

**LA TUTELA DEI RISULTATI DELL'ATTIVITÀ DELL'AGENTE
SOFTWARE**

di

FERDINANDO PERRI



Quest'opera è pubblicata sotto una
[Licenza Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

1. La tutelabilità dei risultati

Il lavoro si articola sostanzialmente in due sezioni, dedicate all'analisi della questione della tutelabilità¹ dei risultati della normale attività degli agenti software che viaggiano sulla Rete: la questione se l'agente possa essere considerato autore di opere dell'ingegno ovvero, se comunque possa essere data tutela alle opere digitali — informazionali — 'originate' attraverso l'uso dell'agente, precede logicamente quella relativa alla tutelabilità attraverso il diritto sui generis delle banche dati o dei risultati informazionali eventualmente prodotti dal funzionamento degli stessi².

In tale parte la dottrina sembra giocare un ruolo non marginale nella costruzione del diritto degli agenti software.

L'ordito normativo generale complessivo, coadiuvato dal recursus alla "lex alii bei" è anch'esso di un certo ausilio all'interprete in quanto consente di ricavare alcuni principi generali che verranno, anche in questa sede, di volta in volta, richiamati ed esemplarmente applicati³.

Il ricorso alla legge di un luogo vicino nell'ambito del diritto privato europeo sembra, d'altro canto, una pratica oggi ormai necessitata, pure in materia di diritto d'autore e diritti connessi, grazie anche alla sempre più pronta applicazione, da parte della Corte di Giustizia, casi Phil Collins e Land

¹ Dogmatismo che non ha mai attecchito presso i nostri colleghi francesi, i quali si interrogano da vari lustri sul tema ed ammettono oggi pacificamente che l'informazione sia un bene in senso giuridico (cfr. almeno F. ZENATI, *Les biens et les choses*, Archives de philosophie do droit 1999, 79 ss., e le altre citate supra). Ed anzi, tentano vieppiù di farne applicazioni — interessantissime — in settori fin ora impensabili, come in materia successoria (cfr. L. LEVENEUR, *Une application dii concept de bien-information: pour un renouvellement de l'approche do contrat de révélation de successor in Etudes offertes à Pierre Catala*, cit., 2001, 771 ss.). La presunta incomunicabilità tra diritto ed economia è bene sfatata già in A. JOURDAN, *Des rapports entre le droit et l'économie politique, Philosophie comparée dri droit et de l'économiepolitique* Paris, 1885, in particolare i capp. VI e ss., pp. 62 ss. Cfr. l'aggiornata sintesi di A. ARCURI, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, voce dell'*Encicl. dir.*, *Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, 7-20.

² A. FRIONANI, *I contratti di licenza nel diritto italiano* (Relazione presentata al X Congresso Internazionale di Diritto Comparato, Budapest 1978), *Dir. autore*, 1979, 516-541; V.M. DE SANTIS, M. FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 2000, 359 ss..

³ Così la pensa, da ultimo, anche M. BESSONE, *E.economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di Internet?*, *Dir. informazione e informatica*, 2002, 43-56. Sul punto, lo scritto più interessante resta quello di A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, *Foro it*, 1983, V, 85 ss.

Hessen, del principio di non discriminazione previsto dall'art. 12 del Trattato CE, il quale recita che è “vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”. Principio di diritto anche sostanziale, se consideriamo l'ordinamento privatistico comunitario nel suo insieme dagli effetti a dir poco rivoluzionari, in quanto tocca al cuore la libertà di movimento dei singoli ordinamenti nazionali e non sembra affatto limitabile ai soli rapporti lato sensu internazionali. L'armonizzazione comunitaria e l'applicazione del principio or ora richiamato, infatti, comportano l'effetto indotto dell'applicazione della normativa nazionale dello Stato membro in ipotesi più favorevole, ad es., quanto ad estensione dei diritti, durata, etc., anche con riguardo a tutti i cittadini degli altri Paesi membri della Comunità che in ipotesi contemplino delle normative più sfavorevoli per autori e titolari di diritti connessi. Applicazione che interessa ovviamente, e in primo luogo, il giudice nazionale⁴.

La chiara convergenza sistemologica tra i sistemi di diritto d'autore che in tal modo sarebbe realizzabile ha spinto una recente e autorevole dottrina ad osservare — in una prospettiva di più ampio respiro — come ormai oggi, anziché continuare a contrapporre sistemi di *droit d'auteur* e *copyright*, dovremmo ricomprendere tutti i sistemi di diritto d'autore sotto l'etichetta comune di *World Creator's Right and Related Rights Law*.

Ma è qui che si inserisce, o si dovrebbe inserire, il procedimento di *recursus* alla “*lex alii bei*”, perché ci consente di vedere con più nitidezza i confini della tutela generale offerta dal diritto d'autore ed al contempo gli effetti dell'impiego della scienza comparatistica.

Detto altrimenti, ed in un'ottica più tradizionale, esso consente all'interprete di colmare una lacuna, in ipotesi puntuale e non strutturale ma che rischia di cagionare un certo quale *shift* o *gap* ‘culturale’, forse incolmabile, del nostro ordinamento giuridico⁵.

⁴ C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, 63 ss. e ID., *I contratti dell'informatica*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. XI-3, 2 ed., Torino, 2000, 289-333; R. PICARO, *Contratti ad oggetto informatico*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, vol. 1, Torino, 2003, 89-144.

⁵ Ricordo per inciso il tentativo di trapianto allo stesso livello europeo (la proposta originaria di direttiva in tema di tutela dei programmi per elaboratore, che precisava esserne titolare — con una regola di default — “la persona fisica o giuridica che determina la realizzazione dei programmi susseguenti”) della doctrine in esame, tentativo tuttavia fallito: F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 250. La resistenza, manco a dirlo, è venuta dallo schieramento compatto dei Paesi di *civil law*, ossia dalla

Il procedimento in parola ci aiuta, in particolare, a capire come esistano alcuni sistemi giuridici, in ispecie di common Law in cui il diritto d'autore può fare benissimo a meno tanto dell'autore, nel senso romantico o classico del termine; non, però, di un autore 'putativo', in quanto è pur sempre necessario individuare un soggetto o entità cui imputare gli effetti giuridici quanto di un atto di creazione artistica o letteraria: realizzando così un'epifania del "diritto d'autore senza l'autore", ante litteram⁶.

Ho già ricordato, ed è comunque già noto, come in linea generale, ai fini della creazione di un'opera dell'ingegno, sia indeclinabilmente richiesta la natura umana di chi pone in essere l'atto.

La sola in grado di esprimere il 'sentimento' che sta alla base della 'creazione'.

La questione sarebbe allora destinata a chiudersi in un inevitabile circolo vizioso: l'agente software, non rivestendo i caratteri necessari per poter porre in essere un atto creativo, si vedrebbe immancabilmente negata la tutela che il diritto d'autore dei sistemi di civil law tradizionalmente offre alle opere dell'intelletto.

Di grande utilità si rivela a tal proposito la ricerca di una *lex alii bei*" che possa confortare o sia in grado di confutare alla base la tesi pacificamente raggiunta grazie all'osservazione della concordanza dei formanti dell'ordinamento nazionale⁷.

Innanzitutto, grazie all'intervento del legislatore comunitario, si registra una sensibile modificazione del quadro ricevuto dalla tradizione in tema di opere dell'ingegno: l'originario requisito della creatività sembra aver subito una sorta di mutazione, trascorrendo esso dal mondo dei 'sentimenti' all'arcano mondo della 'originalità'. Ci si potrebbe chiedere se questa sia o meno una regola generale, essendo essa stata prevista sino ad ora solo sporadicamente, in alcune direttive comunitarie: 91/250/CE, 93/98/CE, 96/9/CE, respingendo, nel secondo caso, la novità considerata,

maggioranza dei Paesi membri della Comunità.

⁶ R. CLARIZIA, *Contratto informatico per l'oggetto e per il mezzo*, voce dell'*Encicl. dir.*, Aggiornamento, vol. 11, Milano, 1998, 245, 247-249.

⁷ V.L. BENABOU, *Droit d'auteur droits voisins et droit communautaire*, Bruxelles, 1997, 247.

anzi, come una mera epifania o errore del tutto accidentali, non in grado di infirmare il grado di purezza che sta alla base del requisito della creatività di cui discorre l'art. 2575 c.c.⁸.

Un ruolo non secondario sembra giocare, per la soluzione del quesito, il richiamo della doctrine delle horizontal provisions e dei principi generali del diritto comunitario: grazie ad essi ci si avvede abbastanza facilmente che oramai il requisito della originalità, non importa più se sia previsto ad oggi in sole tre direttive comunitarie, ossia diritto eccezionale, da interpretare restrittivamente, si è definitivamente imposto come norma giuridica generale, come regola operazionalmente vigente nel diritto comunitario.

La stessa osservazione comparatistica dei sistemi francese e tedesco offre utili spunti di riflessione in ordine alla deriva che sembra connotare la fattispecie acquisitiva dei diritti sulle creazioni intellettuali a contenuto tecnologico⁹.

Senza poterci diffondere sul punto, basterà ricordare che il sistema francese è per tradizione legato ad una retorica molto forte alla base della propriété littéraire et artistique e conseguentemente esclude dal novero delle creazioni protette tutte quelle opere che non rechino il 'hlarque de la personnalité de son auteur'¹⁰. Nell'ordinamento tedesco si considerano, invece, normalmente proteggibili dall'Urheberrecht le sole opere che rivelino l'attività e l'impiego di uno "spirito individuale" . . . con le sue capacità e qualità, come precisa Hubmann), e si ritengono altresì applicabili standard elevati, anche dal punto di vista del giudizio qualitativo o estetico dell'opera. Nel caso specifico del software, si offre tutela soltanto a quei programmi che siano espressione di una creatività che superi le capacità di un programmatore medio.

Il problema principale è, pertanto, di valutare se gli agents siano in grado di superare almeno la soglia della 'originalità'. Un canone d'interpretazione autentica 'rivisitato' vuole che sia

⁸ F. GALGANO, *La cultura giuridica italiana di fronte ai problemi informatici, considerazioni di sintesi*, in G. ALPA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, 1987, 373-387.

⁹ A tal proposito si può ricordare come la Comunità europea si sia recentemente mostrata preoccupata dell'eccessivo grado di tutela riservato ai programmi per elaboratore nel Regno Unito, il quale, tra l'altro, in sede di recepimento della dir. 91/250/CEE non aveva adottato la definizione di originalità ivi contenuta (cfr. Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, sul recepimento e gli effetti della direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, Bruxelles, 10 aprile 2000, COM (2000) 199 def., cap. V., § 1, lett. e).

¹⁰ PG. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 589 ss.

richiamata la disciplina vigente nel sistema inglese, dal quale è stato presumibilmente tratto il requisito in esame¹¹.

La tutela del copyright s'intende qui solitamente concessa a tutte le opere dell'intelletto, sol che vi sia mera assenza di copia, ossia basta non avere tecnicamente copiato l'espressione di un'opera altrui per poter accedere al mondo del copyright. Sono tutelate pure le opere create da persone giuridiche, lo stesso dicasi, della sweat of the brow doctrine nordamericane, recentemente non applicata per le sole raccolte informazionali triviali, nel già cit. caso Feist del 1991¹².

La questione sarebbe in definitiva risolta, manco a dirlo, in favore del riconoscimento dell'agente come autore di opere dell'ingegno, salva la distinta questione del meccanismo di attribuzione dei vari diritti in capo all'utilizzatore dell'agente. La soluzione sarebbe cioè esattamente opposta a quella raggiunta ragionando in via di puro principio dal solo, classico, requisito della creatività. Resta sottinteso che la soglia della tutela dell'autore, così come sopra identificata, va riferita in linea di principio alle sole opere che consistano a loro volta in creazioni utili, ad es., altri programmi o banche dati, etc., dacché è questo il campo in cui si è formato il principio comunitario su richiamato: ma non sono esclusi effetti irradianti anche in altri settori coperti dai diritti di privativa artistica o letteraria.

Si noti, altresì, che nessun serio problema sembra derivare dal fatto che i testi delle direttive comunitarie si riferiscano non all'originalità tout court, ma all'originalità più un altro elemento: l'opera dell'ingegno deve essere il risultato della creazione intellettuale del suo autore, art. 1, par. 3, dir. 91/250/CE; anche art. 3, par. 1, dir. 96/9/CE, il quale ultimo precisa che sono applicati altri criteri per riconoscere detta tutela. La dottrina più accreditata ha ben presto precisato, infatti, che le disposizioni sopra citate fanno riferimento, in ogni caso, alla mera assenza di copia, ossia

¹¹ CM. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. VASSALLI, vol. VII-i, 2 ed., Torino, 1993, 209-210

¹² P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. Civ.* diretto da F. VASSALLI, vol. XI-3, Torino, 1974, 103 ss.; Cass. 23 dicembre 1982, n. 7109, *Giur. it.*, 1983, I, 1, 724; Pret. Monza 25 ottobre 1991, Dir. autore, 1992, 117 (ove si sottolineano le esigenze pubblicistiche sottese alla inalienabilità del diritto morale d'autore); Pret. Milano 10 novembre 1992, *Annali it. dir. autore*, 1993, 569. La giurisprudenza francese precisa: "... l'inaliénabilité du droit au respect de l'oeuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder..." (Cass. civ, 28 janvier 2003, *Bitil. civ.*, I, n. 28, 23).

indirettamente alla soluzione inglese Anche la Kleine Mtinze delle opere, per dirla col giurista tedesco, è tutelata dal diritto d'autore¹³.

Resta in definitiva confermato ciò che è stato sottolineato in altra parte del presente scritto, ossia come oggi il riconoscimento di un'esclusiva, specie sulle opere 'informazionali' o creazioni utili; qui quella offerta dal diritto d'autore, prescinde dalla 'creazione' come atto costitutivo del diritto.

Merita un breve esame anche la disciplina delle computer-generated works, ossia delle opere prodotte dal funzionamento di un elaboratore appositamente programmato. Vale a dire un rimedio portentoso per eliminare l'autore — come intermezzo altrimenti necessario — dalla scena del copyright¹⁴.

La disciplina generale in tema di copyright fa capo, come è noto, alla corposa legge — consolidazione e non codificazione — sulla propriet intellettuale, adottata nel 1988: il Copyright, Designs and Patents Act (CDPA). In particolare, la section 9 del chapter 48 della legge in parola, nel definire chi possa considerarsi autore di un'opera dell'ingegno, precisa che:

- (1) In this Part 'author', in relation to a work, means the person who creates it.
- (2) That person shall be taken to be.
- (3) 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. . .

¹³ Sul punto rinvio, in sintesi, alle classiche pagine di: A. FALZEA, *Apparenza* (1958), ora in *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., vol. II, 81 1-856; R. SACCO, *Apparenza, voce del Digesto civ.*, vol. I, Torino, 1987, 353 ss., eID., *Affidamento, voce dell'Encicl. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 661-668. Per un accenno alla teoria dell'apparenza, in materia di possesso dei beni immateriali, si veda anche R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 138.

¹⁴ Diritto i cui effetti — retorica a parte —, sono da monitorare attentamente, specie nel caso di sole-source data, in chiave di antitrust e specialmente di abuso di posizione dominante: cfr. il consid. 47 e l'art. 16 dir. 96/9/CE, nonché il già citato caso Magili (1995). Il diritto in parola deve altresì essere contro-bilanciato, a livello statale, con apposite eccezioni e limitazioni nell'interesse dei terzi — limitazioni tendenzialmente corrispondenti a quelle previste in materia di diritto d'autore sulle banche dati: cosa, quest'ultima, non fatta dal nostro legislatore in sede di recepimento della dir. cit. (d.lgs. 169/1999), ma solo col recente d.lgs. 68/2003 (che forse è andato, in violazione del diritto comunitario, addirittura oltre le aspettative e le ipotesi tassative di cui alla direttiva citata). Cfr. il nuovo art. 71-decies della legge 633/1941, il quale estende (anche) al diritto sui generis tutte le eccezioni e limitazioni di cui al capo V legge cit. (v. anche F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 322 ss., testo e note).

La section 178 provvede altresì, a scanso di equivoci, a rimarcare che computer-generated significa che l'opera è stata 'generated' dal computer "in circumstances such that there is no human author of the work". Ossia, il diritto inglese considera opere dell'ingegno works anche quelle create nel modo ricordato sullo scorcio del paragrafo precedente¹⁵.

La soluzione è ovviamente isolata nel panorama europeo in quanto, sull'onda dell'innovazione tecnologica, vuole essere espressione del tentativo non effimero di portare il copyright al passo con i tempi¹⁶.

L'autore che non può ovviamente essere considerato il macchinario/elaboratore che ha prodotto un'opera dell'ingegno, viene quindi identificato in un'altro soggetto, in una sorta di autore 'putativo' e ciò in conseguenza della necessità di avere comunque un soggetto/referente umano cui imputare gli effetti giuridici dell'attività — materiale — posta in essere da un elaboratore.

Si tratta precisamente della persona che ha posto in essere gli atti materiali necessari per far funzionare l'elaboratore, la quale in combinato disposto con la successiva section, nibricata "First ownership of copyright", vuole che tale persona sia considerata anche "the first owner of any copyright in it, subject to the following provisions"; e quindi autore a tutti gli effetti di legge¹⁷.

La doctrine, che rappresenta una deviazione di non poco momento nella teorica civilian del diritto d'autore, in quanto tocca al cuore il requisito per la concessione dell'esclusiva, tradizionalmente imperniato sulla cd. 'creazione', è di primo acchito destinata ad essere liquidata come una mera applicazione della soluzione già raggiunta a livello di normativa sulle creazioni utili e ricordata alla fine del precedente paragrafo e quindi pur sempre limitata alla tutela delle opere

¹⁵ R. SACCO - G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, 3 ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2002 (in relazione all'utilizzazione degli automi nell'ambito del procedimento contrattuale).

¹⁶ F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 25 1-252, e note 242 e 244, ove si richiama la stessa legge francese del 3 luglio 1985 (che aveva provveduto a dare tutela ai programmi per elaboratore), la quale, nel caso dei programmi creati da lavoratore subordinato si affrettava a precisare che: "Sauf stipulation contraire, le logiciel crée par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs" (art. 45); e si veda anche lo stesso Code de la Propriété Intellectuelle del 1992 (come modificato dalla legge 10 maggio 1994, di recepimento dir. 91/250/CEE), ove si precisa, all'art. L 121-7: "Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut... 2° exercer son droit de repentir ou de retrait".

¹⁷ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1998, 347 ss., «E vero, ma ...» (Replica a Giorgio Oppo.), Riv. dir. civ., 1999, I, 273 ss. *La filosofia alla base della teoria è già chiaramente desumibile* da N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 67 ss. (ove parla di "contratti senza parole").

informativi o utili che partoriscono dall'operare dell'agente, eventualmente implementato nel macchinario. Ad una più attenta osservazione, ci si accorge però che la section 9 del CDPA va oltre, non è limitata alle sole creazioni utili, ma è anzi diretta a tutelare anche tutte le "opere letterarie, drammatiche, musicali e artistiche" prodotte dall'operare dell'elaboratore/agente e si ricordi che pure le creazioni utili sono opere letterarie: cfr. art. 1 dir. 91/250/CE, in tema di programmi per elaboratore¹⁸.

Il problema degli agenti come autori di opere create in tal modo verrebbe allora agevolmente risolto attraverso il ricorso ad una vera e propria finzione giuridica.

Il passo ulteriore è ovviamente più delicato e riguarda la possibile utilizzabilità della "lex alii bei" in parola anche nel nostro Paese.

Una soluzione semplificante sarebbe, anzitutto, quella di rimanere aggrappati all'immane retorica/edificio del *droit d'auteur* tradizionalmente ricevuta nel nostro sistema.

Grazie, però, all'osservazione comparata, abbiamo notato come, per una parte consistente, l'edificio tradizionale del diritto d'autore ha da qualche lustro iniziato a mostrare i segni del tempo e a traballare, rischiando di non fornire più i necessari incentivi, funzionali alla creazione di opere utili all'umanità intera oltre che, ovviamente, utili a generare un profitto grazie al riconoscimento e sfruttamento di un diritto di esclusiva, agli autori e in genere ai protagonisti del mercato culturale¹⁹.

Una soluzione più meditata potrebbe essere, dunque, rappresentata dalla recezione del modello del *common law* inglese, pur sempre destinato a fornire un incentivo utile, un 'rinforzo', alla creazione di nuove opere dell'intelletto. Colmando così, almeno in parte, le crepe vistose che si erano nel frattempo formate nelle fondamenta dell'edificio.

¹⁸ Se dovessimo accogliere la tesi di EPSTEIN, dovremmo forse applicare anche in Italia una norma simile in materia proprietaria; magari l'art. 924 cc. sugli sciame d'api o l'art. 926 cc. sulla migrazione di colombe, conigli, pesci? L'informazione potrebbe essere infatti considerata, in quanto fugitiva, uno sciame d'api o un insieme di pesci che nuotano nella Rete! Oppure l'art. 84 1 cc. sul diritto di chiudere il fondo? (sul punto, per i chiari limiti al diritto in esame, nella stessa era pre-digitale, rinvio per tutti a R. SACCO, *il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, Riv. dir. e proc. civ 1970, 435 ss).

¹⁹ Si pensi alle spinose questioni del contratto nel prisma del diritto comparato: da ultimo, si vedano almeno le efficaci sintesi di R. SACCO, *Il contratto nella prospettiva comparatistica, Europa e dir. privato*, 2001, 479-488 e L. MOCCIA, *Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi)*, Riv. dir. civ., 1994, I, 819-852.

La bontà della soluzione in parola è argomentabile anche in una prospettiva unitaria, ovvero in base ad una interpretazione sistematica o sistemica. Come già visto, anche in materia di brevetti per invenzioni industriali la soluzione è oramai da considerare risolta nel senso da ultimo divisato: sarebbero pertanto tutelabili sia i risultati ‘inventivi’ che quelli ‘creativi’ derivanti dall’impiego dell’elaboratore e della tecnologia ad agenti²⁰.

Con riguardo ai possibili problemi in sede di tutela dei diritti morali — pur sempre presenti ed essenziali, oltre che assoluti — l’osservazione del sistema inglese getta un po’ di luce sul punto specifico. In quel sistema, infatti, è dato constatare che il CDPA non tratta le computer-generated works esattamente come qualsiasi altra opera dell’ingegno tutelata da copyright. La sec. 77, sulla tutela del diritto alla paternità, non trova applicazione nel caso in cui l’opera sia stata prodotta attraverso l’uso di un elaboratore, “any computer-generated work”, come recita la sec. 79, par. 2, lett. c.

I diritti di privativa sui ‘risultati’ dell’attività dell’agente saranno allora immancabilmente destinati a trasferirsi direttamente in capo all’utilizzatore, mentre per i diritti morali si tratterà di fare una valutazione caso per caso al fine di asseverare quali possano — in ipotesi — essere esercitati dall’utilizzatore²¹.

Ma è noto anche come l’analogia, da ultimo richiamata, per le opere create da lavoratori subordinati, vuole escludere che il datore di lavoro possa esercitare il diritto di rivendicarne la paternità, che resterebbe fermo in capo al lavoratore-creatore dell’opera²².

²⁰ Per tutti, in una prospettiva comparativa, si vedano ora: G. COMANDÈ, *Problemi di intellectual property e copyright*, in G. COMANDÈ e S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, 171, 187 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet providers*, Torino, 2002, 214-224; SMm-i, *Internet Law*, cit., 32-41. In una prospettiva di più ampio respiro, si vedano anche: C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all’arricchimento*, in *Dir. aut.*, 2003, 7-16; L. NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle ‘sanzioni’ a tutela della proprietà intellettuale*, *Annali it. dir. autore*, 2000, 325 ss., e *Profili giurisdizionali della tutela del diritto d’autore*, in L. NIVARRA, V. RICCUTO (a cura di), *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, 139-167.

²¹ Per il mondo analogico, sembrava già propendere (almeno per certi tipi di software) per una prestazione di servizi anche G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, 469, 482-484.

²² Attività che attendono ora di essere precisate, su alcuni profili (ad es., la nozione di parte sostanziale), dalla stessa Corte di Giustizia CE (causa C-203/02), di fronte alla quale è stata sollevata una questione di interpretazione in via pregiudiziale da parte della Court of Appeal (England & Wales, civil division) con ordinanza del 24 maggio 2002, nel caso *British Horseracing Board*: cfr. il contenuto specifico della domanda in Go.: Uff. Comunità europee, C 180, 27 luglio 2002, 14.

Il cerchio si chiude, in definitiva, senza problemi, in favore delle istanze proprietarie dell'agente software. Inutile dire che il cerchio si sarebbe chiuso anche altrimenti, senza l'ausilio dell'osservazione comparatistica ed anche, in parte giureconomica: incentivi, etc., ma in senso diametralmente opposto, negando la tutela del diritto d'autore alle opere prodotte dall'agente, e costringendo, se del caso, l'utilizzatore a ricorrere ad altri regimi di protezione dei beni 'informativi' in parola.

2. La tutela delle banche dati e gli agenti software

L'argomento, già portato all'attenzione della dottrina comparatistica, esime chi scrive dalla puntuale analisi della disciplina normativa di dettaglio (dir. 96/9/CE e d.lgs. 169/1999), come anche della dottrina e della giurisprudenza in argomento.

Il tema specifico concerne il problema dell'astratta tutelabilità — come banca dati — delle risorse informative eventualmente raccolte o “messe insieme”, grazie all'attività quotidiana di un agente software²³.

I profili problematici della questione, degni di essere analizzati in questa sede, sembrano potersi individuare nei seguenti: a) premesse generali e introduttive; b) questione della configurabilità di una “banca dati” oppure di una semplice raccolta di dati non costituente banca dati in senso tecnico-giuridico; c) profili di responsabilità civile, anche quella discendente dalla violazione di altrui diritti sui generis, e tutele ‘alternative’ non esclusive²⁴.

²³ Cenni introduttivi al problema, e.g., in M. LEMLEY, *Software and Internet Law*, cit.,.

²⁴ Tentativi originati dal fatto che il legislatore comunitario ha conservato gelosamente il riconoscimento del diritto in esame ai soli costitutori comunitari o stabiliti sul territorio della Comunità, subordinando al contempo il riconoscimento ai terzi al rispetto della condizione di reciprocità. Richiamo solo per l'importanza dello scritto e degli Autori, J.H. REICHMAN, P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, 50 Va, id. L. Rev. 51-165 (1997). Ma gli scritti (non solo nordamericani) sul punto sono ormai incontrollabili (e spesso ripetitivi di quello appena citato). Anche F. RONCONI, *Trapianto e rielabora del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 206-207 (sul tentativo di importazione a livello internazionale), per l'illustrazione delle proposte di legge, infruttuosamente presentate al Congresso, al fine di imitare il modello comunitario.

Se si potevano porre dei problemi o delle resistenze per la configurabilità teorica di un diritto d'autore sulle opere dell'ingegno originate dall'attività materiale dell'agente — e ciò a causa della retorica che sta alla base della 'creatività' e forse anche del *droit moral* —, nessun problema sembra invece porsi per quel diritto della terza dimensione rappresentato dal diritto di esclusiva sui “risultati informativi”, impersonati dalle banche di dati, prodotti da un determinato soggetto.

Diritto sui generis che consiste nell'esclusiva sulle attività di estrazione e reimpiego dei dati, materiali o opere eventualmente contenuti nella banca dati, le quali condividono le seguenti caratteristiche comuni: a) natura essenzialmente patrimoniale delle facoltà ivi ricomprese; b) libera negoziabilità; c) campo d'applicazione limitato alla sola totalità o a parti sostanziali del contenuto della banca dati.

Mi sembra, insomma, un regime perfettamente calzante con la nota teorica dell'esclusiva di Giorgio Oppo, già richiamata in una precedente parte del presente lavoro: tutela dei risultati “suscettibili di godimento dinamico e cioè di sfruttamento attraverso un'attività economica con i terzi”²⁵.

Diritto di esclusiva che va ad affiancarsi o a collocarsi istituzionalmente sullo stesso piano dei classici diritti d'autore e di brevetto. Condividendo con essi la buona e la cattiva sorte che deriva dalla stessa natura delle cose, propria dei diritti di esclusiva sui beni ‘informativi’, ad es., in termini di eventuale portata anticoncorrenziale, limitazioni al public domain, crisi dell'esclusiva e delle tutele nell'era digitale, etc..

A tal proposito il problema è aggravato dal fatto che non è ben chiaro se il diritto in parola abbia ad oggetto ‘singoli’ elementi di informazione, ovvero se il diritto di privativa vada a cadere

²⁵ Disposizioni normative contenute nei seguenti testi normativi: Digital Millennium Copyright Act 1998 statunitense; Trattato OMPI sul diritto d'autore del dicembre 1996; dir. 98/84/CE; dir. 2001/29/CE ed ora i nuovi artt. 102 quater e 102-quinquies della legge 633/1941. E v. anche l'art. 7 della ancor più risalente dir. 91/250/CEE. In generale, anche per richiami di dottrina, F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 310 ss.; A. CASO, *Introduzione, L'evoluzione del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, cit., 38-41 (il quale accosta la situazione dell'accesso, derivante dall'utilizzo di misure tecnologiche, alla situazione di un proprietario di una cosa materiale, o meglio, di un qualunque terzo in relazione alle res oggetto di proprietà privata); ID., *Digital Rights Management: il potere tecnologico ai confini tra contratto e norma*, in questo libro; J. BING, *Intellectual Property Exclusive Access Rights all'd Soine Policy Implications*, *Scandinaviall Studies in Law*, vol. 42 (2002), 31 ss.

sulla banca dati stessa, nella sua totalità o in una sua parte sostanziale. Lasciando liberamente utilizzabili, ad opera dei terzi, i singoli elementi di informazione.

Il diritto in esame sgombra definitivamente dall'orizzonte dei diritti di privativa letterario - artistica ed industriale il fardello del diritto morale, inutile intralcio — a parere dei sostenitori della tutela de qua — al libero ed efficiente sfruttamento del diritto di privativa in parola²⁶.

Un altro profilo di potenziale complicazione, prontamente eliminato, è quello della originalità o della creatività.

Al suo posto, a mo' di fattispecie costitutiva del diritto viene ora ad imporsi il semplice "investimento rilevante, sotto il profilo qualitativo o quantitativo, nell'ottenimento, nella verifica o nella presentazione del contenuto della banca dati" (arg. dall'art. 7, par. 1, dir. 96/9/CE, o similmente l'art. 102-bis, comma 1, lett. a, legge 633/1941). Investimento che rileva pure nella rinnovazione della durata del diritto, che è fissata in quindici anni, e nella definizione della figura giuridica del 'costitutore' di banche dati.

In sostanza, si tratterebbe di una versione adattata del vecchio criterio anglosassone del sweat of the brow test ma ne differisce sotto un altro profilo, ossia nel campo di applicazione, e cioè sulla questionabile nozione di banca dati, oltre al fatto che il test inglese è riferito direttamente alla protezione offerta dal copyright.

Noto solo per inciso che il requisito costitutivo, così come formulato, recepito in modo non puntuale dai vari legislatori dei Paesi membri della Comunità, si situa agevolmente nell'alveo della tendenza sopra descritta, volta a concedere tutela alle 'ragioni' proprietarie degli agenti software, in quanto basta che l'utilizzatore abbia profuso degli sforzi di tipo quantitativo per poter vedersi riconoscere la tutela propria del diritto sui generis sulle banche dati, eventualmente raccolte dall'operare quotidiano degli agenti²⁷.

²⁶ Per una recente sommaria ricognizione delle previsioni nazionali di recepimento della direttiva 2001/29/CE in tema di misure tecnologiche, si veda K. RETZER, *On the Technical Protection of Copyright, Computer und Recht International*, 2002, n. 5, 134-138; N. B. The Interface between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the United States and in the European Community Eur. Intell. Prop. Rev., 2003, 496-503.

²⁷ Per la tendenza verso la progressiva svalutazione dei tradizionali presupposti soggettivi, G. GHIDENI, *La concorrenza sleale*, 3 ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. BIGIARI, Torino, 2001, 2 ss.

Gli agenti verrebbero qui in considerazione non come soggetti di diritto, ma come meri “mezzi tecnici” nelle mani dell’utente, il quale se ne avvale, in ipotesi, per le proprie attività di ricerca o commerciali. Non si pongono i classici problemi dell’imputazione dell’attività giuridica o della soggettività giuridica, dacché qui abbiamo solo svolgimento di attività materiale da parte dell’agente; né sembra questionabile l’eventuale difetto di tutela che potrebbe ipotizzarsi nel caso de quo, sulla base della considerazione dell’abbattimento dei costi di ricerca propiziati dall’utilizzazione degli agenti software in quanto l’investimento sta, o può stare, in ogni caso “a monte”, nella costruzione dell’agente o negli altri investimenti rilevanti, umani o finanziari che siano²⁸.

Non è poi un problema, come sappiamo, se la banca dati così costituita sia un mero by-product dell’attività eventualmente svolta dall’utente-costitutore. E pure questo mi sembra possa atteggiarsi alle banche dati eventualmente raccolte grazie all’operato dell’agente.

Il modello, che ha subito tentato di imporsi anche a livello internazionale (WIPO), ha però trovato la dura opposizione degli Stati Uniti. Si tratta di un diritto ad oggi non contemplato da alcuna convenzione internazionale multilaterale. Lo stesso dicasi del tentativo di importazione legislativa del modello stesso nel Paese a stelle e strisce, anch’esso fortemente avversato dal formante dottrinale ivi fortemente compatto. Ma anche sul punto non è dato spendere ulteriori parole.

Va infine ricordata, perché di estremo interesse — anche al fine del recursus alla “lex alii loci” —, l’origine del diritto in esame. Si tratta di un modello di circolazione endo-europea, in chiara contro tendenza all’importazione massiva di modelli dagli Stati Uniti, in quanto ci deriva direttamente dalla tradizione della così detta catalogue rule propria dei Paesi nordici²⁹.

²⁸ Belle, sul punto, le pagine e le riflessioni che R. SACCO dedica alla vendetta e alla rappresaglia nelle società a potere diffuso, come modalità normali per la risoluzione delle controversie: in sintesi, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 192 ss. ed anche, amplius, ne *Le grandi epoche del diritto*, Torino, 1996.

²⁹ Da quanto or ora detto si può ritrarre, a mio modo di vedere, una conferma del fatto che il principio dell’unità del diritto, se ancora esistente, è da intendersi in modo flessibile: in particolare, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 47 ss.

Modello che, a rigore, presenta un'indiscussa affinità o parentela anche con la tutela dei non-original writings prevista dalla legge sul diritto d'autore dei Paesi Bassi sin dal 1912. Protezione, quest'ultima, che costituisce con ogni probabilità un residuo del diritto settecentesco degli stampatori tutela ancor oggi conservata, pur dopo l'adozione della direttiva con legge 8 luglio 1999: così configurandosi un triplice regime di tutele proprietarie nelle mani di chi dà vita ad una banca dati; di dubbia legittimità dal punto di vista del diritto comunitario.

Quindi, se mi è consentito, ci troviamo proiettati, grazie all'interposizione del legislatore comunitario, direttamente nella preistoria del diritto d'autore ed al contempo nell'epoca d'oro dei diritti di proprietà intellettuale³⁰.

Qualche complicazione nella concessione della tutela alle raccolte informative originate dall'attività degli agenti software potrebbe derivare dal fatto che esse non sempre rispetterebbero la definizione che il legislatore comunitario, e tutti i legislatori nazionali, danno dell'oggetto della tutela: la banca dati.

Considerato che non si tratta di una nozione pre-giuridica, il legislatore si è visto costretto a precisare che si tratta di una "raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo". Non importa se cartacea elettronica.

Sono esclusi dalla tutela in oggetto eventuali programmi software "utilizzati per la costituzione o il funzionamento" della banca dati, ossia gli agenti in sé: ma questo non è un problema, se è vero quanto abbiamo più sopra visto in materia di loro tutelabilità autonoma attraverso il diritto d'autore³¹.

³⁰ Sulle questioni attuali in tema di autotutela privata si vedano, in generale, CM. BIANCA, *Autotutela*, voce dell'*Encicl. dir.*, Aggiornamento, vol. IV, Milano, 2000, 130 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela* (dir. civ.), voce dell'*Encicl. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, 1-6; E. BETTI, *Autotutela* (dir. priv.), voce dell'*Encicl. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 529-537. A livello manualistico si veda anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 1 ed., Milano, 2000, § 16, 37-38.

³¹ Fatto che tali tutele tecnologiche siano in linea di massima poste in essere nel mondo virtuale non modifica la circostanza che si tratta di tutele che si presentano come una manifestazione o «pertinenza» del diritto che ne sta alla base: e a tale titolo la loro utilizzazione potrebbe essere ritenuta in linea di massima non vietata (a meno che, si precisa, la predisposizione dei dispositivi sia destinata a colpire l'intruso: arg., anche se su diverso piano, da CM. BIANCA, *Autotutela*, cit., 133: "questi dispositivi entrano infatti in azione a seguito della violazione del diritto di proprietà e sono congegnati per colpire l'autore della violazione"). Ma allora si veda quanto detto subito appresso nel testo in tema di esercizio del diritto.

La definizione in esame, che va rispettata tanto dall'aspirante autore, quanto dall'onnipresente costitutore, potrebbe escludere dalla tutela quelle raccolte che non siano caratterizzate da almeno uno dei requisiti sopra richiamati: elementi indipendenti sistematicamente disposti; elementi indipendenti metodicamente disposti. Entrambi accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo.

Non essendo possibile generalizzare, anche alla luce dell'estrema variabilità di opinioni che aleggiano tra gli stessi informatici, che non val la pena richiamare in questa sede, la valutazione ovviamente fatta caso per caso dal giudice, non essendo i due termini specificati dal testo della direttiva, né dalla nostra legge 633/1941, ma non sembra che in linea di principio sia da escludere la tutelabilità dei "risultati informativi" prodotti dagli agenti software.

Inutile dire che il giudice, evidentemente inesperto in materia informatica, si affiderà ad un'apposita CTU — al fine di ottenere una definizione tecnica dell'oggetto della tutela —, e quindi ai tecnici stessi, per risolvere il problema della tutelabilità, nel caso sub judice, dei "risultati informativi" derivanti a mo di by-product dal 'girare' degli agenti sulla Rete delle reti³².

Ma guardiamo brevemente, e conclusivamente, anche all'altra faccia della medaglia della tutela delle banche dati. Ossia alla violazione di diritti su banche dati o risorse informative altrui ad opera di un 'comportamento' antigiuridico dell'agente. Non ci occuperemo, invece, delle questioni relative ai danni causati dallo stesso in quanto prodotto difettoso, e della connessa responsabilità del produttore, ovvero della eventuale responsabilità civile da false informazioni fornite dall'agente, etc., in quanto si tratta di argomenti che fuoriescono dall'oggetto della presente trattazione.

Mi sembrano a tal proposito isolabili diverse fattispecie che meritano di essere distinte l'una dall'altra, in quanto richiedono all'interprete di distinguere ed applicare diversi corpus normativi.

³² R.S. L. *'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPA, G. GUARNERI, MATTEI, MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo, cit.*, 281 ss., il quale osserva: "Se l'esercizio si rapporta ad un diritto soggettivo, ed è protetto dal diritto oggettivo, dovremmo trovare plausibile che ogni esercizio del diritto sia lecito e legittimo. Anzi, potrebbe tentarci l'equazione per cui il comportamento lecito sarebbe il sinonimo dell'esercizio di un diritto: di un diritto specifico quando si eserciti la proprietà, la potestà parentale, l'opzione, ecc.; di un generico diritto di libertà quando manchi il riferimento ad un diritto circoscritto".

Un primo caso che potrebbe presentarsi è quello della violazione di un diritto sui generis di cui è titolare un costituente diverso dall'utilizzatore dell'agente che ha leso 'materialmente' detto diritto.

Tale ipotesi è destinata ad essere integrata nel caso in cui l'agente provveda ad eseguire attività di estrazione e/o reimpiego di "non sostanziali" della banca dati che siano "ripetute e sistematiche" — attività altrimenti consentite se relative a parti non sostanziali — e che siano "contrarie alla normale gestione della banca dati o arrechino un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del costituente della banca di dati", art. 7, par. 5, dir. cit., e, salvo il mancato richiamo ai legittimi interessi, da intendersi come diritti soggettivi, l'art. 102-bis, comma 9, legge 633/1941³³.

Inutile dire che l'ipotesi in esame sarà spesso integrata dall'attività quotidiana degli agenti, che per larga parte svolgono operazioni di ricerca d'informazioni, in modo continuo e ripetitivo; informazioni che spesso sono contenute su siti web altrui, questi ultimi considerati sempre più come banche dati tutelate dal diritto sui generis.

Con l'immane applicazione, nei limiti dell'effettività, delle tutele apprestate dall'ordinamento comunitario e nazionale interessato, in caso di violazione del diritto sui generis.

Ma sappiamo che il diritto in esame non gode di molta fortuna all'estero, e specialmente negli Stati Uniti, imponendo, di conseguenza, il ricorso ad altri mezzi di tutela contro l'agente.

Il tema più in generale si inserisce nella diversa questione della responsabilità derivante dalle attività dei motori di ricerca di deep linking, framing, e così via. Attività ora ricomprese nell'ampio genus della responsabilità civile dell'Internet provider, disciplinato, in generale, a livello

³³ Di recente sembra condividere la tesi della potenziale antieconomicità derivante dalla eccessiva protezione offerta dalle misure tecnologiche anche la migliore dottrina italiana. P. SPADA (in Copia privata ed opere sotto chiave. Riv. dir. civ., 2002, I, 591) osserva: "Il digital locking si attegga non già come il trionfo del diritto d'autore ma, se mai, come il trionfo della forza d'autore (o, piuttosto, d'editore telematico); questa forza è, tuttavia, sovradimensionata rispetto alla ragion politica del diritto d'autore, perché non è necessariamente funzionale a propiziare l'innovazione e può prestarsi ad innalzare barriere proprio a quella globalizzazione delle idee, delle forme espressive, dell'informazione che costituisce il più entusiasmante ricavo antropologico della telecomunicazione globalizzata. Francamente che il diritto d'autore dia una mano alla genesi di questo paradosso e lo faccia in nome della creatività mi sembra una inaccettabile ipocrisia!". Sul versante francese fa da eco C. CARON, *Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée Dalloz*, Chron., 2001, 3421-3424.

europeo dalla direttiva 2000/31/CE, recepita di recente anche in Italia: d.lgs. 70/2003, negli Stati Uniti dal Digital Millennium Copyright Act del 1998, e in Germania dalla precedente Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG) — Teledienstgesetz (TDG), ossia dalla “Legge Teleservizi” in vigore dall’agosto 1997, che differisce, al pari della direttiva comunitaria, dal DMCA anche per il fatto di avere un campo d’applicazione più ampio³⁴.

Ritornando alla tutela dei diritti sulle banche dati poi invocabili anche nei confronti di chi si avvale di agenti software, come noto, le classiche norme sulla concorrenza sleale, anch’esse rientranti nel più ampio genus della responsabilità civile come sembra suggerirci anche la recente giurisprudenza di alcuni Paesi della Comunità, pur successivamente al recepimento della dir. 96/9/CE³⁵. La tutela è però, allo stato, in Italia, a dir poco effimera, presupponendo pur sempre la presenza di un rapporto tra imprenditori che siano in concorrenza tra di loro. A meno di non volerne fare un’applicazione “orientata alle conseguenze”, o moderna, alla luce anche del tendenziale smarrimento della distinzione tra consumatori ed imprenditori che sembra aleggiare nelle reti telematiche. Considerata anche la preferenza manifestata da alcuni autorevoli giuristi per un calibrato regime di concorrenza sleale anziché per un troppo rigido diritto di esclusiva sui beni ‘informazionali’.

Un solo cenno per quanto concerne il diritto statunitense, cui abbiamo poc’anzi fatto riferimento.

Sono ormai planetariamente noti i casi giurisprudenziali, ad es., il più volte citato eBay v. Bidder’s Edge, in cui è stata applicata la vecchia dottrina del trespass to chattels nel caso di violazione di un altrui diritto ‘proprietario’ sulle risorse informative. Diritto proprietario, ovviamente creato o legittimato ex post, grazie all’applicazione della dottrina in esame, considerati anche i ferrei limiti che si evincono dai centrali casi INS e Feist, già richiamati, i quali escludono,

³⁴ Tesi in sostanza condivisa anche da P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, cit.,

³⁵ Si veda l’art. 49 della legge sul diritto d’autore finlandese n. 404 dell’8 luglio 1961 (come modificata sino al 1° gennaio 1996), il quale recita: “... un catalogo, una tavola, un programma o qualsiasi altra produzione in cui sia stato compilato un elevato numero di elementi di informazione non può essere riprodotta senza il consenso del produttore, fino allo spirare del termine di [] anni dall’anno di pubblicazione della produzione. Comunque, il termine di protezione è destinato a spirare solo dopo che siano trascorsi 15 anni dall’anno in cui il lavoro fu completato.. Se la produzione o alcune sue parti è tutelabile dal diritto d’autore, può farsi ricorso anche a detta tutela” (corsivi aggiunti).

expressis verbis, qualsiasi diritto di privativa sulle informazioni, le quali sarebbero, per dirla con Brandeis J., “free as the air to common use”³⁶.

Secondo il parere di chi scrive la Corte statunitense e le altre Corti in casi consimili, avrebbe commesso un errore di non poco conto: ha applicato la doctrine in esame e quindi una parte del corpus normativo dell’era analogica che poco ha a che fare con l’era digitale, su evidente impulso dello strapotere dell’Internet provider di turno — la cui categoria di appartenenza ha, come si è visto, fallito miseramente in sede legislativa, di fronte al Congress —, dando legittimazione ex post ad un’attività o, meglio, al sorgere di un diritto ‘proprietario’ (property in information) che, applicandosi la normativa sul copyright o la più blanda misappropriation doctrine, come anche quella contrattuale, soggetta alla doctrine of privity non avrebbe chiaramente visto riconosciuta. In considerazione pure della preemption clause che, come noto, gioca in favore del Copyright Act del 1976, e a sfavore dei diritti riconosciuti solo a livello statale che abbiano contenuto equivalente (17 U.S.C. § 301, lett. a)³⁷.

Così concedendosi un lusso che solo noi europei ormai possiamo permetterci, grazie al diritto sui generis.

In definitiva, credo che il caso eBay possa essere additato ad esempio paradigmatico della inettitudine del diritto statunitense attuale a proteggere efficacemente le banche dati con gli strumenti suoi propri: anche a causa, val la pena di sottolinearlo, del paradosso insito nel ricorso alle norme dell’era analogica e della equiparazione totale di Internet ad una proprietà privata di res materiali o di un fondo Corneliano³⁸.

Nel corso del presente lavoro, abbiamo più volte visto che gli agenti software o meglio, i loro utilizzatori, ovvero i loro ‘creatori’ o ‘inventori’, hanno cercato di ottenere soddisfazione dei propri immancabili “istinti naturali. Detto altrimenti, abbiamo analizzato la tematica degli agenti

³⁶ Pioniere è stato, in Italia, M. ORLANDI, *Motori di ricerca e diritto d’autore*, *Annali it. dir. autore*, 1998, 266 ss. (il quale fa riferimento anche alla dir. 96/9/CE).

³⁷ F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d’autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 260, 262-263.

³⁸ Cenni, in generale, in PG. MONATERI, *La natura angelica della corporation*, *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 121.

software nel prisma della proprietà intellettuale³⁹. Ed abbiamo visto che la tutela è in molti casi stata concessa — in ipotesi — solo grazie ad una corretta osservazione comparata della realtà operativa del diritto dell'era digitale.

E forse anche emerso come, accanto ai classici diritti di proprietà letteraria ed artistica, cristallizzati nella protezione del diritto d'autore, e di proprietà industriale oggetto della protezione brevettuale, siano oggi, a pieno titolo, da annoverare tra i diritti di esclusiva anche i nuovi diritti di proprietà 'tecnologica', attraverso la tutela delle misure tecnologiche e di proprietà 'informazionale', in senso stretto, come riferiti al diritto sui generis. Anche se mi rendo conto che i confini tra le stesse non sono del tutto netti e non sono escluse sovrapposizioni. Resta pure confermato come oggi non sia più presupposta la creazione come atto costitutivo del diritto di proprietà o di esclusiva.

Abbiamo anche visto, in alcuni casi, come la 'legge' sembri giocare in quanto tale (ius positum) un ruolo affatto marginale nella costruzione del diritto della proprietà intellettuale dell'era digitale.

La constatazione che il 'law' è ormai "out context" spinge il giurista ad assurgere a vero architetto del diritto dell'intero, nascente, 'ordinamento' della Rete interrogandosi in particolare e prima di tutto su quale sia la fonte delle regole giuridiche e sulla legittimazione del potere nell'era digitale⁴⁰.

Ciò impone pure una scelta decisiva: continuare a rincorrere legislativamente le novità frutto delle nuove tecnologie o dell'era digitale, rischiando il giorno successivo, o il giorno stesso dell'adozione del testo legislativo, di essere al cospetto di un ammasso di carta straccia o cercare di

³⁹ G. OPPO, *Per una definizione della «industrialità» dell'invenzione*, Riv. dir. civ., 1973, I, 1 ss.; SENA, *I diritti sulle invenzioni*, cit., 95 ss., 157 ss. Per il sistema statunitense, L. VERTENSKY, T.M. RICE, *Thinking About Thinking Machines: Implications of Machine Inventors for Patent Law*, 8 B. U. J. Sci. & Tech. L. 574 (2002).

⁴⁰ Si vedano in via generale, anche per richiami ad esperienze straniere, almeno: U. CARNEVALI, *Sulla tutela giuridica del software*, Quadrimestre, 1984, 254; G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, Giur. com., 1984, I, 25 1-278; R. PAROLESI, «Software», «property rights» e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie, cit., e «Software» di base e diritto d'autore: una tutela brevettuale. *Foro it.*, 1988, I, 3133; G. GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software (Brevetto e diritto d'autore)*, 2 ed., Milano, 1997. Di recente si vedano le chiare pagine, introduttive alla materia, di N. ABRIANI e G. CORRINO, *I brevetti per invenzione e per modello*, in *Diritto industriale*, volume del *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, Padova, 2001, 17 ss..

ricostruire dei principi generali e forse anche in parte autosufficienti della materia ed agire, anche a livello normativo, di conseguenza, ossia sulla base di e solo in seguito a congrue riflessioni e ricostruzioni dottrinali?

Il giurista sensibile s'interroga, altresì, sugli evanescenti confini tra i diversi campi del sapere, non solo giuridico e sulle mancate, virtuose, opportunità derivanti da un comune lavoro “a tavolino” o comunque “maggiore apertura mentale” degli appartenenti ai diversi settori per la costruzione del diritto anche dell'era digitale. Evitando comunque gli eccessi in un senso o nell'altro che si registrano in parte della dottrina.

Ponendosi, altresì, e primariamente, la questione se non sia arrivato il momento di abbandonare vecchi pre-giudizi o pre-concetti, nel tentativo di delineare una coerente ed organica teoria dei “beni informazionali” o della “informazione come bene giuridico” o dei beni tout court con l'occhio sempre vigile sui risvolti micro e macro-economici della costruzione stessa⁴¹.

Inutile dire che la teoria in parola deve indeclinabilmente essere rivolta ad implementare nel suo “codice genetico” pure la tutela o la conservazione di esigenze ed interessi superiori a quello appropriativo ossia la necessaria conservazione degli interessi dei consumatori, del public domain in senso ampio, etc., e in definitiva, dei valori stessi della società civile. Non è escluso, a tal proposito, che la tutela degli interessi in esame possa, almeno in parte, in un prossimo futuro essere implementata nello stesso Code, che, come abbiamo visto, è in molti casi la vera e propria fonte delle regole giuridiche, accanto soprattutto alle cd. social norms in senso ampio, del diritto dell'età digitale, pure alla luce del motto che vuole: “the response to the machine in the machine”⁴².

⁴¹ F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 267 ss., e 322 ss.

⁴² H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Laws of Competition and its Practice*, 2^a ed., St. Paul, Minn., 1999, passim e 267 ss. (sulle exclusionary practices), 2 ss. (per un'introduzione all'economics of antitrust ed allo sviluppo storico della disciplina); R. PARDOLESI, *Impresa, mercato e intervento statale*, cit., 677, 711 ss. (il quale ci ricorda che la semplice esistenza di un brevetto non è ineluttabilmente destinata a sconvolgere un determinato assetto concorrenziale); G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2001, 21 ss. (che discorre della tutela brevettuale dell'innovazione come di un 'monopolio' ricco di anticorpi).