

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI ROMA
SEZIONE NONA CIVILE

Sezione Specializzata nella materia della Proprietà Industriale ed Intellettuale

composta dai magistrati:

Dott. Tommaso MARVASI - Presidente -

Dott. Marina MELONI - Giudice -

Dott. Giulia IOFRIDA - Giudice rel. -

riunito in camera di consiglio ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al N. 65167 del ruolo contenzioso generale dell'anno 2004 posta in deliberazione all'udienza del 18/10/2007 (con termine per il deposito di comparse conclusionali e repliche di gg. 60 + 20) e vertente

tra

SI., in persona del legale rappresentante p.t., elett. dom.ta in Roma Viale (omissis) (SI.) presso lo studio degli Avv.fi Al.Am. e Gi.Pa. che la rappresenta e difende per delega in atti

ATTRICE

e

Ti. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., elett. dom.ta in Roma Via (omissis) presso lo studio dell'Avv.to Ma.Ra. che la rappresenta e difende per delega in atti unitamente agli Avv.ti Prof. Ga.Ra. e Di.Sc.

CONVENUTA

OGGETTO: Diritto d'autore.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 30/8 - 10/92004, la SI., in persona del legale rappresentante p.t., ente di diritto pubblico esercente, ex art. 180 Legge d'Autore, l'attività di intermediazione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, esecuzione, recitazione, radiodiffusione e riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate dalla L.A. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, Sezione Specializzata nella materia della Proprietà Industriale ed Intellettuale, la società di telecomunicazioni Ti. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., con sede in Cagliari, proprietaria e titolare del sito Internet (omissis), per sentire accertare l'indebito utilizzo, da parte della convenuta, "on line", sulla Rete Internet, - con violazione degli artt. 12, 13, 16 e 17 L.A., in difetto di autorizzazione dell'autore, dei suoi eredi e per essi di SI., e con inadempimento contrattuale, in relazione all'art. 10 del contratto di Licenza, sottoscritto da Ti., il 21/8/2001, con essa SI., per l'autorizzazione alla diffusione on line di opere appartenenti al repertorio musicale tutelato, in altra Sezione, da SI. - di opere dell'arte figurativa, protette dalla L. 633/1941 (art. 2) e tutelate dalla SI. in quanto rientranti nella sezione OL. (doc.to 5 ter.), nel link sulla Rete Internet (omissis), con richieste di inibitoria all'ulteriore utilizzazione e sfruttamento illecito di tali opere, con fissazione di una penale per ogni giorno di violazione dell'ordine impartito, e di condanna della stessa convenuta alla corresponsione di somma non inferiore ad Euro 40.000,00, a titolo di diritti d'autore, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali, ed al risarcimento dei danni, il tutto con pubblicazione della sentenza su uno o più giornali.

In particolare, l'attrice deduceva che, sul sito Internet della convenuta, content provider e titolare del server Ti. S.p.A., nel link denominato "(omissis)", ove erano reperibili ulteriori collegamenti ipertestuali ("(omissis)", "(omissis)", "(omissis)", "(omissis)" e "(omissis)"), potevano rinvenirsi riproduzioni di diversi dipinti di pittori famosi (almeno 160/179 artisti presenti, con riproduzione di non meno di dieci opere per ognuno di essi), tutelati dall'ente, che potevano formare oggetto di ingrandimento, di invio, tramite e-mail, come cartolina, di

gioco (con immagini realizzate tramite collage di dipinti famosi) e di apposita stampa, senza che la convenuta avesse mai chiesto l'autorizzazione alla SI. né pagato i diritti di riproduzione di tali opere dell'arte figurativa (difformemente dal comportamento tenuto dalla medesima in riferimento alla diffusione sulla Rete Internet delle opere appartenenti alla Sezione Musica SI., oggetto di autorizzazione con contratto di licenza apposito).

Alla prima udienza ex art. 180 c.p.c. del 25/11/2004, si costituiva in giudizio, tardivamente ai sensi degli artt. 166 - 167 c.p.c., la convenuta Ti., chiedendo il rigetto delle domande attrici, previo accertamento, in via principale, della legittimità dell'utilizzo di opere dell'arte figurativa nel proprio sito Ti., in quanto costituente esercizio del diritto di cronaca in relazione ad avvenimenti di attualità nel mondo dell'arte (essendo le riproduzioni on line di opere grafiche di diversi autori funzionali alla presentazione di mostre di opere d'arte dell'autore medesimo, in corso) e quindi rientrante pienamente nell'eccezione ai diritti di riproduzione esclusiva delle opere dell'ingegno (con conseguente non debenza del chiesto pagamento di un corrispettivo), di cui all'art. 65 2° comma L.A. nel testo introdotto per effetto del D.lgs 68/2003, in attuazione della Direttiva 2001/20/CE; Ti. eccepiva anche, in via preliminare, la nullità dell'atto di citazione, per indeterminatezza dei fatti costitutivi della domanda (identità dei titolari dei diritti d'autore lesi), nonché chiedeva, ove ritenuto necessario, la sospensione del giudizio per rimessione, da un lato, alla Corte Costituzionale, ai fine di sentire dichiarare la contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost. del d.lgs 168/2003, istitutivo delle Sezioni Specializzate nella materia della Proprietà Industriale, nella parte in cui attribuiva alla Sez. Spec. P. I. di Roma la competenza a conoscere le controversie, in materia di proprietà industriale ed intellettuale, rientranti, secondo le regole ordinarie, nella competenza del Tribunale di Cagliari, e, dall'altro lato, alla Corte di Giustizia CE, per una questione pregiudiziale interpretativa della Direttiva 2001/20/CE (dell'art. 5, in particolare, contemplante, quale esimente al diritto di utilizzazione esclusiva delle opere dell'ingegno, degli "scopi di informazione giornalistica", e se la medesima normativa, correttamente interpretata, consentisse la legittima pubblicazione di opere grafiche di un autore a supporto dell'informazione fornita al pubblico di una mostra in corso dell'autore medesimo ed in assenza del pagamento di un corrispettivo) e della corrispondente norma nazionale (art. 65 comma 2°, L.A.), ex art. 234 Trattato CE. Nel merito, la convenuta deduceva che, nel canale tematico "(omissis)" del proprio sito "(omissis)" erano essenzialmente fornite informazioni, ai propri visitatori, circa le mostre ed i musei italiani e tutto quanto succedeva di nuovo nel mondo dell'arte in Italia, con riproduzione, accanto al testo della notizia, di alcune opere relative alla stessa, in conformità al disposto dell'art. 65 L.A., comma 2°, e disconosceva, ex artt. 2712 e 2719 c.c., i documenti prodotti dalla SI., quali stampe asseritamente relative al sito internet "(omissis)", perché privi di data certa e di qualsiasi valenza probatoria, essendo difforni dagli originali e contestati nel contenuto e nella provenienza.

All'udienza di prima trattazione, ex art. 183 c.p.c., del 10/3/2005, non comparivano le parti personalmente e non potevano espletarsi né il tentativo di conciliazione né l'interrogatorio libero.

Con ordinanza emessa in data 3/6/2005, il giudice istruttore respingeva l'istanza, avanzata dalla convenuta, di rimessione alla Corte di Giustizia UE della questione pregiudiziale interpretativa, ritenendo non necessaria la rimessione, involgendo il giudizio previamente questioni in fatto, inerenti l'accertamento delle modalità e dei contesti, attraverso i quali veniva effettuata dalla convenuta l'attività di riproduzione delle opere d'arte figurativa on line, e solo successivamente la valutazione della sussistenza o meno dell'eccezione legale, rappresentata dallo scopo di informazione ovvero di esercizio del diritto di cronaca, con necessaria interpretazione, da parte del giudice, della nonna nazionale in conformità alla Direttiva comunitaria.

La causa, concessi alle parti i termini richiesti ex artt. 183 V comma e 184 c.p.c., veniva istruita, respinte le prove testimoniali rispettivamente articolate dalle due parti, con l'acquisizione di documenti e l'espletamento di consulenza tecnica (al fine di verificare, in particolare, in relazione alla documentazione prodotta dalla attrice, riprodotiva di asserite pagine web tratte dal sito Internet "(omissis)", tempestivamente disconosciuta dalla convenuta, ex art. 2719 c.c., "l'esatto indirizzo "web" cui corrispondono le singole pagine stampate e la data di scaricamento dalla Rete Internet delle pagine web stampate", nonché di "accertare e descrivere il funzionamento del sito suddetto e le modalità di pubblicazione delle opere grafiche sul sito stesso", considerata "la naturale volatilità delle informazioni presenti in Rete"), la cui relazione scritta veniva depositata in data 31/5/2006, e, sulle conclusioni di cui in epigrafe, veniva trattenuta in decisione all'udienza del 18/10/2007 (con termine per il deposito di comparse conclusionali e repliche di gg. 60 + 20).

Motivi della decisione

Preliminarmente, deve rilevarsi che la presente controversia, avendo ad oggetto un giudizio instaurato successivamente al 1/7/2003, inerente una domanda di accertamento di illecito posto in essere in violazione

della legge n. 633/1941, deve essere decisa dal Collegio ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 3 e 6 del D.lgs 168/2003, istitutivo delle Sezioni Specializzate nella materia della Proprietà Industriale ed Intellettuale. La competenza delle Sezioni Specializzate P.I. è stata ribadita, per le materie dell'area della proprietà industriale, nel testo del D.lgs 30/2005, Codice di Diritto Industriale, entrato in vigore il 19/3/2005, ed agli artt. 120, commi 4, 5 e 6, e 134, in particolare, con espressa "esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale" (e con l'inclusione degli illeciti di concorrenza c.d. antitrust, disciplinati dalla legge nazionale n. 287/1990 o agli artt. 81 e 82 del Trattato UE).

Sempre preliminarmente, deve rilevarsi che, nel corso del giudizio, con sentenza del 14/12/2004 n. 386, la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Cagliari, con ordinanza del 13/10/2003, in relazione agli artt. 16 della L. 273/2002 ed 1 e 4 del d.lgs 168/2003, in punto di competenza territoriale della Sezione Specializzata P.I. del Tribunale di Roma anche per le controversie rientranti, secondo gli ordinari criteri di riparto della competenza territoriale tra i giudici nazionali, nei territori ricompresi nel distretto di Corte d'Appello di Cagliari, e, di conseguenza, la convenuta ha abbandonato la relativa eccezione inizialmente formulata.

Nel merito, l'attrice SI., agendo quale intermediaria ex lege, per quanto riguarda i diritti economici d'autore (i soli diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione, ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite, e di riproduzione meccanica e cinematografica, ex art. 180 L.A., nel testo modificato dalla L. 581/1996) e la ripartizione dei conseguenti proventi (atteso che l'art. 180 L. 633/1941 riserva, in via esclusiva, alla SI., l'intermediazione in qualsiasi forma attuata, anche al fine di percepire "i proventi derivanti da licenze ed autorizzazioni" (n. 2) rilasciate, per conto e nell'interesse degli autori delle opere, per "l'utilizzazione economica" delle opere stesse (n. 1)), contesta l'indebito utilizzo, "on line", da parte della convenuta Ti., content provider e titolare di server (vale a dire un provider che, oltre all'accesso alla Rete, veicola propri contenuti sul server e contribuisce direttamente alla realizzazione del sito), sulla Rete Internet, nel link (omissis), in violazione principalmente, degli artt. 12, 13, 16 e 17 L.A., atteso il difetto di autorizzazione dell'autore, dei suoi eredi e, per essi, di SI., di opere dell'arte figurativa, protette dalla L. 633/1941 (art. 2) e tutelate dalla SI. in quanto rientranti nella propria struttura interna denominata OL. (doc.to 5 ter.).

In sede di memoria ex art. 183 V° comma c.p.c., l'attrice, a fronte della difesa della convenuta, la quale ha sostenuto che le immagini prodotte ex adverso non erano tratte dal proprio sito ma da altri siti, cui si poteva accedere attraverso link, ha esteso (con mera emendatio libelli, conseguente alla difesa della convenuta) le domande di accertamento dell'illecito e di condanna anche alla mera attività di hosting (vale a dire di mera gestione del sito sul server, attraverso la fornitura dell'accesso e dell'utilizzazione di uno spazio, all'interno del proprio disco rigido, con memorizzazione delle pagine web), eventualmente svolta da Ti., sempre nella consapevolezza della illiceità delle riproduzioni di opere dell'arte figurativa veicolate.

La convenuta Ti. ha anzitutto disconosciuto la documentazione prodotta ex adverso (stampa di pagine asseritamente estratte dal sito Internet di Ti.) ed ha poi eccepito la piena legittimità del proprio operato, ex art. 65 comma 2° L.A., in quanto costituente esercizio del diritto di cronaca in relazione ad avvenimenti di attualità nel mondo dell'arte, essendo le riproduzioni on line di opere grafiche di diversi autori, funzionali alla presentazione di mostre di opere d'arte dell'autore medesimo, in corso.

Ora, con riguardo al disconoscimento delle produzioni documentali di parte attrice, deve rilevarsi che il documento informatico sprovvisto di qualsiasi firma elettronica che ne attesti la provenienza, essendo pur sempre un documento, ha, ai sensi dell'art. 10 del DPR 445/2000 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), come modificato dall'art. 6 del D.lgs 10/2002 (Attuazione della Direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche), "l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c. riguardo ai fatti ed alle cose rappresentate", essendo stata sancita l'applicabilità della norma sulle rappresentazioni meccaniche; già la Suprema Corte (C.C. 11445/2001), nella vigenza della disciplina pregressa, di cui al DPR 513/1997, aveva affermato che i documenti informatici privi di firma digitale hanno l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c., per le rappresentazioni meccaniche di fatti e di cose, le quali formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime, ricordando che questo disconoscimento è diverso da quello previsto dall'art. 215, comma 2°, c.p.c. per la scrittura privata, in quanto, anche in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, "non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni", tanto più quando il documento non viene fatto valere come prova di un

negozio, fonte diretta di diritti ed obblighi tra le parti, ma al solo fine di "dimostrare un fatto storico, da valutare nell'apprezzamento di una più complessa fattispecie, restando in tal caso il giudice libero di formarsi il proprio convincimento utilizzando qualsiasi circostanza, atta a rendere verosimile un determinato assunto, come qualsiasi altro indizio, purché essa appaia grave, precisa e concordante".

In particolare, una copia cartacea di una pagina web sulla Rete Internet è già di per sé un documento informatico originale, per cui la stampa di un testo pubblicato su Internet può essere considerata una riproduzione di un documento, a prescindere da un suo specifico valore probatorio. Permane però il principio secondo il quale il documento informatico privo della firma elettronica, ha invece l'efficacia probatoria prevista dall'articolo 2712 c.c., nel senso che esso va ricompreso tra "le riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica (ed ora elettronica) di fatti e di cose, le quali formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime".

Il disconoscimento della conformità di una delle riproduzioni menzionate nell'articolo 2712 c.c. ai fatti rappresentati non ha gli stessi effetti del disconoscimento previsto dall'articolo 215 comma 2 c.p.c., della scrittura privata, perché, mentre quest'ultimo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni (C.C. 6090/00; C.C. 11445/2006).

In sostanza, a fronte di un documento informatico privo di firma digitale, costituente comunque una rappresentazione meccanica (elettronica) di fatti o di cose, il disconoscimento, volto a rimuovere l'efficacia probatoria di detto documento, deve essere circostanziato e deve concernere la sua capacità rappresentativa della realtà e quindi la sua genuinità ed attendibilità (C.C. 9884/2005: "in ordine all'assunta contestazione dei dati del sistema informatico, è da osservare preliminarmente che, per l'art. 2712 c.c., la contestazione esclude il pieno valore probatorio della riproduzione meccanica, ove abbia per oggetto il rapporto di corrispondenza fra la realtà storica e la riproduzione meccanica (la conformità dei dati ai fatti ed alle cose rappresentate)" ed "ove la contestazione (con questo specifico contenuto) vi sia stata, la riproduzione, pur perdendo il suo pieno valore probatorio, conserva tuttavia il minor valore di un semplice elemento di prova, che può essere integrato da ulteriori elementi).

Nel presente giudizio, a fronte del disconoscimento operato da Ti., è stata comunque espletata CTU sia al fine di verificare l'esattezza dell'indirizzo web indicato nelle singole pagine stampate prodotte da SI., nel corso del giudizio, e la data di scaricamento dalla Rete Internet, ove possibile, sia di accertare il funzionamento del sito "(omissis)" e le modalità di pubblicazione delle opere di arte figurativa sul sito stesso.

Il consulente nominato, Ing. Gi.Ro., iscritto all'Albo dei consulenti in proprietà industriale, ha accertato che: 1) gli indirizzi web riportati sulle diverse pagine stampate, prodotte da SI., sono da considerarsi esatti e dunque provengono dalla sezione "(omissis)" del sito Ti.; 2) in riferimento alla data di scaricamento dalla rete Internet, mentre per le stampe prodotte da "copia cache" (vale a dire da files memorizzati su di un hard disk c.d. locale, corrispondenti alle pagine visitate durante la navigazione in Internet, salvate automaticamente dal sistema (omissis) in una particolare directory, denominata "(omissis)") non è possibile determinare la data di scaricamento (in quanto i files contenuti nella directory "cache" possono essere aperti e visualizzati anche successivamente, off-line, senza connessione ad Internet, pur permanendo, nei dettagli del file, l'indirizzo della posizione fisica originaria, cosicché la stampa può essere effettuata anche in data successiva all'ultimo accesso, ma sicuramente non anteriore) e per quelle "print-screen" (funzione del sistema che consente di salvare e/o stampare le immagini in quel momento disponibili sul video) la data di scaricamento è individuabile solo per le immagini che riproducono la data presente sulla pagina web, per le stampe effettuate on line, attraverso la funzione di stampa del browser, la data di scaricamento equivale alla data di stampa riportata sulla pagina stessa e quindi non vi sono dubbi sul fatto che, alla data riportata nelle stampe (2005, avendo il consulente esaminato, in particolare, la documentazione prodotta dall'attrice in sede di memoria ex art. 183 V comma c.p.c., depositata nell'aprile 2005), il contenuto delle pagine pubblicate on line fosse esattamente quello riprodotto, 3) quanto alla accessibilità attuale (all'epoca dell'espletamento dell'incarico da parte del consulente, nel 2006) delle stesse pagine web, una parte degli indirizzi è ancora raggiungibile e presenta lo stesso contenuto, altra parte degli indirizzi è ancora raggiungibile ma presenta diverso contenuto, un'ulteriore parte degli indirizzi non è più raggiungibile ed infine una cospicua parte degli indirizzi, se digitati in un browser di un PC collegato ad Internet, reindirizzano automaticamente su un "sito parallelo" "(omissis)", corrispondente alla versione "2005" del sito Ti., dove sono ancora ospitate le pagine web stampate dall'attrice e prodotte in questo giudizio (corrispondenti pertanto a files di immagini ancora

archivate sul server Ti.), il che comporta che, pur non essendo il vecchio sito ancora pubblicizzato è raggiungibile dai links attualmente presenti sul sito Ti., esso, a tutti gli effetti, esiste ancora on line, essendo consentita la navigazione, con accesso a tutti i contenuti ivi originariamente ospitati (peraltro il consulente ha evidenziato che il contenuto della pagina web è per sua natura "volatile", ragione questa per cui i files presenti in rete ed accessibili nel corso della verifica, potranno successivamente non essere più disponibili); 4) in ordine al funzionamento dell'attuale sezione "(omissis)" del sito Ti. (sotto sezione della sezione "(omissis)"), esso è una sorta di magazine che riporta notizie, articoli ed informazioni, relativamente ad artisti (della scultura e/o della pittura), mostre, musei, design, fotografia (essendo suddivisa in vari canali tematici, con collegamenti incrociati, per accedere direttamente a contenuti di pagine di altri canali: "(omissis)"), e che contiene numerose immagini riprodotte opere d'arte (utilizzate, in versione miniaturizzata, per identificare un artista o una specifica mostra, o come link ipertestuale, per accedere ad una pagina di approfondimento, o nell'ambito di vere e proprie gallerie, ad es. tutte le opere in mostra in una data mostra ovvero le principali opere di un dato artista); 5) alcune immagini sono pubblicate in un contesto di tipo giornalistico, unitamente ad articoli corrispondenti alle opere ed all'artista, ma le stesse immagini o altre vengono anche pubblicate in una "modalità più indipendente e decontestualizzate rispetto all'articolo" (ad es. le visualizzazioni tipo slide-show, in una finestra indipendente, senza altri contenuti, che consentono una sorta di presentazione automatica di tutte le immagini relative alle opere in mostra, riprodotte ed archiviate come files in formato "jpg" e facilmente scaricabili dall'utente navigatore) ovvero vengono anche utilizzate "come elemento base per proporre giochi per i navigatori, sempre a sfondo artistico" (basati sul principio di indovinare il titolo di un dipinto sulla base di uno o più indizi forniti, consistenti o nell'immagine raffigurante un particolare del dipinto o nell'immagine ottenuta come collage di due o più dipinti o nell'immagine riprodotte un dipinto ma elaborata con particolari filtri); 6) nel sito Ti. e nella sezione "(omissis)" sono anche presenti contenuti pubblicitari (c.d. banners).

Deve pertanto ritenersi documentalmente provato (doc.ti 8/16 allegati alla citazione, 456 documenti ed un CD Rom, allegati alla memoria ex art. 183 V comma c.p.c., 200 documenti e CD Rom, allegati alla memoria ex art. 184 c.p.c.) il fatto costitutivo allegato dall'attrice SI., vale a dire la riproduzione, ex art. 13 L.A., e la comunicazione al pubblico, ex art. 16 L.A., da parte di Ti., di opere dell'arte figurativa tutelate da SIAE, in assenza, pacificamente (non essendo tale dato in contestazione), di autorizzazione degli autori, dei loro aventi causa o di SI. (ad es. dei Ma.Ma., Ch., Pi., Kl., Mi., Mo., Sc. e dei pittori Wa., Si., Er; vedasi doc.to 5 ter, "Elenco generale degli artisti delle arti figurative, plastiche e fotografiche tutelati" - Sezione OL.).

In particolare, il consulente ha accertato che una consistente parte delle riproduzioni di opere dell'arte figurativa è utilizzata per creare gallerie monotematiche su un determinato artista, per inviare cartoline, consentendo all'utente di scaricare l'immagine, riprodurla, stamparla e ritrasmetterla, e per effettuare giochi, attraverso particolari o collage di immagini dei dipinti.

Va subito rilevato che tali riproduzioni hanno una evidente finalità commerciale o scopo lucrativo, dimostrata dalla presenza di diversi banners pubblicitari sulle pagine web del sito Ti. e nella sezione "(omissis)", e dunque, teoricamente, integrano una utilizzazione di opere dell'ingegno, nella loro forma espressiva, a mezzo di reti telematiche, per l'esercizio di un'attività economica, intesa come mezzo per la creazione di nuova ricchezza attraverso la produzione o lo scambio di servizi.

Invero, il caricamento di un'immagine di un'opera d'arte figurativa nella memoria di un PC (riproduzione in formato digitale di una copia dell'opera), collegato o meno alla rete, sia in via permanente nell'hard disk (da Internet, attraverso l'uploading, l'inserzione di contenuti, ed il downloading, lo scaricamento di dati) sia in via transitoria nella memoria RAM o "cache" di un computer, costituisce riproduzione ai sensi dell'art. 13 L.A., nel testo modificato dal d.lgs 68/2003, in attuazione della Direttiva CEE/01/29 (in quanto il diritto esclusivo dell'autore di riprodurre ha ad oggetto la "moltiplicazione in copie diretta ed indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera in qualunque modo o forma"), quale attività che prelude a molteplici utilizzazioni economiche dell'opera (quali la trasmissione a distanza, la distribuzione e la riproduzione ulteriore), in generale necessitanti del consenso del titolare del relativo diritto d'autore.

Oggetto del contendere è poi la verifica della ricorrenza o meno di una delle limitazioni specifiche, di natura eccezionale, ai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno, riconosciuti agli autori, contemplate negli artt. 65 e ss. L.A., come modificati per effetto dell'attuazione della direttiva CE/01/29, sul diritto d'autore nella società dell'informazione (che ha posto un lungo elenco di eccezioni e limitazioni, che gli Stati membri possono scegliere di adottare; in particolare, gli artt. 5.2, con riferimento al diritto esclusivo di riproduzione, e 5.3, con riferimento anche al diritto esclusivo di comunicazione al pubblico), con il d.lgs 68/2003, in considerazione della tutela di interessi costituzionalmente garantiti di rango pari o prevalente

rispetto a quello degli autori (di pubblica informazione, di diffusione della cultura, di libera discussione, di studio, di ricerca, di giustizia, etc. ..), precisamente della limitazione disciplinata dall'art. 65 comma 2° L.A., norma che attribuisce a terzi la facoltà di riprodurre l'opera dell'ingegno e di comunicarla al pubblico, senza il consenso del titolare del diritto, "in occasione di avvenimenti di attualità" ed "ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo".

Deve anzitutto rilevarsi che, sinora, la giurisprudenza ha per lo più escluso l'operatività, alle utilizzazioni in ambiente digitale, soprattutto on-line, delle limitazioni, di cui agli artt. 65 (comma 1) e ss. L.A., all'esclusiva dello sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno, in capo all'autore (A. Mi. 13/7/2000, AI. 201, 471, decisione confermata da A. Mi., 26/3/2002, AI., 2003, 799, e T. Ge. 12/7/2000, AI., 2001, 771, con riferimento all'attività di un'impresa rivolta alla riproduzione ed alla memorizzazione sistematica di articoli di giornali e riviste, in rassegne stampe elettroniche, per ritrasmetterle, in forme telematiche, ai propri clienti a far tempo dalla stessa mattina dell'uscita dei giornali in edicola o comunque senza una sensibile dilazione temporale rispetto alla prima pubblicazione del giornale o del periodico; T. Ro. 13/10/2004, AI. 2005, 564, con riferimento a fattispecie relativa all'inserzione su sito Internet di materiale tratto dal programma di una emittente televisiva), evidenziandosi la necessità di una interpretazione restrittiva delle norme sulle "utilizzazioni libere" (eccezionali e di stretta interpretazione, vedasi C.C. 2089/1997, C.Cost. 108/1995), oggi, a seguito delle modifiche di cui al d.lgs 68/2003, sulle "limitazioni ed eccezioni", in considerazione dello sviluppo della Rete Internet, che consente ormai ai privati la realizzazione di copie delle opere dell'ingegno, pressoché identiche agli originali, e la comunicazione delle stesse a terzi, in numero illimitato, in tempi rapidissimi e senza costi apprezzabili, nonché la riproduzione e la diffusione di messaggi in modo permanente e duraturo, con carattere di documentazione e non di mera informazione (T. Ro. 13/10/2004, ove si è affermato che "la liceità della ripubblicazione può essere senz'altro esclusa quando il compilatore della rassegna stampa - contenente peraltro servizi giornalistici della più varia natura - mantenga sul proprio sito l'articolo oltre il tempo strettamente necessario per realizzare la finalità di pubblica informazione di cui all'esaminato art. 65 LA", "per la creazione di una banca dati consultabile on line", non giustificata da alcun interesse generale).

Di recente, la Suprema Corte, pronunciando nella controversia Mi., già decisa dalla corte milanese, ha statuito (sentenza n. 20410 del 2006), con riguardo all'art. 65 L.A., che: 1) "La rassegna stampa fatta a scopo di lucro non è dalla legge esentata dalla protezione spettante all'autore ed all'editore dell'opera alla quale essa attinge. Pertanto, come ha ritenuto il giudice del merito, la L.A., art. 65 se da un canto per la considerazione della attualità degli articoli ne consente la libera riproducibilità in altre forme di pubblicazione, fa eccezione per il caso in cui il titolare dei diritti di sfruttamento se ne sia riservata, appunto, la riproduzione o la utilizzazione. E nel caso di specie tale riserva espressa è pacifica, in quanto accertata articolo per articolo dal giudice del merito, con affermazione non contestata"; 2) "la rassegna stampa distribuita a scopo di lucro rientra anche nella forma di sfruttamento, di cui all'art. 101 L.A., giacché realizza una vendita del prodotto offerto al mercato dall'editore dell'opera riprodotta, in tutto o in parte, con caratteristiche parassitarie"; 3) "viene in rilievo il corretto rapporto tra il monopolio di sfruttamento dell'opera che spetta all'autore ed il diritto di altri soggetti, possibili ovvero potenzialmente titolari di diritti di utilizzazione sulla stessa opera, che non configgano con il predetto, legittimo, monopolio. La legge infatti, proteggendo l'opera di autore anche nel suo contenuto economico, consente solo all'autore (in questo caso s'è detto, all'editore) di cedere lo sfruttamento ovvero di consentire che altri vi partecipino. Fino a che dura la protezione dell'autore ogni atto a difesa del medesimo da eventuali aggressioni, ed ogni atto di esercizio dello stesso, coerente con la sua funzione economica, non può configurarsi come abusivo".

La Direttiva CE/29/01 contempla, all'art. 5.1, anzitutto l'esenzione dal diritto esclusivo di riproduzione, riservato in generale agli autori, unica obbligatoria per gli Stati membri, in riferimento agli "atti di riproduzione temporanea di cui all'art. 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario; b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali".

Ora, con riguardo alla prima ipotesi, che qui interessa, di trasmissione effettuata tra terzi con l'intervento di un intermediario, vale a dire le compagnie telefoniche e gli Internet provider, essa si riferisce alla ipotesi delle copie di opere transitorie automaticamente realizzate sui loro server, nel corso del processo di trasmissione attivato da terzi, che si avvalgono dei servizi di tali operatori, ma non opera relativamente agli intermediari che, non limitandosi ad intervenire per prestazioni di servizi di mero trasporto di dati, danno origine alla trasmissione o modificano i contenuti del materiale trasmesso, vale a dire svolgono anche attività

di fornitori di contenuti (content provider), o mettono a disposizione degli utenti degli spazi (hosting provider).

Infatti in questo caso, le copie di opere o di altri materiali protetti non hanno carattere di vere e proprie memorizzazioni temporanee (perché mantenute sui server dell'intermediario) ed hanno un valore economico proprio, in quanto servono ad arricchire il materiale contenuto nel sito ed ad agevolare, nel corso della consultazione da parte dell'utente, la trasmissione di materiale messo a disposizione dallo stesso content provider o di informazioni prelevate da altri siti, tramite link collocati nel sito da cui origina la trasmissione.

Tali riproduzioni dunque possono essere svolte solo se esplicitamente o implicitamente consentite dal titolare o liberalizzate da altre norme.

Ti. svolge, per quanto qui interessa, attività di content provider, avendo pacificamente provveduto a realizzare, con propri contenuti, il sito "arte", oggetto di causa. Inoltre la stessa convenuta ha già sottoscritto una licenza SI. per la riproduzione e la comunicazione on line delle opere del repertorio musicale SI., qualificandosi come titolare del sito e content provider.

Il secondo ed il terzo comma dell'art. 5 contemplano poi una serie di eccezioni e limitazioni al diritto esclusivo di riproduzione e di comunicazione al pubblico, riconosciuto all'autore, che gli Stati membri hanno facoltà di introdurre, tra i quali rientrano i casi (lette) della "riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica, politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore" o "dell'utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità la fonte, incluso il nome dell'autore", disposizione quest'ultima che involge specificamente la prevalenza del diritto di cronaca sull'interesse dell'autore di opera dell'ingegno.

L'ultimo comma dell'art. 5, norma di chiusura, prevede che le suddette eccezioni e limitazioni possano essere applicate "esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare", criterio questo che implica di non includere, nelle limitazioni alle esclusive del diritto d'autore, le riproduzioni a scopo commerciale, non rivolte esclusivamente alla circolazione delle informazioni.

L'art. 5 comma 3°, lett. c), della direttiva comunitaria 29/2001, trovasi riprodotto nel nuovo testo dell'art. 65 comma 2° LA.

Ora, la legittimità dell'utilizzo dell'opera, senza il consenso dell'autore e senza il pagamento di un compenso, in tale ipotesi, presuppone, da un lato, la non ricorrenza di uno scopo commerciale immediato e la non interferenza con il diritto di utilizzazione economica del titolare dei diritti d'autore e, dall'altro lato, l'attualità del diritto di cronaca e dello scopo informativo, cosicché deve comunque ritenersi preclusa la conservazione di resoconti di cronaca, attinenti ad opere o altri materiali protetti, in Rete, in una sorta di archivio virtuale, in quanto in tal modo si attua, anziché una forma di circolazione temporanea dell'informazione, una forma di circolazione permanente, con passaggio dall'esercizio del diritto di cronaca all'attività di documentazione.

Alla luce delle suddette considerazioni, deve ritenersi che la riproduzione di opere dell'arte figurativa, tuttora protette (come da doc.to 5 ter. atti attrice), effettuata da Ti., non possa rientrare nelle esenzioni contemplate dalla Direttiva 29/01 e dall'art. 65 L.A. Invero mancano i presupposti imprescindibili della citazione a carattere temporaneo ed attuale di un'opera, nel contesto di un resoconto di una mostra o di un'esposizione di opere d'arte in corso, e della sussistenza di un mero scopo informativo, in quanto le riproduzioni molteplici di opere in formato digitale sono conservate nel sito "(omissis)" per più giorni (e sono anzi consultabili dopo anni, essendo conservate nella memoria del server di cui è titolare Ti., attraverso il reindirizzamento automatico su un "sito parallelo", "(omissis)", corrispondente alla versione "2005" del sito Ti., come accertato dal consulente), allorché non vi è alcuna attualità dell'avvenimento narrato, sono spesso decontestualizzate rispetto all'articolo di tipo informativo (ad es. le visualizzazioni tipo slide-show ovvero quelle utilizzate per giochi interattivi o per riprodurre le opere in cartoline), hanno ad oggetto interi repertori e perseguono uno scopo lucrativo (dimostrato dalla inserzione, nella pagina web, di annunci pubblicitari), che si pone in evidente concorrenza con i diritti di sfruttamento economico del legittimo titolare.

Rileva anche il Collegio che Ti., quale conterà provider, titolare del sito "(omissis)", allocato sul server Ti. S.p.A., aveva, nel 2001, sottoscritto con la SI. un contratto di licenza per l'autorizzazione alla diffusione on line di opere appartenenti al repertorio musicale tutelato, in altra Sezione, da SI.

In detto contratto, all'art. 10, il licenziatario si impegnava a richiedere a SI. le necessarie autorizzazioni per l'utilizzo delle altre opere protette ed, in particolare, di quelle comprese nella Sezione OL. della SI.

Di conseguenza, accertato l'illecito utilizzo, da parte della società Ti., di opere dell'arte figurativa, tutelate dalla L. 633/1941, attraverso la loro riproduzione nella sezione "(omissis)" del sito Internet Ti. e la conseguente comunicazione al pubblico, al di fuori dell'attualità del diritto di cronaca e per scopi commerciali, va inibita alla convenuta la prosecuzione dell'illecito, con ordine di immediata rimozione delle opere in contestazione, e qualsiasi ulteriore utilizzazione di opere dell'arte figurativa tutelate dalla SI., senza la previa necessaria licenza.

A supporto della disposta inibitoria, va fissata, ex art. 163 L.A., una penale, per ogni giorno di violazione, quantificata nella somma di Euro 516,45.

Con riguardo poi alla domanda di condanna della convenuta al risarcimento dei danni, indubbiamente la SI. ha risentito, per effetto della condotta illecita di Ti., di un danno patrimoniale, stante il mancato incasso di diritti d'autore, quale organo di gestione collettiva di tali diritti, riconosciuto ex lege come avente la facoltà di rappresentare gli autori di opere dell'arte figurativa, ex art. 67 L.A., e di un danno morale in proprio, quale Ente pubblico esponenziale della categoria, trattandosi di fatto lesivo dell'immagine dell'ente, soprattutto nella considerazione da parte dei consociati (con riguardo all'espletamento di ogni attività a tutela dei diritti esclusivi degli autori), e di illecito civile astrattamente integrante anche illecito penale, ex artt. 171 e ss. L.A.

Tale complessivo danno, tenuto conto del consistente numero di opere dell'arte figurativa riprodotte (in soli sei giorni, tra l'aprile 2004 ed il gennaio/marzo 2005, ben 335 opere), dell'ampio arco temporale di protrazione della condotta illecita (dal 2004, per quanto emerso in questo giudizio), del c.d. giusto prezzo del consenso, ex art. 158 L.A., che SI. avrebbe potuto percepire da Ti. con il rilascio della necessaria licenza (come da "Tabella dei compensi e tipologia del sito Internet", all.to 1 memoria ex art. 183 V comma c.p.c.), maggiorato della penale applicata di regola da SI. per le ipotesi di utilizzazione abusiva, va pertanto stimato, in via equitativa, in Euro 30.000,00, per il danno patrimoniale, ed in Euro 10.000,00, per il danno morale.

La convenuta Ti. va pertanto condannata al risarcimento dei danni, patrimoniale d'autore e morale, in via equitativa, e quindi al pagamento della somma complessiva, ai valori attuali, di Euro 40.000,00.

Trattandosi di debito di valore, dato che il risarcimento del danno per equivalente ha la funzione di porre il patrimonio del danneggiato nello stesso stato in cui si sarebbe trovato senza l'evento lesivo ed è quindi diretto ad una effettiva reintegrazione del patrimonio medesimo, su detta somma sono altresì dovuti i c.d. interessi compensativi, dalla data del fatto illecito accertato (2004) alla data della presente sentenza, in quanto deve essere remunerato il creditore per il mancato godimento della somma suddetta.

Trattandosi in definitiva di una voce di danno, secondo le Sezioni Unite del 17/2/1995 n. 1712, la relativa prova può essere offerta dalla parte e riconosciuta dal giudice, mediante criteri presuntivi ed equitativi; il tasso di tali interessi non necessariamente deve essere quello legale, ma "deve essere tale da rimpiazzare il mancato godimento delle utilità che avrebbe potuto dare il bene perduto". In ogni caso gli interessi "non possono essere fatti decorrere dalla data dell'illecito ed essere calcolati sulla somma liquidata per il capitale e definitivamente rivalutata", ma devono essere calcolati sugli importi parziali della "somma capitale", rivalutata di anno in anno, fino alla data della sentenza. Ora, considerata l'epoca dell'illecito, la qualità e la condizione personale del creditore e le caratteristiche della fattispecie concreta, appare congruo liquidare per tal voce di danno un interesse medio del 2,64% (quale coefficiente inferiore tra il rendimento medio dei titoli di stato ed la media degli interessi legali relativi all'anno dell'illecito), in via equitativa.

In conclusione, la convenuta va condannata al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, cagionati all'attrice SI., e quindi al pagamento della somma complessiva di Euro 40.000,00, ai valori attuali, oltre interessi al tasso medio del 2,64% calcolati, dall'aprile 2004 ad oggi, sul capitale originario, devalutato e poi rivalutato anno per anno, ed interessi legali, dalla presente pronuncia al saldo per la mora.

Deve disporsi, ai sensi dell'art. 166 L.A., la pubblicazione del dispositivo della presente sentenza, a caratteri doppi, sui quotidiani, "Il." e "Re.", a cura dell'attrice ed a spese della convenuta, entro il termine di un

mese, assolvendo tale misura ad un'autonoma funzione riparatoria dei danni già verificatisi ed ad una funzione preventiva rispetto a quelli che potrebbero verificarsi in futuro, anche laddove gli effetti dell'atto dannoso siano già cessati e non sussista il pericolo di una loro ripetizione (C.C. 5462/1982).

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, Sezione Specializzata nella materia della Proprietà Industriale ed Intellettuale, definitivamente pronunciando, sulla domanda promossa dalla SI., in persona del legale rappresentante p.t., con atto di citazione notificato il 30/8 - 10/9/2004, nei confronti della Ti. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., nel contraddittorio delle parti, così provvede:

I) in accoglimento delle domande attrici, accertato l'illecito utilizzo, da parte della società Ti., di opere dell'arte figurativa, tutelate dalla L. 633/1941, attraverso la loro riproduzione nella sezione "(omissis)" del sito Internet Ti. e la conseguente comunicazione al pubblico, al di fuori dell'attualità del diritto di cronaca e per scopi commerciali, inibisce alla convenuta la prosecuzione dell'illecito, con ordine di immediata rimozione dal sito Internet delle immagini delle opere in contestazione, e qualsiasi ulteriore utilizzazione di opere dell'arte figurativa tutelate dalla SI., senza la previa necessaria licenza, fissando, a titolo di penale, la somma di Euro 516,45, per ogni giorno di violazione della disposta inibitoria;

II) condanna la convenuta al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, cagionati all'attrice SI., e quindi al pagamento della somma complessiva di Euro 40.000,00, ai valori attuali, oltre interessi al tasso medio del 2,64% calcolati, dall'aprile 2004 ad oggi, sul capitale originario, devalutato e poi rivalutato anno per anno, ed interessi legali, dalla presente pronuncia al saldo per la mora;

III) dispone la pubblicazione del dispositivo della presente sentenza, a caratteri doppi, sui quotidiani, "Il." e "Re.", a cura dell'attrice ed a spese della convenuta, entro il termine di un mese;

IV) condanna la convenuta al rimborso delle spese processuali in favore dell'attrice, liquidate, giusta notula, in complessivi Euro 3.176,66, di cui Euro 1.760,00 per onorari, Euro 1.089,00 per diritti, Euro 327,66 per esborsi, oltre rimborso forfetario spese generali, IVA e CAP come per legge e spese di C.T.U., come liquidate dal G.I. con decreto del 1/6/2006.

Così deciso in Roma il 28 febbraio 2008.
Depositata in Cancelleria il 22 aprile 2008.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale della Puglia,
I Sezione di Lecce, composto dai signori magistrati:

Aldo Ravalli Presidente

Luigi Viola Consigliere relatore

Ettore Manca Primo Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 139/2007 proposto dalla ... (Alfa.) s.r.l. in persona del legale rappresentante Dott. Ennio De Leo, rappresentata e difesa dall'Avv. Pietro Nicolardi, come da mandato a margine del ricorso, presso lo studio dello stesso in Lecce, piazza Mazzini n. 72, elettivamente domiciliato
contro

Beta s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, in virtù di mandato a margine dell'atto di costituzione in giudizio rilasciato dall'Avv. Andrea Parrella in virtù di procura institoria 21 febbraio 2005 per Notaio Andrea Castellini di Roma, rep. n. 69156, dagli Avv. Paolo Carbone e Francesco Flascassovitti, presso lo studio dell'ultimo in Lecce, via 95° Reggimento Fanteria n. 1 elettivamente domiciliata

per l'annullamento

del provvedimento 27.11.2006 prot. DOT/LC.PIMC 324 06 IP RG con il quale Beta s.p.a. ha comunicato alla ricorrente l'annullamento della gara a procedura negoziata UTRMP.SM/332 prot. n. 493 del 22.5.2006 per l'affidamento della ""manutenzioneed eventuale bonifica per 10 carrozze Z1 con opzione per ulteriori 5""; nonché di ogni atto presupposto, connesso o comunque collegato;

per l'accertamento

dell'avvenuta formazione del contratto, relativamente alla gara di cui sopra, tra Beta s.p.a. e la ricorrente;

e per il risarcimento

dei danni derivanti dall'esecuzione degli atti impugnati;

e, a seguito dei motivi aggiunti depositati in data 19 maggio 2007,

per l'annullamento

del provvedimento 5.4.2007 DTAI/LCC.PIC 0159 RG con il quale Beta s.p.a. ha riesaminato l'intera fattispecie, confermando la revoca della gara a procedura negoziata UTRMP.SM/332 prot. n. 493 del 22.5.2006 per l'affidamento della ""manutenzione ...ed eventuale bonifica per 10 carrozze Z1 con opzione per ulteriori 5""; nonché di ogni atto presupposto, connesso o comunque collegato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti depositati in data 19 maggio 2007;

Visto l'atto di costituzione di Beta s.p.a.;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 23 gennaio 2008 la relazione del Consigliere Dott. Luigi Viola e uditi altresì, l'Avv. Pietro Nicolardi per la ricorrente e l'Avv. Francesco Flascassovitti, anche in sostituzione dell'Avv. Paolo Carbone, per Beta s.p.a.;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con nota UTRMP.SM/332 prot. n. 493 del 22.5.2006, Beta s.p.a. indicava una procedura negoziata ai sensi dell'art. 15, 3° comma del d.lgs. 158 del 1995 per l'affidamento della ""manutenzione ciclica di ROC per n. 10 carrozze Z1 con l'opzione per ulteriori cinque, per un importo complessivo presunto di € 540.000,00""; la ricorrente partecipava alla procedura presentando un'offerta che prevedeva un ribasso complessivo del 13, 21% (derivante dal ribasso del 12,21% già contenuto nella domanda di partecipazione alla procedura e dall'ulteriore ribasso dell'1% offerto con la successiva nota del 2.8.2006).

In data 28 agosto 2006, Beta s.p.a. comunicava alla ricorrente l'accettazione provvisoria dell'offerta in questione, sulla base della proposta migliorativa del 2.8.2006 e invitava la stessa a procedere agli adempimenti previsti dall'art. 8 delle Condizioni generali di contratto per gli appalti delle forniture del Gruppo F.S. (esibizioni delle certificazioni idonee a dimostrare la presenza dei requisiti di ordine morale e di idoneità

previsti dalla normativa; certificazioni antimafia; prestazione delle garanzie previste dall'art. 10 delle citate condizioni generali di contratto; presentazione ed approvazione del Piano di Gestione della Fornitura) e necessari per l'aggiudicazione definitiva del contratto.

In data 31 ottobre 2006, la ricorrente riceveva, per e-mail, una comunicazione che individuava le dieci carrozze oggetto di manutenzione e preannunciava l'arrivo delle stesse, in diversi scaglioni, in un periodo intercorrente tra il 3 e il 24 novembre 2006.

Con provvedimento 27.11.2006 prot. DOT/LC.PIMC 324 06 IP RG, Beta s.p.a. comunicava però alla ricorrente l'annullamento della gara a procedura negoziata UTRMP.SM/332 prot. n. 493 del 22.5.2006, sulla base della seguente motivazione: ""per sopperire al fermo di veicoli Z1 di I classe già scaduti ma necessari nella nuova programmazione di treni IC, la manutenzione ciclica di ROC di cui alla gara in oggetto, tenuto anche conto dei fermi previsti per la loro effettuazione c/o l'IP, è stata pianificata nelle OMC di Beta ove è già in corso di svolgimento....(pertanto) non risulta più necessario dare corso all'affidamento a terzi della manutenzione dei suddetti rotabili"".

Il provvedimento di annullamento era impugnato dalla ricorrente per: 1) violazione dell'art. 8 delle condizioni generali di contratto per gli appalti di forniture delle società del gruppo FS e delle norme in materia di procedimento di gara; 2) falsa ed erronea presupposizione, violazione dei principi in materia di formazione dei contratti nelle procedure di gara; 3) violazione artt. 7 e 8 l. 241 del 1990; 4) violazione dell'art. 21 nonies della l. 241 del 1990; 5) violazione dell'art. 21 quinquies della l. 241 del 1990; 6) violazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006; con il ricorso la ricorrente chiedeva altresì l'accertamento dell'avvenuta formazione del contratto in questione e il risarcimento dei danni derivanti dal provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione del contratto.

Si costituiva Beta s.p.a., controdeducendo sul merito del ricorso e formulando eccezione preliminare di difetto di giurisdizione.

Alla camera di Consiglio del 7 marzo 2007, la Sezione accoglieva, con l'ordinanza n. 227/07, l'istanza cautelare presentata da parte ricorrente, ""ai fini del congruo e compiuto esame dei presupposti della revoca della gara come precisati in motivazione"".

Con provvedimento 5.4.2007 DTAI/LCC.PIC 0159 RG, Beta s.p.a. riesaminava l'intera fattispecie, a seguito dell'ordinanza cautelare della Sezione e confermava la revoca della procedura di gara in questione, sulla base di una motivazione più articolata; in particolare, la motivazione apposta al nuovo provvedimento di revoca confermava la necessità di "internalizzare" la manutenzione già affidata alla ricorrente a seguito di ""una significativa e non prevedibile carenza di disponibilità di vetture di I classe della tipologia a 200 km/h (Z1 e Gran Confort) ...determinato da ritardi nella restituzione all'esercizio delle carrozze della suddetta tipologia comprese in progetti di ristrutturazione in corso"" ed aggiungeva ulteriori considerazioni desunte dal Piano della Qualità della prestazione presentato dalla ricorrente (che avrebbe prospettato modalità di restituzione delle carrozze oggetto di manutenzione e di realizzazione dell'intervento, tali da non garantire il rispetto dei tempi di effettuazione dell'intervento).

Il nuovo provvedimento di revoca era impugnato dalla ricorrente, con motivi aggiunti regolarmente notificati e depositati in data 19 maggio 2007, per: 1) illegittimità derivata; 2) illegittimità propria, violazione art. 1 e 21 quinquies l. 241 del 1990, inottemperanza all'ordinanza del T.A.R. Lecce n. 227 del 2007, violazione dell'art. 8 delle condizioni generali di contratto per gli appalti di forniture delle società del gruppo FS e delle norme in materia di procedimento di gara; 3) falsa ed erronea valutazione degli elementi di fatto e di diritto, violazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere, inottemperanza all'ordinanza del T.A.R. Lecce n. 227 del 2007.

Alla camera di Consiglio del 13 giugno 2007, la Sezione accoglieva, con l'ordinanza n. 538/07, l'istanza cautelare presentata da parte ricorrente, dichiarando l'obbligo di Beta s.p.a. di procedere all'esecuzione del contratto di appalto; con ordinanza 13 luglio 2007 n. 3727/07, la VI Sezione del Consiglio di Stato annullava però il pronunciamento cautelare della Sezione e rigettava l'istanza cautelare proposta in primo grado.

All'udienza del 23 gennaio 2008 il ricorso passava quindi in decisione

DIRITTO

In via preliminare, la Sezione deve rilevare l'assoluta infondatezza dell'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa di Beta s.p.a.; la presente controversia attiene, infatti, alla contestazione della legittimità del provvedimento di annullamento/revoca dell'aggiudicazione del contratto e non all'esercizio di un (presunto) diritto di recesso dal contratto intercorrente tra la ricorrente e Beta.

Siamo pertanto in presenza di un fattispecie sicuramente riportabile all'emanazione di un provvedimento autoritativo che incide, secondo la logica del contrarius actus, su una precedente determinazione di aggiudicazione del contratto e che è stata chiaramente riportata, dalla giurisprudenza che si è occupata della problematica (Consiglio Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4854; T.A.R. Marche 4 aprile 2006, n. 125), ad una posizione soggettiva di interesse legittimo ricadente nella giurisdizione esclusiva in materia di formazione dei contratti pubblici prevista dall'art. 6, 1° comma della l. 21 luglio 2000 n. 205 (oggi trasfuso nell'art. 244, 1° comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163); il fatto che il provvedimento di annullamento/revoca

dell'aggiudicazione incida (secondo il tradizionale collegamento tra provvedimento e contratto, proprio dei procedimenti di evidenza pubblica) su un vincolo contrattuale (come si vedrà) già formato, non modifica, quindi, la natura sostanziale del potere che si sostanzia nel puro riesame del provvedimento autoritativo di aggiudicazione precedentemente emanato e non nell'esercizio di un presunto (ed in realtà inesistente) diritto di recesso dal vincolo negoziale.

Venendo all'esame del merito del ricorso, deve poi rilevarsi come l'impugnazione originaria, proposta con riferimento al primo provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione (in particolare, si tratta dell'atto 27.11.2006 prot. DOT/LC.PIMC 324 06 IP RG) adottato da Beta s.p.a. debba essere dichiarata improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse; a seguito della concessione della tutela cautelare da parte della Sezione (T.A.R. Puglia Lecce sez. I, ord. 7.3.2007 n. 227/07), la resistente ha infatti riesaminato la problematica, emanando un nuovo provvedimento di revoca dell'aggiudicazione che sostituisce completamente il precedente atto di autotutela e che è stato impugnato dalla ricorrente con i motivi aggiunti depositati in data 19 maggio 2007.

La decisione dei motivi aggiunti richiede poi una preliminare ricostruzione delle vicende relative alla formazione del contratto in questione.

La lettera di invito UTRMP.SM/332 prot. n. 493 del 22.5.2006, conteneva una disciplina della formazione del contratto che riproduceva sostanzialmente i contenuti dell'art. 8 delle Condizioni generali di contratto per gli appalti delle forniture del Gruppo F.S.; in particolare, la lettera di invito prevedeva un fase di aggiudicazione articolata sui seguenti principi;:

1) una prima fase, in cui la Stazione appaltante comunicava al partecipante l' "accettazione provvisoria dell'offerta" (in termini più decisamente pubblicistici, potremmo dire l'aggiudicazione provvisoria della procedura);

2) una successiva fase in cui l'aggiudicatario provvisorio era onerato del deposito delle certificazioni necessarie per la definitiva conclusione del contratto e del cd. Piano della Qualità della prestazione;

3) una terza fase in cui la Stazione appaltante, dopo la verifica positiva in ordine al possesso dei requisiti per la stipulazione del contratto, comunicava all'interessato l' "accettazione definitiva dell'offerta" (la cd. aggiudicazione definitiva);

4) in ogni caso, la conclusione del contratto non era sottoposta all'obbligo di riproduzione delle dichiarazioni delle parti in unico atto pubblico, essendo possibile la formalizzazione del contratto "con la forma di corrispondenza commerciale" (vale a dire, mediante scambio di proposta e accettazione, anche non contestuali) e, soprattutto, intendendosi concluso il contratto "con il ricevimento da parte del concorrente migliore offerente della comunicazione scritta dell'intervenuta aggiudicazione definitiva".

In un primo momento, il procedimento di formazione del contratto previsto dalla lettera di invito era seguito da Beta s.p.a.; la nota 28 agosto 2006, DA. UTA. RGR 332 prot. n. 724 recava, infatti, la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria della procedura ed invitava la ricorrente all'esibizione della documentazione necessaria per l'aggiudicazione definitiva, espressamente subordinata alla definizione del subprocedimento di verifica del possesso dei requisiti necessari per la positiva conclusione della procedura previsto dalla lettera di invito e dall'art. 8 delle condizioni generali di contratto per gli appalti delle forniture del Gruppo F.S.

Successivamente e quando ormai la ricorrente aveva proceduto al deposito della documentazione richiesta con la nota di aggiudicazione provvisoria, Beta s.p.a. si allontanava dallo schema procedurale previsto dalla lettera di invito; piuttosto che comunicare alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della procedura d'appalto, la resistente inviava infatti alla ricorrente, in data 31 ottobre 2006, una e-mail che individuava già precisamente, attraverso il numero di matricola, le dieci carrozze oggetto di manutenzione e preannunciava l'arrivo delle stesse, in diversi scaglioni, in un periodo intercorrente tra il 3 e il 24 novembre 2006.

A questo proposito, la Sezione non può mancare di rilevare come la citata e-mail (mai disconosciuta dalla difesa della resistente e quindi da considerarsi imputabile a Beta s.p.a.), presupponga la positiva conclusione delle verifiche previste dalla lettera di invito e, quindi, assuma il valore sostanziale dell'esternazione della positiva volontà della Stazione appaltante in ordine all'accettazione definitiva della proposta contrattuale della ricorrente.

Del resto, si tratta solo di applicare i tradizionali principi in materia di conclusione "tacita" del contratto (mediante compimento di un atto successivo, come l'individuazione delle carrozze oggetto di manutenzione, che presuppone ed estrinseca all'esterno la volontà della parte di concludere il contratto) ad una fattispecie in cui, per espressa previsione della lettera di invito, era possibile la conclusione del contratto con la forma della corrispondenza commerciale e non era quindi necessaria la consacrazione delle volontà negoziali in unico atto riproduttivo.

A decorrere dalla ricezione dell'e-mail del 31 ottobre 2006, il contratto tra Beta s.p.a. e la resistente era pertanto da ritenersi definitivamente perfezionato, non essendo più possibili tardivi "ripensamenti" della Stazione appaltante che dovevano trovare espressione all'interno di una fase ormai definitivamente conclusa con l'invio alla Alfa. di una comunicazione che presupponeva (ed estrinsecava tacitamente) la conclusione definitiva del contratto.

Venendo alla legittimità del provvedimento di revoca impugnato con i motivi aggiunti depositati in data 19 maggio 2007, la Sezione deve rilevare come, anche aderendo alla tesi che ritiene possibile procedere all'annullamento in sede di autotutela della delibera di aggiudicazione dopo la formazione del vincolo negoziale (in questo senso, si veda Consiglio Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456), l'esercizio del potere di autotutela da parte di Beta s.p.a. nella fattispecie concreta sia certamente viziato sotto il profilo della legittimità.

La resistente pone a base della revoca da ultimo intervenuta due circostanze giustificative, costituite:

1) dalla imprevista necessità di "internalizzare" la manutenzione già affidata alla ricorrente, a seguito di una "significativa e non prevedibile carenza di disponibilità di vetture di I classe della tipologia a 200 km/h (Z1 e Gran Confort) ...determinata da ritardi nella restituzione all'esercizio delle carrozze della suddetta tipologia comprese in progetti di ristrutturazione in corso";

2) da una sostanziale valutazione negativa del Piano della Qualità della prestazione presentato dalla ricorrente che avrebbe evidenziato due aspetti problematici (il luogo di restituzione delle carrozze oggetto di manutenzione e la tempistica di lavorazione) tali da non rendere credibile il rispetto dei tempi fissati per la piena operatività delle carrozze revisionate.

A questo proposito, la Sezione non può mancare di rilevare come la citata e-mail del 31 ottobre 2006 permetta di risolvere agevolmente le due problematiche.

In primo luogo, deve infatti rilevarsi come la documentazione depositata in giudizio dalla difesa della resistente Beta s.p.a. non abbia dimostrato l'unico fatto rilevante nella presente fattispecie, costituito dall'avvenuta "internalizzazione" della manutenzione delle carrozze precisamente individuate (tramite numero di matricola) nella e-mail del 31 ottobre 2006 (che ha quindi integrato il contenuto contrattuale, individuando precisamente le carrozze oggetto di manutenzione e i tempi di consegna) e non di altre carrozze che nulla hanno a che vedere con la presente vicenda; in altre parole, il fatto che Beta s.p.a. abbia operato un massiccio ricorso all'internalizzazione della manutenzione nel periodo in riferimento non può esplicitare effetti su una vicenda che riguarda alcune carrozze precisamente individuate e rispetto alle quali manca del tutto la prova che la manutenzione sia stata effettuata negli stabilimenti della resistente o sia stata comunque effettuata.

Anche per quello che riguarda la valutazione del Piano della Qualità della prestazione presentato dalla ricorrente, quanto sopra argomentato in ordine al momento di conclusione del contratto (riportato alla ricezione della e-mail del 31 ottobre 2006) permette di rilevare come si tratti di valutazioni che dovevano trovare espressione nella fase precedente l'aggiudicazione definitiva e quindi di problematiche che non possono essere più ridiscusse, una volta che il contratto si sia definitivamente perfezionato, anche se in forma tacita.

In definitiva, i motivi aggiunti depositati in data 16 maggio 2007 devono essere accolti e deve essere disposto l'annullamento del provvedimento 5.4.2007 DTAI/LCC.PIC 0159 RG con il quale Beta s.p.a. ha revocato la gara a procedura negoziata, indetta con la lettera-invito UTRMP.SM/332 prot. n. 493 del 22.5.2006 e definitivamente aggiudicata alla ricorrente.

L'annullamento della delibera di revoca ripristina sotto ogni aspetto il vincolo negoziale esistente tra le parti a seguito della definitiva conclusione del contratto in questione e permette quindi la piena soddisfazione dell'interesse della ricorrente per effetto dell'adempimento contrattuale o della proposizione degli ordinari strumenti avverso l'inadempimento contrattuale; del resto, l'azione risarcitoria dedotta in giudizio, in quanto attinente ad un vincolo contrattuale ormai perfezionato tra le parti, non rientrerebbe comunque nella giurisdizione del Giudice amministrativo ma dell'A.G.O. (in questo senso, Consiglio Stato, sez. V, 14 giugno 2004, n. 3819) e la stessa ricorrente non prospetta alcun danno (come, ad es., il danno da ritardo nell'esecuzione della prestazione) indipendente dall'interesse "finale" ad eseguire la prestazione che è inglobato nel vincolo contrattuale e deve quindi seguirne le sorti, sia per quello che riguarda la giurisdizione, sia per quello che riguarda le modalità di tutela.

Le spese di giudizio devono essere poste a carico della resistente e liquidate, in mancanza di nota spese, in complessivi € 4.000,00 (quattromila).

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Puglia, I Sezione di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa:

- dichiara improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso;
- accoglie, come da motivazione, i motivi aggiunti depositati in data 19 maggio 2007 e, per l'effetto, dispone l'annullamento del provvedimento 5.4.2007 DTAI/LCC.PIC 0159 RG;
- rigetta l'azione risarcitoria proposta dalla ricorrente.

Condanna l'Amministrazione resistente alla corresponsione in favore del ricorrente della somma di € 4.000,00 (quattromila), a titolo di spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita ad opera dell'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce, in camera di consiglio il 23 gennaio 2008.

Aldo Ravalli - Presidente
Luigi Viola - Consigliere Estensore

Pubblicata mediante deposito
in Segreteria il 21 febbraio 2008