al di là dei cruciali aspetti trattati dalla proposta di regolamento sulla governance dei dati, la cui trattazione – nell'attuale *patchwork* normativo<sup>996</sup> – esula dall'oggetto del presente lavoro<sup>997</sup>, giova brevemente soffermarsi sui chiarimenti in merito alla tutela dei dati<sup>998</sup> generati in modo automatizzato

---

<sup>991</sup> Giova ricordare che l'esigenza di riesaminare la direttiva banche dati per facilitare l'accesso ed il loro utilizzo era stata già espressa nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 novembre 2020, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE. Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, COM(2020) 760.

<sup>992</sup> *Data Act*, par. 1, p. 7.

<sup>993</sup> *Ivi*, par. 1, p. 1.

<sup>994</sup> L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020.

<sup>995</sup> In argomento, v. l'interessante monografia realizzata da K. CRAWFORD, *Atlas of AI*, Yale University Press, New Haven-Londra, 2021.

<sup>996</sup> Oltre alla succitata proposta di regolamento e al regolamento 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati, anche noto come *General Data Protection Regulation*, nell'acronimo "GDPR"), si segnala il regolamento 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, il regolamento 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, la direttiva 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, la decisione 2015/2240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che istituisce un programma sulle soluzioni interoperabilità e quadri comuni per le pubbliche amministrazioni, le imprese e i cittadini europei, nonché la più risalente direttiva 2007/2/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2007 che istituisce un'infrastruttura per l'informazione territoriale nella Comunità europea.

<sup>997</sup> In dottrina, cfr. tra i tanti A. CARAVITA DI TORITTO, *La proporzionalità multilivello nel mercato "presidiato" dei dati personali*, in *Rivista di diritto dei media*, III, 2021, pp. 157-187; A. SOLA, *Primi cenni di regolazione europea nell'economia dei dati*, *ivi*, pp. 188-209.

<sup>998</sup> L'art. 2, n. 1), del *Data Act* detta un'ampia definizione di dati, intendendoli come «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».

mediante l'uso di prodotti tecnologici afferenti al cd. internet delle cose (anche noto come *internet of things*, nell'acronimo "IoT")<sup>999</sup>.

Invero, rispetto a questi dati potrebbe trovare applicazione in via "incidentale" il diritto *sui generis*, il quale potrebbe ostacolare l'innovazione come effetto per aver reso esclusivo un bene che in natura è caratterizzato dalla non rivalità<sup>1000</sup>. Pertanto, dopo aver dato conto che al processo di realizzazione automatizzata dei dati partecipano almeno il progettista/fabbricante del prodotto e il suo fabbricante si esprime l'esigenza di cogliere appieno i vantaggi economici – in parte ancora inespressi – dei dati in quanto beni non rivali per l'economia e la società attraverso previsioni che ne assicurino il libero accesso, senza al contempo disincentivare la produzione di nuovi dati<sup>1001</sup>. Sotto quest'angolo visuale, l'art. 35 della proposta di regolamento stabilisce espressamente l'esclusione dei dati automatizzati dalla portata applicativa del diritto *sui generis*, riferendosi *expressis verbis* ai «dati ottenuti o generati dall'uso di un servizio correlato», così che tale istituto non interferisca – nemmeno involontariamente – con i diritti delle imprese e dei consumatori di accedere ai dati, di utilizzarli e condividerli<sup>1002</sup>.

Per quanto possa salutarsi con favore la precisazione restrittiva sull'oggetto del diritto *sui generis*, considerato che altrimenti la maggior parte di questi diritti sarebbe confluita nei già strabordanti portafogli dei pochi grandi fornitori di dispositivi dell'*Internet of Things*<sup>1003</sup>, non si nascondono delle criticità connesse anzitutto all'individuazione delle tecnologie espressamente esonerate dall'ambito di applicazione della succitata norma. A tenore del Considerando n. 15 del *Data Act*, sarebbero esclusi i dati generati

---

<sup>999</sup> L'espressione si deve a K. ASHTON, *That "Internet of Things" Thing: In the Real World Things Matter More than Ideas*, in *RFID Journal*, vol. 22, VII, 2009, pp. 97-114. In argomento cfr. tra i tanti G. NOTO LA DIEGA, C. SAPPÀ, *The Internet of Things at the Intersection of Data Protection and Trade Secrets. Non-Conventional Paths to Counter Data Appropriation and Empower Consumers*, in *European Journal of Consumer Law*, III, 2020, pp. 419-458; Commissione europea, *Advancing the Internet of Things in Europe*, 2016, COM(2016) 180.

<sup>1000</sup> *Data Act*, Considerando n. 1, a tenore del quale «[l]a proliferazione di prodotti connessi all'internet delle cose ha aumentato il volume e il valore potenziale dei dati per i consumatori, le imprese e le società. Dati interoperabili e di elevata qualità provenienti da diversi settori aumentano la competitività e l'innovazione e garantiscono una crescita economica sostenibile. Lo stesso set di dati può essere potenzialmente utilizzato e riutilizzato per una varietà di scopi e in misura illimitata, senza alcuna perdita in termini di qualità o quantità».

<sup>1001</sup> Al Considerando n. 42 del *Data Act* si apprezza il persistente interesse economico alla produzione di tali investimenti: «al fine di incentivare il mantenimento degli investimenti nella generazione di dati preziosi, compresi gli investimenti in strumenti tecnici pertinenti, il presente regolamento include il principio secondo cui il titolare dei dati può chiedere un compenso ragionevole se è giuridicamente obbligato a mettere i dati a disposizione del destinatario dei dati». Sull'argomento, in dottrina, v. J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce*, vol. 8, IV, 2017, p. 273.

<sup>1002</sup> *Ivi*, par. 1, p. 14, Considerando n. 84.

<sup>1003</sup> A. KAMPERMAN SANDERS, *Competition and IP Policy for AI – Socio-economic Aspects of Innovation*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, op. cit., p. 407.

da «personal computer, server, tablet, smartphone, telecamere, webcam, sistemi di registrazione sonora e scanner di testo», argomentando che essi richiedano un contributo umano per produrre dei dati, fra cui testi, file audio, file video, giochi e mappe digitali. Il regime di libero accesso riguarderebbe “soltanto” i dati elaborati dagli assistenti virtuali (rispetto può comunque ravvisarvi l’esistenza di un contributo umano, benché maggiormente astratto), non sapendo se altri prodotti, come ad esempio gli *smartwatch*, siano più vicini all’una o all’altra categoria.

Sembrerebbe più ragionevole ritenere che la libera accessibilità del dato non dipenda tanto dal prodotto che lo elabora in modo più o meno automatizzato, quanto invece dalla tipologia di dato ottenuto. In questa prospettiva, la libertà di circolazione andrebbe garantita limitatamente ai dati non personali – senza operare distinguì in relazione al dispositivo da cui traggono origine –, escludendo quelle informazioni in cui sia rintracciabile un contributo umano creativo, le quali sarebbero invece suscettibili di attrarre la protezione autoriale. In ogni caso, sarebbe opportuno chiarire cosa debba intendersi per dati ottenuti o generati tramite l’uso di un servizio correlato, essendovi vari livelli di astrazione dell’intervento umano a vantaggio di quello automatizzato e quest’ultimo potrebbe a sua volta costituire il risultato di ingenti investimenti che potrebbero in realtà giustificare l’attribuzione del diritto *sui generis*<sup>1004</sup>.

Peraltro, in linea più generale, la proposta di regolamento potrebbe rappresentare l’occasione per un intervento più profondo in materia di diritto *sui generis*, valutandone l’abolizione o quantomeno chiarendone gli aspetti che in giurisprudenza si sono rivelati più controversi, come ad esempio la nozione di parte sostanziale di un database e il rapporto tra tutela *sui generis* e concorrenza parassitaria<sup>1005</sup>.

Con riguardo al primo punto, l’esigenza di un intervento chiarificatore riguardo alla definizione di investimento sostanziale è ancor più avvertita alla luce dell’arresto *Online Latvia* con il quale si è incentrato l’esame sulla violazione del diritto *sui generis* in relazione all’entità del danno subito ai fini del recupero dell’investimento sostenuto<sup>1006</sup>.

Rispetto al secondo punto, è emerso che, allo stato attuale del diritto, lo sfruttamento di una raccolta di dati altrui potrebbe legittimare il riconoscimento di un doppio risarcimento poiché la medesima condotta sarebbe censurabile cumulativamente come atto di concorrenza sleale e come violazione del diritto *sui generis*. Tuttavia, l’identità dell’oggetto tutelato dovrebbe propendere per l’applicazione esclusiva del diritto *sui generis*, in conformità al principio del primato del diritto europeo rispetto a quello nazionale, atteso che la disciplina della concorrenza sleale non risulta ancora

---

<sup>1004</sup> V. in particolare G. NOTO LA DIEGA, *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, op. cit., pp. 147-148, il quale conclude nel senso di reputare il diritto *sui generis* come la forma di protezione più adeguata rispetto ai database generati dall’intelligenza artificiale.

<sup>1005</sup> E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, op. cit.

<sup>1006</sup> *Ibidem*.

oggetto di un atto uniformatore<sup>1007</sup>. Sarebbe quindi auspicabile che nell'iter legislativo riguardante il *Data Act* si possa arricchire la disciplina contenuta al capo X, dedicato per l'appunto al diritto *sui generis*. Altrimenti, l'approccio tecnocratico prudentiale ivi adottato ridurrebbe la proposta europea ad un'opportunità mancata.

## 11. I Big Data?

La costruzione di una definizione giuridica di Big Data sollecita un approccio pluridisciplinare che presuppone la comprensione – almeno elementare – dell'economia dei dati, la differenziazione tra le tipologie dei dati e le rispettive modalità di sfruttamento<sup>1008</sup>. In proposito, giova premettere che i dati, oltre ad essere a più riprese paragonati al nuovo petrolio<sup>1009</sup> o al carburante dell'economia digitale in ragione del rimarchevole valore economico generabile dalla loro combinazione<sup>1010</sup>, sono quintessenziali allo sviluppo dell'intelligenza artificiale<sup>1011</sup>. Invero, essi costituiscono

---

<sup>1007</sup> Sul punto, v. E. DERCLAYE, *Recent French decisions on database protection: Towards a more consistent and compliant approach with the Court of Justice's case law?*, in *European Journal for Law and Technology*, vol. 3, II, 2012.

<sup>1008</sup> Si richiama in proposito il corposo lavoro dottorale di A. BOUGEARD, *Le phénomène de Big Data et le Droit. Pour une appréhension juridique par sa décomposition technique*, tesi sostenuta il 9 novembre 2021 presso l'Università di Strasburgo. L'interesse istituzionale per i Big Data risale al 2014, come testimoniato dal rapporto del Garante europeo della protezione dei dati, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Bruxelles, 2014. Dall'altro lato dell'oceano si richiama il report dell'Ufficio Esecutivo del Presidente, *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*, Washington, 2014.

<sup>1009</sup> V. in particolare l'emblematico articolo pubblicato sul THE ECONOMIST, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 maggio 2017, reperibile al seguente link: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Lato istituzionale, v. fra i tanti il Documento di lavoro della Commissione UE, *Single Market Performance Report 2019 Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank, Annual Sustainable Growth Strategy 2020, COM n. 650/2019* secondo cui «The full impact of disruptive technologies, like artificial intelligence or blockchain is impossible to predict, but the transformation of traditional industries is expected to go well beyond increased operational efficiency. The data generated by interconnected IoT devices will be the new fuel of the economy across the EU, with a myriad of potential uses from AI to personalised services, which should be supported by an improved framework for data sharing» [corsivo aggiunto].

<sup>1010</sup> Nella visione non troppo apocalittica prospettata da C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Innovazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, op. cit., p. 93, i dati costituirebbero «le chiavi più importanti per costruire (o per distruggere) il futuro del mondo» e pertanto le loro condizioni giuridiche rappresenterebbero «un tema di importanza decisiva per le sorti del pianeta».

<sup>1011</sup> Ciò è confermato, *inter alia*, nel rapporto dell'Autorità di vigilanza finanziaria tedesca (anche nota come “BaFin”), *Big data meets artificial intelligence, Challenges and implications for the supervision and regulation of financial services*, 2018. In dottrina, tale legame è ben evidenziato da A. MONTELERO, *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Springer, Berlino, 2022.

l'infrastruttura di partenza da cui dipende la qualità di qualsiasi output da essa originato, secondo l'adagio "garbage in, garbage out"<sup>1012</sup>.

Non è un caso che gli operatori della rete tendano ad offrire sempre più servizi para-gratuiti per ottenere in cambio il maggior numero di dati con la stessa foga di chi è affetto da una sindrome di accumulo compulsivo.

Se *prima facie* il termine Big Data potrebbe far pensare ad una banca dati dalle più grandi dimensioni<sup>1013</sup>, giova dar conto che, in realtà, il *discrimen* tra una banca dati e i Big Data non si esaurisce nella dimensione quantitativa, entrando in rilievo degli ulteriori tratti caratterizzanti, quali la velocità, la varietà, la veracità e il valore. Essi, unitamente al volume, costituiscono le note "cinque V" che contrassegnano i Big Data nell'ormai poderosa letteratura informatica e giuridica (o forse ormai ibrida)<sup>1014</sup>. Al netto delle menzionate diversità strutturali, i Big Data si differenziano dalle banche dati anche da un punto di vista funzionale, in ragione del privilegiato impiego che ne viene fatto nelle logiche commerciali e, più ampiamente, nell'assunzione delle decisioni umane<sup>1015</sup>.

Un significativo fattore di complicazione nell'analisi giuridica dei Big Data è costituito dall'assenza di un consenso uniforme in ordine alla tassonomia dei dati, confermandone la complessa granularità. Alcuni Studiosi propongono un distinguo in relazione al grado di prossimità del dato all'essere umano, avendo così una tripartizione tra dati puramente tecnici (o dati grezzi), dati personali (informazioni inequivocabilmente collegate all'individuo), e dati non direttamente attribuibili ad una persona fisica, ma rispetto a quali può facilmente ricavarsi un legame con la stessa<sup>1016</sup>. Altri

---

<sup>1012</sup> Un caso emblematico testimoniatore della cruciale importanza della qualità e della quantità dei dati per minimizzare i rischi di *bias* algoritmici (i quali non sono altro che il riflesso dei *bias* umani) attiene al riconoscimento dei volti delle persone di colore. In particolare, la carenza di fotografie di queste persone – in rapporto a quelle dei bianchi – portò l'algoritmo di Google ad etichettarle come gorilla. Il problema si risolse eliminando le parole collegate alle scimmie dal motore di ricerca di Google foto. Sull'infelice episodio v. A. HERN, *Google's Solution to Accidental Algorithmic Bias*, The Guardian, 12 gennaio 2018, reperibile al seguente link: <https://www.theguardian.com/technology/2018/jan/12/google-racism-ban-gorilla-black-people>.

<sup>1013</sup> In questo senso sembrano propendere C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, op. cit., p. 93.

<sup>1014</sup> Sul punto la dottrina è pressoché unanime, spesso ricollegando la "V" di valore non tanto ad autonoma caratteristica quanto a conseguenza delle altre quattro "V". Cfr. a titolo esemplificativo D.J. GERVAIS, *TRIPs meets Big Data*, in M. BURRI (a cura di), *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 160, 161; F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, op. cit., p. 5; J.S. HURWITZ, M. KAUFMANN, A. BOWLES, *Cognitive Computer and Big Data Analytics*, Wiley, Indianapolis, 2015, pp. 56-57. Si richiama altresì la nozione "a quattro V" proposta dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, *Big data: Bringing competition policy to the digital era*, secondo cui «Big Data is commonly understood as the use of large scale computing power and technologically advanced software in order to collect, process and analyse data characterised by a large volume, velocity, variety and value».

<sup>1015</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, G. CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, op. cit., secondo cui «[b]ig data are ontologically different from "small data" because of the use which is made of them and their potentialities for human decisions, cooperation, and commerce».

<sup>1016</sup> R.M. HILTY, *Big Data: Ownership and Use in the Digital Age*, in X. SEUBA, C. GEIGER, J. PÉNIN (a cura di), *Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial*

autori differenziano tra dati destinati al training algoritmico, Big Data (nella particolare accezione di dati prodotti dall'*Internet of Things*) e dati protetti dal diritto d'autore<sup>1017</sup>.

Tuttavia, almeno ai fini della presente indagine, sembra maggiormente utile ricorrere ad una classificazione dei dati basata sul loro più immediato regime giuridico, formulando una suddivisione tra dati personali *ex art. 4, n. 1*), GDPR<sup>1018</sup>, dati protetti dal diritto d'autore<sup>1019</sup> e dati scevri dalle due menzionate forme di tutela. Quest'ultima tipologia di dati costituisce quella maggiormente attenzionata proprio perché essa non gode di un preciso inquadramento normativo.

Ciò premesso, l'analisi, la selezione e la classificazione (o "clusterizzazione") di dati misurabili negli ordini di Exabyte, Zettabyte o Yottabyte<sup>1020</sup> richiede sforzi finanziari esponenzialmente superiori rispetto a quelli connaturati alle banche dati per così dire tradizionali<sup>1021</sup>, sembrando *a fortiori* reclamabile la tutela all'uopo prevista. Nondimeno, similmente alle creazioni automatizzate mediante intelligenza artificiale (v. *supra* par. 9.4), sembrano configurabili plurime forme di tutela.

### 11.1 (*Segue*) Le alternative di protezione

---

*Intelligence and Big Data, CEIPI-ICTSD Publication Series on Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System*, V, 2018, pp. 90-91.

<sup>1017</sup> K. LIU, S. ZHENG, *Protection and Access to Relevant Data – General Issues*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, op. cit., pp. 367-368. Questa distinzione non convince in ragione della ricorrente sovrapposizione tra dati destinati al training algoritmico e dati provenienti dall'*Internet of Things*.

<sup>1018</sup> L'art. 4, n. 1, del GDPR definisce il dato personale come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile [...]; si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

<sup>1019</sup> Si ricorda che gli artt. 3, par. 1, e 4, par. 1, della direttiva 2019/790/UE prevedono delle eccezioni per il *text and data mining* delle opere protette dal diritto d'autore, rinviando alla bibliografia citata *supra* par. 9.5.

<sup>1020</sup> Pari rispettivamente a un trilione, un triliardo e un quadrilione di *byte*. La Commissione europea, nella Strategia europea in materia di dati, reperibile al seguente link: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_it), ha previsto che la quantità di dati globali che saranno prodotti nel 2025 aumenterà del 530% rispetto al 2018, passando da 33 a 175 *zettabyte*.

<sup>1021</sup> F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, op. cit., la quale segnala che l'opera classificatoria necessaria per i Big Data sia ben diversa da quella che impegnava l'uomo ai tempi di Platone, costituita dalla ricerca di somiglianze e dissomiglianze per farne emergere i tratti distintivi. L'Autrice sostiene che solitamente la qualificazione di un oggetto nella realtà naturale non richieda un grosso affanno, a meno che non si tratti di un ornitorinco, rispetto al quale può risultare più complesso stabilire se si tratti di un mammifero oppure di un oviparo (anche se forse l'Autrice intendeva un uccello piuttosto che un oviparo, posto che il deporre le uova non costituisce un tratto escludente la qualità di mammifero, essendoci in natura diversi mammiferi ovipari). Ritengo però che la ricerca delle differenze e delle somiglianze tra due elementi riguardi anche i Big Data, benché su scale macroscopicamente più grandi, costituendo la divisione in *cluster* per caratteristiche comuni l'attività tipicamente svolta dai neuroni all'interno di una rete neurale artificiale.

Sorge quindi spontaneo l'interrogativo sull'*an* e sul *quomodo* di protezione riconoscibile ai consistenti giacimenti di dati selezionati e "impastati" per l'addestramento (il cd. *training*) dell'intelligenza artificiale, nonché di quelli da essa generati.

Come accennato, i diritti di proprietà intellettuale più prossimi all'oggetto in questione sono indubbiamente quelli previsti in materia di banche dati, ovvero il diritto d'autore sui dati raccolti ed organizzati secondo modalità originali e il diritto *sui generis* riguardante i database la cui costruzione abbia richiesto un investimento sostanziale sotto il profilo quantitativo e/o qualitativo. Inoltre, non è da escludere la protezione tramite segreto commerciale qualora il dataset sia sottoposto a misure atte a garantirne la confidenzialità, né quella contrattuale laddove siano contemplate delle clausole in tal senso.

### 11.1.1 (*Segue*) Diritto d'autore

Nella prospettiva del diritto d'autore, sembra preferibile la tesi che esclude l'originalità di questa tipologia di dati in quanto la loro raccolta e sistematizzazione risulta giocoforza governata da regole tecniche o comunque da specifici vincoli funzionali a che il sistema di intelligenza artificiale sia in grado di compiere determinate performance<sup>1022</sup>.

In tal senso, depone altresì la circostanza che il cd. paradosso dell'eshaustività, già caratterizzante le banche dati tradizionali, si applichi con maggiore intensità ai Big Data alla luce dell'esigenza di nutrire l'algoritmo attraverso il maggior numero di dati possibili per analizzare ed affrontare correttamente tutti gli scenari verificabili nella realtà<sup>1023</sup>. Un dataset costruito su una selezione arbitraria dei dati non potrebbe che riflettere tale arbitrarietà nell'output finale, il quale sarebbe maggiormente incline a godere della protezione autoriale, ma meno performante nelle tipiche funzioni applicative in ragione della parziale "comprensione" del mondo circostante.

I limiti a cui sottostanno i dataset per così dire tradizionali (a differenza di quelli creati per puro scopo artistico) non possono che assottigliare il *range of motion* a disposizione dell'autore in spazi così claustrofobici da non poter esprimere delle scelte libere e creative idonee a soddisfare il requisito di originalità<sup>1024</sup>. Quand'anche sia possibile manifestare quell'originalità oggettiva sufficiente per le opere utili ad attrarre la protezione autoriale, si ritiene che il costo sociale di un'esclusiva forte come quella offerta dal diritto d'autore mal si concili con la volontà europea, a più riprese manifestata, volta

---

<sup>1022</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 164.

<sup>1023</sup> C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, op. cit., p. 96.

<sup>1024</sup> Per una diversa lettura cfr. V. FALCE, *Big Data, Dataset e diritti esclusivi. Liaisons dangereuses tra innovazione e mercato*, op. cit., p. 120, la quale è dell'avviso che non sussistano dei vincoli o delle regole tecniche per l'organizzazione dei dati, purché il dataset ottenuto non sia una mera compilazione, senza necessariamente raggiungere la soglia del pregio artistico.



a promuovere una maggiore fluidità nel traffico dei dati<sup>1025</sup>. Né sembra rintracciabile una “*legitimate business reason*” che denoti la necessità di prevedere meccanismi di incentivazione alla costituzione di Big Data dal momento che l’incentivo è già insito nel vantaggio competitivo del soggetto che li detiene<sup>1026</sup>. Altrimenti non si spiegherebbe la ragione per la quale il mercato dei dati continui a prosperare nonostante la mancata previsione di un diritto esclusivo *ad hoc*<sup>1027</sup>. Un meccanismo di tutela aggiuntivo sarebbe quindi ultroneo rispetto a quelli già esistenti.

Le ragioni suesposte rendono intollerabile uno sconfinamento ulteriore dell’oggetto del diritto d’autore in favore dei Big Data, essendo questi ultimi ben lontani dalla possibilità di annoverarsi tra le creazioni intellettuali in cui possa fiorire tale istituto. L’unico spiraglio che legittimerebbe la tutela autoriale potrebbe ipotizzarsi con riguardo ai dataset sagomati in base a criteri originali – e quindi indipendenti da eventuali limiti funzionali – per lo più destinati a scopi artistici<sup>1028</sup>.

### 11.1.2 (Segue) Diritto *sui generis*

Appare decisamente più calzante la possibilità di protezione tramite il diritto *sui generis*, in ragione della condivisa funzione di incentivare gli investimenti nella selezione e nell’organizzazione dei dati, a condizione che sussista un investimento rilevante, ai sensi dell’art. 7 della direttiva database.

Rispetto ai dati destinati al *training* algoritmico, è stato evidenziato da attenta dottrina che l’investimento ben potrebbe identificarsi nel costo sopportato dallo sviluppatore per ottenere dai terzi la licenza per lo sfruttamento dei dati utili all’addestramento del sistema progettato oppure potrebbe coincidere nel costo sostenuto per l’attività di etichettatura (cd. *labelling*) dei dati da utilizzare per l’apprendimento del software, posto che anch’essa richiede un oneroso sforzo umano di traduzione in codice binario dei parametri necessari alla corretta percezione della realtà fisica<sup>1029</sup>.

---

<sup>1025</sup> Proposta di *Data Act*; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una strategia europea per i dati*, cit.; Regolamento n. 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell’Unione europea, cit.

<sup>1026</sup> Sul vantaggio competitivo scaturente dalla raccolta ed analisi dei dati per offrire servizi sempre più ritagliati in relazione agli interessi dei clienti (cd. *behavioural targeting*) v. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, op. cit., p. 1064.

<sup>1027</sup> Tra i tantissimi rapporti si veda a titolo illustrativo quello pubblicato da Marketsandmarkets, *Big Data Market with COVID-19 Impact Analysis, by Component, Deployment Mode, Organization Size, Business Function (Finance, Marketing & Sales), Industry Vertical (BFSI, Manufacturing, Healthcare & Life Sciences) and Region - Global Forecast to 2026*, 2022, reperibile al seguente link: <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/big-data-market-1068.html>, ove si stima che la crescita del mercato dei dati aumenterà ad un tasso dell’11% l’anno sino al 2026.

<sup>1028</sup> Così, M. LEISTNER, *Protection of and Access to Data under European Law*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, op. cit., p. 384.

<sup>1029</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 164.

Altrettanto persuasiva è la tesi di appurare la qualità dell'investimento sostanziale in relazione all'idoneità dei dati estratti di assolvere ad un'autonoma funzione informativa, includendovi, ad esempio, i dati di profilazione di un gruppo di utenti della dimensione tale da destare un interesse commerciale oppure dei dati utili a orientare dei comportamenti economici sulla base di correlazioni tra fenomeni<sup>1030</sup>.

In ogni caso, il mancato raggiungimento di un comune consenso in ordine alla nozione di investimento rilevante utile ad attrarre la protezione del diritto *sui generis* rende particolarmente ardua l'individuazione dell'esatto *dies a quo* laddove esso coincida con la data di completamento del database piuttosto che con quella di messa a disposizione del pubblico. Invero, il concetto di compiutezza sconta un'evidente incompatibilità con le modalità dinamiche di costruzione evolutiva dei Big Data, le quali potrebbero teoricamente dar luogo ad una tutela *sine die*<sup>1031</sup>. Sicché, la loro proteggibilità potrebbe variare in relazione ai criteri adottati nei singoli Stati membri per accertarne il carattere finito, comportando di fatto l'esistenza di soglie di tutela mobili all'interno del territorio europeo. Come accennato, un intervento chiarificatore all'interno del Data Act non può che reputarsi facilmente desiderabile nella misura in cui contribuirebbe all'individuazione di un minimo comune denominatore alla base di siffatta valutazione.

Inoltre, il Data Act, nell'attuale formulazione, già ambisce a fornire una risposta all'ulteriore problematica connessa ai dati autonomamente elaborati dalla macchina (cd. *inferred data*, anche riferibili come "dati sintetici"), ribadendo che il diritto *sui generis* non incentiva la creazione dei dati, bensì la loro raccolta ed organizzazione<sup>1032</sup>. Invero, anteriormente alla pubblicazione della proposta di Data Act, ci si interrogava sulla natura dei giacimenti di dati ottenuti attraverso l'attività automatizzata svolta dagli algoritmi di *machine learning*, i quali potrebbero dar luogo ad un'entità nuova eventualmente suscettibile di autonoma protezione<sup>1033</sup>.

La necessità di evitare un'estensione *ad libitum* del diritto di esclusiva, con conseguenti effetti anticoncorrenziali anche pregiudizievoli per l'innovazione incrementale, aveva indotto alcuni Autori a suggerire l'abolizione o – meno drasticamente – la riforma del diritto *sui generis*<sup>1034</sup> laddove altri Studiosi avevano invece prospettato l'introduzione di un requisito di registrazione per la costituzione di siffatto diritto<sup>1035</sup>. Secondo

---

<sup>1030</sup> C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, op. cit., pp. 100, 101, i quali rilevano altresì che il requisito quantitativo potrebbe avverarsi anche in presenza di quote piccolissime di dati rispetto al volume totale dei Big Data presi in considerazione.

<sup>1031</sup> *Ivi*, p. 102, ove si propone ragionevolmente di limitare il rinnovo del diritto *sui generis* soltanto rispetto ai nuovi dati del database, lasciando in pubblico dominio quei dati rispetto ai quali la tutela sia già decorsa.

<sup>1032</sup> *The British Horseracing Board*, par. 34.

<sup>1033</sup> J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, op. cit., p. 118.

<sup>1034</sup> M. LEISTNER, *Protection of and Access to Data under European Law*, op. cit., p. 389, il quale aggiunge che in caso di mancata abolizione del diritto *sui generis* andrebbero estese le eccezioni e limitazioni previste per il diritto d'autore.

<sup>1035</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 166.

quest'ultima modalità, l'onere di registrazione, con le connesse spese, avrebbe prodotto un effetto disincentivante verso estensioni "ultrattive" del diritto sulle banche dati originanti da un'unica fonte, garantendo al contempo una maggiore certezza giuridica in ordine all'individuazione delle banche dati protette dal suddetto diritto<sup>1036</sup>. La Commissione europea ha invece stroncato in radice il problema della tutela degli *inferred data*, stabilendone l'espressa esclusione dall'ambito applicativo del diritto *sui generis*, come previsto dal perfettibile art. 35 del *Data Act*.

Si è dunque considerato prioritario l'interesse a garantire la libertà di diffusione delle informazioni rispetto a quello di favorire ulteriormente gli investimenti nella raccolta e nell'organizzazione dei dati, per i quali già si appuntano delle sufficienti forme di protezione<sup>1037</sup>.

### 11.1.3 (Segue) Segreto commerciale

Peraltro, rispetto ai Big Data, appare particolarmente appetibile la protezione in materia di segreto commerciale offerta a livello internazionale dall'art. 39 TRIPs sotto il cappello della concorrenza sleale<sup>1038</sup>, nonché dalla diversa collocazione sovranazionale nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale prospettata dalla direttiva UE 943/2016<sup>1039</sup>, confluita nell'ordinamento domestico per effetto del d.lgs. dell'11 maggio 2018, n. 63, negli artt. 98, 99, c.p.i., i cui requisiti di accesso rispecchiano le esigenze di confidenzialità che spesso connotano i dati in questione<sup>1040</sup>.

Invero, l'art. 2, n. 1), della succitata direttiva subordina la tutela alle tre circostanze cumulative che le informazioni (i) siano segrete nel senso che non

---

<sup>1036</sup> *Ibidem*.

<sup>1037</sup> P. AUTERI, L'oggetto, op. cit., p. 649.

<sup>1038</sup> La tesi di ancorare la protezione del segreto commerciale alla disciplina della concorrenza sleale era sostenuta in particolare da A. VANZETTI, *La tutela "corretta" delle informazioni segrete*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2011, p. 95. In argomento cfr. M. LIBERTINI, *Le informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) come oggetto di diritti di proprietà industriale*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2017, pp. 566 ss.; G. GHIDINI, *La tutela del segreto: critica di una "riforma"*, *ivi*, II, 2008, pp. 167-169; M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in *Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, pp. 22-47.

<sup>1039</sup> L'esigenza di un'armonizzazione europea promana dalla differente interpretazione che gli Stati membri hanno dato all'art. 39 TRIPs, alcuni riconducendolo alla concorrenza sleale, altri alla responsabilità aquiliana, altri ancora alla responsabilità contrattuale per violazioni di obblighi confidenziali. Si richiama sul punto F. BANTERLE, M. BLEI, *Alcune novità introdotte dalla direttiva trade secrets*, in *Il Diritto Industriale*, IV-V, 2017, pp. 202 ss.

<sup>1040</sup> In tal senso K. LIU, S. ZHENG, *Protection of and Access to Relevant Data – General Issues*, op. cit., p. 370, i quali sostengono che la protezione tramite segreto commerciale possa estendersi anche ai dati sintetici elaborati dagli algoritmi a seguito di simulazioni funzionali all'incremento artificiale dei dati (tale pratica, anche nota come *data augmentation*, riguarda specialmente i veicoli a guida autonoma che necessitano di raccogliere quanti più dati possibili per minimizzare il rischio di incidenti, come riferito da J. GOLSON, *Google's self-driving cars rack up 3 million simulated miles every day*, in *The Verge*, 1 febbraio 2016, reperibile al seguente link: <https://www.theverge.com/2016/2/1/10892020/google-self-driving-simulator-3-million-miles>).

siano, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione; (ii) abbiano valore commerciale in quanto segrete; (iii) siano sottoposte a misure ragionevoli, secondo le circostanze, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, atte a mantenerle segrete.

Sembra plausibile sostenere che il valore commerciale dei Big Data sussista ogniqualvolta un operatore economico sia interessato nella prospettiva di processarli, avendo una ragionevole aspettativa di trarne delle informazioni utili per orientarne l'attività<sup>1041</sup>.

Il terzo requisito della sottoposizione a misure di secretazione ragionevoli può ritenersi avverato qualora siano adottati dei sistemi di accesso alle informazioni modulati in base al ruolo del dipendente/utente<sup>1042</sup>. Non sarebbe pertanto sufficiente che esse siano schermate soltanto dalla combinazione di un identificativo e di una password<sup>1043</sup>.

L'opzione del segreto commerciale, che giova rammentare offre una tutela relativa nei confronti di coloro che abbiano avuto accesso in modo illecito ad un'informazione riservata, a differenza degli altri diritti di proprietà intellettuale che offrono una tutela *erga omnes*<sup>1044</sup>, rappresenta uno strumento di protezione degli *asset* informativi estremamente diffuso nella prassi, posto che il diritto sorge spontaneamente in presenza dei requisiti stabiliti dalla legge e non a seguito dell'oneroso procedimento di registrazione richiesto per i diritti titolati<sup>1045</sup>.

Chiaramente, la menzionata forma di protezione potrebbe far sorgere delle problematiche conseguenti ad un'eccessiva protezione soprattutto qualora tali informazioni siano detenute da imprese in posizione dominante<sup>1046</sup>. Invero, almeno allo stato attuale della scienza, non sembra possibile ricavare in via deduttiva il funzionamento dell'intelligenza artificiale mediante attività di *reverse engineering* in ragione della dinamicità

---

<sup>1041</sup> C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, op. cit., pp. 104, 105.

<sup>1042</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 13 ottobre 2017, ove si è ritenuto ragionevole secretare le informazioni attraverso «l'adozione di un sistema di videosorveglianza, la ripartizione delle cartelle per aree di competenza con la fornitura di accesso, mediante credenziali riservate, ai documenti della sola propria area, senza poter quindi accedere ai documenti di settori diversi da quelli di propria competenza».

<sup>1043</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 14 febbraio 2012, in *Giurisprudenza Annotata di Diritto Industriale*, I, 2012 p. 665. V. per altri riferimenti J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., pp. 237-241.

<sup>1044</sup> Il circoscritto raggio di protezione nei confronti delle persone con cui è intercorso un contratto di riservatezza marginalizza il peso delle conseguenze economiche che deriverebbero invece da una tutela assoluta conseguente al riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale.

<sup>1045</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 166.

<sup>1046</sup> A. KAMPERMAN SANDERS, *Competition and IP Policy for AI – Socio-economic Aspects of Innovation*, op. cit., pp. 416-418.

dell'apprendimento algoritmico<sup>1047</sup>, costituendo sotto questo profilo ancora una vera e propria *black-box*.

#### 11.1.4 (Segue) Responsabilità contrattuale

Inoltre, la giurisprudenza europea ha ammesso che il costituente di una banca dati non tutelata dal diritto d'autore né dal diritto *sui generis* possa avvalersi della tutela contrattuale mediante l'espressa previsione di limitazioni nei rapporti con i terzi<sup>1048</sup>. Tale ragionamento potrebbe applicarsi per interpretazione estensiva anche con riguardo ai Big Data, legittimando il costituente ad imporre delle restrizioni contrattuali di sfruttamento.

Parte della dottrina, che si era già dissociata dall'arresto europeo, ha criticato tale linea interpretativa, sostenendo che le banche dati dovrebbero essere avulse da ogni altro tipo di protezione al di fuori del diritto d'autore e del diritto *sui generis* onde evitare delle forme di iper-tutela che possano irrigidire in modo sproporzionato la libertà di circolazione delle informazioni<sup>1049</sup>. A questa posizione estremista si lascia preferire una linea interpretativa più salomonica che vieta il ricorso sussidiario alle vie contrattuali e ad altre strade di tutela soltanto qualora le informazioni in questione costituiscano un'infrastruttura essenziale per operare nei mercati a valle (v. *infra* Capitolo Terzo).

#### 11.2 (Segue) L'opportunità di ricorso a forme di *data sharing*

L'interesse europeo a conseguire la cd. sovranità tecnologica<sup>1050</sup> passa anche per lo sviluppo di un'economia datocentrica in grado di guadagnare terreno rispetto a quella cinese e americana, ponendo sempre più in secondo piano gli strumenti giuridici escludenti a vantaggio di soluzioni cd. di *data sharing* funzionali al libero scorrimento degli straripanti fiumi di dati nell'ottica di estrarne il massimo valore ricavabile<sup>1051</sup>. L'equazione più immediata all'interno dell'armamentario legale appare senza dubbio quella del pubblico dominio gratuito, ma ad essa se ne accompagnano delle altre che

---

<sup>1047</sup> N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, op. cit., p. 166.

<sup>1048</sup> *PR Aviation BV*, par. 45-46.

<sup>1049</sup> E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, op. cit.

<sup>1050</sup> Comunicazione della Commissione europea, *Shaping Europe's digital future*, 2020, ove a p. 3 ci si riferisce espressamente all'obiettivo di raggiungere la *European technological sovereignty*.

<sup>1051</sup> L'appetibilità di paradigmi "open" è particolarmente forte per l'Europa nella misura in cui le imprese europee potrebbero avere la possibilità di partecipare agli altissimi rendimenti conseguibili attraverso l'estrazione di informazioni dai più grossi agglomerati di dati, i quali sono attualmente detenuti da imprese extra-europee, come può evincersi dalla lettura di un qualsiasi giornale finanziario. Dunque, la previsione di obblighi di accesso si rivelerebbe una scelta giuspolitica strategica per offrire alle imprese europee uno strumento utilissimo nell'affannosa gara alla collezione ed elaborazione di quanti più dati possibili.

mirano a remunerare equamente colui che ha investito nella costituzione del *dataset*.

In proposito, agli Autori che sposano una linea di intervento netta che stabilisce degli obblighi incondizionati di *information disclosure*<sup>1052</sup> sembra maggiormente persuasiva la corrente di pensiero che ha ravvisato la possibilità di estendere alle banche dati i modelli di dominio pubblico pagante previsti in materia di brevetti, ai sensi dell'art. 80 c.p.i., oppure, restando nel terreno del diritto d'autore, la soluzione equivalente sancita per i progetti di lavori di ingegneria, *ex art. 99, l.d.a.*<sup>1053</sup>

Peraltro, l'originaria proposta della Commissione europea in materia di banche dati prevedeva proprio la concessione di licenze non volontarie ogniquale volta i dati non fossero altrimenti reperibili<sup>1054</sup>. Tale soluzione

---

<sup>1052</sup> C. BUZZACCHI, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, pp. 153 ss.

<sup>1053</sup> Favorevole a tale politica D. MASTRELIA, *Profili evolutivi del software*, op. cit. Analogamente, v. altresì G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 288; IDEM, *Conclusioni*, in S. ERCOLANI, G.R. MIGLIOZZI (a cura di), *Prove di resistenza del diritto d'autore*, Aracne, Roma, 2018, p. 181, il quale si spinge ad applicare tale ragionamento anche alle interfacce in ragione della loro natura funzionale a facilitare gli scambi e le interconnessioni sulle reti telematiche. L'Autore evidenzia a sostegno della propria tesi che l'attuale conformazione del diritto d'autore rischierebbe di minare l'interesse alla dinamicità del mercato nel lungo periodo. La limitata tutela d'autore prevista all'art. 99, l.d.a., aderirebbe meglio alla logica promozionale del progresso culturale e artistico in un mondo fortemente informatizzato. Secondo M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., l'adeguatezza di tale soluzione potrebbe giustificare l'estensione a tutte le opere dell'ingegno così determinando la sostituzione del vetusto paradigma dominicale che preleva un *surplus* eccessivo dal consumatore tradizionale e benpensante, tollerando al contempo l'accrescersi di fenomeni di pirateria.

<sup>1054</sup> Proposta di direttiva in materia di banche dati, pubblicata il 15 novembre 1993 in GUCE, n. C 308, p. 1. Considerando nn. 31-33: «considerando che, ai fini della concorrenza fra fornitori di prodotti o servizi d'informazione, il creatore di una base di dati oggetto di distribuzione commerciale è tale da costituire l'unica fonte possibile di una determinata opera o materia deve concedere ad altre persone licenze per la riutilizzazione di quest'opera o materia, purché l'opera o la materia oggetto di licenza venga impiegata per la creazione indipendente di nuove opere e purché non vengano violati diritti precedenti o vincoli giuridici esistenti nei confronti di tali opere o materie; considerando che *tali licenze devono essere concesse a condizioni eque e non discriminatorie da negoziare con il titolare dei diritti*; considerando che tali licenze non dovrebbero essere richieste per motivi di convenienza commerciale quali risparmio di tempo, lavoro o risorse finanziarie» [corsivo aggiunto]. L'art. 11 della direttiva prevedeva espressamente che: «Malgrado il diritto di cui all'articolo 10(2) di impedire l'estrazione e il reimpiego non autorizzati del contenuto di una banca di dati, se le opere o le materie contenute in una banca di dati messa a disposizione del pubblico non possono essere costituite, raccolte od ottenute indipendentemente da un'altra fonte, il diritto di estrarre e reimpiegare, nella sua totalità o per una parte sostanziale, opere o materie da tale banca di dati per fini commerciali non nell'unico intento di risparmiare spese, tempo e lavoro, è oggetto di licenza a condizioni eque e non discriminatorie. Un'apposita dichiarazione deve motivare i fini commerciali conseguiti che comportano il rilascio di una licenza». Tale previsione è stata successivamente rimossa nella formulazione definitiva della direttiva database. Secondo S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, op. cit., p. 196, la soppressione dell'obbligo di licenza si giustificerebbe con la modifica riguardante le parti non sostanziali, considerato che nella versione anteriore della direttiva il diritto *sui generis* si applicava anche alle parti non sostanziali. Duque, per temperare la portata dell'esclusiva sul contenuto si era ritenuto necessario contemplare delle deroghe al diritto *sui generis* nella forma di obbligo di concedere, in determinati casi, la licenza a condizioni eque e non discriminatorie. Con la riduzione del campo di applicabilità

potrebbe trovare una nuova legittimazione con riguardo ai Big Data, specialmente laddove il loro accesso sia indispensabile per operare nei mercati a valle<sup>1055</sup>.

Può quindi inferirsi che i Big Data, anziché prestarsi a forme di tutela escludenti che sarebbero consequenziali ad un allargamento delle già smagliate categorie giuridiche, esigano di riposizionarsi all'interno di esse, privilegiando paradigmi opposti alle dinamiche monopolistiche in quanto involgenti la massimizzazione della libertà di circolazione delle informazioni.

A tale prospettiva si contrappone quella di chi sebbene evidenzi, da un lato, che l'applicazione della *essential facility doctrine* potrebbe apparire in linea con la tradizionale casistica antitrust<sup>1056</sup>, dall'altro, mette in luce che essa potrebbe risultare dannosa in ragione della intrinseca non rivalità dei Big Data e della reperibilità a basso costo di simili se non uguali fonti di dati facilitata dal crescente sviluppo dell'industria del *data brokerage*<sup>1057</sup> (v. *infra* Capitolo Terzo). Tale linea interpretativa ha incontrato il *favor* delle Autorità di concorrenza europea e americana, le quali hanno autorizzato operazioni di concentrazione tra imprese detentrici di consistenti dataset facendo perno sull'ubiquità e sulla facilità di accesso dei dati<sup>1058</sup>.

In una posizione mediana si colloca invece un orientamento espresso da attenta dottrina secondo il quale il *duty to share* possa imporsi soltanto in casi eccezionali dal momento che un approccio molto "open" potrebbe tradursi in

---

del diritto *sui generis* (la tutela iniziale riguardava qualsiasi contenuto anche minimo, mentre successivamente alla posizione comune del Consiglio del 1995 il raggio protettivo del diritto *sui generis* si è circoscritto all'integralità della banca dati oppure ad una sua parte sostanziale) si è ritenuto che la previsione di licenze non volontarie avesse perso un fondamento giustificativo di protezione.

<sup>1055</sup> M. LEISTNER, *Protection of and Access to Data under European Law*, op. cit., p. 396.

<sup>1056</sup> Cfr. tra i tanti D.L. RUBINFELD, M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona Law Review*, vol. 59, 2017, pp. 340-381; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big Data as misleading facilities*, op. cit.

<sup>1057</sup> A. STROWEL, *Big data and data appropriation in the EU*, in T. APLIN (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, op. cit., p. 107; F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, op. cit., la quale rammenta che la concentrazione tra Microsoft e Yahoo venne autorizzata dalla Commissione europea, con decisione del 18 febbraio 2010, Comp/M5727, par. 176, sulla considerazione che all'entità *post merger* sarebbe stato possibile l'accesso ad una mole di dati talmente ampia (*scale effects defense*) da rafforzare le capacità e l'accuratezza delle reti neurali che fanno funzionare il motore di ricerca, in modo tale da divenire un valido *competitor* di Google. V. altresì D.D. SOKOL, R. COMERFORD, *Antitrust and Regulating Big Data*, in *George Mason Law Review*, vol. 23, V, 2016, pp. 1129-1161; A.P. GRUNES, M.E. STUCKE, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n. 276, 2015; D.S. TUCKER, H.B. WELLFORD, *Big Mistakes Regarding Big Data*, in *Antitrust Source*, vol. 14, VI, 2014, pp. 1-12.

<sup>1058</sup> Commissione europea, decisione del 6 dicembre 2016, caso M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, par. 253-257-259; IDEM, decisione del 3 ottobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, caso COMP/M.7217, par. 188, 189; IDEM, decisione del 4 settembre 2012, caso COMP/M.6314, *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere*, par. 543, 544; decisione dell'11 marzo 2008, caso COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, par. 365; *Federal Trade Commission*, decisione del 20 dicembre 2007, caso 071.0170, *Google/DoubleClick*, pp. 12, 13, richiamate da G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, op. cit., p. 137.

un disincentivo ad investire in quelle attività di costruzione dei Big Data funzionali all'offerta di beni e servizi migliori e/o meno costosi<sup>1059</sup>. In questa prospettiva combinante le implicazioni sulla concorrenza statica e dinamica, il mancato ingresso di un nuovo entrante a causa dell'impossibilità di accesso a determinati dati potrebbe rappresentare un "male minore" rispetto all'eventuale contrazione degli investimenti da parte dell'impresa che ha realizzato il dataset corrispondente all'obbligatoria condivisione delle informazioni ottenute.

Peraltro, è stato evidenziato che un ordine di incondizionato accesso ai dati non avrebbe soltanto delle ripercussioni sul piano concorrenziale, atteso che esso potrebbe incrementare i rischi per la privacy dei consumatori<sup>1060</sup>, ad eccezione fatta delle ipotesi in cui i suddetti dataset non vengano anonimizzati<sup>1061</sup>.

Occorre quindi verificare se i dati raccolti possano essere acquisiti in altro modo, anche tenendo conto del diritto alla portabilità dei dati, di cui all'art. 20 del GDPR, nonché delle sue effettive possibilità di esercizio.

### 11.3 (Segue) Note riepilogative

La pervasività con cui la tecnologia influenza la realtà sembra aver raggiunto il suo *apex* con l'affermarsi dell'intelligenza artificiale e i Big Data, il cui potenziale, indubbiamente palpabile nel comune svolgersi della vita quotidiana, è ancor lontano dall'essere del tutto dispiegato.

In via generale, i due oggetti informatici, tra loro fortemente interdipendenti, dimostrano ancora una volta il carattere ciclico con cui l'innovazione, nel suo costante avanzamento, induce a ripensare i delicati equilibri nell'ambito del diritto d'autore – e più ampiamente nel diritto della proprietà intellettuale –, sulle pressioni dei nuovi creativi (in senso lato) ad un rinnovamento tale da rendere il sistema recettivo agli interessi filo-imprenditoriali sottesi alla protezione degli investimenti convogliati verso tali prodotti avanguardisti<sup>1062</sup>.

In questa prospettiva, l'avvento delle tecnologie, soprattutto se dirompenti come quelle qui attenzionate, ridisegna continuamente il rapporto tra l'autore, la sua opera e le rispettive modalità di fruizione, sollecitando la ricerca di una soluzione in grado di coniugare l'esigenza di promuovere il tasso di innovazione nel mercato interessato con il multiforme interesse a non sacrificare in modo sproporzionato ulteriori beni altrettanto rilevanti, come la

---

<sup>1059</sup> G. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy: A Look from the Antitrust Perspective*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, pp. 15 ss.

<sup>1060</sup> In merito alle intersezioni tra diritto della concorrenza e diritto della protezione dei dati personali, *amplius* G. OLIVIERI, *Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, pp. 359-374.

<sup>1061</sup> R.H. WEBER, *Data Portability and Big Data Analytics. New Competition Policy Challenges*, in *Luiss Dream*, 2016, pp. 59-60.

<sup>1062</sup> La tutela dell'investimento ha ispirato anche la disciplina della concorrenza sleale e dei cartelli nei principali Paesi europei sulla giustificazione, riducendo l'interesse generale al (solo) interesse economico. Sul punto, cfr. M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 4.



concorrenza, la privacy ed anche la stessa democrazia (v. *infra* Capitolo Terzo).

Vi è l'impressione che gli interrogativi riguardanti il *technology copyright*<sup>1063</sup> che attanagliavano i giuristi in occasione dell'approdo dei software e delle banche dati stiano vivendo una seconda primavera in cui diventano protagoniste le loro rispettive evoluzioni, costituite per l'appunto dall'intelligenza artificiale e dai Big Data. Tuttavia, a differenza delle tecnologie precorritrici per le quali sono prevalse forme di tutela monopolistiche, appaiono maggiormente persuasive delle soluzioni più resistenti alle sirene intonanti un allargamento incondizionato dell'oggetto del diritto d'autore, le quali riflettono una maggiore sensibilità verso interessi alieni a quelli prettamente finanziari. Ciò dimostra altresì una maggiore consapevolezza del ricco arsenale giuridico che l'ordinamento offre. Così, la ridefinizione del confine mobile tra pubblico e privato non si risolve più a netto vantaggio del secondo, guadagnando terreno dei modelli fondati sull'accesso libero, pagante o gratuito che sia.

Rispetto alle produzioni automatizzate dell'intelligenza artificiale, si è già palesata l'inconciliabile applicabilità dell'attuale concetto di originalità, almeno nella sua consolidata interpretazione a livello europeo, atteso che esso, nonostante alcuni dislivelli sul *quantum*, valorizza irrinunciabilmente la creatività umana, quand'anche di modesta entità. Siffatte creazioni tendono a collocarsi nell'area del pubblico dominio gratuito, fatte salve le limitate opzioni di protezione offerte da taluni strumenti giuridici, quali i diritti connessi, la tutela contrattuale o il diritto *sui generis* sulle banche dati.

Con riguardo ai Big Data, può in prima battuta evincersi che, allo stato attuale della tecnica, appaiono alquanto evidenti i benefici derivanti dalle offerte personalizzate costruite su dataset sofisticati, peraltro spesso ricorrendo a software equipaggiati di sistemi di intelligenza artificiale. Meno nitida è l'equazione tra Big Data e rafforzamento di posizioni di egemonia nei mercati digitali<sup>1064</sup>. Sicché, un intervento regolatore che imponga obblighi di *disclosure* dei dati, sia esso di matrice amministrativa oppure legislativa, andrebbe preceduto da ricerche empiriche ben approfondite mediante le quali si possa stabilire *cognita causa* se e come intervenire sull'accumulo compulsivo di informazioni.

Attenta dottrina aveva già evidenziato con riguardo alle banche dati che la concezione tecnocratica del diritto debba essere controbilanciata da adeguate sensibilità culturali e ogni eventuale intervento legislativo mirante a promuovere lo sviluppo in determinati settori reputati meritevole di tutela non può compiersi attraverso un «*pot-pourri* di strumenti giuridici presi un po' qua e un po' là, ma deve rispettare istituti consolidati e positivamente collaudati. [...] L'improvvisazione legislativa produce – ce lo insegna la storia – distorsione economica e sociale»<sup>1065</sup>. Alla visione secondo cui

---

<sup>1063</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 285.

<sup>1064</sup> G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, op. cit., p. 146.

<sup>1065</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, op. cit., p. 42.

potrebbe ricercarsi nel diritto positivo civile e industriale la soluzione per addomesticare la Moby Dick dei database<sup>1066</sup>, senza sollecitare la nascita di una nuova disciplina speciale, si contrappone quella facente perno sulla diversa fenomenologia dei Big Data a giustificare una soluzione cucita su (lla loro grande) misura che, invece di perimetrare gli spazi di esclusiva, definisca quelli in pubblico dominio.

Tra i due poli si inserisce una tesi mediana che propone il riconoscimento del diritto *sui generis* temperato da logiche di dominio pubblico pagante qualora i dati in questione non siano altrimenti replicabili per operare in un mercato a valle. La bontà di questo modello ibrido di compromesso tra pubblico e privato risiede nell'adeguatezza a perseguire l'ambizioso obiettivo di promuovere gli sforzi finanziari protesi alla costituzione dei dataset senza far sì che l'esclusiva venga strumentalizzata in modo tale da nuocere alla concorrenza.

Ad ogni modo, occorrerebbe stabilire se un siffatto *duty to share* abbia natura statica o dinamica, alla luce della stretta dipendenza del valore dei dati rispetto al loro costante aggiornamento<sup>1067</sup>. Del pari, andrebbero chiarite le condizioni in presenza delle quali si attivi il paradigma del dominio pubblico pagante, il quale per certi versi riecheggia l'obbligo di accesso/condizione elaborato nell'ambito della dottrina delle infrastrutture essenziali (anche nota nella versione anglosassone della *essential facility doctrine*).

Appare quindi opportuno prendere in disamina quest'ultimo istituto, la cui origine antitrust sollecita una riflessione a più ampio spettro mediante la quale si possa offrire una rilettura in chiave concorrenziale del sistema del diritto d'autore, con particolare riguardo ai due temi "nobili" qui indagati, ovvero il requisito di originalità e le sue ricorrenti intersezioni con l'oggetto del diritto di esclusiva.

---

<sup>1066</sup> F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, op. cit.

<sup>1067</sup> I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platform*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2016, pp. 249-279; J. DREXL, R.M. HILTY, L. DESAUNETTES, F. GREINER, D. KIM, H. RICHTER, G. SURBLYTE, K. WIDEMANN, *Data Ownership and Access to Data*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2016, pp. 9-11, i quali concordano nel ritenere che quand'anche si voglia ammettere l'applicabilità della dottrina delle infrastrutture essenziali ai Big Data, si ravvisano delle problematiche d'implementazione pratica legate al particolare fenomenologia del mercato dei dati.

## CREATIVITÀ AUTORIALE E IMPLICAZIONI CONCORRENZIALI TEORICHE E PRATICHE

SOMMARIO: 12. Ragioni giuridiche e benefici economici della concorrenza dinamica – 13. Premesse minime sul reciproco “odi et amo” tra diritto d’autore e concorrenza tra conflittualità e convergenza – 14. Il diritto d’autore come incentivo alla concorrenza...e viceversa – 15. Il diritto d’autore come limite alla concorrenza...e viceversa – 15.1. (*Segue*) Gli abusi di posizione dominante nel trinceramento dietro diritti d’autore “monchi” 15.1.1. (*Segue*) I palinsesti televisivi – 15.1.2. (*Segue*) Una banca dati divenuta standard – 15.1.3. (*Segue*) Un software divenuto standard – 15.2. (*Segue*) Il movimento abolizionista del diritto d’autore – 16. Due facce della stessa medaglia

### 12. Ragioni giuridiche e benefici economici della concorrenza dinamica

Tra le molteplici nozioni di concorrenza profilate nella dottrina antitrust spicca quella che la identifica nella situazione di mercato caratterizzata dalla presenza di una pluralità di operatori economici che non sono in grado, almeno individualmente, di influenzarne le condizioni (in modo rilevante)<sup>1068</sup>. Essa tradizionalmente si contrappone al monopolio, ovvero quella situazione nella quale un unico operatore economico detiene il potere – per legge o per meriti propri – di determinare le condizioni di mercato<sup>1069</sup>. È alquanto improbabile, salvo casi eccezionali, riscontrare un regime puro di libera concorrenza o di monopolio, costituendo queste due situazioni “soltanto” i poli lungo i quali si colloca giocoforza il mercato di qualsiasi bene o servizio che, in relazione al numero di operatori e ai loro effettivi poteri, può approssimarsi maggiormente all’uno o all’altro estremo. Non è un caso che tale situazione venga descritta dagli economisti con l’espressione “concorrenza monopolistica”<sup>1070</sup>.

Tra i due regimi, quello di libera concorrenza – o comunque tendente ad esso – appare quello maggiormente incoraggiato in quanto, in prima approssimazione, la consapevolezza di essere “in gara” con altri rivali risulta foriera di pratiche virtuose a vantaggio dei consumatori, in termini di riduzione dei prezzi e/o di prodotti e servizi innovativi. I benefici economico-sociali di un mercato concorrenziale si riflettono sul piano giuridico in un coacervo di disposizioni multilivello sia di principio che operative.

Volgendo anzitutto lo sguardo al diritto costituzionale italiano, benché manchi una visione uniforme sull’indiretta tutela della concorrenza

---

<sup>1068</sup> La definizione rielabora quella proposta da G. FERRI, voce “Concorrenza”, in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 532. Sono al contempo causa ed effetto della libera concorrenza sia l’assenza di barriere all’entrata che la libertà di scelta del consumatore.

<sup>1069</sup> *Ibidem*.

<sup>1070</sup> Il conio del termine si deve a E.H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge, 1933; J. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, Macmillan, Londra, 1933.

nell'ambito dell'art. 41 Cost.<sup>1071</sup>, non vi è dubbio che essa abbia ricevuto un espresso riconoscimento a seguito della riforma costituzionale del 2001<sup>1072</sup> ove essa compare espressamente tra le materie di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. Tra le fonti sottordinate di livello nazionale, non può che menzionarsi la legge del 10 ottobre 1990, n. 287 che costituisce da oltre trent'anni il riferimento positivo su cui poggia l'interpretazione e l'applicazione del diritto antitrust italiano<sup>1073</sup>.

Sul fronte europeo, il Trattato di Lisbona ha modificato l'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, sostituendo l'obiettivo di assicurare un regime di concorrenza non falsato con quello di raggiungere uno «sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Tale emendamento ha segnato il definitivo abbandono della tesi secondo cui la concorrenza costituisca un valore *ex se*, rappresentando piuttosto uno strumento per perseguire altri obiettivi, tra cui *in primis* il maggior benessere possibile per il maggior numero di persone<sup>1074</sup>.

Posto che una disamina dei modelli di funzionamento dei mercati reputati ottimi in funzione dei molteplici obiettivi raggiungibili dal diritto della concorrenza esula dal presente lavoro (dall'originaria repressione dei monopoli in quanto tali sotto la scuola di Harvard, alla riduzione dei prezzi nella teoria neoclassica di stampo liberista proposta dalla scuola di Chicago, alla via mediana affermatasi nella corrente ordoliberal della scuola di Friburgo, sino al raggiungimento di obiettivi ben più ampi, quali la libertà di espressione e la democrazia nel recente movimento neobrandesiano<sup>1075</sup>) basti

---

<sup>1071</sup> In senso favorevole all'inclusione della concorrenza nell'ambito dell'art. 41 Cost., quale corollario della libertà di iniziativa economica privata, cfr. G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 65. *Contra* N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, op. cit., pp. 16-17; M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", op. cit., pp. 195, 196, il quale sostiene invece la tesi che la concorrenza effettiva costituisca un limite alla libertà di iniziativa economica privata. Per una sintesi del dibattito si rinvia a M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, vol. 4, 2003, pp. 439-519.

<sup>1072</sup> Legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>1073</sup> *Amplius*, M. LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2020, pp. 240-258.

<sup>1074</sup> IDEM, voce "Concorrenza", op. cit., p. 194.

<sup>1075</sup> Per una rassegna descrittiva dell'evoluzione del dibattito sul tema si rinvia diffusamente a T. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2021, tradotto dall'originale opera dell'Autore, *The curse of bigness. Antitrust in the new gilded age*, Columbia Global Reports, New York, 2018, il quale propone un ritorno al diritto antitrust come interpretato dal noto Giudice americano della Corte Suprema Louis Brandeis, sintetizzabile efficacemente nel seguente *dictum*: «We must make our choice. We may have democracy, or we may have wealth concentrated in the hands of a few, but we cannot have both». Una ricostruzione più strutturata "accademicamente" è presente in M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", op. cit., pp. 191-247, il quale invece è dell'avviso che il diritto antitrust non possa essere uno strumento *multi-purpose* volto a conseguire qualsiasi obiettivo di interesse pubblico, bensì debba essere incanalato verso un

qui evidenziare che uno dei principali vettori attraverso cui è possibile conseguire il benessere della collettività è senza dubbio l'innovazione.

Si è quindi fatta strada l'idea che la concorrenza da promuovere coincida con l'efficienza complessiva dei mercati, da intendere specialmente come processo competitivo dinamico di innovazione<sup>1076</sup>. Nel pensiero di Schumpeter essa prende il nome di concorrenza dinamica al fine di distinguerla dalla concorrenza statica che si sostanzia invece nel pluralismo imprenditoriale<sup>1077</sup>. È opinione comune tra gli economisti che uno dei prezzi della concorrenza dinamica consista proprio nella riduzione del numero dei concorrenti<sup>1078</sup>, muovendo dall'assunto che meno "corridori" possano raggiungere più facilmente economie di scala idonee a produrre reale innovazione. Tuttavia, la contrazione dei concorrenti non equivale in modo automatico alla riduzione della libera concorrenza dal momento che gli operatori "scartati" sono tendenzialmente quelli meno efficienti a portare più innovazione.

Potrebbe quindi inferirsi che nei mercati in regime di concorrenza dinamica operi un meccanismo di selezione darwiniana in forza del quale permangono esclusivamente le imprese che generano maggiore innovazione ed efficienza in un costante processo di "distruzione creatrice". Tale prospettiva sembra aderire a pennello alle dinamiche economiche contemporanee in cui la valutazione di un prodotto o di un servizio, oltre a basarsi sulle caratteristiche fisiche, sul prezzo e sulla specifica utilità, si integra in modo sempre più pervasivo dell'innovazione in esso racchiusa<sup>1079</sup>. Orbene, la mutata fisionomia dei mercati, specialmente nell'ecosistema digitale, ove l'innovazione costituisce un *key driver* del successo – o

---

bene giuridico ben definito costituito dal benessere economico collettivo, evitando che l'Autorità competente svolga un ruolo politico anziché amministrativo.

<sup>1076</sup> Ciò non sminuisce il ruolo del diritto della concorrenza nel garantire la dinamicità dei mercati, come ricordato da M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Dircomm.it*, vol. 4, III, 2005, p. 11, «Secondo Ascarelli la legislazione antitrust rimane un supporto essenziale dell'efficienza dinamica dei mercati e di contrappeso al rischio di formazione di un "governo privato dell'economia" diretto dalle imprese già affermate nei mercati e quindi destinato a frenare lo sviluppo economico».

<sup>1077</sup> J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo socialismo e democrazia*, Edizioni di Comunità, Roma, 1955, p. 517. Del noto economista austriaco si apprezza altresì la tesi che l'economia procede per innovazione, ma anche per imitazione, rimarcando la necessità di lasciare uno spazio importante agli operatori del mercato. Diversamente, una tutela diffusa dei beni immateriali – anche quando non mostrino alcun vezzo estetico – rischia di mettere in crisi l'intero sistema della proprietà intellettuale perché le diverse forme di protezione potrebbero non essere poi ricordate, creando un reticolo che produce l'effetto di bloccare lo sviluppo dell'economia.

<sup>1078</sup> G. AMATO, *Corte Costituzione e Concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, III, 2017, p. 427.

<sup>1079</sup> F. CATALANO, *Il diritto alla portabilità dei dati tra interessi individuali e prospettiva concorrenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, III, 2019, pp. 833 ss. Tra gli ulteriori fattori determinanti il vantaggio competitivo di un'impresa vengono in rilievo, ad esempio, la fidelizzazione della clientela e il controllo degli *aftermarkets* relativi all'assistenza e ai pezzi di ricambio.

quantomeno della sopravvivenza – di un'impresa rende quanto più attuale l'interesse a che la concorrenza dinamica venga stimolata<sup>1080</sup>.

Se è vero che i diritti di proprietà intellettuale, ivi incluso il diritto d'autore, sono funzionali a promuovere l'innovazione e che il livello di concorrenza dinamica aumenta all'aumentare dell'innovazione ottenuta, potrebbe in prima battuta inferirsi che i diritti di privativa e di esclusiva sulle creazioni intellettuali siano strumentali ad alimentare la concorrenza dinamica. Sicché, lungi dal reputarsi come un male necessario ad un mercato di concorrenza perfetta, essi assumono la veste di mezzi essenziali per assicurare l'efficienza dinamica dei mercati<sup>1081</sup>. Nondimeno, tale equazione cessa di essere così lineare ove si considerino delle situazioni in cui proprio il riconoscimento di diritti di proprietà intellettuale ha costituito la precondizione al prodursi di effetti nocivi per la concorrenza dinamica, determinando all'opposto un ingorgo (cd. *bottleneck*) all'innovazione derivata.

### **13. Premesse minime sul reciproco “odi et amo” tra diritto d'autore e concorrenza tra conflittualità e convergenza**

Sia nella dottrina industrialista che in quella civilistica, il rapporto tra concorrenza (ivi intesa in senso dinamico) e le facoltà monopolistiche che risiedono nella panoplia dei diritti di proprietà intellettuale costituisce un tema per così dire “sempreverde”, il cui dibattito si vivifica ogniqualvolta si assiste ad un'espansione dell'area privatizzabile a detrimento di quella liberamente disponibile dalla collettività.

Ciò in ragione del fatto che la protezione dei beni immateriali attraverso i diritti di proprietà intellettuale implica un *trade-off* fra indesiderabilità del monopolio e incoraggiamento desiderabile dell'innovazione. I giuristi spiegano che il punto di ottimo sociale, cioè l'estensione

---

<sup>1080</sup> F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, op. cit., p. 10, la quale definisce i mercati digitali come precitati di concorrenza dinamica. Similmente, M. LIBERTINI, voce “Concorrenza”, op. cit., pp. 233- 237, evidenziando la difficoltà a tradurre in termini normativi l'esigenza di tutelare la concorrenza intesa come processo continuativo di innovazione, escludendo tuttavia che essa possa risolversi in una politica di liberismo estremo. La concorrenza non sarebbe quindi una condizione naturale di mercato, ma una situazione costruita per effetto di un'azione pubblica diretta a correggere le distorsioni di mercato tramite divieti e incentivi. L'Autore rileva che tale concetto era quello dominante in dottrina ben prima dell'avvento dei mercati digitali, tenuto conto dell'indesiderabilità di una situazione statica di mercato in quanto non offrirebbe alcun incentivo ad innovare. Si aggiunga altresì che il concetto di concorrenza dinamica rappresenta più efficacemente il concreto operare dei mercati capitalistici. Vengono così distillati tre caratteri tipologici del concetto di concorrenza dinamica: (i) l'innovazione tecnologica, la quale dopo aver raggiunto un certo ritmo, dà luogo ad un processo innovativo in grado di autoalimentarsi, (ii) l'abilità delle imprese di identificare nuovi bisogni dei consumatori unitamente a nuovi beni atti a soddisfarli, (iii) la ricerca di risorse da poter sfruttare in via esclusiva al fine di ottenere un vantaggio competitivo. Sull'argomento cfr. altresì R. PRODI, *Concorrenza dinamica e potere di mercato*, Franco Angeli, Milano, 1969.

<sup>1081</sup> M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 305.

ottimale della protezione, dipende dal bilanciamento di queste due istanze, in cui è rilevante la dimensione del mercato<sup>1082</sup>. All'aumentare di quest'ultimo corrisponde – in linea di massima – una riduzione proporzionale del livello di protezione accordato ai diritti di proprietà intellettuale<sup>1083</sup>.

In proposito, già oltre venti anni fa, acuta dottrina rilevava l'esistenza del c.d. paradosso della proprietà intellettuale nella misura in cui tale istituto ambisca a promuovere la conoscenza (e la concorrenza) restringendola<sup>1084</sup>. Questa considerazione si conferma ancor più attuale nella realtà contemporanea in cui le istanze proprietarie appaiono soverchianti rispetto a quelle sociali di libero accesso alla conoscenza<sup>1085</sup>.

L'utilità che gli studi sui punti di contatto e di frizione tra proprietà intellettuale e concorrenza possono apportare al presente lavoro si apprezza particolarmente nella specifica disamina del rapporto tra concorrenza e diritto d'autore<sup>1086</sup>. Benché i due istituti siano certamente interrelati, si registrano variegate posizioni circa il concreto modo di atteggiarsi di questa speciale relazione che non appare affatto lontana dall'essere riconducibile all'"odi et amo" catulliano. Invero, essa è stata dipinta secondo curvature diverse e a tratti opposte, descrivendola come interfaccia<sup>1087</sup>, intersezione<sup>1088</sup>,

---

<sup>1082</sup> E. PROSPERETTI, F. TOZZI, V. COMANDINI, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 15, ove si rinvia altresì ad una serie di contributi seminali sul rapporto tra antitrust e diritto d'autore, come quelli di H. VARIAN, *Copying and Copyright*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 19, II, 2005, pp. 121 ss.; R. POSNER, *Intellectual Property: The Law and Economics Approach*, *ivi*, vol. 19, II, 2005, pp. 57 ss.; M. BOLDRIN, D. LEVINE, *Growth and Intellectual Property*, NBER Working Paper n. 12679, 2006.

<sup>1083</sup> Tale equazione è vera sino al punto in cui la riduzione dei diritti monopolistici aumenta l'innovazione a valle, ricordando che la loro attribuzione (quantomeno in misura lieve) genera un effetto incentivante (v. *infra* par. 16). Sulle funzioni dei diritti di proprietà intellettuale v. in particolare A. KAMPERMAN SANDERS, *Competition and IP Policy for AI – Socio-economic Aspects of Innovation*, op. cit., p. 408, ad avviso del quale «In their more basic form IPRs fulfil three basic functions: (i) the creation of competitive markets for human, industrial, and intellectual creativity that is novel or original, where consumers can make rational choices about which goods or services to buy, (ii) insurance for innovators, safeguarding the fruits of their labour from abuse by free riders, (iii) commercial gateway through which innovators can exploit and benefit from their creations».

<sup>1084</sup> P.B. HUGENHOLTZ, *Owning Science: Intellectual Property Rights as Impediments to Knowledge Sharing*, 2° Conferenza COMMUNIA, Torino, 29 giugno 2001.

<sup>1085</sup> J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 10.

<sup>1086</sup> L'attualità del tema in oggetto trova l'ennesima conferma nel congresso internazionale dell'Associacion Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) tenutosi a Madrid dal 29 settembre al 1° ottobre 2021, intitolato per l'appunto "Copyright, competition and innovation". A questo problema derivante dal diritto monopolistico insistente sulla singola opera dell'ingegno se ne accompagna un altro dalla grandezza esponenziale costituito dall'acquisto cumulativo di portafogli di opere dell'ingegno, su cui si rinvia in particolare a F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei "mercati della convergenza" tra i settori delle comunicazioni e dell'emittenza televisiva*, in *Rivista delle Società*, vol. 46, II-III, 2001, pp. 563-612.

<sup>1087</sup> M. RICOLFI, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 150.

<sup>1088</sup> G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 252.

conflitto<sup>1089</sup>, e, più recentemente, come convergenza<sup>1090</sup>, complementarità<sup>1091</sup>, se non proprio di complicità<sup>1092</sup>.

L'eterogeneità di opinioni risiede nella circostanza che l'interesse all'attribuzione del diritto d'autore ha natura bicefala, ponendosi da un lato quello privato dell'autore ad essere remunerato per il proprio lavoro creativo o comunque ad esercitare un controllo su un bene che rappresenta l'estrinsecazione della sua personalità e, dall'altro, quello di elevazione della collettività attraverso la creazione e fruizione di nuove opere nel nome del progresso artistico, culturale e tecnico. Potrebbe così dedursi che l'attribuzione del diritto d'autore debba essere limitata in funzione dello sviluppo culturale, in quanto tutelato dall'art. 9 Cost., benché quest'ultimo venga considerato al contempo il principio giustificativo della disciplina autoriale.

Tuttavia, il tema in questione è ben più articolato, rintracciando sostenitori del fondamento giustificativo esclusivamente nell'art. 21 Cost.<sup>1093</sup>, oppure negli artt. 21 e 33 Cost.<sup>1094</sup>, o invece nell'art. 35 Cost.<sup>1095</sup>, oppure ancora nell'art. 42 Cost. Non mancano altresì delle tesi che poggiano su una lettura combinata degli artt. 9, 33, 35 e 41 Cost.<sup>1096</sup> ed altre che ancorano il diritto d'autore – e tutti i diritti di proprietà intellettuale – nell'ambito della libertà di iniziativa economica privata in quanto i diritti escludenti non sarebbero altro che estrinsecazioni della libertà d'impresa<sup>1097</sup>.

---

<sup>1089</sup> C.E. MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2008, p. 245; R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e «liaisons dangereuses»*, in *Il Foro Italiano*, V, 2003, p. 193; IDEM, *Vizi e virtù dei diritti di proprietà intellettuale nell'era digitale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, I, 2004, p. 10, i quali sottolineano che mentre il diritto di proprietà intellettuale riconosce un diritto esclusivo che si traduce in un monopolio più o meno forte, il diritto della concorrenza ambisce proprio a prevenire la formazione di situazioni monopolistiche.

<sup>1090</sup> A. MUSELLI, *I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante - Rassegna delle decisioni comunitarie (1988-2010)*, op. cit., p. 426; L. PEEPERKORN, *IP Licenses and Competition Rules: Striking the Right Balance*, in *World Competition*, vol. 26, IV, 2003, p. 527.

<sup>1091</sup> M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, op. cit., p. p. 5

<sup>1092</sup> V. IAIA, *The remodelled intersection between copyright and antitrust law to straighten the bargaining power asymmetries in the digital platform economy*, op. cit., pp. 192, 200.

<sup>1093</sup> A. SIROTTI GAUDENTI, *Il nuovo diritto d'autore*, op. cit., p. 74.

<sup>1094</sup> M.A. CARUSO, *Disciplina giuridica del software e interesse della collettività*, op. cit., pp. 27-28.

<sup>1095</sup> M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e circolazione delle informazioni brevettuali*, in AA. VV., *Studi in onore di Adriano Vanzetti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 153; G. OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, op. cit., p. 183; E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, 1975, pp. 307 ss.

<sup>1096</sup> G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, op. cit., p. 205; R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, p. 115.

<sup>1097</sup> M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, p. 61.



Qualunque prospettiva si adotti, non può negarsi che l'indole monopolistica del diritto d'autore si scontri con l'interesse della collettività al libero accesso.

Secondo altri, il suddetto rapporto sarebbe neutrale, in quanto gli effetti anticoncorrenziali di breve periodo conseguenti al riconoscimento dei diritti esclusivi sarebbero compensati da quelli procompetitivi di lungo periodo derivanti dalla libera circolazione delle creazioni intellettuali allo spirare delle esclusive<sup>1098</sup>. Questa impostazione prevalente negli anni '80 è stata additata di obsolescenza già alla sua originaria formulazione al tempo in cui i diritti di proprietà intellettuale costituivano solamente delle isolette di monopolio in un mare di concorrenza. Essa è ancor meno attendibile nella realtà odierna in cui è divenuta più verosimile la situazione speculare<sup>1099</sup>. Non è un caso che la migliore dottrina abbia aggettivato come incandescente la frontiera del rapporto tra esercizio delle facoltà escludenti dei diritti di proprietà intellettuale ed ingiustificati effetti nocivi per la concorrenza<sup>1100</sup>.

Si manifesta quindi l'esigenza di appurare come esattamente i due istituti si pongano l'un l'altro al fine di inferire se e come la concorrenza possa condizionare il giudizio di originalità di un'opera dell'ingegno.

#### **14. Il diritto d'autore come incentivo alla concorrenza...e viceversa**

La prima prospettiva d'indagine del rapporto in oggetto è quella dell'"amo", secondo la quale si attribuisce al diritto d'autore una funzione promozionale della concorrenza. Quest'ultima, almeno sino ad un certo livello (v. *infra* par. 13.2), incentiva a sua volta il diritto d'autore in un meccanismo di reciproca virtuosità che fa leva sulla logica della gara tra più soggetti creativi a chi innova di più e/o meglio. Fintanto che il mercato creativo non sia saturo e non vi siano ostruzioni a nuove forme di creatività derivata, l'incentivo apportato dal diritto d'autore costituisce uno stimolo a realizzare produzioni intellettuali diverse da quelle preesistenti.

Pertanto, alla semplicistica tesi che, muovendo dall'assunto che i diritti esclusivi non siano altro che riserve di attività sui rispettivi oggetti di protezione li colloca in posizione antagonista rispetto agli obiettivi perseguiti dal diritto della concorrenza, si lascia preferire quella che invece fa leva proprio sulle loro facoltà esclusive per argomentare che essi svolgano in realtà

---

<sup>1098</sup> M. LEHMAN, *La teoria dei property rights e protezione della proprietà intellettuale e commerciale: una analisi giuridica ed economica*, op. cit., p. 40. Nella dottrina italiana gli effetti procompetitivi dei diritti di proprietà intellettuale sono evidenziati da T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., come avvertito da M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, op. cit., pp. 4-5.

<sup>1099</sup> M. RICOLFI, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 150, profilando un siffatto scenario già oltre venti anni addietro.

<sup>1100</sup> G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 248.

una funzione di impulso alla concorrenza in quanto favoriscono gli incentivi ad innovare e a diffondere i prodotti che inglobano tali innovazioni<sup>1101</sup>.

Invero, la prospettiva di conseguire profitti monopolistici connessi al controllo sullo sfruttamento di un determinato prodotto/servizio sul mercato può condurre ad una vera e propria corsa verso il conseguimento del premio dell'innovazione e, conseguentemente, ad un livello di investimento superiore rispetto a quello che si otterrebbe in assenza di una logica proprietaria<sup>1102</sup>. Se è vero, infatti, che l'esclusiva genera un costo sociale in termini di limitazione del pubblico accesso ad un dato bene o servizio, non può negarsi che essa alimenti l'incentivo verso produzioni originali collocabili ad un prezzo sovracompetitivo che permette di recuperare l'investimento sostenuto<sup>1103</sup>. La tutela giuridica degli incentivi all'innovazione informa il cd. *enclosure movement* e trae fondamento dal presupposto che i benefici sociali conseguenti alla diffusione delle creazioni intellettuali siano superiori alla sommatoria dei costi ad essi sottesi<sup>1104</sup>.

La funzione promozionale dei diritti di proprietà intellettuale è ancor più apprezzabile nei mercati contemporanei in cui i beni immateriali – in condizione di scarsità artificiale – rappresentano le risorse essenziali per l'acquisizione di un vantaggio competitivo. Tale conformazione del mercato spinge le imprese a gareggiare per l'ottenimento del maggior numero di diritti su beni immateriali dal momento che essi si traducono in rendite economiche più o meno consistenti facenti leva sulla loro allocazione asimmetrica (cd. *resource-based view*)<sup>1105</sup>.

Il diritto d'autore è quindi visto come uno strumento a sostegno dell'investimento imprenditoriale destinato all'innovazione in quanto idoneo ad assicurare l'investitore dal rischio di concorrenza, trovando giustificazione nell'accrescimento al bene collettivo che il rischioso investimento è in grado di apportare<sup>1106</sup>. La dottrina si è così spinta nella tesi secondo cui i diritti di

---

<sup>1101</sup> S. D'ECCELSIIS, G. FERRARI, *Abusi di posizione dominante e IP nell'era digitale*, in G. CASSANO, B. TASSONE (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, op. cit., pp. 717-718, i quali volgono uno sguardo generale ai diritti di privativa nel loro complesso.

<sup>1102</sup> G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, op. cit., p. 9.

<sup>1103</sup> *Ivi*, p. 12.

<sup>1104</sup> *Ibidem*.

<sup>1105</sup> F. ANCARANI, *Concorrenza e analisi competitiva. Una prospettiva d'impresa*, Egea, Milano, 1999, p. 108.

<sup>1106</sup> M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", op. cit., pp. 202-205, esprimendo il parere che nei settori di maggiore fruizione collettiva (quali, ad esempio, il cinema o la televisione) il diritto d'autore incentiva l'industria culturale laddove in altri (come le arti figurative o la grande letteratura) l'Autore ritiene che la creatività individuale non dipenda tanto dal riconoscimento del diritto d'autore, quanto invece dalla domanda pubblica. Orbene, è fuor di dubbio che il motore della creatività non si esaurisca nel diritto d'autore, entrando in rilievo compositi fattori (come il prestigio, l'aspettativa di progressione di carriera – soprattutto per i saggi accademici – o semplicemente l'esigenza di comunicare un messaggio), ma ciò che si tutela è l'espressione di scelte libere e creative che prescindono dalle singole e peculiari ragioni conducenti alla realizzazione dell'opera dell'ingegno.

proprietà intellettuale siano parte integrante del diritto della concorrenza tra imprese<sup>1107</sup>.

Orbene, da un punto di vista sistemico, non può negarsi la confluenza dei due istituti verso obiettivi affini, quali l'innovazione e il benessere dei consumatori come esito del gioco concorrenziale. Nondimeno, prima di trarre delle conclusioni, giova considerare tutti i volti del rapporto tra diritto d'autore e concorrenza, ivi incluso il recente intervento del diritto antitrust *ad adiuvandum* del diritto connesso riconosciuti dall'art. 15 della direttiva 2019/790/UE nell'ambito della vicenda francese che ha visto coinvolti Google ed alcuni editori d'oltralpe<sup>1108</sup>. Sebbene da un punto di vista tecnico non si tratti propriamente di opere dell'ingegno, il caso interessa la presente trattazione poiché sembra inaugurare un inedito trend protezionistico del diritto antitrust.

In particolare, il 9 aprile 2020, l'Autorità preposta alla tutela della concorrenza in Francia ha condannato Google a negoziare in buona fede con gli editori francesi dei ragionevoli termini contrattuali per lo sfruttamento economico dei loro contenuti<sup>1109</sup>. Ciò al fine di dare attuazione alla prima legge in Europa di recepimento dell'art. 15 della direttiva *digital copyright*, il quale ha disposto l'obbligo a carico degli Stati membri di introdurre un nuovo diritto connesso in favore degli editori avente ad oggetto l'esclusivo sfruttamento degli articoli da loro prodotti<sup>1110</sup>. In risposta alla suddetta legge, Google ha deciso di indicizzare soltanto i contenuti degli editori che avessero acconsentito alla loro pubblicazione gratuita.

Questa strategia "a costo zero" è stata censurata dall'Autorità antitrust in quanto integrante un abuso di posizione dominante per discriminazione<sup>1111</sup>,

---

<sup>1107</sup> *Ivi*, p. 243, che richiama J. DREXL, *Intellectual Property rights as constituent elements of a competition-based market economy*, in G. GHIDINI, L.M. GENOVESI (a cura di), *Intellectual Property and Market Power. ATRIP Papers 2006-2007*, 2008, Eudeba, Buenos Aires, pp. 167 ss.

<sup>1108</sup> Segnatamente il *Syndicat des éditeurs de presse magazine* (SEPM), l'*Alliance de Presse d'Information Générale* (APIG) e l'*Agence France Press* (AFP).

<sup>1109</sup> Autorità della concorrenza francese, decisione del 9 aprile 2020, n. 20-MC-01, con nota di P. MOURON, *L'Autorité de la concurrence au secours de droit voisin des éditeurs et agences de presse*, in *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, vol. 54, 2020, pp. 10-14. Il comunicato stampa è reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità al seguente link: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/droits-voisins-lautorite-fait-droit-aux-demandes-de-mesures-conservatoires>.

<sup>1110</sup> Legge francese del 24 luglio 2019, n. 775 «tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse». Al netto delle considerazioni di cui *supra* par. 9.4.5, si ricordi che il diritto in oggetto ha una durata di due anni dalla pubblicazione dell'articolo. Tuttavia, l'art. 211, par. 5 della legge in oggetto fa decorrere il *dies a quo* della protezione dal primo gennaio dell'anno successivo alla pubblicazione dell'articolo. Sarebbe stato più ragionevole far coincidere il termine di decorrenza con la data di pubblicazione, posto che la soluzione francese fa sì che un articolo pubblicato il 2 gennaio benefici di una protezione per 2 anni e 364 giorni laddove un articolo pubblicato il 31 dicembre si limiti a godere dell'esclusiva per 2 anni e 1 giorno.

<sup>1111</sup> Dall'istruttoria condotta dall'antitrust francese è emerso che nel 2019 la quota di mercato detenuta da Google nel settore dei motori di ricerca ammontava al 90%. A un dato quantitativo così inequivocabile si aggiunga altresì che il mercato dei motori di ricerca risulta caratterizzato da elevate barriere all'ingresso rappresentate soprattutto dagli ingenti investimenti necessari allo sviluppo di un'efficiente tecnologia di ricerca.

alla luce del fatto che contenuti qualitativamente diversi avrebbero ricevuto un eguale – e malsano – trattamento<sup>1112</sup>. Unitamente all’obbligo di contrattazione in buona fede con gli editori e le agenzie di stampa che ne facciano richiesta (ingiunzione n. 1), la nota *big-tech* è stata destinataria di ben sette ingiunzioni, tra cui segnatamente quella di fornire informazioni dettagliate in merito alla stima dei ricavi generati in Francia dallo sfruttamento delle opere editoriali (ingiunzione n. 2); di assicurare la neutralità nella pubblicazione, indicizzazione e *ranking* dei contenuti (ingiunzione n. 5); di trasmettere all’Autorità le modalità di implementazione della decisione (ingiunzione n. 7).

A seguito del succitato provvedimento di condanna, pareva che la battaglia per le briciole<sup>1113</sup>, che vedeva contrapposti gli editori francesi al colosso di Mountain View, fosse ormai cessata. Senonché, il 12 luglio 2021, su segnalazione degli editori beneficiari della decisione in oggetto, Google è stata nuovamente condannata dall’Autorità francese per aver violato molte delle ingiunzioni in essa contenute<sup>1114</sup>. Più precisamente, l’*Autorité de la concurrence* ha irrogato una sanzione pecuniaria dell’ammontare di 500 milioni di euro a cui si adde un’eventuale condanna al pagamento di ulteriori somme di denaro in caso di reiterata inottemperanza. Il provvedimento è stato originato da una molteplicità di condotte.

In primo luogo, Google si è rifiutata di negoziare i termini per la remunerazione dei contenuti attualmente reperibili sul suo motore di ricerca, decidendo in via unilaterale di limitare le negoziazioni agli articoli che sarebbero stati pubblicati nell’ambito di una partnership denominata “Publisher Curated News”, volta soprattutto all’erogazione del nuovo servizio *Showcase*.

In secondo luogo, la società statunitense ha ulteriormente circoscritto l’ambito della negoziazione soltanto ai ricavi pubblicitari collegati alle notizie presenti sulle pagine di *Google Search*, escludendo aprioristicamente tutti i ricavi generati dagli altri servizi offerti da Google nei quali si assisteva ad un analogo sfruttamento dei contenuti editoriali. Accanto ad una limitazione oggettiva, si è altresì registrata una limitazione soggettiva in considerazione del fatto che Google ha anche rifiutato di negoziare con gli editori non aventi una certificazione *Information Politique et Générale* (IPS). Dietro la maschera di una scelta “meritocratica”, si celava in realtà una vera e propria scelta di *business* poiché i ricavi associati ai contenuti prodotti dagli editori non-IPG risultavano ben superiori rispetto a quelli degli editori IPG.

---

<sup>1112</sup> Sugli abusi di posizione dominante per discriminazione all’interno dei mercati digitali cfr. I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, vol. 38, I, 2019, pp. 488-499.

<sup>1113</sup> Trattasi sostanzialmente di briciole dal momento che la somma complessiva che Google ha deciso di destinare a tutti gli editori del mondo – tramite la nuova app *News Showcase* – ammonta ad un milione di euro e copre un arco temporale di tre anni.

<sup>1114</sup> Autorità della concorrenza francese, decisione del 12 luglio 2021, n. 21-D-17. Il comunicato stampa è reperibile al seguente link: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/remuneration-related-rights-press-publishers-and-agencies-autorite-fines-google-500>.

In terzo luogo, dall'istruttoria dell'Autorità è emerso altresì che le informazioni fornite da Google agli editori erano parziali, tardive ed insufficienti a misurare il collegamento tra lo sfruttamento dei contenuti ad opera della *big-tech*, i ricavi da essi generati e la proposta di remunerazione ai titolari dei diritti. Ciò in barba all'obbligo di fornire loro un'informativa chiara e trasparente in grado di far luce sull'effettivo uso dei contenuti editoriali da parte degli internauti, al fine di quantificare in modo proporzionato la pretesa di un'equa negoziazione.

Da ultimo, Google ha violato il principio di neutralità subordinando la conclusione di *partnership* aventi un impatto sull'indicizzazione dei futuri articoli alla negoziazione sulla remunerazione dei contenuti già pubblicati. Ciò ha portato molti editori ad accettare le condizioni contrattuali di *Showcase*, rinunciando alle singole negoziazioni – a cui avrebbero avuto diritto in virtù del provvedimento antitrust –, nel timore che i loro futuri prodotti editoriali potessero ricevere una visibilità inferiore rispetto a quella dei loro *competitors*.

Per tali ragioni, l'Autorità francese ha condannato Google a contrattare nuovamente con gli editori per concordare una remunerazione idonea a soddisfare i canoni dell'ingiunzione originaria. Ad essa si è accompagnato un obbligo di *disclosure* riguardante le stime dei ricavi complessivi generati dallo sfruttamento dei contenuti editoriali su tutti i servizi di Google, indicando la quota parte attribuita agli editori. È stata inoltre prevista una duplice moratoria: (i) l'una decorrente dalla fine del secondo mese dalla richiesta di riapertura delle negoziazioni con il singolo editore che ammonta a 300.000 euro per ogni giorno di ritardo; (ii) l'altra decorrente dalla scadenza del termine di due mesi per l'invio della relazione sulle attività di compliance. Quest'ultima può raggiungere un tetto pari a 900.000 euro per ogni giorno di ritardo.

Non vi è dubbio che la politica adottata da Google sia il frutto di una deliberata strategia imprenditoriale di *non compliance* funzionale a limitare al minimo indispensabile i costi di produzione per massimizzarne i profitti. Essa potrebbe quindi trovare piena giustificazione e legittimazione nell'art. 41 della Costituzione italiana, così come nell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che nei più basilari principi dell'economia aziendale. Tuttavia, occorre tener conto della peculiare posizione dominante detenuta da Google e delle consistenti asimmetrie informative e di potere contrattuale da essa conseguenti. Tale posizione assume, peraltro, una nuova rilevanza giuridica nella proposta di Regolamento sui mercati digitali presentata dalla Commissione europea<sup>1115</sup> in cui i cd. *gatekeeper* si vedono destinatari di una serie nutrita di obblighi<sup>1116</sup>.

Si è quindi palesata la necessità di introdurre dei nuovi argini alla libertà d'impresa, specialmente nei mercati digitali, laddove essa possa mettere

---

<sup>1115</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

<sup>1116</sup> Eucleati agli artt. 5 e 6 della Proposta di cui *supra*.

indebitamente a repentaglio la sopravvivenza di un settore che è già in crisi da molto tempo, come quello dell'editoria.

Ciò premesso, il secondo intervento dell'Autorità antitrust francese, oltre a dimostrare che la questione in oggetto fosse tutt'altro che sopita, testimonia la costante ricerca di una soluzione in grado di fronteggiare (alcune delle) ingiustizie perpetrate nel cyberspazio. Al di là dell'ambiziosa ricerca del rimedio giuridico più opportuno ad affrontare l'annosa questione della *partage de la valeur* nei mercati digitali<sup>1117</sup>, il menzionato intervento sotto lo scudo del diritto antitrust faceva quantomeno sperare che la normativa antimonopolistica fosse riuscita laddove il diritto della proprietà intellettuale aveva fallito. Ma si è potuto constatare che anche tale normativa non è immune ai problemi di *enforcement* che notoriamente attanagliano il diritto delle opere dell'ingegno e degli altri *intangibles*.

Senonché, l'armamentario a disposizione delle Autorità antitrust sembra avere una maggiore efficacia di deterrenza. Il ricorso alle *astreinte* dovrebbe assicurare una maggiore effettività del provvedimento sanzionatorio, a tacere del fatto che essa non può che prescindere anche da una valutazione costi-benefici del destinatario della sanzione in quanto essa potrebbe risultare più "conveniente" rispetto al costo dell'adempimento. Nel caso di specie, la rigidità del trattamento sanzionatorio sembra fugare ogni dubbio sul bivio *compliance*/violazione. Non può però ignorarsi che le strade di *contournement* della legge sono infinite, a maggior ragione se a ricercarle vi sono gli esperti legali di una multinazionale che da qualche tempo è ormai all'epicentro del tornado di provvedimenti sanzionatori emessi dai diversi soggetti preposti alla tutela di compositi interessi.

In ogni caso, l'intervento antitrust a sostegno di un diritto esclusivo è stato aggettivato dalla dottrina come strano<sup>1118</sup>. In tal senso, depongono almeno due ragioni. Anzitutto, si tenga conto dell'obbligo atipico generato dalla dottrina delle infrastrutture essenziali (v. *infra* par. 15.2), posto che il soddisfacimento delle condizioni richieste fa solitamente sorgere a carico del detentore dell'infrastruttura un obbligo di fornire l'accesso alla medesima anziché un obbligo di acquisto. Nel caso di specie, la qualificazione del motore di ricerca di Google come *essential facility* farebbe scaturire, almeno secondo un'impostazione ortodossa, l'obbligo di fornire agli editori giornalistici dello spazio sul proprio proprio motore di ricerca a condizioni eque e ragionevoli. In modo inaspettato, si è imposto un vero e proprio obbligo di acquisto dei contenuti editoriali che giocoforza va a temperare sensibilmente la libertà di iniziativa economica di un'impresa, la quale

---

<sup>1117</sup> Su cui sia consentito rinviare a V. IAIA, *The remodeled intersection between copyright and antitrust law to straighten the bargaining power asymmetries in the digital platform economy*, in *International Journal of Law and Information Technology*, op. cit., unitamente alla bibliografia citata.

<sup>1118</sup> Definito acutamente come uno *strange gap filler* da G. COLANGELO, *Enforcing copyright through antitrust? The strange case of news publishers against digital platforms*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 10, I, 2021.

dovrebbe essere libera di decidere quali beni e servizi siano compatibili con il proprio modello di *business*<sup>1119</sup>.

Il secondo elemento di stranezza si coglie nella circostanza che la relazione tra diritto antitrust e diritti esclusivi è solitamente rappresentata nella letteratura come antagonistica (v. *infra* par. 15) laddove nel caso di specie tale rapporto sembra prendere una curvatura inversa. Pare infatti registrarsi una convergenza tra i due istituti dal momento che l'abuso di posizione dominante non è impiegato per consentire un accesso libero e incondizionato sui beni/servizi offerti dal titolare di un diritto di esclusiva. Esso è invece adoperato proprio per garantire che il titolare del diritto esclusivo venga pagato per l'accesso al bene immateriale su cui insiste un diritto esclusivo, assicurandogli una remunerazione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro<sup>1120</sup>.

Può quindi evincersi che nei casi di sottoprotezione dei diritti esclusivi la *liaison* tra questi ultimi e il diritto della concorrenza sia di reciproca tutela e promozione. Tuttavia, all'aumentare della protezione dei beni immateriali aumenta l'attenzione del diritto antitrust al loro corretto sfruttamento.

## 15. Il diritto d'autore come limite alla concorrenza...e viceversa

Passando dalle lenti dell'"amo" a quelle dell'"odi" viene in luce l'opposta sfaccettatura del rapporto indagato, ovvero quella di reciproca conflittualità. Essa trae origine dalle teorie economiche ortodosse che guardano ai diritti di proprietà intellettuale come causa dei fallimenti del mercato perché impediscono la realizzazione di un equilibrio di concorrenza perfetta, suggerendone l'abolizione o comunque il carattere eccezionale<sup>1121</sup>.

Se da un lato l'innovazione è vista come un *driver* per la competizione, trovando ricompensa nel riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale<sup>1122</sup>, dall'altro, si coglie il rischio che l'innovazione – e i diritti su

---

<sup>1119</sup> *Ivi*, p. 15; G. M. RICCIO, *Giganti della Rete e diritti degli editori*, in *Istituto per le Politiche dell'Innovazione*, 24 maggio 2021, reperibile al seguente link: <https://istitutoinnovazione.eu/2021/05/24/giganti-della-rete-e-diritti-degli-editori/> 24 MAGGIO 2021; N. PETIT, *France v. Google: Antitrust as Complement to Copyright Law?*, 16 ottobre 2019, reperibile al seguente link: <https://www.linkedin.com/pulse/france-v-google-antitrust-complement-copyright-law-nicolas-petit/>.

<sup>1120</sup> Si rammenta che la tesi della tutela del lavoro, in tal caso innovativo, attraverso il diritto della proprietà intellettuale è sostenuta da G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, op. cit., p. 189. *Contra* T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 730, il quale è invece dell'idea che nella proprietà intellettuale si remunerino soltanto chi per primo traguarda la gara per l'innovazione, considerato che il secondo innovatore non è remunerato. Questa posizione non merita accoglimento in quanto esclude *apriori* la possibilità di protezione di opere frutto di incontri fortuiti dal momento che in realtà tali opere sono ammesse a godere della tutela autoriale, per quanto rare esse siano.

<sup>1121</sup> M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 19.

<sup>1122</sup> M.L. MONTAGNANI, *Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector: Is there a Lesson from the Microsoft Saga?*, op. cit., p. 623, oltre ai riferimenti di cui al par. 14 *supra*.

di essa insistenti – possa generare effetti anticoncorrenziali se detenuta da operatori economici in posizione dominante<sup>1123</sup>, specialmente nei mercati tecnologici in quanto connotati da superiori effetti di dipendenza dal fornitore del servizio (cd. *lock-in*) e da logiche che risuonano in pratiche del tipo “*winner takes all*”<sup>1124</sup>. Dunque, la detenzione di diritti di proprietà intellettuale, sebbene dia luogo alla costituzione di mini-monopoli artificiali<sup>1125</sup>, non equivale di per sé a conferire una posizione dominante, a meno che l’impresa in questione non detenga una quota di mercato superiore al 70% e le privative/esclusive attengano al mercato in questione<sup>1126</sup>. Sebbene la giurisprudenza europea non sia alquanto incline ad ammettere che la posizione monopolistica sia il risultato del conferimento di un regime di esclusiva legale, affermando che il suo detentore disponga di un monopolio di fatto<sup>1127</sup>, si è consapevoli che tale posizione consegua da un monopolio di diritto che s’identifica esattamente nel diritto d’autore o nel diritto di privativa eventualmente attribuito<sup>1128</sup>.

Bisogna comunque precisare che nel diritto d’autore l’impatto monopolistico è solitamente ristretto in quanto esso non esclude la

---

<sup>1123</sup> IBIDEM, la quale richiama in proposito I. RHANASTO, *Intellectual Property Rights, External Effects and Antitrust Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 183. Si vedano altresì le considerazioni critiche di D. BOIES, *Cyberspace and Antitrust*, in AA.VV., *Proprietà intellettuale e cyberspazio*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 9-12, in cui l’Autore avverte che l’accumulazione di tantissimi diritti di proprietà intellettuale non deve essere trattata diversamente dalla raccolta di ogni altro tipo di *asset* al fine di stabilire se l’esercizio dei diritti su quanto accumulato possa, e in che modo, influenzare la concorrenza. Vengono dunque in rilievo le teorie sull’abuso del brevetto e sull’abuso del diritto d’autore secondo le quali il loro titolare può stabilire legittimamente il prezzo per usufruire del trovato o dell’opera, ma non può condizionarne l’accesso in un modo che riduca la concorrenza o l’innovazione a valle.

<sup>1124</sup> R. CASO, G. DORE, *Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes*, op. cit., p. 1, i quali evidenziano che la prospettiva che considera il diritto d’autore come un diritto monopolistico esprimendosi nei seguenti termini «It might in fact be more relevant to restricting copyright protection by limiting the exclusive rights (*ius excludendi alios*) while supporting the public interest. Besides, the vision of “copyright as monopoly” seems in particular to play an overriding role within the digital context, where property is less apt in terms of the promotion and sharing of knowledge and, on the contrary, monopolistic jeopardy is sensibly flourishing». Questa visione è avvalorata dalla circostanza che la carica esclusiva del diritto d’autore appare ancor più acuta nei mercati digitali grazie (o a causa, a seconda della prospettiva) all’impiego delle licenze proprietarie e delle misure tecnologiche di protezione.

<sup>1125</sup> F. ZAPPATORE, *L’enforcement privato, tra diritto antitrust e IP, nell’era digitale*, op. cit., p. 743, che definisce i diritti di proprietà intellettuale come «dei monopoli artificiali creati su base legale e limitati nel tempo, grazie ai quali gli autori e i loro aventi causa possono remunerarsi cedendo l’uso e lo sfruttamento delle loro creazioni attraverso contratti e licenze».

<sup>1126</sup> M. RICOLFI, *Diritto d’autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., pp. 157-158, il quale richiama in proposito la sentenza del Tribunale di I grado del 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti AG c. Commissione*, EU:T:1994:246. Tra le diverse pronunce successive in cui si conferma tale principio v. la sentenza del Tribunale di I grado del 16 dicembre 1999, Causa T-198/98, *Micro Leader Business c. Commissione delle Comunità europee*, EU:T:1999:341, par. 56.

<sup>1127</sup> *Magill*, par. 47.

<sup>1128</sup> M. RICOLFI, *Diritto d’autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 164; G. FERRI, *Creazioni immateriali*, op. cit., p. 620, ove si riporta il pensiero di Savatier che qualifica il diritto d’autore come un diritto di monopolio legittimato dall’ordinamento.



realizzazione di creazioni surrogate basate sulle medesime idee. Dunque, se venisse preservato uno spazio più o meno ampio per la produzione di opere succedanee non si verificherebbe alcun pericolo per la concorrenza, considerato che la quota di mercato acquisita per effetto dell'esclusiva sarebbe di certo esigua. In tale prospettiva, si può ragionevolmente desumere che la quota di mercato su un dato prodotto creativo sia indirettamente proporzionale rispetto al numero di forme espressive alternative in grado di rappresentare la stessa idea.

Non vi è quindi ragione di temere un rallentamento del mercato creativo ogniqualvolta il diritto d'autore si estenda su manifestazioni espressive che permettono la rappresentazione del medesimo contenuto attraverso molteplici opzioni artistiche. Non è stato il caso, ad esempio, dei palinsesti televisivi nell'*affaire Magill* (v. *infra* par. 15.1.1) in cui è apparso evidente che l'unica alternativa possibile fosse quella di seguire l'ordine stesso della programmazione. L'assenza di forme alternative egualmente efficienti (posto che non si sarebbe potuto stravolgere l'ordine di programmazione senza al contempo confondere il lettore e rendere poco appetibile il prodotto, escludendone il carattere di potenziale surrogato) ha fatto sì che il riconoscimento di un diritto di esclusiva sull'unica forma rappresentativa prospettabile attribuisse al suo titolare una quota di mercato pari al 100%. La quota monopolistica si sarebbe potuta diluire soltanto in presenza di opzioni rappresentative succedanee che nel caso *Magill* risultavano del tutto mancanti. Ciò denota l'esigenza ad interpretare con una certa selettività il requisito del carattere creativo in quanto decisivo filtro d'accesso al diritto monopolistico, escludendo indubbiamente quelle creazioni vincolate da una specifica funzione<sup>1129</sup>.

In tale contesto, la sovraprotezione dei beni immateriali – in larga parte discendente da un'erronea allocazione dell'esclusiva autoriale o per il verificarsi di circostanze eccezionali di cui *infra* – perde l'originaria funzione promozionale dell'innovazione e rende giustificabile l'intervento antitrust al fine di ristabilire la dinamicità del mercato ostruito. Per contro, anche ad equilibrio ripristinato si registra una corrente di pensiero che smentisce la funzione incentivante del diritto d'autore (spesso unitamente agli altri diritti di proprietà intellettuale), proponendone in via *tranchant* l'abolizione.

### **15.1. (Segue) Gli abusi di posizione dominante nel trinceramento dietro diritti d'autore “monchi”**

---

<sup>1129</sup> D. BOIES, *Cyberspace and Antitrust*, in AA.VV., *Proprietà intellettuale e cyberspazio*, op. cit., p. 11, secondo cui «The rationale of the doctrines of patent and copyright abuse is straightforward. In the United States there is no presumed “natural law” right to intellectual property rights. Patents and copyrights are granted, and only granted, for the purpose of *encouraging creative activity* that, it is believed, will benefit consumers sufficiently to justify the award of limited rights. The extent of the rights granted are limited to the legislature's judgement as to what rights are necessary to *encourage and sustain a desirable level of creative activity*, balanced with the negative consequences of any exclusive franchise» [corsivo mio].

La ricca casistica europea in materia di interferenze tra diritto antitrust – sub-specie di abuso di posizione dominante – e diritti di proprietà intellettuale testimonia la persistente tensione tra i due istituti che tende a risolversi nell’individuazione di circostanze eccezionali, sempre più smagliate, al cui ricorrere si verifica un affievolimento delle prerogative escludenti del titolare a vantaggio delle ragioni disostruenti del mercato.

In via preliminare, conviene sinteticamente richiamare alla memoria che gli abusi di posizione dominante si realizzano mediante condotte di per sé legittime (o comunque tollerate) che tuttavia, allorquando vengano adottate dalla o dalle imprese detentrici di una posizione di potere sul mercato, sono idonee ad arrecare un danno ai concorrenti e/o ai consumatori che sarebbe invece neutralizzato qualora le stesse condotte si fossero attuate in un mercato concorrenziale<sup>1130</sup>.

La disciplina europea – e quella italiana “di recepimento” – ivi dedicata non mira ad ostacolare la conquista di una posizione dominante per meriti propri, bensì ad impedire che la posizione di controllo sul mercato si presti a strumentalizzazioni vuote a danno delle nuove imprese che cerchino di accedervi, ponendo in essere degli abusi escludenti, vuote a pregiudizio dei consumatori traducibili in termini di rincaro dei prezzi o di azzeramento/rallentamento dell’innovazione, realizzando così degli abusi di sfruttamento.

Presupposto (crono)logico per l’applicazione della disciplina antimonopolistica è innanzitutto l’accertamento della posizione dominante. Secondo la storica – e forse un po’ tautologica – definizione elaborata dalla CGUE, la posizione dominante corrisponderebbe ad «una posizione economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e dei suoi consumatori»<sup>1131</sup>. Tale nozione non si rivela particolarmente d’aiuto al vaglio pratico degli effetti anticoncorrenziali dei comportamenti oggetto di scrutinio. Sembrerebbe maggiormente utile una valutazione in ordine alla razionalità economica e ai guadagni (o alle perdite) di efficienza che tali condotte producono sul mercato, sui concorrenti e sui consumatori<sup>1132</sup>.

Secondo la rivisitazione proposta dalla giurisprudenza di legittimità italiana, la valutazione in merito all’idoneità della condotta di una o più imprese dominanti ad ostacolare la concorrenza deve andare alla ricerca della cd. concorrenza virtuale, ovvero della situazione concorrenziale che sarebbe stata esistente qualora la posizione dominante non fosse stata esercitata nel

---

<sup>1130</sup> F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 185.

<sup>1131</sup> CGUE, sentenza del 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company*, EU:C:1978:22, par. 65.

<sup>1132</sup> V. FALCE, *Abusi di posizione dominante (2006 e I semestre 2007)*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2007, pp. 15 ss.

modo in cui si pretende abusivo, dovendo tenere in considerazione il mercato di riferimento, determinato in relazione alla sostituibilità dei prodotti e servizi in questione (mercato di prodotto) e alla sua estensione territoriale (mercato geografico)<sup>1133</sup>.

In altre parole, la bussola che dovrebbe orientare le Autorità antitrust in materia di abusi di posizione dominante è la repressione di quelle condotte – adottate da colui o coloro che detengono una posizione di supremazia sul mercato – idonee ad alterare i meccanismi concorrenziali in misura superiore rispetto a quanto avverrebbe in uno scenario in cui fossero operanti anche altre imprese.

Come per le intese, il potere dell’Autorità si estrinseca nella possibilità di ordinare la cessazione dell’illecito e, in caso di infrazioni gravi, di disporre il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria entro il 10% del fatturato<sup>1134</sup>. Ad esso si affianca il potere di imporre degli obblighi di *disclosure* su informazioni necessarie per operare in mercati derivati oppure di prevedere delle licenze compulsive di accesso all’infrastruttura essenziale al fine di redistribuire i vantaggi competitivi acquisiti nel mercato a valle<sup>1135</sup>.

È opportuno distinguere tra l’imposizione di un semplice obbligo di trasparenza e quello di concessione di licenza per la riproduzione del materiale protetto, posto che senza quest’ultima lo sfruttamento dell’infrastruttura di cui si chiede l’accesso potrebbe comportare una violazione del diritto d’autore altrui. Ciò avviene tipicamente nell’ambito dei programmi per elaboratore<sup>1136</sup>. Inoltre, ci si chiede a quali condizioni debba essere resa questa licenza. Solitamente, si usa subordinarla a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie. Ma come riempire di contenuto tali aggettivi? Non potendo discorrere in questa sede di un argomento così complesso, basti qui segnalare un’interessante prospettazione dottrinale in cui

---

<sup>1133</sup> A. HOWARD, J. SHELANSKI, J. GREGORY SIDAK, *Antitrust Divestiture in Network Industries*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 68, 2001, p. 110, secondo cui la tecnica della licenza compulsiva in caso di *essential facility* costituisca una valida alternativa per la condivisione dei vantaggi competitivi ottenuti nel mercato interessato, evidenziando altresì che il semplice obbligo di *disclosure* non risolve appieno il problema, considerato che tali informazioni, per essere sfruttate nelle loro piene potenzialità, richiedono strumenti umani finanziari e tecnici in grado di estrarne il massimo valore.

<sup>1134</sup> Art. 14, l. 287/1990.

<sup>1135</sup> Secondo R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Di regolazione, antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, *ivi*, p. 7, il fondamento giustificativo dell’obbligo non risiederebbe tanto nella dottrina delle infrastrutture essenziali quanto invece nell’obbligo a contrarre del monopolista legale, di cui all’art. 2597 c.c. *Contra* G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, *op. cit.*, p. 262, muovendo dall’eccessiva indeterminazione della disposizione per individuare esattamente situazioni di monopolio legale che producano effetti occlusivi per la concorrenza. L’Autore ritiene dunque che tale esame debba svolgersi secondo gli strumenti tipici del diritto antitrust. Inoltre, a p. 264, viene rilevata un’interessante similitudine per affinità sostanziale e giuspolitica con le servitù coattive dal momento che le facoltà escludenti del diritto dominicale si affievoliscono a vantaggio dei titolari dei fondi interclusi al fine di massimizzare il benessere complessivo che sarebbe altrimenti pregiudicato dalle ridotte possibilità produttive, di coltivazione e/o allevamento.

<sup>1136</sup> M.L. MONTAGNANI, *Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector: Is there a Lesson from the Microsoft Saga?*, *op. cit.*, p. 638.

viene divisata la possibilità di ricorrere al sistema delle aste così da delegare al mercato la definizione di un prezzo equilibrato<sup>1137</sup>.

In ogni caso, l'obbligo di licenza non deve essere necessariamente letto in una prospettiva sanzionatoria/penalizzante a carico dell'impresa dominante, posto che il pagamento di *royalties* eque in capo ai concorrenti può accrescere le aspettative di profitto dell'impresa destinataria delle medesime e potrebbe altresì consentire un'appetibile occasione di conservazione del vantaggio competitivo in ragione del costo giocoforza sostenuto dai rivali<sup>1138</sup>.

Per completezza espositiva, si dà conto che, affianco ai poteri di *public enforcement*, la deterrenza dei comportamenti anticoncorrenziali è altresì assicurata da ulteriori strumenti rimediali di natura privatistica (anche detti di *private enforcement*<sup>1139</sup>) invocabili innanzi al giudice ordinario al fine di ottenere la nullità dei contratti e/o il risarcimento dei danni derivanti dagli atti distorsivi della concorrenza.

Ciò premesso, l'angolo visuale prescelto in questa sede, per coerenza espositiva, è quello dell'incursione della disciplina dell'abuso di posizione dominante in quella del diritto d'autore, rinviando alla letteratura già esistente per l'analisi dell'*acquis communautaire* involgente l'intervento antitrust sugli altri diritti di proprietà intellettuale<sup>1140</sup>. Vale la pena soltanto di ricordare il *leitmotiv* di talune decisioni a mente delle quali si è puntualizzato che il diniego di accesso ai beni tutelati da siffatti diritti non integra di per sé uno sfruttamento abusivo di posizione dominante<sup>1141</sup>.

Tuttavia, come potrà appurarsi specialmente nei casi *IMS* e *Microsoft*, l'(ab)uso strategico del diritto d'autore attiene perlopiù alle "nuove" opere dell'ingegno utili, quali per l'appunto software e database, la cui tutela

---

<sup>1137</sup> *Ivi*, p. 640.

<sup>1138</sup> G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 261, il quale richiama in proposito W. BAUMOL, *La macchina dell'innovazione – Tecnologia e concorrenza nel capitalismo*, Università Bocconi, Milano, 2004, pp. 79 ss.

<sup>1139</sup> In argomento cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., 285-344. Alcuni dei passaggi salienti aventi ad oggetto l'interpretazione giurisprudenziale evolutiva in materia di *private antitrust enforcement* sono altresì evidenziati in M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: dal Courage al Libro Bianco*, in *Europa e diritto privato*, III, 2008, pp. 655 ss.

<sup>1140</sup> Per una rassegna delle sentenze in materia si richiama A. MUSELLI, *I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante - Rassegne delle decisioni comunitarie (1988-2010)*, op. cit., pp. 426-445, ove si esaminano in particolare Tribunale di I grado, sentenza del 12 giugno 1997, causa T-504/93, *Tiercé Ladbroke Belgio c. Pmu Belge*, EU:T:1997:84; Commissione europea, decisione del 26 luglio 1988, causa IV/31.043, *Tetra Park I (Btg License)*, L272/27; IDEM, decisione del 20 aprile 2001, causa Comp D3/34493, *Dsd*, L166/1; IDEM, decisione del 15 giugno 2005, causa Comp/A. 37.507/F3, *AstraZeneca*, L332/24; IDEM, decisione del 9 settembre 2009, causa Comp/38.636, *Rambus*, nonché quelle di cui alla nota successiva. Lato brevettuale, cfr. tra i tanti M. COLANGELO, *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso AstraZeneca*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2013, II, pp. 585 ss.

<sup>1141</sup> CGUE, sentenza del 5 ottobre 1988, causa C-53/87, *Cicra e A. c. Renault*, EU:C:1988:477, par. 8; IDEM, sentenza del 5 ottobre 1988, causa C-238/87, *Volvo AB c. Erik Veng (UK) Ltd.*, EU:C:1988:477, par. 8.

conferma ancora una volta l'incrinatura del legame appropriazione-innovazione che solitamente legittima l'esclusiva in parola.

### 15.1.1. (Segue) I palinsesti settimanali

Il primo *leading case* a livello europeo coincide con la vicenda *Magill*<sup>1142</sup>, occasionata dal rifiuto da parte delle tre emittenti televisive dominanti nel mercato irlandese (RTE, ITP e BBC) di fornire le informazioni sui propri palinsesti nei confronti della Magill TV Guide Ltd. (di seguito "Magill"). Quest'ultima intendeva pubblicare una guida televisiva settimanale completa di tutti i programmi previsti in programmazione, ma veniva puntualmente bloccata dalle inibitorie richieste (ed ottenute) dalle tre emittenti dirette ad impedire la riproduzione di siffatte informazioni in quanto coperte dalla tutela d'autore.

In proposito, giova premettere che all'epoca dei fatti il mercato irlandese era privo di una guida settimanale generale contenente i programmi di tutte le emittenti televisive dal momento che ciascuna di esse pubblicava la propria guida settimanale e svolgeva un controllo certosino a che la stampa quotidiana pubblicasse le informazioni sui propri programmi in conformità alle limitazioni della licenza gratuita da esse stesse attribuita. Pertanto, i consumatori interessati alla programmazione di tutte e tre le emittenti erano obbligati ad acquistare tre guide televisive diverse anziché una omnicomprensiva.

La Magill ha denunciato tale condotta dinanzi alla Commissione europea, adducendo che il rifiuto di concedere una licenza alla riproduzione dei palinsesti settimanali costituiva un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 86 dell'allora Trattato della Comunità europea. La Commissione ha accolto l'istanza di Magill, obbligando le tre emittenti televisive a fornire gli elenchi settimanali dei loro futuri programmi a condizioni ragionevoli e non discriminatorie<sup>1143</sup>. Nonostante la doppia conforme a seguito della decisione del Tribunale di I grado<sup>1144</sup>, le emittenti hanno presentato ricorso alla Corte di Giustizia contestando l'integrazione dell'illecito antitrust sulla base dell'argomento che il diritto di concedere o di non concedere una licenza faccia parte dell'oggetto specifico del diritto esclusivo.

La Corte, pur ricordando che la detenzione di un diritto di proprietà intellettuale non è *ex se* idonea a costituire una posizione dominante<sup>1145</sup>, ha confermato la ricostruzione del Tribunale secondo cui le emittenti televisive, riservandosi l'accesso sulla materia prima rappresentata dall'informazione grezza, si sarebbero assicurate una posizione dominante nel mercato derivato

---

<sup>1142</sup> CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P, C-242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione*, EU:C:1995:98.

<sup>1143</sup> Commissione europea, decisione del 21 dicembre 1988, causa IV/31.851, *Magill TV Guide c. ITP BBC e RTE*.

<sup>1144</sup> Tribunale di I grado, sentenza del 10 luglio 1991, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*; IDEM, sentenza del 10 luglio 1991, causa T-70/89, *BBC c. Commissione*; IDEM, sentenza del 19 luglio 1991, causa T-76/89, *ITP c. Commissione*.

<sup>1145</sup> CGUE, *RTE e ITP c. Commissione*, par. 46.

dell'informazione dei rispettivi palinsesti settimanali, stroncando ogni tipo di concorrenza da parte di terzi. Invero, il diniego impediva l'ingresso sul mercato di un prodotto nuovo, vale a dire una guida televisiva completa, di cui il pubblico verosimilmente avvertiva il bisogno.

Si è inoltre rimarcato che sebbene il normale esercizio delle esclusive autoriali non prospetti in sé degli elementi abusivi, esso potrebbe in determinate circostanze porsi in contrasto con il diritto della concorrenza, perdendo la funzione essenziale di remunerare lo sforzo creativo. In tal caso, il diritto d'autore non è sottratto da qualunque valutazione concorrenziale ed anzi diviene recessivo rispetto alla libera competizione e alla libera circolazione delle merci<sup>1146</sup>.

L'intervento antitrust sembra quindi giustificabile allorché si assista all'eterogenesi dei fini del diritto d'autore che, dall'essere per eccellenza il mezzo di stimolo della creatività quale esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e/o della libertà di iniziativa economica a favore del progresso artistico, culturale e/o tecnico, si trasforma nella principale causa ostacolante. La ragione dell'esclusiva risiederebbe quindi nell'interesse pubblico alla libera espressione individuale, nonché al progresso culturale e tecnico e, entro queste coordinate, la prima deve essere ritagliata in funzione dei secondi.

Mantenendo ferma la bontà di questa tesi all'interno della classica narrativa concorrenza-diritto d'autore, nel caso di specie persuade maggiormente l'idea che l'esercizio abusivo del diritto d'autore sia soltanto la conseguenza di un errore che risiede in realtà alla radice della vicenda descritta, ovvero il riconoscimento dell'esclusiva autoriale su informazioni grezze (il canale, il giorno, l'ora e il titolo del programma) organizzate secondo vincoli tecnici in quanto giocoforza dipendenti dalla programmazione prescelta.

L'occlusione del mercato delle riviste sui programmi televisivi si sarebbe potuta evitare semplicemente negando il diritto d'autore per difetto di originalità delle informazioni sui palinsesti, posto che esse sono ben lontane dal costituire il frutto di scelte libere e creative. Quand'anche si voglia eccepire la protezione in qualità di banca dati, si ricorda che essa attiene soltanto all'organizzazione e alla selezione delle informazioni e non anche alla loro creazione, come ribadito recentemente nell'*affaire* Ryanair c. Lastminute<sup>1147</sup>. Invero, al pari della programmazione aerea, anche la programmazione televisiva risulta dettata da esigenze di carattere prettamente tecnico e operativo.

Può quindi evincersi che una corretta interpretazione del requisito di originalità possa prevenire (*ex ante*) la formazione di ingiustificati diritti monopolistici, il cui eventuale abuso andrebbe poi corretto sul piano del diritto antitrust (*ex post*).

### **15.1.2. (Segue) Una banca dati divenuta standard**

---

<sup>1146</sup> *Ivi*, parr. 28, 48.

<sup>1147</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 12 novembre 2019, n. 29237 (v. *supra* par. 10.6).

Nel caso *IMS*<sup>1148</sup> la Corte di Giustizia si è nuovamente pronunciata sul rapporto tra diritto d'autore e abuso di posizione dominante, ampliando le circostanze eccezionali di prevalenza del diritto della concorrenza rispetto al diritto esclusivo nel senso di riconoscere il suddetto illecito antitrust anche quando il mercato derivato occluso non sia precisamente definito (a differenza di *Magill*, ove esso era identificato nel mercato delle riviste settimanali di programmi televisivi), bensì anche potenziale o ipotetico.

Nello specifico, la *IMS Health GmbH & Co. OHG* (di seguito "IMS") è un'impresa il cui *core business* è quello di fornire dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici in Germania racchiusi all'interno di una struttura composta da 1860 aree, nonché da una struttura derivata di 2847 aree, costruita in relazione ad una serie di criteri, tra cui segnatamente l'area geografica, la circoscrizione amministrativa, il settore postale, la densità di popolazione, i collegamenti di trasporto e la ripartizione delle farmacie e degli studi medici. Si trattava di aree sufficientemente piccole per avere un quadro particolareggiato delle performance degli informatori scientifici, ma non così ristrette da infrangere la legge tedesca sulla privacy che imponeva di aggregare almeno tre farmacie. IMS ha inoltre provveduto a distribuire gratuitamente tale struttura a farmacie e studi medici, contribuendo a renderla uno standard integrato nei rispettivi sistemi informatici e di distribuzione.

La *Pharma Intranet Information AG*, successivamente rilevata dalla *NDC Health GmbH & Co. KG* (di seguito "NDC"), ha cercato di inserirsi sul mercato provando a vendere delle strutture composte su 2201 aree. Tuttavia, la riluttanza dei potenziali clienti, ormai abituati alla struttura della IMS, ha condotto la NDC a lavorare su strutture di 1860 e 3000 aree. In risposta, la IMS ha instaurato un'inibitoria contro la NDC per far cessare lo sfruttamento di tale struttura in quanto lesivo del suo diritto sulla banca dati da essa costituita.

Nonostante l'accoglimento dei giudici tedeschi in primo e in secondo grado, la Commissione europea ha invece disposto l'obbligo a carico della IMS di concedere con licenza d'uso la struttura a 1860 aree in favore di tutte le imprese operanti sul mercato dei servizi di fornitura di dati relativi alle vendite regionali in Germania<sup>1149</sup>. Ad avviso della Commissione, l'immotivato rifiuto di accesso alla struttura eliminerebbe la concorrenza nel mercato in questione, riservandone il monopolio alla IMS. Su appello di

---

<sup>1148</sup> CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, Causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, EU:C:2004:257, con nota adesiva di E. DERCLAYE, *The IMS health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, op. cit., pp. 687-697. Per ulteriori commenti cfr. E. AREZZO, *Osservazioni a margine del caso NDC Health v. IMS Health*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2004, pp. 236 ss.; J. HOUDIJK, *The IMS Health ruling: some thoughts on its significance for legal practice and its consequences for future cases such as Microsoft*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 6, III, 2005, pp. 467-495; J. DREXL, *IMS Health and Trinko – antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal-cases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 35, VII, 2004, pp. 788-808.

<sup>1149</sup> Commissione europea, decisione del 3 luglio 2001, causa COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health*, L 59.

quest'ultima, il Presidente del Tribunale di I grado ha sospeso la decisione della Commissione<sup>1150</sup> che è stata a sua volta ritirata dalla medesima sulla base del rivalutato interesse a (non) aprire ai concorrenti il mercato interessato<sup>1151</sup>.

La travagliata vicenda è giunta all'esame della Corte di Giustizia, la quale ha dettagliato le condizioni eccezionali in presenza delle quali il rifiuto di un'impresa in posizione dominante allo sfruttamento di un bene immateriale su cui essa detiene un diritto di proprietà intellettuale è reputato abusivo ai sensi della normativa antimonopolistica:

1. l'impresa che ha chiesto la licenza intende offrire sul mercato dei beni o servizi nuovi che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;
2. il rifiuto non è giustificato da considerazioni obiettive;
3. il rifiuto è tale da riservare all'impresa titolare del diritto di proprietà intellettuale il corrispondente mercato derivato escludendovi ogni tipo di concorrenza<sup>1152</sup>.

Dai requisiti così declinati discendono almeno due considerazioni. In primo luogo, l'introduzione del *new product/service test* sembra deporre in senso favorevole per la IMS, a meno che la NDC non individui prodotti e/o servizi nuovi da offrire mediante la banca dati "volgarizzata". Ciò dipende altresì dall'interpretazione di novità (del prodotto o del servizio proposto dal concorrente) adottata dal giudice territoriale. Nel caso in questione, il prodotto o servizio nuovo si sarebbe potuto identificare in un rapporto sulle vendite di medicinali contenente delle informazioni ulteriori rispetto a quelle contemplate nella struttura della IMS<sup>1153</sup>.

In secondo luogo, sebbene non esplicitamente designate come tali, a differenza delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale<sup>1154</sup>, riecheggiano le condizioni per l'applicabilità dell'*essential facility doctrine*. Si è infatti in presenza di un'infrastruttura essenziale allorché ricorrano cumulativamente i seguenti requisiti:

1. l'accesso all'infrastruttura sia fondamentale per l'accesso al mercato a valle;

---

<sup>1150</sup> Tribunale di I grado, ordinanza cautelare del 10 agosto 2001, causa T-184/01, *IMS Health Inc c. Commissione*.

<sup>1151</sup> Commissione europea, decisione del 13 agosto 2003, causa COMP D3/38.044, *NDC Health c. IMS Health*, L268/269.

<sup>1152</sup> *IMS*, par. 52.

<sup>1153</sup> E. DERCLAYE, *The IMS health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, op. cit., p. 696.

<sup>1154</sup> Conclusione dell'Avvocato generale Antonio Tizzano del 2 ottobre 2003, causa C-418/01, *IMS Health c. NDC Health*, par. 47, «I believe that it is first necessary to recall the judgments of the Court concerning the possibility that a refusal to enter into contractual relations may be deemed to constitute an abuse of a dominant position in which (or at least in some of which) it is possible to discern an application of the *essential facility doctrine*, to which the parties have on several occasions referred» [corsivo aggiunto]. *Amplius*, B. LEBRUN, *IMS v NDC: Advocate General Tizzano's Opinion*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 26, II, 2004, pp. 84-87.



2. l'infrastruttura richiesta non sia in alcun modo replicabile dai *competitors*;
3. sussista un diniego alla richiesta di accesso oppure esso venga consentito a condizioni inique o discriminatorie;
4. tale rifiuto non trovi alcuna giustificazione economica o tecnica<sup>1155</sup>.

La *ratio* della presente dottrina antimonopolistica può identificarsi, quindi, nell'obiettivo di garantire un comune *level playing field* in forza del quale tutte le imprese interessate a competere nel mercato derivato siano messe nelle condizioni di potervi accedere.

L'equivalente d'oltreoceano è identificabile nella *bottleneck doctrine*, elaborata oltre un secolo fa in occasione del *leading case United States v. Terminal Railroad Association*<sup>1156</sup>, nel quale la Corte Suprema ha condannato alcune imprese che avevano ottenuto il controllo della linea ferroviaria di Saint Louis a garantirne l'accesso verso tutte le imprese che ne avessero manifestato l'interesse. Invero, essa costituiva l'unica via per attraversare la città a causa di limiti topografici. Né sarebbe stato economicamente conveniente costruire una nuova linea ferroviaria. Sicché, la riserva esclusiva sull'unica infrastruttura disponibile costituiva una leva per acquisire il monopolio su tutti i beni e servizi che avrebbero potuto essere offerti tramite quell'accesso (*monopoly leveraging*), producendo un effetto cd. di *bottleneck* o di *foreclosure*. L'ingorgo è stato rimosso attraverso la qualificazione della menzionata linea ferroviaria come *essential facility* e, conseguentemente, facendo sorgere l'obbligo a carico del suo detentore di consentirne l'accesso a qualunque operatore ne facesse richiesta.

Inoltre, l'AGCM ha dato applicazione di tale dottrina nell'ordinamento italiano, sussumendo come abuso di posizione dominante, *ex art. 3, let. b*, della legge 247/1990, il rifiuto da parte di Telecom S.p.A. e di Stet S.p.A. di trasmettere la banca dati degli abbonati telefonici nei confronti di alcune imprese che intendevano fornire dei servizi nei mercati a valle della telefonia in quanto idoneo a limitare lo sviluppo tecnico e il progresso tecnologico a danno dei consumatori<sup>1157</sup>.

Le decisioni sopra richiamate si accomunano per l'esigere che gli operatori richiedenti l'accesso all'infrastruttura essenziale abbiano intenzione di erogare un bene o servizio diverso da quello offerto dall'impresa dominante, essendoci soltanto in tal caso un beneficio per la collettività tale

---

<sup>1155</sup> Così, F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, op. cit., pp. 216-218.

<sup>1156</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza del 22 aprile 1912, *United States v. Terminal Railroad Association*, n. 224 U.S. 383.

<sup>1157</sup> AGCM, provvedimento del 27 aprile 1995, SIGN/STET-SIP, n. 2970, in *Bollettino settimanale AGCM*, XVII, 1995, pp. 5-19. Nello scenario italiano vengono in rilievo altresì le sentenze richiamate da V. FALCE, *Big Data, dataset e diritti esclusivi*, op. cit., pp. 117, 134, in cui si attesta che la sussistenza di diritti esclusivi ed escludenti a tutela di coloro che elaborano certi dataset non facilita il confronto concorrenziale, bensì rischia di rallentarlo. V. in particolare Consiglio di Stato, sentenza del 12 febbraio 2014, n. 693; IDEM, sentenza dell'8 aprile 2014, n. 1673; IDEM, sentenza del 17 maggio 2012, n. 2827, ritenendo che sia censurabile l'esercizio di un diritto, quand'anche rispettoso della cornice attributiva, là dove avvenga con modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico, causando una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

da poter giustificare il sacrificio dell'interesse privato al godimento esclusivo del diritto di proprietà intellettuale<sup>1158</sup>. Altrimenti, l'intrusione nel diritto d'autore anche quando i *competitors* non intendano erogare beni o servizi nuovi renderebbe estremamente vantaggiosa la posizione di "gregario dell'innovazione", producendo una duplice esternalità negativa: (i) il titolare del diritto non sarebbe più incentivato ad investire nella ricerca di nuovi beni immateriali in presenza di condizioni generose allo svuotamento delle proprie prerogative, (ii) né lo sarebbero i suoi concorrenti, i quali potrebbero tranquillamente porsi sulla scia del primo innovatore, favorendo condotte opportunistiche di *path-dependence*<sup>1159</sup>.

Pertanto, il requisito del prodotto/servizio nuovo costituisce un elemento fondamentale per assicurare che dall'applicazione dell'*essential facility doctrine* consegua un equo bilanciamento tra concorrenza e diritto d'autore nel comune obiettivo di stimolare l'innovazione<sup>1160</sup>.

Una via alternativa di risoluzione del caso *de quo* avrebbe potuto essere quella di ritenere applicabile una dottrina del tipo *standard essential copyright* che mutuerebbe da quella già esistente nel diritto dei brevetti mirante a fornire licenze a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie laddove l'invenzione – in tal caso l'opera dell'ingegno – sia divenuta di fatto o di diritto uno standard di settore necessario all'offerta di un determinato prodotto/servizio<sup>1161</sup>. Ne sarebbe conseguita l'utilizzabilità a condizioni FRAND (*fair, reasonable, and non discriminatory*) della banca dati realizzata

---

<sup>1158</sup> Questa linea interpretativa riflette anche quella seguita nella giurisprudenza americana nella vicenda decisa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti con sentenza del 13 gennaio 2004, *Verizon Communications Inc. c. Law Offices of Curtis c. Trinko LLP*, 124 S.Ct. 872, 2004, con nota di C. OSTI, *Trinko e l'antitrust come declinazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, pp. 375 ss.

<sup>1159</sup> G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 261; E. DERCLAYE, *The IMS health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, op. cit., p. 695; F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: "Ad Hoc" versus "Categorical" Balancing*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (a cura di) *Competition Law and Intellectual Property. An European Perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2012, pp. 259 ss., accomunati dal pensiero secondo cui l'obbligo di licenza del titolare del diritto di esclusiva su una risorsa essenziale non deve essere esteso al punto da disincentivare gli sforzi innovativi autonomi dei concorrenti.

<sup>1160</sup> *Contra*, D. BYRNE, *Compulsory licensing of IP rights: Has EC competition law reached a clear and rational analysis following the IMS judgment and the Microsoft decision?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 2, V, 2007, p. 329, sostenendo l'idea che la dottrina delle infrastrutture essenziali non richieda due mercati distinti diversi, quand'anche collegati.

<sup>1161</sup> Tra la ricca letteratura sull'argomento, seppur concentrata sulla standardizzazione nel campo brevettuale, cfr. V. MELI, *Standard Essential Patents e licenze a condizioni FRAND nel diritto della UE: equità e ragionevolezza tra antitrust e regolazione*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, pp. 489-516; E. AREZZO, *Brevetti essenziali, dominanza e abuso nel settore delle information & communication technologies*, in *Giurisprudenza Commerciale*, V, 2019, pp. 926 ss.; A. FRIGNANI, *Patent pools after EU Reg. n. 316/2014 providing for a block exemption of categories of technology transfer agreements*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, II, 2016, pp. 343 ss.; M. GRANIERI, *Attività di standardizzazione, diritti di proprietà intellettuale e antitrust*, in *Rivista di Diritto Industriale*, op. cit., pp. 138 ss. Con particolare riferimento alla problematica quantificazione della *royalty* in cambio della licenza v. M. FRANZOSI, *Royalty per uso di brevetto standard: but for, Georgia Pacific, Apportionment*, *ivi*, V, 2015, pp. 259 ss.

da IMS alla luce del suo eccezionale impiego come standard nel mercato delle informazioni sulle vendite di prodotti farmaceutici in Germania. Sembra ragionevole ritenere che una siffatta soluzione non svuoterebbe la logica incentivante dal diritto d'autore in quanto è ben raro che un'opera dell'ingegno diventi l'unico standard di riferimento sul mercato.

### 15.1.3. (Segue) Un software divenuto standard

Il caso *Microsoft*<sup>1162</sup> rappresenta il terzo punto di evoluzione del concetto di “circostanze eccezionali” che legittimano la relega del diritto d'autore in posizione di subalternità rispetto alle esigenze proconcorrenziali del mercato.

La controversia è originata dal rifiuto della Microsoft Corp. (di seguito “Microsoft”) di fornire nei confronti della Sun Microsystems Inc. (di seguito “Sun”) le informazioni di interoperabilità per rendere possibile lo sviluppo di sistemi operativi per gruppi di lavoro compatibili con Windows. Al pari di *Magill* e *IMS*, la ragione del diniego poggiava sulla tutela autoriale del prodotto di cui era richiesto l'accesso in qualità di software.

Tuttavia, la riserva di utilizzo di tali informazioni attribuiva a Microsoft un potere escludente nell'adiacente mercato dei server per gruppi di lavoro in quanto i server concorrenti non risultavano compatibili con Windows, il quale all'epoca dei fatti rappresentava il sistema operativo più diffuso al mondo. Invero, la posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per computer permetteva a Microsoft di esercitare un effetto leva (*leveraging*) nel mercato contiguo dei server per gruppi di lavoro.

Nella verbosa decisione del Tribunale sono state evidenziate (almeno) due inefficienze conseguenti a tale condotta: (i) l'“imprigionamento” dei consumatori nella scelta dei server per gruppi di lavoro, tenuto conto che questi ultimi non avevano altra possibilità se non quella di acquistare le soluzioni Windows poiché i sistemi operativi per gruppi di lavoro alternativi a quelli offerti da Microsoft non erano appetibili sul mercato a causa dell'incapacità di dialogare con l'architettura Windows<sup>1163</sup>; (ii) il rallentamento dell'innovazione, ove si consideri che il mercato già offriva server per gruppi di lavoro più prestanti rispetto a quelli proposti da Microsoft in termini di affidabilità del sistema, di facilità d'uso, di rapidità di esecuzione delle operazioni e di sicurezza integrata nel sistema operativo. Si trattava di qualità aggiuntive che Microsoft non era incitata ad implementare in quanto poteva “cullarsi” sulla consapevolezza che i consumatori non avrebbero

---

<sup>1162</sup> Tribunale dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, EU:T:2007:289, con commenti di D. CURLEY, *Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface: The EU Microsoft Case*, in *Journal of World Intellectual Property*, vol. 11, IV, 2008, pp. 296-320; A. ANDREANGELI, *Interoperability as an “essential facility” in the Microsoft case – encouraging competition or stifling innovation?*, in *European Law Review*, vol. 34, IV, 2009, pp. 584-611.

<sup>1163</sup> *Microsoft*, par. 650.

acquistato prodotti incompatibili con il proprio sistema operativo, quand'anche più innovativi<sup>1164</sup>.

La decisione si pone dunque nel solco di rimuovere l'ostacolo all'innovazione di modo che le imprese concorrenti siano messe nelle effettive condizioni di poter operare nell'adiacente mercato dei server per gruppi di lavoro.

Il Tribunale ha così ampliato le maglie delle circostanze eccezionali in forza delle quali un rifiuto di accesso ad un diritto di proprietà intellettuale può reputarsi abusivo, ritenendo che non sia necessario che il concorrente intenda offrire un prodotto/servizio nuovo, bensì anche che il suddetto rifiuto sia idoneo a rallentare lo sviluppo tecnologico a danno dei consumatori<sup>1165</sup>.

La sempre più generosa interpretazione di "circostanze eccezionali" (dalla rigida esigenza di un prodotto/servizio nuovo, all'esistenza di un mercato occluso soltanto ipotetico, alla "mera" flessione del tasso di innovazione<sup>1166</sup>) mira a restringere le ipotesi di legittimo esercizio dei diritti di proprietà intellettuale alle fattispecie in cui essi mantengano la loro fisiologica funzione di pungolo alla creatività artistica e tecnica. Laddove però dal loro esercizio consegua un effetto opposto, vuoi per errata attribuzione dell'esclusiva/privativa, vuoi perché il bene immateriale in questione è divenuto uno standard necessario allo svolgimento di attività derivate, entrano in campo le ragioni del mercato a correggere le deviazioni patologiche assunte dai diritti di proprietà intellettuale proprio per preservarne la tipica funzione incentivante.

In altre parole, il diritto di proprietà intellettuale non viene svuotato della sua funzione essenziale di promuovere l'innovazione attraverso una selvaggia cannibalizzazione del coacervo di prerogative esclusive, bensì viene corretto l'effetto collaterale di "intasamento" del libero gioco concorrenziale che a volte si verifica per variopinte ragioni, tra cui non necessariamente figura l'efficienza<sup>1167</sup>. La dottrina ha così proposto un *three-step test* per giustificare l'azione antitrust sul diritto d'autore:

1. l'impresa deve essere in posizione dominante secondo gli ordinari paradigmi del diritto della concorrenza;
2. il comportamento deve essere di tipo escludente (es. rifiuto di trasmettere determinate informazioni per operare in un certo mercato);
3. gli effetti anticoncorrenziali superano quelli proconcorrenziali<sup>1168</sup>.

---

<sup>1164</sup> *Ivi*, parr. 652-653.

<sup>1165</sup> *Ivi*, par. 665, ove si sottolinea che il rifiuto contestato alla Microsoft limiti lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori.

<sup>1166</sup> A. MUSELLI, *I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante - Rassegna delle decisioni comunitarie (1988-2010)*, op. cit., p. 427.

<sup>1167</sup> W.B. ARTHUR, *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1994, ove si evidenzia che l'effetto monopolistico potrebbe verificarsi oltre che per meriti quali-quantitativi propri anche a seguito di circostanze fortuite (o fortunate) valorizzate da campagne di marketing oculate.

<sup>1168</sup> M.L. MONTAGNANI, *Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector: Is there a Lesson from the Microsoft Saga?*, op. cit., p. 631.

Il terzo requisito si avvera normalmente ove si blocchi(no) gli incentivi all'innovazione nel corrispondente mercato o nei mercati a valle sia per i *competitors* che per lo stesso *incumbent*, il quale non avrebbe più stimoli ad innovare ulteriormente.

Nel caso di specie, la divulgazione delle informazioni per rendere possibile l'interoperabilità tra il sistema operativo di Microsoft e i server concorrenti costituisce un limite all'esercizio di un diritto esclusivo che aveva assunto una piega (o forse piaga) anticompetitiva pregiudizievole per i consumatori. Proprio sulla lesione dell'interesse generale, nonché su altre argomentazioni, poggiano le tesi estremiste a favore della radicale abolizione del diritto d'autore.

## 15.2. (Segue) Il movimento abolizionista del diritto d'autore

Nel panorama filosofico-giuridico non sono mancate voci, seppur minoritarie, che si sono levate verso l'inutilità, se non proprio la dannosità, del diritto di esclusiva insistente sulle opere dell'ingegno<sup>1169</sup>. Alcune di esse si rendono addirittura ambasciatrici della previsione cassandriana di un futuro crollo del sistema basato sul diritto d'autore<sup>1170</sup>.

Invero, l'espansione del menzionato diritto esclusivo, sia orizzontale verso opere dell'ingegno inedite, sia verticale verso opere meno originali, costituisce una circostanza ormai a più riprese sottolineata nel presente lavoro ed ampiamente criticata da parte della dottrina<sup>1171</sup>, giungendo quest'ultima ad affermare che, sebbene non si percepisca più la stranezza di un ampliamento incontrollato di tale diritto esclusivo, si continui ad intonare l'abracadabra dell'idea e dell'espressione<sup>1172</sup>. Secondo questo filone di pensiero, i costi sociali derivanti dalla normativa autoriale supererebbero di gran lunga i corrispondenti benefici sociali dal momento che si sarebbe ridotta l'originaria funzione di incentivo alla creatività intellettuale a vantaggio della

---

<sup>1169</sup> Cfr. tra gli scritti più recenti in materia M. BOLDRIN, D.K. LEVINE, *Against Intellectual Monopoly*, New Publisher, New York, 2021.

<sup>1170</sup> M. VAN SCHIINDER, J. JOOST SMERS, *Imagining a world without copyright: the market and temporary protection, a better alternative for artists and the public domain*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, op. cit., p. 161, i quali si esprimono *expressis verbis* nei seguenti termini «With digitization in mind, our guess is that we will not have to wait much longer before the copyright system will crumble». In questo scritto gli Autori, muovendo dalla premessa che l'attuale sistema del diritto d'autore non protegge l'artista medio ma soltanto i grandi conglomerati culturali, immaginano un mondo senza il diritto d'autore in cui tutte le creazioni intellettuali confluiscono direttamente nel pubblico dominio. L'unico incentivo al recupero degli investimenti sarebbe rappresentato da un diritto di usufrutto della durata di un anno riconosciuto in capo al finanziatore della creazione intellettuale.

<sup>1171</sup> Cfr. tra i tanti P. AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, op. cit., p. 155. In senso più ampio, sull'assottigliamento dell'area pubblica a favore di quella privata, v. diffusamente S. RODOTÀ, *Proprietà: una parola controversa*, in *Parolechiave*, XXX, 2003, p. 1.

<sup>1172</sup> L. LESSIG, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, The Penguin Press, New York, 2004, p. 294. In tal senso, v. altresì R. CASO, G. DORE, *Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes*, op. cit., p. 3.

salvaguardia di alcuni settori industriali ritenuti particolarmente profittevoli<sup>1173</sup>. Da simili premesse si è sedimentata l'istanza di ripensare allo strumento più adeguato di stimolo alla creatività, restando ferma la sopravvenuta inidoneità del diritto d'autore.

Posizioni affini si sono registrate anche nella dottrina italiana, specialmente nel pensiero di Einaudi<sup>1174</sup>, il quale a sua volta si pone nel solco già tracciato da Ferrara<sup>1175</sup>. Secondo quest'ultimo, l'effetto procompetitivo dei diritti di proprietà intellettuale sarebbe molto più circoscritto di quanto normalmente si ritenga, valorizzando altre cause di incentivo alla creatività umana, quali l'esigenza di esprimere la propria personalità, gli effetti reputazionali e/o i meccanismi di progressione della carriera<sup>1176</sup>.

Affianco alla teorizzazione dell'elevato effetto monopolistico della proprietà intellettuale rispetto al modesto effetto incentivante, si asserisce che la primazia temporale in qualità di *first mover* costituisca già un vantaggio competitivo sufficiente a remunerare l'investimento creativo (come, ad esempio, per le sfilate di moda ove il semplice "arrivare prima sul mercato" assicurerebbe compensi sufficienti per lanciare nuove collezioni<sup>1177</sup>). Nondimeno, quest'argomento sconta oggi una certa obsolescenza, almeno con riferimento a tutte quelle opere riproducibili digitalmente nella stessa qualità dell'originale, rispetto alle quali la *time-leadership* è circoscritta a pochi minuti, se non secondi.

In studi più recenti si critica non tanto l'espansione del diritto d'autore in quanto tale, bensì in quanto accompagnata dal crescente ricorso all'esclusiva in chiave opportunistica per ostacolare l'innovazione derivata (come nella casistica europea sopra descritta), interrogandosi sulla persistenza di una giustificazione economica ad una tutela giuridica, per l'appunto sempre più dilagante<sup>1178</sup>. Se è vero che l'innovazione contemporanea è giocoforza incrementale, di guisa che essa può essere icasticamente rappresentata nell'immagine proposta dal filosofo Bernardo di

---

<sup>1173</sup> L. LESSIG, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 19.

<sup>1174</sup> L. EINAUDI, *Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, in *Rivista di storia economica*, vol. 5, IV, 1940, pp. 217 ss.

<sup>1175</sup> F. FERRARA, *Prefazione*, in J.B. SAY, *Corso completo d'economia politica pratica*, in *Biblioteca dell'economista*, VII, Torino, 1855, secondo cui il monopolio sulle opere dell'ingegno sarebbe «il più giovane forse d'età, ma [...] il figliuolo prediletto ed accarezzato della numerosa famiglia de' monopoli, esprimendosi senza troppe perifrasi nel senso di ritenerlo economicamente non necessario e socialmente dannoso».

<sup>1176</sup> IDEM, *Proprietà letteraria*, in *Lezioni di economia politica* (Corso per l'a.a. 1850-1851, lezione 15°, 11 febbraio 1851, reperibile in R. BOCCIARELLI, P. CIOCCA (a cura di), *Scrittori italiani di economia*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 141 ss. Per una chiara ricostruzione v. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 5.

<sup>1177</sup> L. EINAUDI, *Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, op. cit., p. 217. Sull'argomento cfr. altresì D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 100 ss.; K. RAUSTIALA, C. SPRIGMAN, *Knockoff economy. How imitation sparks innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

<sup>1178</sup> G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione e analisi economica*, op. cit., p. 412.

Chartres di nani sulle spalle dei giganti<sup>1179</sup>, allora diventa imperativo apportare dei correttivi alle derive protezionistiche che abbiano come comune denominatore il depotenziamento delle prerogative proprietarie, non riscontrando nei mercati dell'innovazione la capacità di raggiungere autonomamente un punto di equilibrio subottimale<sup>1180</sup>.

Ad esempio, alcuni Autori hanno diviso l'opportunità di una transizione della proprietà intellettuale da una tutela di tipo reale ad una tutela di tipo risarcitorio (fondata su *liability rules*)<sup>1181</sup>. Altri invece mostrano la preferenza per logiche di *open innovation* caratterizzate dalla volontaria rinuncia all'esclusiva modulata in relazione agli interessi del titolare della medesima, ma pur sempre improntata alla condivisione della conoscenza<sup>1182</sup>. Altri ancora propongono l'idea di riconoscere al pubblico dominio la qualità di diritto costituzionalmente tutelato, «costituendo un valido strumento nelle mani del giudice per valutare fino a che punto possa spingersi la pretesa di esclusività del titolare del diritto»<sup>1183</sup>. Per quanto suggestiva possa essere tale proposta, ritengo più facilmente percorribile la soluzione a monte di innalzare il livello di originalità, favorendo un intervento giurisprudenziale meno protezionistico riguardo all'interpretazione del requisito di originalità che sagomi in modo più prevedibile l'ampiezza orizzontale e verticale del diritto d'autore<sup>1184</sup>.

Tra le altre teorie abolizioniste, un discreto successo è stato conseguito dalla cd. *tragedy of the anticommons*, anche nota come “anatema di Heller”, in cui si profila il tragico esito che discenderebbe dal diniego di accesso ad una risorsa essenziale a causa della coesistenza di diritti di proprietà

---

<sup>1179</sup> Il merito dell'impiego della celebre espressione newtoniana va attribuito a S. SCOTCHMER, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, in *Journal of Economic Perspective*, 1991, vol. 5, I, pp. 29 ss.

<sup>1180</sup> G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione e analisi economica*, op. cit. p. 412

<sup>1181</sup> *Ivi*, p. 414.

<sup>1182</sup> C. M. FERRANDIS, M. D. LIZARRALDE, *Open Sourcing AI: Intellectual Property at the Service of Platform Leadership*, op. cit.; S. ALIPRANDI, *Creative Commons: manuale operativo. Guida all'uso delle licenze e degli altri strumenti CC*, SUM edizioni, Ferrara, 2013; L. LESSIG, *(Re)creativity: how creativity lives*, op. cit., pp. 15-22.

<sup>1183</sup> J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 309, condividendo la tesi sostenuta da J. LITMAN, *The public domain*, op. cit., p. 1023. Analogamente, D. LANGE, *Reimagining the Public Domain*, in *Law & Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, pp. 463-476, che intravede nel pubblico dominio «[a]n affirmative source of entitlements capable of deployment, as, when and where required, against the encroachments upon the creative imagination threatened by intellectual property».

<sup>1184</sup> R. CASO, G. DORE, *Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes*, op. cit., p. 2, i quali traducono tale interpretazione restrittiva sia nel senso di un contingentamento dello scopo del diritto d'autore che in una contrazione della durata. A tal riguardo, vengono altresì richiamati le convergenti riflessioni prospettate da altri autorevoli Studiosi, tra cui F. MACALUSO, *E Mozart finì in una fossa comune. Vizi e virtù del copyright*, Egea, Milano, 2013, p. 160; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., pp. 3-72; R.P. MERGES, G.H. REYNOLDS, *The Proper Scope of Copyright and Patent Power*, in *Harvard Journal on Legislation*, vol. 37, 2000, pp. 45 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, op. cit., p. 244.

intellettuale multipli sulla medesima<sup>1185</sup>. Su questo filone interpretativo, si ritiene che vi sia un punto di inflazione di tali diritti oltre il quale la parcellizzazione proprietaria diventa smog giuridico prodromico al sottoutilizzo della risorsa con il conseguente rischio di inibire i processi innovativi<sup>1186</sup>.

Al di là della persistente attualità di alcune critiche al sistema della proprietà intellettuale, come la comune percezione di un eccessivo dilagare dei diritti esclusivi esacerbata dall'assenza di un disegno unitario che restituisca quantomeno coerenza alla tendenza iperprotettiva<sup>1187</sup>, è interessante notare che molte di esse nacquero uno o quasi due secoli fa al tempo in cui le aree monopolizzabili e i corrispondenti apparati rimediali erano soltanto un laghetto se comparato con l'attuale oceano coprente un ben più vasto numero di beni immateriali reputati meritevoli di tutela. E non è così difficile immaginare quale sarebbe stata la reazione di Ferrara e di Einaudi dinanzi a una così schiacciante vittoria del privatizzabile (e del privatizzato) sul pubblico dominio.

## 16. Due facce di una stessa medaglia

Lungi dall'aderire ad una posizione così *tranchant*, è decisamente preferibile la tesi che guarda al diritto d'autore come strumento per favorire la creatività e che considera il diritto della concorrenza come un mezzo per stimolarla in misura ben maggiore di quanto lo farebbe il diritto d'autore

---

<sup>1185</sup> M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, pp. 621 ss.

<sup>1186</sup> G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, op. cit., p. 14.

<sup>1187</sup> M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 14.



isolatamente<sup>1188</sup>. Il netto antagonismo dipinto da alcuni Autori<sup>1189</sup> cede il posto ad una convergenza finalistica che coglie in entrambi gli istituti il fine ultimo di favorire il benessere collettivo attraverso mezzi diversi, l'uno assicurando la dinamicità del mercato e l'altro mediante premi statali sugli esiti dei processi innovativi<sup>1190</sup>. Sicché, la libera concorrenza e il progresso artistico/ culturale/ tecnico sarebbero lo scopo mezzo a sua volta destinato al raggiungimento dello scopo fine costituito dal benessere collettivo.

Un altro versante dottrinale è dell'avviso che la proprietà intellettuale, e segnatamente il diritto di esclusiva d'autore, sarebbe una declinazione della libertà d'impresa, essendo uno strumento di promozione della concorrenza

---

<sup>1188</sup> G. GHIDINI, *Proprietà intellettuale e antitrust: l'evoluzione di un complesso intreccio tra diritto e policy*, 14 gennaio 2022, lezione organizzata nell'ambito del Master di II livello in Diritto della concorrenza e dell'innovazione, il quale si riferisce trasversalmente a tutti i diritti di proprietà intellettuale. L'avveduto Studioso si riconosce nella scuola di pensiero che attribuisce una vasta rilevanza alla reciproca influenza tra diritto antitrust e diritto della proprietà intellettuale, evidenziando che queste tensioni non si giochino tanto sul fronte normativo, esegetico quanto piuttosto su quello politico. Pur sempre sostenendo la logica incentivante dei diritti esclusivi, ma limitandone la portata agli investimenti industriali e non anche alla creatività individuale, cfr. M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 16-17, il quale è dell'avviso che vi sia un collegamento tra l'art. 17.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 16 della medesima sulla base dell'idea che l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale rappresenti un'estrinsecazione della libertà d'impresa. In questa prospettiva, i diritti esclusivi non devono essere visti come strumenti giuridici eccezionali, bensì come generali principi di tutela «[d]ella valorizzazione economica delle idee e dei risultati innovativi, che può legittimare non solo il riconoscimento legislativo di *new properties*, se e in quanto giustificate da esigenze di sviluppo economico (p.e. sulle banche dati), ma anche lo sviluppo ulteriore di *new properties*, o di nuove *liability rules*, in via giurisprudenziale, in tutti i casi in cui l'innovazione crei nuovi mercati e consenta di soddisfare nuove domande e la mancata tutela possa scoraggiare gli investimenti imprenditoriali in innovazione». Questa prospettiva è anche sostenuta da C. GALLI, *La proprietà intellettuale nell'era digitale: la necessità di un quadro d'insieme*, op. cit., p. 2, il quale ritiene che la concorrenza, oltre a costituire un limite alla proprietà intellettuale, sarebbe la ragione del suo fondamento. La teoria personalistica del diritto d'autore reggerebbe soltanto per giustificare i diritti morali.

<sup>1189</sup> G. DORE, R. CASO, *Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes*, op. cit., p. 14, «[e]xclusivity unquestionably ontologically contrast with competition».

<sup>1190</sup> In tal senso v. G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 271, secondo cui «[s]arebbe semplicistico descrivere il rapporto tra proprietà intellettuale e concorrenza in termini di conflittualità o di convergenza. [...] Vi sarebbe invece uno scambio dialettico tra le due discipline, le quali, pur tendendo ad obiettivi diversi, ma certo non incompatibili ed anzi frequentemente sinergici [...] si intrecciano spesso per prevenire e rimuovere situazioni e/o comportamenti che ostruirebbero vuoi l'innovazione vuoi la dinamica e la correttezza della competizione economica. Scambio dialettico, dunque, attraverso il quale ciascuna disciplina, nell'adempiere alla propria funzione, può indirettamente servire anche la finalità dell'altra». Secondo invece E. DERCLAYE, *The IMS health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, op. cit., p. 694, nonché T. HEIDE, *The approach to innovation under the proposed Copyright Directive: time for mandatory exceptions*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2000, III, pp. 217 ss., entrambi gli istituti sarebbero finalizzati a promuovere anche la concorrenza. Si lascia preferire la tesi sostenuta da W. LANDES, R. POSNER, *An economic analysis of copyright law*, op. cit., p. 325, secondo cui gli istituti in questione confluiscono verso il comune obiettivo di garantire il benessere collettivo, seppur attraverso mezzi diversi come divisato *supra* da Ghidini.

dinamica nei mercati, non negando per questo la funzione dei diritti esclusivi a perseguire il benessere collettivo<sup>1191</sup>.

Da quest'angolo visuale, la tutela del diritto d'autore e quella della concorrenza costituiscono due facce della stessa medaglia volte direttamente o indirettamente ad assicurare l'innovazione<sup>1192</sup> ed anche la concorrenza, secondo un orientamento espresso dalla Corte costituzionale<sup>1193</sup>. La casistica e le osservazioni suesposte denotano l'esistenza di un rapporto osmotico e biunivoco tra i due istituti in forza del quale all'efficacia incentivante dell'innovazione nel diritto d'autore corrisponde un analogo effetto incentivante dal diritto della concorrenza che si trasforma in reciproca conflittualità quando il diritto d'autore è oggetto di strumentalizzazioni per limitare la concorrenza, facendo sì che quest'ultima reagisca a sua volta per ridimensionare il diritto d'autore e tornare a riespandersi.

Si è infatti sottolineato che in presenza di dinamiche concorrenziali "sane" i poteri di mercato conseguiti attraverso diritti esclusivi sono soltanto passeggeri dal momento che i consumatori, presto o tardi, preferiranno un prodotto innovativo proveniente da un *competitor*<sup>1194</sup>. Il problema sorge quando la concorrenza non sia per l'appunto "sana", vuoi per la presenza di situazioni monopolistiche consolidate attraverso l'esercizio (abusivo) dei diritti di esclusiva, vuoi per l'acquisizione di siffatte posizioni di potere per erronea attribuzione della medesima. Benché l'esercizio dei poteri escludenti dei diritti di proprietà intellettuale sotto forma anche di concessione (o di non concessione) di licenza rientri solitamente nell'esercizio normale dei medesimi, si può verificare una strumentalizzazione di tali diritti come leva di espansione del potere di mercato che lampeggia nella cartina di tornasole degli effetti anticoncorrenziali, giustificandone la sindacabilità sotto il profilo antitrust a mezzo della dottrina delle infrastrutture essenziali<sup>1195</sup>.

Ove si volesse verificare l'applicabilità dell'*essential facility doctrine* ai Big Data, tende ad obiettarsi la difficoltà di soddisfare il requisito della non replicabilità dell'infrastruttura, in considerazione dell'ubiquità e facilità di

---

<sup>1191</sup> M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 8-10.

<sup>1192</sup> Sul punto v. M.L. MONTAGNANI, *Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector: Is there a Lesson from the Microsoft Saga?*, op. cit., p. 631, ad avviso della quale l'obiettivo di promuovere e proteggere i processi innovativi è perseguito in modo complementare dal diritto della proprietà intellettuale e da quello della concorrenza, posto che il primo garantisce dei diritti di esclusiva al fine di incrementare l'innovazione ed allargare il numero di attori sul mercato (avrei qualche riserva su quest'ultima finalità) laddove il secondo mira a incoraggiare il pluralismo sul mercato così da mantenere viva la gara verso la migliore innovazione. Da tali premesse l'Autrice conclude che lo stesso obiettivo sia perseguito in modo preventivo (*ex ante*) dal diritto della proprietà intellettuale e in modo successivo da quello della concorrenza (*ex post*).

<sup>1193</sup> Corte Cost., sentenza del 4 maggio 2005, n. 175, ove si è affermato l'inquadramento della disciplina della proprietà intellettuale nella materia-funzione della tutela della concorrenza per derivarne la competenza esclusiva statale nel riparto Stato-Regioni.

<sup>1194</sup> A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 260.

<sup>1195</sup> G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 252.

acquisizione dei dati<sup>1196</sup>. *Ad abundantiam*, il diritto alla portabilità dei dati, da qualche anno sancito all'art. 20 del GDPR, istituzionalizza la loro trasferibilità, favorendone la più agile circolazione. È anche vero che si potrebbe giungere a diverse conclusioni se si facesse un *discrimen* in relazione alla tipologia dei dati presi in considerazione (se personali, non personali o anonimizzati) o al loro utilizzo (per scopi commerciali o per il *training* di un IA), ma i tempi non sembrano ancora maturi per proporre delle classificazioni da cui far discendere regimi differenti<sup>1197</sup>.

Può comunque affermarsi in linea generale che, allo stato dell'arte, i dati detenuti da un'impresa siano difficilmente qualificabili come infrastruttura indispensabile nei termini *dell'essential facility doctrine*<sup>1198</sup>, almeno fino a quando i concorrenti conservano la possibilità di creare la loro "infrastruttura di dati" autonomamente. In tal caso, il titolare del trattamento delle informazioni resta esonerato da un obbligo di *data sharing* o di *data pooling*. Appare abbastanza chiaro che le imprese munite di cospicui portafogli di dati godranno di un più forte vantaggio competitivo, ma spetterà al mercato determinarne l'equilibrata allocazione.

Ciò non esclude che in futuro possano prevedersi delle categorie di dati in regime di libera circolazione, similmente a quanto già stabilito per i dati prodotti dai dispositivi dell'*Internet of Things*, in conformità agli interessi sempre più pedanti al *free-flow* delle informazioni in un contesto economico dal crescente "datocentrismo"<sup>1199</sup>. Invero, la tendenza verso una maggiore

---

<sup>1196</sup> Di analogo avviso, con specifico riferimento ai mercati finanziari, si richiama V. PONZIANI, *Imprese Fintech e Techfin: l'impatto dei Big Data sulla libera concorrenza*, in E. CORAPI, R. LENER (a cura di), *I diversi settori del fintech*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 37 ss. In senso parzialmente diverso, esprimendo la necessità che in determinati casi si debba imporre alla piattaforma dominante l'obbligo di ridurre la raccolta e l'elaborazione dei dati oppure l'obbligo di loro condivisione con i *competitors*, cfr. M. BOTTA, C. WIEDEMANN, *Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10, VIII, 2019, pp. 465-478.

<sup>1197</sup> In proposito, si rinvia diffusamente a A. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, Commissione europea, Bruxelles, 2019, pp. 75 ss.

<sup>1198</sup> In tal senso si è esposta l'ex Presidente dell'*Autorité de la concurrence* Isabelle de Silva nel webinar dell'11 giugno 2020, *Competition rules for Big Tech and the digital economy*, Centre on Regulation in Europe, reperibile al link: <https://www.cerre.eu/events/webinar-competition-rules-big-tech-and-digital-economy>.

Ugualmente, G. PITRUZZELLA, *Big Data and Antitrust Enforcement*, op. cit., p. 80, argomentando che un obbligo di divulgazione disincentiverebbe gli attuali (consistenti) investimenti in Big Data, a detrimento dell'innovazione dei servizi offerti ai clienti. Del pari, A. PRETA, *L'economia dei dati e l'intelligenza artificiale*, in V. FALCE (a cura di), *Fairness e innovazione nel mercato unico digitale*, op. cit., pp. 178-185; A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2019, pp. 442 ss., che richiamano in tal senso G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big Data as Misleading Facilities*, op. cit., 249 ss.; J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data. Between Propertisation and Access*, op. cit., p. 6. Di contrario avviso v. D. RUBINFELD, G. MICHAL, *Access Barriers to Big Data*, op. cit., pp. 339 ss.

<sup>1199</sup> Non può che condividersi l'acuto pensiero di P. SPADA, *Riflessioni conclusive*, in S. ERCOLANI, G.R. MIGLIOZZI (a cura di), *Prove di resistenza del diritto d'autore*, op. cit., pp. 190-192, il quale rammenta che «il diritto d'autore è un complesso di tecniche a tutela degli interessi mobilitati dall'innovazione che non si esaurisce con la tecnica storicamente primaria

diffusione del sapere, anche – e direi specialmente – quello coperto dai diritti di proprietà intellettuale, informa anche la strategia europea divisata dalla Commissione, reputandola cruciale per dispiegare appieno il potenziale innovativo dell'Europa<sup>1200</sup>. Da queste premesse ideologiche, non è da escludere un prossimo adattamento dell'*essential facility doctrine* ai Big Data, il cui obbligo potrebbe atteggiarsi secondo modalità più articolate che richiedano il vicendevole coordinamento di obblighi di *pati, facere e dare* per rendere possibile una o più delle attività in cui intende operare l'impresa richiedente l'accesso<sup>1201</sup>.

---

rappresentata dalla riserva nel controllo sullo sfruttamento dell'opera, ma si compone altresì di tecniche concorrenti strutturalmente eterogenee ma funzionalmente omogenee, come il dominio pubblico pagante e i prelievi sui dispositivi di disseminazione delle opere. Rispetto alle creazioni di nuova generazione sembrano più confacenti le tecniche alternative al diritto assoluto, modulando la tutela rispetto alle esigenze di libera circolazione avanzate dalla moderna società dell'informazione». Su questa scia si pone il rapporto della triade italiana di Autorità interessate alle dinamiche e agli equilibri influenzati dai Big Data, ovvero l'AGCOM, l'AGCM, e l'Autorità Garante per la Privacy, le quali nel rapporto *Big Data. Indagine conoscitiva congiunta. Linee guida e raccomandazioni di policy*, 2019, p. 11, precisano che «Con riguardo al tema specifico dell'accesso ai dati, le sinergie tra tutela della concorrenza e regolazione possono risultare preziose: ai sensi della normativa antitrust, un'impresa in posizione dominante può essere soggetta all'obbligo di fornire accesso ai dati indispensabili e non agevolmente duplicabili per salvaguardare la concorrenza in uno o più mercati in cui la medesima impresa è attiva; se invece l'obiettivo sociale è quello di tutelare interessi pubblici diversi dalla promozione della concorrenza, eventuali circoscritti interventi regolatori in materia di accesso ai dati appaiono più efficaci, così come possono contribuire alla promozione della concorrenza quando l'intervento antitrust si riveli insufficiente».

<sup>1200</sup> Comunicazione della Commissione europea del 25 novembre 2020, *Making the most of the EU's innovative potential. An intellectual property action plan to support the EU's recovery and resilience*, COM(2020) 760, p. 11, «In today's economy, easier and faster access to knowledge, data and technologies, including IP-protected one, is crucial». Analogamente, v. da ultimo il Considerando n. 36 della proposta di Data Act, secondo cui «La maggior parte di tali dati è inutilizzata, o il loro valore è concentrato nelle mani di un numero relativamente limitato di grandi società. [...] Gli squilibri di mercato derivanti dalla concentrazione dei dati limitano la concorrenza, aumentano le barriere di ingresso al mercato e riducono un più ampio accesso ai dati e il loro utilizzo. [...] È emerso un piccolo numero di imprese molto grandi con un notevole potere economico nell'economia digitale, ottenuto grazie all'accumulo e all'aggregazione di grandi volumi di dati e all'infrastruttura tecnologica per la loro monetizzazione. [...] Il regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale mira a correggere tali inefficienze e squilibri consentendo alla Commissione di designare un fornitore come "gatekeeper" e imporre una serie di obblighi, tra cui il divieto di combinare dati senza consenso e l'obbligo di garantire la portabilità dei dati, ai sensi dell'art. 20 GDPR». Simili considerazioni sono espresse dal Japan Fair Trade Commission Competition Policy Research Center, *Report of Study Group on Data and Competition Policy*, 2021, p. 42, ove si evidenzia che «unjust data hoarding, refusal to admit access to data which are essential to competitors' business and for which it is technically or economically difficult for competitors and/or customers to obtain substitutable data, without justifiable grounds, by monopolistic or oligopolistic enterprises may be an issue under the Antimonopoly Act».

<sup>1201</sup> Già in tal senso, M. RICOLFI, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 184. Similmente, G. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy: A Look from the Antitrust Perspective*, op. cit., pur evidenziando l'eccezionale applicabilità ai Big Data (oggetto di diniego da un'impresa dominante) di tale dottrina in quando condizionata agli stringenti requisiti definiti dalla giurisprudenza europea. V. altresì K. LIU, S. ZHENG, *Protection of and Access to Relevant Data – General Issues*, op. cit., p. 381, «Competition scrutiny is necessary to avoid data monopoly and to lower the entry barriers for small companies. Access to data under competition law can be obtained as a remedy in cases of

Tuttavia, permangono una serie di opacità sull'attuazione pratica di un ordine di condivisione dei dati. Invero, la definizione del mercato in cui si intende operare richiederebbe una preventiva analisi dei dati detenuti dall'operatore dominante, rendendo particolarmente arduo definire *ex ante* con precisione quali siano le informazioni essenziali che dovrebbero confluire nell'obbligo di *data sharing*<sup>1202</sup>, oltre che il formato migliore per garantirne l'interoperabilità tra imprese concorrenti. In aggiunta, il costante evolversi dei dati rende difficile fotografarli definitivamente al contrario di un'infrastruttura fisica, come un ponte, rendendo necessaria una fornitura periodica delle informazioni. In tal senso, depone altresì la circostanza che il valore dei dati discende dalla loro attualità ed esige pertanto un costante aggiornamento atto a mantenerne la "freschezza"<sup>1203</sup>.

Non è quindi chiaro come debba atteggiarsi in concreto un eventuale obbligo di *data sharing*, essendoci altresì dei dubbi a monte sulla compatibilità di una siffatta misura con l'esigenza di incoraggiare gli investimenti nella raccolta e nell'analisi dei dati. Tale soluzione sembra percorribile soltanto laddove sussistano delle evidenze empiriche attestanti dei fallimenti del mercato<sup>1204</sup>. Si potrebbe ipotizzare, ad esempio, una licenza per l'accesso ai dati impiegati dal Content ID di YouTube per l'erogazione di un servizio di valutazione dell'originalità di opere audiovisive. È indubbia l'idoneità di un tale servizio a promuovere l'innovazione in quanto eliminerebbe – o quantomeno ridurrebbe – le incertezze legate al rischio di plagio e di conseguenti azioni giudiziali che a volte stroncano sul nascere il proposito di un artista di pubblicare una nuova opera.

Tornando alla tensione tra diritto d'autore e concorrenza, il rischio di un tale scontro rende palpabile l'esigenza di disegnare un sistema interpretativo che attribuisca forme di protezione proporzionate al conseguimento di un equilibrio subottimale di efficienza, scongiurando il pericolo di *overprotection*. Sicché, l'incoraggiamento giuridico dell'innovazione e degli investimenti tramite il diritto d'autore per ottenere vantaggi competitivi sul mercato deve operare nella misura in cui esso si riveli necessario a mantenere elevato il tasso di innovazione nel settore

---

abuse of market dominance. In that context, the modalities of access, in particular the formats in which the data at issue should be made accessible and the issue of interoperability of data formats and standardization, will have to be addressed». Essi, condividendo le tesi di D.L. RUBINFELD, M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, op. cit., p. p. 373, nonché di M. LEISTNER, *Protection of and Access to Data under European Law*, op. cit., pp. 396-397, propongono l'applicazione di licenze FRAND nel caso in cui le imprese concorrenti non dispongano di risorse sufficienti per collezionare gli stessi dati e siano pertanto nell'impossibilità di offrire beni e/o servizi nuovi o più efficienti.

<sup>1202</sup> G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, op. cit., pp. 142-143.

<sup>1203</sup> *Ivi*, p. 144.

<sup>1204</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 285-290, il quale richiama R. MERGES, P.S. MENELL, M. LEMLEY, S. BALGANESH, *Intellectual Property in the New Technological Age*, Clause 8 Publishing, Berkeley 2020; R. MERGES, J. GINSBURG, *Foundations of Intellectual Property*, Foundation Press, New York, 2004.

interessato<sup>1205</sup>. È compito decisamente complicato individuare l'esatto punto al di sopra del quale il conferimento di esclusive, anziché promuovere la concorrenza, ne risulta invece nocivo.

Pertanto, la relazione tra diritto d'autore e innovazione sarebbe graficamente rappresentabile come una "U" capovolta in virtù della quale un lieve approccio protezionistico determina un incremento dell'innovazione laddove un'iperprotezione genera invece una contrazione dei processi innovativi<sup>1206</sup>. L'effetto incentivante si riduce quindi sia in presenza di una protezione troppo debole che in caso di una protezione troppo forte. È facile pensare alla parabola che scandisce tale rapporto come un boomerang, motivo per il quale bisogna essere cauti nella corretta conformazione del sistema di pesi e contrappesi affinché il diritto continui a fungere da volano dell'innovazione e non anche da freno<sup>1207</sup>.

Qualora si volesse dare un nome a questo punto di massimo, esso si definirebbe senza dubbio come ordine pubblico economico, quand'anche i contorni di questa nozione non sempre risultino limpidamente tracciati<sup>1208</sup>. Può in prima approssimazione ritenersi che la sua garanzia passi attraverso il mantenimento di un'area di pubblico dominio sufficientemente estesa da assicurare la circolazione della conoscenza al fine di ricavarne dell'altra (oltre che per il comune svolgersi della dialettica democratica)<sup>1209</sup>. Essa riecheggia la *sufficiency proviso* lockiana in virtù della quale si ammette l'appropriazione di ulteriore terreno da parte dell'agricoltore fintanto che ne resti a sufficienza per gli altri<sup>1210</sup>.

---

<sup>1205</sup> M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, op. cit., p. 5.

<sup>1206</sup> G. COLANGELO, *La proprietà delle idee, Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, op. cit., pp. 412-413.

<sup>1207</sup> J.E. STIGLITZ, *Economic Foundations of Intellectual Property*, in *Duke Law Journal*, vol. 57, 2008, p. 1700, secondo cui «if we do not design this legal framework properly, however, it may actually impede innovation». Similmente, G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, op. cit., pp. 413, il cui pensiero merita di essere riportato: «Mentre appare indispensabile assicurare un livello minimo di tutela della proprietà intellettuale per sostenere innovazione e crescita economica, una protezione eccessiva può tuttavia produrre un effetto boomerang rendendo più difficile generare innovazione in quanto incide negativamente sul processo di accumulazione della conoscenza scientifica limitando gli spillovers di conoscenza e la possibilità quantomeno di innovazione incrementale. Si verificherebbe, in altre parole, un effetto soglia: al di sopra di un certo livello di protezione, la proprietà intellettuale, anziché promuovere i processi innovativi, ne rappresenta un freno.[...] abbandonare il consolidato approccio stile *one size fits all*, disegnando sia una protezione intellettuale su misura per i diversi paesi interessati (paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo), sia un livello ottimale di protezione, superato il quale la proprietà intellettuale si traduce in un ostacolo anziché in un volano dell'innovazione».

<sup>1208</sup> G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 248.

<sup>1209</sup> R. CASO, G. DORE, *Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes*, op. cit., p. 18.

<sup>1210</sup> J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, op. cit., cap. 5, par. 33, «Nor was this appropriation of any parcel of land, by improving it, any prejudice to any other man, since there was still enough and as good left, and more than the yet unprovided could use. So that, in effect, there was never the less left for others because of his enclosure for himself. For he that leaves as much as another can make use of, does as good as take nothing at all. Nobody

Tuttavia, ciò non implica la convinzione che il pubblico dominio sia la regola ed il riconoscimento delle esclusive costituisca invece l'eccezione<sup>1211</sup>. Sembra maggiormente persuasiva l'idea che il diritto d'autore abbia un posto "proprio" all'interno dell'ordinamento non in quanto istituto eccezionale al regime di libera appropriazione delle forme espressive, bensì in quanto strumento giuridico mediante il quale promuovere la creatività individuale e industriale, pur necessitando di trovare un'armonia con altri diritti<sup>1212</sup>.

Secondo un altro orientamento dottrinale che guarda ai diritti di proprietà intellettuale come modello ideale su cui si costruisce il diritto della concorrenza, i casi di monopolio economico originati dai diritti di proprietà intellettuale sarebbero così rari da poter essere risolti attraverso il diritto antitrust imponendo degli obblighi di condotta a carico delle imprese che intendano sfruttarli in modo abusivo, tra cui segnatamente la licenza per l'accesso alla risorsa a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie<sup>1213</sup>.

Nondimeno, sembra ragionevole ritenere che l'"odi et amo" tra i due istituti necessiti di un costante monitoraggio per far sì che si arrivi il meno possibile a situazioni di "ritorno del boomerang" dell'innovazione che andrebbero curate *ex post* dalle Autorità antitrust con degli interventi richiedenti istruttorie lunghe e costose, oltre che eventuali in quanto rimesse all'iniziativa privata<sup>1214</sup>.

In sintesi, sembra ragionevole ritenere che le due prospettive del diritto d'autore e della concorrenza, spesso rappresentate come conflittuali, possano in realtà coabitare e la felicità di siffatta convivenza non può che dipendere dal raggiungimento di un equo bilanciamento tra gli interessi direttamente perseguiti dalle due discipline in vista del miglior conseguimento del benessere generale<sup>1215</sup>. Vi è quindi una continuità sistematica fra diritto

---

could think himself injured by the drinking of another man, though he took a good draught, who had a whole river of the same water left him to quench his thirst. And the case of land and water, where there is enough of both, is perfectly the same» [corsivo aggiunto].

<sup>1211</sup> *Contra* R.M. HILTY, C. GEIGER, *Patenting software? A judicial and socio-economic analysis*, op. cit., p. 646, i quali ricordano che all'interno di una società liberale la libertà sia la regola mentre l'esclusività l'eccezione. In tale prospettiva, ogni eventuale espansione dell'esclusività, che giocoforza va a detrimento della libertà, necessita di essere giustificata e spiegabile. In altre parole, i diritti di proprietà intellettuale sarebbero accettabili o tollerabili *propter aliquam utilitatem*, ma comunque estranei al normale funzionamento dei rapporti di scambio nel sistema economico. Analogamente, L. RAY PATTERSON, *The Worst Intellectual Property Opinion Ever Written: Folsom v. Marsh and its Legacy*, in *Journal of Intellectual Property Law*, V, 1998, pp. 431 ss.

<sup>1212</sup> *Amplius*, R. ROMANO, *Innovazione, rischio e «giusto equilibrio» nel divenire della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 541, di cui si condivide l'idea che occorra una lettura delle regole che miri a contenere la portata espansiva dei diritti esclusivi, dando voce ad altri diritti, anch'essi considerati fondamentali nel sistema giuridico europeo, tra cui la concorrenza, ma anche i diritti dei singoli di accesso alla conoscenza e alle informazioni. Per maggiori considerazioni v. *infra* Capitolo Quarto e Conclusioni.

<sup>1213</sup> M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", op. cit., p. 243.

<sup>1214</sup> Sui limiti dell'abuso di posizione dominante a rimediare alle distorsioni concorrenziali originate dai diritti esclusivi, con particolare riferimento all'eventuale nuovo diritto *sui generis* proposto per le banche dati, v. E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, op. cit.

<sup>1215</sup> La Corte costituzionale ha in un certo senso affermato la compatibilità tra interesse privato ed interesse generale alla fruizione delle opere (che può a sua volta declinarsi nella

d'autore e diritto della concorrenza<sup>1216</sup> tale per la quale quest'ultimo può essere applicato affinché l'attuazione del primo sia temperata dalle esigenze di utilità sociale. Essa costituisce sicuramente un parametro multiforme e mutaforme, ma vi è ragione di credere che vi si annoveri anche l'interesse a conservare un'area di pubblico dominio che permetta al diritto d'autore di dispiegare soltanto effetti proconcorrenziali, limitando al minimo quelli ostruzionistici del mercato<sup>1217</sup>.

Il raggiungimento di siffatto obiettivo passa anche per una corretta verifica giurisprudenziale del soddisfacimento del requisito di originalità, posto che attribuzioni immeritevoli, come emerso in *Magill*, sono idonee ad alimentare fattispecie di abuso.

In particolare, se si vogliono ridurre le occlusioni del mercato a causa del diritto d'autore e, conseguentemente l'intervento del diritto antitrust a dissoluzione del secondo, occorre restringere il riconoscimento dell'esclusiva alle fattispecie di effettiva espressione di scelte libere e creative, cercando altresì di prevedere l'impatto che il riconoscimento di un diritto monopolistico potrebbe provocare sul mercato<sup>1218</sup>, specialmente rispetto alle creazioni utili caratterizzate da una più accentuata carica monopolistica, come testimoniato nella giurisprudenza sopra esposta<sup>1219</sup>.

---

nessità di assicurare una pluralità di operatori nel mercato della creatività) con la sentenza del 6 aprile 1995, n. 108, rappresentandola nei seguenti termini «La protezione dei diritti patrimoniali e non patrimoniali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica viene giustificata, per tradizione ormai secolare, dal doveroso riconoscimento del risultato della capacità creativa della personalità umana, cui si collega l'ulteriore effetto dell'incoraggiamento alla produzione di altre opere, nell'interesse generale della cultura. [...] Nel riconoscere in capo all'autore la proprietà dell'opera ed il suo diritto allo sfruttamento economico della stessa in qualsiasi forma e modo, la legge non trascura di operare un bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti; bilanciamento non irragionevole in quanto realizzato in sintonia con i principi costituzionali sia in ordine alla tutela della libertà dell'arte e della scienza (art. 33), sia in materia di tutela della proprietà, da riferire anche all'opera intellettuale (art. 42), sia di tutela del lavoro in tutte le sue forme, tra cui deve farsi rientrare anche la libera attività di creazione intellettuale (art. 35). Tale bilanciamento risulta nel contempo positivamente finalizzato, mediante l'incentivazione della produzione artistica, letteraria e scientifica, a favorire il pieno sviluppo della persona umana (art. 3) ed a promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9). Dette finalità [...] sono peraltro ragionevolmente conciliabili [...] con la libertà dell'iniziativa economica (art. 41) di altri soggetti (produttori, rivenditori, noleggiatori) in un equilibrio che tenga conto dei rispettivi costi e rischi; e sono altresì conciliabili con i diritti di tutti alla fruizione dell'opera artistica e con l'interesse generale alla diffusione della cultura».

<sup>1216</sup> M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, op. cit.

<sup>1217</sup> In tal senso J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 121, il quale soggiunge che l'utilità sociale sia destinata a prevalere segnando la frontiera dell'iniziativa privata oltre la quale essa cessa di essere legittima.

<sup>1218</sup> Similmente, R. CASO, G. DORE, *Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes*, op. cit., p. 19, ove gli Autori avvertono che è soltanto attraverso la considerazione degli effetti monopolistici sul progresso della conoscenza che si potrà raggiungere l'equo bilanciamento così frequentemente invocato.

<sup>1219</sup> M. RICOLFI, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 186, in cui si avverte testualmente che «[i]l diritto antitrust sembra una risposta che ha acquisito peso man mano che i beni protetti si sono allontanati dal paradigma classico [...] per assumere le caratteristiche innovative di opere a carattere utilitario, la cui protezione per di più può



Si potrebbe ricorrere di meno all'intervento antitrust qualora il diritto d'autore – e più in generale tutti i diritti di proprietà intellettuale – fossero integrati di anticorpi pro-concorrenziali volti a prevenire la formazione di situazioni perniciose alla dinamicità del mercato<sup>1220</sup>. Sebbene la dottrina abbia ragionevolmente collocato tali anticorpi sull'ampiezza delle facoltà escludenti, favorendo paradigmi che assicurino una maggiore interoperabilità, si ritiene che essi possano iscriversi anche a monte durante la verifica di meritevolezza dell'esclusiva/privativa che nel diritto d'autore s'identifica essenzialmente nell'esame di originalità<sup>1221</sup>. Alla base di tale requisito vi è l'interesse all'incentivazione delle produzioni intellettuali, ma attorno ad esso ne gravitano degli altri. In proposito, se gli interessi finanziari premono per una sua generosa interpretazione, quelli concorrenziali spingono in larga parte per la direzione opposta<sup>1222</sup>. Urge quindi un metodo interpretativo che permetta di incoraggiare l'innovazione (ivi inclusa quella tecnica sul cui terreno si muovono oggi interessi finanziari sempre più consistenti) senza che essa produca effetti anticoncorrenziali del tipo di quello paventato dalla *tragedy of the anticommons* conseguente al trinceramento dietro il portafoglio di diritti esclusivi.

In proposito, autorevole dottrina ha invocato la dicotomia idea-espressione come antidoto alle curvature anticoncorrenziali del diritto d'autore, ritenendole meno pericolose rispetto a quelle prodotte da altre esclusive tecnologiche<sup>1223</sup>. Questa soluzione va decisamente salutata con favore, almeno in teoria, essendo consapevoli che all'atto pratico non risulti affatto agile demarcare il confine tra idea ed espressione per tutte le opere dell'ingegno, specialmente per quelle filotecnologiche ove l'esatta linea di sbarramento tra forma espressiva e contenuto ideativo sembra più un miraggio che prossima realtà.

In proposito, giova puntualizzare che il *discrimen* tra l'espressione e l'idea non è tecnicamente costituito dalla forma, tenuto conto che anche una semplice idea avrebbe una sua forma, seppure all'interno della mente dell'autore<sup>1224</sup>. Diversi giuristi si sono cimentati nel tentativo di offrire una

---

estendersi al contenuto e che, in ragione di ciò, rischiano di comportare effetti preclusivi inediti».

<sup>1220</sup> G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, op. cit., p. 265.

<sup>1221</sup> Sul punto v. S. MAURER, P.B. HUGENHOLTZ, H.J. ONSRUD, *Europe's Database Experiment*, op. cit., p. 789, ad avviso dei quali occorre limitare le situazioni di scarsità artificiale mediante una concessione parsimoniosa dei diritti monopolistici. Sotto questa angolazione, l'attribuzione dei diritti in parola deve circoscriversi a quei prodotti di valore che non possono essere ottenuti attraverso altre forme di incentivazione, incoraggiando i legislatori a prevedere o innalzare i requisiti di accesso al diritto monopolistico.

<sup>1222</sup> *Amplius*, R. ROMANO, *Innovazione, rischio e «giusto equilibrio» nel divenire della proprietà intellettuale*, op. cit., p. 541, la quale segnala che le scelte di scongiurare il rischio finanziario possono però nascondere altri rischi, come quello altrettanto grave di soffocare l'innovazione, piuttosto che favorirla.

<sup>1223</sup> M. RICOLFI, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 151.

<sup>1224</sup> Sulla problematica definizione di idea, nell'ottica di delineare più chiaramente l'ambito non coperto dal diritto d'autore v. ampiamente M. ARE, *L'oggetto del diritto di*

definizione di idea, qualificandola come spunto d'ispirazione per l'espressione, come particolare momento dell'iter creativo che per la sua astrattezza e genericità non sarebbe idoneo a dar luogo ad una produzione giuridicamente tutelabile, come un *quid* di mera intellettualità che per la sua indeterminatezza resterebbe al di fuori della sfera del diritto<sup>1225</sup>.

A prescindere dalla qualificazione preferita, si perviene alla conclusione che fino a quando l'idea non trovi estrinsecazione al di fuori del pensiero del suo autore la difficoltà di definire i contorni impedisce di qualificarla come un bene giuridico meritevole di protezione al pari di ogni bene indeterminato. Ciò a maggior ragione se si considera che anche durante la fase di fissazione dell'idea su un qualsiasi supporto non è certo assicurato che l'autore abbia già tutte le idee chiare. Anzi, in tale fase l'autore potrebbe selezionare alcune idee e scartarne altre e i contorni inizialmente più o meno sfumati assumono una forma irreversibile soltanto nel supporto in cui l'idea trova espressione.

Non può ignorarsi che una perfetta coincidenza tra il pensiero formatosi nella mente dell'autore e la sua estrinsecazione è cosa ben rara, alla luce soprattutto della dinamicità dell'intelletto umano rispetto alla staticità della forma espressiva. Da ciò consegue altresì che le successive evoluzioni del pensiero dell'autore restano del tutto irrilevanti, a meno che non vengano anch'esse fissate tramite manifestazioni successive. Dunque, sembra ragionevole ritenere che l'elemento differenziale tra idea ed espressione possa identificarsi nell'estrinsecazione su un supporto fisico. È proprio attraverso l'atto di fissazione che potrebbe venire ad esistenza un bene giuridicamente rilevante rispetto al quale l'autore sarebbe in grado di vantare una posizione giuridica soggettiva attiva che si compendia di una serie di facoltà escludenti. Prima di tale momento la costante mutevolezza del pensiero umano è la causa dell'indeterminabilità dell'oggetto da tutelare e, conseguentemente, a costituire un bene ai sensi dell'art. 810 c.c.

Una volta avvenuta la fissazione, potrebbe comunque non essersi avverata la metamorfosi in opera dell'ingegno per carenza del requisito di originalità. Sotto quest'ultimo profilo, potrebbe paventarsi il principio *in dubio pro idea/trivialis*, nel senso di qualificare come idea (non tutelabile) o come opera banale ogni creazione su cui l'interprete sia incerto se sussumerla come forma espressiva originale. Questa potrebbe essere una prima chiave di lettura per temperare la portata espansiva del diritto d'autore e le esternalità negative ad essa correlate<sup>1226</sup>.

---

*autore*, op. cit., pp. 77-87. Tuttavia, l'Autore conclude nel senso di sconsigliare l'uso del termine "idea" a causa della sua ambiguità ed imprecisione di significato.

<sup>1225</sup> *Ibidem*.

<sup>1226</sup> Al netto delle critiche alle derive protezionistiche del diritto d'autore già rassegnate *supra*, cfr. altresì G. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, op. cit., p. 161, secondo la quale «[u]na sua estensione poco ponderata corre il rischio di creare, *inter alia*, sovrapposizioni improprie con altri diritti di proprietà intellettuale, fenomeni di c.d. *overprotection*, comportamenti anticoncorrenziali da parte dei titolari dei diritti, cortocircuiti interpretativi nell'applicazione di norme concepite per opere letterarie ed artistiche su creazioni aventi

Coordinate più precise non potranno che distillarsi dall'incontro con la pura realtà fattuale, rendendosi opportuna la disamina della casistica più rilevante sotto il profilo dell'ampiezza orizzontale e verticale del diritto d'autore nell'ottica di ricavare delle direttrici che possano rendere l'esame di originalità "*antitrust-proof*" e, per quanto sarà possibile, maggiormente prevedibile.

---

caratteristiche ben diverse e, più in generale, effetti distorsivi sul bilanciamento interno alla disciplina».

**CREATIVITÀ AUTORIALE E DERIVE GIURISPRUDENZIALI  
“A GEOMETRIA VARIABILE”**

SOMMARIO: 17. L'ipotesi di arbitrio giudiziario nella quantificazione del gradiente minimo di originalità e nell'oggetto di tutela autoriale – 18. Le derive nazionali – 18.1. (*Segue*) I personaggi di fantasia – 18.2. (*Segue*) I format televisivi – 18.3. (*Segue*) Gli slogan – 18.4. (*Segue*) Il *concept store* – 18.4.1. (*Segue*) L'arredamento di un negozio di trucchi – 18.4.2. (*Segue*) Sintesi minima dei giudizi di merito – 18.4.3. (*Segue*) Il ruolo primario dell'interpretazione giurisprudenziale nella multiforme protezione del *concept store* – 18.4.3.1. (*Segue*)...come design industriale – 18.4.3.2. (*Segue*)...come marchio tridimensionale – 18.4.3.3. (*Segue*)...come opera architettonica – 18.4.4. (*Segue*) La concorrenza sleale parassitaria e la tutela “a tempo determinato” dell'originalità delle iniziative commerciali altrui – 18.4.5. (*Segue*) Osservazioni a margine – 18.5. (*Segue*) Il regolamento anticontraffazione di una fiera – 18.5.1. (*Segue*) Il gradiente minimo di originalità del “genere” testi giuridici nel verdetto della Cassazione – 18.5.2. (*Segue*) L'opera letteraria: nozione legislativa e interpretazione giurisprudenziale – 18.5.3 (*Segue*) Analisi micro-comparatistica sulla protezione autoriale degli scritti tecnico-giuridici – 18.4.4. (*Segue*) Commenti a margine – 19. Alcune derive straniere – 19.1. (*Segue*) La performance di un matador – 19.2. (*Segue*) Gli esercizi yoga – 20. Verso derive più sostenibili nella cornice dei diritti fondamentali

**17. L'ipotesi di arbitrio giudiziario nella quantificazione del gradiente minimo di originalità e nell'oggetto di tutela autoriale**

L'ammessa tutelabilità di creazioni intellettuali atipiche, come i personaggi di fantasia, i format televisivi, gli slogan, gli arredamenti di interni, farebbe metaforicamente pensare ad un continuo intervento sartoriale della giurisprudenza volto a confezionare abiti sempre più voluminosi che possano accogliere e contenere un corpo affetto da galoppante obesità. Non sono però mancate delle discontinuità che hanno posto dei limiti a tale andamento, bloccando la distensione verso alcuni lavori dell'intelletto, come delle statue presepolari o un regolamento anticontraffazione.

Ciò richiama alla mente quell'idea proposta da autorevole dottrina di *mobilità tematica* della nozione di proprietà intellettuale<sup>1227</sup> in forza della quale i beni atipici di oggi sono atti a divenire le esclusive/privative nominate del domani<sup>1228</sup>. Il processo di “giuridificazione” di nuovi beni immateriali, oltre ad apparire sempre più attratto dalle sirene del paradigma dominicale che spostano sempre più in là il confine delle sfere di proprietà privata rispetto a quelle di proprietà pubblica, è operato sia dal legislatore che dalla

---

<sup>1227</sup> L.C. UBERTAZZI, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale*, in *Contratto e impresa Europa*, vol. 8, II, 2003, pp. 1081-1084, 1105.

<sup>1228</sup> G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 5.

giurisprudenza per recepire le istanze di adattamento ai mutamenti del quadro economico-sociale circostante<sup>1229</sup>.

Potrebbe a prima vista ipotizzarsi che dietro l'irregolarità del movimento espansivo del diritto d'autore si celi una forte componente arbitraria che investe il giudizio di originalità di un'opera dell'ingegno. Perché in realtà è di originalità che si discute, benché ci si possa persuadere che si tratti piuttosto di oggetto. Invero, quest'ultimo caposaldo del diritto d'autore, almeno inizialmente approfondito in via incidentale, è intimamente collegato al requisito di originalità dal momento che è proprio il livello di originalità prescelto ad influenzare in senso restrittivo o espansivo il novero di creazioni intellettuali proteggibili. Se ad esempio la soglia di originalità si fosse attestata su uno standard molto elevato probabilmente molti fra slogan e format non sarebbero rientrati nell'ambito delle opere dell'ingegno meritevoli dell'esclusiva autoriale<sup>1230</sup>. Detto con la terminologia qui impiegata, l'ampiezza orizzontale del diritto d'autore è direttamente proporzionale a quella verticale.

È altresì utile precisare che la definizione dell'area di beni immateriali tutelabili dal diritto d'autore svolge un ruolo cruciale nella misura in cui essa rappresenta la pre-condizione per abilitare (o disabilitare) l'innovazione<sup>1231</sup>, e, conseguentemente, la crescita culturale ed economica di un determinato Paese. Peraltro, all'efficacia nazionale delle politiche in tema di diritto d'autore, giustificata dal principio di territorialità, sembra sostituirsi gradualmente una portata a più ampio spettro che copre l'intero territorio europeo alla luce dei progetti di armonizzazione sovranazionale dal crescente grado di pervasività.

Appare quindi opportuno individuare i criteri che hanno orientato i Giudici nella valutazione sul carattere creativo di composite produzioni intellettuali per verificare il livello di arbitrarietà di tali decisioni ed individuare parametri comuni che possano assottigliare i margini di discrezionalità che un requisito così polisemico può giocoforza validare.

Non sembra inopportuna la precisazione che la rassegna giurisprudenziale sarà limitata ad una selezione di pronunce reputate maggiormente rilevanti ai fini della presente indagine, pur essendo consapevoli di altre decisioni che hanno prodotto delle ulteriori smagliature nell'interpretazione del requisito di originalità e dell'oggetto tradizionale del diritto d'autore, includendovi in particolare i metodi didattici<sup>1232</sup>, le mappe

---

<sup>1229</sup> *Ivi*, pp. 28-31, il quale richiama alcune figure atipiche nate dalle *lex mercatoria* come i diritti audiovisivi sulle manifestazioni sportive oppure i *domain names*.

<sup>1230</sup> Analogamente P. LISI, *La tutela dei bozzetti pubblicitari non creati*, in *I Contratti*, vol. 5, 2004, p. 481, ove si evidenzia che l'ampliamento orizzontale del diritto d'autore operi, *inter alia*, attraverso l'affievolimento dei requisiti per l'accesso alle privative classiche, come nel caso dei format o dei bozzetti pubblicitari.

<sup>1231</sup> J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 273.

<sup>1232</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 14 novembre 1989, in *Il diritto di autore*, 1990, p. 407; IDEM, sentenza del 4 giugno 2004, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, II-III, 2004, p. 323, le quali hanno accordato la tutela al cd. "metodo Shenker" ai fini dell'insegnamento della lingua inglese.

geografiche<sup>1233</sup>, i saggi ad elevato tasso di tecnicismo<sup>1234</sup>, le pagine di siti web<sup>1235</sup>, nonché le composizioni floreali<sup>1236</sup>. Onde evitare ridondanze,

---

<sup>1233</sup> A partire dalla sentenza del Tribunale di Monza del 15 maggio 2000. Favorevolmente, v. altresì Tribunale di Catania del 1° ottobre 2007, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I, 2008, p. 93, ove si è affermato il seguente principio «Le carte geografiche rientrano fra le opere dell'ingegno appartenenti alla categoria delle arti figurative tutte le volte in cui presentino caratteri di creatività ed originalità, riconoscibile in presenza di una originale elaborazione degli elementi presenti sul territorio, e di peculiari indicazioni»; Tribunale di Torino, sentenza del 27 gennaio 2012, con nota di A. AVANZI, *Cartine geografiche e violazione del diritto d'autore a mezzo internet*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2013, pp. 294 ss.; Tribunale di Torino, sentenza del 23 maggio 2013. In senso contrario, sulla base dell'assenza di elementi caratterizzanti differenti rispetto agli standard del settore, v. Tribunale di Roma, sentenza del 22 maggio 2008, in *Le Sezioni specializzate della proprietà industriale*, I, 2008, p. 290; *Idem*, sentenza del 10 novembre 2010, n. 22276, ove, sebbene si fosse ammesso che le «[c]arte geografiche si contraddistinguono per un dato comune - quello della fedele riproduzione della realtà di una regione più o meno estesa - che sembrerebbe precludere agli autori l'accesso alla tutela del diritto d'autore. La mera rappresentazione di un dato geografico sostanziale, infatti, priva la mappa di alcun contenuto creativo», si è tuttavia precisato condivisibilmente che «[I]a riproduzione dell'esistente può accompagnarsi a contributi originali che conferiscono all'elaborato una dimensione diversa da quella meramente rappresentativa: ciò accade, in particolare, nelle mappe tematiche, di cui vengono selezionati solo alcuni elementi - antropici o naturali - tra quelli presenti nella regione interessata. Inoltre, la discrezionalità di cui l'autore dispone potrà portare a modalità di rappresentazione dei particolari selezionati che consistono nella scelta dei colori, dei caratteri e, più in generale, delle modalità di elaborazione grafica». Poste tali premesse, il Tribunale capitolino ha escluso che nel caso di specie la carta geografica godesse della tutela autoriale in quanto carente di particolari idonei a conferirle l'originalità necessariamente al godimento del diritto di esclusiva invocato.

<sup>1234</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 29 settembre 2014, n. 11388; IDEM, sentenza del 12 maggio 2014, n. 6057.

<sup>1235</sup> *Ivi*, sentenza del 17 marzo 2014. Le sentenze appena richiamate sono segnalate nell'accurata ricostruzione operata da J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., pp. 292-293. Con particolare riguardo alla tutela autoriale dei siti web cfr. G. MAZZEI, *diritto d'autore del "web designer" e utilizzazione economica mediante immissione in Internet dell'opera protetta*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2001, pp. 166 ss.; G. BONELLI, *Il sito web quale opera dell'ingegno*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2002, I, pp. 199 ss.

<sup>1236</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 23 gennaio 1967, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1968, p. 111. Per una più dettagliata rassegna si richiama S. DI PAOLA, *Nota a Cass. civ., sez. I, 28 novembre 2011, n. 25173*, in *Il Foro Italiano*, I, 2012, pp. 74 ss., ove si dà conto che « Sono state, inoltre, ritenute meritevoli della tutela del diritto di autore, in quanto dotate del requisito della creatività e dell'originalità, le seguenti opere: un'intervista, non per ciò che riguarda il contenuto delle risposte date dall'intervistato, ma soltanto la forma espressiva elaborata dal giornalista (App. Milano 31 agosto 2007, id., Rep. 2009, voce cit., n. 88); lo studio storico-archivistico della foggia dello stemma araldico di un comune (Trib. Rossano 5 dicembre 2008, id., Rep. 2010, voce cit., n. 83); un disegno che raffigura il muso di una particolare razza di cane proponendone una specifica caratterizzazione sul piano grafico (Trib. Milano 22 aprile 2008, ibid., n. 90); le prestazioni artistiche rese da un conduttore radiofonico, per la creatività che le connota sotto il profilo espressivo-linguistico, connesso alla particolare utenza cui sono dirette (nella specie, tifoseria romanista: Trib. Roma 3 ottobre 2007, ibid., n. 95); - i "promo" dei film rientranti nel palinsesto di un'emittente televisiva, in quanto creazioni pubblicitarie, assimilate ora alle opere fotografiche ora alle opere cinematografiche (Trib. Roma 12 ottobre 2005, id., Rep. 2007, voce cit., n. 114); un'associazione, in un servizio fotografico, tra prodotti di abbigliamento e/o accessori e parti del corpo umano, per la forma specifica dell'opera che esprime il modo personale e particolare dell'autore di comunicare la propria sensibilità e creatività (Trib. Milano 28 giugno 2004, id., Rep. 2006, voce cit., n. 103); un'opera scientifica, che risulti dotata di

saranno del pari esclusi gli arresti europei sui quali vi è già stata occasione di soffermarsi (v. *supra* par. 4.2), nonché quelli diretti ad accertare l'originalità di opere tecniche, come i programmi per elaboratore (v. *supra* par. 8.2) e le banche dati (v. *supra* par. 10.6), riservandosi un raffronto omnicomprendivo dei parametri informanti la suddetta valutazione riguardo sia alle opere futili che a quelle utili nella parte finale di questo Capitolo, così come nelle Conclusioni.

## 18. Le derive nazionali

La giurisprudenza italiana, sia di legittimità che di merito, ha spesso giocato un ruolo simile a quello di Re Mida, determinando con il suo tocco il passaggio dalla sfera pubblica a quella privata – o privatizzabile – di diversi beni immateriali, a partire dai personaggi di fantasia sino a giungere alla combinazione di arredi di un negozio (o più spesso di una serie di negozi). Per molti di essi, l'atto di tipizzazione come opera dell'ingegno costituisce soltanto l'ultima tappa che “corona” un percorso più o meno duraturo segnato dall'accesso a forme alternative di tutela, come quella contrattuale oppure quella prevista dalla disciplina della concorrenza sleale. Tali passaggi non sono altro che i primi indici sintomatici testimonianti l'idoneità del bene immateriale in questione a costituire un termine di riferimento di interessi socialmente e giuridicamente rilevanti<sup>1237</sup>.

Ma quali saranno le opere dell'ingegno del domani? E quali parametri verranno adottati – o sarebbe auspicabile venissero adottati – in siffatta valutazione? Non si può che partire dal dato storico e segnatamente dalle ragioni divise dalla giurisprudenza per giustificare un tale movimento di *enclosure*, al pari di quelle volte a rallentarlo, per cercare di rendere prevedibili le prossime traiettorie del diritto d'autore.

### 18.1. (Segue) I personaggi di fantasia

Con la tutela autoriale della “Pantera Rosa” si è inaugurato il processo evolutivo di tipizzazione giurisprudenziale di alcune espressioni intellettuali non testualmente annoverate fra le opere dell'ingegno di cui all'art. 2, l.d.a.

---

elementi che prima non esistevano nel mondo intellettuale e culturale, in ragione del valore di posizione degli argomenti svolti, della loro coordinazione o del particolare procedimento utilizzato per presentare le conclusioni esposte, pur appropriandosi di dati di verità già proposti da altri (Trib. Roma 11 gennaio 2004, *ibid.*, n. 105)». Si è invece negata la protezione autoriale «alla frase “non ci posso credere” (nella specie, usata frequentemente dagli artisti del trio Aldo, Giovanni e Giacomo) trattandosi di espressione assolutamente elementare e priva di oggettiva creatività, di uso comune e normalmente rappresentativa di un sentimento di stupore (App. Milano 22 settembre 2004, *ibid.*, n. 108); alle massime giurisprudenziali, in quanto derivazione dei provvedimenti giurisdizionali, liberamente utilizzabili, da cui si limitano ad estrarre il principio di diritto, o di cui riproducono pedissequamente parti (Trib. Milano 12 dicembre 2005, *id.*, 2006, I, 2242)».

<sup>1237</sup> G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 20, le cui considerazioni si riferiscono all'energia e ai diritti di reimpianto di vigneti, ma possono egualmente estendersi alle nuove opere dell'ingegno.

A compiere il primo passo è stata la Pretura di Ascoli Piceno che ha ammesso e subordinato la tutela autoriale dei personaggi di fantasia a condizione che siano «ben caratterizzati e dotati di originalità»<sup>1238</sup>. La congiunzione che lega le due caratteristiche menzionate potrebbe indurre a credere che i personaggi di fantasia richiedano un duplice requisito per l'accesso alla tutela autoriale, ovvero che essi siano ben caratterizzati e che siano altresì originali. Tuttavia, sembra più ragionevole ritenere che l'unico requisito sia quello di originalità e che esso si misuri in questa peculiare categoria atipica di opera dell'ingegno in base alla più o meno nitida delineazione dei tratti distintivi del personaggio. Dunque, il compito del giudicante è quello di appurare se l'autore abbia compiuto delle scelte libere e creative riguardo al nome, alla voce, alla corporatura, al vestiario, alle maniere, alle usuali espressioni facciali, ai pregi, ai difetti e più in generale ai modi di essere e di pensare del personaggio.

Giova premettere che il luogo di nascita privilegiato dai personaggi di fantasia s'identifica solitamente in creazioni a loro volta protette dall'esclusiva autoriale, spesso opere letterarie e audiovisive. Un primo orientamento dottrinale sosteneva l'inscindibilità del personaggio rispetto all'opera natia, quand'anche il primo rivestisse un ruolo essenziale per la fortuna della seconda, argomentandone l'appartenenza indissociabile ad un'altra opera più grande<sup>1239</sup>. Tuttavia, l'esigenza di una tutela del personaggio di fantasia disgiunta rispetto all'opera originaria si è manifestata con maggiore vigorosità a seguito dell'uso commerciale – peraltro di sovente fruttuoso – del medesimo da parte di soggetti diversi dal suo ideatore sia all'interno di nuove trame che nell'ambito di campagne pubblicitarie di prodotti o servizi in larga parte sconnessi. La giurisprudenza e la dottrina hanno ritenuto meritevole l'interesse del creatore del personaggio di fantasia a controllarne lo sfruttamento sulle più svariate vie commerciali allorquando esso abbia acquisito un carattere autonomo rispetto all'opera “madre” per effetto di una caratterizzazione sufficientemente dettagliata da potersi conservare e riconoscere in differenti contesti, storie ed epoche<sup>1240</sup>.

---

<sup>1238</sup> Pretura di Ascoli Piceno, sentenza del 21 marzo 1990, in *Rivista del Diritto Commerciale*, II, 1992, p. 351;

<sup>1239</sup> P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, op. cit., pp. 160-161.

<sup>1240</sup> G. SERAFINO, *Studi in tema di diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4; M. BERTANI, *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2003, pp. 867 ss.; S. GATTI, *La disciplina giuridica dei personaggi di fantasia*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, IX-X, 1991, pp. 575 ss. Analogamente, sul versante d'oltreceano, v. la sentenza della Corte distrettuale di New York del 10 luglio 1981, n. 80 Civ. 2726 (HFW), ove si è riconosciuta la tutela autoriale in favore degli eredi dell'autore del romanzo “Tarzan delle scimmie” per inibire alla Metro-Goldwyn-Mayer la realizzazione di un *remake* del film “Tarzan” facendo leva sulla circostanza che i tratti individualizzanti del personaggio erano facilmente identificabili, trattandosi di un uomo atletico, puro, gentile, giovane e forte, nato e vissuto nella giungla, capace sia di comunicare con gli animali che di provare sensazioni umane. Si veda altresì la sentenza della Corte di appello del secondo circuito del 6 ottobre 1983, n. 720 F.2d 231, in cui si è affermata la tutela autoriale del personaggio “Superman”, sebbene nel caso di specie si fosse esclusa la pretesa di *copyright infringement* in quanto il personaggio di fantasia adoperato dalla convenuta presentava tratti differenti dal supereroe nato a Krypton.



Così, nel solco tracciato dalla Pretura di Ascoli Piceno si è riconosciuta la tutela d'autore in favore dei seguenti personaggi:

1. il topo “Diddl”, per i particolari tratti antropomorfi che gli hanno attribuito una personalità originale, distinguendolo dai comuni roditori<sup>1241</sup>;
2. il bambino “Calvin” dei fumetti dalla popolarità mondiale “Calvin & Hobbes” in quanto ben identificabile da una maglietta a righe abbinata a dei pantaloni neri, dalla particolare conformazione del corpo della testa, nonché dal carattere solitamente dispettoso<sup>1242</sup>.
3. le “Winx”, ovvero le note fate che si formano alla scuola di Alfea<sup>1243</sup>;
4. il “Pulcino Pio”, nato in un tormentone estivo di qualche anno fa che si è distinto dagli altri pulcini per i suoi occhi azzurri e per portare sul capo delle cuffie<sup>1244</sup>;
5. il celebre giustiziere mascherato, nonché abile spadaccino, “Zorro”<sup>1245</sup>;
6. “Big Red”, la mascotte della Western Kentucky University, i cui tratti somatici caratterizzanti compaiono – senza autorizzazione, almeno in base alla tesi del plagio evolutivo – nel pupazzo televisivo “Gabibbo”<sup>1246</sup>.

È stata invece negata la tutela autoriale del personaggio interpretato da Clint Eastwood nel film “Per un pugno di dollari” nella controversia instaurata tra la società produttrice della cd. “trilogia del dollaro” e quella del film “Rango” nel quale vi è una scena di circa un minuto e mezzo di un dialogo tra il camaleonte protagonista e il personaggio “The man with no name”. Quest’ultimo ricorda un Clint Eastwood invecchiato e vestito con lo stesso abbigliamento del film di cui è stata invocata la violazione autoriale<sup>1247</sup>.

Il Tribunale di Roma ha rigettato la pretesa attorea per difetto di originalità del personaggio in questione in quanto esso attingerebbe allo stereotipo già da tempo ricorrente nel cinema e nella letteratura western rappresentato dall'uomo solitario dall'ambivalenza morale che riesce a

---

<sup>1241</sup> Tribunale di Torino, sentenza dell'8 aprile 2005.

<sup>1242</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 21 gennaio 2008, in *Rivista di Diritto Industriale*, I-II, 2009, pp. 127 ss.

<sup>1243</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 2 maggio 2011.

<sup>1244</sup> Trib Bologna, sentenza del 1° febbraio 2013, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2013, pp. 400 ss., con nota di A. CHIABERGE, *Tormentoni estivi e tutela del personaggio di fantasia. Il caso del Pulcino Pio*, *ivi*, 403 ss.

<sup>1245</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 3 gennaio 2017, n. 32, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, pp. 245 ss.

<sup>1246</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 6 giugno 2018, n. 14635, con nota di V. TORTI, *Personaggi di fantasia tra plagio e contraffazione. Riflessioni sull'orientamento della Suprema Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2019, pp. 68 ss. *Contra* Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2017, n. 503, con nota di A. MUSSO, *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistemica fra i regimi di proprietà industriale e intellettuale*, *ivi*, II, 2018, pp. 107 ss.

<sup>1247</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 16 aprile 2021, n. 6504, con nota di G. IOZZIA, *A Spaghetti Western duel: the Court of Rome on scope of protection of fictional characters*, *IPkens*, 4 agosto 2021, reperibile al seguente link: <https://iplens.org/2021/08/04/a-spaghetti-western-duel-the-court-of-rome-on-scope-of-protection-of-fictional-characters/>.

risolvere un groviglio di problemi con arguzia e cinismo. La sottrazione al personaggio interpretato da Clint Eastwood delle caratteristiche comuni dell'eroe negativo, fuorilegge, straniero ed errante lascerebbe ben pochi elementi originali che possano giustificare l'autonoma protezione autoriale del personaggio interpretato nel *cult* diretto da Sergio Leone.

È interessante notare che nella valutazione di originalità operata dal Tribunale capitolino si proceda a scremare gli elementi comuni della creazione intellettuale di cui si richiede la tutela per poi concentrare l'effettivo esame sugli elementi che ne residuano. Pertanto, può in prima battuta evincersi che il grado di affollamento di un determinato genere influenzi in modo significativo l'apprezzamento del carattere creativo. A generi più affollati, come quello western, corrisponde una soglia più elevata di originalità laddove in settori poco esplorati l'assenza di stereotipi rende possibili standard più modesti.

Un ragionamento simile ha informato la decisione della Corte di Cassazione con riguardo alla tutela autoriale delle statuine di pastori da destinare alla composizione di presepi<sup>1248</sup>. Invero, la Suprema Corte ha disatteso l'istanza di protezione avanzata dalla ricorrente alla luce del carattere fortemente stereotipato delle statuine, le quali corrispondevano pedissequamente all'iconografia classica dei personaggi presepiali, mancando di qualsiasi elemento discrezionale tale da differenziarle rispetto allo standard consolidato<sup>1249</sup>.

La giurisprudenza sinteticamente posta in rassegna testimonia che il processo di giuridificazione dei personaggi di fantasia come opere dell'ingegno sia strettamente correlato all'esistenza di un potenziale mercato del bene immateriale in questione. Invero, il possibile impiego del personaggio in modo separato rispetto al contesto creativo di nascita ha ingenerato la legittima pretesa degli autori a vedersi remunerati dei loro sforzi creativi parcellizzabili sui singoli personaggi aventi tratti distintivi facilmente identificabili ove essi venissero "strappati" dal luogo di origine. Ciò implica che su una singola opera dell'ingegno, già di per sé meritevole della tutela autoriale, possano insistervi tanti altri diritti d'autore quante sono le sotto-creazioni intellettuali sufficientemente caratterizzate.

In sintesi, l'autonoma rilevanza economica del personaggio di fantasia ha favorito le istanze di tutela giuridica, le quali hanno trovato accoglimento attraverso un'interpretazione del requisito di originalità che subordina il positivo accertamento dell'espressione personalistica dell'autore a che il personaggio creato manifesti a sua volta una particolare personalità che si distingua in qualche modo dagli stereotipi già esistenti<sup>1250</sup>.

---

<sup>1248</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 21 gennaio 2018, n. 658.

<sup>1249</sup> Cass. civ., sen. I, sentenza 23 marzo 2017, n. 7477, in cui si è invece ammessa la tutela autoriale delle statuette targate "Thun" poiché dotate di valore artistico.

<sup>1250</sup> Si precisa altresì che alla tutela del personaggio in quanto tale si aggiunge quella dei disegni ad esso dedicati qualora esprimano la personalità dell'autore attraverso la selezione originale di una serie di elementi, quali i colori, gli accessori e contesti in cui sono raffigurati, come statuito da Tribunale di Torino, sentenza del 2 febbraio 2009, in *Le Sezioni specializzate italiane della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I, 2010, p. 442.

Pertanto, l'esistenza di un mercato correlato ai personaggi di fantasia (sia esso diretto, come nel caso di *character merchandising*, oppure indiretto, a seguito dello sfruttamento dei personaggi in altre opere intellettuali) ne giustifica la protezione giuridica, ma vi costituisce al contempo un limite, tenuto conto che nei mercati più affollati vi è meno spazio per l'attribuzione di diritti monopolistici in ragione del minor spazio di creatività giocoforza lasciato ai successivi autori<sup>1251</sup>. Ciò premesso, occorre valutare se e in che misura i due parametri della caratterizzazione del personaggio e del livello di affollamento del mercato interessino le altre tipologie di opere dell'ingegno esaminate dalla giurisprudenza.

## 18.2. (Segue) I format televisivi

Nel vocabolario Treccani si definisce format il «linguaggio della televisione, l'idea base, o la formula, secondo cui è ideato un programma televisivo originale»<sup>1252</sup>. Per gli studiosi del diritto d'autore il riferimento alla sola idea quale elemento portante di una creazione intellettuale risuona come un campanello d'allarme che si traduce in un forte indice ostativo al riconoscimento della corrispondente esclusiva. Invero, durante la fase di iniziale affermazione il format televisivo aveva – almeno per certi versi – messo in discussione alcuni capisaldi del diritto d'autore, specialmente il requisito di originalità e l'applicazione del principio dicotomico idea-espressione<sup>1253</sup>. In proposito, la giurisprudenza straniera, specialmente quella neozelandese<sup>1254</sup> e francese<sup>1255</sup>, argomentava che lo stadio ideativo caratterizzante il format televisivo precluderebbe la possibilità di predicarne la compiutezza espressiva e, conseguentemente, la protezione autoriale.

Questa linea di pensiero aveva in un primo momento persuaso la giurisprudenza italiana<sup>1256</sup>, portando la dottrina ad etichettare questa

---

<sup>1251</sup> A. MUSSO, *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistemica fra i regimi di proprietà industriale e intellettuale*, op. cit., p. 143, il quale evidenzia che al maggiore affollamento di un settore creativo corrisponde una più debole originalità delle creazioni ivi afferenti determinando un più limitato ambito di protezione in caso di contraffazione. L'Autore si riferiva specificamente alla ridotta protezione del "Big Red" i cui tratti caratteristici derivanti dall'archetipo rotondo e goffo sono ben ricorrenti tra i pupazzi televisivi e fumettistici.

<sup>1252</sup> Treccani, voce "format", reperibile al seguente link: <https://www.treccani.it/vocabolario/format/>.

<sup>1253</sup> Per un'ampia ricostruzione delle questioni giuridiche in materia di format cfr. L. LIGUORI, E. QUARTA (a cura di), *Format televisivi nell'Era dell'IA: indagini sugli aspetti civilistici, commerciali, criminologici, penalistici e tributari*, op. cit., unitamente alla vasta bibliografia citata.

<sup>1254</sup> Corte d'appello della Nuova Zelanda, 18 luglio 1989, *Green v. Broadcasting Corporation of New Zeland*, 2 All ER 1056.

<sup>1255</sup> Corte d'appello di Parigi, 22 settembre 1980, *Pialat c. Dame Caprile*, in *RIDA*, 1981, p. 166.

<sup>1256</sup> Pretura di Roma, sentenza del 26 novembre 1987, in *Giurisprudenza Italiana*, 1988, I pp. 332 ss.

particolare creazione intellettuale come un caso limite del diritto d'autore<sup>1257</sup>. Altri Autori si erano espressi nel senso di considerare il format come un semilavorato rispetto alle esigenze televisive<sup>1258</sup>. Nondimeno, sembra opportuno ritenere che il format, all'interno della sua categoria, possa essere considerato come opera completa, posto che altrimenti esso non sarebbe mai autonomamente tutelabile dal diritto d'autore per difetto di forma espressiva. In altre parole, il format, nell'ambito del suo specifico genere creativo, appare idoneo ad acquisire compiutezza espressiva purché possieda gli elementi identificativi che lo caratterizzano.

A tal riguardo, la SIAE, nel bollettino ufficiale n. 66 del 1994, in cui definisce il format come «opera dell'ingegno avente struttura originale esplicita e compiuta nell'articolazione delle sue fasi sequenziali e tematiche, idonea ad essere rappresentata in un'azione radiotelevisiva o teatrale, immediatamente o attraverso interventi di adattamento o di trasposizione, anche in vista della creazione di multipli», ha individuato quattro tratti caratterizzanti: il titolo, la struttura narrativa di base (anche nota come canovaccio), l'apparato scenico e i personaggi fissi.

Contestualmente a tale opera di tipizzazione "paranormativa", condivisa successivamente dall'AGCOM<sup>1259</sup>, l'orientamento favorevole alla tutela d'autore del format ha trovato conforto anche nella giurisprudenza di merito con riguardo al format "Stranamore", in cui si è affermato *expressis verbis* che «[n]on appare condivisibile la tesi secondo cui non sarebbe tutelabile in base alle norme del diritto d'autore un'opera costituita dallo schema di una trasmissione, purché esso presenti elementi sufficienti di originalità e creatività. Uno schema di programma può considerarsi sufficientemente preciso, e quindi tale da costituire una elaborazione originale, allorché pur senza giungere ad una esposizione minuziosa ed analitica fornisca però elementi sufficienti a caratterizzare in modo definito almeno la natura e lo svolgimento degli eventi: ciò in special modo è necessario nel caso in cui il tema centrale della trasmissione non abbia di per sé caratteristiche di assoluta originalità»<sup>1260</sup>.

Al pari dei personaggi televisivi, si esige una caratterizzazione personale da parte dell'autore, in cui il nome del personaggio diviene il titolo del format, il modo di pensare del primo diventa la struttura narrativa del secondo, il vestiario si trasforma nell'apparato scenico e i tratti somatici prendono la forma dei personaggi fissi. Tale caratterizzazione è stata, ad esempio, esclusa con riguardo ad un programma di gioco dalla sommaria

---

<sup>1257</sup> A. SAVINI, *Programmi e giochi televisivi*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1988, p. 331.

<sup>1258</sup> U. PATRONI GRIFFI, *I semi lavorati della produzione televisiva*, in L. NIVARRA (a cura di), *I diritti televisivi nell'era digitale. Atti del convegno di Palermo RAI-AIDA del 18 settembre 2002*, Milano, 2003.

<sup>1259</sup> AGCOM, delibera n. 699/01/CSP del 2001.

<sup>1260</sup> Tribunale di Monza, 24 maggio 1994, in *Il Diritto di Autore*, 1995, p. 263. Si rammenta altresì che un orientamento favorevole era stato già espresso dalla Pretura di Torino con la sentenza dell'8 aprile 1987, in *Il Foro Italiano*, p. 2160, ove si era ritenuto che la l.d.a. fosse applicabile anche soltanto ad una frazione di programma televisivo particolarmente originale.

descrizione che lasciava aperte molteplici possibilità alternative nello svolgimento del programma senza nemmeno indicare i criteri di selezione dei concorrenti<sup>1261</sup>. Del pari, si è negata la tutela verso uno spettacolo musicale dall'approssimativa descrizione dello sviluppo visivo e verbale dei vari temi, non risultando dotato di una capacità espressiva autonoma rispetto all'apporto dei singoli artisti partecipanti<sup>1262</sup>.

Si è così registrata una chiusura verso molteplici format, vuoi perché scarsamente dettagliati al punto da designarli come scatole vuote<sup>1263</sup>, vuoi perché difficilmente ripetibili<sup>1264</sup>, oppure ancora perché lasciati ad un'eccessiva improvvisazione, inducendo la giurisprudenza a richiedere degli elementi aggiuntivi rispetto a quelli declinati dalla SIAE, come le dinamiche di svolgimento, il ruolo di ciascun protagonista, il carattere, il contenuto e la durata di ogni intervento<sup>1265</sup>. Restano ammesse alla libera determinazione successiva soltanto quelle integrazioni necessarie alla realizzazione concreta del programma, come le storie di cronaca da raccontare, le persone da intervistare, la voce narrante<sup>1266</sup>. Né appare sufficiente limitarsi alla scelta delle categorie di contenuti del format, come si è puntualizzato in una sentenza del Tribunale di Roma che ha rigettato la richiesta di protezione di un telegiornale delle buone notizie<sup>1267</sup>.

---

<sup>1261</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 5 maggio 2005, in *Le Sezioni specializzate della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I, 2005, p. 317. Diversamente, nella sentenza della Corte distrettuale statunitense de 12 marzo 1992, *Sheehan c. MTV Network*, n. LEXIS 3028 (S.D.N.Y. 1992), si è affermata la tutela di un *game show* musicale in quanto annoverante degli elementi arbitrari atipici rispetto al genere di afferenza, tra cui in particolare la prenotazione delle risposte da parte dei concorrenti attraverso una pistola laser, esprimendosi nei seguenti termini: «Although plaintiffs' proposal is, to some extent, a mere combination of standard ideas for a game show, the proposal does have unique elements, such as its distinctive arrangement and its primary "hook", the use of the laser gun to hoot at music videos displayed on nine video screens». Per una disamina della giurisprudenza americana in materia cfr. D. FOX, *Harsh Realities: Substantial Similarity in the Reality Television Context*, op. cit., pp. 224 ss.

<sup>1262</sup> Tribunale di Napoli, sentenza del 7 febbraio 2006, in *Le Sezioni specializzate della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I-II, 2006, p. 235.

<sup>1263</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 13 ottobre 2011, n. 21172. Precedenti conformi, Tribunale di Cagliari, sentenza del 26 gennaio 2007, n. 222; Tribunale di Roma, sentenza del 31 ottobre 2008, in *Le Sezioni specializzate della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I, 2008, p. 316.

<sup>1264</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 27 luglio 2017, n. 18633, in cui si è puntualizzato che la struttura esplicativa del format debba essere ripetibile da altre emittenti.

<sup>1265</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 31 maggio 2007, in *Le Sezioni specializzate della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I, 2008, p. 252. Nel format in questione, erano possibili diverse scelte di ambientazione, quali la discoteca o il set televisivo, che influenzavano gli sviluppi dello spettacolo, affidando il riempimento dei contenuti alla improvvisazione e alla spontaneità del conduttore e dei partecipanti. Conforme, Tribunale di Roma, sentenza del 9 novembre 2007, *ivi*, p. 271; IDEM, sentenza del 27 dicembre 2010, *ivi*, 2010, I, p. 430. In senso favorevole sul fronte americano v. la sentenza della Corte distrettuale U.S.A., *Pelt, c. Cbs*, LEXIS 20464 (D.C. Cal. 1993), in cui si è negata la tutela di un programma televisivo strutturato con una canzone d'apertura, la presenza di un moderatore, di un'audience, di un *panel* di ospiti, di un argomento di discussione e di una pausa commerciale, trattandosi di idee generiche che permeano qualsiasi *talk show* televisivo.

<sup>1266</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 7 febbraio 2011, in *Il Diritto di Autore*, IV, 2011, p. 548.

<sup>1267</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 18 gennaio 2017, n. 775, in *DeJure*.

Inoltre, in alcune pronunce si è associata l'attribuzione della tutela alla sensazione suscitata nello spettatore, pretendendo che essa debba essere quella di assistere ad un'opera nuova ed originale e non invece alla rappresentazione di un prodotto noto al suo immaginario mnemonico<sup>1268</sup>. In altre sentenze ancor più creative, ci si è spinti a negare *ab origine* la tutelabilità autoriale del format<sup>1269</sup>.

Questa tesi estremista, oltre a contrastare con la qualifica di opera dell'ingegno operata dalla SIAE e poi fatta propria dall'AGCOM, è sconfessata da una serie di arresti giurisprudenziali, anche di legittimità, che hanno riscontrato l'originalità nei format "Grande Fratello"<sup>1270</sup>, "Affari Tuoi"<sup>1271</sup> e "Amici di Maria De Filippi"<sup>1272</sup>, ritenendo che lo schema narrativo dei fatti scenici fosse sufficientemente articolato da meritare la protezione autoriale<sup>1273</sup>.

Al pari di come avvenuto per i personaggi di fantasia, la tutela giuridica del format è stata preceduta dalla sua crescente affermazione economica. In modo analogo, il successivo affollamento del mercato, unitamente ai tentativi opportunistici volti all'appropriazione di idee ordinarie, è stato calmierato da un'*actio finium regundorum* della giurisprudenza mediante la previsione di obblighi più puntuali di specificazione dell'opera interessata, chiudendo così i cancelli del diritto d'autore verso modelli narrativi divenuti ormai banali o costituendo delle semplici idee<sup>1274</sup>.

La difficile riconduzione del rifiuto alla qualificazione del format come idea oppure come opera banale induce a ritenere che per quanto il requisito di

---

<sup>1268</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 3 marzo 2011, in *Le Sezioni specializzate della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I, 2012, p. 430.

<sup>1269</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 23 maggio 2008, in *Le Sezioni specializzate della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I, 2008, p. 290, ove si è affermato che «Il format di un programma televisivo costituisce elemento embrionale di un'opera che è priva di un'espressione formale che consenta di apprezzarne il contenuto creativo, richiede un ulteriore processo di elaborazione e di integrazione con altri contributi creativi per raggiungere individualità e compiutezza della presentazione, e dunque non può essere protetto come opera dell'ingegno».

<sup>1270</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 12 marzo 2004, in *Le Sezioni specializzate della Proprietà Industriale e Intellettuale*, I, 2004, p. 136.

<sup>1271</sup> Tribunale Amministrativo Regionale di Roma, sez. III, sentenza del 7 giugno 2010, n. 15699.

<sup>1272</sup> Cass. civ., sez. I, ordinanza del 29 novembre 2021, n. 37353.

<sup>1273</sup> In proposito, giova richiamare la tesi proposta da M. BERTANI, *Tutela dei Format di programmi televisivi*, op. cit., p. 704, il quale suggerisce la distinzione tra schema ideativo, di per sé non tutelabile, e schema narrativo, meritevole di protezione in quanto più idoneo a soddisfare il requisito di compiutezza espressiva. Secondo l'Autore la linea di confine tra le due produzioni si risolverebbe in una *quaestio facti*, dipendente da un accertamento caso per caso in forza del quale all'aumentare del grado di specificazione dell'idea aumenterebbero altresì le possibilità di accesso alla tutela autoriale.

<sup>1274</sup> Sul punto v. G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, op. cit., p. 33, il quale osserva che "sebbene non si escluda in astratto la tutelabilità del format con il diritto d'autore, si fissano una serie di paletti finalizzati a circoscrivere la protezione soltanto a quei format dai quali si evinca non solo lo schema ideativo del programma, ma anche l'articolazione della struttura e la scansione degli eventi".

originalità e la dicotomia idea-espressione sembrano operare su piani diversi, essi in realtà si derogano, si influenzano e si definiscono vicendevolmente<sup>1275</sup>.

In ogni caso, il grado di caratterizzazione dell'opera e quello di affollamento del rispettivo mercato costituiscono delle variabili di indiscussa incidenza anche nell'esame di originalità del format televisivo.

### 18.3. (Segue) Gli slogan

Lo slogan è un'opera letteraria "in miniatura" caratterizzata dallo scopo pubblicitario-promozionale. Ad un orientamento giurisprudenziale più risalente che faticava a rintracciare la personalità dell'autore in testi alquanto succinti<sup>1276</sup>, come "È già domani"<sup>1277</sup> o "Splungen Blau è il nome della birra"<sup>1278</sup> si è poi contrapposto un filone di apertura inaugurato dal riconoscimento della tutela autoriale in favore dell'iconica combinazione delle "sole" due parole "Cacao meraviglia"<sup>1279</sup>.

Giova precisare che il dibattito intorno alla protezione autoriale dello slogan non si esaurisce in una questione puramente quantitativa – che sembra essere alla base dell'approccio restrittivo statunitense<sup>1280</sup> –, posto che nella già richiamata vicenda *Infopaq* si è affermata la possibilità di tutela di undici parole e verosimilmente tale soglia è riducibile ulteriormente fintanto che il testo continua a costituire la cd. creazione intellettuale propria dell'autore.

Viene maggiormente in rilievo una valutazione di tipo qualitativo che, con particolare riguardo allo slogan, viene espressamente declinata nel senso di esigere una forma espressiva non elementare che rappresenti con bastevole organicità la personalità dell'autore e sia capace di veicolare un messaggio idoneo ad influenzare il comportamento del consumatore medio, come è stato ad esempio acclarato per lo slogan targato FIAT "You are, we car"<sup>1281</sup>.

Proprio di recente, la Suprema Corte è nuovamente intervenuta su una questione di diritto d'autore riguardante un altro slogan del gruppo FIAT<sup>1282</sup>.

---

<sup>1275</sup> B. TASSONE, G. BIFERALI, *La tutela del «format» in Cassazione, fra principi generali e merito dell'opera*, op. cit., pp. 882 ss.

<sup>1276</sup> Restando negli studi sulla qualità di poche parole ad elevarsi ad opere dell'ingegno, si veda altresì l'interessante studio sulla tutela autoriale del rebus proposta da L.C. UBERTAZZI, *Rebus e diritto d'autore*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 2018, pp. 357-363, il quale conclude in senso adesivo.

<sup>1277</sup> Corte di appello di Milano, sentenza del 18 ottobre 1974, in *Il Diritto di Autore*, 1975.

<sup>1278</sup> Tribunale di Milano, sentenza dell'11 giugno 1968, *ivi*, 1969.

<sup>1279</sup> Pretura di Roma, 10 gennaio 1990, *ivi*, 1991, 358.

<sup>1280</sup> La tutela autoriale degli slogan è espressamente esclusa dalla Section 202.1, lett. a), delle linee-guida del *Copyright Office*, ove si esclude la possibilità di registrazione per «Words and short phrases such as names, titles, and slogans; familiar symbols or designs».

<sup>1281</sup> Tribunale di Torino, sentenza del 28 luglio 2010, n. 5157, in *Pluris*, con nota di S. ALVANINI, *Sulla tutelabilità delle tagline come opera dell'ingegno*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2011, pp. 264 ss.

<sup>1282</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 14 marzo 2022, n. 8276, con mia nota, *L'interferenza del marchio sulla creatività autoriale dello slogan*, in *Il Diritto di Autore*, in corso di pubblicazione, 2022; E. BONADIO, N. DE MUCCI, *Can a slogan be protected by copyright? The recent stance of the Italian Supreme Court*, Kluwer Copyright Blog, 24 maggio 2022, reperibile al seguente link:

A differenza del precedente avente ad oggetto la cessione – positivamente acclarata – dei diritti patrimoniali sullo slogan “You are, we car”, rispetto al quale era risultata pacifica la protezione d’autore, la *querelle* definita dalla Corte di Cassazione attiene all’idoneità del *claim* pubblicitario “500%FIAT” di godere del menzionato diritto di esclusiva.

Preme dar conto che lo slogan in questione era stato registrato presso la SIAE, ai sensi dell’art. 67 del Regolamento Generale della Società, pur ricordando che la registrazione produce effetti soltanto probatori in merito all’esistenza dell’opera alla data del deposito. Vi è assoluta concordia che essa non produca alcun effetto costitutivo, alla luce della natura non titolata del diritto d’autore, contrariamente ai diritti di proprietà industriale.

In particolare, la controversia è sorta a seguito dell’utilizzo del menzionato slogan da parte di FIAT all’interno di una notoria campagna pubblicitaria senza aver ottenuto una previa autorizzazione da parte del registrante, il quale ha citato in giudizio la Fca Italy S.p.A. e la Leo Burnett Company s.r.l., società commissionaria della relativa indagine sullo slogan da adottare, al fine di ottenere il risarcimento del danno per abusivo sfruttamento della presunta opera dell’ingegno.

Nel merito, il Tribunale e la Corte di appello di Firenze hanno disatteso le pretese dell’asserito titolare argomentando l’inscindibilità della sequenza di parole registrata presso la SIAE rispetto al marchio della casa automobilistica accompagnato da quello del modello di autovettura da essa prodotta (costituenti sette lettere su otto!). I Giudici di prime cure hanno altresì precisato che, quand’anche dovesse ammettersi la scindibilità, lo slogan *de quo* non sembra dispiegare il carattere creativo sufficiente a meritare la protezione d’autore, *ex artt. 1, 2, l.d.a.*

Invero, pur non richiedendosi in via generale che l’opera sia il risultato del genio creativo dell’autore, si è rammentata l’impossibilità di estendere l’esclusiva autoriale in favore di creazioni intellettuali che risultino banali in rapporto allo stato dell’arte nel settore artistico/culturale interessato. Nel caso di specie, è emerso che nello stesso comparto industriale fossero già esistenti svariate pubblicità similari miranti a promuovere altri modelli automobilistici, quali ad esempio “500%Joy”, “500%Unconventional”, “La praticità al 106 percento”. Non si è quindi riscontrato alcun elemento avanguardista che potesse giustificare l’attribuzione di un diritto di esclusiva.

Il soccombente ha proposto un ricorso per cassazione articolato su quattro motivi legati dal comune presupposto che i Giudici fiorentini avessero errato nel negare l’esistenza del carattere creativo rispetto al messaggio pubblicitario attenzionato.

La Suprema Corte ha condiviso le statuizioni di merito, affermandone la compiutezza argomentativa, specialmente in riferimento alla circostanza che l’impiego di due marchi forti avrebbe un effetto di trascinamento della parte non notoria (la sola percentuale) senza il quale il messaggio pubblicitario perderebbe di qualunque capacità evocativa nella mente del

---

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/05/24/can-a-slogan-be-protected-by-copyright-the-recent-stance-of-the-italian-supreme-court/>.



consumatore medio. Si è così affermato il seguente principio di diritto: «In tema di diritto di autore, la rivendicazione, ai sensi dell'art. 2, n. 4, l.d.a., del diritto di privativa [n.d.r. esclusiva] per intervenuta registrazione di un messaggio pubblicitario (cd. slogan) postula che sia dimostrata l'originalità del creato, da escludersi in ipotesi di utilizzazione, nel medesimo messaggio, del riferimento a marchi già registrati e dotati di determinante capacità evocativa, sì che quel collegamento, per la sua forza evocativa autonoma, faccia venir meno la parte creativa del claim ed escluda l'elemento innovativo».

L'impugnazione è stata quindi rigettata *in toto* a favore di FIAT, assumendo che lo slogan oggetto di lite fosse privo della tutela autoriale, confermandone lo scivolamento nel pubblico dominio.

Le considerazioni espresse dalla Suprema Corte producono delle forti ricadute pratiche con riguardo all'apprezzamento del carattere creativo di uno slogan allorché quest'ultimo contenga il riferimento ad uno o più marchi. Il criterio ermeneutico che l'interprete sarebbe chiamato a seguire è quello che attribuisce al richiamo di un marchio un effetto depotenziante della creatività dello slogan in cui esso è inserito. È come se il marchio interferisse negativamente sull'originalità di un'opera dell'ingegno.

La *ratio* sembra risiedere nella circostanza che il marchio abbia già accesso in quanto tale ad un diritto di privativa industriale, volendo evitare fenomeni di iper-protezione che conseguirebbero dall'addizionale tutela autoriale in favore sostanzialmente del medesimo sforzo creativo. Potrebbe quindi evincersi che all'aumentare della notorietà dei segni distintivi richiamati aumenti altresì il gradiente creativo che deve possedere la combinazione di parole depurata dal marchio affinché lo slogan possa beneficiare della protezione sotto il cappello del diritto d'autore.

Siffatto orientamento implicherebbe di fatto un'equiparazione dello slogan alle opere del disegno industriale per le quali è richiesta la scindibilità del valore artistico rispetto agli elementi funzionali, ai sensi dell'art. 2, n. 10, l.d.a. Tuttavia, la conclusione cui è giunto il Supremo Consesso di legittimità sembra essere il risultato di un intervento giurisprudenziale alquanto creativo dal momento che il dato normativo prevede tale separazione esclusivamente per le opere del disegno industriale e non anche per gli slogan.

Conformandosi all'interpretazione del requisito di originalità prevista per le precedenti opere atipiche, si lascia preferire l'opzione interpretativa che "screma" dalla valutazione di creatività non tanto i marchi evocati, quanto invece gli elementi divenuti banali oppure strettamente vincolati allo scopo pubblicitario. In questa prospettiva, probabilmente anche il messaggio pubblicitario "500% FIAT" avrebbe avuto titolo a godere della protezione autoriale, anche se il raggio di esclusiva sarebbe stato limitato a copie similpedissequa del medesimo in ragione del marginale carattere innovativo apportato rispetto allo stato dell'arte. È pur vero che lo slogan oggetto di scrutinio si risolve in un'inversione del nome di un modello di autovettura più venduto dalla casa automobilistica intervallato soltanto da una percentuale, ma alla base del suo concepimento non può negarsi l'esistenza di uno sforzo

intellettuale ben preciso mirante a sottolineare come il successo di questo modello racchiuda i valori di eccellenza che da oltre un secolo appartengono in realtà a tutte le vetture Fiat<sup>1283</sup>.

In questa prospettiva, la valutazione di originalità, oltre ad articolarsi nell'esame del grado di caratterizzazione dell'opera per effetto di scelte libere e creativo e del livello di affollamento del settore di afferenza, si integra dell'accertamento in merito all'idoneità dell'opera di veicolare – in modo più o meno esplicito – un determinato messaggio.

#### 18.4. (Segue) Il *concept store*

Per *concept store* si suole intendere l'idea stilistica che contrassegna l'arredamento interno di un negozio (o più spesso di una catena di negozi) e che si compone quantomeno dell'indicazione degli elementi strutturali di arredo e degli effetti che – si vuole – tale combinazione produca nei confronti del pubblico. Da un punto di vista strutturale, sono evidenti i punti di contatto con il format televisivo, potendo considerare il *concept store* come un format dal diverso comparto industriale, passando da quello audiovisivo a quello dell'*interior design*.

Con riguardo a quest'ultimo settore, giova rammentare che in passato i progetti dell'architettura e dell'ingegneria non potevano costituire oggetto di un diritto esclusivo d'autore dal momento che vigeva l'orientamento secondo il quale essi sarebbero carenti di un valore creativo. Ed infatti i suddetti lavori non erano menzionati nell'ambito di protezione delle opere dell'ingegno previsto dalla l. 25 giugno 1865 n. 2337. Si è dovuto attendere la revisione di Berlino della Convenzione di Berna risalente al 1908 per includere le opere architettoniche e di ingegneria nel novero delle entità proteggibili dalla disciplina autorale enunciate all'art. 2. Successivamente anche in Italia, in virtù dell'art. 1 del d.l. 7 novembre 1925, n. 1950, si è affermato il riconoscimento delle opere architettoniche come creazioni dell'ingegno<sup>1284</sup>.

Per quasi un secolo la dottrina<sup>1285</sup> e la giurisprudenza<sup>1286</sup> hanno inteso l'opera architettonica secondo un'accezione tradizionalista che ne subordina

---

<sup>1283</sup> Blogmotori.com, "Ogni Fiat è 500% Fiat", con questo slogan è partita l'originale campagna pubblicitaria di Fiat Automobiles, 17 aprile 2008, reperibile al seguente link: <https://www.blogmotori.com/ogni-fiat-e-500-fiat-con-questo-slogan-e-partita-loriginale-campagna-pubblicitaria-di-fiat-automobiles/>.

<sup>1284</sup> Per ulteriori approfondimenti storici si veda diffusamente D. AMODEO, *L'evoluzione legislativa ed interpretativa della tutela dell'opera architettonica*, in *Il Diritto di Autore*, III, 2005, pp. 311 ss. e la bibliografia citata.

<sup>1285</sup> A. MUSSO, *Arredamento e architettura d'interni fra industrial design e opere dell'ingegno*, in *Annali italiano del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1999, pp. 310 ss.

<sup>1286</sup> Tribunale di Milano, ordinanza del 31 maggio 2006, secondo cui l'opera architettonica sarebbe ammessa alla tutela prevista all'art. 2, n. 5, l.d.a., allorché gli arredi «si fondano inscindibilmente con l'immobile o quando si pongano come risultato di una combinazione estetica originale di mobili, suppellettili e infissi» e non invece nell'ipotesi in cui vi siano «singole parti fisse, quali impianti di illuminazione, pavimentazione, abbassamento del soffitto, solette e scale». Conformi, Tribunale di Catania, ordinanza del 17 giugno 2000, in *Rivista del Diritto Commerciale*, II, 2002, pp. 37 ss.; IDEM, ordinanza del 28 luglio 2000, *ivi*.

la tutela autoriale ai casi in cui gli elementi di cui si compone l'arredo fossero inscindibilmente ancorati all'immobile.

Quest'orientamento è stato rivisitato dalla Corte di Cassazione in occasione della controversia tra le note imprese di make-up, Wycon s.r.l. (di seguito "Wycon") e Kiko S.p.A. (di seguito "Kiko") avente ad oggetto la tutela di un arredamento di interni ricorrente in quaranta negozi della catena Kiko<sup>1287</sup>.

#### 18.4.1. (Segue) L'arredamento di un negozio di trucchi

La vicenda, felicemente battezzata come la "battaglia del rossetto"<sup>1288</sup>, ha assunto un respiro plurigiurisdizionale<sup>1289</sup>, dal momento che della medesima questione sono stati investiti svariati giudici nazionali. Anche in Italia l'interrogativo portato all'attenzione della Corte di Cassazione verte sull'accertamento della responsabilità di Wycon per la violazione dei diritti di esclusiva che Kiko deterrebbe sullo "stile dei propri negozi", in virtù di un'interpretazione evolutivo-estensiva dell'art. 2, n. 5, l.d.a.

Kiko aveva, infatti, commissionato allo studio di architetti Iosa Ghini Associati s.r.l. la progettazione del modello di arredamento di interni che avrebbe caratterizzato tutti gli *shops* della catena per la somma di € 70.000, acquisendone i diritti di sfruttamento economico e i connessi diritti di esclusiva.

La controversia è sorta dalla forte somiglianza tra lo stile adottato in tale progetto e quello dell'arredamento di interni scelto dalla *competitor* Wycon per allestire i propri negozi. Da un lato, quest'ultima respingeva l'originalità del *concept store* dei negozi Kiko argomentando che il progetto architettonico *de quo* si riducesse a delle basilari indicazioni di stile, e dall'altro, Kiko sosteneva che la combinazione dell'arredamento interno dei

---

<sup>1287</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 30 aprile 2020, n. 8433, con mia nota *Concept store e privative industriali: verso la tutela (anche) autorale come opera architettonica*, op. cit., pp. 201-218.

<sup>1288</sup> La Repubblica, *La battaglia del rossetto: Wycon condannata a rifare i negozi copiati da Kiko*, 18 aprile 2018, reperibile al seguente link: [https://www.repubblica.it/economia/rubriche/fashion-e-finance/2018/04/10/news/il\\_giudice\\_condanna\\_wycon\\_a\\_rifare\\_i\\_negozi\\_copiati\\_da\\_kiko-193398703/](https://www.repubblica.it/economia/rubriche/fashion-e-finance/2018/04/10/news/il_giudice_condanna_wycon_a_rifare_i_negozi_copiati_da_kiko-193398703/).

<sup>1289</sup> A titolo esemplificativo si richiama l'ordinanza del Presidente del Tribunale di commercio di Liegi del 6 dicembre 2016, R.G. A/16/1587, con la quale il giudice francese ha negato la tutela autorale del *concept store* Kiko argomentando con un'interpretazione a contrario che l'eventuale riconoscimento del carattere originale di una combinazione di elementi banali (rispetto a un dato mercato) avrebbe accordato un *monopolio esorbitante* in favore di Kiko: «Nous estimons que la combinaison de ces sept éléments n'est pas en-elle-même originale en tant que composition. [...] A suivre la thèse de Kiko, et si dès lors un ordre de cessation devait être prononcé, de nombreux autres commerces pourraient se voir infliger la même sanction, octroyant ainsi un monopole exorbitant à Kiko» [corsivo mio]. Un simile epilogo si è registrato anche in Portogallo in cui il Tribunale di Lisbona, con un provvedimento del 31 marzo 2017, ha escluso l'originalità del format di arredamento dei negozi Kiko ponendo l'accento sulla banalità – per il mercato del make-up – della combinazione degli arredi raffigurata nel progetto confezionato dagli architetti Iosa Ghini, escludendone quindi la possibilità di protezione.

suoi negozi rifletterebbe, invece, le scelte originali dell'autore (in tal caso dello studio di architetti), essendo quindi tutelabile sotto la lente del diritto di autore come opera architettonica. Alla luce di tali considerazioni, Kiko sarebbe titolare dello *ius excludendi* sul *concept store* da essa commissionato e, per gli effetti, sarebbe così legittimata a perseguire eventuali usi non autorizzati da parte di terzi. In aggiunta alla questione in epigrafe, la Suprema Corte è stata chiamata a valutare se i giudici di merito avessero correttamente applicato le norme in materia di concorrenza sleale giungendo alla conclusione che Wycon fosse altresì responsabile nei confronti di Kiko per aver commesso atti di concorrenza sleale parassitaria, ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c.

#### 18.4.2. (Segue) Sintesi minima dei giudizi di merito

Il Tribunale di Milano<sup>1290</sup> ha parzialmente accolto le istanze presentate da Kiko, qualificando il progetto stilistico dei negozi di make-up come opera architettonica di sua esclusiva titolarità e ritenendo quindi Wycon responsabile di plagio del *concept store* della concorrente, nonché affermando l'integrazione di atti di concorrenza parassitaria a danno di Kiko<sup>1291</sup>. Con

---

<sup>1290</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 13 ottobre 2015, n. 11416.

<sup>1291</sup> Per ragioni di completezza espositiva appare opportuno dar conto della diversa soluzione prospettata dal Tribunale di Milano, con la sentenza del 13 marzo 2014, n. 3564, nella controversia – avente sostanzialmente il medesimo *petitum* – tra Kiko e IT style make up, un'altra impresa specializzata nel settore cosmetico. Nel caso di specie il Tribunale meneghino non ha lesinato elogi in merito all'originalità stilistica del *concept store* proposto dallo studio Iosa Ghini, affermando che «Il progetto concepito da I. G., connotato da forte originalità espressiva ed evidente coerenza stilistica, si inverte in elementi espositivi che si protendono, sospesi dalle pareti, illuminati da sotto, ed offrono una suggestione di continuità spaziale ed insieme di leggerezza un po' avveniristica (secondo un immaginario di fantascienza anni '60), e marcatamente aerodinamica, con confini segnati da linee morbide prive di angoli ed ampiamente fluide, riprese negli altri elementi d'arredo (mensole, colonne, specchi, controsoffittature, pannelli retroilluminati ai lati dell'ingresso), e nella configurazione geometrica poliedrica dell'isola, a base più stretta del piano, con un elemento-gamba inclinato che rinvia alla K del logo. La fluidità delle linee, che nel progetto avvolgono gli elementi di arredo come un guscio, per esprimere dinamismo è peraltro uno dei segni dello stile autorale di I. G., fondatore del movimento che si definisce "bolidismo" (doc. 11 conv.) ricorrente in molteplici suoi progetti». Tuttavia, nonostante fosse stata riconosciuta la potenziale tutela del *concept store* come opera architettonica, il Tribunale ha affermato che le particolari caratteristiche degli arredi dei negozi adottati da IT style make up consentano di escludere il dedotto plagio in quanto non riprenderebbero i medesimi connotati – in termini di elementi di novità, fantasia e coerenza stilistica – dei negozi Kiko. Ad avviso del Tribunale, infatti, gli espositori di IT style make up non riprodurrebbero in alcun modo le caratteristiche espressive dell'opera elaborata dagli architetti Iosa Ghini, «essendo connotati da linee spigolose ed ordinariamente rettangolari, appoggiati saldamente e massicciamente a terra, su supporti a piramide tronca rovesciata specchiante (vagamente neo-egizi), le isole centrali sono dei semplici tavoli-bancone o massicci armadi parallelepipedi. Mancano pure gli elementi retroilluminati che nel progetto coprono parte della vetrina di ingresso ai due lati, a mo' di portale, essendo presente un semplice totem con piccole immagini pubblicitarie a video, di forma e impatto visivo del tutto differenti (non essendo pure appropriabile la semplice idea, peraltro abbondantemente già diffusa, di esporre immagini illuminate a led)». In aggiunta, il Tribunale di Milano ha escluso che IT style make up fosse responsabile in base alla normativa in materia di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598, c.c., in quanto le modalità espositive e le strategie di marketing adottate da Kiko rifletterebbero un modello

riferimento alla prima questione, che merita di essere oggetto di particolare approfondimento (v. *infra* par. 18.4.3), il giudice di prima istanza ha ritenuto che «la combinazione e la conformazione complessiva degli elementi utilizzati per l'arredamento dei negozi Kiko quali l'ingresso *open space* con ai lati due grandi grafiche retroilluminate, all'interno espositori laterali consistenti in strutture continue ed inclinate aventi pareti caratterizzate da alloggi in plexiglass trasparente traforate nei quali sono inseriti i prodotti, "isole" a bordo curvilineo posizionate al centro dei negozi per contenere i prodotti e fornire piani di appoggio, presenza di numerosi schermi tv incassati negli espositori inclinati, utilizzazioni di combinazioni di medesimi colori (bianco, nero, rosa/viola) e di luci ad effetto discoteca, espresso nel progetto di architettura di interni realizzato dallo Studio Iosa Ghini Associati s.r.l. (commissionato per la somma di € 70.000) presentavano *sufficienti elementi di creatività*, tali da rendere originale e creativo il progetto di architettura e quindi meritevole di tutela *ex art. 2 n. 5 l.d.a. [corsivo mio]*».

Ulteriormente, il Tribunale meneghino ha condannato Wycon per atti di concorrenza sleale parassitaria ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c., in quanto responsabile di aver pedissequamente seguito le orme dell'impresa concorrente senza alcun apporto originale alle proprie iniziative commerciali. Per tali ragioni il giudizio di primo grado si è concluso con la condanna di Wycon al risarcimento dei danni in favore di Kiko per la somma di € 716.250,00, con l'ulteriore obbligo di modifica degli arredi dei 120 negozi Wycon al fine di non incorrere nel pagamento di una penale pari ad € 10.000,00 per ogni punto vendita che risulterà mantenere ancora il medesimo arredamento oltre il sessantesimo giorno dalla notifica della sentenza in forma esecutiva.

La soccombente ha impugnato la pronuncia in discorso innanzi alla Corte di Appello di Milano<sup>1292</sup> che ha sostanzialmente condiviso la ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, limitandosi soltanto ad estendere a 150 giorni (anziché 60) il termine per il riadattamento degli interni dei negozi Wycon.

### **18.4.3. (Segue) Il ruolo primario dell'interpretazione giurisprudenziale nella multiforme protezione del *concept store***

Avverso la decisione sfavorevole anche della Corte di Appello meneghina, Wycon ha proposto un ricorso per cassazione articolato in 12 motivi. Tra questi, meritano particolare attenzione il terzo, il quarto, il quinto, il sesto e il settimo motivo di ricorso, in quanto aventi ad oggetto l'idoneità del *concept store* ad essere oggetto di tutela autorale. Il *fil rouge* che

---

ormai ampiamente standardizzato nel mercato della profumeria, la cui tutela produrrebbe ingiustificati effetti *anticoncorrenziali*. Il giudice di primo grado ha, infatti, ribadito che «una diversa soluzione consentirebbe di riconoscere una *indiretta forma di monopolio*, sia pure sotto il ridotto profilo della tutela concorrenziale, su semplici modalità espositive, connotate dalle esigenze funzionali di utilizzare gli spazi di un negozio per garantire un'offerta con scelta diretta del cliente» [corsivo mio].

<sup>1292</sup> Corte d'Appello di Milano, 26 marzo 2018, sentenza n. 1543.

accomuna i diversi motivi di ricorso avanzati dalla soccombente è rintracciabile nella ricorrente doglianza circa la falsa applicazione da parte della Corte di Appello di Milano dell'art. 2, n. 5, l.d.a., per aver ritenuto che lo stile dei negozi Kiko fosse tutelabile come opera creativa architettonica e che quindi l'eventuale utilizzazione economica da parte di terzi costituisse plagio in base all'art. 12, l.d.a.

Secondo quanto prospettato da Wycon il progetto commissionato dalla concorrente agli architetti Iosa Ghini si ridurrebbe a delle basilari indicazioni riguardanti la disposizione dei mobili all'interno dei negozi che mancherebbero dei requisiti minimi di creatività necessaria a rendere il progetto tutelabile secondo la nota disciplina autorale. Tuttavia, prima di entrare nell'esame specifico della pronuncia appare opportuno dar conto in via preliminare della multiforme tutela giurisprudenziale di cui il *concept store* – lungi dall'esser orfano di alcun diritto di privativa industriale/autorale – ha cominciato a godere negli ultimi anni soprattutto alla luce del fatto che alcune delle forme di protezione oggetto di successiva analisi (*infra*) sono richiamate nelle argomentazioni di alcuni dei motivi di ricorso.

#### 18.4.3.1 (*Segue*)...come design industriale

Tra le composite forme di protezione del *concept store*, frutto di alcuni inaspettati approdi della giurisprudenza “creativa”, giova richiamare innanzitutto un (estremo) orientamento<sup>1293</sup> – che non ritengo condivisibile – che accorderebbe tutela al *concept store* soltanto come opera di design industriale<sup>1294</sup>. Ciò sarebbe possibile qualora il progetto soddisfi il requisito stabilito per la protezione dei progetti di ingegneria ai sensi dell'art. 99, l.d.a., ovvero che presenti delle soluzioni originali a problemi tecnici. Orbene, come lucidamente rilevato da una commentatrice della sentenza in parola<sup>1295</sup>, il requisito dell'idoneità dell'opera a soddisfare un problema tecnico mal si attaglia rispetto alle componenti di arredo, le quali *ex se* non si caratterizzano – almeno tendenzialmente – per rispondere a questioni tecniche, bensì per assolvere ad una funzione prevalentemente estetica. Pertanto, escluderei (o riterrei molto marginale) la possibilità – e l'opportunità – di accordare la protezione come opera di design industriale ad una *combinazione* originale di componenti di arredo. Orbene la funzione artistica cui esso tipicamente risponde impedisce di annoverare il *concept store* fra le opere del design industriale. Beninteso, ciò non esclude che singoli elementi di arredo idonei

---

<sup>1293</sup> Ordinanza del Tribunale di Roma del 5 settembre 2012.

<sup>1294</sup> Già da molti anni, infatti, la dottrina è incline ad affermare che l'opera architettonica, oltre alla componente estetica, sia idonea anche a possedere una componente funzionale, cfr. P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, op. cit., pp. 80 ss.; M. AMMENDOLA, *L'opera architettonica come oggetto del diritto d'autore. Rilevanza giuridica di un connubio tra arte e tecnica*, op. cit., pp. 116 ss., richiamati da L. MARCHEGIANI, *Opere “utili” e libertà della concorrenza*, Giuffrè, Milano 2006, 124-125.

<sup>1295</sup> M.G. FRANCESCHELLI, *La tutela del concept store ai sensi del diritto d'autore*, in *Il Diritto Industriale*, I, 2016, 39 ss.

a risolvere problemi tecnici possano *autonomamente* beneficiare della protezione come design industriale.

Tornando alla controversia tra le due note case di make-up giova rilevare che Wycon asseriva che il progetto architettonico commissionato da Kiko fosse al più proteggibile nei *singoli* elementi di arredo come opere autonome di design industriale, *ex art. 2, n. 10, l.d.a.* a condizione che ne venisse accertato l'elemento creativo. Inoltre, sempre a parere della ricorrente, non sarebbe possibile riconoscere una tutela cumulativa – anche come opera architettonica *ex art. 2, n. 5, l.d.a.* – al medesimo risultato creativo.

Conviene ricordare brevemente che l'opera di design industriale, caratterizzandosi – come già evidenziato *supra* – per la finalità precipua di risolvere un dato problema tecnico (si parla non a caso di arte applicata all'industria) si compone, quindi, di oggetti di uso pratico che, secondo la dottrina di un tempo, non potevano essere dotati di un valore estetico apprezzabile ed eventualmente scindibile dal quale ne sarebbe conseguita un'esclusiva autonoma e cumulativa<sup>1296</sup>. Pertanto, in passato era stata rigettata l'opportunità di riconoscere anche la tutela autorale alle opere di design industriale in quanto altrimenti si sarebbe potuta accordare all'ideatore una protezione pressoché perpetua, con effetti ben poco stimolanti per il libero gioco della concorrenza<sup>1297</sup>. Tuttavia, come ben noto, l'art. 2, n. 7 della Convenzione di Berna ha consacrato la scissione tra la componente estetica e quella utilitaristica delegando i Paesi Unionisti a determinare sia la sfera di applicazione delle leggi relative alle opere delle arti applicate, sia le *condizioni di protezione* di tali opere. Di qui l'ultima formulazione<sup>1298</sup> dell'art. 2, n. 10, l.d.a., che attribuisce – anche – la tutela autorale alle opere di design industriale allorquando presentino un autonomo carattere creativo e un valore artistico.

---

<sup>1296</sup> In quanto si riteneva che la forma dell'oggetto prodotto in serie fondesse in un tutt'uno i profili funzionali con quelli estetici, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., 263-275.

<sup>1297</sup> Per alcune interessanti considerazioni sul rapporto tra diritti di proprietà industriale e tutela della concorrenza si veda M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 47-48.

<sup>1298</sup> L'art. 22, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 95 del 2 febbraio 2001 prevede l'integrazione dell'art. 2, comma 1, l.d.a., aggiungendovi in coda il n. 10 che tutela espressamente «le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico». Sulla stigmatizzata aggiunta del requisito del “valore artistico” affinché l'opera di design possa accedere alla tutela autorale a differenza delle altre opere per le quali sarebbe sufficiente il carattere creativo si richiamano le considerazioni (non del tutto condivise) di S. GUIZZARDI, *Il regime transitorio concernente l'entrata in vigore del diritto d'autore per le opere del design industriale è illegittimo?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, V, 2010, pp. 876 ss. Sul punto, ritengo maggiormente bilanciate le argomentazioni esposte da S. MOSOLE, *La tutela del design industriale: linee evolutive di una riforma*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2009, pp. 232 ss. in cui si dà conto segnatamente del rischio che un facile riconoscimento delle privative possa favorire soltanto i titolari riducendo le possibilità (legittime) di creazione degli autori posteriori. Inoltre, tale decreto ammette altresì il cumulo di protezione (precedentemente vietato dall'art. 5.2 l.m.i.) fra la tutela del disegno e modello registrato e la tutela autorale. Per alcune osservazioni critiche sulla novella si veda S. GIUDICI, *La protezione giuridica dei disegni e dei modelli*, *ivi*, II, 2001, pp. 60-63.

Vale la pena di ricordare che la scissione tra tratti estetici e funzionali di un'opera era già stata riconosciuta nella giurisprudenza di legittimità degli anni '90 al tempo in cui l'arte applicata riceveva protezione dall'art. 2, n. 4, l.d.a.<sup>1299</sup>. Secondo autorevole dottrina<sup>1300</sup> sarebbe possibile cumulare la protezione di un'opera come design industriale e come opera originale *ex art. 2 l.d.a.* ricorrendo ad una prospettiva funzionale che protegga il design da riproduzioni non autorizzate da parte di terzi atte a risolvere il problema pratico per il quale esso è stato registrato – per la durata di un quarto di secolo – di pari passo con la tutela autorale (come noto, di maggior durata) contro riproduzioni abusive da parte di terzi che abbiano, invece, finalità artistiche. In altre parole, la tutela come arte applicata all'industria non esclude *tout court* la tutela autorale come diversa opera dell'ingegno.

Ed infatti la Suprema Corte ha affermato che il progetto di architettura di interni non è tutelabile esclusivamente come modello di design industriale, precisando che tale protezione sarebbe ottenibile qualora i *singoli* elementi di cui il piano di arredamento si compone presentino effettivamente un valore artistico o consentano di riconoscere un diritto connesso. *ex art. 99, l.d.a.* (limitatamente ai progetti di lavoro di ingegneria o altri lavori analoghi) laddove costituiscano soluzione originale di un problema tecnico.

Respingendo quindi il singolare orientamento del Tribunale di Roma sopra menzionato, deve ravvisarsi che il carattere di design industriale di un progetto di architettura dipenda dalle proprietà funzionali dei singoli elementi di arredo e *non* dalla loro combinazione. Di particolare rilievo è l'affermazione della Suprema Corte con cui, escludendo che l'unica protezione riconoscibile agli arredamenti di interni sia quella prevista per le opere di design industriale, si aprono le porte ad altre potenziali forme di tutela. Ma del resto tale processo evolutivo verso l'ampliamento delle protezioni era già in corso.

#### **18.4.3.2 (Segue)...come marchio tridimensionale**

Una privativa industriale di recente riconosciuta al *concept store* trae origine dal diritto dei marchi. Si è infatti assistito ad un mutamento di

---

<sup>1299</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 10516 del 7 dicembre 1994, secondo cui «Ai fini della tutelabilità, in base alla normativa sul diritto d'autore, di una creazione d'arte applicata all'industria (cosiddetta *industrial design*) – caratterizzata dall'esigenza di coniugare i valori estetici con quelli funzionali, e soprattutto di concepire la forma di un prodotto in serie a livello industriale in modo che sia al tempo stesso esteticamente pregevole e adatta alla sua funzione pratica ed alle esigenze della produzione –, è necessaria, oltre che alla sussistenza delle caratteristiche di creatività, originalità e novità, proprie dell'opera dell'ingegno, la scindibilità del valore artistico dell'opera stessa dal carattere industriale del prodotto al quale essa è in concreto associata, scindibilità da intendersi in senso ideale, quale idoneità dell'opera ad essere oggetto di un'autonoma valutazione a prescindere dal supporto materiale sul quale essa possa essere stata apposta», note di M. FABIANI, *Ancora sulla "chaise-longue" di le Corbusier tra arte applicata e industrial design*, op. cit., pp. 410 ss.; A. SCHERMI, *Variazioni sul tema del cosiddetto industrial design*, in *Giustizia civile*, IX, 1996, pp. 2169 ss. Conforme Cass. civ. sez. I, sent. n. 23292 del 13 novembre 2015, commento di A. FITTANTE, *Il valore artistico dell'industrial design: l'arresto della Cassazione*, op. cit., pp. 527 ss.

<sup>1300</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 263-275.



paradigma, con l'abbandono dell'orientamento che in passato escludeva lo stile di un negozio dalla possibilità di esser registrato come marchio tridimensionale<sup>1301</sup>, grazie alla presa di coscienza del mutamento funzionale – e sociale – del negozio, che da mero luogo di vendita si trasforma in mezzo di comunicazione utile a contraddistinguere in modo univoco beni e servizi di un dato *brand*<sup>1302</sup>.

Il cambiamento di prospettiva si è consolidato, in particolare, a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia UE<sup>1303</sup> relativa alla richiesta avanzata da Apple di ottenere l'estensione in Germania del marchio tridimensionale registrato negli USA, visto il diniego dell'Ufficio tedesco brevetti e marchi di accoglierne l'istanza. Il segno distintivo oggetto di discussione raffigurava i negozi-bandiera (i cd. *flagship stores*) Apple tramite un semplice disegno a colori privo di qualsiasi indicazione in merito alle dimensioni e alle proporzioni.

Innanzitutto, la CGUE ha ribadito le tre condizioni che la domanda di registrazione di un marchio deve soddisfare affinché possa essere accolta in base a quanto previsto dall'art. 2 della direttiva 2008/95:

1. l'oggetto della domanda deve riguardare un segno;
2. il segno deve poter essere riprodotto graficamente<sup>1304</sup>;
3. il segno deve essere atto a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese, mentre *non* è rilevante che il disegno sia eventualmente privo di indicazioni riguardanti le dimensioni e le proporzioni dello spazio di vendita raffigurato.

Ne consegue che l'allestimento di uno spazio di vendita rappresentato da un insieme continuo di linee, di contorni e di forme sarebbe registrabile

---

<sup>1301</sup> Ed infatti l'Ufficio tedesco dei brevetti e dei marchi (*Deutsches Patent-und Markenamt*) aveva negato l'estensione del marchio tridimensionale che Apple aveva registrato nel 2010 presso il competente Ufficio statunitense (*United States Patent and Trademark Office*), consistente nella rappresentazione, con disegno multicolore, dei propri negozi-bandiera, ritenendo che gli spazi destinati alla vendita dei prodotti di un'impresa altro non sarebbero che la rappresentazione di un aspetto essenziale dell'attività di tale impresa e che il consumatore non può percepire un simile allestimento come un'indicazione dell'origine dei prodotti. Per alcuni approfondimenti in materia di marchio tridimensionale v. P.P. MUIÀ, *La Vespa Piaggio riaccende – l'attenzione sulla tutela – del marchio tridimensionale – il commento*, in *Il Diritto Industriale*, I, 2018, 73 ss.

<sup>1302</sup> E. BERTI ARNOALDI, *Concept store e marchio di impresa*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2015, 160 ss.

<sup>1303</sup> Corte di Giustizia UE 10 luglio 2014, C-421/2013, *Apple Inc./Deutsches Patent-und Markenamt*, EU:C:2014:2070, nella parte in cui si ammette la tutela del *flagship store* come marchio tridimensionale qualora «l'allestimento raffigurato si discosti in maniera significativa dalla norma o dagli usi del settore economico interessato». Sul punto v. M. RICOLFI, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 202.

<sup>1304</sup> Occorre in realtà segnalare che le recenti modifiche apportate alla disciplina dei marchi dal Regolamento 2015/2424 e dalla Direttiva 2015/2436/UE del 16 dicembre 2015 non prevedono più la necessità della riproducibilità grafica, ammettendosi l'uso di qualsiasi segno distintivo a condizione che sia idoneo a «consentire alle autorità competenti e al pubblico di determinare precisamente ed esattamente l'oggetto della protezione garantita al suo titolare» (rispettivamente art. 4.1, let. b del Regolamento e art. 3 let. b della Direttiva). *Amplius* S. GIUDICI, *Osservazioni sulla nuova disciplina europea dei marchi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2016, 158 ss; M. RICOLFI, *I fatti costitutivi del diritto al marchio. I soggetti*, op. cit., pp. 93-94.

come marchio allorquando sia idoneo a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese.

La Corte di Giustizia ha posto l'accento sulla necessità che il carattere distintivo del segno sia valutato in concreto, in funzione, da un lato, dei prodotti o dei servizi per i quali è richiesta la registrazione del marchio, dall'altro, della percezione del pubblico interessato, costituito dal consumatore medio – normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto – della categoria di tali prodotti o servizi<sup>1305</sup>.

Secondo l'innovativo principio di diritto enunciato dalla CGUE in applicazione degli artt. 2 e 3 della direttiva 2008/95 si è stabilito che «un semplice disegno privo di indicazioni delle dimensioni e delle proporzioni, dell'allestimento di uno spazio di vendita di prodotti può essere registrato come marchio per servizi consistenti in prestazioni che sono correlate a detti prodotti, ma che non costituiscono parte integrante della messa in vendita dei medesimi, a condizione che tale rappresentazione sia atta a distinguere i servizi dell'autore della domanda di registrazione da quelli di altre imprese e che non vi osti alcuno degli impedimenti alla registrazione enunciata nella menzionata direttiva».

Così si sono aperte le porte ad una nuova forma di privativa industriale conferibile al *concept store* che risulta tutelabile come marchio tridimensionale allorquando esso abbia – secondo la percezione del pubblico – la capacità distintiva dei beni e servizi dell'impresa offerente<sup>1306</sup>.

Con riferimento ai motivi di impugnazione presentati da Wycon contro Kiko, la ricorrente faceva perno sulla decisione della Prima Commissione di ricorso EUIPO del marzo 2016 con la quale veniva rigettato il ricorso (presentato da Kiko) contro la propria domanda di registrazione del *layout* del punto vendita – ovvero il disegno predisposto dallo Studio Iosa Ghini – come marchio tridimensionale dell'UE, per carenza della capacità distintiva originaria o acquisita. Ciò dimostrerebbe, ad avviso di Wycon, che l'assenza di originalità del *concept store* come marchio tridimensionale possa in qualche modo ripercuotersi anche sull'assenza di originalità come opera architettonica.

Orbene, tale considerazione non appare pertinente alla luce delle *diverse funzioni* dei due diritti monopolistici in discorso, l'uno diretta a contraddistinguere beni e servizi e l'altro volta a premiare l'originalità di un progetto architettonico. L'eventuale inidoneità di un progetto a beneficiare della protezione come marchio tridimensionale non esclude

---

<sup>1305</sup> In dottrina, sull'importanza di commisurare l'esclusiva alla percezione che il pubblico ha maturato rispetto al segno distintivo in questione, v. C. GALLI, *L'ambito di protezione del marchio: problemi risolti, problemi ancora aperti e nuovi problemi*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2017, pp. 138 ss.

<sup>1306</sup> I successivi interventi dell'UE volti a garantire la “certezza del diritto” nel sistema europeo dei marchi fanno presagire una maggiore rigidità nel futuro esito positivo della domanda di registrazione. In particolare, il Regolamento 2015/2424 e la Direttiva 2015/2436/UE del 16 dicembre 2015 stabiliscono, rispettivamente ai considerando 9 e 13, che il segno distintivo deve essere suscettibile di essere rappresentato «in modo chiaro, preciso, autonomo, facilmente accessibile, intellegibile, durevole e obiettivo», S. GIUDICI, *Osservazioni sulla nuova disciplina europea dei marchi*, op.cit.

automaticamente, come per il design industriale, l'opportunità di godere della tutela autorale.

Ne consegue, come affermato dalla Suprema Corte, che il progetto degli architetti non sarebbe soltanto tutelabile come marchio tridimensionale qualora l'arredamento avesse una capacità originaria o acquisita che si discostasse in maniera significativa dalla norma o dagli usi del settore economico interessato, essendo altresì possibile riconoscere *anche* la tutela autorale qualora l'opera presenti un qualche elemento o una qualche combinazione originale, che sia frutto della creatività, ancorché minima del suo autore.

### 18.4.3.3 (Segue)...come opera architettonica

Tra le ulteriori contestazioni relative alla sentenza di secondo grado Wycon affermava l'impossibilità di riconoscere la tutela autorale come opera architettonica al progetto elaborato dallo studio di architetti, in quanto esso non prevedeva la *fissazione* degli elementi di arredo al pavimento, ritenendo quindi che la possibile mobilità degli allestimenti ostacolasse la qualificazione del progetto come opera architettonica, in conformità al summenzionato orientamento tradizionalista.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la Corte di Cassazione ha sposato la tesi più progressista<sup>1307</sup> che non richiede la fissazione permanente degli elementi di arredo al suolo. Ed infatti il giudice di legittimità ha ritenuto che i giudici di merito avessero correttamente applicato l'art. 2, n. 5, l.d.a., ravvisando nel progetto di architettura elaborato dallo Studio Iosa Ghini la sussistenza di un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di estrinsecazione nel mondo esteriore, così come richiesto per il riconoscimento della protezione autorale<sup>1308</sup>. Invero, nei giudizi di merito si è ampiamente riscontrato che i negozi Kiko, al di là dell'inevitabile conformazione delle singole unità immobiliari utilizzate per i quaranta negozi, siano assolutamente fedeli al "concept" del progetto iniziale<sup>1309</sup>,

---

<sup>1307</sup> Cfr. P. FABBIO, *La tutela autorale del progetto di arredamento o di architettura d'interni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 2002, pp. 43 ss.; G. GALTIERI, *L'architettura nel diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, 1978, pp. 38 ss.; M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, op. cit., pp. 460 ss.

<sup>1308</sup> Cass. Civ., sez. I, sent. n. 25173 del 28 novembre 2011. Sull'insussistenza dei requisiti minimi di originalità per l'ottenimento della protezione autorale di una stanza d'albergo con apparecchiature generanti stimoli visivi, sonori ed olfattivi si veda la sentenza del Tribunale di Milano del 9 febbraio 2011, in *Annali italiano del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, pp. 887 ss. secondo cui «Se in via astratta anche il progetto architettonico di un arredamento di interni, ed in particolare anche i suoi progetti preliminare, definitivo ed esecutivo possono essere tutelati ex art. 2 n. 5 l.a., questa tutela può tuttavia esplicarsi solo in relazione ad un progetto concreto e definito che mostri una specifica conformazione o combinazione di elementi di arredo nell'ambito di un determinato ambiente: e non può invece applicarsi ad un'idea generale qual è quella di integrare una serie di apparecchiature che generano stimoli visivi, sonori ed olfattivi in una stanza d'albergo, che dovrà essere volta per volta concretizzato in uno specifico progetto costruito su singoli ambienti determinati».

<sup>1309</sup> Giova dar conto che, proprio rispetto alle opere architettoniche, l'art. 20, comma 2, l.d.a., deroga espressamente al diritto di opposizione dell'autore (in tal caso, l'architetto)

evidenziando e valorizzando la forma espressiva ben definita di arredamento di interni e non invece di una serie di astratte indicazioni.

La Suprema Corte ha quindi fatto proprie le motivazioni elaborate nei precedenti giudizi, condividendo l'affermazione secondo cui «un progetto o un'opera di arredamento di interni, nel quale vi sia una progettazione unitaria, in uno schema in sé visivamente apprezzabile, che riveli una chiara “chiave stilistica”, di singole componenti organizzate e coordinate per rendere l'ambiente funzionale ed armonico, ovvero l'impronta personale dell'autore, è proteggibile come progetto di opera dell'architettura [...] a prescindere dal requisito dell'inscindibile incorporazione degli elementi di arredo con l'immobile [...] purché si tratti di un risultato di combinazione originale, non imposto da un problema tecnico-funzionale che l'autore vuole risolvere».

Si è altresì precisato che – al giorno d'oggi – è opportuno adottare un'interpretazione *evolutiva-ampliativa* della nozione di opera architettonica, che ricomprenda quell'attività intellettuale rivolta alla creazione e modificazione degli spazi per renderli fruibili all'uomo, nell'ambiente fisico, nel territorio e paesaggio, nelle città, nell'edilizia ed anche nell'organizzazione degli interni.

Ad avviso della Corte di Cassazione, il giudice di appello ha correttamente rilevato che, nel caso di specie, l'organizzazione dello spazio realizzata con la precisa combinazione d'insieme di elementi, pur comuni ove singolarmente esaminati, risulta nell'insieme *originale*, in quanto dotata di quel *minimo* di apporto creativo idoneo alla sua promozione per l'accesso alla tutela autorale, non essendo frutto di scelte funzionali e banali.

Con riferimento al settimo motivo di ricorso Wycon asseriva che, quand'anche fosse riconosciuta la tutela autorale al progetto di *concept store* commissionato da Kiko come opera architettonica, il plagio non sarebbe integrato, in considerazione della mancata riproduzione *integrale* del medesimo da parte della ricorrente.

Orbene, il giudice di legittimità ha lucidamente affermato che la violazione dell'esclusiva non ricorre soltanto quando l'opera altrui venga integralmente copiata, bensì anche quando l'opera successiva presenti delle differenze che tuttavia non alterino i *tratti essenziali* dell'opera contraffatta.

Ed infatti, come emerge già da un precedente orientamento della Suprema Corte, «l'elaborazione creativa si differenzia dalla contraffazione in quanto, mentre quest'ultima consiste nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di *mero dettaglio* che sono frutto non di un apporto creativo, ma del *mascheramento* della contraffazione, la prima si

---

ad eventuali deformazioni, mutilazioni, modifiche o altri atti idonei a danneggiare l'opera stessa qualora si rendano necessari nel corso della realizzazione. Ciò a dimostrazione che le eventuali esigenze maturate durante l'esecuzione dell'opera architettonica che siano rese necessarie degli *adattamenti* in relazione alle *specificità* dell'immobile nel quale essa viene realizzata sono legittime nella prospettiva del diritto di autore. Ne consegue che non può rivendicarsi l'inesistenza di un progetto architettonico tutelabile secondo tale legge soltanto sulla base della sua diversa esecuzione in immobili differenti allorquando tali differenze siano giustificate esclusivamente dalle peculiari caratteristiche dell'immobile nel quale il progetto viene realizzato.

caratterizza per un'elaborazione dell'opera originale con un riconoscibile apporto creativo<sup>1310</sup>». Per l'appunto, negli *store* di Wycon vi sarebbe una coincidenza degli elementi essenziali costituenti la rappresentazione intellettuale dell'opera di Kiko, avendosi una riproduzione *non creativa* dell'opera altrui. Si è pertanto confermata la legittimità della condanna di Wycon per la violazione dei diritti di esclusiva che Kiko detiene sul proprio *concept store*.

#### **18.4.4. (Segue) La concorrenza sleale parassitaria e la tutela “a tempo determinato” dell'originalità delle iniziative commerciali altrui**

Con l'ottavo, nono e decimo motivo di ricorso Wycon lamentava l'errata applicazione dell'art. 2598, n. 3, c.c., in quanto il giudice di prime cure non avrebbe svolto alcun accertamento – né fornito una compiuta motivazione – in ordine all'effettiva sussistenza degli elementi costitutivi degli atti di concorrenza sleale parassitaria a danno di Kiko.

Giova premettere brevemente che la concorrenza sleale parassitaria non è espressamente tipizzata all'art. 2958, c.c., ma è riconducibile a tale norma in virtù del criterio elastico presente al n. 3 della medesima, mediante il quale è possibile sanzionare tutti quei comportamenti contrari ai canoni di etica professionale non già tipizzati nei precedenti numeri.

Per concorrenza parassitaria si intende comunemente «un continuo e sistematico operare sulle orme dell'imprenditore concorrente attraverso l'imitazione non tanto dei prodotti, ma piuttosto di rilevanti iniziative imprenditoriali di quest'ultimo, mediante comportamenti idonei a danneggiare l'altrui azienda con ogni altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale. Essa si riferisce a mezzi diversi e distinti da quelli relativi ai casi tipici di cui ai commi precedenti dell'art. 2598»<sup>1311</sup>.

---

<sup>1310</sup> V. Cass. civ. sez. I, sent. n. 9854 del 15 giugno 2012, secondo cui ciò che rileva ai fini dell'accertamento del plagio «non è la possibilità di confusione tra due opere, alla stregua del giudizio d'impressione utilizzato in tema di segni distintivi dell'impresa, la riproduzione illecita di un'opera da parte dell'altra, ancorché camuffata in modo tale da *non* rendere immediatamente riconoscibile l'opera originaria» [corsivo mio]. In favore del riconoscimento del plagio anche in caso di copia (soltanto) parziale dell'opera originale, purché riguardi i cd. tratti essenziali di essa, si dà conto di un orientamento della giurisprudenza di legittimità più risalente secondo cui «si ha violazione dell'esclusiva dell'autore non solo quando l'opera è copiata integralmente, cioè quando vi sia una riproduzione abusiva, ma anche nel caso di contraffazione parziale, che ricorre quando, sulla base di una valutazione sintetica, “senza che sia necessario procedere ad esami analitici sulla qualità e quantità di tutte le conformità e difformità che la seconda opera presenta rispetto alla prima [...] i tratti essenziali dell'opera anteriore si ripetono in quella successiva» [corsivo mio], nota di F. GRADOZZI, *No al criterio della confondibilità nel giudizio di contraffazione di opere musicali*, in *Il Diritto Industriale*, V, 2012, pp. 459 ss. conformi Cass. civ. sez. I, sent. n. 20925 del 27 ottobre 2005, commento di G. BONELLI, *Contraffazione e rielaborazione non autorizzata*, op. cit., pp. 290 ss.; Cass. civ., sez. I, sent. n. 7077 del 5 luglio 1990, con osservazioni di M. RICOLFI, *Il criterio della scindibilità e l'opera “bidimensionale” dell'arte applicata all'industria*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1991, pp. 47 ss.

<sup>1311</sup> Cass. civ. sez. I, sent. n. 25607 del 12 ottobre 2018; conforme Cass. civ. sez. I, sent. n. 22118 del 29 ottobre 2015, con nota di R. RAMON, *Disegno industriale e arte sacra*, in *Giurisprudenza Italiana*, II, 2016, pp. 309 ss.

La *ratio* giustificatrice che permette di annoverare la concorrenza parassitaria negli atti di concorrenza sleale è ben evidente: tramite essa si avvantaggia indebitamente l'imprenditore che si pone sulla scia del concorrente in modo continuativo, sviando i clienti che altrimenti si sarebbero rivolti verso l'imprenditore imitato<sup>1312</sup>. Ne consegue che il rischio derivante della condotta in discorso è l'erosione della quota di mercato dell'impresa che ha per prima avviato determinate iniziative commerciali originali<sup>1313</sup>. Da un punto di vista probatorio, al fine di ottenere l'accertamento della fattispecie in parola, occorre indicare «le attività del concorrente sistematicamente e durevolmente plagiate, con l'adozione e lo sfruttamento, più o meno integrale ed immediato, di ogni sua iniziativa, studio o ricerca, contrari alle regole di correttezza professionale<sup>1314</sup>» unitamente all'idoneità in concreto di tali attività ad arrecare un pregiudizio al concorrente<sup>1315</sup>.

Orbene, nel caso *de quo*, secondo la prospettazione della Corte di Appello meneghina Wycon si sarebbe agganciata alle iniziative strategiche di Kiko "mutuando" l'abbigliamento delle commesse, l'aspetto del sacchetto e dei contenitori porta-prodotto (il cd. abbigliamento), la comunicazione commerciale online. Ad avviso della Suprema Corte, l'agganciamento in parola non sarebbe stato puntualmente dimostrato nella sentenza di secondo grado in quanto lo stesso Collegio ha espressamente dichiarato di «non voler addentrarsi nella disamina analitica di ciascuno degli elementi, che precedono, così attentamente esaminati dalle parti negli atti difensivi finali».

Di talché il giudice di seconda istanza avrebbe dovuto indagare approfonditamente sull'originalità delle iniziative commerciali di Kiko piuttosto che condividere in modo apodittico le accuse di concorrenza sleale parassitaria avanzate da quest'ultima. Insomma, il ragionamento seguito dalla Corte meneghina sembrerebbe il seguente: accertato che Wycon si era già macchiata di plagio rispetto al concept store di Kiko, sarebbe altresì automaticamente responsabile dell'imitazione di tutte le altre scelte commerciali della concorrente, a prescindere da un vaglio circa la loro effettiva originalità in quello specifico mercato.

La Corte di Cassazione, riprendendo – in modo condivisibile – un precedente orientamento<sup>1316</sup>, ha precisato che la tutela della creatività delle iniziative commerciali di un'altra impresa attraverso l'istituto della

---

<sup>1312</sup> RONDINONE, *L'imprenditore, l'impresa, l'azienda e la concorrenza*, op. cit., pp. 131-132.

<sup>1313</sup> Ed infatti la concorrenza sleale presuppone la cd. *comunanza di clientela* da intendersi come l'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono all'acquisto di tutti quei prodotti che quel bisogno sono idonei a soddisfare, Cass. civ., sez. I, sent. n. 10336 del 19 maggio 2016.

<sup>1314</sup> Cass. civ. sez. I, sent. n. 25607 del 12 ottobre 2018.

<sup>1315</sup> Cass. civ. sez. I, sent. n. 25652 del 4 dicembre 2014.

<sup>1316</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 25607 del 12 ottobre 2018. In tale pronuncia la Suprema Corte distingue tra concorrenza parassitaria *diacronica* e *sincronica* in relazione alla totalità o meno delle iniziative copiate. Invero, la prima si ha quando un'impresa imiti *tutte* le iniziative commerciali della concorrente mentre la seconda si verifica allorquando vengano copiate soltanto le iniziative più significative. Conforme, Cass. civ., sez. I, sent. n. 13243 del 20 luglio 2004.

concorrenza sleale può sussistere soltanto per un tempo determinato, ovvero fino a quando tali iniziative possano ancora considerarsi originali<sup>1317</sup>.

Ne consegue che nel momento in cui quella specifica modalità di commercializzazione sia divenuta (col tempo) patrimonio comune di conoscenze e di esperienze degli operatori di un dato settore, la sua adozione da parte dei *competitors* non costituisce più un atto contrario ai principi di correttezza professionale ed idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

Si sono quindi accolte le doglianze di Wycon, ritenendo che nel caso di specie i giudici di merito non avessero valutato puntualmente la sussistenza di specifici atti di concorrenza sleale parassitaria da parte di Wycon a danno di Kiko – dovendo anche valutare l'originalità delle iniziative commerciali di quest'ultima – rimettendosi invece a generiche formule di stile. Trattandosi di una valutazione di fatto, che, come ben noto, risulta estranea al vaglio del Giudice di legittimità, si è poi rimessa alla Corte di Appello di rinvio il compito di pronunciarsi sull'esistenza o meno di un disegno unitario diretto a sfruttare sistematicamente il lavoro originale altrui.

#### 18.4.5. (Segue) Osservazioni a margine

L'iter logico-argomentativo seguito dalla Suprema Corte si compendia di argomenti ben solidi attraverso i quali si giustifica la distensione dell'esclusiva autoriale su un'opera che, secondo l'impostazione interpretativa tradizionale, non avrebbe potuto qualificarsi come opera architettonica ai sensi dell'art. 2, n. 5, l.d.a. Cionondimeno, appare evidente che l'interpretazione evolutiva-estensiva ivi prospettata dia il benvenuto ad una nuova categoria di opera dell'ingegno che si affianca ai personaggi di fantasia, ai format televisivi e agli slogan. Ancora una volta, ciò porta il giurista contemporaneo a cimentarsi in non semplici riflessioni sul diritto d'autore del domani.

La domanda che appare spontanea è come possa risolversi il rischio – evidenziato anche dalla Corte di Cassazione – della possibile proliferazione dei diritti di esclusiva attraverso un eccessivo abbassamento del cd. *gradiente di originalità minimo* per accordarli Soprattutto allorquando la tutela concessa sia pressoché perpetua. Il rischio monopolistico è esacerbato dal possibile cumulo dei diritti di proprietà intellettuale<sup>1318</sup>, come confermato in *Cofemel*<sup>1319</sup> e *Gömböc*<sup>1320</sup>. Sulla scorta di tale orientamento giurisprudenziale si giunge alla conclusione che un'opera, già oggetto di protezione riservata come disegno industriale e/o marchio tridimensionale, potrebbe anche

---

<sup>1317</sup> Ciò affinché la disciplina della concorrenza sleale possa seguire una prospettiva che allarghi gli spazi effettivi di libertà del dinamismo competitivo depurandola dall'impronta spiccatamente protezionistica che ne segnò l'origine. Così G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 475-476.

<sup>1318</sup> E. ROSATI, *Italian Supreme Court applies CJEU Cofemel decision to make up store layout*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, VII, 2020, pp. 501-502.

<sup>1319</sup> *Cofemel*, par. 42.

<sup>1320</sup> CGUE, sentenza del 23 aprile 2020, causa C-237/2019, *Gömböc*, EU:C:2020:296, par. 46.

beneficiare in via cumulativa della tutela assicurata dal diritto di autore, qualora l'opera rifletta la *personalità* del suo ideatore, manifestando le scelte libere e creative e non vincolate dall'assolvimento ad una specifica funzione.

Orbene, spetterà ai giudici di merito l'arduo compito di valutare *case by case* se l'opera di architettura sia identificabile e riconoscibile sul piano dell'espressione formale come opera unitaria d'autore, per effetto di precise scelte libere e creative influenti sull'originale composizione degli elementi, tenendo altresì conto dell'affollamento del settore interessato e dei possibili effetti anticoncorrenziali.

In un mio precedente commento della sentenza in questione apprezzavo la sua coerenza argomentativa sul piano giuridico, dovendo attendere i successivi sviluppi del mercato per stabilirne la virtuosità anche sul piano economico. Ad oggi, la riconversione dei negozi Wykon con soluzioni di arredo molto diversificate, per quanto non uniformi nel territorio italiano, testimonia la spinta all'innovazione derivante da tale sentenza, evitando condotte gregarie favorevoli l'adagiarsi sulle scie innovative già testate dai concorrenti.

### **18.5. (Segue) Il regolamento anticontraffazione di una fiera**

Alle aperture verso alcuni nuovi germogli da cui può fiorire la creatività umana si è fatto spazio altresì un orientamento meno protezionistico che ha posto dei paletti alle derive espansive del diritto d'autore. Il caso paradigmatico che ci si appresta a commentare è quello relativo alla valutazione di originalità di un regolamento fieristico anticontraffazione alla luce di un recente arresto della Corte di Cassazione<sup>1321</sup>.

Esso arricchisce il quadro delle pronunce di legittimità<sup>1322</sup> riguardanti il gradiente minimo di creatività che uno scritto deve possedere per assurgere

---

<sup>1321</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 29 maggio 2020, n. 10300, con mia nota, *La creatività minima dello scritto tecnico di un avvocato. Un "genere" speciale di opera letteraria*, in *Rivista di Diritto delle Arti e dello Spettacolo*, I, 2020, pp. 93-110.

<sup>1322</sup> In proposito, v. Cass. civ. sez. I, sentenza del 19 ottobre 2012, n. 18037, in cui la Suprema Corte ha affermato che anche un'opera letteraria incompiuta è tutelabile dal diritto di autore a condizione che essa abbia carattere creativo al fine di affermare il plagio di un testo anteriore rimasto inedito; Cass. civ. sez. I, sentenza del 24 luglio 2006, n. 16888, ove, ponendosi nel solco già tracciato da Cass. civ. sez. I, sentenza del 14 luglio 1976, n. 2702, si è negata la natura di opera letteraria del titolo di una testata giornalistica per avere quest'ultimo una finalità meramente distintiva e non anche creativa; Cass. civ. sez. I, sentenza del 10 marzo 1994, n. 2345, con nota di G. MONDINI, *Plagio letterario ed elaborazione creativa*, in *Il Diritto Industriale*, I, 1995, pp. 93 ss., riguardante la creatività di due riduzioni teatrali in misura tale da farne acquisire un'autonoma protezione rispetto alla preesistente opera letteraria (segnatamente i copioni del regista cecoslovacco Hajek "La strega" e "La corista" tratti dai racconti di Checov); Pare ragionevole ritenere, però, che la sentenza di maggior rilievo emessa dal Giudice di legittimità in materia di gradiente minimo di creatività insistente su un'opera letteraria sia Cass. Civ. sez. 1<sup>a</sup>, 2 dicembre 1993, n. 11953, con commento di M. FABIANI, *Sul "minimum" di creatività richiesto per la protezione di testi normativi commentati*, op. cit., pp. 593 ss., in cui la Suprema Corte ha fornito un'interpretazione *estensiva* di opera letteraria al fine di riconoscere il carattere creativo di un periodico d'informazione corredato di note di commento, tabelle per punteggi e schemi per il concorso di nomina a docente, enunciando il seguente principio di diritto: «[...] le opere espresse con il mezzo della parola "appartengono alla letteratura" - a norma dell'art. 1 legge



ad opera letteraria (sulla giurisprudenza di merito v. *infra* par. 18.5.4). Orbene, si tratta di uno speciale “genere” letterario, ovvero quello dei testi giuridici e, in particolare, di quelli tecnico-professionali elaborati dagli avvocati nell’esercizio della professione.

In sintesi, l’Avv. C. affermava che il regolamento da lui redatto disciplinante un servizio anticontraffazione, oltre ad essere qualificabile come opera letteraria, ai sensi dell’art. 2, n. 1), l.d.a., sarebbe stato pedissequamente copiato senza la sua autorizzazione dall’Avv. M. in occasione di un’altra manifestazione fieristica e, in quanto suo autore, avrebbe diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto esclusivo di sfruttamento economico, *ex art.* 12, l.d.a.

Al riguardo, il Tribunale di Venezia si è pronunciato in senso favorevole all’istanza presentata dall’Avv. C., ritenendo che il regolamento in questione fosse tutelabile come opera letteraria creativa, considerato che la forma espressiva impiegata dal suo autore nell’organizzazione delle nozioni giuridiche e delle prassi del settore era distinta dal resto della letteratura esistente e, conseguentemente, ha condannato l’Avv. M. al risarcimento dei danni per plagio, ai sensi dell’art. 158, L.d.A.

La Corte d’Appello di Venezia è giunta, invece, a delle conclusioni opposte dal momento che ha riveduto integralmente la decisione di primo grado.

Innanzitutto, secondo la diversa prospettazione fornita dal giudice riformatore, il regolamento anticontraffazione elaborato dall’Avv. C. si sarebbe limitato a costituire un testo giuridico standard di uso tecnico-professionale strettamente funzionale al servizio di tutela della proprietà intellettuale e, conseguentemente, non sarebbe stato idoneo ad assolvere ai requisiti costitutivi per essere qualificato come opera letteraria.

In secondo luogo, il giudice di prime cure non avrebbe fornito un efficace corredo motivazionale che permettesse di stabilire «in cosa consista l’originalità e la creatività del Regolamento in oggetto».

In terzo luogo, non sarebbe stato possibile rinvenire quel minimo gradiente di creatività richiesto dalla L.d.A. nemmeno dalla lettura dei singoli articoli dell’elaborato in quanto non era ravvisabile «alcuna peculiare e “creativa” elaborazione di nozioni giuridiche, prassi del settore, esperienze del professionista, ma solo indicazioni pratiche e funzionali». Pertanto, a fronte di tali motivazioni, il giudizio di secondo grado si è concluso con un esito infelice per l’autore del contestato regolamento, vedendogli negato alcun tipo di esclusiva su di esso.

### **18.5.1. (Segue) Il gradiente minimo di originalità del “genere” testi giuridici nel verdetto della Cassazione.**

---

citata - non solo se “letterarie” in senso stretto (poesia, narrativa, saggistica, etc.), ma anche qualora la parola sia utilizzata per comunicare *dati informativi* elaborati ed organizzati in modo *personale* ed *autonomo* dall’autore» [corsivo aggiunto].

L'Avv. C. ha dunque proposto ricorso per cassazione rispetto al quale l'Avv. M. ha replicato con un ricorso incidentale condizionato. Tra i quattro motivi del ricorso principale vale la pena di soffermarsi specialmente sul primo di essi alla luce della sua maggiore attinenza rispetto al tema oggetto della presente trattazione. Mediante tale motivo, infatti, l'Avv. C. contestava la sentenza della Corte d'Appello lagunare per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2, l.d.a. e 2575, c.c., nella parte in cui escludeva l'originalità del succitato regolamento sulla base del suo carattere prettamente funzionale all'organizzazione del servizio di tutela della proprietà intellettuale. Ad avviso del ricorrente, tale ragionamento escluderebbe aprioristicamente che un'opera avente una funzione tecnica possa anche trovare un'autonoma espressione creativa come opera dell'ingegno. In proposito, basti pensare alle opere del design industriale, le quali, pur essendo opere funzionali per eccellenza, ammettono i loro creatori a godere di una tutela cumulativa qualora, oltre ad avere specifiche proprietà tecniche, adempiano anche ai requisiti di creatività nei termini previsti dalla l.d.a., in conformità anche al recente orientamento a cui ha aderito la Corte di Giustizia UE nel caso *Cofemel*<sup>1323</sup>.

Ne deriverebbe che, secondo la tesi dell'Avv. C., il regolamento in questione, in quanto non rispondente soltanto alla funzione organizzativa del servizio di anticontraffazione, andrebbe qualificato come opera letteraria originale per la valenza creativa dell'organizzazione delle parole da lui scelte al fine di soddisfare gli interessi del proprio cliente. Secondo quanto invece prospettato dalla controparte, sarebbe necessario operare una distinzione tra testi giuridici di carattere scientifico e testi giuridici di carattere tecnico in virtù della quale solo i primi sarebbero idonei ad esprimere la cd. impronta della personalità dell'autore che permetta allo scritto di assurgere ad opera letteraria. Al contrario, i testi giuridici di carattere tecnico sarebbero tendenzialmente incapaci di elevarsi ad opere dell'ingegno, fatte salve ipotesi straordinarie che – a parere dell'Avv. M. – non rispecchierebbero comunque il caso in esame.

Invero, la Corte di Cassazione ha definito la questione direttamente in via pregiudiziale, dichiarando il motivo inammissibile dal momento che il giudizio di creatività di un'opera dell'ingegno presuppone necessariamente una valutazione di merito che, come ben noto, esula dal vaglio del giudice di legittimità. Beninteso, occorre specificare che nell'ipotesi in cui l'apprezzamento del giudice di merito mostri di esser viziato da errori logici e/o giuridici la Suprema Corte possiede comunque il potere di assoggettare al proprio scrutinio anche una sentenza riguardante l'originalità di un'opera<sup>1324</sup>.

Vale a dire, più precisamente, che il giudizio di creatività è sindacabile in sede di legittimità allorquando la motivazione sia fonte di un errore di diritto, ricorribile per cassazione *ex art. 360, n. 3) c.p.c.*<sup>1325</sup>

---

<sup>1323</sup> *Cofemel*, par. 42.

<sup>1324</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza del 27 novembre 1958, n. 3791; conformi Cass. civ., sez. I, sentenza del 27 aprile 1961, n. 950; Cass. civ., sez. I, sentenza del 25 gennaio 1968, n. 202; Cass., civ. Sez. I, sentenza del 12 marzo 2004, n. 5089.

<sup>1325</sup> Cass., sez. I, sentenza del 13 giugno 2014, n. 13524.

Il Giudice di legittimità, sebbene abbia dichiarato l'inammissibilità del ricorso, ha condiviso le statuizioni contenute nella sentenza emessa dal giudice di secondo grado in quanto la Corte d'Appello veneziana ha ampiamente motivato la propria posizione di sfavore rispetto all'opportunità di qualificare il regolamento in questione come opera letteraria. Essa non si sarebbe, dunque, limitata a constatare la funzionalità dello scritto rispetto alle esigenze del cliente dell'Avv. C., ma avrebbe più approfonditamente osservato che il carattere creativo minimo richiesto dalla L.d.A. risulta ancor più difficile da soddisfare rispetto alle elaborazioni di nozioni giuridiche e di prassi del settore. Occorre, infatti, che il testo giuridico tecnico venga contestualizzato ed organizzato secondo un'impronta personalistica originale che dimostri che il suo autore abbia adottato una forma espressiva innovativa, distaccandosi dalle combinazioni standard appartenenti al vocabolario comune degli esperti medi del settore interessato (in tal caso quello forense).

Al riguardo, sembra quindi opportuno ritenere valida la distinzione proposta dal controricorrente che, rispetto al più ampio genere "testi giuridici", ha ulteriormente distinto tra testi giuridici (che potremmo definire) scientifici e testi giuridici tecnico-professionali in relazione all'oggetto e allo scopo che lo scritto deve soddisfare per godere della protezione autorale. Se per i primi risulta più semplice cogliere l'impronta personalistica al fine di reputarli meritevoli di siffatta tutela in considerazione del fatto che essi presuppongono uno schieramento motivato dell'autore all'interno del dibattito dottrinale sul tema cui essi ineriscono, i secondi, invece, contenendo indicazioni pratiche e funzionali comuni alle prassi del settore, abbisognano di essere organizzati in modo marcatamente soggettivo affinché possano acquisire la dignità di opera letteraria.

Altrimenti si rischierebbe di attribuire una protezione pressoché monopolistica a chiunque per primo abbia trascritto delle informazioni elementari o comunque facenti parte del patrimonio di conoscenze comunemente acquisito in un certo campo.

Ad ogni modo, assume particolare rilievo il fatto che la sentenza in epigrafe non esclude *a priori* che un testo giuridico tecnico-professionale – ed anche un regolamento anticontraffazione – possa elevarsi ad opera letteraria allorquando superi gli standard creativi che contrassegnano un genere di testi ontologicamente – e tipicamente – meno incline a raccogliere le impronte personalistiche dell'autore.

Si può quindi dedurre che la distinzione sopra avanzata – non ancorata a chiari principi normativi, bensì ad esigenze di carattere eminentemente pratico – serva a mettere in luce il diverso sforzo creativo richiesto nelle regole redazionali "non scritte" che contraddistinguono i due diversi generi librari: nella prima tipologia lo sforzo creativo è connaturato all'opera scientifica e proprio per questo essa è più "propensa" ad assurgere ad opera letteraria, mentre nella seconda, trattandosi di una raccolta di prassi del settore oppure di un elaborato vincolato ad uno specifico risultato, l'elaborazione creativa non è per nulla richiesta, anzi a volte è anche malvista dagli editori o lettori di un genere tendenzialmente neutrale. Da tale ragionamento discende

che i testi giuridici tecnico-professionali possono accedere alla tutela autorale solamente nel caso in cui le informazioni in essi contenute siano rappresentate in modo eccezionalmente originale, avvicinandosi di fatto, per certi versi, al genere scientifico.

Da ultimo, la Suprema Corte ha specificato che la circostanza che fosse possibile dettare una regolamentazione fieristica alternativa a quella predisposta dall'avv. C. non sarebbe sufficiente a fornire la prova diretta per testimoniare che quella da lui elaborata rispecchiasse una forma originale e creativa e non invece una rappresentazione obbligata del risultato da ottenere.

Potrebbe quindi ricavarsi un principio generale dal quale consegue che la presenza di soluzioni alternative per raggiungere un medesimo risultato non assicuri necessariamente l'originalità dell'opera presa in esame allorché lo stato dell'arte si compendia di più espressioni standardizzate mediante le quali la stessa idea di base può essere espressa.

### **18.5.2. (Segue) L'opera letteraria: nozione legislativa e interpretazione giurisprudenziale**

Prima di commentare la sentenza in oggetto giova premettere brevemente che le opere letterarie – o della letteratura, *ex artt. 1 l.d.a., 2575, c.c.* – sono storicamente il punto di partenza delle produzioni culturali classiche che, in via esemplificativa<sup>1326</sup>, possono essere oggetto del diritto d'autore. La Convenzione di Berna ha perfino consacrato parte del proprio titolo alle opere letterarie (seguite da quelle artistiche in senso più ampio) specificando espressamente all'art. 2 che si intendono *oeuvres littéraires* i libri, gli opuscoli ed altri scritti. Inoltre, come noto, il *copyright* è nato esattamente come diritto esclusivo di riproduzione delle *opere letterarie* attraverso l'(allora) innovativo strumento della stampa (v. *supra* 1.3).

Vale la pena di ricordare che la precedente legge italiana a tutela del diritto di autore non richiedeva il carattere creativo dell'opera come elemento costitutivo del diritto (o dei diritti) d'esclusiva dal momento che ogni creazione era ammessa alla protezione qualunque ne fosse il merito e la destinazione<sup>1327</sup>. Le opere letterarie godevano di un'espressa tutela distribuita in diverse norme: una protezione di carattere generale<sup>1328</sup> a cui seguivano una serie di previsioni dedicate alla tutela delle trasformazioni e traduzioni<sup>1329</sup>, del titolo non generico<sup>1330</sup>, di scritti tra loro abbastanza eterogenei (e segnatamente gli articoli, le monografie, le note, i disegni e le vignette inserite in giornali, riviste e altre pubblicazioni periodiche)<sup>1331</sup>, sino alle opere

---

<sup>1326</sup> «Vi è un ragionevole margine di elasticità affinché la previsione normativa non debba costantemente inseguire l'evolversi delle tipologie della produzione culturale», G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. 205-206.

<sup>1327</sup> Art. 1, R.D. del 7 novembre 1925, n. 1950.

<sup>1328</sup> *Ibidem*.

<sup>1329</sup> Art. 2, *ivi*.

<sup>1330</sup> Art. 3, *ivi*.

<sup>1331</sup> Art. 4, *ivi*.

collettive<sup>1332</sup>. Successivamente, la l.d.a. ha introdotto il requisito del *carattere creativo* come condizione necessaria per la tutelabilità di qualsiasi opera dell'ingegno «qualunque ne sia il modo o l'espressione»<sup>1333</sup> ma, oltre a ciò, per quanto qui rileva, la disciplina delle opere letterarie, nonostante qualche lieve variazione sistematica, non ha subito sostanziali modifiche nella “nuova” formulazione legislativa.

Nondimeno, appare opportuno rilevare che se, da un lato, è sicuramente vero che non sussistono particolari questioni giuridiche in ordine alla tutelabilità di un romanzo, di un dizionario<sup>1334</sup> o di una traduzione<sup>1335</sup> – allorché beninteso essi non siano la copia pedissequa di un elaborato già esistente –, dall'altro, l'interpretazione (e l'evoluzione) giurisprudenziale ha tendenzialmente esteso la nozione di opera letteraria a fattispecie alquanto controverse. Sembra, quindi, utile ripercorrere brevemente gli arresti giurisprudenziali riguardanti la valutazione di originalità rispetto a testi *borderline* dal momento che si sono espressi in merito all'identificazione degli *standard minimi* di creatività che uno scritto deve possedere per essere qualificato come *oeuvre littéraire*.

A tal proposito, sebbene non vi siano numerose pronunce della Corte di Cassazione in materia di creatività delle opere letterarie, si registra, invece, una più nutrita – ed anche interessante – rassegna giurisprudenziale di merito ivi dedicata.

Si pensi anzitutto ad una sentenza del Tribunale di Milano favorevole all'originalità rappresentativa di un libro di preghiere, segnatamente di nove meditazioni giornaliere tratte da determinati passaggi biblici e volte a conseguire «la purezza dell'anima e il perdono»<sup>1336</sup>. Oppure ad un'incuriosente pronuncia bolognese, anche accolta dalla dottrina<sup>1337</sup>, giunta alla conclusione che una raccolta di sms umoristici possa assurgere ad opera dell'ingegno grazie al riconoscimento di un sufficiente livello di originalità nella scelta e nell'organizzazione dei suddetti messaggi. Rimanendo nella giurisprudenza bolognese, preme segnalare altresì una decisione in cui si è ritenuto che un libro sulla viticoltura regionale piemontese, malgrado la presenza di molti dati storico-statistici appartenenti al patrimonio comune di conoscenze, fosse idoneo a soddisfare i requisiti minimi di originalità dal momento che il lavoro, nel suo complesso, presentava una approfondita analisi critica che consentiva di attribuirgli una specifica individualità stilistica e letteraria<sup>1338</sup>.

In tal senso, si registrano anche un paio di recenti pronunce che sono giunte a qualificare (alcuni passaggi del)la tesi di laurea come opera letteraria

---

<sup>1332</sup> Art. 5, *ivi*.

<sup>1333</sup> Art. 1, l.d.a.

<sup>1334</sup> Si rammenta che l'art. 3 l.d.a. annovera anche le enciclopedie, le antologie, le riviste e i giornali tra le opere collettive letterarie.

<sup>1335</sup> Che assuma autonomo valore *ex art.* 4 l.d.a.

<sup>1336</sup> Tribunale di Milano, sentenza dell'8 febbraio 2017, in *Pluris*.

<sup>1337</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 5 luglio 2011, n. 2317, con nota di G. SPEDICATO, *Gradiente creativo dell'opera dell'ingegno e proporzionalità della tutela*, in *Il Diritto di Autore*, III, 2012, pp. 371 ss.

<sup>1338</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 9 febbraio 2006, in *Pluris*.

originale<sup>1339</sup> nelle parti in cui le modalità rappresentative della ricerca non fossero meramente compilative e presentassero degli elementi non banali rispetto al linguaggio tipico della materia di riferimento. Per arrivare ad una sentenza del Tribunale di Milano che ha esteso il carattere di opera letteraria ad un articolo sul funzionamento e sull'utilizzo del monoscopio in quanto, nonostante si trattasse di un argomento abbastanza tecnico ed ormai trattato da molto tempo, presentava «un'autonomia creativa veicolata dalla diversità della forma espressiva» rispetto alla letteratura già in essere<sup>1340</sup>. Quest'ultima decisione è particolarmente attinente rispetto alla sentenza qui annotata in quanto ha espressamente affermato che anche un articolo tecnico può essere in grado di presentare un certo grado di originalità e di creatività tale da qualificarlo come opera letteraria.

Per completezza della trattazione si rileva altresì che in senso meno generoso si è posta, invece, una sentenza del Tribunale di Genova che ha escluso il carattere creativo di un decalogo di consigli dimagranti in quanto comprendente – ad avviso del giudicante – nozioni già diffuse tra la popolazione e da tempo attestate dalla scienza medica<sup>1341</sup>.

Il sintetico resoconto giurisprudenziale sulla creatività delle diverse tipologie di scritti suindicati fa emergere in modo abbastanza chiaro che – nonostante la loro pacifica eterogeneità – può quantomeno affermarsi in via generale che la valutazione e misurazione del cd. gradiente minimo di originalità ai fini dell'ottenimento della protezione accordata dalla l.d.a. come opera letteraria sia intimamente collegato allo standard linguistico e letterario nel quale l'opera oggetto di indagine viene collocata.

A prima vista, tale iter valutativo richiama un po' alla mente, *mutatis mutandis*, quanto previsto dalla disciplina brevettuale in cui, come noto, una delle condizioni per attribuire l'esclusiva consiste nella verifica se l'opera sia (davvero) innovativa rispetto al cd. stato della tecnica<sup>1342</sup>. Di là dalle tempistiche differenti che scandiscono il controllo di originalità – posto che nel diritto d'autore esso attiene alla tutela *ex post*, mentre per le invenzioni esso costituisce un elemento costitutivo del diritto di brevetto – la Corte di Cassazione ha già avuto l'occasione di puntualizzare che la creatività richiesta per il diritto d'autore si differenzia da quella tipica delle invenzioni per il suo carattere *maggiormente soggettivo*<sup>1343</sup>. Da tale chiarimento discende che la stessa idea può costituire il punto di partenza per diverse opere originali che

---

<sup>1339</sup> Tribunale di Roma, sentenza dell'11 febbraio 2019, n. 3106; Tribunale di Milano, sentenza del 10 gennaio 2019, richiamata da A. TOMASELLI, *Gli artt. 1 e 2 della Legge 22 aprile 1941 n. 633: spunti per una lettura "costituzionalmente" orientata*, in *Il Diritto di Autore*, I-II, 2019, pp. 281 ss. Sul tema v. M. FABIANI, *La tesi di laurea con oggetto di diritto d'autore*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1991, pp. 216 ss.

<sup>1340</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 13 marzo 2014, n. 6057, con commento di L. MANNA, *Anche un testo tecnico può essere protetto dal diritto d'autore*, *Diritto24*, 2014.

<sup>1341</sup> Tribunale di Genova, sentenza del 18 ottobre 2012, in *Pluris*.

<sup>1342</sup> Art. 46, c.p.i. Sulla diversa importanza che assume l'apporto personale al fine di poter godere dei conseguenti diritti di esclusiva in relazione a che si tratti di una creazione che ambisce ad essere protetta dal diritto d'autore piuttosto che un'invenzione di cui se ne chiede la brevettazione v. G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA, *Codice delle successioni e delle donazioni*, UTET, Milano, 2014, pp. 2099-2101,

<sup>1343</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza dell'11 agosto 2004, n. 15496.

acquisiscono autonomia attraverso la diversa creatività soggettiva (i francesi direbbero *empreinte de la personnalité*) espressa da ciascun autore. Sicché, l'opera si esplica nella "forma dell'espressione" e non si arena all'idea primordiale da cui tale espressione trae origine.

Basti pensare, ad esempio, che l'idea di narrare le avvincenti storie sentimentali di alcuni vampiri è stata alla base delle due più note serie di romanzi vampireschi, rispettivamente di Lisa Smith con «Il diario del vampiro» e di Stephenie Meyer a partire da «Twilight». Così, tornando alla giurisprudenza di merito sopra citata, una raccolta di preghiere potrà essere alla base di nuove opere letterarie tra loro autonome allorquando le scelte stilistico-editoriali di ognuna di esse evidenzino un *quid pluris* di novità rispetto alla letteratura ormai consolidata.

### **18.5.3. (Segue) Analisi micro-comparatistica sulla protezione autorale degli scritti tecnico-giuridici**

La singolare questione oggetto di esame nella sentenza in commento offre l'opportunità – come rilevato da attenta dottrina<sup>1344</sup> – di comparare brevemente alcune recenti sentenze emesse dalle Corti straniere che si sono occupate esattamente dell'idoneità di uno scritto tecnico-giuridico ad acquisire la dignità di opera letteraria ed essere, quindi, tutelabile dalle rispettive leggi in materia di diritto d'autore<sup>1345</sup>.

In primo luogo, la Corte Suprema della Lituania<sup>1346</sup> ha accertato l'originalità di un regolamento che una società aveva commissionato ad un esperto al fine di rendere i propri clienti *compliant*s rispetto al GDPR ed ha, conseguentemente, affermato la sua idoneità ad essere protetto dal diritto d'autore. In particolare, la Corte Suprema straniera ha ritenuto che i regolamenti attuativi del GDPR non debbano essere annoverati tra gli scritti legali esclusi dalla protezione autorale, ai sensi dell'art. 5 della legge sul diritto d'autore lituana.

Ma la parte più interessante della sentenza lituana è quella in cui viene (inaspettatamente) sostenuto che il gradiente minimo di originalità richiesto per la protezione autorale delle opere tecniche debba essere *più basso* rispetto alle opere accademiche a causa del più ristretto spazio di creatività riservato

---

<sup>1344</sup> E. ROSATI, *Italian Supreme Court rules that technical regulation (drafted by an IP lawyer) may be \*in principle\* protected by copyright*, IPKat, 21 giugno 2020, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2020/06/italian-supreme-court-rules-that.html>.

<sup>1345</sup> Al riguardo si richiama S.F. BIRCH Jr., *Copyright Protection for Attorney Work Product: Practical and Ethical Considerations*, in *Journal of Intellectual Property Law*, X, 2003, p. 255 ss. Per un'interessante trattazione del tema in una prospettiva comparatistica v. in particolare D. VAVER, *Copyright in Legal Documents*, in *Osgoode Hall Law Journal*, IV, 1993, pp. 661-685, nonché gli ampi riferimenti bibliografici citati.

<sup>1346</sup> Corte Suprema della Lituania, sentenza del 26 marzo 2020, n. 687, con nota di J. KALPOKIENE, *Supreme Court of Lithuania rules that draft GDPR documentation is subject to copyright protection and does not fall within the exclusion from protection concerning legal acts*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, VI, 2020, pp. 412-414.

all'autore, in quanto vincolato da uno specifico risultato da raggiungere<sup>1347</sup>. Anche nella decisione straniera sembra, quindi, ricorrere la distinzione intercorrente tra testi giuridici scientifici e testi giuridici tecnico-professionali ripresa nel commento della sentenza della Corte di Cassazione italiana.

Tuttavia, nel caso di specie, essa rileva al fine di giustificare il *minor* sforzo creativo richiesto all'autore nella stesura del secondo genere di elaborati, ritenendo opportuno abbassare lo standard di originalità sufficiente per concedervi l'esclusiva. Sembra che la *ratio* dell'esito interpretativo cui è pervenuta la Corte Suprema lituana sia rintracciabile nella volontà di non snaturare questo speciale genere di scritti, garantendone così la protezione autorale anche quando siano il frutto di scelte redazionali standardizzate.

Al di là di uno spirito patriottico, tale decisione sembra alquanto imprudente giacché rischia di dispiegare pericolosi effetti *anticoncorrenziali* derivanti dalla concessione di esclusive monopolistiche su nozioni diffusamente acquisite dalla comunità. Si condivide quindi il diverso orientamento seguito dalla Corte di Cassazione italiana poiché richiede il medesimo livello di sforzo creativo per ogni opera letteraria indipendentemente dal genere di appartenenza. Dunque, pare ragionevole ritenere che le prassi di settore e le indicazioni funzionali a raggiungere un certo risultato debbano restare nel patrimonio comune di tutti i consociati e non divenire, invece, una potenziale "arma" o occasione di profitto di chi per primo si è preoccupato di trascriverle. Come evidenziato *supra*, la difficile protezione autorale degli scritti tecnico-professionali è dovuta alle regole redazionali che li contraddistinguono alla luce del fatto che esse solitamente non esigono un apporto originale dell'autore. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale circostanza non può giustificare un abbassamento ulteriore del requisito di creatività minima previsto dalla legge.

In secondo luogo, la Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>1348</sup> ha ritenuto che la raccolta ufficiale delle fonti giuridiche della Georgia (*Official Georgia Codes Annotated*, o anche OGCA) non fosse idonea a godere della protezione autorale come opera letteraria originale, in applicazione della cd. *government edicts doctrine*, secondo cui, in sintesi, ogni atto proveniente da un giudice o dal legislatore nell'esercizio delle proprie funzioni andrebbe escluso dalla possibilità di essere tutelato dalla legge sul diritto d'autore americana<sup>1349</sup>.

In particolare, la Suprema Corte è pervenuta a tale conclusione, nonostante la *dissenting opinion* del Giudice Thomas il quale affermava, invece, la possibile tutela dello scritto per carenza di forza legislativa vincolante (*force of law*), dal momento che:

1. la raccolta è redatta per lo più dai membri dell'organo legislativo;
2. è compito di tale organo produrre l'OGCA;

---

<sup>1347</sup> *Ibidem*.

<sup>1348</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza del 27 aprile 2020, n. 18-1150, con commento di T. KEY, *US Supreme Court rules Official Georgia Codes Annotated is ineligible for copyright protection*, IPKat, 29 aprile 2020, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2020/04/us-supreme-court-rules-official-georgia.html>.

<sup>1349</sup> *U.S. Copyright Act*, n. 94-553.



3. è soggetta all'approvazione di quest'ultimo<sup>1350</sup>.

Orbene, se l'OGCA consiste – come sembra opportuno pensare – in una mera raccolta sistematica di fonti legislative la cui organizzazione è affidata a criteri redazionali comuni (come, ad esempio, l'ordine cronologico) la decisione d'oltreoceano non può che essere ampiamente condivisa dal momento che le fonti legislative devono essere liberamente accessibili alla collettività e su di esse non può, quindi, insistervi un diritto esclusivo di sfruttamento economico in favore di un privato<sup>1351</sup>. Diversamente, se si fosse trattato, per esempio, di un commentario organizzato secondo un'impronta personalistica sarebbe stato legittimo remunerare l'autore (o gli autori), accordandovi il *copyright*.

#### 18.5.4. (Segue) Commenti a margine

La sentenza della Corte di Cassazione italiana testimonia ancora una volta che il «carattere creativo» previsto dall'art. 1 L.d.A. al fine di individuare le opere dell'ingegno tutelabili dal diritto d'autore non si sposi perfettamente con un ordinamento mirante a garantire la *certezza* del diritto. In effetti, la sintetica disamina della corposa giurisprudenza di merito riguardante i diversi testi qualificabili come opere letterarie fa emergere l'intimo collegamento tra entità proteggibili dalla l.d.a. e i mutamenti sociali, culturali e tecnologici che incidono costantemente sul cd. stato dell'arte, da cui dipende giocoforza l'originalità dell'opera presa in esame. Essa dimostra la *fluidità* di tale espressione, idonea a prendere la forma di interessi più o meno duraturi.

Con specifico riferimento alle questioni legate alla creatività minima dei testi giuridici, sarebbero in realtà prospettabili diverse soluzioni. A cominciare dal più drastico rimedio di escludere ogni tipo di scritto giuridico alla protezione autorale<sup>1352</sup>, anche se ciò potrebbe contrarre gli incentivi di ricerca in tale settore. Oppure alla possibilità di ridurre la durata dell'esclusiva insistente sugli scritti tecnico-professionali<sup>1353</sup>, con non poche difficoltà nel tracciare l'esatto confine che li separa dagli scritti scientifici, soprattutto per quelli che si collocano in una sorta di zona grigia. Tuttavia, al momento,

---

<sup>1350</sup> T. KEY, *US Supreme Court rules Official Georgia Codes Annotated is ineligible for copyright protection*, op. cit.

<sup>1351</sup> Analogamente, la Corte federale tedesca, con sentenza del 28 settembre 2006, Saechsiger Ausschreibungsdienst, in *GRUR International*, ha affermato l'esclusione della tutela *sui generis* per le banche dati ufficiali del governo qualificandole come *official works* rispetto ai quali è prevista l'esenzione dal diritto d'autore. Nella giurisprudenza italiana v. Tribunale di Milano, sentenza dell'8 settembre 2014, in *Annali italiano del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2015, p. 837, il quale ha negato che la traduzione italiana di un testo normativo di contenuto tecnico destinato ad integrare una specifica disposizione del codice della strada possa godere del diritto d'autore in quanto non costituente elaborazione creativa.

<sup>1352</sup> D. VAVER, *Copyright in Legal Documents*, op. cit., pp. 681 ss.

<sup>1353</sup> *Ibidem*. Nella giurisprudenza italiana si richiama la singola sentenza emessa dal Tribunale di Bologna il 10 agosto 2011, in *Il Diritto Industriale*, III, 2012, p. 229, la quale propone di graduare la durata della protezione autorale in funzione del gradiente di creatività dell'opera in questione.

appare opportuno condividere la soluzione proposta da autorevole dottrina secondo cui l'unico rimedio per contenere gli effetti monopolistici del diritto d'autore sia quello di intendere con ragionevole rigore il requisito dell'*originalità*<sup>1354</sup>.

Al riguardo, il sindacato giurisdizionale – sebbene da tempo si sia ormai attestato su un gradiente di originalità non troppo elevato –, nel tentare di garantire quel *ragionevole rigore*, dovrebbe tradursi in un attento *cherry picking* in cui le opere davvero originali potranno giustificare il sacrificio concorrenziale mentre quelle banali verranno scartate e rimesse al libero utilizzo della comunità.

Nel caso di specie, pare ragionevole ritenere che la Corte di Cassazione abbia condiviso il ragionamento prospettato dal giudice d'appello alla luce dei potenziali effetti anticompetitivi che la soluzione contraria avrebbe rischiato di produrre. Essa, infatti, avrebbe potuto generare una pericolosa forma di *competizione immorale* tra avvocati pronti ad elaborare contratti, regolamenti o pareri sui quali ottenere un'esclusiva o delle *royalties* dagli altri colleghi, portando così la tutela degli interessi del proprio cliente su un piano secondario.

Qualora si fosse riconosciuta la natura di opera letteraria al regolamento anticontraffazione in questione si sarebbe aperta una pericolosa breccia in favore della tutelabilità di qualsiasi scritto tecnico-professionale di un avvocato che fosse arricchito di qualche formula stilistica minimamente originale. Ebbene, ipotizzando *ad absurdum* un siffatto scenario, non saremmo incauti profeti nel (pre)vedere le conseguenze che la proliferazione delle privative autorali avrebbe comportato sul libero esercizio della professione forense. Se non una paralisi, di certo un rallentamento nell'espletamento degli incarichi dovuto alla ricerca di espressioni innovative che mettano l'avvocato al riparo dalle più improbabili accuse di plagio. Ed anche se venissero adoperate le espressioni più inedite vi sarebbe comunque il timore che un altro collega le abbia già utilizzate per tutelare gli interessi del proprio assistito in modo altrettanto inedito<sup>1355</sup>.

Tale ragionamento dimostra la necessità che il genere rappresentato dagli scritti tecnico-professionali non possa *tendenzialmente* godere dei diritti di privativa autorale, se non in casi *eccezionali* di organizzazione marcatamente soggettiva delle informazioni in esso contenute che si distacchino dalla letteratura già esistente. Per le diverse ragioni suesposte la sentenza della Corte di Cassazione va, quindi, caldamente accolta in quanto pone un freno al riconoscimento di diritti di esclusiva sui testi giuridici tecnico-professionali.

## 19. Alcune derive straniere

---

<sup>1354</sup> P. AUTERI, *Diritto di autore*, op. cit., pp. 639-640.

<sup>1355</sup> *Ibidem*.

Qualche breve cenno meritano due sentenze straniere, l'una spagnola e l'altra statunitense, accomunate dalla valutazione di originalità ai fini del diritto d'autore di performance i cui movimenti sono in parte il frutto della creatività di chi li compie ed in parte il risultato di una serie di limiti di varia natura. Ci si riferisce segnatamente alle mosse compiute da un matador durante la corrida e a quelle elaborate da un guru dello yoga per un suo corso.

### 19.1. (Segue) La performance di un matador

La pronuncia ispanica trae origine dalla richiesta di un matador spagnolo innanzi al competente Ufficio di proprietà intellettuale per la registrazione come opera dell'ingegno della sua esibizione durante una corrida intitolata «Faena with two ears and a request for the tail of the bull “Curioso” No. 94, weighting 539 kgs, born on February 2010, bull-breeding farm Garcigrande Feria de San Juan of Badajoz, day 22 June 2014». Tuttavia, l'Ufficio competente ha negato la registrazione.

Il matador ha proposto ricorso avverso il provvedimento di rigetto innanzi alla Corte Commerciale di Badajoz, la quale ha confermato la decisione dell'Ufficio spagnolo di proprietà intellettuale richiamando la giurisprudenza europea *Football Association* (v. *supra* par. 4.2.3) in quanto la corrida, al pari delle partite di calcio, è governata da regole che precludono al “giocatore” uno spazio di arbitrarietà espressiva sufficientemente ampio di dar vita ad un lavoro idoneo a costituire la cd. «creazione intellettuale propria dell'autore».

Nel giudizio di secondo grado celebrato innanzi alla Corte Provinciale di Badajoz si sono condivise le statuizioni del precedente giudizio, rimarcando altresì le ricadute significative che l'attribuzione della protezione autoriale produrrebbe sul piano pratico. La Corte, ragionando *ad absurdum*, prefigura lo scenario pernicioso che seguirebbe al riconoscimento del diritto d'autore sull'esibizione del matador: i futuri toreri si troverebbero costretti a dover evitare, oltre alle corna del toro, i movimenti asseritamente originali divenuti oggetto del diritto di esclusiva. Il tutto si tradurrebbe in un consistente aggravio dei compiti del matador dispiegante un effetto dissuadente verso siffatta carriera al punto da «put an end to bullfighting».

La questione è infine giunta all'esame della Corte Suprema spagnola (*Tribunal Supremo*), la quale, con sentenza n. 82 del 16 febbraio 2021, ha confermato i giudizi di merito<sup>1356</sup>. Nondimeno, la Corte Suprema spagnola ha aggiunto un ulteriore tassello di matrice europea che deporrebbe verso l'esclusione della performance in oggetto dalla tutela autoriale. Essa ha invocato la giurisprudenza *Levola Hengelo* (v. *supra* par. 4.2.8), in cui si è stabilito che una creazione intellettuale può essere protetta dal diritto d'autore soltanto se identificabile con sufficiente precisione ed obiettività. Ad avviso della Suprema Corte, i sentimenti che il matador esprime attraverso i

---

<sup>1356</sup> Per maggiori dettagli si rinvia alla nota di C.S. GARCIA, *Copyright Protection for a Bullfight*, op. cit., pp. 1006-1013.

movimenti eseguiti durante la corrida non lascerebbero spazio all'identificazione oggettiva dell'opera dell'ingegno.

Tra le motivazioni evocate nei tre gradi di giudizio, quella che si fonda sull'impossibilità del matador di compiere scelte libere e creative appare la più persuasiva. Invero, sebbene alcune mosse del torero potrebbero reputarsi creative (alla stregua delle coreografie, espressamente richiamate da parte attrice per suffragare la propria tesi), esse non possono del pari considerarsi libere in considerazione di due fattori limitanti in modo incisivo:

1. i movimenti del toro, dipendenti dall'umore dell'animale;
2. il regolamento della corrida che dettaglia, *inter alia*, i passi ammessi e vietati (cd. *Reglamento de Espectáculos Taurinos*)<sup>1357</sup>.

Al di là dal giudizio etico che si voglia attribuire allo spettacolo tauromachico, la circostanza che esso sia anche una componente culturale talmente radicata nel territorio spagnolo da meritare una codificazione normativa tradottasi nella l. del 12 novembre 2013, n. 18, che annovera la corrida nel patrimonio culturale spagnolo, rappresenta un ulteriore elemento ostativo alla legittimazione di forme di appropriazione privata.

## 19.2. (Segue) Gli esercizi yoga

La sentenza statunitense concerne anch'essa la tutela autoriale di alcuni movimenti del corpo, riguardando specificamente una sequenza di ventisei posizioni yoga e di due esercizi di respirazione sviluppati dal guru Bikram Choudhury e descritti nel suo libro del 1979 "Bikram's Beginning Yoga Class".

Il maestro di yoga ha citato in giudizio due suoi allievi che hanno fondato la scuola "Evolution Yoga" in quanto tramite essa si offrivano dei corsi simili a quelli proposti da Bikram, tra cui in particolare il corso "Hot yoga", composto da ventisei posture e due esercizi di respirazione.

La Corte distrettuale della California ha rigettato la pretesa attorea qualificando tali movimenti come fatti e idee insuscettibili di meritare una protezione tramite *copyright*.

La Corte di appello per il nono circuito ha confermato le statuizioni di primo grado argomentando altresì che i movimenti elaborati da Bikram erano spesso pubblicizzati come altamente curativi ed è ben noto che le cure e i mezzi per alleviare il dolore sarebbero al più tutelabili come invenzioni brevettuali, ma non di certo come opere dell'ingegno<sup>1358</sup>.

---

<sup>1357</sup> Sul punto v. in particolare S. SANDRI, *L'umore del torero: ma quello del toro?*, in *Sistema Proprietà Intellettuale*, 16 marzo 2021.

<sup>1358</sup> Corte d'appello U.S.A., IX circuito, sentenza dell'8, ottobre 2015, *Bikram's Yoga College, v. Evolution Yoga*, n. 13-55763, p. 13. Per alcune considerazioni di sintesi v. B. BECK, K. VON WERDER, *Yoga and copyright*, in *WIPO Magazine*, III, 2017, i quali richiamano altresì un'interessante sentenza del 2 febbraio 2007 proveniente dall'*Higher Regional Court* di Colonia che ha ammesso in linea di principio la possibilità di tutela come opera coreografica di una performance di danza acrobatica, a condizione che essa non si riduca ad una sequenza di movimenti fisici e miri a comunicare un determinato messaggio.

A nulla varrebbe che le posizioni rivendicate siano descritte nel libro di Bikram, esemplificando che un libro su come svolgere complesse operazioni chirurgiche non attribuisca al suo autore il monopolio sulle medesime nei confronti di altri chirurghi. Peraltro, ove per assurdo si ammettesse l'esclusiva sulle mosse di yoga indicate nel libro non vi sarebbe alcun incentivo per i consumatori ad acquistarlo dal momento che l'esecuzione di tali movimenti rischierebbe di renderli responsabili di *copyright infringement*. In questa prospettiva, il diritto d'autore, anziché stimolare la creatività derivata del pubblico – in tal caso sulle posizioni yoga –, ne farebbe da freno, venendo meno una delle sue funzioni essenziali<sup>1359</sup>.

Malgrado Bikram invocasse a suo favore la bellezza e la grazia delle posizioni da lui scelte, la Corte d'appello ha rammentato che il pregio estetico di una creazione intellettuale non incide sul suo regime di protezione secondo il diritto d'autore, posto che quest'ultimo si accorda esclusivamente in relazione alla natura di idea o di forma espressiva dell'opera indagata. Nel caso di specie, la protezione va esclusa in ragione della natura funzionale della sequenza di movimenti che ne preclude la rappresentazione secondo una forma espressiva originale.

La Corte pone dunque l'accento sul principio dicotomico idea-espressione per affermarne la cruciale rilevanza nel compito di assicurare che le interpretazioni estensive del diritto d'autore non si estendano al di fuori dei limiti costituzionali<sup>1360</sup>.

## 20. Verso derive più sostenibili nella cornice dei diritti fondamentali

Dalle argomentazioni espresse dalla giurisprudenza (pro)posta in rassegna è possibile ricavare degli indici che influenzano la valutazione di originalità di un'opera dell'ingegno, ovvero (i) il suo grado di caratterizzazione attraverso scelte libere e creative, (ii) il livello di novità rispetto allo stato dell'arte, (iii) la capacità dell'opera di veicolare un certo messaggio, (iv) il tasso di affollamento del mercato interessato.

Può in prima battuta affermarsi che i primi tre elementi si pongano in rapporto di diretta proporzionalità rispetto alle probabilità di qualificazione dell'opera indagata come originale mentre è da credere che all'aumentare del quarto elemento diminuiscano i margini di originalità a disposizione dei futuri autori.

In secondo luogo, occorre tener conto che i quattro indici già menzionati non occupano il medesimo peso rispetto a tutte le opere dell'ingegno. È necessario operare un *distinguo* quantomeno fra opere artistiche (o futili) e opere utili, ritenendo che per le prime la valutazione di originalità dipenda maggiormente dagli indici (i) e (iii) laddove per le seconde rilevino più marcatamente gli indici (ii) e (iv). Non si esclude che quest'accezione di originalità a geometria variabile possa prestarsi ad ulteriori

---

<sup>1359</sup> *Bikram's Yoga College, v. Evolution Yoga*, p. 16.

<sup>1360</sup> *Ivi*, p. 23.

diramazioni discendenti da tassonomie più granulari che riflettano le peculiarità della tipologia di opera presa in considerazione<sup>1361</sup>.

A questi indici si aggiungono le particolari sensibilità nazionali, vista l'assenza di riferimenti più puntuali a livello europeo al netto del requisito giurisprudenziale delle scelte libere e creative idonee ad imprimere la personalità dell'autore. Per esempio, nel diritto svedese assume rilievo il proposito della creazione di risolvere un problema tecnico, il quale esclude automaticamente la possibilità di beneficiare del diritto d'autore<sup>1362</sup>. Di converso, almeno nel diritto europeo, l'elemento psicologico (interno all'autore) esula dalla valutazione di originalità dal momento che anche le creazioni utili, laddove esprimano una componente creativa personale del loro autore, sono ammesse a godere della tutela autoriale. Nel diritto svedese, invece, l'originalità dal grado statistico di unicità dell'opera indagata<sup>1363</sup>.

Si è già ribadito come tale contesto sia foriero di possibili discriminazioni tra creatori parimenti – e diversamente – creativi anche idonee a creare delle barriere alla libera (creazione e) circolazione delle produzioni intellettuali, posto che due autori residenti in due diversi Paesi europei potrebbero ricevere un trattamento diversificato benché abbiano profuso lo stesso impegno creativo. Un approccio egualitario non può circoscrivere l'esame di originalità a criteri di matrice squisitamente nazionale, ma dovrebbe seguire un'interpretazione conforme al diritto europeo che a sua volta meriterebbe una codificazione legislativa, ad oggi limitata al contenuto dei diritti senza disturbarsi di armonizzare i presupposti per il loro riconoscimento.

Peraltro, il monito della decisione statunitense in *Bikram's Yoga College, v. Evolation Yoga* a che gli interventi ermeneutici in materia di *copyright* non oltrepassino i paletti costituzionali si apprezza particolarmente per l'idea di legittimare le derive espansive del diritto d'autore soltanto se incanalate all'interno di una determinata cornice valoriale.

---

<sup>1361</sup> Tale ideologia si ritrova anche in P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Programmi per elaboratore e banche dati*, op. cit., pp. 108-109, la quale nega l'unitarietà dell'istituto a vantaggio di un approccio relazionale, condizionato dallo specifico oggetto esaminato. V. altresì G.M. RICCIO, *The influence of the Court of Justice of the European Union on national courts in copyright cases*, op. cit., p. 171, il quale si riferisce a due livelli di originalità, l'uno più modesto per le creazioni utili e l'altro più elevato per le creazioni artistiche. Inoltre, secondo A. MUSSO, *Il riconoscimento della personalità creativa nell'opera dell'ingegno*, op. cit., pp. 64, 65, le opere tecnologiche (software, database, opere del disegno industriale) e scientifiche (trattati, contratti, saggi) sottostanno ad un comune standard di originalità che si limita l'accertamento della personalità alla rintracciabilità di uno stile informatico o tecnico.

<sup>1362</sup> H. BENGTSSON, *EU harmonisation of the copyright originality criterion*, Delphy articles, 2012, «The Svea Court of Appeal in two cases concerning applied art (case T 5541-01 [car heaters] and case T 728-08 [vacuum cleaner nozzles, confirming district court ruling]) considered the purpose of the creation and concluded that when the purpose is substantially governed by functional and production issues, an object will not enjoy copyright protection».

<sup>1363</sup> W. FISHER, *CopyrightX. Lecture transcripts*, op. cit., p. 11, « At the other extreme, courts in Switzerland pay attention, when considering originality, to the degree of “statistical uniqueness” of the work in question».

La letteratura giuridica<sup>1364</sup> e la giurisprudenza europea<sup>1365</sup> sono intrise di riferimenti sulle interferenze tra i diritti di proprietà intellettuale e i diritti fondamentali<sup>1366</sup>, i cui terreni di scontro si giocano sulla demarcazione dei confini tra sfere di proprietà e sfere di libertà<sup>1367</sup>, alla luce soprattutto della tutela della privacy<sup>1368</sup>, della libertà di manifestazione del pensiero<sup>1369</sup>, della libertà di informazione (e di circolazione del sapere)<sup>1370</sup>, e della tutela della concorrenza (v. *supra* Capitolo Terzo).

Quale che sia il “duello” preso in considerazione, emerge come i diritti fondamentali vengano adoperati come chiavi per l’apertura delle sfere di esclusiva al fine di riequilibrare un assetto normativo che tende a divenire troppo sbilanciato a favore del polo della proprietà<sup>1371</sup>.

Tra i vari valori in posizione di porziorietà rispetto al diritto d’autore non pare esservi traccia degli interessi finanziari, i quali, tuttavia, sulle spinte delle forti lobby industriali hanno influenzato – e continuano ad influenzare – significativamente il percorso espansivo del diritto d’autore, costituendone la causa primaria del suo snaturamento. I nuovi interessi finanziari polarizzati sulla tutela delle produzioni dell’intelligenza artificiale e dei Big Data

---

<sup>1364</sup> G. SPINA ALÌ, *Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol 51, IV, 2020, pp. 411-445; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 64; R. CASO, G. DORE, *Copyright as Monopoly: the Italian Fire under the Ashes*, op. cit., p. 2; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, op. cit., pp. 198 ss.; R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzione europee*, op. cit., pp. 9 ss.

<sup>1365</sup> CGUE, sentenza del 28 ottobre 2020, Causa C-637/19, *BY c. CX*, EU:C:2020:863, parr. 32-33; IDEM, sentenza del 29 luglio 2019, Causa C-476/17, *Pelham*, EU:C:2019:624; IDEM, sentenza del 16 febbraio 2012, Causa C-360/10, *Netlog*, EU:C:2012:85 ; IDEM, sentenza del 29 gennaio 2008, Causa C-275/06, *Promusicae*, EU:C:2008:54.

<sup>1366</sup> Sulla ricorrente esclusione dei diritti di proprietà intellettuale come diritti fondamentali v. G. SPINA ALÌ, *Why intellectual property does not belong in the constitution(s): four considerations*, op. cit., p. 463, il quale evidenzia che «[a] handful of constitutions refrain from assigning to IP the status of a fully fledged fundamental right, while protecting it as part of the commitment of the State to promote the advancement of the arts and sciences. From this vantage point, intellectual property does not find its justifications in the inherent dignity of the human person, but in being at the service of the collective interest. Thus, this choice ends up establishing a stronger connection between the right to exclude others from creative endeavours and its public interest justification».

<sup>1367</sup> G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 64.

<sup>1368</sup> R. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti peer to peer: il caso Peppering – Profili di diritto comparato*, in *Diritto dell'internet*, 2007, p. 471

<sup>1369</sup> J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, op. cit., p. 513, 519, il quale sostiene ragionevolmente che la proprietà privata – ivi inclusa quella intellettuale – e il pubblico dominio debbano convergere armonicamente verso l’unico obiettivo di «stimolare la creatività umana, originaria e derivata e la promozione del massimo sviluppo, diffusione e accesso alla conoscenza, nelle sue varie forme, quale fondamento stesso della creatività e motore della crescita collettiva della società nel suo complesso».

<sup>1370</sup> Tra le varie, *Feist Publications*.

<sup>1371</sup> G. GEIGER, *The Constitutional dimension of intellectual property*, in P. TORREMANS (a cura di), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2008, p. 101; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 68.

rischiano di orientare il legislatore verso una nuova mercificazione dell'istituto emblematicamente destinato a promuovere la creatività umana.

Si è già appurato che l'allontanamento del diritto d'autore dal suo scopo natio possa favorire delle distorsioni concorrenziali, come in *IMS* e *Microsoft*. Un ulteriore allontanamento potrebbe aggravare le ricadute sul mercato dell'innovazione, determinando nuove strozzature.

Dunque, la sostenibilità delle prossime derive del diritto d'autore non potrà che dipendere da un esercizio di bilanciamento "multivaloriale" in cui i diritti fondamentali mantengono la loro supremazia sugli interessi contingenti di un gruppo circoscritto – per quanto influente – di soggetti. La determinazione di tale cornice valoriale, verosimilmente rimessa alla Corte di Giustizia e sul fronte nazionale alla Corte costituzionale<sup>1372</sup>, potrà altresì guidare i Giudici di legittimità e di merito nella composizione dei pluriformi interessi sottesi alla valutazione di un'opera dell'ingegno.

---

<sup>1372</sup> Si ricorda che la Corte costituzionale è stata già investita del compito di considerare il diritto d'autore in rapporto ai diritti costituzionali eventualmente confliggenti, come testimoniato dalla sentenza del 6 aprile 1995, n. 108, nonché dalla giurisprudenza in essa richiamata.



## CONCLUSIONI

Non è forse curiosamente interessante che lo spartiacque tra il pubblico dominio e il patrimonio artistico, culturale e tecnico privatizzato dal diritto d'autore dipenda da una sola parola, peraltro connotata da forte polisemia, sia diacronica che sincronica?

Né si tratta soltanto di originalità (o creatività ove si guardi al requisito nazionale) e, tramite essa, di oggetto della protezione, dal momento che la definizione delle sfere di proprietà pubblica e privata si riflette sul piano di altri diritti, valori e interessi, quali a titolo meramente esemplificativo la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di iniziativa economica, la tutela della privacy, la tutela della concorrenza, gli interessi dei finanziatori dell'innovazione.

Nel presente lavoro si è cercato di mappare le specifiche relazioni intercorrenti tra l'originalità, gli interessi finanziari e la concorrenza per estrapolare delle coordinate che possano costituire un primo orientamento all'interprete ogniquale volta si trovi dinanzi al bivio tra diritto d'autore e pubblico dominio. Tale scelta non è affatto da sottovalutare, essendo stato evidenziato che il diritto d'autore sia uno dei teatri di guerra più rilevanti sul cui scacchiere si gioca il controllo dell'informazione, delle idee e della conoscenza<sup>1373</sup>.

Il Capitolo Primo è stato dedicato per l'appunto a sviscerare la nozione di originalità, un termine proveniente da campi extra-giuridici che ha acquisito un significato suo proprio volto a stabilire il regime di protezione di un'opera dell'ingegno<sup>1374</sup>. Esso è stato interessato da un lungo processo di evoluzione, a partire dalle iniziali concezioni antitetiche nei sistemi di *civil law* e di *common law* sino al complesso lavoro di armonizzazione operato nel mosaico giurisprudenziale europeo, giunto a declinarla come la capacità dell'autore di esprimere scelte libere e creative idonee a disvelarne la personalità. Il risultato delle continue metamorfosi del diritto d'autore ha fatto sì che tale istituto tollerasse al suo interno la convivenza di regimi di tutela estremamente diversificati, sia con riguardo ai presupposti, che con riferimento agli interessi protetti<sup>1375</sup>.

Se da un lato la scelta di ricorrere ad una clausola generale, le cui maglie larghe permettono di annoverare nel recinto del diritto d'autore le nuove forme in cui fiorisce la creatività umana, dall'altro, è evidente il *trade-off* tra necessaria flessibilità ed rischio di arbitrarietà.

---

<sup>1373</sup> R. CASO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia*, op. cit., p. 6.

<sup>1374</sup> G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, op. cit., p. 583, il quale osserva che quando il legislatore fa ricorso a nozioni originanti da ambiti extra-giuridici, appare opportuno cominciare dalla definizione propria del settore interessato ed eventualmente abbandonarla soltanto laddove una sua ricezione pedissequa si ponesse in contrasto con le *rationes* del comparto giuridico interessato

<sup>1375</sup> M. SANTILLI, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, op. cit., p. 83, la quale già molti anni fa avvertiva la «scomposizione del diritto d'autore» in plurimi regimi di tutela eterogenei.

Pertanto, si salterebbe con grande favore un intervento legislativo che possa assottigliare le particolari sensibilità dei Giudici nazionali così da garantire un'effettiva parità di trattamento fra tutti i soggetti residenti nel mercato unico – anche culturale – europeo, che ad oggi (mal) si presenta come un *patchwork* di standard nazionali di originalità<sup>1376</sup>. I tempi sono ormai maturi per la codificazione di un requisito unitario a livello europeo che possa sistemare l'attuale “disordine” giuridico nell'interpretazione nazionale del requisito di originalità<sup>1377</sup>.

Nel Capitolo Secondo si è valutata la possibilità di predicare l'originalità ai fini del diritto d'autore delle produzioni intellettuali mediante intelligenza artificiale e dei Big Data.

Orbene, la nozione di originalità, come sviscerata dalla giurisprudenza europea e nazionale, denota indubbiamente una carica antropocentrica che nega alle produzioni automatizzate l'idoneità di accedere alla tutela autoriale. Tuttavia, tale ostacolo potrebbe facilmente aggirarsi attraverso un'appropriazione umana dei risultati della macchina, posto che, almeno da un punto di vista oggettivo, una produzione automatizzata è tendenzialmente inconfondibile rispetto ad una umana. Si prefigurerebbe così all'orizzonte un mercato popolato da false opere umane ugualmente meritevoli dell'esclusiva riservata agli umani. Occorre quindi cercare una soluzione che incentivi comportamenti leali riguardo all'esatta provenienza dell'opera.

A tal proposito, potrebbe immaginarsi la creazione di un marchio di certificazione sull'origine umana della creazione, non potendo trascurare degli incentivi per la creatività algoritmica, la quale potrebbe comunque costituire una fonte di ispirazione per nuove opere derivate. Si pensi, ad esempio, ad un diritto *sui generis* dalla portata più ristretta rispetto a quella

---

<sup>1376</sup> Commissione europea, *Staff Working Document Business Journey on the Single Market: Practical Obstacles and Barriers*, 10 marzo 2020, SWD(2020) 54, secondo cui «This creates a patchwork of national rules and fragmentation in the Digital Single Market, as well as legal uncertainty which is discouraging for businesses, particularly SMEs, from benefitting from the opportunities that the single market has to offer». Sebbene la Commissione riferisca il termine *patchwork* agli strumenti giuridici per garantire l'*enforcement* del diritto d'autore si ritiene che tale constatazione possa egualmente riferirsi al requisito per il suo accesso.

<sup>1377</sup> Sull'esigenza di armonizzazione europea si richiama nuovamente E. ROSATI, *Originality in EU copyright*, op. cit., p. 53, «An EU-wide copyright discourse cannot be construed without assigning an EU meaning to very basic concepts of copyright, namely that of work and that of originality. As it will be argued any legislative intervention aimed at harmonizing such concepts will be an *ex post* codification of principles developed by the CJEU. As the market for copyright is no long bound to analogical barriers it is no longer conceivable that EU lacks an EU-wide copyright title and remains instead a fragmented legal order. This in contrast to a market in which no fragmentation is actually supposed to exist», nonché a p. 231, “the meaning given to the originality requirement has the potential to create an effective boundary to the currently over-extended scope of copyright protection. L'Autrice conclude proponendo che l'armonizzazione avvenga sotto forma di regolamento in quanto porrebbe fine ai costi transazione legati al recepimento delle direttive. V. altresì G.M. RICCIO, *The influence of the Court of Justice of the European Union on national courts in copyright cases*, op. cit., p. 176, il quale avverte che «l'assenza di parametri certi non può che determinare il continuo ricorso ai criteri consolidati in ciascun Paese, vanificando lo sforzo dei giudici europei», auspicando a p. 187 degli «interventi chiarificatori normativi e tecnici tali da garantire una reale armonizzazione in un settore economico così tanto cruciale».

autoriale comprendente soltanto prerogative patrimoniali inferiori rispetto a quelle autoriali “classiche”. Ciò potrebbe inserirsi in una strategia per attrarre gli investimenti tecnologici in Europa, vista l’assenza di vere e proprie *Big Tech*.

Lato Big Data, la politica favorevole alla creazione della quinta libertà di circolazione avente proprio ad oggetto dati, a più riprese capeggiata dalle istituzioni europee, ne esclude un approccio protezionistico. Inoltre, gli incentivi alla costituzione di grandi *dataset* sono già insiti nel vantaggio competitivo che essi apportano a chi li costituisca o chi è legittimato a sfruttarli. Un ulteriore forma escludente sui dati rischierebbe di riconoscere alle cd. *Big Data companies* un potere soverchiante.

D’altro canto, ciò non significa favorire la previsione di obblighi incondizionati di divulgazione dei dati o di loro licenza a condizioni FRAND, essendo preferibile una valutazione caso per caso che la ammetta nelle ipotesi di abusi di posizione dominante oppure rispetto a tipologie di dati che si reputa sia meglio far confluire nel pubblico dominio, come quelli generati dai dispositivi dell’*Internet of Things*.

Se gli interessi finanziari premono per l’estensione dell’esclusiva, quelli concorrenziali, analizzati nel Capitolo Terzo, si pongono in parziale contrasto. Invero, il diritto d’autore, come tutti i diritti di proprietà intellettuale, possiede un’indole monopolistica diretta all’appropriazione egoistica ed escludente della conoscenza<sup>1378</sup>. Ad essa si contrappongono le istanze di accesso da parte della collettività per accrescere il patrimonio delle nozioni possedute.

Non può che condividersi la tesi secondo cui la conflittualità tra interessi privati ed interessi pubblici debba risolversi in favore di questi ultimi, posti dall’ordinamento costituzionale in posizione sovraordinata rispetto ai primi<sup>1379</sup>. Occorre quindi limitare l’area di esclusiva, sia con riguardo all’oggetto (la summenzionata ampiezza orizzontale) che con riferimenti ai requisiti di accesso (ampiezza verticale), così da non causare un intollerabile pregiudizio all’innovazione e alla circolazione della conoscenza. Ecco perché occorre temperare gli irrigidimenti iperprotezionistici onde evitare eccessi nell’estensione orizzontale e verticale del diritto d’autore.

Ciò ha portato la dottrina a chiedersi legittimamente: «che diritto d’autore sarà mai quello che impedisce l’emergere di un’opera ulteriore (e più ricca) basata su elementi fattuali – e quindi, per definizione, non proteggibili – che costituiscono il contenuto dell’opera iniziale?[...] E che diritto d’autore sarà mai quello che costituisca un ostacolo permanente alla nascita di altre opere che coincidano con quella iniziale proprio dal punto di vista delle informazioni e del contenuto [...]?»<sup>1380</sup>.

In questa prospettiva, il giurista deve vigilare sulle tecniche di appropriazione del sapere per assicurare la coerenza del sistema giuridico

---

<sup>1378</sup> Al riguardo, si rinvia alla lucida e brillante recensione di P. RESCIGNO, *Prefazione alla III edizione*, in G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., pp. VII, VIII.

<sup>1379</sup> *Ibidem*.

<sup>1380</sup> M. RICOLFI, *Diritto d’autore e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 175.

nella scansione della dialettica tra aree di esclusiva e aree di pubblico dominio<sup>1381</sup>.

Ciò posto, al di là delle variazioni terminologiche con cui si voglia descrivere il requisito di originalità, il suo vero significato si coglie sul piano interpretativo-applicativo. Nel Capitolo Quarto si conferma l'essenzialità e la centralità del ruolo della giurisprudenza ai fini della costruzione di una cornice istituzionale adeguata ad affrontare le sfide della società della conoscenza<sup>1382</sup>.

Al pari della legge<sup>1383</sup>, ogni posizione espressa da un organo giudicante è causa di ordine o disordine del mercato da essa interessato in una data situazione storica. In questa prospettiva, anche la giurisprudenza ha il compito di "rassettare il disordine" giuridico alla base del giudizio di creatività autoriale, esasperato dall'ingresso di creazioni utili in campo tecnologico e di creazioni atipiche nei più svariati ambiti artistici, che a sua volta si riflette nel disordine sui mercati delle opere dell'ingegno, nei quali l'imprevedibilità dell'esito di una controversia rappresenta la regola anziché l'eccezione.

Un maggiore ordine annullerebbe o quantomeno ridurrebbe le incognite su ciò che ancora deve accadere<sup>1384</sup>. Dunque, almeno nell'ambito del diritto d'autore l'ordine quindi non si raggiunge spontaneamente come nel *cosmos* descritto da von Hayek, bensì nella *praxis*, ovvero in un disegno all'interno del quale si stabilisce una gerarchia di interessi atta a perseguire determinati fini ritenuti meritevoli di tutela<sup>1385</sup>.

Tuttavia, introdurre delle coordinate impermeabili alle percezioni soggettive dell'interprete e alle evoluzioni socioculturali sembra più una chimera che vicina realtà. Invero, il costante evolversi del concetto di creatività e di originalità fa sì che esso non possa essere cristallizzato in un precetto legislativo che presto diverrebbe troppo stretto o troppo largo. Sicché, l'onere di riempire di significato una nozione particolarmente dinamica trasla in capo al giudice, tenuto ad individuare opera per opera i parametri rilevanti nell'accertamento del suo carattere creativo. Peraltro, la creatività, oltre ad avere un significato fortemente cangiante, costituisce un concetto che non può leggersi isolatamente, in quanto richiede di essere interpretato all'interno di una scala valoriale complessa ove si collocano libertà e valori concorrenti<sup>1386</sup>.

---

<sup>1381</sup> G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, op. cit., p. 589.

<sup>1382</sup> G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, op. cit., p. 74. L'Autore aggiunge a p. 61 che «negare aprioristicamente alle corti la possibilità di incidere sull'assetto proprietario esistente in funzione di un suo ammodernamento appare non soltanto irrealistico, ma risulterebbe in netto contrasto con la generale tendenza del sistema ad ampliare gli spazi di intervento e le responsabilità del giudiziario, anche in risposta alla crisi del modello classico delle fonti».

<sup>1383</sup> In relazione all'influenza della legge sul mercato cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, op. cit., pp. 12-13.

<sup>1384</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>1385</sup> F.A. VON HAYEK, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando Editore, Roma, 1988, pp. 83-110.

<sup>1386</sup> Sulla necessità di identificare dei veri valori v. N. IRTI, *Smascherare chi abusa della parola valore*, *Ilsole24ore*, 9 maggio, 2022, secondo cui «La filosofia e la pratica dei

Ciò che resta possibile è l'individuazione di indici sintomatici dell'originalità o della banalità di un'opera dell'ingegno. Tra essi rilevano segnatamente la novità, l'espressione di scelte libere e creative, l'impatto (pro e anti)concorrenziale, l'espressione di un messaggio.

Alla luce di quanto suesposto, le corti sono quindi depositarie del non facile compito di sottoporre a sutura con l'ago della ragionevolezza e il filo della proporzionalità i molteplici valori coinvolti nel giudizio di originalità. Il risultato di questa delicata chirurgia non potrà che essere felicemente instabile, rimettendosi in discussione con il costante mutare degli interessi in gioco, senza però rinunciare agli originari tratti caratterizzanti di un istituto nato per promuovere le pluriformi manifestazioni della creatività umana per poi garantirne la sua circolazione a vantaggio della collettività.

Da ultimo, si segnala l'esistenza di un nuovo test, sviluppato dai ricercatori di Harvard, che permette in pochi minuti di scoprire il livello di creatività di un individuo. Il test utilizza una metodologia chiamata DAT (*Divergent Association Task*) ove l'utente viene invitato a compilare un elenco di parole il più possibile distanti tra loro dal punto di vista concettuale, per esempio "gatto" e "cacciavite"<sup>1387</sup>.

Chissà che non sia possibile attraverso una cartografia degli orientamenti giurisprudenziali europei e nazionali dettare un modulo operativo che insegni ad un'intelligenza artificiale come valutare la creatività delle opere dell'ingegno, risparmiando tanta fatica agli organi giudicanti. Ad ogni modo, dietro l'individuazione degli indici di evidenza e non evidenza, nonché delle gerarchie valoriali di riferimento, non potrà che esserci un *team* di umani che avrà il compito di mantenere la delicata armonia tra interessi pubblici e privati.

---

valori vorrebbero salvare il mondo dall'abisso e opporsi al vuoto e al disincanto del nichilismo. Ma la battaglia si risolve quasi per paradosso nell'estremo e oscuro soggettivismo di coloro che dichiarano di porre o scoprire valori. In questa conversione di norme in valori è – come vide l'acutissimo Carl Schmitt la radice di una crisi profonda. Il giudice non è più chiamato ad applicare la legge (a cui pur sarebbe soggetto per dovere costituzionale), ma ad attuare valori: vaghi, indefiniti, incerti nel contenuto e nella dimensione, duttili e prони alle qualsiasi circostanze del caso. [...] L'inflazione dei valori li discredita, e li abbassa a merce di consumo acquistabile all'ingrosso in qualsiasi negozio di città».

<sup>1387</sup> K. WHITING, *How creative are you? This simple test will tell you in under 4 minutes*, 10 agosto 2021, reperibile al seguente link: <https://www.weforum.org/agenda/2021/08/creativity-test-harvard-jobs-market/#:~:text=The%20Divergent%20Association%20Task%20was,the%20person%20taking%20the%20test.>

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-13, 2019.
- AA. VV., *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection on database*, Commissione europea, Bruxelles, 2005, p. 8.
- R. ABBOTT (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022.
- K. ABITABILE, J. PICERNO, *Dance and the Choreographer's Dilemma: A Legal and Cultural Perspective on Copyright Protection for Choreographic Works*, in *Campbell Law Review*, vol. 27, I, 2004, pp. 39-62.
- H. B. ABRAMS, *Originality and Creativity in Copyright Law*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, II, 1992, pp. 3-44.
- N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 164.
- C. ACCOTO, *Il mondo ex machina. Cinque brevi lezioni di filosofia dell'automazione*, Egea, Milano, 2019.
- V. AFFERMI, *Legislazione sui programmi per elaboratore e diritti di proprietà industriale e intellettuale*, in *Diritto dell'informatica*, 1988, p. 402.
- L. AGUIAR, J. CLAUSSEN, C. PEUKERT, *Catch Me If You Can: Effectiveness and Consequences of Online Copyright Enforcement*, in *Information Systems Research*, vol. 29, III, 2018, pp. 656-678.
- M. ALBERTO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 2018, p. 471.
- I. ALEXANDER, T. GÓMEZ-AROSTEGUI (a cura di), *Research Handbook on the History of Copyright Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.
- I. ALEXANDER, *Copyright Law and the Public Interest in the Nineteenth Century*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2010.
- Z. ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966.
- S. ALIPRANDI, *Creative Commons: manuale operativo. Guida all'uso delle licenze e degli altri strumenti CC*, SUM edizioni, Ferrara, 2013.
- J.E.M. ALLAN (a cura di), *Trends and Developments in Artificial Intelligence Challenges to the Intellectual Property Rights Framework. Final report*, Commissione Europea, Lussemburgo, 2020, pp. 67-96.
- G. ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984.
- S. ALVANINI, *Sulla tutelabilità delle tagline come opera dell'ingegno*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2011, pp. 264 ss.
- G. AMATO, *Corte Costituzione e Concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, III, 2017, p. 427.

- F. AMISANO, A. CASSONE, *Proprietà intellettuale e mercati: il ruolo della tecnologia e conseguenze microeconomiche*, Università del Piemonte orientale, *working paper* n. 49, Alessandria, 2005.
- M. AMMENDOLA, *sub. artt. 102-bis, 102-ter l.a.*, in P. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza. Appendice di aggiornamento*, CEDAM, Padova, 2000. p. 67.
- M. AMMENDOLA, *voce Diritto d'autore*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 372.
- M. AMMENDOLA, *L'opera architettonica come oggetto del diritto d'autore. Rilevanza giuridica di un connubio tra arte e tecnica*, in *Il Diritto di Autore*, 1978, pp. 116 ss.
- D. AMODEO, *L'evoluzione legislativa ed interpretativa della tutela dell'opera architettonica*, in *Il Diritto di Autore*, III, 2005, pp. 311 ss.
- F. ANCARANI, *Concorrenza e analisi competitiva. Una prospettiva d'impresa*, Egea, Milano, 1999, p. 108.
- A. ANDREANGELI, *Interoperability as an "essential facility" in the Microsoft case – encouraging competition or stifling innovation?*, in *European Law Review*, vol. 34, IV, 2009, pp. 584-611.
- C. ANGELINI, *Fotografia ed opera fotografica*, in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 276 ss.
- T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, cases, and materials*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 106.
- T. APLIN, G. PASQUALETTO, *Artificial Intelligence and Copyright Protection*, in R.M. BALLARDINI, P. KUOPPAMÄKI, O. PITKÄNEN (a cura di), *Regulating Industrial Internet Through IPR, Data Protection and Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, pp. 81-97.
- T. APLIN, *The ECJ Elucidates the Database Right*, in *Intellectual Property Quarterly*, II, 2005, pp. 204-221.
- M. ARE, *voce «Marchio»*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975.
- M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1961.
- M. ARE, *voce Beni immateriali*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 262 ss.
- A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.
- E. AREZZO, *Brevetti essenziali, dominanza e abuso nel settore delle information & communication technologies*, in *Giurisprudenza Commerciale*, V, 2019, pp. 926 ss.
- E. AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore: profili e critica di una dicotomia normativa*, Giuffrè, Milano, 2012.
- E. AREZZO, *Osservazioni a margine del caso NDC Health v. IMS Health*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2004, pp. 236 ss.

- R. ARISTA, *Una protezione giuridica ad hoc per il software: le “disposizioni-tipo” dell’OMPI*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 1997, pp. 355 ss.
- W.B. ARTHUR, *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1994.
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, III ed., Giuffrè, Milano, 1960, pp. 631 ss.
- K. ASHTON, *That “Internet of Things” Thing: In the Real World Things Matter More than Ideas*, in *RFID Journal*, vol. 22, VII, 2009, pp. 97-114.
- P. AUTERI, *Diritto di autore*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 623 ss.
- P. AUTERI, *Diritti connessi al diritto d’autore*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 744-764.
- P. AUTERI, *Il contenuto del diritto di autore*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 712-714.
- P. AUTERI, *L’oggetto*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 648-649.
- P. AUTERI, *Iperprotezione dei titolari di diritti IP?*, in *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, pp. 155-163.
- P. AUTERI, *Diritto ed economia: l’analisi economica del diritto e la proprietà intellettuale*, in *Pavia University Press*, IV, 2005, p. 13.
- P. AUTERI, *Commentario al d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169. Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2003, IV-V, pp. 1175 ss.
- P. AUTERI, *Protezione delle opere letterarie e artistiche. Commento al dpr. 8 gennaio 1979 n. 19*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 19, 1980, pp. 148-171.
- A. AVANZI, *Cartine geografiche e violazione del diritto d’autore a mezzo internet*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2013, pp. 294 ss.
- A. AVANZI, *Osservazioni in tema di opera fotografica e fotografia*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2010, pp. 216 ss.
- K. BÄCKER, U. FEINDOR-SCHMIDT, *The destruction of copyright - are jurisprudence and legislators throwing fundamental principles of copyright under the bus?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 16, I, 2021, pp. 41-55;
- F. BANTERLE, M. BLEI, *Alcune novità introdotte dalla direttiva trade secrets*, in *Il Diritto Industriale*, IV-V, 2017, pp. 202 ss.



- F. BANTERLE, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali nei Big Data tra privacy e proprietà intellettuale*, in *Annali italiani di diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, pp. 579-595.
- A. BARABASHEV, D.V. PONOMAREVA, *Patent trolling and legal regulation of Artificial Intelligence*, in *Courier of Kutafin Moscow State Law University*, I, 2021.
- E. BARKER, I. HARDING, *Copyright, the ideas/expression dichotomy and harmonization: digging deeper into SAS*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 7, IX, 2012, pp. 673-679.
- M. BASSINI, M. CUNIBERTI, C. MELZI D'ERIL, O. POLLICINO, G.E. VIGEVANI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Giappichelli, Torino, 2019.
- W. BAUMOL, *La macchina dell'innovazione – Tecnologia e concorrenza nel capitalismo*, Università Bocconi, Milano, 2004, pp. 79 ss.
- B. BECK, K. VON WERDER, *Yoga and copyright*, in *WIPO Magazine*, III, 2017.
- A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 631-653.
- V.L. BENABOU, *Originalité? Vous avez dit originalités?*, in *LEGICOM*, vol. 53, II, 2014, pp. 5-15.
- H. BENGTTSSON, *EU harmonisation of the copyright originality criterion*, Delphy articles, 2012.
- F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, III ed., La Découverte, Parigi, 2014, p. 128.
- L. BENTLY, *The Football Game as a Copyright Work*, in N. HELBERGER, J. POORT, M. SENFTLEBEN, M. VAN EECHOUD, S. VAN GOMPEL (a cura di). *Intellectual Property and Sports: Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2021.
- L. BENTLY, S. DUSOLLIER, C. GEIGER, J. GRIFFITHS, A. METZGER, A. PEUKERT, M. SENFTLEBEN, C. GEIGER, *Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law? Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference before the CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v. Hütter*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019, pp. 467-490.
- L. BENTLY, B. SHERMAN, D. GANGJEE, P. JOHNSON, *Intellectual property law*, V ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 35-390.
- L. BENTLY, *The Return of Industrial Copyright?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, X, 2012, pp. 654-672.
- L. BENTLY, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience 1760–1911*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- C. BERNAULT, A. LUCAS-SCHLOETTER, A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, V ed., LexisNexis, Parigi.
- M. BERTANI, *Abuso dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, III, 2017, pp. 443 ss.

- M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- M. BERTANI, *La tutela del software nell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, II, 2007, pp. 287-312.
- M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in *Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, pp. 22-47.
- M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e circolazione delle informazioni brevettuali*, in AA. VV., *Studi in onore di Adriano Vanzetti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 153.
- M. BERTANI, *Open source ed elaborazione di software*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2004, pp. 105-158.
- M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004.
- M. BERTANI, *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2003, pp. 867 ss.
- M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000.
- M. BERTANI, *Tutela dei Format di programmi televisivi*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 700.
- E. BERTI ARNOALDI, *Concept store e marchio di impresa*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2015, 160 ss.
- A. BERTONI, M.L. MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione dell'Informatica*, I, 2015, pp. 111 ss.
- S. BEUTLER, *The Protection of Multimedia Products through the European Community's Directive on the Legal Protection of Databases*, in *Entertainment Law Review*, vol. 7, VIII, 1996, pp. 317 ss.
- T. BIANCHI, *Alcune osservazioni sulla proposta di legge riguardante la "tutela giuridica" dell'avviamento commerciale*, Giuffrè, Milano, 1962.
- S.F. BIRCH Jr., *Copyright Protection for Attorney Work Product: Practical and Ethical Considerations*, in *Journal of Intellectual Property Law*, X, 2003, p. 255 ss.
- M. BITTON, *Protection for Informational Works After Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 21, III, 2011, p. 615.
- M.L. BIXIO, *Modelli di gestione collettiva a tutela dei diritti d'autore*, Giappichelli, Torino, 2020, XII.
- F. BLOCKX, *The General Court of the EU wanders into copyright law, and gets disoriented*, *The IPKat*, 15 luglio 2021, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/07/guest-post-general-court-of-eu-wanders.html>.
- M.A. BODEN, *Artificial Intelligence: a very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

- M.A. BODEN, *La simulazione della mente al calcolatore è socialmente dannosa?*, in R. VIALE (a cura di), *Mente umana mente artificiale*, Feltrinelli, Milano, 1989, pp. 3-4.
- D. BOIES, *Cyberspace and Antitrust*, in AA.VV., *Proprietà intellettuale e cyberspazio*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 9-12.
- M. BOLDRIN, D.K. LEVINE, *Against Intellectual Monopoly*, New Publisher, New York, 2021.
- M. BOLDRIN, D. LEVINE, *Growth and Intellectual Property*, NBER Working Paper n. 12679, 2006.
- E. BONADIO, N. DE MUCCI, *Can a slogan be protected by copyright? The recent stance of the Italian Supreme Court*, Kluwer Copyright Blog, 24 maggio 2022, reperibile al seguente link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/05/24/can-a-slogan-be-protected-by-copyright-the-recent-stance-of-the-italian-supreme-court/>.
- E. BONADIO, L. MCDONAGH, P. DINEV, *Artificial intelligence as inventor: exploring the consequences for patent law*, in *Intellectual Property Quarterly*, I, 2021, pp. 48-66.
- E. BONADIO, L. MCDONAGH, *Artificial intelligence as producer and consumer of copyright works: evaluating the consequences of algorithmic creativity*, in *Intellectual Property Quarterly*, II, 2020, p. 113.
- E. BONADIO, *How far can copyright be stretched? Framing the debate on whether new and different forms of creativity can be protected*, in *Intellectual Property Quarterly*, II, 2019, pp. 115-135.
- E. BONADIO, N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.
- G. BONELLI, F. GHIRETTI, *Big data e proprietà intellettuale*, in AA. VV., *Big Data: privacy, gestione, tutele*, Utet, Torino, 2018, pp. 135-158.
- G. BONELLI, *Contraffazione e rielaborazione non autorizzata*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2006, pp. 290 ss.
- G. BONELLI, *Il sito web quale opera dell'ingegno*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2002, I, pp. 199 ss.
- G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA, *Codice delle successioni e delle donazioni*, UTET, Milano, 2014, pp. 2099-2101.
- M. BORGHI, *Diritto a compenso per gli artisti interpreti-esecutori di Stati terzi all'Unione europea*, in *Giurisprudenza Italiana*, V, 2021, pp. 1119-1127.
- R. BORRUSO, *La tutela giuridica del software. Diritto d'autore e brevettabilità*, Giuffrè, Milano, 1999.
- M. BOSSHARD, *La tutela contro l'imitazione dell'aspetto del prodotto industriale nel diritto europeo alla luce della "dottrina Cofemel"*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2020, pp. 407 ss.

- M. 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 *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2020, pp. 296-233.
- M. BOSSHARD, *La tutela dell'aspetto del prodotto industriale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 72-73.
- M. BOTTA, C. WIEDEMANN, *Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10, VIII, 2019, pp. 465-478.
- J. BOYLE, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, New Haven-Londra, 2008.
- O. BRACHA, *Copyright history as history of technology*, in *The WIPO Journal*, vol. 5, I, 2013, pp. 45-53.
- U.M. BRAUNSTEIN, *Economic Impact of Database Protection in Developing Countries and Countries in Transition*, WIPO, SCCR/7/2, Ginevra, 2002.
- H. BREakey, *User's Rights and the Public Domain*, in *Intellectual Property Quarterly*, III, 2010, pp. 312 ss.
- A. BRIDY, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, in *Stanford Technology Law Review*, vol. 5, 2012, pp. 1 ss.
- S. BRINGSJORD, P. BELLO, D. FERRUCCI, *Creativity, the Turing Test, and the (Better) Lovelace Test*, in *Minds and Machines*, XI, 2001, pp. 3-27.
- A. BROWN, S. KHERIA, J. CORNWELL, M. ILJADICA, *Contemporary Intellectual Property*, V ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.
- N. BROWN, *Artificial Authors: A case for copyright in computer-generated works*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 20, I, 2019, pp. 24-27.
- R. BRTKA, *The end of a never-ending sampling history?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, VIII, 2020, pp. 585 ss.
- É. BRUC, *Data as an essential facility in European law: how to define the "target" market and divert the data pipeline?*, in *European Competition Journal*, vol. 15, II-III, 2019, pp. 177-224.
- C. BUCCAFUSCO, Z.C. BURNS, J.C. FROMER, C.J. SPRIGMAN, *Experimental Tests of Intellectual Property Laws' Creativity Thresholds*, in *Texas Law Review*, VII, 2014, pp. 1921-1980.
- C. BUCCAFUSCO, *On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 24, n. 1121, 2006, pp. 1149 ss.
- G.L. BUCCIANI, *La Cassazione su plagio artistico e arte informale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, VII-VIII, 2018, pp. 983-993.
- M. BUYDENS, *La protection de la quasi-création*, Larcier, Bruxelles, 1993.

O. BULAYENKO, G. FROSIO, A. LAWRYNOWIZ-DREWEK, N. MANGAL, *Cross Border Enforcement of Intellectual Property Rights in EU*, Parlamento europeo, Bruxelles, 2021, pp. 29-31, 58-64.

J. BURRELL, *How the machine “thinks”: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, vol. 3, I, 2016.

C. BUZZACCHI, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, pp. 153 ss.

D. BYRNE, *Compulsory licensing of IP rights: Has EC competition law reached a clear and rational analysis following the IMS judgment and the Microsoft decision?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 2, V, 2007, p. 329.

J. CABAY, *Droit d’auteur et intelligence artificielle: comparaison n’est pas raison*, in *Entertainment Law*, 2019, VI, pp. 307-325.

J. CABAY, A. STROWEL, *La nouveauté: un indice d’originalité à l’épreuve d’Internet* in AA. VV., *20 ans de nouveau droit d’auteur - 20 jaar nieuw auteursrecht*, Anthemis, Limal, 2015, pp. 17-68

F.J. CABRERA BLÁZQUEZ, *Copyright*, in M. CAPPELLO (a cura di), *Artificial intelligence in the audiovisual sector*, IRIS Special, Osservatorio Europeo dell’Audiovisivo, Strasburgo, 2020, p. 85.

J. CAMPBELL, *Ex Machina: Technological Disruption and the Future of Artificial Intelligence in Persuasive Legal Writing*, in *University of Bologna Law Review*, vol. 5, II, 2020, pp. 294-326.

J. CANNATACI, V. FALCE, O. POLLICINO (a cura di), *Legal challenges of Big Data*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020.

R. CANUDO, *Manifeste de sept arts*, Seguiér Editions, Parigi, 2003.

A. CARAVITA DI TORITTO, *La proporzionalità multilivello nel mercato “presidiato” dei dati personali*, in *Rivista di diritto dei media*, III, 2021, pp. 157-187.

M.C. CARDARELLI, *Il diritto sui generis: la durata*, in *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 64.

F. CARNELUTTI, *L’editore*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1952, pp. 1-8.

O. CAROSONE, *L’opera dell’ingegno creata nel rapporto di lavoro autonomo e subordinato*, Giuffrè, Milano, 1999.

M.A. CARUSO, *Disciplina giuridica del software e interesse della collettività*, Giuffrè, Milano, 1989.

G. CASABURI, *In tema di creatività dell’opera*, in *Il Foro Italiano*, X, 2018, pp. 3124-3126.

G. CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili evolutivi*, in *Il Foro Italiano*, XII, 2017, pp. 3779-3789.

- R. CASAS VALLÉS, *The Requirement of Originality*, in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2009, pp. 102-132.
- R. CASO, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Ledizioni, 2021, Milano.
- R. CASO, G. DORE, *Copyright as monopoly: the Italian fire under the ashes*, in *Trento Law and Technology Research Group*, n. 26, 2016.
- R. CASO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia*, in *Trento Law and Technology Research Group – Research Paper Series n. 2*, 2010, p. 6.
- R. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti peer to peer: il caso Pepperming – Profili di diritto comparato*, in *Diritto dell'internet*, 2007, p. 471.
- R. CASO, *Digital rights management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, CEDAM, Padova, 2006.
- G. CASSANO, *Personaggi di fantasia e tutela autoriale: i limiti all'operatività del plagio evolutivo*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2019, pp. 564-579.
- C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 497-498.
- F. CATALANO, *Il diritto alla portabilità dei dati tra interessi individuali e prospettiva concorrenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, III, 2019, pp. 833 ss.
- D. CATERINO, *Prime osservazioni sul trattamento degli User Generated Contents nella direttiva UE Digital Copyright*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2019, p. 309.
- D. CATERINO, *Software e rifiuto di licenza del codice sorgente*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2004, pp. 388-498.
- G. CAVANI, *Le intersezioni con il diritto della concorrenza*, in A.M. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni ART, Roma, 2009, pp. 39-46.
- G. CAVANI, *Oggetto della tutela*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software: commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 1994 pp. 3 ss.
- P. CERINA, *The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and The United States*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 24, V, 1993, pp. 579 ss.
- E.H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge, 1933.
- L. CHAPELIER, *Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques*, Imprimerie nationale, Parigi, 1791, p. 16.

- M. CHEN, *Beijing Internet Court denies copyright to works created solely by artificial intelligence*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, VIII, 2019, pp. 593-594.
- S. CHENG-LIM, *The originality debate in copyright law – the Canadian perspective*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 63, II, 2004, pp. 294-297.
- A. CHIABERGE, *Tormentoni estivi e tutela del personaggio di fantasia. Il caso del Pulcino Pio*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2013, pp. 403 ss.
- A. CHIABOTTO, *Intellectual Property Rights over Non-Human Generated Creations*, 2017, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3053772>;
- M. CHIAROLLA, *Diritto d'autore: la prima volta delle banche dati (in Italia)*, in *Il Foro Italiano*, vol. 51, I, 1990, pp. 2673 ss.
- L. CHIMIENTI, *Diritto d'autore 4.0. L'intelligenza artificiale crea?*, Pacini, Pisa, 2020.
- L. CHIMIENTI, *Banche di dati e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1999.
- L. CHIMIENTI, *La direttiva dell'UE sulle banche dati*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1996, pp. 123 ss.
- T. CHIOU, *France: case note on "Tresor-Armani-Mania"*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45, VII, 2014, pp. 852-854.
- F. CHOLLET, *Deep Learning with Python*, II ed., Manning, New York, 2021, p. 3.
- J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 273-440.
- E. CIORAN, *Sillogismi dell'amarezza*, Adelphi, Milano, 1952.
- M. CISTARO, *Facebook c. Business Competence: ribaditi i principi in tema di giurisdizione e tutelabilità dell'opera dell'ingegno. I limiti della tutela autoriale del software: individualità dell'opera e policy su concorrenza e innovazione nel mercato del software*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 2017, pp. 329 ss.
- S. CLARK, *Lucasfilm Ltd and Others v Ainsworth and Another: the force of copyright protection for three-dimensional designs as sculptures or works of artistic craftsmanship*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 31, VII, 2009, pp. 384-388.
- A. COGO, *Il plagio d'opera musicale tra identità del testo e diversità del contesto*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2016, pp. 106-111.
- H. COHEN JEHORAM, *Critical Reflections on the Economic Importance of Copyright*, in *International Review of Intellectual Property and Competition*, vol. 20, 1989, pp. 485 ss.

- G. COLANGELO, *Enforcing copyright through antitrust? The strange case of news publishers against digital platforms*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 10, I, 2021.
- G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 137.
- G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big Data as misleading facilities*, in *European Competition Journal*, vol. 13, II-III, 2017, pp. 249-281.
- G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, III, 2016, pp. 425-460.
- G. COLANGELO, *La proprietà delle idee. Le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: dal Courage al Libro Bianco*, in *Europa e diritto privato*, III, 2008, pp. 655 ss.
- C. COLSTON, J. GALLOWAY, *Modern Intellectual Property Law*, IV ed., Routledge, Londra, 2021.
- I. CONNOR, I. BHATTACHARYA, *Copyright protection of software: a convergence of US and European jurisprudence?*, in *Communications Law*, vol. 18, II, 2013, pp. 45-48.
- E. COOPER, R. DEAZLEY, *Interrogating Copyright History*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 38, VIII, 2016, pp. 467 ss.
- D. COPE, *Virtual Music: Computer Synthesis of Musical Style*, Mit Press, Cambridge; 2004.
- D. COPE, *Computers and Musical Style*, A-R Editions, Middleton, 1991.
- W. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, IX ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2019.
- C. COTTER, *The Edge of Glory?: Will DABUS 'success' in South Africa and Australia be repeated in the UK?*, Lexology, 2021, reperibile al seguente link: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ee3fc7e5-e43c-4771-bd30-f0527f007785>.
- W.E. COUSINS, *Writer, medium, suffragette, spy? The unseen adventures of Geraldine Cummins (1890-1969)*, in *The Paranormal Review*, vol. 45, 2008, pp. 3-7.
- M. CRAGLIA, *Artificial Intelligence: A European Perspective*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2018, pp. 67-68.
- C.J. CRAIG, *Technological Neutrality: Recalibrating Copyright in the Information Age*, in *Theoretical Issues in Law*, V, 2017, pp. 601-632.
- C.J. CRAIG, *The evolution of originality in Canadian copyright law: authorship, reward and the public interest*, in *Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 2, II, 2005, pp. 425-445.



- A. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, Commissione europea, Bruxelles, 2019, pp. 75 ss.
- R. CROCITTO, *Commento alla Direttiva 96/9/CE*, in *I Contratti*, I, 1997, pp. 102 ss.
- D. CURLEY, *Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface: The EU Microsoft Case*, in *Journal of World Intellectual Property*, vol. 11, IV, 2008, pp. 296-320.
- M.F. CURSI, *Res incorporales e modello proprietario nella tutela dell'informazione globale*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia e filosofia*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 181 ss.
- T. CUSHING, *New 'Company' Claims It Uses Algorithms To Create Content Faster Than Creators Can, Making All Future Creations Infringing*, Techdirt, 29 settembre 2014, disponibile al seguente link <https://www.techdirt.com/articles/20140929/08500728662/new-company-claims-it-uses-algorithms-to-create-content-faster-than-creators-can-making-all-future-creations-infringing.shtml>.
- G. DALLE VEDOVE, L. CHIAVEGATTI, *Dilemmi in ordine alla tutela delle opere fotografiche*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2005, pp. 491 ss.;
- K. DARLING, A. PERZANOWSKI (a cura di), *Creativity without law. Challenging the assumptions of intellectual property*, New York Press, New York, 2017.
- F. DAVEY, *Reverse engineering and copyright in programming languages and data file formats*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 8, VII, 2013, pp. 512–514;
- P. A. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda*, in G. CLERICO, S. RIZZELLO (a cura di), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, Cedam, 1998, pp. 9 ss.
- C.R. DAVIES, *An evolutionary step in intellectual property rights - Artificial intelligence and intellectual property*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 27, VI, 2011, p. 619.
- M.J. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- M. DE ANGELIS, *Nuovi spunti per il riconoscimento del plagio dell'opera letteraria*, in *Il Diritto di Autore*, 2002, pp. 323 ss.
- M. DE COCK BUNING, *Artificial Intelligence and the Creative Industry: New Challenges for the EU Paradigm for Art and Technology by Autonomous Creation* in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di) *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 529 ss.;
- M. DE MICHELI, *Le avanguardie artistiche del Novecento*, Feltrinelli, Milano, 2014.

- V.M. DE SANCTIS, *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche. Artt. 2575-2583*, in P. SCHLESINGER, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-4.
- V. DE SANCTIS, *A proposito della protezione del Format*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2007, pp. 58 ss.
- V.M. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, II ed., Giuffrè, Milano, 2004.
- V.M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971.
- R. DEAZLEY, *Moral rights*, in *Entertainment Law Review*, vol. 23, I, 2012, pp. 21-22.
- R. DEAZLEY, M. KRETSCHMER, L. BENTLY, *Privilege and property. Essays on the History of Copyright*, OpenBook Publishers, Cambridge, 2010.
- R. DEAZLEY, *Photographing Paintings in the Public Domain, A response to Garnett*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 23, IV, 2001, pp. 179-184.
- S. D'ECCLESIIIS, G. FERRARI, *Abusi di posizione dominante e IP nell'era digitale*, in G. CASSANO, B. TASSONE (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 717-718.
- P. DECHERNEY, *Hollywood's Copyright Wars: From Edison to the Internet*, Columbia University Press, New York, 2012, pp. 84 ss.
- S. DELL'ARTE, *Fotografia e diritto*, UTET, Torino, 2015.
- F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014.
- J.M. DELTORN, *Deep Creations: Intellectual Property and the Automata, Frontiers*, in *Digital Humanities*, 2017, p. 8.
- J.M. DELTORN, *Quelle(s) protection(s) pour le modèles d'inference*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, VII, 2017, p. 142.
- L. DEMING, *Of originality: originality in English copyright law: past and present*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, VI, 2014, pp. 376-389.
- R.C. DENICOLA, *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, in *Rutgers University Law Review*, vol. 69, 2016, pp. 251 ss.
- G. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, II, 2013, pp. 1-29.
- F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: "Ad Hoc" versus "Categorical" Balancing*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (a cura

- di) *Competition Law and Intellectual Property. An European Perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2012, pp. 259 ss.
- F. DENOZZA, *Refusal to deal and IPRs*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law*, Giuffrè-Bruylant, Milano-Bruxelles, 2003, pp. 259 ss.
- B. DEPOORTER, *Copyright Enforcement in the Digital Age: When the Remedy is the Wrong*, in *UCLA Law Review*, vol. 66, II, 2019, pp. 402-447.
- B. DEPOORTER, P.S. MENELL, *Economics of Intellectual Property Law. Volume 1: Theory*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019.
- E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, in *European Intellectual Property Review*, in corso di pubblicazione, 2022.
- E. DERCLAYE, *The CJEU decision in Brompton Bicycle – A welcome double rejection of the multiplicity of shapes and causality theories in copyright law*, Kluwer Copyright Blog, 25 giugno 2020, reperibile al seguente link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/06/25/the-cjeu-decision-in-brompton-bicycle-a-welcome-double-rejection-of-the-multiplicity-of-shapes-and-causality-theories-in-copyright-law/>.
- E. DERCLAYE, M. RICOLFI, *Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference Before the CJEU in Brompton Bicycle v Chedech/Get2Get, C-833/18*, 2019, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3506071>.
- E. DERCLAYE, *Overlapping Rights*, in R. DREYFUSS, J. PILA (a cura di), *Oxford Handbook of Intellectual Property Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 622 ss.
- E. DERCLAYE, *The Court of Justice copyright case law: quo vadis?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, XI, 2014, pp. 716-723.
- E. DERCLAYE, *Database rights: success or failure? The chequered yet exciting journey of database protection in Europe*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 340-354.
- E. DERCLAYE, *Debunking some of UK copyright law's longstanding myths and misunderstandings*, in *Intellectual Property Quarterly*, I, 2013, pp. 1-17.
- E. DERCLAYE, *Recent French decisions on database protection: Towards a more consistent and compliant approach with the Court of Justice's case law?*, in *European Journal for Law and Technology*, vol. 3, II, 2012.
- E. DERCLAYE, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 32, V, 2010, pp. 247-251.
- E. DERCLAYE, *The legal protection of databases: A comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

- E. DERCLAYE, *Databases sui generis right: what is a substantial investment? A tentative definition*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 36, I, 2005, pp. 2 ss.
- E. DERCLAYE, *The IMS health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, in *European Law Review*, vol. 29, V, 2004, p. 694.
- H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, II ed., Dalloz, Parigi, 1966.
- T. DESURMONT, *Chronique de la Communauté Européenne*, in *Revue internationale du droit d'auteur*, n. 155, 1993, pp. 149 ss.
- V. DI CATALDO, *Dai vecchi "disegni e modelli ornamentali" ai nuovi "disegni e modelli". I requisiti di proteggibilità secondo il nuovo regime*, in *Europa e diritto privato*, I, 2002, pp. 61 ss.
- C. DI COCCO, *Il diritto d'autore nell'era digitale: la tutela dei beni informatici*, in C. DI COCCO, G. SARTOR (a cura di), *Temi di Diritto dell'Informatica*, I ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 154.
- C. DI COCCO, E. PELINO, A.M. RICCI (a cura di), *Il diritto d'autore nella società dell'information technology: software, database, multimedia*, Gedit, Bologna, 2005.
- C. DI COCCO, *Multimedialità e diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 297-310.
- L. DI FRANCO, *Nozione della "novità" nelle opere dell'ingegno*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I-II, 1943, pp. 33 ss.
- A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, pp. 539-571.
- S. DI MINCO, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, in *Informatica e diritto*, vol. 5, I, 1996, pp. 175-201.
- S. DI PAOLA, *Nota a Cass. civ., sez. I, 28 novembre 2011, n. 25173*, in *Il Foro Italiano*, I, 2012, pp. 74 ss.
- F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, pp. 5 ss.
- A.L. DIAS PEREIRA, *A copyright 'human-centred approach' to AI?*, in *GRUR International*, vol. 70, IV, 2021, pp. 323-324.
- C. DIETRICH, *Decision Making: Factors that Influence Decision Making, Heuristics Used, and Decision Outcomes*, in *Inquiries Journal*, vol. 2, II, 2010, pp. 1-3.
- A. DIETZ, *Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System*, in *UFITA*, vol. 110, 1989, p. 73.
- L. DIJKMAN, *CJEU rules that taste of a food product is not protectable by copyright*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, II, 2019, pp. 85-87.
- A. DINI, *Se l'inventore è il computer: Australia e Sudafrica ammettono i brevetti dell'intelligenza artificiale*, *Italian.tech*, 9 agosto 2021, reperibile al

seguinte link:  
[https://www.italian.tech/2021/08/09/news/se\\_1\\_inventore\\_e\\_il\\_computer\\_australia\\_e\\_sudafrica\\_ammettono\\_i\\_brevetti\\_dell\\_intelligenza\\_artificiale-313111153/](https://www.italian.tech/2021/08/09/news/se_1_inventore_e_il_computer_australia_e_sudafrica_ammettono_i_brevetti_dell_intelligenza_artificiale-313111153/).

G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, III, 2020, pp. 635-674.

A. DONATI, *Quando l'artista si appropria dell'opera altrui*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2018, pp. 86 ss.

G. DORE, *Plagio e diritto d'autore. Un'analisi comparata e interdisciplinare*, Wolters Kluwer, Milano, 2021.

T.W. DORNIS, *Of "authorless works" and "inventions without inventor" – the muddy waters of "AI autonomy" in intellectual property doctrine*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 43, IX, 2021, pp. 570-585.

G. DRAGOTTI, *Le topografie dei prodotti a semiconduttori*, in M. SCUFFI, G. FRANZOSI, *Diritto industriale italiano*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 871-892.

T. DREIER, *The Wittem Project of a European Copyright Code*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 292-313.

T. DREIER, *Balancing proprietary and public domain interests: inside or outside of proprietary rights?*, in R.C. DREYFUSS, D.L. ZIMMERMAN, H. FIRST (a cura di), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

T. DREIER, *Authorship and New technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 26, 1995, pp. 989 ss.

T. DREIER, G. KARNELL, *Originality of the Copyrighted Work: A European Perspective*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 39, 1992, pp. 289-302.

J. DREXL, R. HILTY, L. DESAUNETTES-BARBERO, J. GLOBOCNIK, O. BEGOÑA GONZALEZ OTERO, J. HOFFMANN, D. KIM, S. KULHARI, H. RICHTER, S. SCHEUERER, P. R. SLOWINSKI, K. WIEDEMANN, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate*, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 21-10*, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3822924>.

J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce*, vol. 8, IV, 2017, p. 273.

J. DREXL, R.M. HILTY, L. DESAUNETTES, F. GREINER, D. KIM, H. RICHTER, G. SURBLYTE, K. WIDEMANN, *Data Ownership and Access to Data*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2016, pp. 9-11.

- J. DREXL, *Intellectual Property rights as constituent elements of a competition-based market economy*, in G. GHIDINI, L.M. GENOVESI (a cura di), *Intellectual Property and Market Power. ATRIP Papers 2006-2007*, 2008, Eudeba, Buenos Aires, pp. 167 ss.
- J. DREXL, *IMS Health and Trinko – antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal-cases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 35, VII, 2004, pp. 788-808.
- M. DU SAUTOY, *Il codice della creatività*, Rizzoli, Milano, 2019.
- M. DUCHAMP, *The Blind Man*, maggio 1917, p. 5.
- I. DUHANIC, *Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, XII, 2016, pp. 932-945.
- S. DUSOLLIER, *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*, WIPO, 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, p. 6.
- G. DWORKIN, *Unfair competition: is it time for European harmonization?*, in D. VAVER, L. BENTLY (a cura di), *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour R. Cornish*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 175-188.
- L. EINAUDI, *Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, in *Rivista di storia economica*, vol. 5, IV, 1940, pp. 217 ss.
- A. ELGAMMAL, B. LIU, M. ELHOSEINY, M. MAZZONE, *CAN: Creative Adversarial Networks, Generating “Art” by Learning About Styles and Deviating from Style Norms*, Cornell University, arXiv:1706.07068, 2017.
- S. EL-KASSAS, *Study on the Protection of Unoriginal Databases*, WIPO, SSCR/7/3, Ginevra, 2002.
- A. ELSTER, *Delimitazione del concetto di opera tutelabile dal diritto di autore*, in *Il Diritto di Autore*, 1936, pp. 307-327.
- A. EMILIANIDES, *The auhor revived: harmonisation without justification*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 26, XII, 2004, pp. 538-541.
- Z. EPSTEIN, S. LEVINE, D.G. RAND, I. RAHWAN, *Who Gets Credit for AI-Generated Art?*, in *iScience*, vol. 23, IX, 2020.
- S. ERCOLANI (a cura di), *Applied Arts under IP Law*, Aracne, Roma, 2018.
- S. ERCOLANI, G.R. MIGLIOZZI (a cura di), *Prove di resistenza del diritto d'autore*, Aracne, Roma, 2018, p. 181.
- S. ERCOLANI, *Computer generated works*, in *Il Diritto di Autore*, 1998, pp. 604 ss.
- A. EZRACHI; M. MAGGIOLINO, *European Competition Law, Compulsory Licensing, and Innovation*, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, III, 2012, pp. 595-614.

- P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, pp. 281-308.
- P. FABBIO, *La tutela autorale del progetto di arredamento o di architettura d'interni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 2002, pp. 43 ss.
- M. FABIANI, *Il diritto d'autore sui profumi*, in *Il Diritto d'Autore*, 2012, pp. 206 ss.
- M. FABIANI, *La smaterializzazione delle tecnologie e la trascendenza dell'opera d'arte*, in *Il Diritto di Autore*, 2005, pp. 70 ss.
- M. FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori*, Giuffrè, Milano, 2004.
- M. FABIANI, *La protezione dell'opera d'arte applicata alla nuova disciplina del disegno industriale*, in *Il Diritto di Autore*, 2002, pp. 206 ss.
- M. FABIANI, *Banche dati e multimedialità*, in *Il Diritto di Autore*, I, 1999, pp. 11 ss.
- M. FABIANI, *Creatività e diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1998, pp. 600-604.
- M. FABIANI, *Ancora sulla "chaise-longue" di Le Corbusier tra arte applicata e industrial design*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1996, pp. 410 ss.
- M. FABIANI, *Sul "minimum" di creatività richiesto per la protezione di testi commentati*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1994, pp. 593 ss.
- M. FABIANI, *La tesi di laurea con oggetto di diritto d'autore*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1991, pp. 216 ss.
- M. FABIANI, *Gli apparecchi elettronici sono creatori intellettuali?*, in *Il Diritto di Autore*, 1966, pp. 95 ss.
- M. FABIANI, *Plagio inconscio e reminiscenze nella creazione di opera musicale*, in *Il Diritto di Autore*, 1965, pp. 429 ss.
- E. FABRIZI, A MOLINARO, *I rapporti tra diritto antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, in L.D. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, II ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 173-194.
- V. FALCE, *La tutela dei segreti industriali e commerciali*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 855-902.
- V. FALCE, *Uses and abuses of database rights: how to protect innovative databases without jeopardizing the Digital Single Market Strategy*, in P. DRAHOS, G. GHIDINI, H. ULRICH (a cura di) *Kritika: Essays on Intellectual Property*, vol. IV, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 180-222.
- V. FALCE, *Copyrights on data and competition policy in the Digital Single Market strategy*, in *Rivista italiana di Antitrust*, I, 2018, pp. 32-44.

V. FALCE, *L' "insostenibile leggerezza" delle regole sulle banche dati nell'unione dell'innovazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV, 2018, pp. 377 ss.

V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2017.

V. FALCE, *Big Data, Dataset e diritti esclusivi. Liaisons dangereuses tra innovazione e mercato*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Innovazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 131.

V. FALCE, *Tecniche di protezione delle informazioni riservate. Dagli Accordi TRIPS alla Direttiva sul segreto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2016, pp. 129 ss.

V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 8 ss.

V. FALCE, *The (over protection) of information in the knowledge economy. Is the Directive 96/9/EC a faux pas?*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 2009, pp. 602-628;

V. FALCE, *Abusi di posizione dominante (2006 e I semestre 2007)*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2007, pp. 15 ss.

V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2006, pp. 227 ss.

V. FALCE, *Sulle fondazioni filosofiche delle moderne dottrine economiche dell'innovazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2004, pp. 125 ss.

G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, vol. LV, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 125-170.

M. FARINA, *Elementi di diritto dell'informatica*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 1-78.

M. FAVALE, M. KRETSCHMER, P.C. TORREMANS, *Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice*, in *Modern Law Review*, vol. 79, I, 2016, pp. 31-75.

E.A. FEIGENBAUM, *Some challenges and grand challenges for computational intelligence*, in *Journal of the ACM*, vol. 50, I, 2003, pp. 32-40.

C.M. FERRANDIS, M.D. LIZARRALDE, *Open Sourcing AI: Intellectual Property at the Service of Platform Leadership*, 2022, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=4018413>.

F. FERRARA, *Prefazione*, in J.B. SAY, *Corso completo d'economia politica pratica*, in *Biblioteca dell'economista*, VII, Torino, 1855.

F. FERRARA, *Proprietà letteraria*, in *Lezioni di economia politica* (Corso per l'a.a. 1850-1851, lezione 15°, 11 febbraio 1851, in R. BOCCIARELLI, P. CIOCCA (a cura di), *Scrittori italiani di economia*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 141 ss.



- F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Il Castellaccio, Firenze, 1945.
- G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 619-634,
- G. FERRI, *Considerazioni sulla legge sulla tutela giuridica dell'avviamento commerciale*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, 1963, pp. 129 ss.
- G. FERRI, voce "Concorrenza", in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 532.
- I. FHIMA, *Functionality, cumulation and lessons from trade mark law: the Advocate General's Opinion in Brompton Bicycle*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, IV, 2020, pp. 301-307.
- I. FHIMA, *The CJEU decision in Brompton Bicycle (Case C-833/18): an original take on technical functionality?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 42, XI, 2020, pp. 761-767.
- I. FHIMA, *The public domain*, in *Intellectual Property Quarterly*, I, 2019, pp. 1-24.
- J. FICHTE, *Proof of the illegality of reprinting: a rationale and a parable*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1793, p. 21.
- G.D. FINOCCHIARO, *La valorizzazione delle opere d'arte on line e in particolare la diffusione on line di fotografie di opere d'arte. Profili giuridici*, in *Rivista di arti e diritto online*, II, 2009.
- W. FISHER, *Theories of Intellectual Property*, in S. MUNZER (a cura di), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 168-199.
- L. R. FISHMAN, *Comparing concepts of originality in EU, Lithuanian and US law: photographs, new clips, databases, plot lines, tv formats, and other new uses of copyright works*, in *Cambridge Handbook of Intellectual Property in Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 80-109.
- A. FITTANTE, *Il valore artistico dell'industrial design: l'arresto della Cassazione*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2016, pp. 527 ss.
- D. FLINT, *Hubble, Bubble Toil and Trouble*, in *Business Law Review*, vol. 40, I, 2019, pp. 28-29.
- G. FLORIDIA, *Il cumulo*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 358-363.
- G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 209 ss.
- G. FLORIDIA, *La brevettabilità del software in Italia e in Europa*, *Il Diritto Industriale*, V, 2004, pp. 421 ss.

- G. FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 1989, pp. 71 ss.
- G. FLORIDIA, *La protezione giuridica del software*, in *Il Corriere Giuridico*, 1986, pp. 211 ss.
- R. FOGLIA, *La direttiva Cee sulla tutela del software*, in *Il Foro Italiano*, vol. 114, IV, 1991, pp. 307-320.
- M.A. FORELLA, *Balancing Mickey Mouse and the mutant copyright a trademark or to trademark a copyright, that is the question*, in *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 24, I, 2020, pp. 77 ss.
- D. FOX, *Harsh Realities: Substantial Similarity in the Reality Television Context*, in *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 13, II, 2006, pp. 223 ss.
- R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960.
- R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1956, pp. 381 ss.
- R. FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica degli istituti del diritto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1956, pp. 137 ss.
- R. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1956, pp. 28 ss.
- V. FRANCESCHELLI, *Il buon droit d'auteur d'antant e l'odioso diritto d'autore di oggi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2008, p. 151.
- V. FRANCESCHELLI, *La direttiva CEE sulla tutela del software. Trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1991, pp. 169 ss.
- V. FRANCESCHELLI, voce «*Computer (disciplina giuridica del)*», in *Digesto Civile*, III, Utet, Torino, 1988.
- A. FRANCON, *Le droit d'auteur au-delà des frontières: une comparaison des conceptions civiliste et de common law*, in *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, vol. 149, 1993, pp. 3 ss.
- S. FRANKEL, D.J. GERVAIS, *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- M. FRANZOSI, *Royalty per uso di brevetto standard: but for, Georgia Pacific, Apportionment*, in *Rivista di Diritto Industriale*, V, 2015, pp. 259 ss.
- P.A.E. FRASSI, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2002, pp. 370 ss.
- P.A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore. Raccolte di dati e programmi per elaboratore*, Giuffrè, Milano 1997.
- P.A.E. FRASSI, *La tutela delle compilazioni di informazioni attraverso il diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1994, pp. 157-184.

- A. FRIGNANI, *Patent pools after EU Reg. n. 316/2014 providing for a block exemption of categories of technology transfer agreements*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, II, 2016, pp. 343 ss.
- A. FRIGNANI, *Il Tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenente alla cinematografia*, in *Il Diritto di Autore*, 1984, I, pp. 55-77.
- G. FROSIO, *Reforming the C-DSM reform: a user-based copyright theory for commonplace creativity*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, VI, 2020, pp. 709-750.
- G. FROSIO, *L'(I)Autore inesistente, una tesi tecno-giuridica contro la tutela dell'opera generata dall'intelligenza artificiale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, pp. 52-90.
- G. FROSIO, *Reconciling Copyright with Cumulative Creativity: The Third Paradigm*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.
- G. FROSIO, *Copyright – Is the machine an author?*, in M. CAPPELLO (a cura di), *Artificial intelligence in the audiovisual sector*, IRIS Special, Osservatorio Europeo dell'Audiovisivo, Strasburgo, 2020, pp. 87-118.
- G. FURGIUELE, *Note critiche sulla tutela rinnovata dell'avviamento commerciale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1982, pp. 426 ss.
- F. GALGANO, *Titoli di credito. Art. 1992-2027*, Zanichelli, Bologna, 2010.
- C. GALLI, *La proprietà intellettuale nell'era digitale: la necessità di un quadro d'insieme*, in G. CASSANO, B. TASSONE (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1.
- C. GALLI, M. BOGNI, *Intelligenza artificiale, nuove dinamiche della ricerca e problem and solution approach*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2020, pp. 127 ss.
- C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 93.
- C. GALLI, *L'ambito di protezione del marchio: problemi risolti, problemi ancora aperti e nuovi problemi*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2017, pp. 138 ss.
- P. GALLI, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi di proprietà intellettuale e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2016.
- P. GALLI, *Museums and databases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, IV, 2006, p. 461.
- G. GALTIERI, *Protezione del diritto di autore e dei diritti connessi. Legislazione interna – Convenzioni internazionali*, Presidenza del Consiglio dei ministri – Servizi informazioni e proprietà intellettuale, Roma, 1980.
- G. GALTIERI, *L'architettura nel diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, 1978, pp. 38 ss.
- A.M. GAMBINO, *L'innovazione informatica tra brevettazione e diritto d'autore*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2010, pp. 147 ss.

- I. GARACI, *Tutela del format televisivo e prospettive di regolamentazione giuridica*, in *La Responsabilità Civile*, II, 2009, p. 107.
- C.S. GARCIA, *Copyright Protection for a Bullfight*, in *GRUR International*, vol. 70, X, 2021, pp. 1006-1013.
- L. GARY, *In defence of originality*, in *Entertainment Law Review*, VII, I, 1996, pp. 21-26.
- S. GATTI, *La disciplina giuridica dei personaggi di fantasia*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, IX-X, 1991, pp. 575 ss.
- C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match*, in *GRUR International*, vol. 70, VI, 2021, pp. 517-543.
- C. GEIGER, *Intellectual Property and Investment Protection: A Misleading Equation*, 2021, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3958320>.
- C. GEIGER, *Une politique pensée? Droit d'auteur, intelligence artificielle et big data: quand les choix du passé augurent mal des politiques futures*, in *Propriétés intellectuelles*, vol. 77, 2020, pp. 138 ss.
- C. GEIGER, *Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights Instruments: Towards a new Social Contract for the Protection of Intengibles*, in C. GEIGER (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 661 ss.,
- C. GEIGER, *The Construction of Intellectual Property in the European Union: Searching for Coherence*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspective*, EIPIN Series Vol. 1, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, 2013, p. 21.
- G. GEIGER, *The Constitutional dimension of intellectual property*, in P. TORREMANS (a cura di), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2008, p. 101.
- C. GEIGER, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?*, in *Revue internationale de droit économique*, vol. 20, IV, 2006, pp. 400 ss.
- C. GEIGER, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, in *International Review of Intellectual Property & Competition Law*, vol. 35, III, 2004, pp. 268-272.
- J.L. GEIGER, H. SUBER, *Creativity and Copyright. Legal Essentials for Screenwriters and Creative Artists*, University of California Press, Berkeley, 2019, p. 1.
- Y. GENDREAU, A.NORDEMANN, R. OESCH (a cura di), *Copyright and Photographs: An International Survey*, Kluwer Law International, Deventer-Boston, 1999.

- F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 900-1150.
- A. GENTILI, *Prefazione*, in V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.
- D.J. GERVAIS, *The TRIPs Agreement. Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell, Londra, 2021.
- D.J. GERVAIS, *TRIPs meets Big Data*, in M. BURRI (a cura di), *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 160, 161.
- D.J. GERVAIS, *Exploring the interfaces between big data and intellectual property law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology & Electronic Commerce*, vol. 10, III, 2019, pp. 3 ss.
- D. J. GERVAIS, *The Machine as Author*, in *Iowa Law Review*, vol. 105, 2019, pp. 2053 ss.
- D.J. GERVAIS, *(Re)structuring copyright: A comprehensive path to international copyright reform*, Edgar Elgar, Cheltenham, 2017.
- D.J. GERVAIS, E. DERCLAYE, *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?*, in *Journal European Intellectual Property Review*, vol. 34, VIII, 2012, pp. 565-572.
- D.J. GERVAIS, *The protection of databases*, in *Chicago-Kent College of Law*, vol. 82, 2007, pp. 1109 ss.
- D. J. GERVAIS, *The compatibility of the skill and labour originality standard with the Berne Convention and the TRIPs Agreement*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 26, II, 2004, pp. 75-80.
- D.J. GERVAIS, *Feist goes global: A comparative analysis of the notion of originality in copyright law*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 49, 2002, pp. 973 ss.
- D.J. GERVAIS, *La notion d'oeuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Libraire Droz, Ginevra, 1998.
- F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 185.
- G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2015, pp. 192 ss.
- G. GHIDINI, E. AREZZO, *Dynamic competition in software development*, in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 3, IV, 2013, pp. 287 ss.
- G. GHIDINI, *Evoluzione del diritto d'autore e promozione di informazione e cultura. Nuove luci e nuove ombre*, in A.M. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni Art, Roma, 2009, pp. 123-128.
- G. GHIDINI, *La tutela del segreto: critica di una "riforma"*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2008, pp. 167-169.

- G. GHIDINI, E. AREZZO, C. DE RASIS, P. ERRICO, *Il software fra brevetto e diritto d'autore. Primi appunti sulla Proposta di Direttiva comunitaria sulle «invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici»*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2005, p. 71.
- G. GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, II, 2005, pp. 247-272.
- G. GHIDINI, V. FALCE, *Open source, General Public Licence e incentivo all'innovazione*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2004, pp. 3-11.
- G. GHIDINI, *Ricerca e Sviluppo come motore del "vantaggio competitivo": il ruolo della proprietà intellettuale*, in *Micro & Macro Marketing*, II, 1998, pp. 229-244.
- G. GHIDINI, *Prospettive «protezionistiche» nel diritto industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1995, pp. 73 ss.
- G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in G. ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 276.
- G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, UTET, Torino, 1971.
- E. GIACOBBE, *Creatività e compiutezza nella rielaborazione delle opere dell'ingegno*, in *Il Corriere Giuridico*, VII, 1994, pp. 862 ss.
- M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, vol. 4, 2003, pp. 439-519.
- E. GIANNANTONIO, *La tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori*, CEDAM, Padova, 1990.
- E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1994, p. 152.
- M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, pp. 1121 ss.
- A. GIANNINI, *Il diritto d'autore*, La nuova Italia, Firenze, 1942, pp. 23-27.
- G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV-V, 2015, pp. 909 ss.
- F. GIANSANTE, *La tutela giuridica delle banche dati: la protezione attraverso il diritto sui generis*, in *Jus e Internet*, 2003.
- J.C. GINSBURG, *Authors Not Machines, Authorship and What It Means in International Copyright Law*, in G.W. AUSTIN, A.F. CHRISTIE, A.T. KENYON, M. RICHARDSONIN (a cura di), *Across Intellectual Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 79-91.
- J. C. GINSBURG, L. A. BUDIARDJO, *Authors and Machine*, in *Berkeley Technology Law Review*, vol. 34, II, 2019.

- J.C. GINSBURG, *Berne-Forbidden Formalities and Mass Digitization*, in *Boston University Law Review*, vol. 96, 2016.
- J.C. GINSBURG, *European Copyright Code: Back to First Principles (with Some Additional Detail)*, in *Auteurs & média*, I, 2011, pp. 5-21.
- J.C. GINSBURG, “*Une chose publique?*” *Author’s domain and the public domain in early British, French and US copyright law*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 65, III, 2006, pp. 636-670.
- G. GINSBURG, *Prefazione*, in G. GHIDINI, M.F. QUATTRONE (a cura di), *Codice del copyright. Il diritto d’autore fra arte e industria*, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, V.
- J.C. GINSBURG, *No “Sweat”? Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone*, in *Columbia Law Review*, vol. 92, II, 1992, pp. 338-388.
- J.C. GINSBURG, *Histoire de deux droits d’auteur: la propriété littéraire et artistique dans la France et l’Amérique révolutionnaire*, in *Revue Internationale Du Droit D’Auteur*, vol. 147, 1991, pp. 124 ss.
- J.C. GINSBURG, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, in *Tulane Law Review*, vol. 64, V, 1990, pp. 991 ss.
- J.C. GINSBURG, *Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information*, in *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 1919 ss.
- J.C. GINSBURG, R. KERNOCHAN, *One Hundred and Two Years Later: the US joins the Berne Convention*, in *Columbia Journal of Law and the Arts*, XIII, 1988.
- S. GIUDICI, *Osservazioni sulla nuova disciplina europea dei marchi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2016, 158 ss.
- S. GIUDICI, *Una storia infinita: sulla tutela delle opere del disegno industriale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2012, pp. 270 ss.
- S. GIUDICI, *Appunti sulla protezione del format*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2011, pp. 401 ss.
- P. GOLDSTEIN, P. HUGENHOLTZ, *International Copyright. Principles, Law, and Practice*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 13 ss.
- P. GOLDSTEIN, *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1983, vol. 30, III, pp. 209-252.
- B. GONZALEZ OTERO, *Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose*, in *GRUR International*, vol. 70, XI, 2021, pp. 1043-1055.
- F. GRADOZZI, *No al criterio della confondibilità nel giudizio di contraffazione di opere musicali*, in *Il Diritto Industriale*, V, 2012, pp. 459 ss.
- I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, vol. 38, I, 2019, pp. 488-499.

- I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platform*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2016, pp. 249-279.
- O. GRANDINETTI, *La tutelabilità erga omnes del Format di programmi radiotelevisivi*, in *Il Diritto di Autore*, 2000, p. 31 ss.
- M. GRANIERI, *Attività di standardizzazione, diritti di proprietà intellettuale e antitrust*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2004, pp. 138 ss.
- P. GRECO, *Creazioni utili e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997.
- A.G. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974.
- P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948, p. 154.
- G. GREENLEAF, D. LINDSAY, *Public Rights: Copyright's Public Domains*, Cambridge University Press, New York, 2018.
- J. GREER, P. DIXON, *Bias, Racism & the Brain. How we got here & what we need to happen*, Oxford Brain Institute, Oxford, 2020.
- J. GRIFFITHS, *Pre-empting conflict – a re-examination of the public interest defence in UK copyright law*, in *Legal Studies*, vol. 34, I, 2014, pp. 76-102.
- J. GRIFFITHS, *Infopaq, BSA and the 'Europeanisation' of United Kingdom Copyright Law*, in *Media & Arts Law Review*, vol. 16, 2011.
- J. GRIMMELMANN, *There's No Such Thing as a Computer-Authored Work – And It's a Good Thing, Too*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 39, III, 2016, pp. 403 ss.
- A.P. GRUNES, M.E. STUCKE, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n. 276, 2015.
- A. GUADAMUZ, *Artificial intelligence and copyright*, in *WIPO Magazine*, V, 2017, p. 19.
- A. GUADAMUZ, *The Monkey Selfie: Copyright Lessons for Originality in Photographs and Internet Jurisdiction*, in *Internet Policy Review*, vol. 5, I, 2016, p. 8.
- P.H. GUADRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *Europe des logiciels: au menu, PLA du chef à la mode bruxelloise*, in *Droit de l'informatique et des télécoms*, II, 1989, pp. 63-64.
- G. GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, p. 184.
- G. GUGLIELMETTI, *L'invenzione del software. Brevetto e diritto d'autore*, II ed., Giuffrè, Milano 1997.
- G. GUGLIELMETTI, *Le invenzioni e i modelli industriali dopo la riforma del 1979*, UTET, Torino, 1982.
- L. GUIBAULT, P.B. HUGENHOLTZ (a cura di), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.



- R. GUIDOTTI, *Artificial intelligence and explainability*, in M. CAPPELLO (a cura di), *Artificial intelligence in the audiovisual sector*, IRIS Special, Osservatorio Europeo dell'Audiovisivo, Strasburgo, 2020.
- R. GUIDOTTI, A. MONREALE, S. RUGGIERI, F. TURINI, F. GIANNOTTI, D. PEDRESCHA, *Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, in *ACM Computing Surveys*, vol. 51, V, 2018, pp. 1-93.
- S. GUIZZARDI, *Il requisito della originalità delle opere dell'ingegno come armonizzato dalla Corte di Giustizia*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2020, pp. 3 ss.
- S. GUIZZARDI, *Il regime transitorio concernente l'entrata in vigore del diritto d'autore per le opere del design industriale è illegittimo?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, V, 2010, pp. 876 ss.
- K. GUVEN, *Eliminating 'Aesthetics' from Copyright Law: The Aftermath of Cofemel*, in *GRUR International*, vol. 71, III, 2022, pp. 213-225.
- C. HANDIG, *The Copyright Term "Work": European Harmonisation at an Unknown Level*, in *International Review of Copyright and Competition Law*, vol. 40, VI, 2009, pp. 665-685.
- K. HARIANI, A. HARIANI, *Analysing originality in copyright law. Transcending jurisdictional disparity*, in *The Intellectual Property Law Review*, vol. 51, III, 2011, pp. 491-510.
- L. HARRISON, *A Positive Externalities Approach to Copyright Law: Theory and Application*, in *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 13, I, 2005, pp. 3-58.
- J.P. HART, *From Facts to Forms: Extension and Application of the Feist "Practical Inevitability" Test and Creativity Standard*, in *Golden Gate University Law Review*, 1992, pp. 549 ss.
- P. HEALD, *Term of Copyright: Optimality and Reality*, CREATE, 18 giugno 2021, reperibile al link: <https://www.create.ac.uk/blog/2021/06/18/21-for-2021-term-of-copyright-optimality-and-reality/>.
- A.B. HEBL, *A Heavy Burden: Proper Application of Copyright's Merger and Scènes à Faire Doctrine*, in *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*, vol. 8, I, 2007, pp. 128 ss.
- G.H. HEGEL, *Philosophy of rights*, Oxford University Press, Oxford, 1952, par. 69.
- T. HEIDE, *The approach to innovation under the proposed Copyright Directive: time for mandatory exceptions*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2000, III, pp. 217 ss.
- M.T. HELFAND, *When Mickey Mouse Is as Strong as Superman: The Convergence of Intellectual Property Law to Protect Fictional Literary and Pictorial Characters*, in *Stanford Law Review*, vol. 44, II, 1992, pp. 623 ss.
- M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, pp. 621 ss.

G.S. HEMPHILL, *Intellectual Property and Competition Law*, in R. DREYFUSS, J. PILA (a cura di), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 872-897.

M. HERVEY, V. DRIVER, T. WOODHOUSE, *Intellectual Property*, in M. HERVEY, M. LAVY (a cura di), *The Law of Artificial Intelligence*, Sweet & Maxwell, Londra, 2021.

R.M. HILTY, J. HOFFMANN, S. SCHEURER, *Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 20-02, 2020.

R.M. HILTY, *Big Data: Ownership and Use in the Digital Age*, in X. SEUBA, C. GEIGER, J. PÉNIN (a cura di), *Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, CEIPI-ICTSD Publication Series on Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System, V, 2018, pp. 90-91.

R.M. HILTY, S. NÉRISSON (a cura di), *Balancing Copyright-A Survey of National Approaches*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2012.

R.M. HILTY, *The Expansion of Copyright Law and its Social Justification*, in C. HEATH, K.C. LIU (a cura di), *Copyright Law and the Information Society in Asia*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2007.

R.M. HILTY, C. GEIGER (a cura di), *The Balance of interest in Copyright law*, MPI for IP and Competition Law, Monaco, 2006.

R.M. HILTY, C. GEIGER, *Patenting software? A judicial and socio-economic analysis*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 36, VI, 2005, pp. 615, 646.

S.F. HINKS, *May I copyright my shovel? Intellectual property, incentives and conceptual art*, in *Law School Student Scholarship*, 2013, p. 236.

J. HOUDIJK, *The IMS Health ruling: some thoughts on its significance for legal practice and its consequences for future cases such as Microsoft*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 6, III, 2005, pp. 467-495.

H. HOVENKAMP, *Creation without Restraint. Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

A. HOWARD, J. SHELANSKI, J. GREGORY SIDAK, *Antitrust Divestiture in Network Industries*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 68, 2001, p. 110.

K. HRISTOV, *Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma*, in *IDEA: The IP Law Review*, vol. 57, III, 2017, pp. 453-454.

J. HUET, J.C. GINSBURG, *Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 30, 1992, pp. 327 ss.

P.B. HUGENHOLTZ, *Neighbouring Rights are Obsolete*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019, pp. 1008-1009.

P.B. HUGENHOLTZ, *Is Harmonization a Good Thing? The Case of the Copyright Acquis*, in J. PILA, A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of*

*Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 56-73.

A. HUGHES, *The patentability of software*, Routledge, Londra, 2019.

J. HUGHES, *Size Matters (or Should) in Copyright Law*, in *Fordham Law Review*, vol. 74, II, 2005, pp. 575 e ss.

J.S. HURWITZ, M. KAUFMANN, A. BOWLES, *Cognitive Computer and Big Data Analytics*, Wiley, Indianapolis, 2015, pp. 56-57.

M. HUSOVEC, *The Fundamental Right to Property and the Protection of Investment: How Difficult Is It to Repeal New Intellectual Property Rights?*, in C. GEIGER (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 385 ss.

V. IAIA, *L'interferenza del marchio sulla creatività autoriale dello slogan*, in *Il Diritto di Autore*, in corso di pubblicazione, 2022.

V. IAIA, *La tutelabilità autoriale del format prodotto dall'intelligenza artificiale*, in L. LIGUORI, E. QUARTA (a cura di), *Format televisivi nell'Era dell'IA: indagini sugli aspetti civilistici, commerciali, criminologici, penalistici e tributari*, Universitalia, Roma, 2022, pp. 342-361.

V. IAIA, *Le invenzioni. L'oggetto e i requisiti di brevettazione*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 413-472.

V. IAIA, *Un nuovo personaggio in cerca (del ruolo) d'autore nella trasposizione della direttiva "Digital Copyright"*, in *Il Diritto di Autore*, III-IV, 2021, pp. 447-471.

V. IAIA, *The remodelled intersection between copyright and antitrust law to straighten the bargaining power asymmetries in the digital platform economy*, in *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 29, III, 2021, pp. 169-203.

V. IAIA, *Concept store e privative industriale: verso la tutela (anche) autorale come opera architettonica*, in *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2020, pp. 201-218.

V. IAIA, *La multiforme protezione della proprietà intellettuale sul concept store: il caso Wycon c. Kiko*, in *Diritto & Giustizia*, 2020.

V. IAIA, *La non creatività delle "opere" tecniche degli avvocati. Il cherry picking della Cassazione come freno alla proliferazione delle esclusive autorali*, in *Diritto & Giustizia*, 2020.

V. IAIA, *La creatività minima dello scritto tecnico di un avvocato. Un "genere" speciale di opera letteraria*, in *Rivista di Diritto delle Arti e dello Spettacolo*, I, 2020, pp. 93-110.

V. IAIA, *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Cammino Diritto*, IX, 2020, pp. 1-34.

V. IAIA, *Towards the EU Directive on copyright in the Digital Single Market: From the hosting provider liability in the RTI/Yahoo case to its critical implementation in Italy*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, X, 2020, pp. 823-828.

V. IAIA, *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale*, in *Rivista Semestrale di Diritto*, I, 2019, pp. 27-48.

V. IAIA, D. CATERINO, *Identificazione dei ruoli autoriali dell'opera filmica e scelte dei legislatori: brevi note di confronto tra il sistema italiano e quello francese*, in *Sistema proprietà intellettuale*, 2017.

J. IHALAINEN, *Computer creativity: artificial intelligence and copyright*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, IX, 2018, pp. 724-728.

D. INGUANEZ, *A Refined Approach to Originality in EU Copyright Law in Light of the ECJ's Recent Copyright/Design Cumulation Case Law*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 797-822.

G. IOZZIA, *A Spaghetti Western duel: the Court of Rome on scope of protection of fictional characters*, IPlens, 4 agosto 2021, reperibile al seguente link: <https://iplens.org/2021/08/04/a-spaghetti-western-duel-the-court-of-rome-on-scope-of-protection-of-fictional-characters/>.

N. IRTI, *Smascherare chi abusa della parola valore*, Ilsole24ore, 9 maggio, 2022.

N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984.

E. IZYUMENKO, *Freedom of expression as an external limitation to copyright law in the EU: the Advocate General of the CJEU shows the way*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 41, III, 2019, pp. 131-137.

R. JACOB, *Is IP out of control?* in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, II, 2020, pp. 98-102.

V. JANDOLI, *L'esame dell'altezza inventiva*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2003, pp. 280 ss.

P. JASZI, *Toward a Theory of Copyright: the Metamorphoses of "Authorship"*, in *Duke Law Journal*, vol. 1991, 1991, pp. 455-502.

U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma, 2010.

A. JOHNS, *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*, University of Chicago Press, Chicago, 2010.

D. JONGSMA, *Fundamental rights as external constraints on copyright law: horizontal effect of the EU Charter after Funke Medien and Spiegel Online*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, XII, 2020, pp. 1003-1011.

M.T. JORDE, J.D. TEECE (a cura di), *Antitrust, innovation and competitiveness*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1992.

F.E. JUDGE, D.J. GERVAIS, *Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 27, 2010.

- . KALPOKIENE, *Supreme Court of Lithuania rules that draft GDPR documentation is subject to copyright protection and does not fall within the exclusion from protection concerning legal acts*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, VI, 2020, pp. 412-414.
- A. KAMPERMAN SANDERS, *Competition and IP Policy for AI – Socio-economic Aspects of Innovation*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 407.
- I. KANT, *On the Injustice of Counterfeiting Books*, in *Berlinsche Monatsschreft*, V, 1785.
- D.S. KARJALA, *Copyright and Creativity*, in *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 15, II, 2008, pp. 169-202.
- M. KELLY, P. TWOMEY, *I “big data” e le sfide etiche*, in *La civiltà cattolica*, II, 2018, pp. 446 ss.
- N. KEMTON, *Interaction of EU and UK copyright in a post-Brexit world: will video games get more protection than they bargain for?*, in *Interactive Entertainment Law Review*, vol. 3, II, 2020, pp. 131-137.
- M.H. KENT, J.J. KAUFMAN, *Associate’s Guide to the Practice of Copyright Law*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 5.
- T. KEY, *US Supreme Court rules Official Georgia Codes Annotated is ineligible for copyright protection*, IPKat, 29 aprile 2020, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2020/04/us-supreme-court-rules-official-georgia.html>.
- A.H. KHOURY, *Intellectual Property Rights for “Hubots”: On the Legal Implications of Human Like Robots as Innovators and Creators*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 35, 2017, pp. 635-654.
- D. KIM, M. ALBER, M.W. KWOK, J. MITROVIC, C. RAMIREZ-ATENCIA, J.A. RODRIGUEZ, H. ZILLE, *Clarifying Assumptions About Artificial Intelligence Before Revolutionising Patent Law*, in *GRUR International*, vol. 71, IV, 2022, pp. 295-321.
- T.S. KOGAN, *The Enigma of Photography, Depiction, and Copyright Originality*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 25, IV, 2015, pp. 869-938.
- M. KOP, *AI & Intellectual Property: Towards an Articulated Public Domain*, in *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 28, III, 2020, pp. 297 ss.
- D. KOUTOUKI, *Reconsidering copyright protection for software*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 48, 1999, pp. 95 ss.
- M. KRETSCHMER, S. DUSOLLIER, C. GEIGER, P.B. HUGENHOLTZ, *The European Commission’s public consultation on the role of publishers in the copyright value chain: A response by the European Copyright Society*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, X, 2016, p. 592.
- M. KUMMER, *Das Urheberrechtlich Schützbare Werk*, Stämpfli, Berna, 1968, pp. 193 ss.

- A. KUR, R.M. HILTY, M. LEISTNER, C. GEIGER, *First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2006, vol. 37, V, pp. 551 ss.
- F. LA ROCCA, *Brevi note in tema di format*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2017, pp. 567 ss.
- H. LADDIE, *Copyright: Over-Strength, Over-Regulated, Over-Rated*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 18, V, 1996, pp. 253 ss.
- O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur: originalité ou création?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999.
- P. LAMBERT, *Computer generated works and copyright: selfies, traps, robots, AI and machine learning*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 39, I, 2017, pp. 14 ss.
- S.S. LANDAU, *Of mouse and men: will Mickey Mouse live forever?*, in *New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, vol. 9, II, 2020, pp. 249 ss.
- W. M. LANDES, R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Harvard University Press, Massachusetts, 2003.
- W. M. LANDES, R. A. POSNER, *An economic analysis of copyright law*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, II, 1989, pp. 325-363.
- D. LANGE, *Reimagining the Public Domain*, in *Law & Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, pp. 463-476.
- I. LAPATOURA, *Copyright originality in fashion: industry-induced bias against small designers in a sector dominated by seasonal trends*, Kluwer Copyright Blog, 21 febbraio 2022, reperibile al seguente link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/02/21/copyright-originality-in-fashion-industry-induced-bias-against-small-designers-in-a-sector-dominated-by-seasonal-trends/>.
- A. LAUBER-RÖNSBERG, S. HETMANK, *The concept of authorship and inventorship under pressure: Does artificial intelligence shift paradigms?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, VII, 2019, pp. 576-577.
- B. LEBRUN, *IMS v NDC: Advocate General Tizzano's Opinion*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 26, II, 2004, pp. 84-87.
- J. LEE, *Computer-generated Works under the CDPA 1988*, in T. APLIN (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 180.
- J. LEE, *Roger Ebert Tests His Vocal Cords, and Comedic Delivery*, New York Times, 7 marzo 2011, reperibile al seguente link: <http://www.nytimes.com/by/jennifer-8-lee>.
- T.B. LEE, *15 years ago, Congress kept Mickey Mouse and Superman out of the public domain. Will that happen again*, in *The Washington Post*, 25 ottobre 2013, accessibile al seguente link: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/10/25/15-years->

ago-congress-kept-mickey-mouse-out-of-the-public-domain-will-they-do-it-again/.

M. LEHMAN, T. DREIER, *The Legal Protection of Computer Programs: Certain Aspects of the Proposal for an (EC) Council Directive*, in *Computer Law & Practice*, I, 1990, p. 92.

M. LEHMANN, *The Legal Protection of Computer Programs in Germany: A Summary of the Present Situation*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, IV, 1988, pp. 473 ss.

M. LEHMAN, *La teoria dei property rights e la protezione della proprietà intellettuale e commerciale: una analisi giuridica ed economica*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1984, pp. 32 ss.

M. LEISTNER, *Protection of and Access to Data under European Law*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, p. 384.

M. LEISTNER, *Europe's Copyright Law Decade: Recent Case Law of the European Court of Justice and Policy Perspectives*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, II, 2014, pp. 559-600.

L. LESSIG, *(Re)creativity: how creativity lives*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Northampton, 2006, pp. 15-22.

L. LESSIG, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, The Penguin Press, New York, 2004, p. 294.

M. LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2020, pp. 240-258.

M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, II, 2018, p. 6.

M. LIBERTINI, *Le informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) come oggetto di diritti di proprietà industriale*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2017, pp. 566 ss.

M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 42-44.

M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", 21-22 febbraio 2014, p. 7, anche dal diverso titolo *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2014, pp. 299 ss.;

M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 219.

- M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Dircomm.it*, vol. 4, III, 2005, p. 11.
- M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, p. 61.
- L. LIGUORI, E. QUARTA (a cura di), *Format televisivi nell'Era dell'IA: indagini sugli aspetti civilistici, commerciali, criminologici, penalistici e tributari*, Universitalia, Roma, 2022.
- E.C. LIM, *Meet my artificially-intelligent virtual self: creative avatars, machine learning, smart contracts and the copyright conundrum*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 16, I, 2021, pp. 66-78.
- D. LINKE, D. PETRLÍK, *Copyright Work and its Definition with Regard to Originality and AI' – Conference Report on the Fourth Binational Seminar of TU Dresden and Charles University in Prague, 27 June 2019*, in *GRUR International*, vol. 69, I, 2020, pp. 39-45.
- N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 2019, pp. 489 ss.
- P. LISI, *La tutela dei bozzetti pubblicitari non creati*, in *I Contratti*, vol. 5, 2004, p. 481.
- J. LITMAN, *The public domain*, in *Emory Law Journal*, vol. 39, IV, 1990, pp. 965 ss.
- K. LIU, S. ZHENG, *Protection and Access to Relevant Data – General Issues*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 367-368.
- J. LOCKE, *The Second Treatise of Government*, 1689, Awnsham Churchill, Londra.
- M. LOCONSOLE, *La tutela della forma del prodotto nella giurisprudenza: una, nessuna, centomila*, in *Il Diritto Industriale*, V, 2021, pp. 487 ss.
- U. LOEWENHEIM, *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, in *GRUR*, 1987, pp. 761 ss.
- L. LONGHI, *La sentenza Murphy: le licenze di trasmissione degli incontri di calcio tra diritti di privativa e tutela della concorrenza*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, vol. VII, III, 2011, pp. 37-47.
- S. LONGHINI, S. PISI, *Format o non format questo è il dilemma*, in *Il Diritto di Autore*, I, 2011, pp. 61 ss.
- A. LUCAS, P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, in *La Semaine Juridique*, 1993, p. 255.
- V.E. LUCCHINI GUASTALLA, *Duplicazione abusiva degli elenchi del telefono e tutela giuridica delle banche dati*, in *Giurisprudenza Commerciale*, IV, 1997, pp. 426 ss.
- C. LUCIONI, *L'oggetto e l'estensione del diritto sui generis a favore del costituente di banche dati compilative nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2005 pp. 97-103.



- A. LUZZATI, *L'innovazione artificiale al vaglio dell'Ufficio Brevetti Europeo. Prime riflessioni sulla compatibilità del sistema brevettuale con le invenzioni dell'imminente futuro*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2020, II, pp. 256 ss.
- C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.
- F. MACALUSO, *E Mozart finì in una fossa comune. Vizi e virtù del copyright*, Egea, Milano, 2013, p. 160.
- F. MACMILLAN, *What might Hans Christian Andersen say about copyright today?*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Northampton, 2006, pp. 83-107.
- F. MACREZ, *Copyright, computer programs and the Court of Justice*, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, VII, 2012, pp. 190-286.
- S. MAGELLI, *Le nuove tecnologie nella giurisprudenza*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2020, p. 199.
- M. MAGGIOLINO, L. ZOBOLI, *The Intersection Between Intellectual Property and Antitrust Law*, in I. CALBOLI, M.L. MONTAGNANI (a cura di), *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 121-134.
- M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Egea, Milano, 2018.
- M. MAGGIOLINO, M.L. MONTAGNANI, *Astrazeneca's abuse of IPR-related procedures: a hypothesis of anti-trust offence, abuse of rights, and IPR misuse*, in *World Competition*, vol. 34, II, 2011, pp. 245 ss.
- M. MAGGIOLINO, *Intellectual Property and Antitrust: A Comparative Economic Analysis of US and EU law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011.
- M. MAGGIORE, *Artificial Intelligence, computer generated works and copyright*, in E. BONADIO, N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, p. 387.
- A. MAN-CHO SO, *Technical Elements of Machine Learning for Intellectual Property Law*, in J. LEE, R. HILTY, K. LIU (a cura di), *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 11-27.
- C. MANAVELLO, *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 2005, pp. 420-424.
- L. MANNA, *Anche un testo tecnico può essere protetto dal diritto d'autore*, Diritto24, 2014.
- L. MANSANI, *La protezione dei database in internet*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 149.
- L. MARCHEGIANI, *Opere "utili" e libertà della concorrenza*, Giuffrè, Milano 2006, 124-125.
- T. MARGONI, *Artificial Intelligence, Machine Learning and EU Copyright Law: Who Owns AI?*, in *Creative Economy Centre University of Glasgow*, 2018.

- T. MARGONI, *The harmonisation of EU copyright law: the originality standard*, in M. PERRY (a cura di), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century. Reflecting Policy Through Change*, Springer, Armidale, 2016, pp. 85-106.
- T. MARGONI, *The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 47, IV, 2016, pp. 386 ss.
- A. MARSHALL, *Principi di economia*, 1890, Utet, Torino, 2017.
- P. MARZANO, *Diritto d'autore ed antitrust tra mercati concorrenziali e network economies*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 1998, pp. 430 ss.
- A. MASI, *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, II ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 89 ss.
- S. MASON, *Artificial intelligence: oh really? And why judges and lawyers are central to the way we live now - but they don't know it*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 23, VIII, 2017, pp. 213-225.
- C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, WIPO Publication n. 615(E), Ginevra, 1978.
- A. MASSOLO, *Le topografie di prodotti a semiconduttori (microchip)*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 721-730.
- D. MASTRELIA, *Profili evolutivi della tutela del software*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2015, pp. 259 ss.
- R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997.
- G. MATTARELLA, *Big Data e accesso al credito degli immigrati: discriminazioni algoritmiche e tutela del consumatore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, IV, 2020, pp. 696 ss.
- S. MAURER, *Intellectual Property Incentives: Economics and Policy Implications*, in R. DREYFUSS, J. PILA (a cura di), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 144-170.
- S. MAURER, P.B. HUGENHOLTZ, H.J. ONSRUD, *Europe's Database Experiment*, in *Science*, vol. 294, 2001, pp. 789-790.
- A. MAXWELL, *Copyright Apocalypse: Trolls Attack the Net, From the Future*, in *TorrentFreak*, 28 settembre 2014, reperibile al seguente link: <https://torrentfreak.com/copyright-apocalypse-trolls-attack-the-net-from-the-future-140928/>.
- C.M. MAYR, *Banche dati e musei*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 117.
- F. MAZZARELLA, *Da diritto a paradigma: uso e abuso della proprietà nella disciplina dei diritti d'esclusiva*, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. 65, IV, 2019, pp. 861-889.

- F. MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi. Marchi persone e cose dalla corporazione medievale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 136 ss..
- G. MAZZEI, *diritto d'autore del "web designer" e utilizzazione economica mediante immissione in Internet dell'opera protetta*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2001, pp. 166 ss.
- J. MCCARTHY, *Generality in Artificial Intelligence*, in *Communications of the ACM*, 1987, vol. 30, XII, pp. 257-267.
- J. MCCUTCHEON, *The concept of the copyright work under EU law*, in *European Law Review*, vol. 44, VI, 2019, pp. 767-788.
- J. MCCUTCHEON, *Natural causes: when author meets nature in copyright law and art. Some observations inspired by Kelley v. Chicago Park District*, in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 86, II, 2018, pp. 707-741.
- J. MCCUTCHEON, *The Vanishing Author in Computer-Generated Works: a Critical Analysis of Recent Australian Case Law*, in *Melbourne University Law Review*, vol. 36, III, 2013, pp. 915-969.
- A. MCGEE, G. SCANLAN, *The Database Directive – sui generis and copyright: a practicable distinction?*, in *The Journal of Business Law*, 2005, pp. 422 ss.
- A. MELEKHINA, N. ORKIN, *Intellectual property issues in chess games*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 6, X, 2011, pp. 723-727.
- V. MELI, *Standard Essential Patents e licenze a condizioni FRAND nel diritto della UE: equità e ragionevolezza tra antitrust e regolazione*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, pp. 489-516;
- L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 10.
- R. MERGES, P.S. MENELL, M. LEMLEY, S. BALGANESH, *Intellectual Property in the New Technological Age*, Clause 8 Publishing, Berkeley 2020.
- R. MERGES, J. GINSBURG, *Foundations of Intellectual Property*, Foundation Press, New York, 2004.
- R.P. MERGES, G.H. REYNOLDS, *The Proper Scope of Copyright and Patent Power*, in *Harvard Journal on Legislation*, vol. 37, 2000, pp. 45 ss.
- G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, Cedam, Padova, 2011.
- D. MESSINETTI, voce *Beni immateriali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Treccani, Roma, 1988.
- D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970.
- M.J. MEURER, *Controlling opportunistic and anti-competitive intellectual property litigation*, in *Boston College Law Review*, vol. 44, 2002, pp. 509-544.
- T. MEYER, *The Politics of Online Copyright Enforcement in the EU Access and Control*, Palgrave Macmillan, Londra, 2017.

P. MEZEI, *From Leonardo to the Next Rembrandt. The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms*, in *Institute of Comparative Law and Legal Theory*, II, 2020.

P. MEZEI, *Thou Shalt (Not) Sample? New Drifts in the Ocean of Sampling*, in *Journal of Intellectual Property Law*, II, 2019, pp. 170-198.

C.E. MEZZETTI, *Il caso Painer: una rivoluzione copernicana per la tutela della fotografia in Italia?*, in *Giurisprudenza Italiana*, XII, 2012, pp. 2563 ss.

C.E. MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2008, p. 245.

C.E., MEZZETTI, *Archivi e banche dati nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Digitalia*, I, 2007, p. 73.

J.S. MILL, *Principles of Political Economy*, Pearson Longman, New York, 1909.

A.R. MILLER, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?*, in *Harvard Law Review*, vol. 106, III, 1993, pp. 977 ss.

J.S. MILLER, *Hoisting Originality*, in *Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper no. 4*, 2009.

F. MINIO, *Riflessioni in tema di tutela giuridica dell'appropriation art in ambito figurativo*, in *Rivista di arti e diritto online*, III, 2019, p. 3.

C.M. MISLOW, *Computer microonde: testing the limits of software copyrightability*, in *Boston University Law Review*, vol. 65, 1985, pp. 735 ss.

J. MIXON, *Fixation on Fresh: Why Tattooes Should Not Garner Copyright Protection*, in *Entertainment, Arts and Sports Law Journal*, vol. 30, I, 2019, pp. 27 ss.

V. MOFFAT, *Mutant copyrights and backdoor patents: the problem of overlapping Intellectual Property Protection*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 19, 2004.

F. MOLITERNI, *Commercio internazionale, letters of indemnity, bills of lading (o polizze di carico) e sistema di circolazione e regolamento delle electronic bills of lading: suggestioni dal modello dei sistemi di pagamenti «istantanei» peer to peer e dal modello del sistema blockchain*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, I, 2018, pp. 81 ss.

G. MONDINI, *Plagio letterario ed elaborazione creativa*, in *Il Diritto Industriale*, I, 1995, pp. 93 ss.

M.L. MONTAGNANI, *The Interface Between Intellectual Property and Information Technology Law* in I. CALBOLI, M.L. MONTAGNANI (a cura di), *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 149-162.

M.L. MONTAGNANI, *Dati e proprietà intellettuale in Europa: dalla "proprietà" all'"accesso"*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2020, pp. 539-569.

M.L. MONTAGNANI, *Virtues and Perils of Algorithmic Enforcement and Content Regulation in the EU: a Toolkit for a Balanced Algorithmic*

*Copyright Enforcement*, in *Journal of Law, Technology & the Internet*, vol. 11, 2020, pp. 1 ss.

M.L. MONTAGNANI, *Remedies to exclusionary innovation in the high-tech sector: is there a lesson from the Microsoft saga?*, in *World Competition*, IV, 2007, pp. 623-643.

P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, pp. 133 ss.

A. MONTELERO, *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Springer, Berlino, 2022.

B. MORAIA, “*Arte appropriativa*”, *elaborazioni creative e parodia*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2011, pp. 357 ss.

S. MORELLA, *La tutela delle banche dati nell’esperienza comunitaria: criticità sull’applicazione effettiva della direttiva 96/9/CE*, in *Diritto d’Autore e Nuove Tecnologie*, I, 2008.

G. MORGESE, *L’accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio*, Cacucci, Bari, 2009.

L. MOSCATI, *Diritti d’autore. Storia e comparazione nei sistemi di civil law e di common law*, Giuffrè, Milano, 2020.

L. MOSCATI, *Trent’anni dal Bcia negli USA e il fantasma dei diritti morali in Europa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, I, 2020, pp. 137 ss.

L. MOSCATI, *Tra le carte di Antonio Scialoja avvocato e legislatore dei diritti sulle opere dell’ingegno*, in *Rassegna Forense*, III-IV, 2014, pp. 1031, ss.

L. MOSCATI, *Unificazione legislativa e diritto d’autore*, in P. MAFFEI, G. VARANINI (a cura di), *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Acheri*, IV, Firenze, 2014, pp. 257-265.

L. MOSCATI, *Tra “copyright” e “droit d’auteur”. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Satura, Napoli, 2013.

P. MOURON, *L’Autorité de la concurrence au secours de droit voisin des éditeurs et agences de presse*, in *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, vol. 54, 2020, pp. 10-14.

P.E. MOYSE, *La nature du droit d’auteur: droit de propriété ou monopole?*, in *McGill Law Journal*, vol. 43, I, 1998, pp. 507 ss.

N. MUCIACCIA, *Diritti connessi e tutela delle opere dell’intelligenza artificiale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol. 48, IV, 2021, pp. 761 ss.

P.P. MUIÀ, *La Vespa Piaggio riaccende – l’attenzione sulla tutela – del marchio tridimensionale – il commento*, in *Il Diritto Industriale*, I, 2018, 73 ss.

P.P. MUIÀ, *La riproduzione seriale del prodotto di industrial design non esclude il valore artistico dell’opera*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2017, pp. 237 ss.

M.D. MURRAY, *Copyright, Originality, and the End of the Scènes à Faire and Mergers Doctrine for Visual Works*, in *Baylor Law Review*, vol. 58, III, 2006, pp. 781 ss.

G. MUSCOLO, *Innovazione nella rete e diritti non titolati: il ruolo di know-how, copyright, banche dati e pratiche commerciali sleali*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2015, pp. 114-116.

A. MUSELLI, *La difficile riconciliazione del diritto della proprietà intellettuale e del diritto della concorrenza, note a margine dei casi Astrazeneca e Pfizer*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, pp. 759-778.

A. MUSELLI, *I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante - Rassegna delle decisioni comunitarie (1988-2010)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2012, pp. 425-445.

A. MUSSO, *Il riconoscimento della personalità creativa nell'opera dell'ingegno*, in M. CAVALLERI (a cura di), *Il due in questione. Prospettive interdisciplinari sul riconoscimento*, Bologna, 2020, p. 61.

A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, II, 2018, pp. 471 ss.

A. MUSSO, *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistemica fra i regimi di proprietà industriale e intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2018, pp. 107 ss.

A. MUSSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2010, pp. 215 ss.

A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2008.

A. MUSSO, voce «*Proprietà industriale*», in *Enciclopedia del diritto*, II-2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 877.

A. MUSSO, *La tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori (Legge 19 febbraio 1989, n. 70)*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1990, pp. 26 ss.

A. NARAYANAN, *Standards of Protection for Databases in the European Community and the United States: Feist and the Myth of Creative Originality*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 27, II, 1993, pp. 457-500.

F.M. NAUMANN, *Marcel Duchamp. L'Art à l'ère de la reproduction mécanisée*, Hazan, Parigi, 2004.

R. NEWMAN, *Neuropolis: A Brian Science Survival Guide*, William Collins, New York, 2017, p. 59.

H. NEWTON, A. MOIR, R. MONTAGNON, *CJEU increases burden on manufacturers of games consoles to prove the unlawfulness of devices*

*circumventing technological protection measures and that their TPMs are proportionate*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 9, VI, 2014, pp. 456-458.

D. NIMMER, E.S. DRONE, *Copyright In The Dead Sea Scrolls: Authorship And Originality*, in *Houston Law Review*, vol. 38, I, 2001, pp. 96 ss.

L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, in AA. VV., *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 551 ss.

L. NIVARRA, V. RICCIUTO, *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Giappichelli, Torino, 2002, XI,

L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars Interpretandi*, in *Annuario di ermeneutica giuridica*, VII, 2002, pp. 373-386.

L. NIVARRA, *Itinerari del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2001.

G. NOTO LA DIEGA, C. SAPPA, *The Internet of Things at the Intersection of Data Protection and Trade Secrets. Non-Conventional Paths to Counter Data Appropriation and Empower Consumers*, in *European Journal of Consumer Law*, III, 2020, pp. 419-458.

G. NOTO LA DIEGA, *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, p. 147.

G. NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e Diritto Privato*, II, 2014, pp. 577 ss.

G. NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore. La Corte di Giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, del Trasporti e dell'Ambiente*, vol. 11, 2013, pp. 69-96.

G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europa e diritto privato*, II, 2013, pp. 544-596.

A. NUZZO, G. OLIVIERI (a cura di), *Algoritmi. Se li conosci li regoli...*, in *Analisi giuridica dell'economia*, I, 2019.

A. O'CONNELL, *Monkeys do not have standing under US Copyright Act*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, VIII, 2018, pp. 607-608.

L. O'MELLIN, *Software and Shovels: How the Intellectual Property Revolution is Undermining Traditional Concepts of Property*, in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 76, 2007, p. 144.

K.T. O'SULLIVA, *Copyright and internet service provider "liability": the emerging realpolitik of intermediary obligations*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, V, 2019, pp. 527-558.

C. OKORIE, *Artificial Intelligence system as inventor in South African patent application: The case of DABUS*, IPKat, 16 agosto 2021, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/08/artificial-intelligence-system-as.html>.

G. OLIVIERI, *Sulle “relazioni pericolose” fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, pp. 359-374.

G. OLIVIERI, S. SCALZINI, *Sistema e fonti del diritto della proprietà intellettuale*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 5-6.

G. OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in U. MORERA, M. SCIUTO (a cura di), *Le parole del diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 9 ss.

G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2012, pp. 509-533.

G. OLIVIERI, L. MARCHEGIANI, *Open source e innovazione tecnologica: il ruolo del diritto antitrust*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2004, pp. 461-487.

G. OLIVIERI, *La nuova legge sulla tutela dei «microchip»*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 1990, pp. 53-76.

G. OPPO, voce «*Titoli di credito in generale*», in *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Treccani, Roma, 1994.

G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 65.

G. OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1969, pp. 1 ss.

G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, V-VI, 1964, pp. 187 ss.

A. OTTOLIA, *Big Data e Innovazione Computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

T.J. OVERTON, *Unraveling the Choreographer's Copyright Dilemma*, in *Tennessee Law Review*, vol. 49, III, 1982, pp. 594-622.

M. PACCOIA, *Sul plagio di software. Nota a Cass. civ., sez. I, sentenza del 13 dicembre 1999, n. 13937*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2001, pp. 39 ss.

J. PALMER, *Copyright and Computer Data Bases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 14, II, 1983, pp. 192-193.

A. PAPADOPOULOU, *Creativity in crisis: are the creations of artificial intelligence worth protecting?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, III, 2021, pp. 408-418.

R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Vizi e virtù dei diritti di proprietà intellettuale nell'era digitale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, I, 2004, p. 10.

R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e «liaisons dangereuses»*, in *Il Foro Italiano*, V, 2003, p. 193.



- R. PARDOLESI, «Software» di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevettuale?, in *Il Foro Italiano*, I, 1988, pp. 3133 ss.; pp. 141 ss.
- R. PARDOLESI, *Software, "property rights" e il diritto d'autore: il ritorno al paese delle meraviglie*, in *Il Foro Italiano*, 1987, II, pp. 289 ss.
- C. PASCHI, *La concorrenza parassitaria ex art. 2598 n. 3 e la sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2012, pp. 223 ss.
- G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020 pp. 195-234.
- G. PASCUZZI, *Il sampling*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1998, pp. 635 ss.
- U. PATRONI GRIFFI, *I semi lavorati della produzione televisiva*, in L. NIVARRA (a cura di), *I diritti televisivi nell'era digitale. Atti del convegno di Palermo RAI-AIDA del 18 settembre 2002*, Milano, 2003.
- D.A. PATTERSON, J.L. HENNESSY, *Struttura e progetto dei calcolatori. L'interfaccia hardware-software*, Zanichelli, Bologna, 2006.
- Ł. PAWEŁ, P. JUROWSKA, *The Minimum Intelligent Signal Test (MIST) As an Alternative to the Turing Test*, in *Diametros*, vol. 59, XVI, 2019, pp. 35-47.
- R. PEARLMAN, *Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors Under U.S. Intellectual Property Law*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. 24, II, 2018, pp. 1-38.
- L. PEEPERKORN, *IP Licenses and Competition Rules: Striking the Right Balance*, in *World Competition*, vol. 26, IV, 2003, p. 527.
- C.H. PEREZ, *The possibility of IP protection for smell*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 36, X, 2014, pp. 665-674.
- P. PERLINGERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, II, 1990, pp. 344 ss.
- M. PERRY, T. MARGONI, *From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-Generated Works?*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 26, VI, 2010, pp. 621-629.
- N. PETIT, *France v. Google: Antitrust as Complement to Copyright Law?*, 16 ottobre 2019, reperibile al seguente link: <https://www.linkedin.com/pulse/france-v-google-antitrust-complement-copyright-law-nicolas-petit/>.
- A.L. PHILLIPS, *Crowdsourcing gender equity: Ada Lovelace Day, and its companion website, aims to raise the profile of women in science and technology*, in *American Scientist*, vol. 99, VI, 2011.
- T. PIHLAJARINNE, R.M. BALLARDINI, *Owning Data via Intellectual Property Rights: Reality or Chimera?*, in R.M. BALLARDINI, P. KUOPPAMÄKI, O. PITKÄNEN (a cura di), *Regulating Industrial Internet Through IPR, Data Protection and Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, pp. 115-133.

- J. PILA, *An intentional view of the copyright work*, in *Modern Law Review*, vol. 71, IV, 2008, p. 556.
- E. PIOLA CASELLI, *Codice del Diritto d'autore*, Editrice torinese, Torino, 1942.
- E. PIOLA CASELLI, *Sul regolamento dei conflitti fra il diritto d'autore e taluni diritti vicini o similari*, in *Il Diritto di Autore*, 1937, pp. 155 ss.
- E. PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, II ed., Eugenio Marghieri-Editrice torinese, Napoli-Torino, 1927.
- F. PISTELLI, *Dai diamanti...non nasce niente? Rischio e responsabilità nelle operazioni di investimento in beni rifugio*, in *Persona e Mercato*, II, 2020, pp. 129 ss.
- G. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy: A Look from the Antitrust Perspective*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, pp. 15 ss.
- G. PITRUZZELLA, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- I.L. PITT, *Economic Analysis of Music Copyright*, Springer, Berlino, 2010.
- A. PIZZOFERRATO, *Banche dati e diritti di proprietà intellettuale*, in *Contratto e impresa*, I, 2000, pp. 287-320.
- A. PLISECKA, 'Tabula pica', *Aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Cedam, Padova, 2011.
- D.R. POLIVY, *Feist Applied: Imagination Protects, But Perspiration Persists – The Basis of Copyright Protection For Factual Compilations*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 8, 1998, pp. 773 ss.
- V. PONZIANI, *Imprese Fintech e Techfin: l'impatto dei Big Data sulla libera concorrenza*, in E. CORAPI, R. LENER (a cura di), *I diversi settori del fintech*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 37 ss.
- L. PORTINALE, *Intelligenza Artificiale: storia, progressi e sviluppi tra speranze e timori*, in *Rivista di diritto dei media*, III, 2021, pp. 13-28.
- A. PORTRON, *Le fait de la création en droit d'auteur français. Étude de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Parigi, 2021.
- R. POSNER, *Intellectual Property: The Law and Economics Approach*, in *Journal of Economic Perspective*, vol. 19, II, 2005, pp. 57 ss.
- A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1985, pp. 32 ss.
- F. POLLAUD-DULIAN, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, I, 2000, p. 274.
- A. PRETA, *L'economia dei dati e l'intelligenza artificiale tra politica economica, concorrenza e regolazione dei mercati*, in V. FALCE (a cura di), *Fairness e innovazione nel mercato unico digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 173-188.

- G. PRIEST, *What economists can tell lawyers about intellectual property*, in *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, vol. 8, XXI, 1986, pp. 19-24.
- M.E. PRIZE, M. POLLACK, *The Author in Copyright: Notes for the Literary Critic*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, V, 1992, p. 703.
- R. PRODI, *Concorrenza dinamica e potere di mercato*, Franco Angeli, Milano, 1969.
- E. PROSPERETTI, F. TOZZI, V. COMANDINI, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'informatica*, I, 2007, pp. 2 ss.
- G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, II ed., Giappichelli, Torino, 1998, p. 291.
- G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici moderni*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1982, pp. 1137-1198.
- A. QUAEDVLIEG, *Shapes with a technical function: an ever-expanding exclusion?*, in *ERA Forum*, vol. 17, 2016, pp. 101-117.
- A. QUAEDVLIEG, *The tripod of originality and the concept of work in Dutch and European copyright*, in *GRUR International*, vol. 63, XII, 2014, pp. 1105-1111.
- W. RAHMAN, *AI and Machine Learning*, 2020, SAGE Publications, New York, pp. 17 ss.
- A. RAHMATIAN, *Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine under Pressure*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 44, I, 2013, pp. 4-34.
- A. RAMALHO, *Intellectual Property Protection for AI-generated Creations. Europe, United States, Australia and Japan*, Routledge, Londra, 2022.
- A. RAMALHO, *Originality redux: an analysis of the originality requirement in AI-generated works*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, pp. 23-41.
- A. RAMALHO, M.C. COMEZ GARCIA, *Copyright after Brexit*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, VIII, 2017, p. 671.
- A. RAMALHO, *Will Robots Rule the (Artistic) World?*, in *Journal of Internet Law*, vol. 21, I, 2017, pp. 12-25.
- A. RAMALHO, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking. A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonization*, Springer, Cham, 2016.
- G. RAMELLO, *Il diritto d'autore nella prospettiva law and economics*, in *Economia della Cultura*, II, 2003, pp. 207-218.
- R. RAMON, *Disegno industriale e arte sacra*, in *Giurisprudenza Italiana*, II, 2016, pp. 309 ss.
- K. RAUSTIALA, C. SPRIGMAN, *Knockoff economy. How imitation sparks innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

- L. RAY PATTERSON, *The Worst Intellectual Property Opinion Ever Written: Folsom v. Marsh and its Legacy*, in *Journal of Intellectual Property Law*, V, 1998, pp. 431 ss.
- J.H. REICHMAN, *Database Protection in a Global Economy*, in *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 16, II-III, 2002, pp. 455-504.
- J.H. REICHMAN, P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 50, 1997, pp. 85-86.
- J.H. REICHMAN, *La guerra delle banche dati sulla situazione americana*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, p. 226.
- J.H. REICHMAN, *Legal hybrids between the patent and copyright paradigms*, in K. ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ, J.J.C. KABEL (a cura di), *Information Law towards the 21th Century*, Kluwer Law International, Deventer-Boston, 1992, pp. 325 ss.
- J.H. REICHMAN, *Electronic Information Tools – The Outer Edge of World Intellectual Property*, in *University of Dayton Law Review*, vol. 17, III, 1992, pp. 797-838.
- J.H. REICHMAN, *Goldstein on Copyright Law: a realist's Approach to a Technological Age*, in *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 970 ss.
- J.H. REICHMAN, *Intellectual Property in International Trade: Opportunity and Risks of a GATT Connection*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 22, 1989, pp. 751 ss.
- J. REINBOTHE, S.V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright. A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- J. REINBOTHE, S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996: Ready to Come into Force*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 24, IV, 2002, p. 208.
- T. RENDAS, *Copyright protection of designs in the EU: how many originality standards is too many?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, VI, 2018, pp. 439-441.
- P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole" generali*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I-II, 1998, pp. 1-2.
- G. RESTA, *Sulla tutelabilità delle carte geografiche ai sensi della direttiva sulle banche di dati*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2016, pp. 191 ss.
- G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, UTET, Milano, 2010, pp. 3-72.
- J. REYBLAT, *Is Originality In Copyright Law A "Question Of Law" Or A "Question Of Fact?" : The Fact Solution*, in *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 17, 1999, pp. 181 ss.
- I. RHANASTO, *Intellectual Property Rights, External Effects and Antitrust Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 183.

G. M. RICCIO, *Giganti della Rete e diritti degli editori*, in *Istituto per le Politiche dell'Innovazione*, 24 maggio 2021, reperibile al seguente link: <https://istitutoinnovazione.eu/2021/05/24/giganti-della-rete-e-diritti-degli-editori/> 24 MAGGIO 2021.

G.M. RICCIO, *The influence of the Court of Justice of the European Union on national courts in copyright cases*, in O. POLLICINO, G.M. RICCIO, M. BASSINI (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 155-187.

R. B. RICH, *The "Art" of Copyright: A Practitioner's Perspective*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, II, 2018, pp. 189-211.

S. RICKETSON, *The Concept of Originality in Anglo-Australian Copyright Law*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 9, II, 1991, pp. 265-288.

S. RICKETSON, *People or machines? The Berne Convention and the changing concept of authorship*, in *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 16, IV, 1991, p. 34.

M. RICOLFI, *I fatti costitutivi del diritto al marchio. I Soggetti*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 92-93.

M. RICOLFI, *The New Paradigm of Creativity and Innovation and Its Corollaries for the Law of Obligations*, in H. ULLRICH, P. DRAHOS, G. GHIDINI (a cura di), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, 2015, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 134 ss.

M. RICOLFI, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 202.

M. RICOLFI, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2001, pp. 149 ss.

M. RICOLFI, *Il criterio della scindibilità e l'opera "bidimensionale" dell'arte applicata all'industria*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1991, pp. 47 ss.

T. RIIS, *Economic Impact of the Protection of Unoriginal Databases in Developing Countries and Countries in Transition*, WIPO, SSCR/7/4, Ginevra, 2002.

R. RISTUCCIA, V. ZENO ZENCOVICH, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel DL 518/1992. Con 65 decisioni di giudici italiani*, II ed., Cedam, Padova, 1993.

M. RITSCHER, R. LANDOLT, *Shift of paradigm for copyright protection of the design of products*, in *GRUR International*, vol. 53, II, 2019, pp. 125 ss.

G.M. ROBERTI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 ("Decreto Romani")*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 2010, pp. 1 ss.

G. ROBERTS, G. BEBER, *Parsing the Turing Test. Philosophical and Methodological Issues in the Quest for the Thinking Computer*, Springer, 2008, Berlino, p. 53.

- R. ROBERTSON, M. RHODES, D. SIMPSON, D. STEPHENS, *Legal Protection of Computer Software*, Sweet & Maxwell, Londra, 1991.
- J. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, Macmillan, Londra, 1933.
- S. RODOTÀ, *Proprietà: una parola controversa*, in *Parolechiave*, XXX, 2003, p. 1.
- S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, pp. 709-733.
- R. ROMANO, *Innovazione, rischio e «giusto equilibrio» nel divenire della proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Civile*, III, 2015, pp. 532-553.
- R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, in *Rivista di Diritto Civile*, VI, 2008, pp. 668 e ss.
- R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, p. 115.
- N. RONDINONE, *L'imprenditore, l'impresa, l'azienda e la concorrenza*, in L. DE ANGELIS (a cura di) *Diritto commerciale*, Vol. I, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 131-132.
- E. ROSATI, *US Copyright Office refuses to register AI-generated work, finding that "human authorship is a prerequisite to copyright protection"*, in *The IPKat*, 17 febbraio 2022, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2022/02/us-copyright-office-refuses-to-register.html?m=1>.
- E. ROSATI, *Jeff Koons loses (again) in France his Fait d'Hiver found to infringe copyright in Franck Davidovici's own Fait d'Hiver*, *IpKat*, 11 marzo 2021, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/jeff-koons-loses-again-in-france-his.html>.
- E. ROSATI (a cura di), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Routledge, Londra, 2021.
- E. ROSATI, *Italian Supreme Court applies CJEU Cofemel decision to make up store layout*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, VII, 2020, pp. 501-502.
- E. ROSATI, *Italian Supreme Court rules that technical regulation (drafted by an IP lawyer) may be \*in principle\* protected by copyright*, *IPKat*, 21 giugno 2020, reperibile al seguente link: <https://ipkitten.blogspot.com/2020/06/italian-supreme-court-rules-that.html>.
- E. ROSATI, *Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity*, in *Asia Pacific Law Review*, vol. 27, II, 2019, pp. 198-217.
- E. ROSATI, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 13, VIII, 2018, pp. 597-598.

E. ROSATI, *The monkey selfie case and the concept of authorship: an EU perspective*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, XII, 2017, pp. 973-977.

E. ROSATI, *Why the CJEU cheese copyright case is anything but cheesy*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, X, 2017, pp. 813–814.

E. ROSATI, *Closed subject-matter systems are no longer compatible with EU copyright*, 2014, reperibile su SSRN al seguente link: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfr?abstract\\_id=42468104](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfr?abstract_id=42468104).

E. ROSATI, *Originality in EU copyright: full harmonization through case law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

E. ROSATI, *Originality in a work, or work of originality: the effects of the Infopaq decision*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 58, 2011, pp. 795 ss.

E. ROSATI, *The Hargreaves Report and copyright licensing: can national initiatives work per se?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 33, XI, 2011, pp. 673-676.

E. ROSATI, *Originality in US and UK copyright experiences as a springboard for an EU-wide reform debate*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 41, V, 2010, pp. 524-543.

E. ROSATI, *The Wittem Group and the European Copyright Code*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 5, 2010, pp. 862-868.

G.C. ROSI, voce «*Opere d'arte (contraffazione o alterazione di)*», in *Digesto civile*, 1995.

D.B. ROSLER, *The European Union's Proposed Directive for the Legal Protection of Databases: a New Threat to the Free Flow of Information*, in *High Technology Law Journal*, vol. 10, I, 1995, pp. 105-146.

F.B.R. ROSSETTI, *Le banche dati. Una nuova creazione intellettuale*, in *Il Diritto Industriale*, III, 1997.

G. ROSSI, *L'ambiente e il diritto*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, pp. 8 ss.

S. ROSSI, *I singoli atti di concorrenza sleale*, in *Diritto delle imprese*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 112.

D.L. RUBINFELD, M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona Law Review*, vol. 59, 2017, pp. 340-381.

U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020.

F. RUGGERI, *Il diritto d'autore sulle opere dell'ingegno*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato dello spettacolo. Opere, contratti, tutele*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 19-60.

S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, IV ed., Londra, 2020.

- M. SAG, *Copyright Trolling. An Empirical Analysis*, in *Iowa Law Review*, vol. 100, 2014, pp. 1105-1147.
- E. SAMUELS, *The Illustrated Story of Copyright*, Thomas Dunne Publications, I ed., New York, 2000, pp. 232-242.
- E. SAMUELS, *The Public Domain in Copyright Law*, in *Journal of the Copyright Society*, vol. 41, 1993, pp. 137 ss.
- P. SAMUELSON, *Reconceptualising copyright's merger doctrine*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 63, 2016, pp. 417 ss.
- P. SAMUELSON, *The past, present and future of software copyright: interoperability rules in the European Union and United States*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, IV, 2012, pp. 229-236.
- P. SAMUELSON, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 25, 2010, pp. 1175 ss.
- P. SAMUELSON, R. DAVIS, D. KAPOR, J.H. REICHMAN, *A Manifesto concerning the legal protection of computer programs*, in *Columbia Law Review*, vol. 98, VIII, 1994, pp. 2308 ss.
- P. SAMUELSON, *Allocating Ownerships Rights in Computer-generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 47, 1986, pp. 1199-1200.
- S. SANDRI, *L'umore del torero: ma quello del toro?*, in *Sistema Proprietà Intellettuale*, 16 marzo 2021.
- F. SANNA, *Il messaggio estetico del prodotto. La tutela d'autore della forma industriale*, Giappichelli, Torino, 2018.
- M. SANTILLI, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, 1988.
- E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, 1975, pp. 307 ss.
- G. SANTUCCI, *Diritti dell'autore in Roma antica?*, in *INDEX*, XXXIX, 2011, pp. 143-150.
- D. SARTI, *La tutela d'autore del design fra disciplina ordinaria e diritto intertemporale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2012, pp. 399 ss.
- D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Il Diritto Industriale*, VI, 2002, pp. 543 ss.
- D. SARTI, *Tutela dei disegni e modelli comunitari tra imitazione servile protezione del diritto d'autore*, in *Il Diritto Industriale*, II, 2008, pp. 170 ss.
- D. SARTI, *Antitrust e diritto d'autore*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1995, pp. 109 ss.
- A. SAVINI, *Programmi e giochi televisivi*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1988, p. 331.
- S. SCALZINI, *Fattispecie costitutiva del diritto d'autore*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 976-977.



- S. SCALZINI, A.G. MONTELEONE, V. IAIA, *Blockchain e proprietà intellettuale. Funzioni, opportunità e sfide*, in A. NUZZO (a cura di), *Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici*, Luiss University Press, Roma, 2019, pp. 181-208.
- B. SCHAFER, D. KOMUVES, J. MANUEL, N. ZATARAIN, L. DIVER, *A fourth law of robotics? Copyright and the law and ethics of machine co-production*, in *Artificial Intelligence and Law*, vol. 23, III, 2015, pp. 225-226.
- A. SCHERMI, *Variazioni sul tema del cosiddetto industrial design*, in *Giustizia civile*, IX, 1996, pp. 2169 ss.
- L. SCHIUMA, *Il software tra brevetto e diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Civile*, VI, 2007, p. 602.
- R.G. SCHRICKER, *Farewell to the «Level of Creativity» in German Copyright Law?*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 26, I, 1995, pp. 41-48.
- J. SCHOVSBO, *Copyright and Design Law: What Is Left after All and Cofemel? – Or: Design Law in a ‘Double Whammy’*, in *Nordic Intellectual Property Law Review*, II, 2020, pp. 280-295.
- G. SCHULZE, *Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH*, in *GRUR*, 2009, pp. 1019 ss.
- G. SCHULZE, *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, in *GRUR*, vol. 89, XI, 1989, pp. 769 ss.
- J. A. SCHUMPETER, *The Theory of Economic Development*, Routledge, Londra, 2021.
- J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo socialismo e democrazia*, Edizioni di Comunità, Roma, 1955, p. 517.
- F. SCHWEMER, L. TOMADA, T. PASINI, *Legal AI Systems in the EU’s proposed Artificial Intelligence*, 2021, disponibile su SSRN al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3871099>.
- S. SCIACCA, *Note in tema di elenco clienti e sua (problematica) tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, IV, 2009, pp. 897 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *“Clausole generali”*, *Principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, II, 2013.
- S. SCOTCHMER, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, in *Journal of Economic Perspective*, 1991, vol. 5, I, pp. 29 ss.
- T. SCOZZAFAVA, *Dei beni. Artt. 810-821*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 6.
- J. SEARLE, *Mind, brains, and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, III, 1989, pp. 417-424.
- G. SENA, *Invenzioni brevettabili e intelligenza artificiale*, in *Rivista di diritto industriale*, III, 2020, p. 151.
- G. SENA, *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2004, pp. 55 ss.

- M. SENFTLEBEN, L. BUIJTELAAR, *Robot Creativity: An Incentive-Based Neighboring Rights Approach*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 42, XII, 2020, p. 797.
- G. SERAFINO, *Studi in tema di diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4.
- F. SERPIERI, *Il carattere creativo delle opere fotografiche*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2002, pp. 136 ss.
- P. SEVERINO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Luiss University Press, Roma, 2022.
- C. SEVILLE, *Copyright's bargain - defining our terms*, in *Intellectual Property Quarterly*, III, 2003, pp. 312-341.
- C. SGANGA, *The Many Metamorphosis of Related Rights in EU Copyright Law: Unintended Consequences or Inevitable Developments?*, in *GRUR International*, vol. 70, IX, 2021, pp. 821-833.
- C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2020, p. 171.
- C. SGANGA, *Say nay to a tastier copyright: why the CJEU should deny copyright protection for taste (and smells)*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 14, III, 2019, pp. 187-196.
- C. SGANGA, *Propertizing European Copyright. History, Challenges and Opportunities*, Edward Elgar, 2018, Cheltenham, pp. 17-49.
- C. SGANGA, *The notion of "Work" in EU copyright law after Levola Hengelo: one answer given, three question marks ahead*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 41, VII, 2018, pp. 415-424.
- I. SILVERMAN, *SAS: major software copyright ruling upheld*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 9, III, 2014, pp. 179-181.
- A. SIROTTI GAUDENTI, *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018, pp. 72, 77.
- A. SIROTTI GAUDENTI, *Le banche dati*, in *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, vol. 3, Utet, Torino, 2010, pp. 81 ss.
- C.Y.N. SMITH, *Copyright in culinary presentations*, in E. BONADIO, N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 128-150.
- D.D. SOKOL, R. COMERFORD, *Antitrust and Regulating Big Data*, in *George Mason Law Review*, vol. 23, V, 2016, pp. 1129-1161.
- A. SOLA, *Primi cenni di regolazione europea nell'economia dei dati*, in *Rivista di diritto dei media*, III, 2021, pp. 188-209.
- L. SORDELLI, *L'opera dell'ingegno: interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora*, Giuffrè, Milano, 1954.
- T. SORJAMAA, *Authorship and Copyright in the Age of Artificial Intelligence*, Hanken School of Economics, Helsinki, 2016.

- N. SOUSA, *The Boundaries of EU Copyright Law: Cheese, Jeans and a Military Report in the Court of Justice*, in *Market and Competition Law Review*, vol. 3, I, 2019, pp. 133-156.
- P. SPADA, *Utile et “futile” dans la propriété intellectuelle: la “valeur artistique” des dessins et modèles en droit italien*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, pp. 526 ss.
- P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, Giappichelli, Torino, 2012.
- P. SPADA, *Il paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale*, in *Il Diritto Industriale*, III, 2007, p. 269.
- P. SPADA, *La proprietà intellettuale tra “reale” e “virtuale”: un guado difficile*, in *Diritto dell'Internet*, vol. 3, V, 2007, p. 437.
- P. SPADA, *Conclusioni (convegno su IP e Costituzione)*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, pp. 217 ss.
- P. SPADA, *Industrial design e opere d'arte applicate all'industria*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2002, pp. 267 ss.
- P. SPADA, *Banche dati e diritto d'autore (il “genere” del diritto d'autore sulle banche dati)*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, pp. 3 ss.
- P. SPADA, *“Creazione ed esclusiva”, trent'anni dopo*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1997, pp. 216-219.
- G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, IV, 2019, pp. 253 ss.
- G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2013.
- G. SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritto d'autore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2013, pp. 118 ss.
- G. SPEDICATO, *Gradiente creativo dell'opera dell'ingegno e proporzionalità della tutela*, in *Il Diritto di Autore*, III, 2012, pp. 371 ss.
- G. SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in *Il Diritto di Autore*, IV, 2011, p. 566.
- G. SPEDICATO, *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nelle normative italiana e comunitaria*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, IV, pp. 535-580.
- G. SPINA ALÌ, *Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol 51, IV, 2020, pp. 411-445.
- G. SPINA ALÌ, *Why intellectual property does not belong in the constitution(s): four considerations*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 42, VIII, 2020, p. 463.

- G. SPINA ALÌ, *The Times They Are AI-Changin': Copyright and Computer Generated Works*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2019, pp. 367-399.
- M.S. SPOLIDORO, *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2019, pp. 580 ss.
- M.S. SPOLIDORO, *Il contenuto del diritto connesso sulle banche dati*, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1997, pp. 45 ss.
- J.H. SPOOR, *Banques de données et droit d'auteur*, in *Droit de l'informatique*, II, 1984, pp. 15 ss.
- G. SPOTO, «*De gustibus non disputandum est*», ovvero il sapore di un alimento non può essere tutelato dal diritto d'autore, in *Il Foro Italiano*, IV, 2019, pp. 271 ss.
- A. STAZI,  *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 260.
- M. STELLA RICHTER JR, *Tullio Ascarelli e i beni immateriali*, in V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1233-1247.
- M. STELLA RICHTER JR, *Titoli di credito*, in AA. VV., *Diritto delle imprese*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 208-212.
- S. STERN, *Copyright Originality and Judicial Originality*, III, in *University of Toronto Law Journal*, III, 2013, pp. 385-417.
- M. STERPI, *Art Disruption: Art and Technology in the Twenty-first Century*, in L.M. KAYE, H.N. SPIEGLER (a cura di), *The Art Law Review*, 2021, II ed., 2021, pp. 27-37.
- J.E. STIGLITZ, *Economic Foundations of Intellectual Property*, in *Duke Law Journal*, vol. 57, 2008, p. 1700.
- S. STOKES, *Art and copyright: some current issues*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 1, IV, 2006, p. 277.
- N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, Utet, Torino, 1915, p. 52.
- I. STRAVINSKY, *Poetics of Music in the Form of Six Lessons*, Harvard University Press, Cambridge, 1974.
- C. STRIPPOLI, *La tutela giuridica del software: l'ordinamento giuridico italiano e statunitense a confronto*, in *Giustizia civile*, VII-VIII, 2004, pp. 389 ss.
- A. STROWEL, *Advocating an EU Copyright Title*, in P. TORREMANS (a cura di), *EU Copyright Law: A Commentary*, II ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2021, p. 1117.
- A. STROWEL, *Big data and data appropriation in the EU*, in T. APLIN (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 107.
- A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, Bruylant, Bruxelles-Paris, 1993.

- T. SU LI CHENG, *Copyright protection of haute cuisine: recipe for disaster?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 30, III, 2008, pp. 93-101.
- U. SUTHERSANEN, *Bleak House or Great Expectations? The literary author as a stakeholder in nineteenth-century international copyright politics*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Northampton, 2006, pp. 40-60.
- T.E. SYNODINOU (a cura di), *Codification of European Copyright Law. Challenges and perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012.
- E. SYNODINOU, *The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law*, in E. SYNODINOU (ed.), *The Codification of European Copyright, Challenges and Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 93-113.
- B. TASSONE, G. BIFERALI, *La tutela del format in Cassazione, fra principi generali e merito dell'opera*, in *Il Foro Italiano*, III, 2011, pp. 878 ss.
- A. TATAFIORE, *Le nuove fattispecie costitutive delle proprietà industriale*, Wolters Kluwer, Milano, 2021.
- D.W. THALDAR, M. NAIDOO, *AI inventorship: The right decision?*, OSF Preprints, 2021.
- A. TOMASELLI, *Gli artt. 1 e 2 della Legge 22 aprile 1941 n. 633: spunti per una lettura "costituzionalmente" orientata*, in *Il Diritto di Autore*, I-II, 2019, pp. 281 ss.
- P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, IX ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.
- V. TORTI, *Personaggi di fantasia tra plagio e contraffazione. Riflessioni sull'orientamento della Suprema Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II, 2019, pp. 68 ss.
- F. TOZZI, *"Format" o scatola vuota?*, in *Il Diritto di Autore*, III, 2017, pp. 412 e ss.
- F. Tozzi, *Plagio e presupposti di tutela di opera letteraria*, in *Il Diritto di Autore*, 2010, pp. 398 ss.
- F. TOZZI, *Il format televisivo: prospettive di tutela giuridica*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2003, pp. 429 ss.;
- A. TRAPOVA, P. MEZEI, *Robojournalism – A Copyright Study on the Use of Artificial Intelligence in the European News Industry*, in *GRUR International*, in corso di pubblicazione, 2022.
- A. TRAPOVA, *AI and IP – to legislate or not? UKIPO's public consultation seeks evidence*, in *Kluwer Copyright Blog*, 1 dicembre 2021, reperibile al seguente al link: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/12/01/ai-and-ip-to-legislate-or-not-ukipos-public-consultation-seeks-evidence/>.
- M. TRAVOSTINO, *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, in *Giurisprudenza Italiana*, X, 2011, pp. 10 ss.

- C. TRIBERTI, N. CUOMO, *Varata la tutela giuridica del software – Il commento*, in *Il Corriere Giuridico*, IV, 1993, pp. 408 ss.
- A. TSOUTSANIS, *Back to the future: from Brexit to IP 4.0 - reshaping Paris, Berne and TRIPS for the 21st century*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 16, VIII, 2021, pp. 761-762.
- D.S. TUCKER, H.B. WELLFORD, *Big Mistakes Regarding Big Data*, in *Antitrust Source*, vol. 14, VI, 2014, pp. 1-12.
- G. TURELLI, *'Res incorporales' e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti*, in *Teoria e storia del diritto privato*, V, 2012.
- A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, vol. 59, 1950, CCXXXVI, pp. 433-460.
- A.M. TURING, *On Computable Numbers, with an Application to the Entscheidungsproblem*, in *Proceedings of the London Mathematical Society*, vol. 42, II, 1936, pp. 230 ss.
- L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 1627 ss.
- L.C. UBERTAZZI, *Rebus e diritto d'autore*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 2018, pp. 357-363.
- L.C. UBERTAZZI, *Linee di evoluzione pregressa della proprietà intellettuale*, in A. SCIUMÈ, E. FUSAR POLI (a cura di), *Afferrare...l'inafferrabile. I giuristi e il diritto nella nuova economia industriale fra otto e novecento*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 33 ss.
- L.C. UBERTAZZI, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale*, in *Contratto e impresa Europa*, vol. 8, II, 2003, pp. 1081-1084, 1105.
- L.C. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano, 2000.
- L.C. UBERTAZZI, *Durata dei diritti connessi e diritto transitorio*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV-V, 1998, pp. 715 ss.
- L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software. Commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 1994.
- L.C. UBERTAZZI, *La protezione delle fotografie in Italia*, in *Il Diritto di Autore*, 1988, pp. 52 ss.
- L.C. UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in G. ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 51 ss.
- A. URBANI, *I titoli di credito*, in AA.VV., L. DE ANGELIS (a cura di), *Diritto commerciale*, vol. II, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 397-445.
- A. VALITUTTI, *Il diritto di autore e i diritti connessi: profili generali*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 903.
- M. VAN GOMPEL, *Creativity, Autonomy and Personal Touch. A Critical Appraisal of the CJEU's Originality Test for Copyright*, in M. VAN EECHOU

(a cura di), *The Work of Authorship*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2014, pp. 95-144.

S. VAN GOMPEL, E.L. AVIK, *Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: an Inquiry into EU Copyright Law's Eschewal of Other Criteria than Originality*, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, vol. 236, 2013, pp. 100 ss.

S. VAN GOMPEL, E.L. AVIK, *On the Prospects of Raising the Originality Requirement in Copyright Law: Perspectives from the Humanities*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 60, 2013, pp. 387 ss.

S. VAN GOMPEL, *Formalities in Copyright Law. An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011.

A. VAN ROOIJEN, *The Software Interface between Copyright and Competition Law: A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs*, Kluwer Law international, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 4-47.

M. VAN SCHIJNDER, J. JOOST SMIERS, *Imagining a world without copyright: the market and temporary protection, a better alternative for artists and the public domain*, in H. PORSDAM (a cura di), *Copyright and other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Northampton, 2006, p. 161.

G.P.V. VANDENBERGHE, *Copyright protection of computer programs: an unsatisfactory proposal for a directive*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 11, XI, 1989, p. 409.

F. VANDIN, *AI, Machine learning, and Algorithms*, in M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), *Diritto del fintech*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 149-159.

A. VANZETTI, *La tutela "corretta" delle informazioni segrete*, in *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2011, p. 95.

A. VANZETTI, *Una legge per tutelare l'hardware*, in *Il Corriere Giuridico*, IV, 1989, p. 345.

V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2018, pp. 118 ss.

H. VARIAN, *Copying and Copyright*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 19, II, 2005, pp. 121 ss.

D. VAVER, *Intellectual property: still a "bargain"?*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, IX, 2013, pp. 579-586.

D. VAVER, P. SIRINELLI, *Principles of copyright. Cases and materials*, WIPO, Ginevra, 2002, p. 140.

D. VAVER, *Copyright in Legal Documents*, in *Osgoode Hall Law Journal*, IV, 1993, pp. 661-685.

- F. VENTURA, T. CERQUITELLI, *What's in the box? Explaining the black-box model through an evaluation of its interpretable features*, in *arXiv:1908.04348v1*, 2019.
- F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 821 ss.
- J. VERSTRYNGE, *Protecting Intellectual Property Rights within the New Pan-European Framework: The Case of Computer Software*, in *Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms*, VI, 1992, p. 7.
- B. VÉZINA, B. MORAN, *Artificial Intelligence and Creativity: Why We're Against Copyright Protection for AI-Generated Output*, Creative Commons, 2020 reperibile al seguente link: <https://creativecommons.org/2020/08/10/no-copyright-protection-for-ai-generated-output/>.
- U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Cacucci, Bari, 2020, pp. 449 ss.
- R. M. VISCONTI, *La valutazione economica dei database (banche dati)*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 2017, pp. 358-364.
- V. VITI, *Diritto sui generis al guado*, in *Diritto dell'internet*, V, 2005, pp. 451- 461.
- M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. À la recherche d'un nouveau paradigme*, in *Université de tous les savoirs. Qu'est ce que les technologies?*, V, 2001, p. 204.
- M. VIVANT, *L'incidence de l'armonisation communautaire en matière de droit d'auteur sur le multimédia*, Commissione Europea, Bruxelles, 1995, p. 10.
- M. VIVANT, *Recueil, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion?*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, n. 26, pp. 197 ss.
- F.A. VON HAYEK, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando Editore, Roma, 1988, pp. 83-110.
- C.C. VON SCHOLTEN ILLUM, *On copyright protection of smell, taste and texture*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 34, X, 2012, pp. 704-709.
- S. VOUSDEN, *Infopaq and the Europeanisation of copyright law*, in *WIPO Journal*, vol. 1, II, 2010, pp. 197-210
- A. WALLACE, E. EULER, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 823-855.
- R.H. WEBER, *Data Portability and Big Data Analytics. New Competition Policy Challenges*, in *Luiss Dream*, 2016, pp. 59-60.
- C. WELDON, *The de minimis requirement as a safety valve: copyright, creativity, and the sample of sound recordings*, in *New York University Law Review*, IV, 2017, pp. 1261-1305.



- B. WERBIN, *Application of Copyright to Art*, in L.M. KAYE, H.N. SPIEGLER (a cura di), *The Art Law Review*, 2021, II ed., 2021, pp. 38-46.
- A. WIEBE, *Protection of industrial data: a new property right for the digital economy?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, I, 2016, pp. 62-71.
- T. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- T. WU, *The curse of bigness. Antitrust in the new gilded age*, Columbia Global Reports, New York, 2018.
- S. YANISKY RAVID, L.A. VELEZ-HERNANDEZ, *Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots, Driven by Artificial Intelligence Systems and the Originality Requirement: The Formality-Objective Model*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 19, I, 2018, pp. 40-48.
- S. YANISKY RAVID, X. LIU, *When artificial intelligence systems produce inventions: An alternative model for patent law at the 3a era*, in *Cardozo Law Review*, vol. 39, 2018, pp. 2215 ss.
- N. YAP, *The proof is in the plating: copyright protection of culinary arts and reform for the categories of authorial works*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 49, IV, 2017, pp. 226-237.
- F. YEOH, *Choreographers' copyright dilemma*, in *Entertainment Law Review*, vol. 23, VII, 2012, pp. 201-208.
- R. YU, *The machine author: what level of copyright protection is appropriate for fully independent computer-generated works?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, 2017, pp. 1245 ss.
- R. YU, G. SPINA ALÌ, *What's Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers*, in *Legal Information Management*, vol. 19, 2019, pp. 2-13.
- G.C. ZANETTI, *La protezione giuridica delle banche dati*, in *Il Diritto Industriale*, IV, 1996, pp. 342 ss.
- F. ZAPPATORE, *L'enforcement privato, tra diritto antitrust e IP, nell'era digitale*, in G. CASSANO, B. TASSONE (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 743.
- V. ZENO-ZENCOVICH, G. CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, pp. 29 ss.
- V. ZENO-ZENCOVICH, F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, 2008, pp. 141 ss.
- V. ZENO ZENCOVICH, voce «Cosa», in *Digesto. Discipline privatistiche*, Utet, Torino, 1988.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, I, 1992, pp. 25-43.

V. ZENO ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, in *Rivista di Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1990, pp. 77 ss.;

L. ZIMMERMAN, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 12, I, 2011, pp. 29 ss.

L. ZIMMERMAN, *The Statute of Anne and its Progeny: Variations Without a Theme*, in *Houston Law Review*, vol. 47, IV, 2010, pp. 966 ss.

L. ZIMMERMAN, *It's an Original!(!): In Pursuit of Copyright's Elusive Essence*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 28, II, 2005, pp. 187 ss.

A. ZOPPINI, *Privative sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, in *Rivista del Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, IV-V, 1993, pp. 895-906.

N. ZUCHELLI, *Tutelabilità degli schemi di trasmissioni televisive*, in *Il Diritto di Autore*, 1995, pp. 263 ss.