

AIDA

ANNALI ITALIANI DEL DIRITTO D'AUTORE
DELLA CULTURA E DELLO SPETTACOLO

Anno XXX

2021

Isbn 9788828836056

(Estratto)

CYRILL RIGAMONTI - ANTONIO BERNASCONI

La fotografia non originale nel diritto d'autore
svizzero e comparato

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Milano 2022

La fotografia non originale nel diritto d'autore svizzero e comparato (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Genesi della nuova disciplina. – 3. Aspetti generali concernenti la protezione delle fotografie senza carattere originale in Svizzera. – 4. Aspetti specifici: estensione della tutela relativa alle fotografie senza carattere creativo. – 5. Conclusioni.

1. La legge federale svizzera del 9 ottobre 1992 sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini (LDA) (1) è stata di recente parzialmente riveduta. Una delle novità introdotte da questa revisione – entrata in vigore il 1° aprile 2020 – è la protezione delle fotografie senza carattere originale. Secondo il nuovo art. 2 cpv. 3bis LDA (2) queste fotografie sono da considerare quali opere ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 LDA (3) e sono pertanto formalmente protette dal diritto d'autore. La normativa svizzera differisce così dalle normative di quei paesi che ne garantiscono la protezione attraverso i diritti connessi (4), e costituisce altresì una novità a livello internazionale in quanto rinuncia al requisito proprio delle creazioni dell'ingegno letterarie o artistiche per la tutelabilità delle opere (il carattere originale) per una determinata categoria di opere (le opere fotografiche che rappresentano oggetti tridimensionali), conferendo la tutela del diritto d'autore anche a creazioni dell'ingegno che non presentano un carattere originale (5).

Il presente contributo analizza la nuova normativa svizzera con particolare enfasi sulla controversa questione riguardante l'estensione della protezione dei diritti relativi alle fotografie senza carattere originale. A questo scopo verranno innanzitutto accennate la situazione giuridica antecedente, le intenzioni del legislatore nonché le circostanze che hanno contribuito a dare forma all'attuale normativa svizzera (2.), per poi tracciarne gli estremi del contenuto (3.). In seguito, l'attenzione verrà volta all'aspetto più controverso della nuova costruzione giuridica, ossia l'estensione della protezione (4.), per trarre infine le conclusioni (5.).

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

(1) Raccolta sistematica (RS) 231.1.

(2) L'art. 2 cpv. 3bis LDA così recita: «Le rappresentazioni fotografiche e le rappresentazioni di oggetti tridimensionali ottenute con procedimenti analoghi a quello della fotografia sono considerate opere anche se non presentano un carattere originale».

(3) L'art. 2 cpv. 1 LDA così recita: «Sono opere, indipendentemente dal valore o dalla destinazione, le creazioni dell'ingegno letterarie o artistiche che presentano un carattere originale».

(4) Vedi ad es. per l'Italia gli art. 87 ss. l.a., per la Germania il § 72 Urheberrechtsgesetz del 9 settembre 1965 (DE-UrhG), per l'Austria i § 73 ss. Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte del 9 aprile 1936 (AT-UrhG) e per la Spagna l'art. 128 Ley de Propiedad Intelectual del 12 aprile 1996 (LPI).

(5) L'autore straniero può invocare in Svizzera la protezione mediante diritto d'autore per le sue fotografie senza carattere originale in quanto la Svizzera non fa discriminazioni in merito e non prevede nemmeno una condizione di reciprocità.

2. Precedentemente alla revisione del 2020, la LDA non prevedeva un diritto di protezione affine o – nel termine italiano – un diritto connesso relativo alle fotografie, e le stesse venivano tutelate dal diritto d'autore alla stregua di ogni altra creazione dell'ingegno letteraria o artistica, ossia nella misura in cui adempissero i presupposti della definizione di opera di cui all'art. 2 cpv. 1 LDA. Pertanto, la giurisprudenza svizzera si basava sul criterio del carattere originale proprio delle opere tutelate dal diritto d'autore per proteggere o meno le fotografie. I precedenti giurisprudenziali più noti concernono le controversie relative alle fotografie ritraenti Bob Marley (6) e Wachmann Meili (7), in merito alle quali decise in ultima istanza il Tribunale federale (TF). Nel primo caso il TF riconobbe la protezione mediante diritto d'autore ad un primo piano del cantante giamaicano, ritratto durante una performance a Santa Barbara nel 1978 con i caratteristici «dreadlocks» in movimento, che era stato utilizzato senza il consenso del fotografo Max Messerli per produrre dei poster (8). Nel secondo caso la protezione fu negata ad una fotografia avente per soggetto la guardia Christoph Meili, raffigurata con in mano degli atti da lui sottratti alla banca svizzera UBS – presso cui lavorava – prima che venissero distrutti, che era stata utilizzata dalla BBC per il film «Nazi Gold» senza il consenso della fotografa Gisela Blau Guggenheim (9). Le istanze cantonali seguirono poi la giurisprudenza del Tribunale federale nei casi Basler Panorama (10) e Nicolas Hayek (11). La prima decisione negò la protezione mediante diritto d'autore ad una fotografia panoramica ottenuta con il c.d. «stitching» (12), raffigurante il Reno e la città vecchia di Basilea, utilizzata su di un sito web per la promozione del turismo. La seconda – concernente una disputa sull'utilizzo di due fotografie in una rivista illustrata per un articolo uscito contestualmente alla morte del noto imprenditore attivo nell'industria orologiera svizzera – riconobbe la protezione ad una fotografia ritraente Hayek che si sporgeva dalla finestra della sua suite al 28esimo piano del UN Plaza Hotel a New York facendo il segno «victory» con la mano, negandola però ad una seconda fotografia che lo ritraeva insieme a sua moglie e a sua figlia sul bordo della piscina davanti alla sua villa.

Oltre alla tutela garantita alle opere dalla LDA, l'art. 5 lett. c della legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale (LCSI) (13) proteggeva e tutt'oggi

(6) Decisioni del Tribunale federale pubblicate nella raccolta ufficiale (DTF) 130 III 168.

(7) DTF 130 III 714.

(8) Cfr. per l'Italia con Trib. Milano, 11 ottobre 2006, in questa *Rivista* 2007, 1176, che decise in merito alla tutela mediante diritto d'autore di alcuni primi piani dei cantanti Zuccherò e Venditti utilizzati da RCS Editori SpA per illustrare una serie di registrazioni di concerti live stampati su compact disc abbinata al quotidiano *Corriere della Sera*.

(9) Cfr. per l'Italia con Trib. Roma, 26 maggio 2020, n. 7659, che riconobbe alla parte attrice un risarcimento danni per l'utilizzazione di una fotografia semplice (art. 87 ss. l.a.) in una trasmissione RAI avvenuta senza consenso del fotografo; vedi anche Trib. Roma, 12 luglio 2019, in questa *Rivista* 2020, 1932; e la relativa nota di GAUDENZI in *IDA* 2019, 410.

(10) Appellationsgericht del Canton Basilea Città, 20 maggio 2016, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2016, 594 ss.

(11) Handelsgericht del Canton Argovia, 29 agosto 2012, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2013, 344 ss.

(12) Cfr. per l'Italia con Trib. Milano, 21 ottobre 2004, nel *Repertorio* di questa *Rivista* 2005, 724, secondo cui non sono tutelabili come opere dell'ingegno creative fotografie di panorami che non superino la riproduzione della realtà, anche se conseguita con procedure tecnicamente sofisticate.

(13) RS 241.

protegge i prodotti di un'attività lavorativa da uno sfruttamento che non comporti un adeguato apporto prestazionale personale (14), garantendo tutela ad ogni risultato di uno sforzo intellettuale o materiale – e così di principio anche ad una creazione dell'ingegno letteraria o artistica senza carattere originale – che sia pronto per essere commercializzato (15). A questo proposito va però ricordata una decisione presa dal Tribunale commerciale del Canton Berna, che non solo negò a numerose fotografie stradali utilizzate a scopo di illustrazione per un esame teorico della patente di guida la protezione garantita dal diritto d'autore, ma statuì anche – peraltro in linea con un'interpretazione restrittiva dettata dai precedenti giurisprudenziali (16) – in merito alla non applicabilità dell'art. 5 lett. c LCSl nel caso concreto considerando tra l'altro che le fotografie fossero state modificate e non riprendessero perciò il risultato del lavoro dell'attrice senza prestazione personale appropriata (17).

Ne discendeva la necessità dei fotografi di fondare le proprie pretese sul diritto d'autore e con questo anche la necessità di valutare il carattere creativo di ogni singola fotografia al fine di poter stabilire se la stessa fosse protetta. L'incertezza giuridica inerente alla valutazione del carattere creativo di ogni singola fotografia infastidiva i fotografi professionisti per le difficoltà da loro incontrate nell'interdirne le utilizzazioni non autorizzate sul web e sui social media (18) in quanto ne veniva spesso messo in discussione il carattere originale. Non costituiva invece un problema l'incasso delle retribuzioni contrattualmente pattuite dai fotografi con i propri clienti, che venivano regolarmente pagate indipendentemente da un eventuale riconoscimento della protezione mediante il diritto d'autore (19).

Pertanto, contestualmente alla revisione della LDA iniziata nell'estate del 2012 dalla Consigliera federale Simonetta Sommaruga (20) con l'istituzione del gruppo di lavoro AGUR12 (21), sei associazioni di categoria rappresentanti gli

(14) L'art. 5 lett. c LCSl così recita: «Agisce in modo sleale, segnatamente, chiunque: [...] c. riprende come tale, con mezzi tecnici di riproduzione, senza prestazione personale appropriata, e sfrutta il risultato del lavoro di un terzo, pronto a essere immesso sul mercato».

(15) Messaggio sulla legge federale contro la concorrenza sleale (LCS) del 18 maggio 1983, Foglio federale 1983 II 985 ss., 1050 («LCS» corrisponde a «LCSl»).

(16) Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, al fine di stabilire se lo sfruttamento del risultato del lavoro di un terzo avviene senza adeguata prestazione personale, vengono confrontati i costi relativi all'attività che ha portato al risultato lavorativo da commercializzare, tenendo conto del ricavato già generato dalla commercializzazione dello stesso, con i costi di riproduzione; vedi DTF 131 III 384; THOUVENIN, *Art. 5 lit. c UWG – reloaded*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2018, 600; OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien*, ivi 2020, 605.

(17) Handelsgericht del Canton Berna, 17 giugno 2015, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2016, 56 ss.

(18) Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio nazionale, 24 maggio 2018, 2; SCHÜTZ, *Schutz von Fotografien: Ein Lichtbildschutz, der keiner ist*, in *medialex* 03/2020, n. 3 ss.

(19) Rapporto sui risultati della procedura di consultazione, 2 dicembre 2016, 13.

(20) Allora a capo del Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP).

(21) «Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten»; gruppo coordinato e diretto dall'Istituto Federale della Proprietà Intellettuale (IPI) e composto, tra l'altro, dagli esponenti del settore creativo, dei produttori, dei consumatori e dell'amministrazione federale, che fu incaricato di elaborare delle proposte di adeguamento del diritto d'autore all'evoluzione tecnologica.

interessi dei fotografi e dei giornalisti si coalizzarono allo scopo di introdurre in Svizzera un «Lichtbildschutz», quale diritto connesso ispirato all'omonimo diritto previsto in Germania (22), fondando l'«Arbeitsgruppe Lichtbildschutz». Questa coalizione ebbe modo di sottoporre le proprie richieste al gruppo AGUR12 (23), il quale nel suo rapporto finale ne tenne conto, riassumendole nelle premesse (24), senza però formulare proposte concrete in merito (25).

In seguito, il Consiglio federale esaminò le raccomandazioni del gruppo AGUR12 e incaricò il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) di elaborare un progetto preliminare di legge da sottoporre a consultazione. Il progetto preliminare presentato a fine 2015 – nonostante il gruppo AGUR12 non avesse indicato la necessità di adeguamenti in merito – prevedeva un diritto di protezione affine a tutela delle fotografie senza carattere originale utilizzate per illustrare articoli giornalistici (26). La relativa norma e la proposta in generale furono però oggetto di numerose e consistenti critiche durante la procedura di consultazione pubblica (27), motivo per cui nell'estate del 2016 – una volta conclusasi la procedura di consultazione – il Consiglio federale si rivolse una seconda volta al gruppo AGUR12 (chiamato ora AGUR12 II) incaricandolo di trovare un compromesso politico che potesse soddisfare le richieste dei gruppi interessati coinvolgendoli direttamente nella redazione del testo di legge. Delle riunioni del gruppo AGUR12 II non si ha documentazione; tuttavia, secondo quanto riportato dal coordinatore della stessa, l'«Arbeitsgruppe Lichtbildschutz» avrebbe in tale foro nuovamente proposto un diritto di protezione affine (28). Nella primavera del 2017 il gruppo AGUR12 II raggiunse il compromesso desiderato. In merito alle fotografie, questo compromesso intendeva introdurre «un diritto di protezione affine per le fotografie senza carattere originale» (29).

Il compito di tradurre in un disegno di legge i raggiungimenti del gruppo AGUR12 II spettò nuovamente al DFPG, che lo delegò all'Istituto Federale della

(22) § 72 DE-UrhG.

(23) Un rappresentante dell'«Arbeitsgruppe Lichtbildschutz» fu consultato quale esperto sia dal gruppo AGUR12 che dalla Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio degli Stati; vedi Rapporto finale AGUR12, 28 novembre 2013, 7 e 81; Allegato I del Rapporto finale AGUR12, 28 novembre 2013, 6; «Positionspapier zur Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz» allegato al Rapporto finale AGUR12, 28 novembre 2013; Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio degli Stati, 21 gennaio 2019, 9 s. e 13 s.

(24) Rapporto finale AGUR12, 28 novembre 2013, 47; Allegato I del Rapporto finale AGUR12, 28 novembre 2013, 6.

(25) Rapporto finale AGUR12, 28 novembre 2013, 71 ss.

(26) L'art. 37a del progetto di legge così recitava: «(1) L'autore di una fotografia per la stampa ha il diritto esclusivo di riprodurre, offrire al pubblico, alienare o mettere altrimenti in circolazione la fotografia per la stampa fintanto che sia di rilevanza per il resoconto attuale. (2) Per fotografie per la stampa si intendono le fotografie che non presentano un carattere originale e sono utilizzate per illustrare articoli giornalistici».

(27) Per quanto riguarda la proposta relativa alle fotografie senza carattere originale utilizzate per illustrare articoli giornalistici, considerata «troppo limitata e poco praticabile»; vedi Rapporto sui risultati della procedura di consultazione, 2 dicembre 2016, 5 e 13.

(28) SCHÜTZ, *Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2021, 286.

(29) Comunicato stampa del gruppo di lavoro sul diritto d'autore (AGUR12 II), 2 marzo 2017, 2, e il relativo glossario.

Proprietà Intellettuale (IPI). Quello che l'IPI sottopose tramite il DFPG al Consiglio federale – e che quest'ultimo adottò nel novembre del 2017 sottoponendolo a sua volta al parlamento svizzero – differiva però da quanto aveva precedentemente stabilito il gruppo AGUR12 II in merito alla protezione delle fotografie. Infatti, il disegno e il messaggio di legge del 22 novembre 2017 prevedevano non un diritto di protezione affine, ma un diritto d'autore (30). Non è chiara la genesi del nuovo art. 2 cpv. 3bis LDA (31), sta di fatto che la nuova normativa fu presentata al parlamento svizzero quale parte integrante del compromesso raggiunto dal gruppo AGUR12 II (32) nonostante non lo fosse.

In Consiglio nazionale (la camera bassa del Parlamento svizzero) la proposta fu oggetto di discussione dopo che la Commissione degli affari giuridici – conscia delle problematiche risultanti dalla sistematica – ripropose un diritto di protezione affine (33). Ciononostante – complice il fatto che la proposta concreta della Commissione lasciava dubbi in merito al concreto oggetto tutelato, considerato troppo ampio in quanto testualmente avrebbe potuto comprendere anche fotocopie di documenti e scatti fotografici automatizzati (34) – il Consiglio nazionale votò in favore del disegno di legge sottopostogli dal Consiglio federale (35). I protocolli dei dibattiti tenutisi in questa sede lasciano intendere che un gran numero di parlamentari fossero in errore sul fatto che il compromesso raggiunto dal gruppo AGUR12 II intendesse introdurre un *diritto d'autore* per le fotografie senza carattere originale e non un *diritto di protezione affine* (36), e ritenessero pertanto di mettere a repentaglio l'intero progetto di revisione nel caso in cui avessero deciso di alterarne i precari equilibri (37). Questi protocolli provano inoltre che la Consigliera federale Simonetta Sommaruga – sotto istruzioni dell'IPI – rassicurò i parlamentari che una differente collocazione nella sistematica della LDA – e la concomitante differenza di concezione tra diritto d'autore e diritto di protezione affine – non avrebbe comportato alcuna differenza materiale e che la proposta del Consiglio federale fosse la soluzione più «snella» (38).

(30) Disegno di legge, Foglio federale 2018, 599; Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 526, 528 e 531 s.

(31) Per un resoconto non supportato da documentazione; vedi SCHÜTZ, *Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2021, 286.

(32) Comunicato stampa del Consiglio federale del 22 novembre 2017; Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 508 e 513; Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2186; Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati 2019, 258.

(33) Vedi Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2182 e 2187; l'art. 34a oggetto della proposta della Commissione prevedeva una protezione per le fotografie senza carattere originale con il seguente tenore letterale: «Per le fotografie e prodotti simili che non presentano un carattere originale valgono per analogia gli artt. 9-28. Le imitazioni di queste fotografie e di questi prodotti sono permesse» (traduzione non ufficiale del testo originale in tedesco fatta dagli autori).

(34) Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2183, 2187 e 2188.

(35) Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2188.

(36) Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2183, 2184 e 2186.

(37) Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2184 e 2186.

(38) Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2188. Vedi anche Protocollo, Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale, 30 agosto 2018, 4 s.; Protocollo, Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale, 25 ottobre 2018, 4; Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio degli Stati, 28 marzo

Nel Consiglio degli Stati (la camera alta del Parlamento svizzero) la questione fu discussa dalla sua Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura, la quale, nonostante avesse riconosciuto il problema (39), ritenne più opportuno non intervenire considerando preminentemente lo stato avanzato del processo legislativo e l'inerente rischio di riaprire le trattative in merito ad altre questioni connesse al compromesso politico raggiunto dal gruppo AGUR12 II (40). E così il 29 settembre 2019 le due camere approvarono il progetto di revisione, contenente il nuovo art. 2 cpv. 3bis LDA.

In sintesi, la nuova normativa è il risultato dell'intenso lobbismo messo in atto da parte dei gruppi interessati e di alcune casualità del processo legislativo (41).

3. In merito al contenuto della nuova normativa è da rilevare quanto segue. L'art. 2 cpv. 3bis LDA prevede che le rappresentazioni fotografiche e le rappresentazioni di oggetti tridimensionali ottenute con procedimenti analoghi a quello della fotografia debbano essere considerate opere anche se non presentano un carattere originale (42). Esso stabilisce un'eccezione all'art. 2 cpv. 1 LDA in quanto elimina per una sottocategoria delle opere fotografiche di cui all'art. 2 cpv. 2 lett. g LDA uno dei presupposti propri della definizione di opera, senza escludere che le fotografie oggetto di questa sottocategoria possano presentare un carattere originale e valere quindi anche quali opere ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 LDA. Con ciò, la LDA definisce due categorie di opere fotografiche: (1) le opere fotografiche in generale ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. g LDA che secondo l'art. 2 cpv. 1 LDA presuppongono un carattere originale e (2) le quasi-opere fotografiche di oggetti tridimensionali ai sensi dell'art. 2 cpv. 3bis LDA che secondo lo stesso non presuppongono un carattere originale (43).

2019, 29; Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio degli Stati, 29 aprile 2019, 6.

(39) Alcuni esponenti della dottrina svizzera si misero pure a disposizione della Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura per formulare all'ultimo momento una normativa che rispettasse la concezione e le strutture della LDA; vedi Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio degli Stati, 29 aprile 2019, 4 ss.; vedi anche SCHÜTZ, *Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2021, 287.

(40) Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio degli Stati, 29 aprile 2019, 7.

(41) Vedi RIGAMONTI, *On the new Copyright Protection for Non-Original Photographs in Switzerland*, in *GRUR International* 2020, 988.

(42) Nel diritto svizzero il termine di *carattere originale* integra i concetti di originalità, di individualità e di «statistische Einmaligkeit» nel senso attribuitogli da KUMMER (*Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Stämpfli, Berna, 1968, 30 ss., 47 ss. e 80) e, riferendosi al carattere dell'opera («Werk-Individualität») e non al carattere dell'autore («Urheber-Individualität»), non implica che la personalità dell'autore si rispecchi nell'opera stessa; vedi DTF 125 III 328; DTF 130 III 168. Il presupposto di carattere originale di cui all'art. 2 cpv. 1 LDA corrisponde materialmente al concetto di carattere originale quale «tocco personale» sviluppato dalla CGUE interpretando il termine *creazione intellettuale* di cui all'art. 6 Direttiva 2006/116; vedi CGUE 1 dicembre 2011, in causa C-145/10, *Painer*, in questa *Rivista* 2012, 1463; CGUE 12 settembre 2019, in causa C-145/10, *Cofemel*, in questa *Rivista* 2020, 1915; vedi in generale GUIZZARDI, *Il requisito della originalità delle opere dell'ingegno come armonizzato dalla Corte di Giustizia*, in questa *Rivista* 2020, 3 ss.

(43) Di principio anche il diritto europeo riconosce agli Stati membri la possibilità di

Secondo il messaggio di legge vengono qualificate quali rappresentazioni fotografiche e rappresentazioni ottenute con procedimenti analoghi (44) tutte le immagini immagazzinate in un supporto facendo utilizzo dell'energia radiante (luce, infrarossi o raggi X) (45), come le fotografie digitali e quelle analogiche, ma anche le radiografie, le tomografie computerizzate e le immagini similmente ottenute con altre tecniche utilizzate in ambito scientifico (46). Il messaggio di legge indica inoltre quali esempi: le microscopie, le macroscopie, e le copie di negativi, nonché i singoli fotogrammi di opere visive e audiovisive («fermi immagine») (47).

La norma presuppone inoltre che gli oggetti rappresentati siano tridimensionali (48). Secondo il messaggio di legge sono escluse dalla protezione mediante diritto d'autore le fotocopie e le altre forme di riproduzione di testi, piani, rappresentazioni grafiche, altre fotografie e qualsiasi modello bidimensionale (49). La distinzione tra oggetti bi- e tridimensionali non è peraltro del tutto chiara; la dottrina discute se e quando un dipinto è da qualificare quale oggetto tridimensionale, considerato che lo stesso può essere fotografato con una prospettiva tale da rilevarne la struttura superficiale – laddove l'applicazione alla tela dei colori ad olio crei dei rilievi – rendendo così possibile un gioco di luci e ombre, ed essendo pertanto presente un margine di scelta discrezionale (50).

prevedere due regimi differenti: un primo regime per le opere fotografiche originali ossia quelle che costituiscono un risultato della creazione intellettuale dell'autore, ed un secondo regime per le altre fotografie; vedi considerando 16 e art. 6 Direttiva 2006/116.

(44) Il riferimento a procedimenti analoghi a quelli fotografici è comune anche ad altre normative nel confronto internazionale; vedi art. 87 comma 1 l.a.; § 72 comma 1 DE-UrhG e § 73 comma 1 AT-UrhG; art. 128 LPI; art. 2 comma 1 CUB.

(45) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 531; cfr. per la Germania, Bundesgerichtshof (BGH), 27 febbraio 1962, in *GRUR* 1962, 470.

(46) EGLOFF, *sub art. 2 LDA*, in BARRELET e EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, IV ed., Stämpfli, Berna, 2020, 26.

(47) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 531.

(48) Diversamente in Italia, dove l'art. 87 comma 2 l.a. esclude gli scritti, i documenti, le carte di affari, gli oggetti materiali, i disegni tecnici e prodotti simili; vedi PEDRIALI KINDLER, *commento all'art. 87 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 2052; diversamente anche in Germania, dove il § 72 DE-UrhG protegge di principio anche le fotografie di oggetti bidimensionali; THUM, *sub art. 72*, in WANDTKE e BULLINGER, *Praxiskommentar Urheberrecht*, V ed., C.H. Beck, Monaco, 2019, n. 23 e 30; vedi anche TALKE, *Lichtbildschutz für digitale Bilder von zweidimensionalen Vorlagen*, in *ZUM* 2010, 850; vedi però nota a piè di pagina 49.

(49) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 531; cfr. per la Germania con § 68 DE-UrhG risultato dal recepimento dell'art. 14 della Direttiva 2019/790; dopo che la giurisprudenza tedesca aveva protetto mediante diritto connesso di cui al § 72 DE-UrhG anche le fotografie che costituivano una fedele riproduzione di dipinti di dominio pubblico; vedi Bundesgerichtshof (BGH), 20 dicembre 2018, in *GRUR* 2019, 284; Landgericht (LG) Berlin, 31 maggio 2016, in *GRUR-RR* 2016, 318. HILTY considera la limitazione alle rappresentazioni di oggetti tridimensionali di cui all'art. 2 cpv. 3bis LDA espressione degli stessi principi che stanno alla base dell'art. 14 della Direttiva 2019/790; vedi HILTY, *Urheberrecht*, II ed., Stämpfli, Berna, 2020, 73 e 81 s.

(50) Vedi SYKORA, *Lichtbildschutz reloaded*, in *KUR - Kunst und Recht: Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik* 2018, 54 s.; MOSIMANN e HOSTETTLER, *Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes*, in *recht* 2018, 127; MOSIMANN, *Die nicht-individuelle Fotografie (Art. 2 Abs. 3bis URG)*, in MOSIMANN, *Das revidierte Urheberrecht*, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2020, 18; OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien*, in *sic! Zeitschrift*

Definita la categoria di opere alla quale si riferisce l'eccezione di cui all'art. 2 cpv. 3bis LDA, va ricordato che questa categoria di opere è stata creata dal legislatore – rifiutando la proposta della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale – appositamente per poter far riferimento alla «restante» nozione di opera di cui all'art. 2 cpv. 1 LDA e con questo alla già esistente nozione di «creazione dell'ingegno» (51). Conformemente alla definizione di creazione dell'ingegno quale espressione di un'idea (52) e a quanto previsto dall'art. 6 LDA (53), la qualità di autore spetta soltanto alle persone fisiche. Una rappresentazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 3bis LDA è pertanto qualificabile quale creazione dell'ingegno solo se è frutto dell'attività umana (54). Secondo il messaggio di legge e gran parte della dottrina le fotografie ottenute automaticamente, quali le fotografie scattate da radar, telecamere di vigilanza e trappole fotografiche, non sono qualificabili quali creazioni dell'ingegno e non godono di alcuna protezione mediante diritto d'autore (55). Controverso è invece in che misura la programmazione di un sistema possa essere qualificata quale azione di una persona fisica laddove l'idea del programmatore trovi espressione nello scatto quale risultato finale della programmazione del sistema (56).

È infine da rilevare che secondo il messaggio di legge non sono nemmeno rilevanti le qualifiche del fotografo (57), il valore estetico e lo scopo dello scatto (58). Di conseguenza, l'art. 2 cpv. 3bis LDA non vale solo per le fotografie scattate da fotografi

für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2020, 601, che intende distinguere tra oggetti tri- e bidimensionali per mezzo dello scopo dello scatto, precisando che se lo scopo è quello di rappresentare oggetti bidimensionali, l'oggetto è bidimensionale.

(51) Cfr. con il testo a cui si riferisce la nota a piè di pagina n. 34.

(52) Messaggio di legge, Foglio federale 1989, III, 455; DTF 130 III 168, 172 s. Il termine *creazione dell'ingegno* non è da confondere con il termine di *creazione intellettuale* utilizzato in ambito europeo, che implica – diversamente dalla definizione di *creazione dell'ingegno* nel diritto svizzero – un certo grado di originalità, e che in Svizzera manifesta parallelismi con il termine di *carattere originale*; vedi nota a piè di pagina n. 42. Cfr. con la definizione di «minimo di prestazione intellettuale personale» utilizzata in Germania quale soglia minima per la protezione di cui al § 72 DE-UrhG; vedi il testo a cui si riferiscono le note a piè di pagina n. 59-62.

(53) L'art. 6 LDA così recita: «È autore la persona fisica che ha creato l'opera».

(54) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 532; EGLOFF, *sub art. 2 LDA*, in BARRELET e EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, IV ed., Stämpfli, Berna, 2020, 25 s.; MOSIMANN, *Die nicht-individuelle Fotografie (Art. 2 Abs. 3bis URG)*, in MOSIMANN, *Das revidierte Urheberrecht*, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2020, 17 s.; OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien, in sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 600 s.; *contra* SCHÜTZ, *Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, ivi 2021, 287 s.

(55) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 532; EGLOFF, *sub art. 2 LDA*, in BARRELET e EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, IV ed., Stämpfli, Berna, 2020, 25; MOSIMANN, *Die nicht-individuelle Fotografie (Art. 2 Abs. 3bis URG)*, in MOSIMANN, *Das revidierte Urheberrecht*, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2020, 17 s.; OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien, in sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 600 s.

(56) OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien, in sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 601; per il diritto austriaco, vedi anche Oberster Gerichtshof (OGH), 1 febbraio 2000, in *Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht* 2000, 276.

(57) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 531.

(58) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 531; vedi anche OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien, in sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 600; cfr. con il testo dell'art. 2 cpv. 1 LDA, secondo cui la qualificazione quale opere è indipendente «dal valore o dalla destinazione».

professionisti, ma anche per le semplici fotografie di famiglia, di oggetti di uso quotidiano e di pietanze, i selfie, le fotografie panoramiche e via dicendo, e vale di principio anche per le mere riproduzioni di oggetti tridimensionali. Diversamente parrebbe essere la disciplina italiana, dove la giurisprudenza – applicando l’art. 87 comma 2 l.a. – ha considerato che la protezione delle fotografie semplici dipende da un apprezzabile impegno delle capacità tecnico professionali del fotografo e della sua inventiva (59) e dalle finalità della fotografia, considerando in particolare insufficiente una mera finalità riproduttiva-documentale (60), rispetto a delle finalità scientifiche, promozionali o editoriali (61). Anche la disciplina tedesca parrebbe a prima vista essere diversa in quanto secondo la dottrina il criterio di un «minimo di prestazione intellettuale personale» del fotografo – che nella letteratura viene definito quale apprezzabile impiego delle capacità tecniche – stabilisce la soglia minima per determinare se una fotografia goda o meno della protezione di cui al § 72 DE-UrhG (62). Considerato però che la giurisprudenza tedesca sembrerebbe utilizzare tale presupposto unicamente per escludere dalla protezione le mere riproduzioni meccaniche di testi o immagini bidimensionali (63), lo stesso parrebbe corrispondere al presupposto di «rappresentazioni di oggetti tridimensionali» di cui all’art. 2 cpv. 3bis LDA.

Di fatto, l’art. 2 cpv. 3bis LDA integra le fotografie senza carattere originale nel quadro normativo delle opere protette dal diritto d’autore. Ciò comporta di principio l’applicazione delle disposizioni del diritto d’autore, in particolare di quelle relative ai diritti (art. 9 ss. LDA) (64) ed alle limitazioni (art. 19 ss. LDA) (65). Tuttavia, un’importante eccezione è stata fatta per la durata della protezione (66). L’art. 29 cpv. 2 lett. a-bis LDA – ispirandosi alla normativa tedesca (67) – prevede infatti che

(59) Cass. 21 giugno 2000 n. 8425, in questa *Rivista* 2000, 663; vedi però la critica di CHIAROLLA, in *Foro it.* 2001, 2631, la quale ritiene che la corte, facendo dipendere la protezione di cui agli art. 87 ss. l.a. da un apprezzabile impegno delle capacità tecnico professionali del fotografo e della sua inventiva, introduca un criterio «paracreativo» del tutto estraneo ai diritti connessi caratterizzati dall’assenza di un qualsiasi elemento di creatività.

(60) Vedi ad es. Cass. 21 giugno 2000 n. 8425, in questa *Rivista* 2000, 663; App. Milano, 4 agosto 1998, ivi 1999, 611; Trib. Milano, ord. 15 giugno 2004, nel *Repertorio* di questa *Rivista* 2005, 723; Trib. Venezia, ord. 30 marzo 2016, ivi 2017, 1248; Trib. Venezia, 12 aprile 2018, nella *Giurisprudenza solo massimata* di questa *Rivista* 2019, II.311; Trib. Monza, 27 maggio 2019, ivi 2020, II.376; Trib. Bolzano, 21 febbraio 2020, ivi, II.420; Trib. Roma, 11 marzo 2021, n. 4361; vedi però Trib. Roma, 1 giugno 2015, in questa *Rivista* 2016, 1749.

(61) Vedi in generale SARTI, *Questioni di fotografie di «oggetti materiali»*, in questa *Rivista* 2000, 611 ss.; BOCCA, *La tutela della fotografia tra diritto d’autore, diritti connessi e nuove tecnologie*, ivi 2002, 384 ss.; PEDRIALI KINDLER, *commento all’art. 87 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 2052.

(62) VOGEL, *sub § 72 DE-UrhG*, in SCHRICKER e LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, VI ed., C.H. Beck, Monaco, 2020, n. 33; vedi LAUBER-RÖNSBERG, *sub § 72 DE-UrhG*, in AHLBERG, GÖTTING e LAUBER-RÖNSBERG, *BeckOK Urheberrecht*, XXXI ed., C.H. Beck, Monaco, 2021, n. 12 s.; in tedesco «Mindestmass an persönlicher geistiger Leistung».

(63) Bundesgerichtshof (BGH) 8 novembre 1989, in *GRUR* 1990, 669; Bundesgerichtshof (BGH) 3 novembre 1999, ivi 2000, 317; Bundesgerichtshof (BGH) 7 dicembre 2000, ivi 2001, 755; Bundesgerichtshof (BGH) 20 dicembre 2018, ivi 2019, 284.

(64) Cfr. per l’Italia con il Capo III l.a.

(65) Cfr. per l’Italia con il Capo V l.a.

(66) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 532.

(67) § 72 comma 3 DE-UrhG; vedi anche art. 92 l.a., § 74 comma 6 AT-UrhG e art. 128

il diritto d'autore si estingue 50 anni dopo la produzione, e non 70 anni dopo la morte dell'autore, come previsto dall'art. 29 cpv. 2 lett. b LDA per le opere di cui all'art. 2 cpv. 1 e 2 LDA (68). Una totale parità di trattamento delle fotografie con e senza carattere originale non può quindi mai essere stata l'intenzione del legislatore. Ad ogni modo, prevedendo una durata della protezione propria ai diritti connessi per un diritto d'autore, la Svizzera corre il rischio di non essere più in armonia con le convenzioni internazionali (69), questione che non sussisterebbe nel caso in cui si ritenesse che il legislatore svizzero voleva materialmente introdurre un diritto connesso e non un diritto d'autore o che queste convenzioni non sono applicabili ad oggetti che non presentano un carattere individuale (70).

Per quanto riguarda i diritti morali è pacifico che all'autore di una fotografia senza carattere originale spettino il diritto alla paternità (art. 9 cpv. 1 LDA) (71) e il diritto di decidere se, quando, in qual modo e sotto quale nome la sua fotografia sarà pubblicata per la prima volta (art. 9 cpv. 2 LDA) (72). Controverso è invece se, in quale misura e secondo quali criteri il diritto all'integrità dell'opera di cui all'art. 11 LDA valga anche per le fotografie senza carattere originale (73). La questione è di

comma 2 LPI.

(68) Inoltre, secondo l'art. 29 cpv. 4 LDA gli artt. 30 e 31 LDA non sono applicabili alle fotografie senza carattere originale, di conseguenza la regola dei 50 anni vale anche per gli autori ignoti e i coautori. Secondo il messaggio di legge l'art. 80 LDA è da interpretare nel senso che anche le fotografie create prima dell'entrata in vigore della revisione sono protette dal diritto d'autore; vedi Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 532.

(69) Vedi art. 9 WCT e art. 7 comma 1 CUB.

(70) I materiali riguardanti la CUB parrebbero confermare quest'ultima opinione; vedi BAUM, *Die Brüsseler Konferenz zur Revision der Revidierten Berner Übereinkunft*, in *GRUR* 1949, 7 s. Vedi anche OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 600; RICKETSON e GINSBURG, *International Copyright and Neighboring Rights*, II ed., vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2006, 452; VERCELLONE, *La protezione della fotografia nel diritto comparato*, in *IDA* 1956, 176.

(71) Vedi per l'Italia, AUTERI, *Commentario al dpr 8 gennaio 1979 n. 19, applicazione della convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, riveduta da ultimo con atto firmato a Parigi il 24 luglio 1971*, in *NLCC* 1980, 156 e 163; L.C. UBERTAZZI, *La protezione delle fotografie in Italia*, in *IDA* 1998, 64; BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 404 ss.; Trib. Roma, 11 marzo 2021, n. 4361; vedi però Trib. Milano, 16 agosto 2017, in questa *Rivista* 2018, 1856; Trib. Milano, 30 maggio 2017, in questa *Rivista* 2018, 1848; Trib. Milano, 7 novembre 2016; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974, 392 ss.; vedi anche SAPPA, *Introduzione al capo V l.a. (Diritti relativi alle fotografie)*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 2050; diversamente anche in Spagna, vedi Tribunale Supremo 31 dicembre 2002, ECLI ES:TS:2002:8943.

(72) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 532. Vedi per l'Italia l'art. 12 commi 1 e 3 l.a.

(73) EGLOFF, *sub art. 2 LDA*, in BARRELET e EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, IV ed., Stämpfli, Berna, 2020, 26; MOSIMANN, *Die nicht-individuelle Fotografie (Art. 2 Abs. 3bis URG)*, in MOSIMANN, *Das revidierte Urheberrecht*, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2020, 15; OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 603 ss.; SCHÜTZ, *Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, ivi 2021, 287 ss.; cfr. per l'Italia con L.C. UBERTAZZI, *La protezione delle fotografie in Italia*, cit., 65; SAPPA, *Introduzione al capo V l.a. (Diritti relativi alle fotografie)*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale*

particolare rilevanza in quanto l'estensione della tutela dei diritti patrimoniali previsti dall'art. 10 LDA (74) – non prevedendo la LDA una norma che definisce come tale l'estensione della tutela di questi diritti (75) – viene indirettamente definita attraverso il diritto all'integrità dell'opera (76).

4. Per poter meglio valutare se e secondo quali criteri l'art. 11 LDA possa essere applicato al diritto d'autore relativo alle fotografie senza carattere originale è di fondamentale importanza capire la portata della stessa norma per il diritto d'autore in generale. L'art. 11 LDA prevede il diritto dell'autore di modificare (cpv. 1 lett. a) e di elaborare (cpv. 1 lett. b) (77) l'opera nonché quello di opporsi ad ogni alterazione dell'opera che leda la sua personalità (cpv. 2) (78). Ciò che accomuna i diritti di cui all'art. 11 cpv. 1 e 2 LDA è il presupposto del cambiamento dell'opera (79) ed è questo il motivo per cui sono stati raccolti in un'unica norma (80). Nonostante l'art. 11 LDA sia intitolato «integrità dell'opera», va ricordato che il diritto morale all'integrità dell'opera («right of integrity») di cui all'art. 6bis cpv. 1 della Convenzione di Berna (CUB) si riferisce solamente al contenuto del diritto di cui all'art. 11 cpv. 2 LDA (81). Invece, il diritto di modificazione e di elaborazione previsto dall'art. 11 cpv. 1 LDA è concepito quale diritto di natura patrimoniale (82). Parimenti, per la determinazione dell'estensione della tutela dei diritti patrimoniali di cui all'art. 10 LDA è rilevante

concorrenza, cit., 2050; PEDRIALI KINDLER, *commento all'art. 88 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 2057.

(74) L'art. 10 LDA prevede che l'autore ha il diritto esclusivo di decidere se, quando e in qual modo la sua opera sarà utilizzata, ed in particolare il diritto di allestire esemplari dell'opera, di mettere in circolazione esemplari dell'opera e di metterla a disposizione in modo tale che chiunque possa accedervi dal luogo e nel momento di sua scelta.

(75) Cfr. ad es. con art. 8 Legge federale sulla protezione del Design del 5 ottobre 2001 (RS 232.12) che così recita: «La protezione del diritto di design si estende ai design che presentano gli stessi caratteri essenziali e suscitano pertanto il medesimo effetto generale del design registrato».

(76) RIGAMONTI, *Urheberpersönlichkeitsrechte*, Stämpfli, Berna, 2013, 280.

(77) Questa norma corrisponde: in Italia all'art. 18 l.a., in Germania al § 23 DE-UrhG, in Austria al § 14 comma 2 AT-UrhG, per il diritto comunitario vedi BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 166.

(78) Questa norma corrisponde: in Italia all'art. 20 l.a., in Germania al § 14 DE-UrhG, in Austria al § 21 comma 3 AT-UrhG.

(79) Cfr. DE WERRA, *Le droit à l'intégrité de l'oeuvre*, Stämpfli, Berna, 1997, 67.

(80) Lo stesso motivo ha mosso il legislatore ad inserire nell'art. 11 cpv. 3 LDA una limitazione del diritto d'autore relativa alle parodie e a cambiamenti dell'opera simili alle parodie.

(81) L'art. 11 cpv. 2 LDA così recita: «Anche se un terzo è autorizzato in virtù della legge o di un contratto a modificare l'opera o a utilizzarla per creare un'opera di seconda mano, l'autore può opporsi ad ogni alterazione dell'opera che leda la sua personalità».

(82) RIGAMONTI, *Urheberpersönlichkeitsrechte*, Stämpfli, Berna, 2013, 279 e 292 s.; PHILIPPIN, *sub art. 11 LDA*, in DE WERRA e GILLIÉRON, *Commentaire Romand - Propriété intellectuelle*, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2013, 97. Diversamente la disciplina italiana, che – relativamente alle fotografie semplici – parrebbe non fare una netta distinzione tra modificazioni, elaborazioni e alterazioni dell'opera che ledono la personalità dell'autore, riconducendo ogni modifica al diritto all'integrità dell'opera di cui all'art. 20 l.a. per poter considerare che lo stesso non è applicabile ai diritti connessi di cui agli art. 87 ss. l.a. in quanto diritto morale; in tal senso Trib. Milano, 30 maggio 2017, nel *Repertorio* di questa *Rivista* 2017, 1249; Trib. Milano, 17 aprile 2008, in *Riv. dir. ind.* 2010, II, 210; cfr. Trib. Roma, 22 settembre 2004, in *IDA* 2005, 378 ss.

soltanto l'art. 11 cpv. 1 LDA. Dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 cpv. 1 LDA risulta che il diritto esclusivo di utilizzo previsto dall'art. 10 LDA si riferisce, oltre che all'utilizzo in forma identica, anche all'utilizzo in forma modificata ed in forma elaborata (83). Il motivo per cui la protezione del diritto esclusivo viene estesa alle utilizzazioni dell'opera in forma modificata ed in forma elaborata è che questi utilizzi «includono» l'utilizzo dell'opera da cui dipartono in quanto ne riprendono – almeno in parte – i tratti originali (84).

Non potendo trascurare la scelta sistematica e dogmatica infine fatta dal legislatore (85) si deve concludere che l'art. 11 LDA è formalmente applicabile alle fotografie di cui all'art. 2 cpv. 3bis LDA (86). Vi è tuttavia da chiedersi se l'art. 11 cpv. 1 LDA sia adatto a definire l'estensione della protezione dei diritti patrimoniali di cui all'art. 10 LDA conferiti all'autore di una tale fotografia. Infatti, volendo applicare l'art. 11 cpv. 1 LDA secondo i principi fino ad oggi sviluppati dalla giurisprudenza e dalla dottrina per le opere di cui all'art. 2 cpv. 1 LDA, si pone il seguente problema: una lesione del diritto di modificazione o di elaborazione ai sensi dell'art. 11 cpv. 1 LDA presuppone che il carattere originale dell'opera quale elemento costitutivo della protezione mediante diritto d'autore venga compromesso (87). Inversamente non vi è modificazione od elaborazione se i tratti originali dell'opera rimangono invariati (88) o in altri termini se i cambiamenti concernono parti dell'opera che non ne costituiscono i tratti originali (89). Ne discende che per le fotografie senza carattere originale manca un metro che consenta di stabilire se vi sia modificazione od elaborazione o meno in quanto le stesse – per l'appunto – non presentano un carattere originale (90). Diversamente dal § 72 comma 1 DE-UrhG (91), l'art. 2 cpv. 3bis LDA non prevede la possibilità di applicare *mutatis mutandis*

(83) RIGAMONTI, *Urheberpersönlichkeitsrechte*, Stämpfli, Berna, 2013, 280; HILTY, *Urheberrecht*, II ed., Stämpfli, Berna, 2020, 152.

(84) Vedi per l'Italia Cass. 28 novembre 2011 n. 25173, in questa *Rivista* 2012, 1475.

(85) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 532, secondo cui «gli autori delle fotografie senza carattere originale godono degli stessi diritti di gestione e morali di cui beneficiano gli altri autori».

(86) Così anche MOSIMANN, *Die nicht-individuelle Fotografie (Art. 2 Abs. 3bis URG)*, in MOSIMANN, *Das revidierte Urheberrecht*, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2020, 15.

(87) RIGAMONTI, *Urheberpersönlichkeitsrechte*, Stämpfli, Berna, 2013, 284; HILTY, *Urheberrecht*, II ed., Stämpfli, Berna, 2020, 161 s.; Trib. d'appello del Canton Ticino, 18 giugno 2001, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2002, 509 ss.

(88) Vedi ad es. Kantonsgericht del Canton San Gallo, 24 maggio 2005, DZ.2002.3.

(89) Vedi ad es. Obergericht del Canton Zurigo, 11 ottobre 2010, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2011, 230 ss.; Obergericht del Canton Zurigo, 24 gennaio 2013, ivi 2013, 697 ss.

(90) Questo comporta anche che il diritto morale di cui all'art. 11 cpv. 2 LDA non può valere in quanto anch'esso presuppone una modificazione od un'elaborazione ai sensi dell'art. 11 cpv. 1 LDA. I fotografi possono tuttavia ancora far affidamento ai principi generali di protezione della personalità di cui agli artt. 28 s. del Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 e non sono quindi privi di protezione nei casi in cui il cambiamento della fotografia sia lesivo della loro personalità. Vedi anche per la Spagna Tribunal Supremo, 31 dicembre 2002, ECLI ES:TS:2002:8943, secondo cui i diritti morali di cui all'art. 14 comma 4 LPI si riferiscono soltanto alle opere fotografiche.

(91) Il § 72 comma 1 DE-UrhG così recita: «Alle fotografie e ai prodotti ottenuti con procedimenti analoghi si applicano per analogia le disposizioni della 1a parte relativa alle opere

le disposizioni del diritto d'autore (92). Non vi è quindi la flessibilità garantita da una tale configurazione. L'art. 11 cpv. 1 LDA non può pertanto conferire all'autore di fotografie senza carattere originale gli stessi diritti che prevede per le opere di cui all'art. 2 cpv. 1 LDA e – nella stessa misura – non giova alla definizione dell'estensione della tutela dei diritti patrimoniali conferiti dall'art. 10 LDA.

Diventa pertanto chiaro che il carattere originale non è soltanto un presupposto per la protezione, ma parimenti il metro che definisce l'estensione della tutela dei diritti d'autore che ne dipendono (93), non potendo invece esserlo per i diritti d'autore che non ne dipendono. Per le fotografie senza carattere originale significa che si è costretti a definire l'estensione della tutela del relativo diritto d'autore utilizzando dei principi generali. Secondo l'opinione qui espressa non vi è altra maniera di definirla se non facendo riferimento ai principi inerenti ai diritti di protezione affini (94). Questa interpretazione parrebbe innanzitutto essere supportata dalla scelta legislativa di limitare la durata della protezione a 50 anni a partire dalla produzione (95), rispettando anche la volontà del Parlamento svizzero di assecondare i desideri dei fotografi senza interferire nel complesso di interessi oggetto del compromesso raggiunto dal gruppo AGUR12 II, considerato che oggetto di questo compromesso non era un diritto d'autore, ma un diritto di protezione affine. Come descritto più sopra al punto 2, il fatto che la LDA ora preveda formalmente un diritto d'autore invece di un diritto connesso non è conseguenza di una scelta ponderata, ma piuttosto il risultato di un incidente legislativo. Inoltre, quale aspetto ben più importante, una tale interpretazione terrebbe conto della natura dell'oggetto che l'art. 2 cpv. 3bis LDA intende proteggere. Infatti, considerato che questa normativa non presuppone che il risultato dell'attività del fotografo soddisfi determinati requisiti, l'oggetto della protezione non può essere che la registrazione di un'immagine su di un supporto da parte di una persona quale mera attività produttiva (96), ossia la *produzione di un supporto visivo* (97). Secondo lo stesso principio l'art. 36 LDA (98) protegge i

fotografiche» (traduzione non ufficiale del testo originale in tedesco fatta dagli autori).

(92) Cfr. con l'art. 34a proposto dalla Commissione per gli affari giuridici del Consiglio nazionale (vedi nota a piè di pagina n. 33).

(93) Principio generale riconosciuto anche da ARNOLD, *Paintings from Photographs: A Copyright Conundrum*, in *IIC* 2019, 875.

(94) RIGAMONTI, *On the new Copyright Protection for Non-Original Photographs in Switzerland*, in *GRUR International* 2020, 988.

(95) Art. 29 cpv. 2 lett. a-bis LDA.

(96) Cfr. SORDELLI, *Natura giuridica e contenuto dei diritti connessi*, in *IDA* 1952, 305 e 320 ss.; BERTANI, *Die Funktionen der verwandten Schutzrechte der Kulturunternehmen*, in *GRUR Int.* 2001, 233.

(97) Cfr. AUTERI, *Commentario al dpr 8 gennaio 1979 n. 19, applicazione della convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, riveduta da ultimo con atto firmato a Parigi il 24 luglio 1971*, in *NLCC* 1980, 161 s. secondo cui «la prestazione del fotografo si esaurisce nella realizzazione del negativo»; GUGLIELMETTI, nota 3 a Cass. 4 luglio 1992 n. 8186, in questa *Rivista* 1992, 24.

(98) Vedi l'art. 36 cpv. 1 LDA che così recita: «Il produttore di supporti audio o audiovisivi ha il diritto esclusivo di: a. riprodurre le registrazioni e offrire al pubblico, alienare o mettere altrimenti in circolazione gli esemplari riprodotti; b. mettere a disposizione le registrazioni mediante un procedimento qualsiasi in modo tale che chiunque possa accedervi dal luogo e nel momento di sua scelta»; cfr. per l'Italia con gli art. 72 ss. l.a.; per la Germania con il § 85 s. DE-UrhG; per l'Austria con il § 76 AT-UrhG.

produttori di supporti audio e audiovisivi (99). Questo paragone è di particolare rilevanza se si considera che secondo il messaggio di legge anche i fermi immagine di un filmato – che costituisce un supporto audiovisivo ai sensi dell'art. 36 LDA – vengono considerati quali opere ai sensi dell'art. 2 cpv. 3bis LDA (100).

Ne discende che il metro di valutazione per determinare l'estensione della tutela non può essere che la mera attività produttiva del fotografo quale unico presupposto da cui dipende la protezione della stessa. In questo senso il diritto svizzero è più vicino di quanto ci si possa immaginare ai sistemi giuridici europei che prevedono un diritto connesso relativo alle fotografie senza carattere creativo. In altre parole, la nuova normativa svizzera non prevede altro che «un diritto connesso nei panni di un diritto d'autore» (101). Ciò implica innanzitutto che il contenuto del risultato dell'attività produttiva del fotografo, ossia il soggetto dell'immagine, non è protetto; il contenuto serve tutt'al più a riconoscere la prestazione del fotografo. Ne consegue che è lecito imitare una fotografia senza carattere originale (102), cosicché chiunque può prendere quale modello una tale fotografia, rifotografare lo stesso soggetto – o fotografare un soggetto simile – e farne l'utilizzo che preferisce (103). A tal proposito, si pensi alle innumerevoli fotografie scattate da un gruppo di paparazzi che riprendono lo stesso soggetto nello stesso momento da un'angolazione simile. L'art. 2 cpv. 3bis LDA riconosce la protezione ad ogni singola fotografia, senza che la protezione riconosciuta alla singola fotografia interferisca con quella riconosciuta ad una altra. Parimenti l'art. 2 cpv. 3bis LDA non preclude ad un pittore di ritrarre lo stesso soggetto e di utilizzare a piacimento tale dipinto (104). Ciò che accomuna questi due casi è il fatto che l'attività produttiva del fotografo, ossia la registrazione dell'immagine su di un supporto, non viene sfruttata (105), effettuando entrambi un'analoga ed indipendente attività produttiva di registrazione di un'immagine su di un supporto.

Di differente natura è la questione dell'estensione della protezione relativa all'utilizzazione della registrazione dell'immagine quale ad esempio la riproduzione –

(99) HILTY, *Zum urheberrechtlichen Leistungsschutz im schweizerischen Recht am Beispiel des Tonträgerproduzenten*, in *GRUR Int.* 1993, 822; e relativamente ai diritti di protezione affini in generale, vedi HILTY, *Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz*, in *UFITA* 1994, vol. 124, 134; vedi anche glossario relativo al Comunicato stampa del gruppo di lavoro sul diritto d'autore (AGUR12 II), 2 marzo 2017.

(100) Messaggio di legge, Foglio federale 2018, 531; cfr. per l'Italia con l'art. 87 l.a. che tratta fotografie e fotogrammi delle pellicole cinematografiche allo stesso modo.

(101) RIGAMONTI, *On the new Copyright Protection for Non-Original Photographs in Switzerland*, in *GRUR International* 2020, 988.

(102) Cfr. con l'art. 34a oggetto della proposta della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale di cui alla nota a piè di pagina 53. Alle stesse conclusioni sono giunti anche l'Oberlandesgericht (OLG) Hamburg per il diritto tedesco (OLG Hamburg, 29 giugno 1995, in *ZUM-RD* 1997, 217) e AUTERI per il diritto italiano (AUTERI, *Commentario al dpr 8 gennaio 1979 n. 19, applicazione della convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, riveduta da ultimo con atto firmato a Parigi il 24 luglio 1971*, in *NLCC* 1980, 162).

(103) Vedi anche OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 603.

(104) Cfr. per il diritto connesso di cui agli art. 87 ss. l.a., GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974, 387.

(105) Nello stesso senso relativamente alla produzione di supporti audio, vedi HILTY, *Zum urheberrechtlichen Leistungsschutz im schweizerischen Recht am Beispiel des Tonträgerproduzenten*, in *GRUR Int.* 1993, 822.

quale moltiplicazione – del supporto visivo. È pacifico che l'utilizzo della registrazione dell'immagine *in forma identica* mediante riproduzione meccanica del supporto visivo rientri nell'ambito tutelare dei diritti relativi alle fotografie senza carattere originale. Questo comprende anche la riproduzione di supporti digitali e la digitalizzazione di immagini immagazzinate su di un supporto analogico. Questa è anche la fattispecie che più spesso si tratterà di valutare e che il legislatore intendeva regolamentare con l'introduzione dell'art. 2 cpv. 3bis LDA, considerato che lo scopo principale della nuova normativa è quello di garantire ai fotografi il diritto di interdire le utilizzazioni non autorizzate sul web e sui social media delle loro fotografie (106).

Equivoco è invece in che misura l'utilizzo della registrazione *in forma modificata* sia tutelato dal diritto d'autore conferito al fotografo di una fotografia senza carattere originale (107). Come si è detto, diversamente da quanto vale per le fotografie che presentano un carattere originale, l'art. 11 cpv. 1 LDA non giova in alcun modo alla definizione dell'estensione della protezione del diritto d'autore relativo ad una fotografia che non presenta un tale carattere, e pertanto non giova nemmeno a stabilire se l'utilizzo in forma modificata sia tutelato. Si potrebbe quindi ipotizzare che solamente le utilizzazioni in forma identica siano tutelate dai diritti d'autore relativi alle fotografie senza carattere originale, come peraltro deciso nel 1966 dal Bundesgerichtshof (BGH) in merito al § 72 DE-UrhG (108). Se – invece – si considera che il diritto d'autore di cui all'art. 2 cpv. 3bis LDA è sostanzialmente un diritto connesso che protegge la produzione di un supporto visivo, va riconosciuto che anche l'utilizzazione di una parte dell'immagine registrata costituisce uno sfruttamento di tale attività produttiva del fotografo. L'immagine, e pertanto anche ogni parte della stessa, non esisterebbe se l'attività produttiva non fosse stata svolta. Ne discende che tali utilizzi ricadono nell'ambito tutelare dei diritti d'autore relativi alle fotografie senza carattere originale (109), similmente a quanto riconosciuto ai

(106) Recenti testimonianze raccolte dalle organizzazioni di protezione dei consumatori (vedi K-Tipp 12/2021 del 16 giugno 2021, 46) lasciano intendere che l'art. 2 cpv. 3bis LDA ha dato alla luce un nuovo modello d'affari che intende capitalizzare sull'esercizio in massa dei diritti d'autore relativi alle fotografie senza carattere originale. Preoccupazioni in merito ad un tale modello d'affari erano peraltro già state espresse in sede parlamentare; vedi Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2018, 2188; Protocollo, Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale, 18 maggio 2018, 15 e 17; Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio nazionale, 4 maggio 2018, 1; Protocollo, Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale, 25 ottobre 2018, 5; Protocollo, Commissione della scienza, dell'educazione e della cultura del Consiglio degli Stati, 21 gennaio 2019, 14 s.

(107) OERTLI, *Neues Urheberrecht für Fotografien*, in *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2020, 605 s.; SCHÜTZ, *Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, ivi 2021, 288 ss.

(108) Bundesgerichtshof (BGH) 4 novembre 1966, in *GRUR* 1967, 315, considerando che «il diritto connesso tutela di principio solamente la riproduzione in forma invariata della concreta registrazione quale oggetto fisico» (316; traduzione non ufficiale del testo originale in tedesco fatta dagli autori); cfr. con la giurisprudenza italiana di cui alla nota a piè di pagina n. 82.

(109) Nello stesso senso riguardo al diritto connesso di cui agli art. 87 ss. l.a., vedi DELL'ARTE, *Fotografia e diritto*, II ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015, 172.

produttori di supporti audio e audiovisivi dall'art. 36 LDA (110). A tal proposito, si pensi ai ritagli di una fotografia (al c.d. «cropping»).

Oggetto di discussione sarebbe invece quanto piccolo debba essere il ritaglio della fotografia per non rientrare più nell'ambito di tutela. Coerente parrebbe essere estendere la protezione ad ogni ritaglio, per quanto piccolo esso sia, e così ad ogni singolo «pixel» nella misura in cui costituisca una riproduzione meccanica di una parte dalla fotografia protetta. In questo senso si è recentemente espressa la giurisprudenza tedesca, la quale ha considerato che il § 72 DE-UrhG – conformemente al suo scopo di proteggere gli investimenti relativi all'attività produttiva del fotografo – riconosce al titolare del diritto connesso il diritto alla riproduzione meccanica di una minima parte del supporto visivo in quanto sfrutta l'attività produttiva del fotografo, e che un'applicazione *mutatis mutandis* delle disposizioni relative al diritto d'autore – di fatto possibile in Germania – non si addice alla natura dell'oggetto protetto (111). In seguito alle decisioni nel caso *Pelham* (112) relativamente al c.d. «sampling» in relazione alla protezione dei produttori di supporti audio, nella dottrina tedesca si manifesta una tendenza ad escludere dall'ambito tutelare del § 72 DE-UrhG l'utilizzo di un piccolo frammento di un supporto visivo quando avviene nell'esercizio della libertà di espressione artistica ed in forma modificata e non riconoscibile (113). Questa tendenza è compatibile con l'opinione qui espressa in quanto in tal caso non sussiste un'utilizzazione in forma identica. Un tale approccio riflette anche il principio secondo cui una minima prestazione comporta anche una minima estensione della tutela, tenuto conto del fatto che la protezione delle fotografie senza carattere originale garantita dalla legge presuppone una minima prestazione del fotografo. Nello stesso senso sarebbe da valutare il caso in cui l'immagine registrata venga utilizzata cambiando ogni singolo pixel. A tal proposito, si pensi all'applicazione di speciali filtri alle fotografie digitali. Alla stessa stregua va valutato anche il caso di un dipinto – per quanto realistico esso sia – che utilizzi una fotografia quale modello (114), considerato che l'attività produttiva del fotografo non viene economicamente sfruttata in quanto la prestazione del pittore eccede generalmente la prestazione

(110) La riproduzione, o moltiplicazione, di una parte di una registrazione – copiando ad esempio solo un brano di un album musicale stampato su un cd – rientra nell'ambito tutelare dei diritti del produttore del supporto audio; cfr. per l'Italia con l'art. 72 comma 1 lett. a) l.a.; vedi Trib. Roma, 11 ottobre 2017, nella *Giurisprudenza solo massimata* di questa *Rivista* 2019, II.295; per la Germania con i § 85 s. DE-UrhG; per l'Austria con il § 76 AT-UrhG.

(111) Landgericht (LG) Berlin, 30 luglio 2015, in *ZUM* 2015, 1011; vedi anche Oberlandesgericht (OLG) Naumburg, 10 gennaio 2019, in *ZUM-RD* 2020, 318.

(112) Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 31 maggio 2016, in *GRUR* 2016, 616; Bundesgerichtshof (BGH) 1 giugno 2017, ivi 2017, 895; CGUE 29 luglio 2019, in causa C-476/17, *Pelham*, in questa *Rivista* 2020, 1914.

(113) THUM, *sub § 72 DE-UrhG*, in WANDTKE e BULLINGER, *Praxiskommentar Urheberrecht*, V ed., C.H. Beck, Monaco, 2019, n. 69 e 75; VOGEL, *sub § 72 DE-UrhG*, in SCHRICKER e LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, VI ed., C.H. Beck, Monaco, 2020, n. 49b; LAUBER-RÖNSBERG, *sub § 72 DE-UrhG*, in AHLBERG, GÖTTING e LAUBER-RÖNSBERG, *BeckOK Urheberrecht*, XXXI ed., C.H. Beck, Monaco, 2021, n. 25.

(114) In generale sulla questione nel diritto d'autore europeo, vedi ARNOLD, *Paintings from Photographs: A Copyright Conundrum*, in *IIC* 2019, 860 ss.; cfr. Trib. Bolzano, 21 febbraio 2020, cit.

effettuata dal fotografo. Diversamente sarebbe da valutare la rotazione oppure il cambiamento della risoluzione o delle proporzioni di una fotografia digitale.

5. A causa di un incidente legislativo la LDA prevede oggi un diritto d'autore – e non un diritto di protezione affine – relativo alle fotografie senza carattere individuale. L'imitazione di una tale soluzione da parte di altri paesi è sconsigliabile. Qui dianzi è stato dimostrato che oggetto di protezione della nuova normativa è la mera produzione di un supporto visivo e che non tutte le disposizioni della LDA relative al diritto d'autore, nonostante siano formalmente applicabili, sono adatte a tutelare un tale oggetto. In particolare le disposizioni relative all'estensione della tutela delle opere con carattere originale non giovano in alcun modo a definire l'estensione della tutela dei diritti spettanti al produttore di un tale supporto. Diventa pertanto necessario far riferimento ai principi inerenti ai diritti di protezione affini che tutelano simili attività produttive come ad esempio la produzione di supporti audio o audiovisivi. Di conseguenza, la nuova normativa svizzera, nonostante preveda un diritto d'autore, manifesta chiari parallelismi con i diritti connessi relativi al medesimo oggetto previsti dalle leggi di altri paesi e permette parimenti una mutua ispirazione. Resta da vedere come i tribunali svizzeri risolveranno le problematiche risultanti dall'integrazione delle fotografie senza carattere originale nel quadro normativo del diritto d'autore. Vi è da sperare che non si lascino ingannare dalla costruzione giuridica di un diritto di protezione affine nei panni di un diritto d'autore.

ABSTRACT

Switzerland is perhaps the only country that, as of 1 April 2020, retroactively protects non-original photographs on the basis of copyright law rather than through a neighboring right, as is the standard in Europe. This study first describes the circumstances that have led to this remarkable development and outlines the salient features of the new protection regime, before providing an in-depth analysis of the most contentious current legal issue, namely the scope of protection for non-original photographs under the new rules. The authors explain that not all established doctrines of copyright law can be readily applied to non-original photographs, which is especially true for the provisions governing the scope of protection, the right to create derivative works, and the moral right of integrity. Against this background, the authors conclude that one should look to the general principles of neighboring rights law – rather than to the formally applicable, but substantively inappropriate, rules of copyright – for guidance in determining the proper scope of protection for non-original photographs. The advantage of this approach is that it not only produces sensible results, but also reflects the true legal nature of the new construct, which is essentially a neighboring right in copyright's clothing.