SALVO DELL'ARTE

DIRITTO DELL'IMMAGINE NELLA COMUNICAZIONE D'IMPRESA E NELL'INFORMAZIONE

APPENDICI

Immagini
(pp. 1-21)

Normativa
(pp. 22-256)

Giurisprudenziale
(pp. 257-656)

UTET
GIURIDICA

© 2014 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione Giuridica:
Corso Lombardia, 69 – 10099 San Mauro Torinese (TO)
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkigiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-1164-0

APPENDICI

Appendice delle immagini

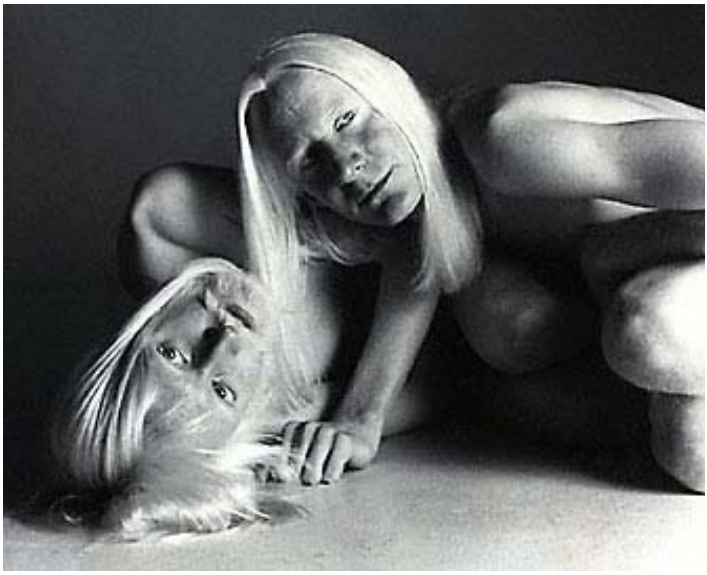


Figura 1 – Winter Brothers foto di Richard Avedon

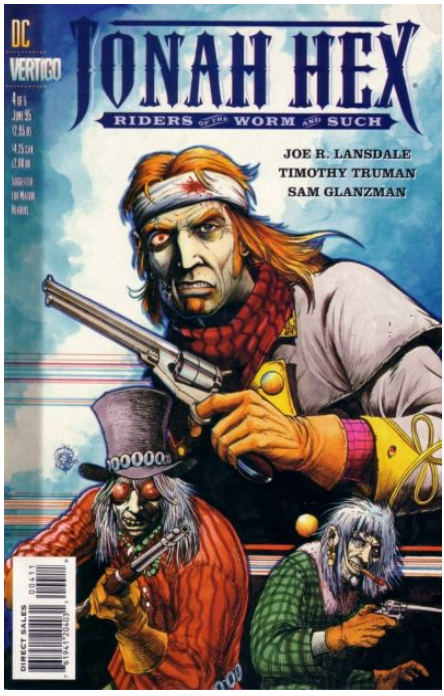


Figura 2 – Copertina "Jonah Hex" n. 4



Figura 3 – Alfred Hitchcock



Figura 4 – Campagna pubblicitaria Esselunga



Figura 5 – Parodia campagna Esselunga



Figura 6 – Manifesto film Mr. Crocodile Dundee



Figura 7 – McLaren di Lothar Motschenbacher



Figura 8 – Zidane e Materazzi



Figura 9 - © Robert Doisneau / Rapho / Eyedea / Contrasto



Figura 10 - © Ph. Alfred Eisentaedt
Time & Life Pictures / Getty Images



Figura 11 – Disclaimer sito



Figura 12 - © Larry Fink



Figura 13 – Jacqueline Onassis



Figura 14 – Barbara Reynolds

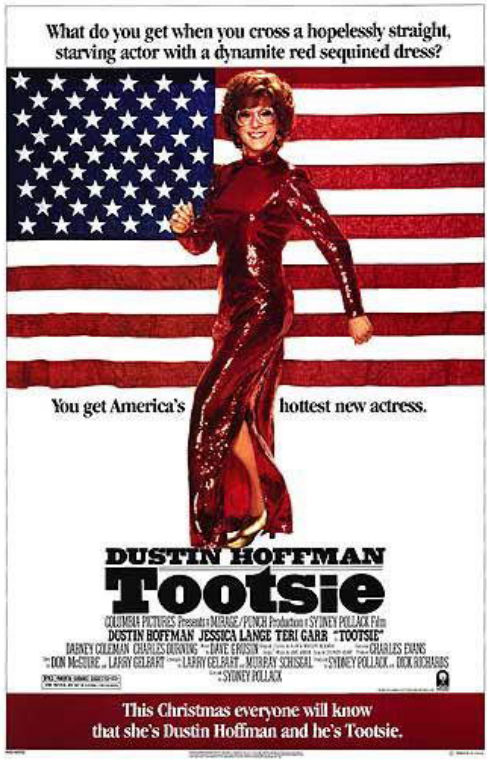


Figura 15 – Locandina del film "Tootsie"



Figura 16 – Hoffman in Los Angeles



Figura 17 – Dorian Yates



Figura 18 – ©Tazio Secchiamoli / Archivio Secchiaroli



Figura 19 – Walsky – Iraq - Foto manipolata



Figura 20 – Foto originale



Figura 21– Foto originale

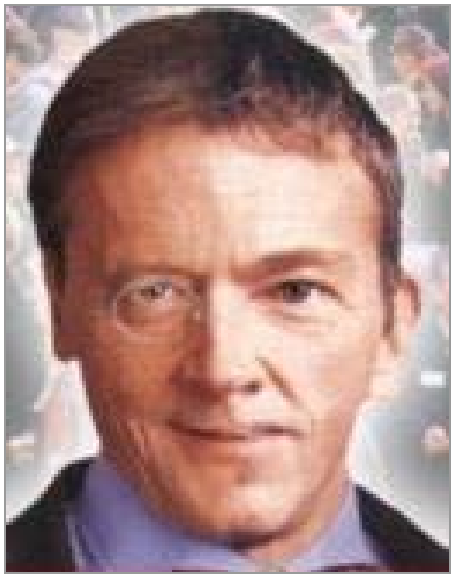


Figura 22 - Wolfgang Schüssel



Figura 23 – "Così è la vita"

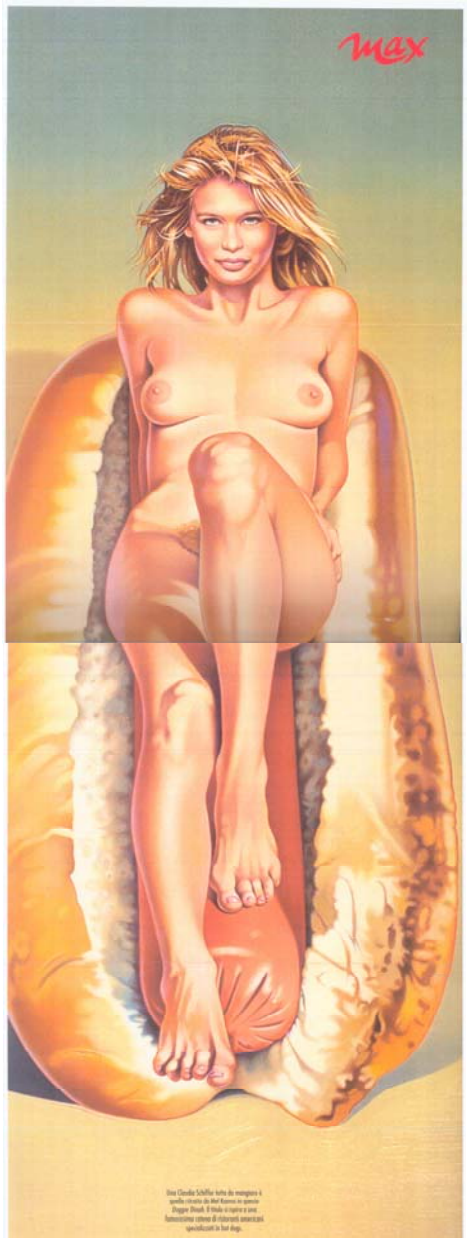


Figura 24 – "Doggie Dinah" – © Mel Ramos



Figura 25 – Fraim pubblicità Amica Chips - Rocco Siffredi



Figura 26 – Pay off spot Amica Chips



Figura 27 – Fraim pubblicità Amica Chips - Rocco Siffredi



Figura 28 – Pay off spot Amica Chips

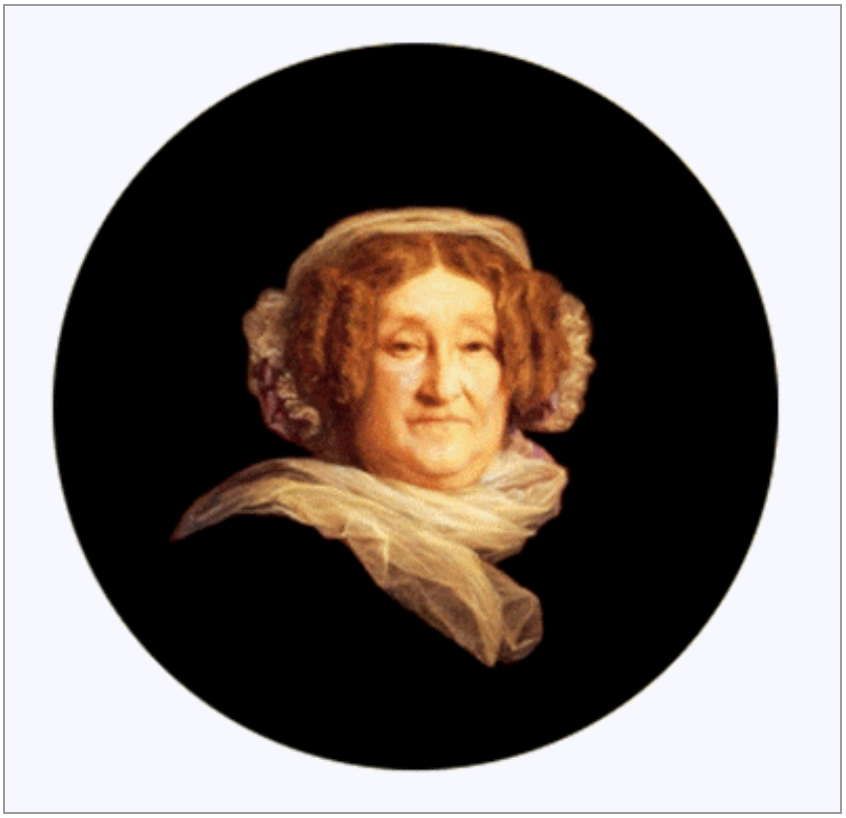


Figura 29 – Marchio di ritratto - M.me Veuve Cliquot Ponsardin



Figura 30 – Marchio Xqua



Figura 31 – Telecom – Gandhi Moscow

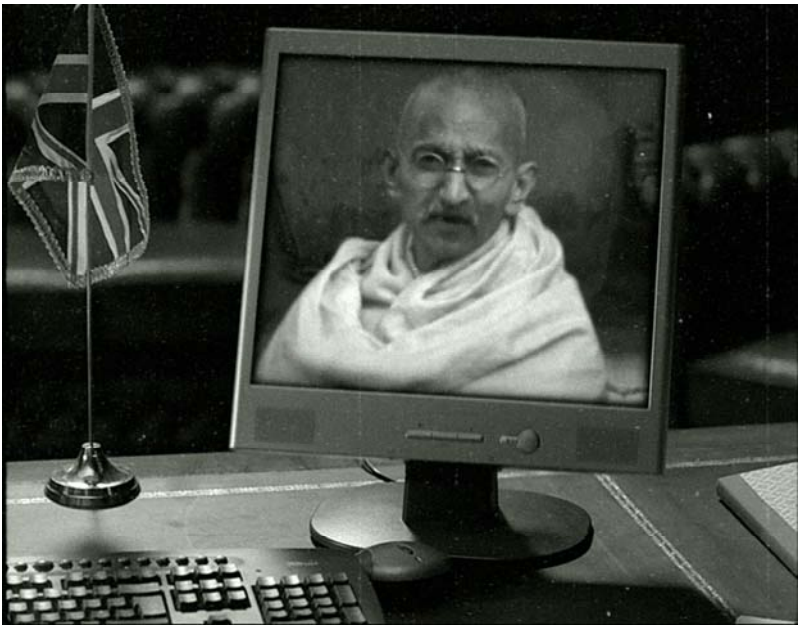


Figura 32 – Telecom - Gandhi London

Appendice Normativa

INDICE
APPENDICE NORMATIVA

1. Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale - 57ª edizione in vigore dal 6 aprile 2013 - p. **24**

2. Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali - p. **48**

3. Costituzione della Repubblica Italiana - p. **64**

4. Dates of ratification of the European Convention on Human Rights - p. **98**

5. Dichiarazione Universale dei Diritti Umani - p. **100**

6. Estratto del Codice civile - p. **107**

7. Legge 22 aprile 1941, n. 633 - Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio - p. **109**

8. Codice in materia di rappresentazione delle vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive - p. **255**

Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale

57ª edizione, in vigore dal 6 aprile 2013
La 1ª edizione del Codice risale al 12 maggio 1966

Norme Preliminari e Generali

a) Finalità del Codice

Il Codice di Autodisciplina ha lo scopo di assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore.
Il Codice definisce le attività in contrasto con le finalità suddette, ancorché conformi alle vigenti disposizioni legislative; l'insieme delle sue regole, esprimendo il costume cui deve uniformarsi l'attività di comunicazione, costituisce la base normativa per l'autodisciplina della comunicazione commerciale.

b) Soggetti vincolati

Il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e di marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto di cui al punto d), finalizzato all'effettuazione di una comunicazione commerciale.

c) Obblighi degli enti firmatari

Gli enti firmatari si impegnano ad osservare ed a far accettare dai loro associati le norme del Codice stesso e dei Regolamenti autodisciplinari, a dare opportuna diffusione alle decisioni dell'organo giudicante, nonché ad adottare adeguati provvedimenti nei confronti dei soci che non si attengano al giudizio dell'organo stesso o siano recidivi.

d) Clausola di accettazione

Per meglio assicurare l'osservanza delle decisioni dell'organo giudicante, gli organismi aderenti si impegnano a far sì che ciascun soggetto ad essi associato inserisca nei propri contratti una speciale clausola di accettazione del Codice, dei Regolamenti autodisciplinari e delle decisioni assunte dal Giurì, anche in ordine alla loro pubblicazione, nonché delle ingiunzioni del Comitato di Controllo divenute definitive.

e) Definizioni

Agli effetti del Codice il termine "comunicazione commerciale" comprende la pubblicità e ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano le modalità utilizzate, nonché le forme di comunicazione disciplinate dal titolo VI. Non comprende le politiche commerciali e le tecniche di marketing in sé considerate.

Il termine "prodotto" comprende qualsiasi oggetto della comunicazione commerciale e si intende perciò esteso anche al servizio, metodo, trattamento, diritti, obbligazioni e simili. La natura del prodotto o del servizio in sé considerata non forma oggetto del Codice di Autodisciplina.
Il termine "messaggio" comprende qualsiasi forma di presentazione al pubblico del prodotto e si intende perciò esteso anche all'imballaggio, alla confezione, all'etichetta e simili.
Il termine "consumatore" comprende ogni soggetto – persona fisica o giuridica come pure ente collettivo – cui è indirizzata la comunicazione commerciale o che sia suscettibile di riceverla.
Agli effetti del Codice di Autodisciplina non costituisce comunicazione commerciale la distribuzione a scopo didattico di materiale promozionale quando sia richiesto dagli Istituti scolastici pubblici o privati e l'uso avvenga sotto il controllo del personale docente.

Titolo I
Regole di comportamento

Art. 1 – Lealtà della comunicazione commerciale
La comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta. Essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla..

Art. 2 – Comunicazione commerciale ingannevole
La comunicazione commerciale deve evitare ogni dichiarazione o rappresentazione che sia tale da indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche, specie per quanto riguarda le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, le condizioni di vendita, la diffusione, l'identità delle persone rappresentate, i premi o riconoscimenti.
Nel valutare l'ingannevolezza della comunicazione commerciale si assume come parametro il consumatore medio del gruppo di riferimento.

Art. 3 – Terminologia, citazioni, prove tecniche e scientifiche, dati statistici
Terminologia, citazioni e menzioni di prove tecniche e scientifiche devono essere usate in modo appropriato. Prove tecniche e scientifiche e dati statistici con limitata validità non devono essere presentati in modo da apparire come illimitatamente validi.

Art. 4 – Testimonianze
Le testimonianze devono essere autentiche, responsabili e controllabili.

Art. 5 – Garanzie
Le garanzie obbligatorie non possono essere comunicate con modalità tali da fare ritenere che il loro contenuto sia maggiore o diverso.
Qualora vengano comunicate garanzie maggiori o diverse rispetto a quelle obbligatorie, la comunicazione commerciale deve precisare il contenuto e le modalità della garanzia offerta, oppure riportarne una sintetica ma significativa indicazione insieme al contestuale rinvio a fonti di informazione scritta disponibili presso il punto vendita o unite al prodotto.

Art. 6 – Dimostrazione della verità della comunicazione commerciale

Chiunque si vale della comunicazione commerciale deve essere in grado di dimostrare, a richiesta del Giurì o del Comitato di Controllo, la veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni e la consistenza delle testimonianze usate.

Art. 7 – Identificazione della comunicazione commerciale

La comunicazione commerciale deve essere sempre riconoscibile come tale. Nei mezzi in cui, oltre alla comunicazione commerciale, vengono comunicati al pubblico informazioni e contenuti di altro genere, la comunicazione commerciale inserita deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti.

Art. 8 – Superstizione, credulità, paura

La comunicazione commerciale deve evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità e, salvo ragioni giustificate, della paura.

Art. 9 – Violenza, volgarità, indecenza

La comunicazione commerciale non deve contenere affermazioni o rappresentazioni di violenza fisica o morale o tali che, secondo il gusto e la sensibilità dei consumatori, debbano ritenersi indecenti, volgari o ripugnanti.

Art. 10 – Convinzioni morali, civili, religiose e dignità della persona

La comunicazione commerciale non deve offendere le convinzioni morali, civili e religiose.

Essa deve rispettare la dignità della persona in tutte le sue forme ed espressioni e deve evitare ogni forma di discriminazione, compresa quella di genere.

Art. 11 – Bambini e adolescenti

Una cura particolare deve essere posta nei messaggi che si rivolgono ai bambini e agli adolescenti o che possono essere da loro ricevuti. Questi messaggi non devono contenere nulla che possa danneggiarli psichicamente, moralmente o fisicamente e non devono inoltre abusare della loro naturale credulità o mancanza di esperienza, o del loro senso di lealtà.

In particolare questa comunicazione commerciale non deve indurre a:

- violare norme di comportamento sociale generalmente accettate;
- compiere azioni o esporsi a situazioni pericolose;
- ritenere che il mancato possesso del prodotto oggetto della comunicazione significhi inferiorità, oppure mancato assolvimento dei loro compiti da parte dei genitori;
- sminuire il ruolo dei genitori e di altri educatori nel fornire valide indicazioni dietetiche;
- adottare l'abitudine a comportamenti alimentari non equilibrati, o trascurare l'esigenza di seguire uno stile di vita sano;
- sollecitare altre persone all'acquisto del prodotto oggetto della comunicazione.

L'impiego di bambini e adolescenti nella comunicazione deve evitare ogni abuso dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani.

Sono vietate rappresentazioni di comportamenti o di atteggiamenti improntati alla sessualizzazione dei bambini.

Art. 12 – Salute, sicurezza e ambiente
La comunicazione commerciale relativa a prodotti suscettibili di presentare pericoli, in particolare per la salute, la sicurezza e l'ambiente, specie quando detti pericoli non sono facilmente riconoscibili, deve indicarli con chiarezza.
Comunque la comunicazione commerciale non deve contenere descrizioni o rappresentazioni tali da indurre i destinatari a trascurare le normali regole di prudenza o a diminuire il senso di vigilanza e di responsabilità verso i pericoli.

Art. 13 – Imitazione, confusione e sfruttamento
Deve essere evitata qualsiasi imitazione servile della comunicazione commerciale altrui anche se relativa a prodotti non concorrenti, specie se idonea a creare confusione con l'altrui comunicazione commerciale.
Deve essere inoltre evitato qualsiasi sfruttamento del nome, del marchio, della notorietà e dell'immagine aziendale altrui, se inteso a trarre per sé un ingiustificato profitto.

Art. 14 – Denigrazione
È vietata ogni denigrazione delle attività, imprese o prodotti altrui, anche se non nominati.

Art. 15 – Comparazione
È consentita la comparazione quando sia utile ad illustrare, sotto l'aspetto tecnico o economico, caratteristiche e vantaggi dei beni e servizi oggetto della comunicazione commerciale, ponendo a confronto obiettivamente caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili tecnicamente e rappresentative di beni e servizi concorrenti, che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi.
La comparazione deve essere leale e non ingannevole, non deve ingenerare rischi di confusione, né causare discredito o denigrazione. Non deve trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà altrui.

Art. 16 – Variabilità
Una comunicazione commerciale accettabile per un determinato mezzo o per un determinato prodotto non necessariamente è accettabile per altri, in considerazione delle differenti caratteristiche dei vari mezzi e dei vari prodotti.
Nei casi di cui ai successivi articoli 17, 18, 21, 27, 28 e 46 sono consentiti messaggi che non contengano tutte le informazioni ivi previste, quando i messaggi stessi si limitino a enunciazioni generiche.
La conformità di una comunicazione commerciale alle norme del Codice non esclude la possibilità, per i mezzi, di rifiutare, in base alla loro autonomia contrattuale, una comunicazione che sia difforme da più rigorosi criteri da loro eventualmente stabiliti.

Titolo II
Norme Particolari

A) Sistemi di vendita

Art. 17 – Vendite a credito
La comunicazione commerciale relativa a vendite a credito deve precisare chiaramente l'entità del versamento iniziale e delle rate successive, il tasso di interesse e gli oneri accessori nonché il prezzo totale del prodotto. Essa deve

particolarmente precisare le condizioni cui è subordinata la concessione del finanziamento, le condizioni di riservato dominio e simili, nonché quelle della locazione o del noleggio con patto di riscatto.

Art. 18 – Vendite a distanza

La comunicazione commerciale relativa a vendite a distanza deve descrivere chiaramente i prodotti offerti in vendita, i prezzi e le condizioni di pagamento, i costi di consegna e ogni altro onere a carico del consumatore, le condizioni di fornitura e, ove previste, le condizioni di annullamento della vendita, nonché l'esistenza e le modalità di esercizio del diritto di recesso.

Essa deve inoltre indicare identità, sede e indirizzo geografico del venditore.

Art. 19 – Forniture non richieste

È vietata ogni comunicazione commerciale relativa a forniture non richieste, che mirino a obbligare il ricevente al pagamento qualora questi non rifiuti i prodotti fornitigli o non li rinvii al fornitore.

Art. 20 – Vendite speciali

La comunicazione commerciale relativa alle vendite speciali di qualsiasi tipo, e in particolare quella relativa alle vendite promozionali, deve indicare chiaramente in che cosa consiste la favorevole occasione d'acquisto, nonché la scadenza dell'offerta. Quest'ultima indicazione non è richiesta sulla confezione.

Art. 21 – Manifestazioni a premio

La comunicazione commerciale relativa alle manifestazioni a premio, realizzate attraverso concorsi od operazioni a premio, deve mettere il pubblico in grado di conoscere chiaramente e agevolmente le condizioni di partecipazione, i termini di scadenza e i premi, nonché – nei concorsi – il loro numero e valore complessivo, le modalità di assegnazione e i mezzi con cui verranno resi noti i risultati.

B) Settori merceologici

Art. 22 – Bevande alcoliche

La comunicazione commerciale relativa alle bevande alcoliche non deve contrastare con l'esigenza di favorire l'affermazione di modelli di consumo ispirati a misura, correttezza e responsabilità. Ciò a tutela dell'interesse primario delle persone, ed in particolare dei bambini e degli adolescenti, ad una vita familiare, sociale e lavorativa protetta dalle conseguenze connesse all'abuso di bevande alcoliche.

In particolare la comunicazione commerciale non deve:

- incoraggiare un uso eccessivo e incontrollato, e quindi dannoso, delle bevande alcoliche;
- rappresentare situazioni di attaccamento morboso al prodotto e, in generale, di dipendenza dall'alcol o indurre a ritenere che il ricorso all'alcol possa risolvere problemi personali;
- rivolgersi o fare riferimento, anche indiretto, ai minori, e rappresentare questi ultimi o soggetti che appaiano evidentemente tali intenti al consumo di alcol;

- utilizzare segni, disegni, personaggi e persone, direttamente e primariamente legati ai minori, che possano generare un diretto interesse su di loro;
- associare la guida di veicoli con l'uso di bevande alcoliche;
- indurre il pubblico a ritenere che il consumo delle bevande alcoliche contribuisca alla lucidità mentale e all'efficienza fisica e sessuale e che il loro mancato consumo comporti una condizione di inferiorità fisica, psicologica o sociale;
- rappresentare come valori negativi la sobrietà e l'astensione dal consumo di alcolici;
- indurre il pubblico a trascurare le differenti modalità di consumo che è necessario considerare in relazione alle caratteristiche dei singoli prodotti e alle condizioni personali del consumatore;
- utilizzare come tema principale l'elevato grado alcolico di una bevanda.

Art. 23 – Prodotti cosmetici e per l'igiene personale

La comunicazione commerciale relativa ai prodotti cosmetici e per l'igiene personale non deve indurre a ritenere che essi abbiano caratteristiche, proprietà e funzioni diverse da quella di essere applicati sulle superfici esterne del corpo umano, sui denti e sulle mucose della bocca, allo scopo esclusivo o prevalente di pulirli, profumarli, modificarne l'aspetto, proteggerli, mantenerli in buono stato e correggere gli odori corporei.

Tale comunicazione commerciale, quindi, pur potendo presentare detti prodotti come aventi caratteristiche sussidiarie per la prevenzione di particolari situazioni patologiche, purché a tale scopo abbiano formule e ingredienti specifici, non deve indurre il consumatore a confondere i prodotti cosmetici o per l'igiene personale con i medicinali, con i presìdi medico-chirurgici, con i dispositivi medici e coi trattamenti curativi.

Art. 23 bis – Integratori alimentari e prodotti dietetici

La comunicazione commerciale relativa agli integratori alimentari e ai prodotti dietetici non deve vantare proprietà non conformi alle particolari caratteristiche dei prodotti, ovvero proprietà che non siano realmente possedute dai prodotti stessi.

Inoltre detta comunicazione commerciale deve essere realizzata in modo da non indurre i consumatori in errori nutrizionali e deve evitare richiami a raccomandazioni o attestazioni di tipo medico.

Queste regole si applicano anche agli alimenti dietetici per la prima infanzia, a quelli che sostituiscono in tutto o in parte l'allattamento materno e a quelli che servono per lo svezzamento o per l'integrazione alimentare dei bambini.

Per quanto attiene, in particolare, alla comunicazione commerciale relativa agli integratori alimentari proposti per il controllo o la riduzione del peso e di altre tipologie specifiche di integratori, valgono le norme contenute nell'apposito Regolamento, che costituisce parte integrante del presente Codice.

Art. 24 – Trattamenti fisici ed estetici

La comunicazione commerciale relativa ai trattamenti fisici ed estetici della persona non deve indurre a ritenere che tali trattamenti abbiano funzioni terapeutiche o restitutive, ovvero abbiano la capacità di produrre risultati radicali, e deve evitare richiami a raccomandazioni o attestazioni di tipo medico.

Art. 25 – Prodotti medicinali e trattamenti curativi

La comunicazione commerciale relativa a medicinali e trattamenti curativi deve tener conto della particolare importanza della materia ed essere realizzata col massimo senso di responsabilità nonché in conformità alla scheda tecnica riassuntiva delle caratteristiche del prodotto.

Tale comunicazione commerciale deve richiamare l'attenzione del consumatore sulla necessità di opportune cautele nell'uso dei prodotti invitando in maniera chiara ed esplicita a leggere le avvertenze della confezione e non inducendo a un uso scorretto dei prodotti medesimi.

In particolare, la comunicazione commerciale al consumatore relativa alle specialità medicinali da banco deve comprendere la denominazione del medicinale e quella comune del principio attivo; quest'ultima non è obbligatoria se il medicinale è costituito da più princìpi attivi, o se la comunicazione ha il solo scopo di rammentare genericamente la denominazione del prodotto.

Inoltre la comunicazione commerciale relativa alle specialità medicinali da banco o ai trattamenti curativi non deve:

- indurre a ritenere che l'efficacia del medicinale sia priva di effetti secondari, o che la sua sicurezza o la sua efficacia sia dovuta al fatto che si tratta di una sostanza naturale;
- attribuire al medicinale o al trattamento una efficacia pari o superiore a quella di altri;
- far apparire superflua la consultazione del medico o l'intervento chirurgico o indurre a una errata autodiagnosi;
- rivolgersi esclusivamente o prevalentemente ai bambini o indurre i minori a utilizzare il prodotto senza adeguata sorveglianza;
- avvalersi di raccomandazioni di scienziati, di operatori sanitari o di persone largamente note al pubblico, o del fatto che è stata autorizzata l'immissione in commercio del medicinale, né far riferimento a certificati di guarigione in modo improprio o ingannevole;
- assimilare il medicinale ad un prodotto alimentare, cosmetico o ad un altro prodotto di consumo;
- indurre a ritenere che il medicinale o il trattamento curativo possano migliorare il normale stato di buona salute, così come la loro mancanza possa avere effetti pregiudizievoli; a meno che si tratti di una campagna di vaccinazione;
- avvalersi in modo improprio, ingannevole o impressionante di rappresentazioni delle alterazioni del corpo umano dovute a malattie o lesioni, o dell'azione del medicinale.

Per quanto attiene, in particolare, alla pubblicità dei medicinali veterinari valgono le norme contenute nell'apposito Regolamento, che costituisce parte integrante del presente Codice.

Art. 26 – Corsi di istruzione e metodi di studio o insegnamento

La comunicazione commerciale relativa a corsi di istruzione e metodi di studio o di insegnamento non deve contenere alcuna promessa di lavoro né esagerare le possibilità di impiego o di remunerazione che si offrono a coloro che seguono i corsi stessi o adottano i metodi proposti e neppure offrire titoli e qualifiche non riconosciuti o comunque non ottenibili con questi mezzi.

Art. 27 – Operazioni finanziarie e immobiliari

La comunicazione commerciale diretta a sollecitare o promuovere operazioni finanziarie e in particolare operazioni di risparmio e di investimento in beni mobili o immobili deve fornire chiare ed esaurienti informazioni onde non indurre in errore circa il soggetto proponente, la natura della proposta, la quantità e le caratteristiche dei beni o servizi offerti, le condizioni dell'operazione, nonché i rischi connessi, onde consentire ai destinatari del messaggio, anche se privi di specifica preparazione, di assumere consapevoli scelte di impiego delle loro risorse.

Essa in particolare:

- deve evitare, nell'indicare i tassi annui di interesse, di utilizzare termini quali "rendita" e "resa" nel senso di sommatoria fra reddito di capitali e incremento del valore patrimoniale;
- non deve incitare ad assumere impegni e a versare anticipi senza offrire idonee garanzie;
- non deve proiettare nel futuro i risultati del passato né comunicare i rendimenti ottenuti calcolandoli su periodi che non siano sufficientemente rappresentativi in relazione alla particolare natura dell'investimento e alle oscillazioni dei risultati.

La comunicazione commerciale per le operazioni immobiliari deve essere espressa in forme atte a evitare l'ingannevolezza derivante dal far passare investimenti mobiliari per immobiliari o dal privilegiare l'aspetto economico immobiliare senza fornire adeguate indicazioni sulla reale natura mobiliare dell'investimento.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla comunicazione commerciale relativa all'attività bancaria e a quella assicurativa, quest'ultima quando sia necessario metterne in evidenza l'aspetto di investimento.

Art. 28 – Viaggi organizzati

La comunicazione commerciale relativa ai viaggi organizzati, sotto qualsiasi forma, deve fornire informazioni complete ed accurate, con particolare riguardo al trattamento ed alle prestazioni incluse nel prezzo minimo di partecipazione. Essa deve mettere in evidenza un invito a considerare con attenzione le condizioni di partecipazione, di pagamento e di recesso, contenute nella documentazione informativa o nel modulo di adesione.

Art. 28 bis – Giocattoli, giochi e prodotti educativi per bambini

La comunicazione commerciale relativa a giocattoli, giochi e prodotti educativi per bambini non deve indurre in errore:

- sulla natura e sulle prestazioni e dimensioni del prodotto oggetto della comunicazione commerciale;
- sul grado di abilità necessario per utilizzare il prodotto;
- sull'entità della spesa, specie quando il funzionamento del prodotto comporti l'acquisto di prodotti complementari.

In ogni caso, questa comunicazione non deve minimizzare il prezzo del prodotto o far credere che il suo acquisto sia normalmente compatibile con qualsiasi bilancio familiare.

Art. 28 *ter* – Giochi con vincita in denaro

La comunicazione commerciale relativa ai giochi con vincita in denaro, autorizzati sul territorio italiano, non deve contrastare con l'esigenza di favorire l'affermazione di modelli di comportamento ispirati a misura, correttezza e responsabilità. Ciò a tutela dell'interesse primario degli individui, ed in particolare dei minori, ad una vita familiare, sociale e lavorativa protetta dalle conseguenze di comportamenti di gioco non responsabile, determinati da eccesso o dipendenza.

La comunicazione commerciale relativa a tali giochi non deve:

- incoraggiare il gioco eccessivo o incontrollato;
- negare che il gioco possa comportare dei rischi;
- omettere di esplicitare le modalità e le condizioni per la fruizione degli incentivi e dei bonus;
- presentare e suggerire che il gioco sia un modo per risolvere problemi finanziari o personali, o costituisca una fonte di guadagno o di sostentamento alternativa al lavoro, piuttosto che una semplice forma di intrattenimento e di divertimento;
- indurre a ritenere che l'esperienza, la competenza o l'abilità del giocatore permetta di ridurre o eliminare l'incertezza della vincita o consenta di vincere sistematicamente;
- rivolgersi o fare riferimento, anche indiretto, ai minori, e rappresentare questi ultimi – o soggetti che appaiano evidentemente tali – intenti al gioco;
- utilizzare segni, disegni, personaggi e persone, direttamente e primariamente legati ai minori, che possano generare un diretto interesse su di loro;
- indurre a ritenere che il gioco contribuisca ad accrescere la propria autostima, considerazione sociale e successo interpersonale;
- rappresentare l'astensione dal gioco come un valore negativo;
- indurre a confondere la facilità del gioco con la facilità della vincita;
- fare riferimento a servizi di credito al consumo immediatamente utilizzabili ai fini del gioco.

Tutte le comunicazioni commerciali dei giochi con vincita in denaro devono contenere una chiara e precisa avvertenza che il gioco è vietato ai minori di 18 anni.

Titolo III
Organi e loro competenza

Art. 29 – Composizione del Giurì

Il Giurì è composto da membri nominati dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria e scelti tra esperti di diritto, di problemi dei consumatori, di comunicazione.

I membri del Giurì durano in carica due anni e sono riconfermabili.

L'Istituto nomina tra i membri del Giurì il Presidente e i Vicepresidenti che svolgono le funzioni del Presidente in assenza di questi.

I membri del Giurì non possono essere scelti fra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Art. 30 – Composizione del Comitato di Controllo

Il Comitato di Controllo, organo garante degli interessi generali dei consumatori, è composto da membri nominati dall'Istituto e scelti tra esperti di problemi dei consumatori, di tecnica pubblicitaria, di mezzi di comunicazione e di materie giuridiche.

I membri del Comitato di Controllo durano in carica due anni e sono riconfermabili.

L'Istituto nomina tra i membri del Comitato il Presidente e i Vicepresidenti.

Il Comitato può operare articolato in sezioni di almeno tre membri ciascuna, presiedute dal Presidente o da un Vicepresidente. Per quanto riguarda la composizione e il funzionamento della Sezione Pareri Preventivi valgono le norme contenute nell'apposito Regolamento.

I membri del Comitato non possono essere scelti tra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Art. 31 – Princìpi per il giudizio

I membri del Giurì e del Comitato di Controllo svolgono le loro funzioni secondo il proprio libero convincimento e non in rappresentanza di interessi di categoria. Nell'adempimento dei loro compiti i membri del Giurì e del Comitato di Controllo sono tenuti ad osservare il massimo riserbo.

Art. 32 – Funzioni del Giurì e del Comitato di Controllo

Il Giurì esamina la comunicazione commerciale che gli viene sottoposta e si pronuncia su di essa secondo il presente Codice.

Il Comitato di Controllo:

- sottopone in via autonoma al Giurì, anche in seguito a segnalazioni pervenute, la comunicazione commerciale a suo parere non conforme alle norme del Codice che tutelano l'interesse del consumatore o la comunicazione commerciale;
- esprime pareri consultivi su richiesta del Presidente del Giurì;
- può invitare in via preventiva a modificare la comunicazione commerciale che appaia non conforme alle norme del Codice;
- può emettere ingiunzione di desistenza ai sensi dell'art. 39;
- su richiesta della parte interessata e secondo le norme stabilite nell'apposito Regolamento, esprime in via preventiva il proprio parere circa la conformità della comunicazione commerciale sottopostagli in via definitiva ma non ancora diffusa alle norme del Codice che tutelano l'interesse del consumatore o la comunicazione commerciale. Il parere viene espresso sotto riserva della validità e completezza dei dati e delle informazioni fornite dalla parte richiedente. A questa condizione l'approvazione impegna il Comitato di Controllo a non agire d'ufficio contro la comunicazione commerciale approvata. Le parti nei cui confronti è stato espresso il parere preventivo devono astenersi da ogni utilizzazione del parere medesimo per fini commerciali.

In qualsiasi momento il Giurì e il Comitato di Controllo possono richiedere che chi si vale della comunicazione commerciale fornisca documentazioni idonee a consentire l'accertamento della veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni o testimonianze usate. Per la valutazione delle documentazioni prodotte il Giurì o il Comitato di Controllo possono avvalersi dell'opera di esperti. Salvo quanto disposto nel presente Codice, il Giurì e il Comitato di Controllo esplicano le loro funzioni senza formalità.

Art. 32 bis – Consulenti

È istituito l'albo dei consulenti tecnici del Giurì nominati dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria fra esperti di chiara fama delle singole materie.

Art. 33 – Segreteria

La Segreteria dell'Istituto svolge anche l'attività di segreteria per il Giurì e il Comitato di Controllo.

La Segreteria attesta la pendenza di procedimenti avanti il Giurì e, su richiesta degli interessati, ne rilascia certificazione scritta.

Art. 34 – Sede e riunioni

Il Giurì, il Comitato di Controllo e gli uffici di Segreteria hanno sede presso l'Istituto.

Il Giurì e il Comitato di Controllo e le sue sezioni si riuniscono tutte le volte che se ne presenti la necessità, su convocazione dei rispettivi Presidenti da comunicarsi almeno tre giorni prima della data da essi fissata.

Tale termine può non essere osservato in casi di particolare urgenza.

Le riunioni del Giurì e del Comitato di Controllo non sono pubbliche.

Il Giurì è validamente costituito con la presenza di almeno 3 membri; il Comitato di Controllo, in seduta plenaria, di almeno 5 membri.

In assenza del Presidente e dei Vicepresidenti assume la presidenza il membro più anziano di carica. Il Giurì e il Comitato di Controllo, quest'ultimo in sessione plenaria, deliberano con il voto della maggioranza dei membri presenti; in caso di parità, prevale il voto di chi presiede.

Nelle sezioni del Comitato le decisioni devono essere prese all'unanimità; in caso contrario la decisione viene demandata al Comitato in sessione plenaria.

Le sezioni del Comitato di Controllo sono validamente costituite con la presenza di almeno tre membri.

Nelle loro riunioni il Giurì e il Comitato di Controllo sono assistiti da un funzionario di Segreteria tenuto al segreto di ufficio e che si allontana al momento della deliberazione del Giurì.

Art. 35 – Amministrazione

Le modalità amministrative relative alle istanze al Giurì e ai servizi resi dall'Istituto sono decise dal Consiglio Direttivo.

Titolo IV
Norme procedurali e sanzioni

Art. 36 – Istanze al Giurì e segnalazioni al Comitato di Controllo

Chiunque ritenga di subire pregiudizio da attività di comunicazione commerciale contrarie al Codice di Autodisciplina può richiedere l'intervento del Giurì nei confronti di chi, avendo accettato il Codice stesso in una qualsiasi delle forme

indicate nelle Norme Preliminari e Generali, abbia compiuto le attività ritenute pregiudizievoli.
La parte interessata deve presentare una istanza scritta indicando la comunicazione commerciale che intende sottoporre all'esame del Giurì, esponendo le proprie ragioni, allegando la relativa documentazione e i previsti diritti d'istanza.
I singoli consumatori, come le loro associazioni, possono gratuitamente segnalare al Comitato di Controllo la comunicazione commerciale ritenuta non conforme alle norme del Codice di Autodisciplina che tutelano gli interessi generali del pubblico.

Art. 37 – Procedimento avanti al Giurì

Ricevuta l'istanza il presidente del Giurì nomina fra i membri del Giurì un relatore e, qualora il caso lo richieda, il consulente tecnico ex art. 32 bis, esperto nella materia del contendere. Dispone la comunicazione degli atti alle parti convenute assegnando loro un termine, non inferiore agli otto e non superiore ai dodici giorni liberi lavorativi, per il deposito delle rispettive deduzioni e di eventuali documenti, e convoca le parti entro il termine più breve possibile per la discussione orale.
Nei casi in cui la comunicazione commerciale oggetto dell'istanza consista in una comparazione diretta, oppure riguardi una offerta promozionale di durata pari o inferiore a trenta giorni, su richiesta dell'istante il termine assegnato alla parte resistente per il deposito di deduzioni e documenti è di otto giorni liberi lavorativi, e l'udienza di discussione avanti il Giurì ha luogo, salvo casi eccezionali, non oltre i dieci giorni liberi lavorativi dalla presentazione dell'istanza.
Alla discussione partecipano un rappresentante del Comitato di Controllo e il consulente tecnico, se designato.
Il consulente tecnico può eventualmente interloquire con le parti, anche su iniziativa di queste ultime, allo scopo di definire gli aspetti tecnici della controversia.
La discussione non può essere rinviata se non per casi eccezionali o per accordo delle parti.
Nei procedimenti ad istanza di parte, il Presidente del Giurì può richiedere al Comitato parere consultivo scritto, stabilendo il termine per il deposito.
Esaurita la discussione, il Giurì:

- qualora ritenga la pratica sufficientemente istruita emette la propria decisione;
- qualora ritenga necessario acquisire ulteriori elementi di prova rimette gli atti al relatore, il quale provvede al più presto e senza formalità alla assunzione degli atti istruttori ritenuti necessari, esauriti i quali egli restituisce gli atti al Giurì per l'ulteriore corso del procedimento;
- qualora durante il procedimento siano emersi elementi tali da fare ritenere la sussistenza di violazioni non previste nell'istanza in esame, le accerta, le contesta, e dichiara d'ufficio, salva la necessità di disporre la relativa istruttoria.

In qualsiasi momento del procedimento il Giurì può chiedere, senza formalità, al Comitato di Controllo pareri su qualsiasi questione.
Avanti al Giurì le parti possono farsi assistere e rappresentare da legali e consulenti.

Art. 38 – Decisione del Giurì

Il Giurì, al termine della discussione, si ritira in camera di consiglio ed eccezionalmente, al fine di chiarire residuali dubbi, può invitare il consulente tecnico, se designato, a partecipare senza diritto di voto.
Qualora il Giurì ritenga di non aver acquisito elementi tecnici sufficienti per la pronuncia di merito, ammette una consulenza tecnica d'ufficio, nomina il C.T.U., formula il quesito e fissa il termine di deposito della relazione. Durante la fase di consulenza tecnica d'ufficio deve essere rispettato il principio del contraddittorio e garantito il diritto di difesa.
Il Giurì emette la sua decisione, comunicando immediatamente il dispositivo alle parti. Quando la decisione stabilisce che la comunicazione commerciale esaminata non è conforme alle norme del Codice di Autodisciplina, il Giurì dispone che le parti interessate desistano dalla stessa, nei termini indicati dall'apposito Regolamento autodisciplinare.
Il dispositivo, quando opportuno, fornisce precisazioni sugli elementi riprovati.
Nel più breve termine il Giurì deposita la pronuncia presso la Segreteria che ne trasmette copia alle parti e agli enti interessati.
Le decisioni del Giurì sono definitive.

Art. 39 – Ingiunzione di desistenza

Se la comunicazione commerciale presa in esame appare manifestamente contraria a una o più norme del Codice di Autodisciplina, il Presidente del Comitato di Controllo, con proprio provvedimento, può ingiungere alle parti di desistere dalla medesima.
Il provvedimento, succintamente motivato, viene trasmesso dalla Segreteria alle parti, con la segnalazione che ciascuna di esse può proporre motivata opposizione al Comitato di Controllo nel termine non prorogabile di dieci giorni.
La mancata presentazione dell'opposizione, o l'inosservanza del termine prescritto, o l'assenza di motivazione, vengono constatate dal Presidente del Comitato di Controllo. In questi casi l'ingiunzione acquista efficacia di decisione e, con la relativa attestazione della Segreteria, viene nuovamente comunicata alle parti affinché vi si conformino, nei termini indicati dall'apposito Regolamento autodisciplinare.
Se l'opposizione è proposta nel termine stabilito ed è motivata, l'ingiunzione si intende sospesa. Il Presidente del Comitato di Controllo, prese in considerazione le circostanze e le ragioni opposte dalle parti, può decidere, sentito il Comitato, di revocare l'ingiunzione e di archiviare il caso, dandone atto alle parti stesse. Qualora invece il Comitato di Controllo ritenga non convincenti le ragioni dell'opposizione, gli atti vengono trasmessi al Presidente del Giurì con la relativa motivazione. Se pure questi giudica non convincenti le ragioni dell'opposizione, restituisce gli atti al Presidente del Comitato di Controllo che provvede ai sensi del precedente terzo comma. Se invece ritiene opportuna una decisione del Giurì, convoca le parti per la discussione della vertenza entro il termine più

breve possibile e comunque non oltre i termini previsti per la procedura ordinaria; con ciò l'ingiunzione si considera revocata.

Art. 40 – Pubblicazione delle decisioni

Tutte le decisioni sono pubblicate, a cura della Segreteria, nel sito Internet e nella banca dati dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria con i nomi delle parti cui si riferiscono.

Il Giurì può disporre che di singole decisioni sia data notizia al pubblico, per estratto, a cura dell'Istituto, anche con i nomi delle parti nei modi e sugli organi di informazione ritenuti opportuni.

Il testo dell'estratto è predisposto dal relatore e sottoscritto dal Presidente.

Le parti nei cui confronti la decisione è stata pronunciata devono astenersi da ogni utilizzazione della decisione medesima per fini commerciali.

Art. 41 – Effetto vincolante delle decisioni del Giurì

Imezzi attraverso i quali viene divulgata la comunicazione commerciale che direttamente o tramite le proprie Associazioni hanno accettato il Codice di Autodisciplina, ancorché non siano stati parte nel procedimento avanti al Giurì, sono tenuti ad osservarne le decisioni.

Art. 42 – Inosservanza delle decisioni

Qualora chi è tenuto ad uniformarsi alle decisioni del Giurì o del Comitato di Controllo non vi si attenga nei tempi previsti dall'apposito regolamento, il Giurì o il suo Presidente reiterano l'ordine di cessazione della comunicazione commerciale interessata e dispongono che si dia notizia al pubblico dell'inottemperanza, attraverso gli organi di informazione indicati, a cura dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

A tal fine chiunque vi abbia interesse può presentare istanza al Presidente del Giurì. Il Presidente, se l'inottemperanza non è manifesta, dispone che il procedimento segua la procedura ordinaria. Diversamente, con decisione succintamente motivata, accerta l'inottemperanza e provvede ai sensi del primo comma, segnalando alle parti la facoltà di presentare motivata opposizione nel termine perentorio di 5 giorni liberi lavorativi, in pendenza dei quali il provvedimento rimane sospeso.

In mancanza di rituale presentazione dell'opposizione, ovvero nel caso di sua manifesta infondatezza, la decisione diviene esecutiva e viene comunicata alle parti interessate.

Diversamente, il Presidente revoca la propria decisione e convoca le parti dinanzi al Giurì per la discussione della vertenza entro il termine più breve possibile e comunque non oltre i termini previsti per la procedura ordinaria. Il Giurì, qualora accerti l'inottemperanza, provvede ai sensi del primo comma.

Titolo V
Tutela della creatività

Art. 43 – Progetti creativi

Qualora, in vista dell'eventuale futuro conferimento dell'incarico, un utente richieda ad una agenzia o a un professionista, nell'ambito di una gara, di una consultazione plurima o individuale, la presentazione di uno o più progetti creativi, deve astenersi dall'utilizzare o dall'imitare gli aspetti ideativi e creativi del o dei progetti non accettati o prescelti per un periodo di tre anni dalla data

del deposito del relativo materiale da parte dell'agenzia o del professionista interessati, da effettuarsi in plico sigillato presso la Segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, secondo le modalità stabilite dal Regolamento.

Art. 44 – Avvisi di protezione

Ai fini della tutela degli elementi creativi della comunicazione commerciale, i messaggi isolati utilizzati come anticipazione e a protezione di una futura campagna di comunicazione debbono essere depositati secondo le modalità previste dal Regolamento. I depositi in vigore sono consultabili nel sito Internet IAP.

La protezione ha efficacia per un periodo di diciotto mesi a far tempo dalla data di deposito.

Art. 45 – Comunicazione svolta all'estero

Gli utenti che vogliono tutelare la comunicazione commerciale da loro svolta in altri Paesi contro possibili imitazioni in Italia, possono depositare gli esemplari di tale comunicazione presso la Segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, secondo le modalità stabilite dal Regolamento.

Il deposito conferisce un diritto di priorità valido per un periodo di cinque anni dalla data del deposito stesso.

Titolo VI
Comunicazione sociale

Art. 46 – Appelli al pubblico

È soggetto alle norme del presente Codice qualunque messaggio volto a sensibilizzare il pubblico su temi di interesse sociale, anche specifici, o che sollecita, direttamente o indirettamente, il volontario apporto di contribuzioni di qualsiasi natura, finalizzate al raggiungimento di obiettivi di carattere sociale.

Tali messaggi devono riportare l'identità dell'autore e del beneficiario della richiesta, nonché l'obiettivo sociale che si intende raggiungere.

I promotori di detti messaggi possono esprimere liberamente le proprie opinioni sul tema trattato, ma deve risultare chiaramente che trattasi di opinioni dei medesimi promotori e non di fatti accertati.

Per contro i messaggi non devono:

a. sfruttare indebitamente la miseria umana nuocendo alla dignità della persona, né ricorrere a richiami scioccanti tali da ingenerare ingiustificatamente allarmismi, sentimenti di paura o di grave turbamento;
b. colpevolizzare o addossare responsabilità a coloro che non intendano aderire all'appello;
c. presentare in modo esagerato il grado o la natura del problema sociale per il quale l'appello viene rivolto;
d. sovrastimare lo specifico o potenziale valore del contributo all'iniziativa;
e. sollecitare i minori ad offerte di denaro.

Le presenti disposizioni si applicano anche alla comunicazione commerciale che contenga riferimenti a cause sociali.

REGOLAMENTO SUI TEMPI TECNICI DI ATTUAZIONE DELLE DECISIONI AUTODISCIPLINARI

Con riferimento ai punti c) e d) delle Norme Preliminari e Generali del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale e tenuto conto che obiettivo degli artt. 38 e 39 è quello di perseguire la cessazione più rapida possibile della comunicazione commerciale ritenuta non conforme al Codice, il Consiglio Direttivo dell'Istituto ha stabilito in 7 giorni lavorativi, e in 5 giorni lavorativi nei casi previsti dall'art. 37 co. 2 CA, il termine perentorio entro il quale deve cessare la comunicazione commerciale riprovata, con riguardo ai seguenti mezzi: TV, Radio, Quotidiani b/n, Affissioni.

Detti termini sono da intendersi come limite massimo e decorrono dal giorno lavorativo successivo alla pronuncia in udienza del dispositivo del Giurì.

La Segreteria dell'Istituto, il giorno stesso della decisione, comunica tale dispositivo a tutte le parti ed a tutti i mezzi citati che potranno farsi parte diligente per informare della decisione eventuali altri interessati.

L'ordine di cessazione che riguardi la confezione del prodotto (termine comprensivo di ogni elemento costituente l'abbigliaggio del prodotto) dovrà essere eseguito di regola nel termine di 120 giorni dal deposito della motivazione della decisione del Giurì, fermo restando l'obbligo di buona fede dell'inserzionista di attivarsi per adempiere al più presto a detto ordine. Le confezioni immesse sul mercato dall'inserzionista prima della scadenza di detto termine potranno essere commercializzate fino al loro naturale esaurimento.

Per i provvedimenti del Comitato di Controllo, il termine perentorio decorre dal giorno successivo al ricevimento dell'ingiunzione divenuta definitiva.

In considerazione delle peculiari caratteristiche dei mezzi diversi da quelli sopra richiamati, l'ordine di cessazione dovrà essere eseguito entro i tempi tecnici strettamente indispensabili.

Termini più ampi potranno essere valutati dal Giurì a fronte di particolari esigenze tecniche.

L'utente pubblicitario, in relazione alla propria responsabilità per una tempestiva e concreta esecuzione delle decisioni assunte nei riguardi della sua comunicazione commerciale, è tenuto a comunicare per iscritto (anche a mezzo fax) alla Segreteria dell'Istituto, entro il giorno lavorativo successivo a quello della decisione definitiva degli organi autodisciplinari, di essersi già attivato per far sospendere il messaggio in parola, non oltre i termini massimi suindicati, su tutti i mezzi inseriti nella pianificazione della campagna.

REGOLAMENTO PER I PARERI PREVENTIVI DEL COMITATO DI CONTROLLO

Il presente Regolamento disciplina le modalità organizzative e procedurali per l'emanazione da parte del Comitato di Controllo dei pareri preventivi previsti dall'art. 32 comma 2 punto 5 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

1) È istituita all'interno del Comitato di Controllo una sezione specificamente dedicata al rilascio dei pareri preventivi, denominata "Sezione pareri preventivi".
La Sezione è presieduta dal Presidente del Comitato di Controllo, o da uno dei Vicepresidenti, o da un membro del Comitato a ciò delegato dal Presidente, e comprende almeno altri due membri, individuati dallo stesso Presidente del Comitato di Controllo a rotazione fra i componenti del Comitato che abbiano competenze specifiche nelle singole materie da esaminare.
La parte richiedente, una volta depositata la richiesta di parere preventivo, ha la facoltà di conoscere la composizione della Sezione.

2) La Sezione ha competenza generale per l'emanazione dei pareri previsti dall'art. 32 comma 2 punto 5 del CA, con gli effetti ivi previsti. In casi particolarmente delicati o complessi, il Presidente della Sezione può demandare l'emanazione del parere al plenum del Comitato di Controllo, informandone preventivamente la parte richiedente.
La Sezione e il Comitato di Controllo possono in ogni caso avvalersi dell'opera di esperti.

3) La parte che intenda richiedere un parere preventivo è tenuta a presentare alla Segreteria dell'Istituto di Autodisciplina una richiesta scritta in tal senso, allegando alla stessa la comunicazione commerciale di cui si chiede il parere, sia su carta che su supporto elettronico, in forma quanto più possibile definitiva (ad esempio: story-boards per la televisione, script completi per la stampa ecc.), o una sua descrizione dettagliata che consenta comunque al Comitato di avere piena conoscenza di tutte le caratteristiche della comunicazione commerciale. La richiesta potrà essere inoltre accompagnata da documentazione utile a supportare la conformità della comunicazione alle norme del Codice applicabili. Tale facoltà diventa obbligo nel caso di claims prestazionali, al fine di riscontrare la veridicità delle affermazioni contenute nel messaggio.
Ogni richiesta di parere preventivo riguarda una sola comunicazione commerciale e le eventuali modifiche alla stessa apportate a seguito delle osservazioni del Comitato. La richiesta di parere preventivo va presentata contestualmente al versamento del diritto amministrativo stabilito dal Consiglio Direttivo IAP.

4) La Sezione, anche attraverso un suo membro a ciò delegato dal Presidente del Comitato di Controllo, procede senza formalità ad assumere dalla parte interessata le informazioni e i chiarimenti necessari o utili per l'emanazione del parere, utilizzando a tal fine i mezzi di comunicazione più rapidi e idonei. La parte che abbia richiesto il parere ha comunque la possibilità di interloquire con la Sezione, sia personalmente che attraverso i mezzi di cui sopra, al fine di meglio illustrare gli aspetti che ritenga rilevanti ai fini dell'emanazione del parere preventivo.

5) Il parere preventivo è emesso in forma scritta ed è adeguatamente motivato qualora sia negativo o favorevole con riserva. Esso è reso nel minor tempo possibile e comunque entro cinque giorni lavorativi dalla data in cui perviene alla Segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina la relativa richiesta. In

casi di particolare complessità, il termine può essere prorogato fino ad otto giorni lavorativi.

REGOLAMENTO PER DEPOSITO PROGETTI CREATIVI (Art. 43 CA)

L'agenzia o il professionista che intenda proteggere il proprio progetto creativo da proporre nell'ambito di una gara, di una consultazione plurima o individuale prima della presentazione del progetto all'utente è tenuto a:

a) raccogliere copia dei testi e delle immagini (costituenti la creazione da tutelare) che saranno sottoposti all'utente;

b) allegare alla suddetta raccolta copia dell'invito dell'utente a partecipare alla gara, consultazione plurima o individuale, ed ogni altra documentazione ritenuta utile; ed inoltre una dichiarazione attestante che il materiale corrisponde a quello che sarà presentato all'utente;

c) inserire il materiale di cui ai punti a) e b) in una busta a sacchetto formato massimo 40 × 30 cm, redigendone l'elenco;

d) effettuare il deposito, con il versamento del relativo diritto amministrativo, presso la Segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria via Larga 15 – Milano. Tale deposito deve essere tassativamente effettuato prima della presentazione del progetto all'utente, a pena di decadenza della tutela ex art. 43 CA.

La Segreteria dello IAP, ricevuto il materiale in busta chiusa, provvede a:

e) redigere in duplice copia il certificato di deposito, con la data e il numero progressivo dello stesso, l'elenco del materiale depositato e la firma del funzionario IAP che ha ricevuto il deposito;

f) apporre sul plico sigillato il contrassegno IAP con l'indicazione del numero d'ordine del deposito e copia del certificato;

g) consegnare al depositante copia del certificato attestante l'avvenuto deposito, previo incasso del diritto amministrativo dovuto;

h) rilasciare fattura quietanzata;

i) la durata del deposito è di tre anni.

REGOLAMENTO PER DEPOSITO AVVISI DI PROTEZIONE (Art. 44 CA)

Con riferimento agli artt. 13 e 44 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, chi intenda proteggere una futura campagna di comunicazione mediante la diffusione anticipata di un singolo messaggio, deve depositare presso lo IAP gli elementi essenziali di detta creazione, con una sintetica e significativa descrizione, eventualmente anche visiva, dell'idea che si intende proteggere con le seguenti modalità.

1) Il richiedente deve:

a) compilare ed inviare per e-mail all'IAP la "Richiesta di deposito", allegando l'attestazione di avvenuto pagamento dei relativi diritti;

b) contestualmente compilare on line ed inviare il "Modulo pre-emption", riportando la creatività da tutelare.

Entrambi i documenti sono reperibili nel sito www.iap.it – "Procedura per la tutela di future campagne".

2) La creatività da proteggere deve riguardare un solo messaggio, riferito a prodotti o servizi di cui non è necessario indicare i nomi, così come è facoltativo indicare il nome dell'azienda. In mancanza di tali riferimenti, tuttavia, deve essere riportato il nome dell'agenzia o del consulente.

3) Il diritto di priorità, che decorre dal ricevimento completo e corretto dei documenti di cui al punto 1), verrà registrato dalla Segreteria IAP e potrà essere fatto valere per un periodo di 18 mesi nei confronti dei soggetti vincolati al rispetto del Codice che, con qualsiasi mezzo, si ritiene imitino l'annuncio oggetto di protezione.

4) I depositi in vigore sono inseriti, nel più breve tempo possibile, nel sito Internet IAP – Elenco depositi a tutela di future campagne.

REGOLAMENTO SULLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE SVOLTA ALL'ESTERO (Art. 45 CA)

Gli utenti che vogliono tutelare la comunicazione commerciale da loro svolta in altri paesi contro possibili imitazioni in Italia, possono depositare gli esemplari di tale comunicazione commerciale presso la Segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

L'utente è tenuto a:

- allegare copia del materiale disponibile (avviso stampa, story-board, script, VHS, cd-rom, dvd) della campagna già svolta all'estero;
- indicare nome del prodotto, settore merceologico, paese in cui si è svolta la campagna;
- effettuare il deposito con il versamento del relativo diritto amministrativo presso la Segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria – via Larga 15 – Milano.

La Segreteria dello IAP, ricevuto il materiale, provvede a rilasciare certificato di deposito e relativa fattura.

Tutti i depositi sono consultabili presso la sede dell'Istituto.

La Segreteria curerà, unicamente a titolo informativo, la pubblicazione nel sito Internet IAP dell'elenco dei depositi effettuati.

Il diritto di priorità così acquisito è valido per un periodo di 5 anni dalla data del deposito.

REGOLAMENTO SULLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE DEGLI INTEGRATORI ALIMENTARI PROPOSTI PER IL CONTROLLO O LA RIDUZIONE DEL PESO E DI ALTRI TIPI DI INTEGRATORI

1) Non è ammissibile presentare i prodotti in questione come "dimagranti". Il ruolo degli integratori finalizzati al controllo o alla riduzione del peso è quello di "coadiuvanti di diete ipocaloriche". Non si deve inoltre enfatizzare il concetto di dimagrimento come sinonimo di salute.

2) Nei messaggi relativi ai prodotti in questione non deve essere utilizzata la denominazione di fantasia come mezzo per avallare o garantire proprietà del prodotto inesistenti o che l'utente non sia in grado di dimostrare.

3) Nei messaggi relativi agli integratori proposti per il controllo o la riduzione del peso, non è ammissibile il riferimento ad approvazioni o ad avalli scientifici.

Deve essere evitato l'impiego di "personale di settore" (medici, farmacisti, dietologi, ecc.) che, grazie all'autorità e al credito riscosso presso il pubblico per il suo ruolo professionale, potrebbe avallare una generale efficacia dei prodotti e diminuire il livello di critica nella scelta dei consumatori in relazione alle proprie esigenze individuali, variabili da individuo a individuo.

Per gli stessi motivi non è ammissibile nemmeno citare eventuali approvazioni da parte di Società o Associazioni scientifiche.

4) È necessario specificare, nel contesto dei messaggi, che l'uso dei prodotti in questione deve accompagnarsi ad un idoneo regime dietetico ipocalorico e ad un maggior livello di attività fisica, rimuovendo comportamenti troppo sedentari.

5) La comunicazione commerciale degli integratori proposti per il controllo o la riduzione del peso non deve presentare diete spersonalizzate elaborate da esperti come universalmente valide.

Presupposto della norma è la convinzione, da tempo condivisa in ambito scientifico, che sia incongruo e irrazionale elaborare e proporre diete spersonalizzate senza tener conto della realtà effettiva del singolo soggetto. Pertanto, diete elaborate in modo standardizzato non devono essere presentate come universalmente valide. Qualora la comunicazione commerciale proponga una dieta standard, essa deve comunque contenere un avvertimento al consumatore circa la necessità di verificare, con l'intervento di un medico o di un dietologo, se si tratti di dieta adatta alle sue esigenze.

6) La comunicazione commerciale relativa agli integratori proposti per il controllo o la riduzione del peso non deve avvalersi né di immagini né di testimonianze volte a confrontare la situazione precedente all'uso del prodotto con i risultati conseguiti con l'uso del prodotto stesso.

7) La comunicazione commerciale relativa agli integratori proposti per il controllo o la riduzione del peso deve evitare quantificazioni assolute dei risultati ottenibili in un determinato periodo di tempo (in termini di riduzione di peso, circonferenze e misure antropometriche, massa grassa, accumuli adiposi, ecc.).

8) La comunicazione commerciale relativa agli integratori proposti per il controllo o la riduzione del peso non deve tendere a far credere di poter ottenere risultati significativi in tempi rapidi e senza rinunce.

L'impiego di un integratore finalizzato al controllo o alla riduzione del peso corporeo può avere un senso e produrre effetti nella direzione voluta solo nell'ambito di un regime dietetico che, per essere ipocalorico, comporta necessariamente delle rinunce (restrizione dell'introito energetico). Contrasta pertanto col principio di verità promettere risultati senza rinunce.

Inoltre, un dimagrimento troppo rapido è pericoloso per la salute. Di conseguenza, promettere perdite di peso in tempi brevi può non solo ingenerare attese sbagliate, ma anche indurre comportamenti scorretti.

9) Precauzioni particolari devono essere adottate per quanto riguarda la citazione di studi clinici e scientifici nella comunicazione commerciale degli integratori proposti per il controllo o la riduzione del peso, in considerazione

della particolare vulnerabilità della fascia di pubblico alla quale tali prodotti si riferiscono. Pertanto:

- non è consentito l'uso di espressioni quali "clinicamente testato", oppure "test clinici dimostrano che...", e simili, in quanto suscettibili di indurre in errore il destinatario del messaggio circa l'ambito e la portata degli studi effettuati, e comunque circa la natura del prodotto pubblicizzato, presentandolo come dotato di proprietà terapeutiche o farmacologiche;
- non è consentito riportare dati scientifici emersi da ricerche bibliografiche condotte su uno o più dei costituenti del prodotto, che non riflettano le effettive condizioni di azione dei componenti interessati con riferimento al dosaggio degli stessi utilizzato nel prodotto e alla loro interazione con altri possibili componenti del prodotto;
- è consentita a corredo delle affermazioni contenute nell'annuncio la citazione circostanziata e veritiera dei risultati specifici di test di tollerabilità o di efficacia effettuati sui prodotti pubblicizzati, a condizione che si tratti di test effettuati secondo criteri e metodologie accettati dalla comunità scientifica.

10) La comunicazione commerciale degli integratori proposti per il controllo o la riduzione del peso deve evitare l'esplicita menzione di condizioni di peso "ideale", linea "ideale" o simili.

Nei messaggi va considerata la delicatezza dell'argomento, in termini di comunicazione, rispetto alle psicopatologie alimentari.

Il concetto di peso "ideale" è stato superato in quanto causa di errori terapeutici e di gravi malattie psicologiche.

11) La comunicazione commerciale dei prodotti in questione non deve correlare l'accumulo di grasso con la ritenzione di liquidi.

12) La comunicazione commerciale dei prodotti in questione non deve correlare il peso corporeo con l'accumulo di gas intestinali.

13) La comunicazione commerciale dei prodotti in questione non deve mettere in cattiva luce la dieta mediterranea ricca in carboidrati complessi.

14) Gli integratori propagandati per il controllo o la riduzione del peso possono vantare solo una generica azione coadiuvante, ma non possono rivendicare vantaggi non veritieri o non dimostrati che il loro impiego arrecherebbe a sottogruppi particolari di soggetti con specifici problemi (ad esempio fame nervosa, metabolismo lento, ecc.).

ALTRI TIPI DI INTEGRATORI

15) I messaggi relativi a prodotti che vantano proprietà anti-età non devono indurre a sottovalutare l'esigenza di adottare un sano stile di vita con la rimozione dei fattori di rischio e non possono quindi attribuire al solo uso del prodotto l'effetto di prevenire o di ritardare l'invecchiamento.

16) La comunicazione commerciale non può tendere a far credere che con un integratore o con altro prodotto non medicinale sia possibile fronteggiare l'impotenza maschile.

Si rilevano frequentemente abusi nel vantare effetti stimolanti le prestazioni fisiche e sessuali, dell'uomo in particolar modo. In alcuni messaggi si arriva direttamente a vantare effetti sull'impotenza maschile per prodotti che vengono così proposti in alternativa ad un trattamento terapeutico.

Si vuole sottolineare che nella assoluta maggioranza dei casi, le evidenze sperimentali di efficacia, sia sull'animale che sull'uomo, sono assai carenti e, comunque, non sufficienti a sostenere gli effetti vantati.
I messaggi devono tener conto del ruolo coadiuvante che questi prodotti possono rivendicare, riconducibile ad effetti di tipo tonico, senza indurre a sottovalutare l'esigenza di un controllo medico per una precisa valutazione della propria condizione e, ove necessario, di un corretto approccio terapeutico.

17) La comunicazione commerciale degli integratori diretti a favorire il controllo dei lipidi plasmatici deve chiarire che la funzione di tali prodotti è quella di favorire un normale metabolismo lipidico, nell'ambito di un regime dietetico adeguato. In nessun caso tali prodotti devono venire presentati come idonei al trattamento di situazioni patologiche, che richiedono la valutazione e l'intervento del medico.

18) La comunicazione commerciale degli integratori non può tendere a far credere che essi presentino una selettività d'uso per gli sportivi, o comunque per chi si sottopone ad un intenso impegno fisico, per effetti favorevoli sulla massa muscolare o sulla prestazione.
I prodotti espressamente destinati agli sportivi, che riportano in etichetta tale specifica indicazione, rappresentano infatti una specifica categoria di prodotti dietetici.

REGOLAMENTO SULLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE DEI MEDICINALI PER USO VETERINARIO

Fermo restante il rispetto delle disposizioni contenute nel Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, la comunicazione commerciale dei medicinali veterinari non soggetti ad obbligo di prescrizione medico-veterinaria deve:

a essere realizzata in modo che la natura promozionale del messaggio sia evidente ed il prodotto sia chiaramente identificato come medicinale;

b comprendere almeno la denominazione del medicinale veterinario e la denominazione comune del principio attivo (indicazione non obbligatoria se il medicinale è costituito da più princìpi attivi), nonché un invito esplicito e chiaro (stampa periodica e quotidiana caratteri di dimensioni non inferiori al corpo 9) a leggere attentamente le avvertenze figuranti nel foglietto illustrativo e/o sull'imballaggio esterno;

c in deroga al punto b) la comunicazione commerciale può limitarsi a contenere la denominazione del medicinale, qualora abbia lo scopo esclusivo di rammentarla.

Inoltre, la comunicazione commerciale dei medicinali veterinari non può contenere alcun elemento che:

a. faccia apparire superflua la consultazione di un medico veterinario o l'intervento chirurgico, in particolare offrendo una diagnosi o proponendo una cura per corrispondenza;
b. induca a ritenere che il medicinale veterinario sia innocuo e dotato di ampio margine di maneggevolezza;
c. induca a ritenere, anche facendo riferimento a dati di farmacovigilanza, che il medicinale veterinario sia privo di effetti collaterali o che la sua

efficacia sia superiore o pari a quella di un altro medicinale veterinario;
d. induca a ritenere che il medicinale veterinario sia privo di rischi per la persona che lo somministra e, nel caso di medicinali per uso esterno, per le persone che vivono a contatto con l'animale trattato;
e. induca a ritenere che il medicinale veterinario sia privo di rischi di impatto ambientale;
f. induca a ritenere che la mancanza del medicinale veterinario possa avere effetti pregiudizievoli sul normale stato di buona salute dell'animale;
g. comprenda una raccomandazione di scienziati, di associazioni scientifiche o culturali, di operatori sanitari o di persone largamente note al pubblico;
h. assimili il medicinale veterinario ad un altro prodotto di consumo;
i. induca a ritenere che la sicurezza o l'efficacia del medicinale veterinario sia dovuta al fatto che si tratti di una sostanza "naturale";
j. possa indurre ad una errata diagnosi da parte del proprietario dell'animale;
k. faccia riferimento in modo abusivo, impressionante o ingannevole a certificati di guarigione;
l. utilizzi in modo impressionante ed ingannevole rappresentazioni visive di alterazioni del corpo dell'animale dovute a malattie o lesioni;
m. enfatizzi che il medicinale veterinario abbia ricevuto un'autorizzazione all'immissione in commercio.

REGOLAMENTO A GARANZIA DELL'IMPARZIALITÀ DEL GIUDIZIO AUTODISCIPLINARE

I membri del Giurì, del Comitato di Controllo e i consulenti tecnici di cui all'art. 32 bis del Codice hanno l'obbligo di astenersi: a) nei casi riconducibili all'art. 51.1 c.p.c.; b) nel caso in cui siano impegnati – o lo siano stati negli ultimi 12 mesi – nella prestazione della loro attività professionale a favore dell'inserzionista o del ricorrente; c) nei casi in cui sussistono gravi ragioni di convenienza. In questi casi l'obbligo di astensione vige anche in relazione a casi che coinvolgono imprese direttamente concorrenti di quella rispetto alla quale il membro si trova in condizione di incompatibilità.
I membri del Giurì, del Comitato di Controllo ed i consulenti tecnici di cui all'art. 32 bis del Codice devono astenersi dal prestare la loro immagine in attività di comunicazione commerciale.
Ciascun membro del Giurì e del Comitato di Controllo e il consulente tecnico è tenuto a valutare se si trova in alcuna delle condizioni di incompatibilità all'atto del ricevimento della documentazione relativa alla vertenza oppure alla pratica da esaminare ed è tenuto, in caso di valutazione positiva, a comunicare senza indugio la sua astensione al Presidente del Collegio giudicante o della sezione del Comitato. Il Presidente che valuti di essere in situazione di incompatibilità comunica la sua astensione al Presidente del Giurì oppure al Presidente del Comitato di Controllo. Questi a loro volta, se in condizioni di incompatibilità, comunicano la loro astensione al Presidente dell'Istituto di Autodisciplina.

I membri della "Sezione pareri preventivi" del Comitato di Controllo sono tenuti a manifestare la propria incompatibilità non appena verrà loro comunicata l'identità del soggetto che ha presentato l'istanza e la materia alla quale si riferisce.
La valutazione dell'inosservanza delle regole sull'obbligo di astensione è demandata al Consiglio Direttivo che a sua discrezione può adottare differenti misure, fino alla dichiarazione di decadenza dall'incarico di membro del Giurì, del Comitato di Controllo o di consulente tecnico, tenendo conto della incidenza in concreto dell'operato del soggetto sull'esito della procedura autodisciplinare. In ogni caso la misura adottata non è causa di impugnazione della pronuncia emessa dal Giurì oppure della delibera assunta dal Comitato di Controllo con la partecipazione del soggetto ritenuto incompatibile.
Il Consiglio Direttivo si pronuncia su istanza di chiunque vi abbia interesse sentito il membro del Giurì o del Comitato di Controllo o il consulente tecnico interessato.

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, emendata dal Protocollo n. 11 Roma, 4 novembre 1950

Il testo della Convenzione era stato modificato conformemente alle disposizioni del Protocollo n° 3, entrato in vigore il 21 settembre 1970, del Protocollo n° 5, entrato in vigore il 20 dicembre 1971 e del Protocollo n° 8, entrato in vigore il 1° gennaio 1990. Esso comprendeva inoltre il testo del Protocollo n° 2 che, conformemente al suo articolo 5, paragrafo 3, era divenuto parte integrante della Convenzione dal 21 settembre 1970, data della sua entrata in vigore. Tutte le disposizioni che erano state modificate o aggiunte dai suddetti Protocolli sono sostituite dal Protocollo n° 11 a partire dalla data della sua entrata in vigore, il 1° novembre 1998. Inoltre, a partire da questa stessa data, il Protocollo n° 9, entrato in vigore il 1° ottobre 1994, è abrogato.

I Governi firmatari, Membri del Consiglio dell'Europa,
considerata la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, proclamata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948;
considerato che questa Dichiarazione tende a garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati;
considerato che il fine del consiglio dell'Europa è quello di realizzare una unione più stretta tra i suoi Membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;
riaffermato il loro profondo attaccamento a queste libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico veramente democratico e, dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei Diritti dell'uomo a cui essi si appellano;
risoluti, in quanto Governi di Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza di diritto, a prendere le prime misure adatte ad assicurare la garanzia collettiva di certi diritti enunciati nella Dichiarazione Universale,
hanno convenuto quanto segue:

Articolo 1 – Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo
Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione.

Titolo I – Diritti e libertà

Articolo 2 – Diritto alla vita
1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza

capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito dalla legge con tale pena.
2. La morte non è considerata inflitta in violazione di questo articolo quando derivasse da un ricorso alla forza reso assolutamente necessario:
a. per assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale;
b. per effettuare un regolare arresto o per impedire l'evasione di una persona legalmente detenuta;
c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o una insurrezione.

Articolo 3 – Divieto di tortura

Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamento inumani o degradanti.

Articolo 4 – Divieto di schiavitù e lavori forzati

1. Nessuno può essere tenuto in condizione di schiavitù o di servitù.
2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio.
3. Non è considerato «lavoro forzato o obbligatorio» nel senso di questo articolo:
a) ogni lavoro normalmente richiesto ad una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o nel periodo di libertà condizionata;
b) ogni servizio di carattere militare o, nel caso di obiettori di coscienza nei paesi nei quali l'obiezione di coscienza è riconosciuta legittima, un altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio;
c) ogni servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità;
d) ogni lavoro o servizio che faccia parte dei normali doveri civici.

Articolo 5 – Diritto alla libertà e alla sicurezza

1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:
a. se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;
b. se è in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge;
c. se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;
d. se si tratta della detenzione regolare di un minore, decisa per sorvegliare la sua educazione, o di sua legale detenzione al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;
e. se si tratta della detenzione regolare di una persona per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcoolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;
f. se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio, o contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

2. Ogni persona che venga arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico.
3. Ogni persona arrestata o detenuta nelle condizioni previste dal paragrafo 1 *c)* del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria. La scarcerazione può essere subordinata ad una garanzia che assicuri la comparizione della persona all'udienza.
4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale.
5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo ha diritto ad una riparazione.

Articolo 6 – Diritto ad un processo equo

1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia.
2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.
3. Ogni accusato ha segnatamente diritto a:
a. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;
b. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa;
c. difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia;
d. interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
e. farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza.

Articolo 7 – Nessuna pena senza legge

1. Nessuno può essere condannato per un'azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena

superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.
2. Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

Articolo 8 – Diritto al rispetto della vita privata e familiare

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Articolo 9 – Libertà di pensiero, di coscienza e di religione

1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo e la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.
2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui.

Articolo 10 – Libertà di espressione

1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo noti impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione.
2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario.

Articolo 11 – Libertà di riunione ed associazione

1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi.
2. L'esercizio di questi diritti non può costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la prevenzione dei

reati, la protezione della salute e della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non vieta che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di questi diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato.

Articolo 12 – Diritto al matrimonio

Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto.

Articolo 13 – Diritto ad un ricorso effettivo

Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

Articolo 14 – Divieto di discriminazione

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato, senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

Articolo 15 – Deroga in caso di emergenze

1. In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere delle misure in deroga alle obbligazioni previste nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale.
2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2 salvo che per il caso di decesso risultante da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 (paragrafo 1) e 7.
3. Ogni Alta Parte Contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene pienamente informato il Segretario Generale del Consiglio d'Europa delle misure prese e dei motivi che le hanno ispirate. Essa deve parimenti informare il Segretario Generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure hanno cessato d'esser in vigore e le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

Articolo 16 – Restrizione all'attività politica degli stranieri

Nessuna delle disposizioni degli articoli 10, 11 e 14 può essere considerata come vietante alle Alte Parti Contraenti di porre limitazioni all'attività politica degli stranieri.

Articolo 17 – Divieto dell'abuso di diritto

Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, gruppo o individuo di esercitare una attività o compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni maggiori di quelle previste in detta Convenzione.

Articolo 18 – Limitazioni dell'uso di restrizioni ai diritti

Le limitazioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà non possono essere applicate che per lo scopo per il quale sono state previste.

Titolo II – Corte europea dei diritti dell'uomo

Articolo 19 – Istituzione della Corte
Al fine di assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli alle Alte Parti contraenti, viene istituita una Corte europea dei diritti dell'uomo, dappresso denominata «la Corte». Essa opera in modo permanente.

Articolo 20 – Numero dei giudici
La Corte si compone di un numero di giudici eguale a quello delle Alte Parti contraenti.

Articolo 21 – Condizioni per l'esercizio delle funzioni
1. I giudici devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie o essere giuristi di riconosciuta competenza.
2. I giudici siedono in Corte a titolo individuale.
3. Durante il loro mandato, i giudici non possono svolgere alcuna attività incompatibile con le esigenze di autonomia, di imparzialità o di disponibilità richieste per un'attività esercitata a tempo pieno; tutte le controversie derivanti dall'applicazione del presente paragrafo vengono decise dalla Corte.

Articolo 22 – Elezione dei giudici
1. I giudici vengono eletti dall'Assemblea parlamentare per ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall'Alta Parte contraente.
2. La stessa procedura viene applicata per completare la Corte in caso di adesione di nuove Alte Parti contraenti e per coprire i seggi divenuti vacanti.

Articolo 23 – Durata del mandato
1. I giudici vengono eletti per un periodo di sei anni. Essi sono rieleggibili. Tuttavia, il mandato di una metà dei giudici eletti nella prima elezione scade al termine di tre anni.
2. I giudici il cui mandato scade al termine del periodo iniziale di tre anni sono estratti a sorte dal Segretario generale del Consiglio d'Europa, immediatamente dopo la loro elezione.
3. Al fine di assicurare, per quanto possibile, il rinnovo del mandato di una metà dei giudici ogni tre anni, l'Assemblea parlamentare può decidere, prima di procedere ad ulteriori elezioni, che uno o più mandati dei giudici da eleggere abbiano una durata diversa da quella di sei anni, senza tuttavia che questa possa eccedere nove anni o essere inferiore a tre anni.
4. Nel caso in cui sia necessario conferire più mandati e l'Assemblea parlamentare applichi il precedente paragrafo, la ripartizione dei mandati viene effettuata mediante estrazione a sorte dal Segretario generale del Consiglio d'Europa immediatamente dopo l'elezione.
5. Il giudice eletto in sostituzione di un giudice il cui mandato non sia terminato rimane in carica fino alla scadenza del mandato del suo predecessore.
6. Il mandato dei giudici termina con il raggiungimento del settantesimo anno di età.

7. I giudici restano in carica sino alla loro sostituzione. Gli stessi continuano tuttavia ad occuparsi delle cause di cui sono già investiti.

Articolo 24 – Revoca

Nessun giudice può essere revocato dall'incarico se non quando gli altri giudici decidono, a maggioranza dei due terzi, che lo stesso non soddisfa più le condizioni richieste.

Articolo 25 – Cancelleria e referendari

La Corte dispone di una cancelleria le cui funzioni ed organizzazione sono stabilite dal regolamento della Corte. La Corte è assistita da referendari.

Articolo 26 – Assemblea plenaria della Corte

La Corte riunita in Assemblea plenaria:

a. elegge, per una durata di tre anni, il suo presidente ed uno o due vice-presidenti: possono essere rieletti;

b. istituisce le sezioni per un periodo di tempo determinato;

c. elegge i presidenti delle sezioni della Corte; questi possono essere rieletti;

d. adotta il regolamento della Corte;

e. elegge il cancelliere e uno o più vice-cancellieri.

Articolo 27 – Comitati, sezioni e sezione allargata

1. Per l'esame dei casi ad essa rimessi, la Corte siede in comitati composti da tre giudici, in sezioni composte da sette giudici ed in una sezione allargata composta da diciassette giudici. Le sezioni della Corte istituiscono i comitati per un periodo di tempo determinato.

2. Il giudice eletto a titolo di uno Stato parte alla procedura è membro di diritto della sezione e della sezione allargata; in caso di assenza di detto giudice o se è impossibilitato a sedere, tale Stato parte designa una persona che siede in qualità di giudice.

3. Fanno parte della sezione allargata anche il presidente della Corte, i vice-presidenti, i presidenti delle sezioni ed altri giudici designati conformemente al regolamento della Corte. Quando viene rimessa alla sezione allargata una questione in virtù dell'articolo 43, nessun giudice della sezione che ha emesso il giudizio può sedere, ad eccezione del presidente della sezione e del giudice che abbia partecipato al giudizio a titolo dello Stato parte interessato.

Articolo 28 – Dichiarazione di irricevibilità da parte dei comitati

Un comitato può, con voto unanime, dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo un ricorso individuale presentato in virtù dell'articolo 34 nei casi in cui tale decisione può essere presa senza ulteriore esame. La decisione è definitiva.

Articolo 29 – Decisioni delle sezioni sulla ricevibilità e il merito

1. Se non viene presa alcuna decisione in virtù dell'articolo 28, una sezione si pronuncia sulla ricevibilità ed il merito dei ricorsi individuali presentati in virtù dell'articolo 34.

2. Una sezione si pronuncia sulla ricevibilità ed il merito dei ricorsi interstatali presentati in virtù dell'articolo 33.

3. Salvo decisione contraria della Corte per casi eccezionali, la decisione sulla ricevibilità viene adottata separatamente.

Articolo 30 – Trasferimento di competenza alla sezione allargata

Se la causa pendente innanzi ad una sezione solleva una questione grave relativa all'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la

soluzione di una questione può portare ad una contraddizione rispetto ad una sentenza precedentemente emessa dalla Corte, la sezione in qualsiasi momento precedente all'emissione della sua sentenza può trasferire la competenza alla sezione allargata, a meno che una delle Parti non si opponga.

Articolo 31 – Poteri della sezione allargata

La sezione allargata:

a. si pronuncia sui ricorsi presentati in virtù dell'articolo 33 o dell'articolo 34 allorquando la causa le è stata deferita da una sezione in virtù dell'articolo 30 o quando la causa le è stata rimessa in virtù dell'articolo 43; e

b. esamina le richieste di parere presentate in virtù dell'articolo 47.

Articolo 32 – Competenza della Corte

1. La competenza della Corte si estende a tutte le questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che le verranno sottoposte nei termini previsti dagli articoli 33, 34 e 47.

2. In caso di contestazione sulla competenza della Corte, la decisione sul punto spetta alla Corte.

Articolo 33 – Cause interstatali

Ciascuna Alta Parte contraente può adire la Corte in ordine ad ogni presunta violazione delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli da parte di un'altra Alta Parte contraente.

Articolo 34 – Ricorsi individuali

La Corte può essere adita per ricorsi presentati da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di individui che pretenda di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non impedire in alcun modo l'esercizio effettivo di questo diritto.

Articolo 35 – Criteri di ricevibilità

1. Una questione può essere rimessa alla Corte solo dopo l'esaurimento di tutte le vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, ed entro un periodo di sei mesi dalla data della decisione interna definitiva.

2. La Corte non prende in considerazione alcun ricorso individuale presentato in virtù dell'articolo 34 quando:

a. è anonimo, o

b. è sostanzialmente uguale ad un ricorso precedentemente esaminato dalla Corte o è già stato sottoposto ad un'altra istanza internazionale di inchiesta o di composizione e non contiene fatti nuovi.

3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato in virtù dell'articolo 34 qualora lo ritenga incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, o manifestamente infondato o abusivo.

4. La Corte respinge tutti i ricorsi irricevibili ai sensi del presente articolo. Può procedere in tal senso in ogni fase della procedura.

Articolo 36 – Intervento di terzi

1. Per tutte le cause rimesse ad una sezione o alla sezione allargata, un'Alta Parte contraente il cui cittadino sia un ricorrente ha il diritto di presentare osservazioni scritte e di prendere parte alle udienze.

2. Nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare un'Alta Parte contraente che non è parte o ogni altra persona interessata che non sia il ricorrente a presentare osservazioni scritte o a prendere parte alle udienze.

Articolo 37 – Cancellazione dei ricorsi dal ruolo

1. In qualsiasi momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo qualora le circostanze portino alla conclusione che:

a. il ricorrente non intenda più mantenerlo; o

b. la controversia sia stata risolta; o

c. per ogni altra ragione accertata dalla Corte, non sia più giustificato continuare l'esame del ricorso.

La Corte continua tuttavia ad esaminare il ricorso se il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli lo richiede.

2. La Corte può decidere di reiscrivere un ricorso nel ruolo allorquando ritenga che le circostanze lo giustifichino.

Articolo 38 – Esame del caso e procedura di composizione amichevole

1. Se la Corte dichiara un ricorso ricevibile, essa:

a. effettua l'esame del caso con i rappresentanti delle parti e, nel caso in cui sia necessario, procede ad un'indagine, per la cui conduzione efficace gli Stati interessati forniranno tutte le agevolazioni necessarie;

b. si mette a disposizione delle parti interessate al fine di giungere ad una composizione amichevole della questione che si ispiri al rispetto dei diritti dell'uomo riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli.

2. La procedura ai sensi del paragrafo 1 lettera b è riservata.

Articolo 39 – Conclusione di una composizione amichevole

In caso di composizione amichevole, la Corte cancella la causa dal ruolo mediante una decisione che si limita ad una breve esposizione dei fatti e della soluzione adottata.

Articolo 40 – Udienze pubbliche ed accesso ai documenti

1. Le udienze sono pubbliche, a meno che la Corte non decida diversamente in circostanze eccezionali.

2. I documenti depositati in archivio sono accessibili al pubblico a meno che il presidente della Corte non decida diversamente.

Articolo 41 – Equa soddisfazione
Se la Corte dichiara che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente interessata non permette che una parziale riparazione della violazione, la Corte, se necessario, accorda alla parte lesa un'equa soddisfazione.

Articolo 42 – Sentenze delle sezioni
Le sentenze delle sezioni divengono definitive conformemente alle disposizioni dell'articolo 44 paragrafo 2.

Articolo 43 – Rinvio alla sezione allargata
1. Entro il termine di tre mesi dalla data in cui la sezione ha pronunciato la sentenza, le parti possono, in casi eccezionali, chiedere il deferimento della causa alla sezione allargata.
2. Un collegio di cinque giudici della sezione allargata accoglie la richiesta se il caso solleva una questione grave relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o una questione grave di carattere generale.
3. Se il collegio accoglie la richiesta, la sezione allargata si pronuncia sulla causa con sentenza.

Articolo 44 – Sentenze definitive
1. La sentenza della sezione allargata è definitiva.
2. La sentenza di una sezione diviene definitiva:
a. quando le parti dichiarano di non voler deferire la causa alla sezione allargata; o
b. tre mesi dopo la data della sentenza, se non è richiesto il deferimento della causa alla sezione allargata; o
c. quando il collegio della sezione allargata respinge la richiesta di rinvio formulata in applicazione dell'articolo 43.
3. La sentenza definitiva viene pubblicata.

Articolo 45 – Motivazione delle sentenze e delle decisioni
1. Le sentenze, nonché le decisioni che dichiarano i ricorsi ricevibili o irricevibili, sono motivate.
2. Se una sentenza non esprime, nella sua totalità o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice ha il diritto di allegare la sua opinione separata.

Articolo 46 – Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze
1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti.
2. La sentenza definitiva della Corte viene trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione.

Articolo 47 – Pareri
1. La Corte, su richiesta del Comitato dei Ministri, può rilasciare pareri su questioni giuridiche concernenti l'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli.
2. Tali pareri non possono riguardare questioni relative al contenuto o alla portata dei diritti e delle libertà di cui al titolo I della Convenzione e dei suoi Protocolli, né altre questioni che la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero

dover esaminare a seguito dell'introduzione di un ricorso previsto dalla Convenzione.
3. Le decisioni del Comitato dei Ministri di richiedere un parere della Corte sono prese a maggioranza dei voti dei rappresentanti aventi diritto a sedere nel Comitato.

Articolo 48 – Competenza consultiva della Corte

La Corte decide se la richiesta di parere presentata dal Comitato dei Ministri è di sua competenza, secondo quanto stabilito dall'articolo 47.

Articolo 49 – Motivazione dei pareri

1. I pareri della Corte devono essere motivati.
2. Se il parere non esprime, nella sua totalità o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice ha il diritto di allegare la sua opinione separata.
3. I pareri della Corte vengono trasmessi al Comitato dei Ministri.

Articolo 50 – Spese di funzionamento della Corte

Le spese di funzionamento della Corte sono a carico del Consiglio d'Europa.

Articolo 51 – Privilegi e immunità dei giudici

I giudici, durante l'esercizio delle loro funzioni, godono dei privilegi e delle immunità previsti dall'articolo 40 dello Statuto del Consiglio d'Europa e dagli accordi conclusi in virtù di detto articolo.

Titolo III – Disposizioni diverse

Articolo 52 – Richieste del Segretario generale

Ogni Alta Parte Contraente, su domanda del Segretario Generale del Consiglio dell'Europa, fornirà le spiegazioni richieste sul modo in cui il proprio diritto interno assicura la effettiva applicazione di tutte le disposizioni della presente Convenzione.

Articolo 53 – Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti

Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai Diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o ad altri Accordi internazionali di cui tale Stato sia parte.

Articolo 54 – Poteri del Comitato dei Ministri

Nessuna disposizione della presente Convenzione porta pregiudizio ai poteri conferiti al Comitato dei Ministri dallo Statuto del Consiglio d'Europa.

Articolo 55 – Rinuncia ad altri mezzi di risoluzione delle controversie

Le Alte Parti Contraenti rinunziano reciprocamente, salvo compromesso speciale, a prevalersi dei trattati, convenzioni o dichiarazioni fra di loro esistenti, in vista di sottomettere, per via di ricorso, una controversia nata dall'interpretazione o dall'applicazione della presente Convenzione ad una procedura di regolamento diversa da quelle previste da detta Convenzione.

Articolo 56 – Applicazione territoriale

1. Ogni Stato, al momento della ratifica o in ogni altro momento successivo, può dichiarare, mediante notifica indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che la presente Convenzione troverà applicazione salvo quanto previsto al paragrafo 4 del presente articolo in tutti i territori o in determinati territori di cui assicura le relazioni internazionali.

2. La Convenzione si applicherà al territorio o ai territori designati nella notifica a partire dal trentesimo giorno successivo alla data in cui il Segretario Generale del Consiglio d'Europa avrà ricevuto tale notifica.
3. In detti territori le disposizioni della presente Convenzione saranno applicate tenendo conto delle necessità locali.
4. Ogni Stato che ha fatto una dichiarazione conforme al primo paragrafo di questo articolo può, in ogni momento, dichiarare relativamente a uno o a più territori previsti in tale dichiarazione che accetta la competenza della Corte a conoscere dei ricorsi di persone fisiche, di organizzazioni non governative, o di gruppi di privati come previsto dall'articolo 34 della Convenzione.

Articolo 57 – Riserve

1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo ad una particolare disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate in base al presente articolo.
2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta un breve esposto della legge in questione.

Articolo 58 – Denuncia

1. Un'Alta Parte Contraente non può denunciare la presente Convenzione che dopo un periodo di cinque anni a partire dalla data d'entrata in vigore della Convenzione nei suoi confronti e dando un preavviso di sei mesi mediante una notifica indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che ne informa le Alte Parti Contraenti.
2. Tale denuncia non può avere l'effetto di svincolare l'Alta Parte Contraente interessata dalle obbligazioni contenute nella presente Convenzione in ciò che concerne qualunque fatto che, potendo costituire una violazione di queste obbligazioni, fosse stato compiuto da essa anteriormente alla data in cui la denuncia produce il suo effetto.
3. Con la medesima riserva cessa d'esser Parte della presente Convenzione ogni Parte Contraente che cessi d'essere membro del Consiglio d'Europa.
4. La Convenzione può essere denunciata in conformità alle disposizioni dei precedenti paragrafi relativamente a ogni territorio nel quale sia stata dichiarata applicabile in base all'articolo 56.

Articolo 59 – Firma e ratifica

1. La presente Convenzione è aperta alla firma dei Membri del Consiglio d'Europa. Essa sarà ratificata. Le ratifiche saranno depositate presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa.
2. La presente Convenzione entrerà in vigore dopo il deposito di dieci strumenti di ratifica.
3. Per ogni firmatario che la ratificherà successivamente, la Convenzione entrerà in vigore dal momento del deposito dello strumento di ratifica.
4. Il Segretario Generale del Consiglio d'Europa notificherà a tutti i membri del Consiglio d'Europa l'entrata in vigore della Convenzione, i nomi delle Alte Parti

Contraenti che l'avranno ratificata, come anche il deposito di ogni altro strumento di ratifica che si sia avuto successivamente.
5. Fatto a Roma, il 4 novembre 1950 in francese e in inglese, le due versioni facendo egualmente fede, in un solo esemplare che sarà depositato negli archivi del Consiglio d'Europa. Il Segretario Generale ne comunicherà copie certificate conformi a tutti i firmatari.

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali

Situazione in data 18/12/2013[1]

Stati membri del Consiglio d'Europa	Firma	Ratifica	Entrata in vigore	Rinv.	R.	D.	A.	T.	C.
Albania	13/7/1995	2/10/1996	2/10/1996			X			
Andorra	10/11/1994	22/1/1996	22/1/1996		X	X			
Armenia	25/1/2001	26/4/2002	26/4/2002		X	X			
Austria	13/12/1957	3/9/1958	3/9/1958		X	X			
Azerbaijan	25/1/2001	15/4/2002	15/4/2002		X	X			
Belgio	4/11/1950	14/6/1955	14/6/1955			X			X
Bosnia e Erzegovina	24/4/2002	12/7/2002	12/7/2002						
Bulgaria	7/5/1992	7/9/1992	7/9/1992			X			
Cipro	16/12/1961	6/10/1962	6/10/1962			X			
Croazia	6/11/1996	5/11/1997	5/11/1997		X	X			
Danimarca	4/11/1950	13/4/1953	3/9/1953			X			
Estonia	14/5/1993	16/4/1996	16/4/1996		X	X			
Ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia	9/11/1995	10/4/1997	10/4/1997			X			
Finlandia	5/5/1989	10/5/1990	10/5/1990		X	X			
Francia	4/11/1950	3/5/1974	3/5/1974		X	X		X	
Georgia	27/4/1999	20/5/1999	20/5/1999			X			
Germania	4/11/1950	5/12/1952	3/9/1953	30	X	X		X	

[1] I dati riportati sono stati presi dal sito istituzionale del Consiglio d'Europa http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG

Gran Bretagna	4/11/1950	8/3/1951	3/9/1953			X		X	X
Grecia	28/11/1950	28/11/1974	28/11/1974	29		X			
Irlanda	4/11/1950	25/2/1953	3/9/1953		X	X			
Islanda	4/11/1950	29/6/1953	3/9/1953			X			
Italia	4/11/1950	26/10/1955	26/10/1955			X			
Lettonia	10/2/1995	27/6/1997	27/6/1997			X			
Liechtenstein	23/11/1978	8/9/1982	8/9/1982		X	X			
Lituania	14/5/1993	20/6/1995	20/6/1995		X	X			
Lussemburgo	4/11/1950	3/9/1953	3/9/1953			X			
Malta	12/12/1966	23/1/1967	23/1/1967		X	X			
Moldavia	13/7/1995	12/9/1997	12/9/1997		X	X			
Monaco	5/10/2004	30/11/2005	30/11/2005		X	X			
Montenegro	3/4/2003	3/3/2004	6/6/2006	56	X	X			
Norvegia	4/11/1950	15/1/1952	3/9/1953		X	X			
Paesi Bassi	4/11/1950	31/8/1954	31/8/1954			X		X	
Polonia	26/11/1991	19/1/1993	19/1/1993			X			
Portogallo	22/9/1976	9/11/1978	9/11/1978		X	X			
Repubblica Ceca	21/2/1991	18/3/1992	1/1/1993	17	X	X			
Repubblica Slovacca	21/2/1991	18/3/1992	1/1/1993	17	X	X			
Romania	7/10/1993	20/6/1994	20/6/1994		X	X			
Russia	28/2/1996	5/5/1998	5/5/1998		X	X			
San Marino	16/11/1988	22/3/1989	22/3/1989		X	X			
Serbia	3/4/2003	3/3/2004	3/3/2004	56	X	X			

Slovenia	14/5/1993	28/6/1994	28/6/1994			X			
Spagna	24/11/1977	4/10/1979	4/10/1979		X	X			
Svezia	28/11/1950	4/2/1952	3/9/1953			X			
Svizzera	21/12/1972	28/11/1974	28/11/1974			X			
Turchia	4/11/1950	18/5/1954	18/5/1954			X			X
Ucraina	9/11/1995	11/9/1997	11/9/1997		X	X			
Ungheria	6/11/1990	5/11/1992	5/11/1992			X			

Numero totale di ratifiche/adesioni : 47

Rinvii:
(17) Date della firma e ratifica dell'antica Repubblica Federativa ceca e slovacca.
(29) Ratifica 28/03/1953 – Denuncia con efficacia dal 13/06/1970.
(30) Ratifica della Saar il 14/01/1953 – La Saar è diventata parte integrante della Germania l'01/01/1957.
(56) Dates of signature and ratification by the state union of Serbia and Montenegro.

a.: Adesione - s.: Firma senza riserva di ratifica - su.: Successione - r.: Firma "ad referendum".

R.: Riserve - D.: Dichiarazioni - A.: Autorità - T.: Applicazione Territoriale - C.: Comunicazione - O.: Obiezione.

LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PRINCIPI FONDAMENTALI

Art. 1.

L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Art. 2.

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 3.

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 4.

La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

Art. 5.

La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

Art. 6.

La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche.

Art. 7.

Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

Art. 8.

Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.
Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

Art. 9.

La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Art. 10.

L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici.

Art. 11.

L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

Art. 12

La bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di eguali dimensioni.

PARTE I
DIRITTI E DOVERI DEI CITTADINI
TITOLO I
RAPPORTI CIVILI

Art. 13.

La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

Art. 14.

Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.

Art. 15.

La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.

Art. 16.

Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.

Art. 17.

I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità,

che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica.

Art. 18.

I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

Art. 19.

Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.

Art. 20.

Il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività.

Art. 21.

Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denunzia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo di ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni.

Art. 22.

Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome.

Art. 23.
Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.

Art. 24.
Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Art. 25.
Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

Art. 26.
L'estradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali. Non può in alcun caso essere ammessa per reati politici.

Art. 27.
La responsabilità penale è personale.
L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte. Art. 28. I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

TITOLO II
RAPPORTI ETICO-SOCIALI

Art. 29.
La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Art. 30.

È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.

Art. 31.

La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

Art. 32.

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Art. 33.

L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi.

Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.

Art. 34.

La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso.

TITOLO III
RAPPORTI ECONOMICI

Art. 35.

La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro. Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.

Art. 36.

Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.

Art. 37.

La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato.
La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.

Art. 38.

Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera.

Art. 39.

L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base

democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.

Art. 40.

Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano.

Art. 41.

L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Art. 42.

La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

Art. 43.

A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

Art. 44.

Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà. La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane.

Art. 45.

La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità. La legge provvede alla tutela e allo sviluppo dell'artigianato.

Art. 46.

Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende.

Art. 47.

La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e aldiretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.

TITOLO IV
RAPPORTI POLITICI

Art. 48.

Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età. Il voto è personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è dovere civico. La legge stabilisce requisiti e modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero e ne assicura l'effettività. A tal fine è istituita una circoscrizione Estero per l'elezione delle Camere, alla quale sono assegnati seggi nel numero stabilito da norma costituzionale e secondo criteri determinati dalla legge. Il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge.

Art. 49.

Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale.

Art. 50.

Tutti i cittadini possono rivolgere petizioni alle Camere per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità.

Art. 51.

Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini. La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica. Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro.

Art. 52.

La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino. Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici. L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica.

Art. 53.

Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.

Art. 54.

Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.

PARTE II
ORDINAMENTO DELLA REPUBBLICA
TITOLO I
IL PARLAMENTO
Sezione I
Le Camere.

Art. 55.

Il Parlamento si compone della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il Parlamento si riunisce in seduta comune dei membri delle due Camere nei soli casi stabiliti dalla Costituzione.

Art. 56.

La Camera dei deputati è eletta a suffragio universale e diretto. Il numero dei deputati è di seicentotrenta, dodici dei quali eletti nella circoscrizione Estero. Sono eleggibili a deputati tutti gli elettori che nel giorno delle elezioni hanno compiuto i venticinque anni di età. La ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni, fatto salvo il numero dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero, si effettua dividendo il numero degli abitanti della Repubblica, quale risulta dall'ultimo censimento generale della popolazione, per seicentodiciotto e distribuendo i seggi in proporzione alla popolazione di ogni circoscrizione, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti.

Art. 57.

Il Senato della Repubblica è eletto a base regionale, salvi i seggi assegnati alla circoscrizione Estero. Il numero dei senatori elettivi è di trecentoquindici, sei dei quali eletti nella circoscrizione Estero. Nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a sette; il Molise ne ha due, la Valle d'Aosta uno. La ripartizione dei seggi tra le Regioni, fatto salvo il numero dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero, previa applicazione delle disposizioni del precedente comma, si effettua in proporzione alla popolazione delle Regioni, quale risulta dall'ultimo censimento generale, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti.

Art. 58.

I senatori sono eletti a suffragio universale e diretto dagli elettori che hanno superato il venticinquesimo anno di età. Sono eleggibili a senatori gli elettori che hanno compiuto il quarantesimo anno.

Art. 59.

È senatore di diritto e a vita, salvo rinunzia, chi è stato Presidente della Repubblica. Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario.

Art. 60.

La Camera dei deputati e il Senato della Repubblica sono eletti per cinque anni. La durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra.

Art. 61.

Le elezioni delle nuove Camere hanno luogo entro settanta giorni dalla fine delle precedenti. La prima riunione ha luogo non oltre il ventesimo

giorno dalle elezioni. Finché non siano riunite le nuove Camere sono prorogati i poteri delle precedenti.

Art. 62.

Le Camere si riuniscono di diritto il primo giorno non festivo di febbraio e di ottobre. Ciascuna Camera può essere convocata in via straordinaria per iniziativa del suo Presidente o del Presidente della Repubblica o di un terzo dei suoi componenti. Quando si riunisce in via straordinaria una Camera, è convocata di diritto anche l'altra.

Art. 63.

Ciascuna Camera elegge fra i suoi componenti il Presidente e l'Ufficio di presidenza. Quando il Parlamento si riunisce in seduta comune, il Presidente e l'Ufficio di presidenza sono quelli della Camera dei deputati.

Art. 64.

Ciascuna Camera adotta il proprio regolamento a maggioranza assoluta dei suoi componenti. Le sedute sono pubbliche; tuttavia ciascuna delle due Camere e il Parlamento a Camere riunite possono deliberare di adunarsi in seduta segreta. Le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale. I membri del Governo, anche se non fanno parte delle Camere, hanno diritto, e se richiesti obbligo, di assistere alle sedute. Devono essere sentiti ogni volta che lo richiedono.

Art. 65.

La legge determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di deputato o di senatore. Nessuno può appartenere contemporaneamente alle due Camere.

Art. 66.

Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità.

Art. 67.

Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.

Art. 68.

I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza.

Art. 69.

I membri del Parlamento ricevono un'indennità stabilita dalla legge. Sezione II La formazione delle leggi.

Art. 70.

La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere.

Art. 71.

L'iniziativa delle leggi appartiene al Governo, a ciascun membro delle Camere ed agli organi ed enti ai quali sia conferita da legge costituzionale. Il popolo esercita l'iniziativa delle leggi, mediante la proposta, da parte di almeno cinquantamila elettori, di un progetto redatto in articoli.

Art. 72.

Ogni disegno di legge, presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa, che l'approva articolo per articolo e con votazione finale. Il regolamento stabilisce procedimenti abbreviati per i disegni di legge dei quali è dichiarata l'urgenza. Può altresì stabilire in quali casi e forme l'esame e l'approvazione dei disegni di legge sono deferiti a commissioni, anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Anche in tali casi, fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della commissione richiedono che sia discusso e votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto. Il regolamento determina le forme di pubblicità dei lavori delle commissioni. La procedura normale di esame e

di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi.

Art. 73.

Le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione.
Se le Camere, ciascuna a maggioranza assoluta dei propri componenti, ne dichiarano l'urgenza, la legge è promulgata nel termine da essa stabilito. Le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso.

Art. 74.

Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione. Se le Camere approvano nuovamente la legge, questa deve essere promulgata.

Art. 75.

È indetto referendum popolare per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. Hanno diritto di partecipare al referendum tutti i cittadini chiamati ad eleggere la Camera dei deputati. La proposta soggetta a referendum è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. La legge determina le modalità di attuazione del referendum.

Art. 76.

L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principî e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

Art. 77.

Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso

presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

Art. 78.

Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari.

Art. 79.

L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge.

Art. 80.

Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi.

Art. 81.

Le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese. Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.

Art. 82.

Ciascuna Camera può disporre inchieste su materie di pubblico interesse. A tale scopo nomina fra i propri componenti una commissione formata in modo da rispecchiare la proporzione dei vari gruppi. La commissione di inchiesta procede alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria.

TITOLO II
IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Art. 83.

Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento in seduta comune dei suoi membri. All'elezione partecipano tre delegati per ogni Regione eletti dal Consiglio regionale in modo che sia assicurata la rappresentanza delle minoranze. La Valle d'Aosta ha un solo delegato. L'elezione del Presidente della Repubblica ha luogo per scrutinio segreto a maggioranza di due terzi dell'assemblea. Dopo il terzo scrutinio è sufficiente la maggioranza assoluta.

Art. 84.

Può essere eletto Presidente della Repubblica ogni cittadino che abbia compiuto cinquanta anni d'età e goda dei diritti civili e politici. L'ufficio di Presidente della Repubblica è incompatibile con qualsiasi altra carica. L'assegno e la dotazione del Presidente sono determinati per legge.

Art. 85.

Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni. Trenta giorni prima che scada il termine, il Presidente della Camera dei deputati convoca in seduta comune il Parlamento e i delegati regionali, per eleggere il nuovo Presidente della Repubblica.

Se le Camere sono sciolte, o manca meno di tre mesi alla loro cessazione, la elezione ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove. Nel frattempo sono prorogati i poteri del Presidente in carica. Art. 86. Le funzioni del Presidente della Repubblica, in ogni caso che egli non possa adempierle, sono esercitate dal Presidente del Senato. In caso di impedimento permanente o di morte o di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati indice la elezione del nuovo Presidente della Repubblica entro quindici giorni, salvo il maggior termine previsto se le Camere sono sciolte o manca meno di tre mesi alla loro cessazione.

Art. 87.

Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale. Può inviare messaggi alle Camere. Indice le elezioni delle nuove Camere e ne fissa la prima riunione. Autorizza la presentazione alle Camere dei disegni di legge di iniziativa del Governo. Promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge e i regolamenti. Indice il referendum popolare nei casi previsti dalla Costituzione. Nomina, nei casi indicati dalla legge, i funzionari dello Stato. Accredita e riceve i

rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere. Ha il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere. Presiede il Consiglio superiore della magistratura. Può concedere grazia e commutare le pene. Conferisce le onorificenze della Repubblica.

Art. 88.

Il Presidente della Repubblica può, sentiti i loro Presidenti, sciogliere le Camere o anche una sola di esse. Non può esercitare tale facoltà negli ultimi sei mesi del suo mandato, salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura.

Art. 89.

Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità. Gli atti che hanno valore legislativo e gli altri indicati dalla legge sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Art. 90.

Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione. In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri.

Art. 91.

Il Presidente della Repubblica, prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione dinanzi al Parlamento in seduta comune.

TITOLO III
IL GOVERNO
Sezione I
Il Consiglio dei ministri.

Art. 92.

Il Governo della Repubblica è composto del Presidente del Consiglio e dei ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei ministri. Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri e, su proposta di questo, i ministri.

Art. 93.

Il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri, prima di assumere le funzioni, prestano giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica.

Art. 94.

Il Governo deve avere la fiducia delle due Camere. Ciascuna Camera accorda o revoca la fiducia mediante mozione motivata e votata per appello nominale. Entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia. Il voto contrario di una o d'entrambe le Camere su una proposta del Governo non importa obbligo di dimissioni. La mozione di sfiducia deve essere firmata da almeno un decimo dei componenti della Camera e non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla sua presentazione.

Art. 95.

Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei ministri. I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri.
La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri.

Art. 96.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale. Sezione II La Pubblica Amministrazione.

Art. 97.

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Art. 98.

I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione. Se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità. Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'iscriversi

ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero. Sezione III Gli organi ausiliari.

Art. 99.

Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro è composto, nei modi stabiliti dalla legge, di esperti e di rappresentanti delle categorie produttive, in misura che tenga conto della loro importanza numerica e qualitativa. È organo di consulenza delle Camere e del Governo per le materie e secondo le funzioni che gli sono attribuite dalla legge. Ha l'iniziativa legislativa e può contribuire alla elaborazione della legislazione economica e sociale secondo i principi ed entro i limiti stabiliti dalla legge.

Art. 100.

Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione. La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito.
La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo.

TITOLO IV
LA MAGISTRATURA
Sezione I
Ordinamento giurisdizionale.

Art. 101.

La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.

Art. 102.

La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla

magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

Art. 103.

Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi. La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge. I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate.

Art. 104.

La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere. Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica. Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione. Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio. Il Consiglio elegge un vice presidente fra i componenti designati dal Parlamento.

I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili. Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale.

Art. 105.

Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati.

Art. 106.

Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli. Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che

abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

Art. 107.

I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso. Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare. I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni. Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Art. 108.

Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia.

Art. 109.

L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria.

Art. 110.

Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Sezione II Norme sulla giurisdizione.

Art. 111.

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.1 Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della

prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Art. 112.

Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.

Art. 113.

Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

TITOLO V
LE REGIONI, LE PROVINCIE, I COMUNI

Art. 114.

La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i princìpi fissati dalla Costituzione. Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento.

Art. 115.

Abrogato dall'articolo 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3

Art. 116.

Il Friuli-Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale. La Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol è costituita dalle Province autonome di Trento e Bolzano. Ulteriori forme e condizioni particolari da autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata.

Art. 117.

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistematributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;

r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei

beni culturali. Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato. Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza. La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite. Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive. La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni. Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.

Art. 118.

Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

Art. 119.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio. La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante. Le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite. Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento. E' esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti.

Art. 120.

La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, nè adottare provvedimenti che ostacolino in

qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, nè limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale. Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.

Art. 121.

Sono organi della Regione: il Consiglio regionale, la Giunta e il suo Presidente. Il Consiglio regionale esercita le potestà legislative attribuite alla Regione e le altre funzioni conferitegli dalla Costituzione e dalle leggi. Può fare proposte di legge alle Camere. La Giunta regionale è l'organo esecutivo delle Regioni. Il Presidente della Giunta rappresenta la Regione; dirige la politica della Giunta e ne è responsabile; promulga le leggi ed emana i regolamenti regionali; dirige le funzioni amministrative delegate dallo Stato alla Regione, conformandosi alle istruzioni del Governo della Repubblica.

Art. 122.

Il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonchè dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della Regione nei limiti dei princìpi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi. Nessuno può appartenere contemporaneamente a un Consiglio o a una Giunta regionale e ad una delle Camere del Parlamento, ad un altro Consiglio o ad altra Giunta regionale, ovvero al Parlamento europeo.

Il Consiglio elegge tra i suoi componenti un Presidente e un ufficio di presidenza. I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Il Presidente della Giunta regionale, salvo che lo statuto regionale disponga diversamente, è eletto a suffragio universale e diretto. Il Presidente eletto nomina e revoca i componenti della Giunta.

Art. 123.

Ciascuna Regione ha uno statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento. Lo statuto regola l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali. Lo statuto è approvato e modificato dal Consiglio regionale con legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi. Per tale legge non è richiesta l'apposizione del visto da parte del Commissario del Governo. Il Governo della Repubblica può promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali dinanzi alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla loro pubblicazione. Lo statuto è sottoposto a referendum popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale. Lo statuto sottoposto a referendum non è promulgato se non è approvato dalla maggioranza dei voti validi. In ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali.

Art. 124.

Abrogato dall'articolo 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Art. 125.

Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione.

Art. 126.

Con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. Lo scioglimento e la rimozione possono altresì essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale. Il decreto è adottato sentita una Commissione di deputati e senatori costituita, per le questioni regionali, nei modi stabiliti con legge della Repubblica. Il Consiglio regionale può esprimere la sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta mediante mozione motivata, sottoscritta da almeno un quinto dei suoi componenti e approvata per appello nominale a maggioranza assoluta dei componenti. La mozione non può essere messa in

discussione prima di tre giorni dalla presentazione. L'approvazione della mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto, nonché la rimozione, l'impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie dello stesso comportano le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio. In ogni caso i medesimi effetti conseguono alle dimissioni contestuali della maggioranza dei componenti il Consiglio.

Art. 127.

Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione. La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge.

Art. 128.

Abrogato dall'articolo 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Art. 129.

Abrogato dall'articolo 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Art. 130.

Abrogato dall'articolo 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Art. 131.

Sono costituite le seguenti Regioni: Piemonte; Valle d'Aosta; Lombardia; Trentino-Alto Adige; Veneto; Friuli-Venezia Giulia; Liguria; Emilia-Romagna; Toscana; Umbria; Marche;Lazio; Abruzzi; Molise; Campania; Puglia; Basilicata; Calabria; Sicilia; Sardegna.

Art. 132.

Si può con legge costituzionale, sentiti i Consigli regionali, disporre la fusione di Regioni esistenti o la creazione di nuove Regioni con un minimo di un milione d'abitanti, quando ne facciano richiesta tanti Consigli comunali che rappresentino almeno un terzo delle popolazioni interessate, e la proposta sia approvata con referendum dalla

maggioranza delle popolazioni stesse. Si può, con l'approvazione della maggioranza delle popolazioni della Provincia o delle Province interessate e del Comune o dei Comuni interessati espressa mediante referendum e con legge della Repubblica, sentiti i Consigli regionali, consentire che Province e Comuni, che ne facciano richiesta, siano staccati da una Regione ed aggregati ad un'altra.

Art. 133.

Il mutamento delle circoscrizioni provinciali e la istituzione di nuove Provincie nell'ambito d'una Regione sono stabiliti con leggi della Repubblica, su iniziative dei Comuni, sentita la stessa Regione. La Regione, sentite le popolazioni interessate, può con sue leggi istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni.

TITOLO VI
GARANZIE COSTITUZIONALI
Sezione I
La Corte Costituzionale

Art. 134.

La Corte Costituzionale giudica:
sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Art. 135.

La Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative. I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d'esercizio. I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati. Alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni. La Corte elegge tra i suoi componenti, secondo le norme stabilite dalla legge, il Presidente, che

rimane in carica per un triennio, ed è rieleggibile, fermi in ogni caso i termini di scadenza dall'ufficio di giudice. L'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge. Nei giudizi d'accusa contro il Presidente della Repubblica, intervengono, oltre i giudici ordinari della Corte, sedici membri tratti a sorte da un elenco di cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore, che il Parlamento compila ogni nove anni mediante elezione con le stesse modalità stabilite per la nomina dei giudici ordinari.

Art. 136.

Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali.

Art. 137.

Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte. Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte. Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.

Sezione II
Revisione della Costituzione.
Leggi costituzionali.

Art. 138.

Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata, se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si fa luogo a

referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti.

Art. 139.

La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale.

DISPOSIZIONI TRANSITORIE E FINALI

I

Con l'entrata in vigore della Costituzione il Capo provvisorio dello Stato esercita le attribuzioni di Presidente della Repubblica e ne assume il titolo.

II

Se alla data della elezione del Presidente della Repubblica non sono costituiti tutti i Consigli regionali, partecipano alla elezione soltanto i componenti delle due Camere.

III

Per la prima composizione del Senato della Repubblica sono nominati senatori, con decreto del Presidente della Repubblica, i deputati dell'Assemblea Costituente che posseggono i requisiti di legge per essere senatori e che: sono stati presidenti del Consiglio dei Ministri o di Assemblee legislative; hanno fatto parte del disciolto Senato; hanno avuto almeno tre elezioni, compresa quella all'Assemblea Costituente; sono stati dichiarati decaduti nella seduta della Camera dei deputati del 9 novembre 1926; hanno scontato la pena della reclusione non inferiore a cinque anni in seguito a condanna del tribunale speciale fascista per la difesa dello Stato. Sono nominati altresì senatori, con decreto del Presidente della Repubblica, i membri del disciolto Senato che hanno fatto parte della Consulta Nazionale. Al diritto di essere nominati senatori si può rinunciare prima della firma del decreto di nomina. L'accettazione della candidatura alle elezioni politiche implica rinuncia al diritto di nomina a senatore.

IV

Per la prima elezione del Senato il Molise è considerato come Regione a sé stante, con il numero dei senatori che gli compete in base alla sua popolazione.

V

La disposizione dell'art. 80 della Costituzione, per quanto concerne i trattati internazionali che importano oneri alle finanze o modificazioni di legge, ha effetto dalla data di convocazione delle Camere.

VI

Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari. Entro un anno dalla stessa data si provvede con legge al riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'articolo 111.

VII

Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente. Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione.

VIII

Le elezioni dei Consigli regionali e degli organi elettivi delle amministrazioni provinciali sono indette entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione. Leggi della Repubblica regolano per ogni ramo della pubblica amministrazione il passaggio delle funzioni statali attribuite alle Regioni. Fino a quando non sia provveduto al riordinamento e alla distribuzione delle funzioni amministrative fra gli enti locali restano alle Provincie ed ai Comuni le funzioni che esercitano attualmente e le altre di cui le Regioni deleghino loro l'esercizio. Leggi della Repubblica regolano il passaggio alle Regioni di funzionari e dipendenti dello Stato, anche delle amministrazioni centrali, che sia reso necessario dal nuovo ordinamento. Per la formazione dei loro uffici le Regioni devono, tranne che in casi di necessità, trarre il proprio personale da quello dello Stato e degli enti locali.

IX

La Repubblica, entro tre anni dall'entrata in vigore della Costituzione, adegua le sue leggi alle esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle Regioni.

X

Alla Regione del Friuli-Venezia Giulia, di cui all'art. 116, si applicano provvisoriamente le norme generali del Titolo V della parte seconda, ferma restando la tutela delle minoranze linguistiche in conformità con l'art. 6.

XI

Fino a cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si possono, con leggi costituzionali, formare altre Regioni, a modificazione dell'elenco di cui all'art. 131, anche senza il concorso delle condizioni richieste dal primo comma dell'articolo 132, fermo rimanendo tuttavia l'obbligo di sentire le popolazioni interessate.

XII

È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista. In deroga all'articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dall'entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista.

XIII

I beni, esistenti nel territorio nazionale, degli ex re di Casa Savoia, delle loro consorti e dei loro discendenti maschi, sono avocati allo Stato. I trasferimenti e le costituzioni di diritti reali sui beni stessi, che siano avvenuti dopo il 2 giugno 1946, sono nulli.

XIV

I titoli nobiliari non sono riconosciuti. I predicati di quelli esistenti prima del 28 ottobre 1922 valgono come parte del nome. L'Ordine mauriziano è conservato come ente ospedaliero e funziona nei modi stabiliti dalla legge. La legge regola la soppressione della Consulta araldica.

XV

Con l'entrata in vigore della Costituzione si ha per convertito in legge il decreto legislativo luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, sull'ordinamento provvisorio dello Stato.

XVI

Entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione e al coordinamento con essa delle precedenti leggi costituzionali che non siano state finora esplicitamente o implicitamente abrogate.

XVII

L'Assemblea Costituente sarà convocata dal suo Presidente per deliberare, entro il 31 gennaio 1948, sulla legge per la elezione del Senato della Repubblica, sugli statuti regionali speciali e sulla legge per la stampa. Fino al giorno delle elezioni delle nuove Camere, l'Assemblea Costituente può essere convocata, quando vi sia necessità di deliberare nelle materie attribuite alla sua competenza dagli articoli 2, primo e secondo comma, e 3, comma primo e secondo, del decreto legislativo 16 marzo 1946, n. 98. In tale periodo le Commissioni permanenti restano in funzione. Quelle legislative rinviano al Governo i disegni di legge, ad esse trasmessi, con eventuali osservazioni e proposte di emendamenti. I deputati possono presentare al Governo interrogazioni con richiesta di risposta scritta. L'Assemblea Costituente, agli effetti di cui al secondo comma del presente articolo, è convocata dal suo Presidente su richiesta motivata del Governo o di almeno duecento deputati.

XVIII

La presente Costituzione è promulgata dal Capo provvisorio dello Stato entro cinque giorni dalla sua approvazione da parte dell'Assemblea Costituente, ed entra in vigore il 1° gennaio 1948. Il testo della Costituzione è depositato nella sala comunale di ciascun Comune della Repubblica per rimanervi esposto, durante tutto l'anno 1948, affinché ogni cittadino possa prenderne cognizione. La Costituzione, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica. La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato.

Data a Roma, addì 27 dicembre 1947.

ENRICO DE NICOLA
Controfirmano:
Il Presidente dell'Assemblea Costituente :
UMBERTO TERRACINI
Il Presidente del Consiglio dei Ministri:
DE GASPERI ALCIDE

Visto: il Guardasigilli GIUSEPPE GRASSI

Dates of ratification of the European Convention on Human Rights

Note: CETS = "Council of Europe Treaty Series"

Dates of entry into force

States	Convention CETS No. 005
Albania	02/10/96
Andorra	22/01/96
Armenia	26/04/02
Austria	03/09/58
Azerbaijan	15/04/02
Belgium	14/06/55
Bosnia and Herzegovina	12/07/02
Bulgaria	07/09/92
Croatia	05/11/97
Cyprus	06/10/62
Czech Republic	01/01/93
Denmark	03/09/53
Estonia	16/04/96
Finland	10/05/90
France	03/05/74
Georgia	20/05/99
Germany	03/09/53
Greece	28/11/74
Hungary	05/11/92
Iceland	03/09/53
Ireland	03/09/53
Italy	26/10/55
Latvia	27/06/97
Liechtenstein	08/09/82

Lithuania	20/06/95
Luxembourg	03/09/53
Malta	23/01/67
Moldova	12/09/97
Monaco	30/11/05
Netherlands	31/08/54
Norway	03/09/53
Poland	19/01/93
Portugal	09/11/78
Romania	20/06/94
Russia	05/05/98
San Marino	22/03/89
Serbia	03/03/04
Slovakia	01/01/93
Slovenia	28/06/94
Spain	04/10/79
Sweden	03/09/53
Switzerland	28/11/74
The former Yugoslav Republic of Macedonia	10/04/97
Turkey	18/05/54
Ukraine	11/09/97
United Kingdom	03/09/53

DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI UMANI

Il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò e proclamò la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, il cui testo completo è stampato nelle pagine seguenti. Dopo questa solenne deliberazione, l'Assemblea delle Nazioni Unite diede istruzioni al Segretario Generale di provvedere a diffondere ampiamente questa Dichiarazione e, a tal fine, di pubblicarne e distribuirne il testo non soltanto nelle cinque lingue ufficiali dell'Organizzazione internazionale, ma anche in quante altre lingue fosse possibile usando ogni mezzo a sua disposizione. Il testo ufficiale della Dichiarazione è disponibile nelle lingue ufficiali delle Nazioni Unite, cioè cinese, francese, inglese, russo e spagnolo.

DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI UMANI
Preambolo
Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo;

Considerato che il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità, e che l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo;

Considerato che è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione;

Considerato che è indispensabile promuovere lo sviluppo di rapporti amichevoli tra le Nazioni;

Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, ed hanno deciso di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà;

Considerato che gli Stati membri si sono impegnati a perseguire, in cooperazione con le Nazioni Unite, il rispetto e l'osservanza universale dei diritti umani e delle libertà fondamentali;

Considerato che una concezione comune di questi diritti e di questa libertà è della massima importanza per la piena realizzazione di questi impegni;
L'ASSEMBLEA GENERALE

proclama

la presente dichiarazione universale dei diritti umani come ideale comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le Nazioni, al fine che ogni individuo ed ogni organo della società, avendo costantemente presente questa Dichiarazione, si sforzi di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione, il rispetto di questi diritti e di queste libertà e di garantirne, mediante misure progressive di carattere nazionale e internazionale, l'universale ed effettivo riconoscimento e rispetto tanto fra i popoli degli stessi Stati membri, quanto fra quelli dei territori sottoposti alla loro giurisdizione.

Articolo 1
Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza.

Articolo 2
Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del paese o del territorio cui una persona appartiene, sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi limitazione di sovranità.

Articolo 3
Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona.

Articolo 4
Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù; la schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma.

Articolo 5
Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti.

Articolo 6
Ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica.

Articolo 7
Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione.

Articolo 8
Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge.

Articolo 9
Nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato.

Articolo 10
Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.

Articolo 11
Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa.
Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetuato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non

potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso.

Articolo 12

Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni.

Articolo 13

Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato.

Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese.

Articolo 14

Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni.

Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite.

Articolo 15

Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza.

Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza.

Articolo 16

Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento.

Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi.

La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.

Articolo 17

Ogni individuo ha il diritto ad avere una proprietà sua personale o in comune con altri.

Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà.

Articolo 18
Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti.

Articolo 19
Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere.

Articolo 20
Ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione e di associazione pacifica.
Nessuno può essere costretto a far parte di un'associazione.
Articolo 21
Ogni individuo ha diritto di partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti.
Ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di eguaglianza ai pubblici impieghi del proprio paese.
La volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, o secondo una procedura equivalente di libera votazione.

Articolo 22
Ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità.

Articolo 23
Ogni individuo ha diritto al lavoro, alla libera scelta dell'impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione.
Ogni individuo, senza discriminazione, ha diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro.
Ogni individuo che lavora ha diritto ad una rimunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza

conforme alla dignità umana ed integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale.
Ogni individuo ha diritto di fondare dei sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi.

Articolo 24
Ogni individuo ha diritto al riposo ed allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite.

Articolo 25
Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà.
La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale.
Articolo 26
Ogni individuo ha diritto all'istruzione. L'istruzione deve essere gratuita almeno per quanto riguarda le classi elementari e fondamentali. L'istruzione elementare deve essere obbligatoria. L'istruzione tecnica e professionale deve essere messa alla portata di tutti e l'istruzione superiore deve essere egualmente accessibile a tutti sulla base del merito.
L'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l'opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace.
I genitori hanno diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli.

Articolo 27
Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici.

Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore.

Articolo 28
Ogni individuo ha diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati.

Articolo 29
1 Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità.
Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica.
Questi diritti e queste libertà non possono in nessun caso essere esercitati in contrasto con i fini e principi delle Nazioni Unite.

Articolo 30
Nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di un qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione di alcuno dei diritti e delle libertà in essa enunciati.

ESTRATTO DEL CODICE CIVILE

Disposizioni sulla legge in generale

Art. 1. Indicazione delle fonti.
Sono fonti del diritto:
1) le leggi;
2) i regolamenti;
3) *omissis*;
4) gli usi.

Art. 12. Interpretazione della legge.
Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.
Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

CODICE CIVILE

Art. 1 Capacità giuridica
La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.
I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (462, 687, 715, 784).
(3° comma abrogato).

Art. 2 Maggiore età. Capacità di agire
La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore eta si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa.
Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.

Art. 4 Commorienza
Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento.

Art. 5 Atti di disposizione del proprio corpo
Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (1418).

Art. 6 Diritto al nome
Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito.
Nel nome si comprendono il prenome e il cognome.
Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati.

Art. 7 Tutela del diritto al nome
La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni (2563).
L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali.

Art. 8 Tutela del nome per ragioni familiari
Nel caso previsto dall'articolo precedente, l'azione può essere promossa anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette.
Art. 9 Tutela dello pseudonimo
Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7.

Art. 10 Abuso dell'immagine altrui
Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione e dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.

L. 22/04/1941 n.633 - Vigente alla G.U. 31/10/2007 n. 254

DIRITTI D'AUTORE

LEGGE 22 aprile 1941, n. 633[(1)].

Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio [(2)] .

(1) Pubblicata nella Gazz. Uff. 16 luglio 1941, n. 166.

(2) Per il regolamento di esecuzione della presente legge vedi il R.D. 18 maggio 1942, n. 1369. L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

TITOLO I [(3)]

Disposizioni sul diritto d'autore

Capo I

Opere protette

1. Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore [(4)].

(3) Vedi, anche, l'art. 17, L. 6 febbraio 1996, n. 52, e l'art. 7, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

(4) Comma aggiunto dall'art. 1, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.) e poi così modificato dall'art. 1, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

2. In particolare sono comprese nella protezione:

1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale;

2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale;

3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti;

4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia (5);

5) i disegni e le opere dell'architettura;

6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo;

7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II (6);

8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso (7);

9) Le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle

banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto (8);

10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico (9).

(5) Numero così modificato dall'art. 22, D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 95.

(6) Numero aggiunto dall'art. 1, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29) entrato in vigore, ai sensi dell'art. 7 dello stesso decreto, il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

(7) Numero aggiunto dall'art. 2, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.).

(8) Numero aggiunto dall'art. 2, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

(9) Numero aggiunto dall'art. 22, D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 95. Vedi, anche, gli artt. 44 e 239, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

3. Le opere collettive, costituite dalla riunione di opere o di parti di opere, che hanno carattere di creazione autonoma, come risultato della scelta e del coordinamento ad un determinato fine letterario, scientifico, didattico, religioso, politico od artistico, quali le enciclopedie, i dizionari, le antologie, le riviste e i giornali, sono protette come opere originali indipendentemente e senza pregiudizio dei diritti di autore sulle opere o sulle parti di opere di cui sono composte.

4. Senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria, sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale.

5. Le disposizioni di questa legge non si applicano ai testi degli atti ufficiali dello Stato e delle Amministrazioni pubbliche, sia italiane che straniere.

Capo II

Soggetti del diritto

6. Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale.

7. È considerato autore dell'opera collettiva chi organizza e dirige la creazione dell'opera stessa.

È considerato autore delle elaborazioni l'elaboratore, nei limiti del suo lavoro.

8. È reputato autore dell'opera, salvo prova contraria, chi è in essa indicato come tale nelle forme d'uso, ovvero, è annunciato come tale nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o radio-diffusione dell'opera stessa.

Valgono come nome lo pseudonimo, il nome d'arte, la sigla o il segno convenzionale, che siano notoriamente conosciuti come equivalenti al nome vero (10).

(10) Per la tutela dello pseudonimo, vedi art. 9 codice civile 1942.

9. Chi abbia rappresentato, eseguito o comunque pubblicato un'opera anonima, o pseudonima, è ammesso a far valere i diritti dell'autore, finché non sia rivelato.

Questa disposizione non si applica allorché si tratti degli pseudonimi indicati nel secondo comma dell'articolo precedente.

10. Se l'opera è stata creata con il contributo indistinguibile ed inscindibile di più persone, il diritto di autore appartiene in comune a tutti i coautori.

Le parti indivise si presumono di valore eguale, salvo la prova per iscritto di diverso accordo (11).

Sono applicabili le disposizioni che regolano la comunione. La difesa del diritto morale può peraltro essere sempre esercitata individualmente da ciascun coautore e l'opera non può essere pubblicata, se inedita, né può essere modificata o utilizzata in forma diversa da quella della prima pubblicazione, senza l'accordo di tutti i coautori. Tuttavia in caso di ingiustificato rifiuto di uno o più coautori, la pubblicazione, la modificazione o la nuova utilizzazione dell'opera può essere autorizzata dall'autorità giudiziaria, alle condizioni e con le modalità da essa stabilite.

(11) In deroga a quanto disposto dal presente comma vedi il comma 3 dell'art. 24, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 28.

11. Alle amministrazioni dello Stato,... [(12)], alle Province ed ai Comuni, spetta il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese.

Lo stesso diritto spetta agli enti privati che non perseguano scopi di lucro, salvo diverso accordo con gli autori delle opere pubblicate, nonché alle accademie e agli altri enti pubblici culturali sulla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni.

(12) Il partito nazionale fascista, che l'articolo elencava fra gli altri enti titolari di diritto d'autore, è stato soppresso con R.D.L. 2 agosto 1943, n. 704.

Capo III

Contenuto e durata del diritto di autore

Sezione I

Protezione della utilizzazione economica dell'opera

12. L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera.

Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo originale, o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti.

È considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione.

12-bis. Salvo patto contrario, il datore di lavoro è titolare del diritto esclusivo di utilizzazione economica del programma per elaboratore o della banca di dati creati dal lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dallo stesso datore di lavoro (13).

(13) Articolo aggiunto dall'art. 3, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.) e poi così sostituito dall'art. 3, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

12-ter. Salvo patto contrario, qualora un'opera di disegno industriale sia creata dal lavoratore dipendente nell'esercizio delle sue mansioni, il datore di lavoro è titolare dei diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera (14).

(14) Articolo aggiunto dall'art. 23, D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 95.

13. Il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione (15).

(15) Articolo così sostituito dall'art. 1, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

14. Il diritto esclusivo di trascrivere ha per oggetto l'uso dei mezzi atti a trasformare l'opera orale in opera scritta o riprodotta con uno dei mezzi indicati nell'articolo precedente.

15. Il diritto esclusivo di eseguire, rappresentare o recitare in pubblico ha per oggetto la esecuzione, la rappresentazione o la recitazione, comunque effettuate, sia gratuitamente che a pagamento, dell'opera musicale, dell'opera drammatica, dell'opera cinematografica, di qualsiasi altra opera di pubblico spettacolo e dell'opera orale.

Non è considerata pubblica la esecuzione, rappresentazione o recitazione dell'opera entro la cerchia ordinaria della famiglia, del convitto, della scuola o dell'istituto di ricovero, purché non effettuata a scopo di lucro.

15-bis. 1. Agli autori spetta un compenso ridotto quando l'esecuzione, rappresentazione o recitazione dell'opera avvengono nella sede dei centri o degli istituti di assistenza, formalmente istituiti nonché delle associazioni di volontariato, purché destinate ai soli soci ed invitati e sempre che non vengano effettuate a scopo di lucro. In mancanza di accordi fra la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e le associazioni di categoria interessate, la misura del compenso sarà determinata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da emanare sentito il Ministro dell'interno.

2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentite le competenti Commissioni parlamentari, sono stabiliti i criteri e le modalità per l'individuazione delle circostanze soggettive ed oggettive che devono dar luogo alla applicazione della disposizione di cui al primo periodo del comma 1. In particolare occorre prescrivere:

a) l'accertamento dell'iscrizione da almeno due anni dei soggetti ivi indicati ai registri istituiti dall'articolo 6 della legge 11 agosto 1991, n. 266;

b) le modalità per l'identificazione della sede dei soggetti e per l'accertamento della quantità dei soci ed invitati, da contenere in un numero limitato e predeterminato;

c) che la condizione di socio sia conseguita in forma documentabile e con largo anticipo rispetto alla data della manifestazione di spettacolo;

d) la verifica che la manifestazione di spettacolo avvenga esclusivamente a titolo gratuito da parte degli artisti, interpreti o esecutori, ed a soli fini di solidarietà nell'esplicazione di finalità di volontariato [(16)].

(16) Articolo aggiunto dall'art. 1, comma 48, D.L. 23 ottobre 1996, n. 545. Con D.P.C.M. 16 settembre 1999, n. 504, è stato emanato il regolamento sulle agevolazioni in materia di diritto d'autore nel caso di esecuzioni, rappresentazioni e manifestazioni effettuate da determinati soggetti.

16. 1. Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a

distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso; comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

2. Il diritto di cui al comma 1 non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico [(17)].

(17) Articolo così sostituito prima dall'art. 1, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581, poi dall'art. 1, L. 18 agosto 2000, n. 248 ed, infine, dall'art. 2, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

16-bis. 1. Ai fini della presente legge si intende per:

a) satellite: qualsiasi satellite operante su bande di frequenza che, a norma della legislazione sulle telecomunicazioni, sono riservate alla trasmissione di segnali destinati alla ricezione diretta del pubblico o riservati alla comunicazione individuale privata purché la ricezione di questa avvenga in condizioni comparabili a quelle applicabili alla ricezione da parte del pubblico;

b) comunicazione al pubblico via satellite: l'atto di inserire sotto il controllo e la responsabilità dell'organismo di radiodiffusione operante sul territorio nazionale i segnali portatori di programmi destinati ad essere ricevuti dal pubblico in una sequenza ininterrotta di comunicazione diretta al satellite e poi a terra. Qualora i segnali portatori di programmi siano diffusi in forma codificata, vi è comunicazione al pubblico via satellite a condizione che i mezzi per la decodificazione della trasmissione siano messi a disposizione del pubblico a cura dell'organismo di radiodiffusione stesso o di terzi con il suo consenso. Qualora la comunicazione al pubblico via satellite abbia luogo nel territorio di uno stato non comunitario nel quale non esista il livello di protezione che per il detto sistema di comunicazione al pubblico stabilisce la presente legge:

1) se i segnali ascendenti portatori di programmi sono trasmessi al satellite da una stazione situata nel territorio nazionale, la comunicazione al pubblico via satellite si considera avvenuta in Italia. I

diritti riconosciuti dalla presente legge, relativi alla radiodiffusione via satellite, sono esercitati nei confronti del soggetto che gestisce la stazione;

2) se i segnali ascendenti sono trasmessi da una stazione non situata in uno Stato membro dell'Unione europea, ma la comunicazione al pubblico via satellite avviene su incarico di un organismo di radiodiffusione situato in Italia, la comunicazione al pubblico si considera avvenuta nel territorio nazionale purché l'organismo di radiodiffusione vi abbia la sua sede principale. I diritti stabiliti dalla presente legge, relativi alla radiodiffusione via satellite, sono esercitati nei confronti del soggetto che gestisce l'organismo di radiodiffusione;

c) ritrasmissione via cavo: la ritrasmissione simultanea, invariata ed integrale, per il tramite di un sistema di ridistribuzione via cavo o su frequenze molto elevate, destinata al pubblico, di un'emissione primaria radiofonica o televisiva comunque diffusa, proveniente da un altro Stato membro dell'Unione europea e destinata alla ricezione del pubblico (18).

(18) Articolo aggiunto dall'art. 2, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581.

17. 1. Il diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli Stati extracomunitari.

2. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso.

3. Quanto disposto dal comma 2 non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera.

4. Ai fini dell'esaurimento di cui al comma 2, non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari delle

opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica [(19)].

(19) Articolo così sostituito prima dall'art. 1, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e poi dall'art. 3, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

18. Il diritto esclusivo di tradurre ha per oggetto tutte le forme di modificazione, di elaborazione e di trasformazione dell'opera previste nell'art. 4.

L'autore ha altresì il diritto di pubblicare le sue opere in raccolta.

Ha infine il diritto esclusivo di introdurre nell'opera qualsiasi modificazione.

18-bis. 1. Il diritto esclusivo di noleggiare ha per oggetto la cessione in uso degli originali, di copie o di supporti di opere, tutelate dal diritto d'autore, fatta per un periodo limitato di tempo ed ai fini del conseguimento di un beneficio economico o commerciale diretto o indiretto.

2. Il diritto esclusivo di dare in prestito ha per oggetto la cessione in uso degli originali, di copie o di supporti di opere, tutelate dal diritto d'autore, fatta da istituzioni aperte al pubblico, per un periodo di tempo limitato, a fini diversi da quelli di cui al comma 1.

3. L'autore ha il potere esclusivo di autorizzare il noleggio o il prestito da parte di terzi.

4. I suddetti diritti e poteri non si esauriscono con la vendita o con la distribuzione in qualsiasi forma degli originali, di copie o di supporti delle opere.

5. L'autore, anche in caso di cessione del diritto di noleggio ad un produttore di fonogrammi o di opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, conserva il diritto di ottenere un'equa remunerazione per il noleggio da questi a sua volta concluso con terzi. Ogni patto contrario è nullo. In difetto di accordo da concludersi tra le categorie interessate quali individuate dall'articolo 16, primo comma, del regolamento, detto compenso è stabilito con la

procedura di cui all'articolo 4 del decreto legislativo luogotenenziale 20 luglio 1945, n. 440 (20).

6. I commi da 1 a 4 non si applicano in relazione a progetti o disegni di edifici e ad opere di arte applicata (21).

(20) Periodo aggiunto dall'art. 1, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

(21) Articolo aggiunto dall'art. 2, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685.

19. I diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti.

Essi hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti .

Sezione II

Protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore (Diritto morale dell'autore)

20. Indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, previsti nelle disposizioni della sezione precedente, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione (22).

Tuttavia nelle opere dell'architettura l'autore non può opporsi alle modificazioni che si rendessero necessarie nel corso della realizzazione. Del pari non potrà opporsi a quelle altre modificazioni che si rendesse necessario apportare all'opera già realizzata. Però, se all'opera sia riconosciuto dalla competente autorità statale importante carattere artistico, spetteranno all'autore lo studio e l'attuazione di tali modificazioni.

(22) Comma così sostituito dall'art. 2, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29).

21. L'autore di un'opera anonima e pseudonima ha sempre il diritto di rivelarsi e di far conoscere in giudizio la sua qualità di autore.

Nonostante qualunque precedente patto contrario, gli aventi causa dell'autore che si sia rivelato ne dovranno indicare il nome nelle pubblicazioni, riproduzioni, trascrizioni, esecuzioni, rappresentazioni, recitazioni e diffusioni o in qualsiasi altra forma di manifestazione o annuncio al pubblico.

22. I diritti indicati nei precedenti articoli sono inalienabili.

Tuttavia l'autore che abbia conosciute ed accettate le modificazioni della propria opera non è più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione.

23. Dopo la morte dell'autore il diritto previsto nell'art. 20 può essere fatto valere, senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli, e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e dai discendenti diretti; mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti.

L'azione, qualora finalità pubbliche lo esigano, può altresì essere esercitata dal Ministro per la cultura popolare (23) sentita l'associazione sindacale competente (24).

(23) Ora, dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(24) Le associazioni sindacali fasciste sono state soppresse con D.Lgs.Lgt. 23 novembre 1944, n. 369.

24. Il diritto di pubblicare le opere inedite spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, salvo che l'autore abbia espressamente vietata la pubblicazione o l'abbia affidata ad altri.

Qualora l'autore abbia fissato un termine per la pubblicazione, le opere inedite non possono essere pubblicate prima della sua scadenza.

Quando le persone indicate nel primo comma siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l'autorità giudiziaria, sentito il Pubblico Ministero. È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto, quando risulti da scritto.

Sono applicabili a queste opere le disposizioni contenute nella sezione seconda del capo secondo del titolo terzo.

Sezione III

Durata dei diritti di utilizzazione economica dell'opera (25)

25. I diritti di utilizzazione economica dell'opera durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del cinquantesimo anno solare dopo la sua morte (26).

(25) La durata dei diritti di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno e dei prodotti tutelati dalla presente legge è stata prorogata dapprima di sei anni con D.Lgs.Lgt. 20 luglio 1945, n. 440, poi fino al 31 dicembre 1961, con L. 19 dicembre 1956, n. 1421, ed infine al 31 dicembre 1962, con L. 27 dicembre 1961, n. 1337. Per i termini di durata di protezione dei diritti di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno vedi, ora, l'art. 17, L. 6 febbraio 1996, n. 52.

(26) Per l'elevazione del termine previsto dal presente articolo vedi l'art. 17, L. 6 febbraio 1996, n. 52.

26. Nelle opere indicate nell'art. 10, nonché in quelle drammatico-musicali, coreografiche e pantomimiche, la durata dei diritti di utilizzazione economica spettanti a ciascuno dei coautori o dei collaboratori si determina sulla vita del coautore che muore per ultimo.

Nelle opere collettive la durata dei diritti di utilizzazione economica spettante ad ogni collaboratore, si determina sulla vita di ciascuno. La durata dei diritti di utilizzazione economica dell'opera come un tutto è di cinquant'anni dalla prima pubblicazione, qualunque sia la forma nella quale la pubblicazione è stata effettuata, salve le disposizioni dell'art. 3, per le riviste, i giornali e le altre opere periodiche (27).

(27) Per l'elevazione del termine previsto dal presente articolo vedi l'art. 17, L. 6 febbraio 1996, n. 52.

27. Nelle opere anonime o pseudonime, fuori del caso previsto nel capoverso dell'art. 8, la durata dei diritti di utilizzazione economica è di cinquant'anni a partire dalla prima pubblicazione, qualunque sia la forma nella quale essa è stata effettuata.

Se prima della scadenza di detto termine l'autore si è rivelato o la rivelazione è fatta dalle persone indicate dall'art. 23 o da persone autorizzate dall'autore, nelle forme stabilite dall'articolo seguente, si applica il termine di durata determinato nell'art. 25 (28).

(28) Per l'elevazione del termine previsto dal presente articolo vedi l'art. 17, L. 6 febbraio 1996, n. 52.

27-bis. [La durata dei diritti di utilizzazione economica del programma per elaboratore prevista dalle disposizioni della presente Sezione si computa, nei rispettivi casi, a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello in cui si verifica l'evento considerato dalla norma (29)] (30).

(29) Per l'elevazione del termine previsto dal presente articolo vedi l'art. 17, L. 6 febbraio 1996, n. 52.

(30) Articolo aggiunto dall'art. 4, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.) e successivamente abrogato dall'art. 17, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

28. Per acquistare il beneficio della durata normale dei diritti esclusivi di utilizzazione economica, la rivelazione deve essere fatta mediante denuncia all'ufficio della proprietà letteraria, scientifica ed artistica presso il Ministero della cultura popolare (31), secondo le disposizioni stabilite nel regolamento.

La denuncia di rivelazione è pubblicata nelle forme stabilite da dette disposizioni ed ha effetto, a partire dalla data del deposito della denuncia, di fronte ai terzi che abbiano acquistati diritti sull'opera come anonima o pseudonima (32).

(31) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di

Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(32) Vedi, anche, l'art. 17, L. 12 dicembre 2002, n. 273.

29. La durata dei diritti esclusivi di utilizzazione economica spettanti, a termini dell'art. 11, alle amministrazioni dello Stato,... [(33)] alle Province, ai Comuni, alle accademie, agli enti pubblici culturali nonché agli enti privati che non perseguano scopi di lucro, è di vent'anni a partire dalla prima pubblicazione, qualunque sia la forma nella quale la pubblicazione è stata effettuata. Per le comunicazioni e le memorie pubblicate dalle accademie e dagli altri enti pubblici culturali, tale durata è ridotta a due

anni, trascorsi i quali, l'autore riprende integralmente la libera disponibilità dei suoi scritti.

(33) Il partito nazionale fascista, che l'articolo elencava fra gli altri enti titolari di diritto d'autore, è stato soppresso con R.D.L. 2 agosto 1943, n. 704.

30. Quando le parti o i volumi di una stessa opera siano pubblicati separatamente, in tempi diversi, la durata dei diritti di utilizzazione economica, che sia fissata ad anni, decorre per ciascuna parte o per ciascun volume dall'anno di pubblicazione. Le frazioni di anno giovano all'autore.

Se si tratta di opera collettiva, periodica, quale la rivista o il giornale, la durata dei diritti è calcolata egualmente a partire dalla fine di ogni anno dalla pubblicazione dei singoli fascicoli o numeri.

31. Nelle opere pubblicate per la prima volta dopo la morte dell'autore, che non ricadono nella previsione dell'articolo 85-*ter*, la durata dei diritti esclusivi di utilizzazione economica è di settant'anni a partire dalla morte dell'autore (34).

(34) Articolo così sostituito dall'art. 2, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

32. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 44, i diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica o assimilata durano sino al termine del settantesimo anno dopo la morte dell'ultima persona sopravvissuta fra le seguenti persone: il direttore artistico, gli autori della sceneggiatura, ivi compreso l'autore del dialogo, e l'autore della musica specificamente creata per essere utilizzata nell'opera cinematografica o assimilata (35).

(35) Articolo così sostituito prima dall'art. 3, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29) e poi dall'art. 3, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

32-bis. I diritti di utilizzazione economica dell'opera fotografica durano sino al termine del settantesimo anno dopo la morte dell'autore (36).

(36) Articolo aggiunto dall'art. 4, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29) e poi così sostituito dall'art. 4, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

32-ter. I termini finali di durata dei diritti di utilizzazione economica previsti dalle disposizioni della presente sezione si computano, nei rispettivi casi, a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello in cui si verifica la morte dell'autore o altro evento considerato dalla norma [(37)].

(37) Articolo aggiunto dall'art. 5, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

Capo IV

Norme particolari ai diritti di utilizzazione economica di talune categorie di opere

Sezione I

Opere drammatico-musicali, composizioni musicali con parole, opere coreografiche e pantomimiche

33. In difetto di particolari convenzioni tra i collaboratori, rispetto alle opere liriche, alle operette, ai melologhi, alle composizioni musicali con parole, ai balli e balletti musicali, si applicano le disposizioni dei tre successivi articoli.

34. L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica spetta all'autore della parte musicale, salvi tra le parti i diritti derivanti dalla comunione.

Il profitto della utilizzazione economica è ripartito in proporzione del valore del rispettivo contributo letterario o musicale.

Nelle opere liriche si considera che il valore della parte musicale rappresenti la frazione di tre quarti del valore complessivo dell'opera.

Nelle operette, nei melologhi, nelle composizioni musicali con parole, nei balli e balletti musicali, il valore dei due contributi si considera uguale.

Ciascuno dei collaboratori ha diritto di utilizzare separatamente e indipendentemente la propria opera, salvo il disposto degli articoli seguenti.

35. L'autore della parte letteraria non può disporne, per congiungerla ad altro testo musicale, all'infuori dei casi seguenti:

1) allorché, dopo che egli ha consegnato come testo definitivo il manoscritto della parte letteraria al compositore, questi non lo ponga in musica nel termine di cinque anni, se si tratta di libretto per opera lirica o per operetta, e nel termine di un anno, se si tratta di ogni altra opera letteraria da mettere in musica;

2) allorché, dopo che l'opera è stata musicata e considerata dalle parti come pronta per essere eseguita o rappresentata, essa non è rappresentata o eseguita nei termini indicati nel numero precedente, salvo i maggiori termini che possono essere stati accordati per la esecuzione o rappresentazione ai sensi degli artt. 139 e 141;

3) allorché, dopo una prima rappresentazione od esecuzione, l'opera cessi di essere rappresentata od eseguita per il periodo di dieci anni, se si tratta di opera lirica, oratorio, poema sinfonico od operetta o per il periodo di due anni, se si tratta di altra composizione.

Il compositore nei casi previsti ai numeri 2 e 3 può altrimenti utilizzare la musica.

36. Nel caso previsto dal n. 1 dell'articolo precedente l'autore della parte letteraria ne riacquista la libera disponibilità, senza pregiudizio dell'eventuale azione di danni a carico del compositore.

Nei casi previsti dai numeri 2 e 3, e senza pregiudizio dell'azione di danni prevista nel comma precedente, il rapporto di comunione formatosi sull'opera già musicata rimane fermo, ma l'opera stessa non può essere rappresentata od eseguita che con il consenso di entrambi i collaboratori.

37. Nelle opere coreografiche o pantomimiche e nelle altre composte di musica, di parole o di danze o di mimica, quali le riviste musicali ed opere simili, in cui la parte musicale non ha funzione o valore principale, l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica, salvo patto contrario, spetta all'autore della parte coreografica o pantomimica, e, nelle riviste musicali, all'autore della parte letteraria.

Con le modificazioni richieste dalle norme del comma precedente sono applicabili a queste opere le disposizioni degli articoli 35 e 36.

Sezione II

Opere collettive, riviste e giornali

38. Nell'opera collettiva, salvo patto in contrario, il diritto di utilizzazione economica spetta all'editore dell'opera stessa, senza pregiudizio del diritto derivante dall'applicazione dell'art. 7.

Ai singoli collaboratori dell'opera collettiva è riservato il diritto di utilizzare la propria opera separatamente, con la osservanza dei patti convenuti e, in difetto, delle norme seguenti.

39. Se un articolo è inviato alla rivista o giornale, per essere riprodotto, da persona estranea alla redazione del giornale o della rivista e senza precedenti accordi contrattuali, l'autore riprende il diritto di disporre liberamente quando non abbia ricevuto notizia dell'accettazione nel termine di un mese dall'invio o quando la riproduzione non avvenga nel termine di sei mesi dalla notizia dell'accettazione.

Trattandosi di articolo fornito da un redattore, il direttore della rivista o giornale ne può differire la produzione anche al di là dei termini indicati nel comma precedente. Decorso però il termine di sei mesi dalla consegna del manoscritto, l'autore può utilizzare l'articolo per riprodurlo in volume o per estratto separato, se si tratta di giornale, ed anche in altro periodico, se si tratta di rivista.

40. Il collaboratore di opera collettiva che non sia rivista o giornale ha diritto, salvo patto contrario, che il suo nome figuri nella riproduzione della sua opera nelle forme d'uso.

Nei giornali questo diritto non compete, salvo patto contrario, al personale della redazione.

41. Senza pregiudizio della applicazione della disposizione contenuta nell'art. 20, il direttore del giornale ha diritto, salvo patto contrario, di introdurre nell'articolo da riprodurre quelle modificazioni di forma che sono richieste dalla natura e dai fini del giornale.

Negli articoli da riprodursi senza indicazione del nome dell'autore, questa facoltà si estende alla soppressione o riduzione di parti di detto articolo.

42. L'autore dell'articolo, o altra opera, che sia stato riprodotto in un'opera collettiva ha diritto di riprodurlo in estratti separati o raccolti in volume, purché indichi l'opera collettiva dalla quale è tratto e la data di pubblicazione. Trattandosi di articoli apparsi in riviste o giornali, l'autore, salvo patto contrario, ha altresì il diritto di riprodurli in altre riviste o giornali.

43. L'editore o direttore della rivista o del giornale non ha obbligo di conservare o di restituire i manoscritti degli articoli non riprodotti, che gli siano pervenuti senza sua richiesta.

Sezione III

Opere cinematografiche

44. Si considerano coautori dell'opera cinematografica l'autore del soggetto, l'autore della sceneggiatura, l'autore della musica ed il direttore artistico.

45. L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica spetta a chi ha organizzato la produzione stessa, nei limiti indicati dai successivi articoli.

Si presume produttore dell'opera cinematografica chi è indicato come tale sulla pellicola cinematografica. Se l'opera è registrata ai sensi del secondo comma dell'art. 103, prevale la presunzione stabilita nell'articolo medesimo.

46. L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica, spettante al produttore, ha per oggetto lo sfruttamento cinematografico dell'opera prodotta.

Salvo patto contrario, il produttore non può eseguire o proiettare elaborazioni, trasformazioni o traduzioni dell'opera prodotta senza il consenso degli autori indicati nell'art. 44.

Gli autori della musica, delle composizioni musicali e delle parole che accompagnano la musica hanno diritto di percepire, direttamente da coloro che proiettano pubblicamente l'opera, un compenso separato per la proiezione.

Il compenso è stabilito, in difetto di accordo fra le parti, secondo le norme del regolamento.

Gli autori del soggetto e della sceneggiatura e il direttore artistico, qualora non vengano retribuiti mediante una percentuale sulle proiezioni pubbliche dell'opera cinematografica, hanno diritto, salvo patto contrario, quando gli incassi abbiano raggiunto una cifra da stabilirsi contrattualmente col produttore, a ricevere un ulteriore compenso, le cui forme e la cui entità saranno stabilite con accordi da concludersi tra le categorie interessate [(38)].

(38) In deroga a quanto disposto dal presente articolo vedi il comma 3 dell'art. 24, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 28.

46-bis. 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 46, in caso di cessione del diritto di diffusione al produttore, spetta agli autori di opere cinematografiche e assimilate un equo compenso a carico degli organismi di emissione per ciascuna utilizzazione delle opere stesse a mezzo della comunicazione al pubblico via etere, via cavo e via satellite.

2. Per ciascuna utilizzazione di opere cinematografiche e assimilate diversa da quella prevista nel comma 1 e nell'articolo 18-*bis*, comma 5, agli autori delle opere stesse spetta un equo compenso a carico di coloro che esercitano i diritti di sfruttamento per ogni distinta utilizzazione economica.

3. Per ciascuna utilizzazione di opere cinematografiche ed assimilate espresse originariamente in lingua straniera spetta, altresì, un equo

compenso agli autori delle elaborazioni costituenti traduzione o adattamento della versione in lingua italiana dei dialoghi.

4. Ciascun compenso tra quelli previsti dai commi 1, 2 e 3 non è rinunciabile e, in difetto di accordo da concludersi tra le categorie interessate quali individuate dall'articolo 16, primo comma, del regolamento, è stabilito con la procedura di cui all'articolo 4 del decreto legislativo luogotenenziale 20 luglio 1945, n. 440 (39) (40).

(39) Articolo aggiunto dall'art. 3, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581, e poi così sostituito dall'art. 6, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione. L'art. 17 dello stesso D.Lgs. ha disposto che l'equo compenso previsto dal presente articolo è riconosciuto a decorrere dal 1° gennaio 1998.

(40) In deroga a quanto disposto dal presente articolo vedi il comma 3 dell'art. 24, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 28.

47. Il produttore ha facoltà di apportare alle opere utilizzate nell'opera cinematografica le modifiche necessarie per il loro adattamento cinematografico.

L'accertamento delle necessità o meno delle modifiche apportate o da apportarsi all'opera cinematografica, quando manchi l'accordo tra il produttore e uno o più degli autori menzionati nell'art. 44 della presente legge, è fatto da un collegio di tecnici nominato dal Ministro per la cultura popolare (41) secondo le norme fissate dal regolamento.

Gli accertamenti fatti da tale collegio hanno carattere definitivo.

(41) Ora, dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato

soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

48. Gli autori dell'opera cinematografica hanno diritto che i loro nomi, con la indicazione della loro qualità professionale e del loro contributo nell'opera, siano menzionati nella proiezione della pellicola cinematografica.

49. Gli autori delle parti letterarie o musicali dell'opera cinematografica possono riprodurle o comunque utilizzarle separatamente, purché non ne risulti pregiudizio ai diritti di utilizzazione il cui esercizio spetta al produttore.

50. Se il produttore non porta a compimento l'opera cinematografica nel termine di tre anni dal giorno della consegna della parte letteraria o

musicale, o non fa proiettare l'opera compiuta entro i tre anni dal compimento, gli autori di dette parti hanno diritto di disporre liberamente dell'opera stessa.

Sezione IV

Opere radiodiffuse

51. In ragione della natura e dei fini della radiodiffusione, come servizio riservato allo Stato, che lo esercita direttamente o per mezzo di concessioni, il diritto esclusivo di radiodiffusione, direttamente o con qualsiasi mezzo intermediario, è regolato dalle norme particolari seguenti.

52. L'ente esercente il servizio della radiodiffusione ha la facoltà di eseguire la radiodiffusione di opere dell'ingegno dai teatri, dalle sale di concerto e da ogni altro luogo pubblico, alle condizioni e nei limiti indicati nel presente articolo e nei seguenti.

I proprietari, gli impresari e quanti concorrono allo spettacolo sono tenuti a permettere gli impianti e le prove tecniche necessarie per preparare la radiodiffusione.

È necessario il consenso dell'autore, per radiodiffondere le opere nuove e le prime rappresentazioni stagionali delle opere non nuove.

Non è considerata nuova l'opera teatrale rappresentata pubblicamente in tre diversi teatri, o altro luogo pubblico.

53. Nelle stagioni di rappresentazioni o di concerti di durata non inferiore a due mesi, il diritto dell'ente indicato nel precedente articolo può essere esercitato per le rappresentazioni una volta la settimana e per i concerti ogni cinque o frazione di cinque concerti.

Per durata della stagione teatrale o di concerto s'intende quella risultante dai manifesti o dai programmi pubblicati prima dell'inizio della stagione.

54. L'accertamento della conformità delle radiodiffusioni alle buone norme tecniche, è di esclusiva spettanza degli organi dello Stato

predisposti alla vigilanza delle radiodiffusioni, con i poteri stabiliti dall'art. 2, capoverso, della L. 14 giugno 1928, n. 1352, e dall'art. 2 del R.D.L. 3 febbraio 1936, n. 654, convertito nella L. 4 giugno 1936, n. 1552 (42).

Il nome dell'autore ed il titolo dell'opera devono essere radiodiffusi contemporaneamente all'opera.

(42) Recante conferimento d'incarico al Ministero per la stampa e la propaganda per la nomina della Commissione per la vigilanza nelle radiodiffusioni. Cfr. anche D.Lgs.C.P.S. 3 aprile 1947, n. 428, recante nuove norme in materia di vigilanza e controllo nelle radiodiffusioni circolari.

55. 1. Senza pregiudizio dei diritti dell'autore sulla radiodiffusione della sua opera, l'ente esercente è autorizzato a registrare su disco, o su altro supporto, l'opera stessa, al fine della sua radiodiffusione differita per necessità orarie o tecniche, purché la registrazione suddetta sia, dopo l'uso, distrutta o resa inservibile.

2. È consentita la conservazione in archivi ufficiali delle registrazioni di cui al comma 1 che abbiano un eccezionale carattere documentario, senza possibilità di ulteriore utilizzazione a fini economici o commerciali salva, per quest'ultima, l'autorizzazione dell'autore dell'opera e dei titolari di diritti connessi (43).

(43) Articolo così sostituito dall'art. 4, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

56. L'autore dell'opera radiodiffusa, ai termini degli articoli precedenti, ha il diritto di ottenere dall'ente esercente il servizio della radiodiffusione il pagamento di un compenso da liquidarsi, nel caso di disaccordo tra le parti, dall'autorità giudiziaria.

La domanda non può essere promossa dinanzi l'autorità giudiziaria prima che sia esperito il tentativo di conciliazione nei modi e nelle forme che saranno stabiliti nel regolamento.

57. Il compenso è liquidato in base al numero delle trasmissioni.

Il regolamento determina i criteri per stabilire il numero e le modalità delle trasmissioni differite o ripetute.

58. Per l'esecuzione in pubblici esercizi, a mezzo di apparecchi radioriceventi sonori, muniti di altoparlante, di opere radiodiffuse, è dovuto all'autore un equo compenso, che è determinato periodicamente d'accordo fra la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (44) e la rappresentanza della associazione sindacale competente.

(44) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

59. La radiodiffusione delle opere dell'ingegno dai locali dell'ente esercente il servizio della radiodiffusione è sottoposta al consenso dell'autore a norma delle disposizioni contenute nel capo terzo di questo titolo; ad essa non sono applicabili le disposizioni degli articoli precedenti, salvo quelle dell'art. 55.

60. Qualora il Ministero della cultura popolare (45) lo disponga, l'ente esercente effettua trasmissioni speciali di propaganda culturale ed artistica destinate all'estero, contro pagamento di un compenso da liquidarsi a termini del regolamento.

(45) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni

demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

Sezione V

Opere registrate su supporti [(46)]

61. 1. L'autore ha il diritto esclusivo, ai sensi delle disposizioni contenute nella sezione I del capo III di questo titolo:

a) di adattare e di registrare l'opera su qualunque supporto riproduttore di suoni, di voci o di immagini, qualunque sia la tecnologia utilizzata;

b) di riprodurre, di distribuire, di noleggiare e di dare in prestito gli esemplari dell'opera così adattata o registrata;

c) di eseguire pubblicamente e di comunicare l'opera al pubblico mediante l'impiego di qualunque supporto.

2. La cessione del diritto di riproduzione o del diritto di distribuzione non comprende, salvo patto contrario, la cessione del diritto di esecuzione pubblica o di comunicazione al pubblico.

3. Per quanto riguarda la radiodiffusione, il diritto d'autore resta regolato dalle norme contenute nella precedente sezione [(47)].

(46) Denominazione così sostituita dall'art. 5, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(47) Il presente articolo, già modificato dagli artt. 3 e 4, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e dall'art. 4, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581, è stato successivamente così sostituito dall'art. 6, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

62. 1. I supporti fonografici, nei quali l'opera dell'ingegno è riprodotta, non possono essere distribuiti se non portino stabilmente apposte le indicazioni seguenti:

a) titolo dell'opera riprodotta;

b) nome dell'autore;

c) nome dell'artista interprete od esecutore. I complessi orchestrali o corali sono indicati col nome d'uso;

d) data della fabbricazione [(48)].

(48) Articolo così sostituito dall'art. 7, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

63. 1. I supporti devono essere fabbricati od utilizzati in modo che venga rispettato il diritto morale dell'autore, ai termini degli articoli 20 e 21.

2. Si considerano lecite le modificazioni dell'opera richieste dalle necessità tecniche della registrazione [(49)].

(49) Articolo così sostituito dall'art. 8, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

64. La concessione in uso a case editrici fonografiche nazionali delle matrici dei dischi della discoteca di Stato, per trarne dischi da diffondere mediante vendita sia in Italia che all'estero, a termini dell'art. 5 della L. 2 febbraio 1939, n. 467, contenente norme per il riordinamento della discoteca di Stato, allorché siano registrate opere tutelate, è sottoposta

al pagamento dei diritti di autore, secondo le norme contenute nel regolamento.

Sezione VI

Programmi per elaboratore [(50)]

64-bis. 1. Fatte salve le disposizioni dei successivi articoli 64-*ter* e 64-*quater*, i diritti esclusivi conferiti dalla presente legge sui programmi per elaboratore comprendono il diritto di effettuare o autorizzare:

a) la riproduzione, permanente o temporanea, totale o parziale, del programma per elaboratore con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma. Nella misura in cui operazioni quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione del programma per elaboratore richiedano una riproduzione, anche tali operazioni sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti;

b) la traduzione, l'adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione del programma per elaboratore, nonché la riproduzione dell'opera che ne risulti, senza pregiudizio dei diritti di chi modifica il programma;

c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione, del programma per elaboratore originale o di copie dello stesso. La prima vendita di una copia del programma nella Comunità Economica Europea da parte del titolare dei diritti, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione di detta copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso [(51)].

(50) L'art. 5, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.), ha aggiunto la Sezione VI con gli artt. 64-*bis*, 64-*ter* e 64-*quater.*

(51) L'art. 5, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.), ha aggiunto la Sezione VI con gli artt. 64-*bis*, 64-*ter* e 64-*quater.*

64-ter. 1. Salvo patto contrario, non sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti le attività indicate nell'art. 64-*bis*, lettere *a*) e *b*),

allorché tali attività sono necessarie per l'uso del programma per elaboratore conformemente alla sua destinazione da parte del legittimo acquirente, inclusa la correzione degli errori.

2. Non può essere impedito per contratto, a chi ha il diritto di usare una copia del programma per elaboratore di effettuare una copia di riserva del programma, qualora tale copia sia necessaria per l'uso.

3. Chi ha il diritto di usare una copia del programma per elaboratore può, senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, osservare, studiare o sottoporre a prova il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee ed i princìpi su cui è basato ogni elemento del programma stesso, qualora egli compia tali atti durante operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che egli ha il diritto di eseguire. Le clausole contrattuali pattuite in violazione del presente comma e del comma 2 sono nulle (52).

(52) L'art. 5, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.), ha aggiunto la Sezione VI con gli artt. 64-*bis*, 64-*ter* e 64-*quater.* Successivamente l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 64-*ter* è stato così modificato dall'art. 1, D.Lgs. 15 marzo 1996, n. 205 (Gazz. Uff. 24 aprile 1996, n. 96).

64-quater. 1. L'autorizzazione del titolare dei diritti non è richiesta qualora la riproduzione del codice del programma di elaboratore e la traduzione della sua forma ai sensi dell'art. 64-*bis*, lettere *a*) e *b*), compiute al fine di modificare la forma del codice, siano indispensabili per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità, con altri programmi, di un programma per elaboratore creato autonomamente purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a) le predette attività siano eseguite dal licenziatario o da altri che abbia il diritto di usare una copia del programma oppure, per loro conto, da chi è autorizzato a tal fine;

b) le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità non siano già facilmente e rapidamente accessibili ai soggetti indicati alla lettera *a*);

c) le predette attività siano limitate alle parti del programma originale necessarie per conseguire l'interoperabilità.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non consentono che le informazioni ottenute in virtù della loro applicazione:

a) siano utilizzate a fini diversi dal conseguimento dell'interoperabilità del programma creato autonomamente;

b) siano comunicate a terzi, fatta salva la necessità di consentire l'interoperabilità del programma creato autonomamente;

c) siano utilizzate per lo sviluppo, la produzione o la commercializzazione di un programma per elaboratore sostanzialmente simile nella sua forma espressiva, o per ogni altra attività che violi il diritto di autore.

3. Le clausole contrattuali pattuite in violazione dei commi 1 e 2 sono nulle (53).

4. Conformemente alla convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, le disposizioni del presente articolo non possono essere interpretate in modo da consentire che la loro applicazione arrechi indebitamente pregiudizio agli interessi legittimi del titolare dei diritti o sia in conflitto con il normale sfruttamento del programma (54).

(53) Comma così sostituito dall'art. 2, D.Lgs. 15 marzo 1996, n. 205 (Gazz. Uff. 24 aprile 1996, n. 96).

(54) L'art. 5, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.), ha aggiunto la Sezione VI con gli artt. 64-*bis*, 64-*ter* e 64-*quater.*

Sezione VII

Banche di dati

64-quinquies. 1. L'autore di un banca di dati ha il diritto esclusivo di eseguire o autorizzare:

a) la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma;

b) la traduzione, l'adattamento, una diversa disposizione e ogni altra modifica;

c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale o di copie della banca di dati; la prima vendita di una copia nel territorio dell'Unione europea da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di controllare, all'interno dell'Unione stessa, le vendite successive della copia;

d) qualsiasi presentazione, dimostrazione o comunicazione in pubblico, ivi compresa la trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma;

e) qualsiasi riproduzione, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico dei risultati delle operazioni di cui alla lettera *b*) (55).

(55) La Sezione VII e gli artt. 64-*quinquies* e 64-*sexies* sono stati aggiunti dall'art. 4, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

64-sexies. 1. Non sono soggetti all'autorizzazione di cui all'articolo 64-quinquies da parte del titolare del diritto:

a) l'accesso o la consultazione della banca di dati quando abbiano esclusivamente finalità didattiche o di ricerca scientifica, non svolta nell'ambito di un'impresa, purché si indichi la fonte e nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito. Nell'ambito di tali attività di accesso e consultazione, le eventuali operazioni di riproduzione permanente della totalità o di parte sostanziale del contenuto su altro supporto sono comunque soggette all'autorizzazione del titolare del diritto;

b) l'impiego di una banca di dati per fini di sicurezza pubblica o per effetto di una procedura amministrativa o giurisdizionale.

2. Non sono soggette all'autorizzazione dell'autore le attività indicate nell'articolo 64-*quinquies* poste in essere da parte dell'utente legittimo della banca di dati o di una sua copia, se tali attività sono necessarie per

l'accesso al contenuto della stessa banca di dati e per il suo normale impiego; se l'utente legittimo è autorizzato ad utilizzare solo una parte della banca di dati, il presente comma si applica unicamente a tale parte.

3. Le clausole contrattuali pattuite in violazione del comma 2 sono nulle ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile.

4. Conformemente alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non possono essere interpretate in modo da consentire che la loro applicazione arrechi indebitamente pregiudizio al titolare del diritto o entri in conflitto con il normale impiego della banca di dati (56).

(56) La Sezione VII e gli artt. 64-*quinquies* e 64-*sexies* sono stati aggiunti dall'art. 4, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

Capo V

Eccezioni e limitazioni (57)

Sezione I

Reprografia ed altre eccezioni e limitazioni

65. 1. Gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato.

2. La riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità è consentita ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo, sempre che si indichi, salvo caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore, se riportato (58).

(57) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies*, dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(58) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies*, dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Successivamente il presente articolo era stato modificato, con l'aggiunta del comma 1-*bis*, dall'art. 32, D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, soppresso dalla relativa legge di conversione.

66. 1. I discorsi su argomenti di interesse politico o amministrativo tenuti in pubbliche assemblee o comunque in pubblico, nonché gli estratti di conferenze aperte al pubblico, possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico, nei limiti giustificati dallo scopo informativo, nelle riviste o nei giornali anche radiotelevisivi o telematici, purché indichino la fonte, il nome dell'autore, la data e il luogo in cui il discorso fu tenuto (59).

(59) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies*, dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

67. 1. Opere o brani di opere possono essere riprodotti a fini di pubblica sicurezza, nelle procedure parlamentari, giudiziarie o amministrative, purché si indichino la fonte e, ove possibile, il nome dell'autore (60).

(60) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

68. 1. È libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico.

2. È libera la fotocopia di opere esistenti nelle biblioteche accessibili al pubblico o in quelle scolastiche, nei musei pubblici o negli archivi pubblici, effettuata dai predetti organismi per i propri servizi, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto.

3. Fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, è consentita, nei limiti del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico, escluse le pagine di pubblicità, la riproduzione per uso personale di opere dell'ingegno effettuata mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo.

4. I responsabili dei punti o centri di riproduzione, i quali utilizzino nel proprio àmbito o mettano a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione, devono corrispondere un compenso agli autori ed agli editori delle opere dell'ingegno pubblicate per le stampe che, mediante tali apparecchi, vengono riprodotte per gli usi previsti nel comma 3. La misura di detto compenso e le modalità per la riscossione e la ripartizione sono determinate secondo i criteri posti all'art. 181-*ter* della presente legge. Salvo diverso accordo tra la SIAE e le associazione delle categorie interessate, tale compenso non può essere inferiore per ciascuna pagina riprodotta al prezzo medio a pagina rilevato annualmente dall'ISTAT per i libri.

5. Le riproduzioni per uso personale delle opere esistenti nelle biblioteche pubbliche, fatte all'interno delle stesse con i mezzi di cui al comma 3, possono essere effettuate liberamente nei limiti stabiliti dal medesimo comma 3 con corresponsione di un compenso in forma forfetaria a favore degli aventi diritto di cui al comma 2 dell'articolo 181-*ter*, determinato ai sensi del secondo periodo del comma 1 del medesimo articolo 181-*ter*. Tale compenso è versato direttamente ogni anno dalle biblioteche, nei limiti degli introiti riscossi per il servizio, senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato o degli enti dai quali le biblioteche dipendono. I limiti di cui al comma 3 non si applicano alle opere fuori dai cataloghi editoriali e rare in quanto di difficile reperibilità sul mercato.

6. È vietato lo spaccio al pubblico delle copie di cui ai commi precedenti e, in genere, ogni utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore (61).

(61) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Il presente articolo, in precedenza, era stato modificato dall'art. 2, L. 18 agosto 2000, n. 248.

68-bis. 1. Salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, sono esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea 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 la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali (62).

(62) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

69. 1. Il prestito eseguito dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici, ai fini esclusivi di promozione culturale e studio personale, non è soggetto ad autorizzazione da parte del titolare del relativo diritto e ha ad oggetto esclusivamente (63):

a) gli esemplari a stampa delle opere, eccettuati gli spartiti e le partiture musicali;

b) i fonogrammi ed i videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze d'immagini in movimento, siano esse sonore o meno, decorsi almeno diciotto mesi dal primo atto di esercizio del diritto di distribuzione, ovvero, non essendo stato esercitato il diritto di distribuzione, decorsi almeno ventiquattro mesi dalla realizzazione delle dette opere e sequenze di immagini.

2. Per i servizi delle biblioteche, discoteche e cineteche dello Stato e degli enti pubblici è consentita la riproduzione, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto, in un unico esemplare, dei fonogrammi e dei videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, siano esse sonore o meno, esistenti presso le medesime biblioteche, cineteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici (64).

(63) Alinea così modificato dal comma 132 dell'art. 2, D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, come modificato dalla relativa legge di conversione.

(64) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da

65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Il presente articolo, in precedenza, era stato sostituito dall'art. 5, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e modificato dall'art. 3, L. 18 agosto 2000, n. 248.

70. 1. Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali.

2. Nelle antologie ad uso scolastico la riproduzione non può superare la misura determinata dal regolamento, il quale fissa la modalità per la determinazione dell'equo compenso.

3. Il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta (65).

(65) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

71. 1. Le bande musicali e le fanfare dei corpi armati dello Stato possono eseguire in pubblico brani musicali o parti di opere in musica, senza pagamento di alcun compenso per diritti di autore, purché l'esecuzione sia effettuata senza scopo di lucro (66).

(66) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

71-bis. 1. Ai portatori di particolari handicap sono consentite, per uso personale, la riproduzione di opere e materiali protetti o l'utilizzazione della comunicazione al pubblico degli stessi, purché siano direttamente collegate all'handicap, non abbiano carattere commerciale e si limitino a quanto richiesto dall'handicap.

2. Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il comitato di cui all'art. 190, sono individuate le categorie di portatori di handicap di cui al comma 1 e i criteri per l'individuazione dei singoli beneficiari nonché, ove necessario, le modalità di fruizione dell'eccezione [(67)].

(67) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

71-ter. 1. È libera la comunicazione o la messa a disposizione destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali aventi tale unica funzione situati nei locali delle biblioteche accessibili al pubblico, degli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro collezioni e non soggetti a vincoli derivanti da atti di cessione o da licenza [(68)].

(68) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

71-quater. 1. È consentita la riproduzione di emissioni radiotelevisive effettuate da ospedali pubblici e da istituti di prevenzione e pena, per un utilizzo esclusivamente interno, purché i titolari dei diritti ricevano un equo compenso determinato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentito il comitato di cui all'art. 190 [(69)].

(69) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

71-quinquies. 1. I titolari di diritti che abbiano apposto le misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater* sono tenuti alla rimozione delle stesse, per consentire l'utilizzo delle opere o dei materiali protetti, dietro richiesta dell'autorità competente, per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario.

2. I titolari dei diritti sono tenuti ad adottare idonee soluzioni, anche mediante la stipula di appositi accordi con le associazioni di categoria

rappresentative dei beneficiari, per consentire l'esercizio delle eccezioni di cui agli articoli 55, 68, commi 1 e 2, 69, comma 2, 70, comma 1, 71-*bis* e 71-*quater*, su espressa richiesta dei beneficiari ed a condizione che i beneficiari stessi abbiano acquisito il possesso legittimo degli esemplari dell'opera o del materiale protetto, o vi abbiano avuto accesso legittimo ai fini del loro utilizzo, nel rispetto e nei limiti delle disposizioni di cui ai citati articoli, ivi compresa la corresponsione dell'equo compenso, ove previsto.

3. I titolari dei diritti non sono tenuti agli adempimenti di cui al comma 2 in relazione alle opere o ai materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente, quando l'accesso avvenga sulla base di accordi contrattuali.

4. Le associazioni di categoria dei titolari dei diritti e gli enti o le associazioni rappresentative dei beneficiari delle eccezioni di cui al comma 2 possono svolgere trattative volte a consentire l'esercizio di dette eccezioni. In mancanza di accordo, ciascuna delle parti può rivolgersi al comitato di cui all'articolo 190 perché esperisca un tentativo obbligatorio di conciliazione, secondo le modalità di cui all'articolo 194-*bis*.

5. Dall'applicazione della presente disposizione non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (70).

(70) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

Sezione II

Riproduzione privata ad uso personale

71-sexies. 1. È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*.

2. La riproduzione di cui al comma 1 non può essere effettuata da terzi. La prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione soggetta alle disposizioni di cui agli articoli 13, 72, 78-*bis*, 79 e 80.

3. La disposizione di cui al comma 1 non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater* ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.

4. Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti (71).

(71) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

71-septies. 1. Gli autori ed i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'articolo 71-*sexies*. Detto compenso è costituito, per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, che per gli apparecchi polifunzionali è calcolata sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso per apparecchio. Per i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi, il compenso è costituito

da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti.

2. Il compenso di cui al comma 1 è determinato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentito il comitato di cui all'articolo 190 e le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti di cui al comma 1. Per la determinazione del compenso si tiene conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*, nonché della diversa incidenza della copia digitale rispetto alla copia analogica. Il decreto è sottoposto ad aggiornamento triennale.

3. Il compenso è dovuto da chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli apparecchi e i supporti indicati nel comma 1. I predetti soggetti devono presentare alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), ogni tre mesi, una dichiarazione dalla quale risultino le cessioni effettuate e i compensi dovuti, che devono essere contestualmente corrisposti. In caso di mancata corresponsione del compenso, è responsabile in solido per il pagamento il distributore degli apparecchi o dei supporti di registrazione (72).

4. La violazione degli obblighi di cui al comma 3 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del compenso dovuto, nonché, nei casi più gravi o di recidiva, con la sospensione della licenza o autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale o industriale da quindici giorni a tre mesi ovvero con la revoca della licenza o autorizzazione stessa (73) (74).

(72) Comma così sostituito dall'art. 1, D.L. 22 marzo 2004, n. 72, come sostituito dalla relativa legge di conversione.

(73) Comma così sostituito dall'art. 1, D.L. 22 marzo 2004, n. 72, come sostituito dalla relativa legge di conversione.

(74) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Vedi, anche, l'art. 39 dello stesso decreto legislativo.

71-octies. 1. Il compenso di cui all'articolo 71-*septies* per apparecchi e supporti di registrazione audio è corrisposto alla Società italiana degli

autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, per il cinquanta per cento agli autori e loro aventi causa e per il cinquanta per cento ai produttori di fonogrammi, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative.

2. I produttori di fonogrammi devono corrispondere senza ritardo, e comunque entro sei mesi, il cinquanta per cento del compenso loro attribuito ai sensi del comma 1 agli artisti interpreti o esecutori interessati.

3. Il compenso di cui all'articolo 71-*septies* per gli apparecchi e i supporti di registrazione video è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative, per il trenta per cento agli autori, per il restante settanta per cento in parti uguali tra i produttori originari di opere audiovisive, i produttori di videogrammi e gli artisti interpreti o esecutori. La quota spettante agli artisti interpreti o esecutori è destinata per il cinquanta per cento alle attività e finalità di cui all'articolo 7, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 93 (75).

(75) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

Sezione III

Disposizioni comuni

71-nonies. 1. Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari (76).

(76) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

71-decies. 1. Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore contenute nel presente capo si applicano anche ai diritti connessi di cui ai capi I, I-*bis*, II e III e, in quanto applicabili, agli altri capi del titolo II, nonché al capo I del titolo II-*bis* (77).

(77) Il presente capo V, comprendente in origine gli articoli da 65 a 71, è stato così sostituito con l'attuale capo V, comprendente gli articoli da 65 a 71-*decies,* dall'art. 9, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

TITOLO II

Capo I

Diritti del produttore di fonogrammi (78)

72. 1. Salvi i diritti spettanti all'autore a termini del titolo I, il produttore di fonogrammi ha il diritto esclusivo, per la durata e alle condizioni stabilite dagli articoli che seguono:

a) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, dei suoi fonogrammi in qualunque modo o forma, in tutto o in parte e con qualsiasi processo di duplicazione;

b) di autorizzare la distribuzione degli esemplari dei suoi fonogrammi. Il diritto esclusivo di distribuzione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea, se non nel caso di prima vendita del supporto contenente il fonogramma effettuata o consentita dal produttore in uno Stato membro;

c) di autorizzare il noleggio ed il prestito degli esemplari dei suoi fonogrammi. Tale diritto non si esaurisce con la vendita o con la distribuzione in qualsiasi forma degli esemplari;

d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dei suoi fonogrammi in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Tale diritto non si esaurisce con alcun atto di messa a disposizione del pubblico (79).

(78) Rubrica così sostituita prima dall'art. 6, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e poi dall'art. 10, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(79) Articolo così sostituito prima dall'art. 7, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e poi dall'art. 11, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

73. 1. Il produttore di fonogrammi, nonché gli artisti interpreti e gli artisti esecutori che abbiano compiuto l'interpretazione o l'esecuzione fissata o riprodotta nei fonogrammi, indipendentemente dai diritti di distribuzione, noleggio e prestito loro spettanti, hanno diritto ad un compenso per l'utilizzazione a scopo di lucro dei fonogrammi a mezzo della cinematografia, della diffusione radiofonica e televisiva, ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite, nelle pubbliche feste danzanti, nei pubblici esercizi ed in occasione di qualsiasi altra pubblica utilizzazione dei fonogrammi stessi. L'esercizio di tale diritto spetta al produttore, il quale ripartisce il compenso con gli artisti interpreti o esecutori interessati.

2. La misura del compenso e le quote di ripartizione, nonché le relative modalità, sono determinate secondo le norme del regolamento.

3. Nessun compenso è dovuto per l'utilizzazione ai fini dell'insegnamento e della comunicazione istituzionale fatta dall'Amministrazione dello Stato o da enti a ciò autorizzati dallo Stato (80).

(80) Il presente articolo, già modificato dagli articoli 1 e 2, D.P.R. 14 maggio 1974, n. 490 (Gazz. Uff. 19 ottobre 1974, n. 273), dall'art. 8, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e dall'art. 5, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581, è stato poi così sostituito dall'art. 12, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

73-bis. 1. Gli artisti interpreti o esecutori e il produttore del fonogramma utilizzato hanno diritto ad un equo compenso anche quando l'utilizzazione di cui all'art. 73 è effettuata a scopo non di lucro.

2. Salvo diverso accordo tra le parti, tale compenso è determinato, riscosso e ripartito secondo le norme del regolamento (81).

(81) Articolo aggiunto dall'art. 8, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685.

74. 1. Il produttore ha il diritto di opporsi a che l'utilizzazione dei fonogrammi, prevista negli articoli 73 e 73-*bis*, sia effettuata in condizioni tali da arrecare un grave pregiudizio ai suoi interessi industriali.

2. Su richiesta dell'interessato, il Ministero per i beni e le attività culturali, in attesa della decisione dell'autorità giudiziaria, può nondimeno autorizzare l'utilizzazione dei fonogrammi previi accertamenti tecnici e disponendo, se occorra, quanto è necessario per eliminare le cause che turbano la regolarità dell'utilizzazione (82).

(82) Articolo così sostituito dall'art. 13, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

75. 1. La durata dei diritti previsti nel presente capo e di cinquanta anni dalla fissazione. Tuttavia, se durante tale periodo il fonogramma è lecitamente pubblicato ai sensi dell'articolo 12, comma 3, la durata dei diritti è di cinquanta anni dalla data della sua prima pubblicazione (83).

(83) Articolo prima modificato dall'art. 3, L. 5 maggio 1976, n. 404, e poi così sostituito dall'art. 7, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e dall'art. 14, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Vedi, anche, l'art. 38 dello stesso decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68.

76. 1. I supporti contenenti fonogrammi non possono essere distribuiti se non portano stabilmente apposte le indicazioni di cui all'articolo 62, in quanto applicabili (84).

(84) Articolo così sostituito dall'art. 15, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

77. [I diritti previsti da questo capo possono essere esercitati se sia stato effettuato il deposito presso la presidenza del Consiglio dei ministri, secondo le norme del regolamento, di un esemplare del disco o dell'apparecchio analogo.

Tuttavia le formalità del deposito di cui al primo comma, quale condizione dell'esercizio dei diritti spettanti al produttore, si riterrà soddisfatta qualora su tutti gli esemplari del disco o apparecchio analogo risulti apposto in modo stabile il simbolo (P), accompagnato dall'indicazione dell'anno di prima pubblicazione] (85).

(85) Articolo prima sostituito dall'art. 3, L. 5 maggio 1976, n. 404 e poi abrogato dall'art. 41, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

78. 1. Il produttore di fonogrammi è la persona fisica o giuridica che assume l'iniziativa e la responsabilità della prima fissazione dei suoni provenienti da una interpretazione o esecuzione o di altri suoni o di rappresentazioni di suoni.

2. È considerato come luogo della produzione quello nel quale avviene la diretta registrazione originale [(86)].

(86) Articolo così sostituito dall'art. 16, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

Capo I-bis

Diritti dei produttori di opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento [(87)]

78-bis. 1. L'utilizzazione dei fonogrammi da parte di emittenti radiotelevisive è soggetta alle disposizioni di cui al presente capo [(88)].

(87) Il capo I-*bis* e l'art. 78-*bis* sono stati inseriti dall'art. 10, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685.

(88) Il presente articolo, inserito dall'art. 10, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e modificato dall'art. 8, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, è stato successivamente così sostituito dall'art. 17, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

78-ter. 1. Il produttore di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento è titolare del diritto esclusivo:

a) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, degli originali e delle copie delle proprie realizzazioni;

b) di autorizzare la distribuzione con qualsiasi mezzo, compresa la vendita, dell'originale e delle copie di tali realizzazioni. Il diritto di distribuzione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea se non nel caso di prima vendita effettuata o consentita dal produttore in uno Stato membro;

c) di autorizzare il noleggio ed il prestito dell'originale e delle copie delle sue realizzazioni. La vendita o la distribuzione, sotto qualsiasi forma, non esauriscono il diritto di noleggio e di prestito;

d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e delle copie delle proprie realizzazioni, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Tale diritto non si esaurisce con alcun atto di messa a disposizione del pubblico.

2. La durata dei diritti di cui al comma 1 è di cinquanta anni dalla fissazione. Se l'opera cinematografica o audiovisiva o la sequenza di immagini in movimento è pubblicata o comunicata al pubblico durante tale termine, la durata è di cinquanta anni dalla prima pubblicazione o, se anteriore, dalla prima comunicazione al pubblico dell'opera cinematografica o audiovisiva o della sequenza di immagini in movimento (89).

(89) Articolo aggiunto dall'art. 18, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

Capo II

Diritti relativi all'emissione radiofonica e televisiva (90)

79. 1. Senza pregiudizio dei diritti sanciti da questa legge a favore degli autori, dei produttori di fonogrammi, dei produttori di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, degli artisti interpreti e degli artisti esecutori, coloro che esercitano l'attività di emissione radiofonica o televisiva hanno il diritto esclusivo:

a) di autorizzare la fissazione delle proprie emissioni effettuate su filo o via etere: il diritto non spetta al distributore via cavo qualora ritrasmetta semplicemente via cavo le emissioni di altri organismi di radiodiffusione;

b) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, delle fissazioni delle proprie emissioni;

c) di autorizzare la ritrasmissione su filo o via etere delle proprie emissioni, nonché la loro comunicazione al pubblico, se questa avviene in luoghi accessibili mediante pagamento di un diritto di ingresso;

d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso nel luogo o nel momento scelti individualmente, delle fissazioni delle proprie emissioni, siano esse effettuate su filo o via etere;

e) di autorizzare la distribuzione delle fissazioni delle proprie emissioni. Il diritto di distribuzione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea, se non nel caso di prima vendita effettuata o consentita dal titolare in uno Stato membro;

f) I diritti di cui alle lettere *c*) e *d*) non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico.

2. I soggetti di cui al comma 1 hanno altresì il diritto esclusivo di utilizzare la fissazione delle proprie emissioni per nuove trasmissioni o ritrasmissioni o per nuove registrazioni.

3. L'espressione radio-diffusione ha riguardo all'emissione radiofonica e televisiva.

4. L'espressione su filo o via etere include le emissioni via cavo e via satellite.

5. La durata dei diritti di cui al comma 1 è di cinquanta anni dalla prima diffusione di una emissione [(91)].

(90) Il capo II e l'art. 79 sono stati così sostituiti dall'art. 11, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685.

(91) Il presente articolo, già sostituito dall'art. 11, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e modificato dall'art. 9, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, è stato successivamente così sostituito dall'art. 19, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

Capo III

Diritti degli artisti interpreti e degli artisti esecutori (92)

80. 1. Si considerano artisti interpreti ed artisti esecutori gli attori, i cantanti, i musicisti, i ballerini e le altre persone che rappresentano, cantano, recitano, declamano o eseguono in qualunque modo opere dell'ingegno, siano esse tutelate o di dominio pubblico.

2. Gli artisti interpreti e gli artisti esecutori hanno, indipendentemente dall'eventuale retribuzione loro spettante per le prestazioni artistiche dal vivo, il diritto esclusivo di:

a) autorizzare la fissazione delle loro prestazioni artistiche;

b) autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, della fissazione delle loro prestazioni artistiche;

c) autorizzare la comunicazione al pubblico, in qualsivoglia forma e modo, ivi compresa la messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, delle proprie prestazioni artistiche dal vivo, nonché la diffusione via etere e la comunicazione via satellite delle prestazioni artistiche dal vivo, a meno che le stesse siano rese in funzione di una loro radiodiffusione o siano già oggetto di una fissazione utilizzata per la diffusione. Se la fissazione consiste in un supporto fonografico, qualora essa sia utilizzata a scopo di lucro, è riconosciuto a favore degli artisti interpreti o esecutori il compenso di cui all'art. 73; qualora non sia utilizzata a scopo di lucro, è riconosciuto a favore degli artisti interpreti o esecutori interessati l'equo compenso dì cui all'art. 73-*bis*;

d) autorizzare la messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, delle fissazioni delle proprie prestazioni artistiche e delle relative riproduzioni;

e) autorizzare la distribuzione delle fissazioni delle loro prestazioni artistiche. Il diritto non si esaurisce nel territorio della Comunità europea se non nel caso di prima vendita da parte del titolare del diritto o con il suo consenso in uno Stato membro;

f) autorizzare il noleggio o il prestito delle fissazioni delle loro prestazioni artistiche e delle relative riproduzioni: l'artista interprete o esecutore, anche in caso di cessione del diritto di noleggio ad un produttore di fonogrammi o di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, conserva il diritto di ottenere un'equa remunerazione per il noleggio concluso dal produttore con terzi. Ogni patto contrario è nullo. In difetto di accordo da concludersi tra l'IMAIE e le associazioni sindacali competenti della confederazione degli industriali, detto compenso è stabilito con la procedura di cui all'articolo 4 del decreto legislativo luogotenenziale 20 luglio 1945, n. 440.

3. I diritti di cui al comma 2, lettera *c*), non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico [(93)].

(92) Rubrica così sostituita dall'art. 12, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685.

(93) Il presente articolo, già sostituito dall'art. 13, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685, modificato dall'art. 6, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581 e dagli articoli 10 e 11, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, è stato poi nuovamente così sostituito dall'art. 20, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

81. Gli artisti interpreti e gli artisti esecutori hanno il diritto di opporsi alla comunicazione al pubblico o alla riproduzione della loro recitazione, rappresentazione o esecuzione che possa essere di pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione [(94)].

Sono applicabili le disposizioni del comma secondo dell'art. 74.

Per quanto attiene alla radiodiffusione, le controversie nascenti dall'applicazione del presente articolo sono regolate dalle norme contenute nel comma primo dell'art. 54.

(94) Comma prima modificato dall'art. 14, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e poi così sostituito dall'art. 21, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

82. Agli effetti dell'applicazione delle disposizioni che precedono, si comprendono nella denominazione di artisti interpreti e di artisti esecutori:

1) coloro che sostengono nell'opera o composizione drammatica, letteraria o musicale, una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista esecutore comprimario;

2) i direttori dell'orchestra o del coro;

3) i complessi orchestrali o corali, a condizione che la parte orchestrale o corale abbia valore artistico di per sé stante o non di semplice accompagnamento (95).

(95) Comma così modificato dall'art. 14, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685.

83. 1. Gli artisti interpreti e gli artisti esecutori che sostengono le prime parti nell'opera o composizione drammatica, letteraria o musicale, hanno diritto che il loro nome sia indicato nella comunicazione al pubblico della loro recitazione, esecuzione o rappresentazione e venga stabilmente apposto sui supporti contenenti la relativa fissazione, quali fonogrammi, videogrammi o pellicole cinematografiche (96).

(96) Articolo prima modificato dall'art. 14, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e poi così sostituito dall'art. 22, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

84. 1. Salva diversa volontà delle parti, si presume che gli artisti interpreti ed esecutori abbiano ceduto i diritti di fissazione, riproduzione, radiodiffusione, ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite, distribuzione, nonché il diritto di autorizzare il noleggio contestualmente alla stipula del contratto per la produzione di un'opera cinematografica o audiovisiva o sequenza di immagini in movimento.

2. Agli artisti interpreti ed esecutori che nell'opera cinematografica e assimilata sostengono una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista comprimario, spetta, per ciascuna utilizzazione dell'opera cinematografica e assimilata a mezzo della comunicazione al pubblico via etere, via cavo e via satellite un equo compenso a carico degli organismi di emissione.

3. Per ciascuna utilizzazione di opere cinematografiche e assimilate diversa da quella prevista nel comma 2 e nell'articolo 80, comma 2, lettera *e*), agli artisti interpreti ed esecutori, quali individuati nel comma 2, spetta un equo compenso a carico di coloro che esercitano i diritti di sfruttamento per ogni distinta utilizzazione economica.

4. Il compenso previsto dai commi 2 e 3 non è rinunciabile e, in difetto di accordo da concludersi tra l'istituto mutualistico artisti interpreti esecutori e le associazioni sindacali competenti della confederazione degli industriali, è stabilito con la procedura di cui all'articolo 4 del decreto legislativo luogotenenziale 20 luglio 1945, n. 440 (97) (98).

(97) Articolo prima sostituito dall'art. 15, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685, e poi modificato dall'art. 7, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581, ed infine nuovamente sostituito dall'art. 12, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

(98) L'art. 17, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, ha disposto che l'equo compenso di cui al presente articolo è riconosciuto a decorrere dal 1° gennaio 1998.

85. I diritti di cui al presente capo durano cinquanta anni a partire dalla esecuzione, rappresentazione o recitazione. Se una fissazione dell'esecuzione, rappresentazione o recitazione è pubblicata o comunicata al pubblico durante tale termine, i diritti durano cinquanta anni a partire dalla prima pubblicazione, o, se anteriore, dalla prima comunicazione al pubblico della fissazione (99).

(99) Articolo così sostituito prima dall'art. 16, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685, e poi dall'art. 13, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

85-bis. 1. In aggiunta ai diritti già disciplinati nel presente capo e nei capi precedenti, ai detentori dei diritti connessi è riconosciuto il diritto di autorizzare la ritrasmissione via cavo secondo le disposizioni di cui all'art. 110-*bis* (100).

(100) Aggiunto dall'art. 8, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581.

Capo III-bis

Diritti relativi ad opere pubblicate o comunicate al pubblico per la prima volta successivamente alla estinzione dei diritti patrimoniali d'autore (101)

85-ter. 1. Senza pregiudizio dei diritti morali dell'autore, a chi, dopo la scadenza dei termini di protezione del diritto d'autore, lecitamente pubblica o comunica al pubblico per la prima volta un'opera non pubblicata anteriormente spettano i diritti di utilizzazione economica riconosciuti dalle disposizioni contenute nella sezione I del capo III, del titolo I della presente legge, in quanto applicabili.

2. La durata dei diritti esclusivi di utilizzazione economica di cui al comma 1 è di venticinque anni a partire dalla prima lecita pubblicazione o comunicazione al pubblico (102).

(101) L'art. 14, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, ha aggiunto il Capo III-*bis* e l'art. 85-*ter*.

(102) L'art. 14, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, ha aggiunto il Capo III-*bis* e l'art. 85-*ter*.

Capo III-ter

Diritti relativi ad edizioni critiche e scientifiche di opere di pubblico dominio (103)

85-quater. 1. Senza pregiudizio dei diritti morali dell'autore, a colui il quale pubblica, in qualunque modo o con qualsiasi mezzo, edizioni critiche e scientifiche di opere di pubblico dominio spettano i diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, quale risulta dall'attività di revisione critica e scientifica.

2. Fermi restando i rapporti contrattuali con il titolare dei diritti di utilizzazione economica di cui al comma 1, spetta al curatore della edizione critica e scientifica il diritto alla indicazione del nome.

3. La durata dei diritti esclusivi di cui al comma 1 è di venti anni a partire dalla prima lecita pubblicazione, in qualunque modo o con qualsiasi mezzo effettuata (104).

(103) L'art. 15, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, ha aggiunto il Capo III-*ter* e l'art. 85-*quater*.

(104) L'art. 15, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, ha aggiunto il Capo III-*ter* e l'art. 85-*quater*.

85-quinquies. I termini finali di durata dei diritti previsti dal capi I, I-*bis*, II, III, III-*bis*, e dal presente capo del titolo II si computano, nei rispettivi casi, a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello in cui si verifica l'evento considerato dalla norma (105).

(105) Articolo aggiunto dall'art. 16, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 154 (Gazz. Uff. 13 giugno 1997, n. 136), entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

Capo IV

Diritti relativi a bozzetti di scene teatrali

86. All'autore di bozzetti di scene teatrali che non costituiscono opera dell'ingegno coperta dal diritto di autore ai sensi delle disposizioni del titolo I, compete un diritto a compenso quando il bozzetto è usato ulteriormente in altri teatri, oltre quello per il quale è stato composto.

Questo diritto dura cinque anni a partire dalla prima rappresentazione nella quale il bozzetto è stato adoperato.

Capo V

Diritti relativi alle fotografie

87. Sono considerate fotografie, ai fini dell'applicazione delle disposizioni di questo capo, le immagini di persone o di aspetti, elementi o fatti della vita naturale e sociale, ottenute col processo fotografico o

con processo analogo, comprese le riproduzioni di opere dell'arte figurativa e i fotogrammi delle pellicole cinematografiche.

Non sono comprese le fotografie di scritti, documenti, carte di affari, oggetti materiali, disegni tecnici e prodotti simili.

88. Spetta al fotografo il diritto esclusivo di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia, salve le disposizioni stabilite dalla sezione seconda del capo sesto di questo titolo, per ciò che riguarda il ritratto e senza pregiudizio, riguardo alle fotografie riproducenti opere dell'arte figurativa, dei diritti di autore sulla opera riprodotta.

Tuttavia se l'opera è stata ottenuta nel corso e nell'adempimento di un contratto di impiego o di lavoro, entro i limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto, il diritto esclusivo compete al datore di lavoro.

La stessa norma si applica, salvo patto contrario, a favore del committente quando si tratti di fotografia di cose in possesso del committente medesimo e salvo pagamento a favore del fotografo, da parte di chi utilizza commercialmente la riproduzione, di un equo corrispettivo.

Il Ministro per la cultura popolare (106), con le norme stabilite dal regolamento, può fissare apposite tariffe per determinare il compenso dovuto da chi utilizza la fotografia (107).

(106) Ora, il Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il

Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(107) Le tariffe sono state fissate con l'articolo unico del D.P.C.M. 2 aprile 1963.

89. La cessione del negativo o di analogo mezzo di riproduzione della fotografia comprende, salvo patto contrario, la cessione dei diritti previsti nell'articolo precedente, sempreché tali diritti spettino al cedente.

90. Gli esemplari della fotografia devono portare le seguenti indicazioni:

1) il nome del fotografo, o, nel caso previsto nel primo capoverso dell'art. 88, della ditta da cui il fotografo dipende o del committente;

2) la data dell'anno di produzione della fotografia;

3) il nome dell'autore dell'opera d'arte fotografata.

Qualora gli esemplari non portino le suddette indicazioni, la loro riproduzione non è considerata abusiva e non sono dovuti i compensi indicati agli artt. 91 e 98 a meno che il fotografo non provi la mala fede del riproduttore.

91. La riproduzione di fotografie nelle antologie ad uso scolastico ed in generale nelle opere scientifiche o didattiche è lecita, contro pagamento di un equo compenso, che è determinato nelle forme previste dal regolamento.

Nella riproduzione deve indicarsi il nome del fotografo e la data dell'anno della fabbricazione, se risultano dalla fotografia riprodotta.

La riproduzione di fotografie pubblicate su giornali od altri periodici, concernenti persone o fatti di attualità od aventi, comunque, pubblico interesse, è lecita contro pagamento di un equo compenso.

Sono applicabili le disposizioni dell'ultimo comma dell'art. 88 (108).

(108) Le tariffe sono state fissate con l'articolo unico del D.P.C.M. 2 aprile 1963.

92. Il diritto esclusivo sulle fotografie dura vent'anni dalla produzione della fotografia.

[Per le fotografie riproducenti opere dell'arte figurativa e architettonica o aventi carattere tecnico o scientifico, o di spiccato valore artistico il termine di durata è di quaranta anni, a condizione che sia effettuato il deposito dell'opera a termini dell'art. 105] (109).

[Il termine decorre dalla data del deposito stesso] (110).

[Sugli esemplari delle fotografie menzionate nel secondo comma deve apporsi l'indicazione «riproduzione riservata per quarant'anni»] (111) (112).

(109) Comma soppresso dall'art. 5, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29).

(110) Comma soppresso dall'art. 5, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29).

(111) Comma soppresso dall'art. 5, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29).

(112) Vedi proroga disposta dall'art. 6, D.Lgs.Lgt. 20 luglio 1945, n. 440.

Capo VI

Diritti relativi alla corrispondenza epistolare ed al ritratto

Sezione I

Diritti relativi alle corrispondenze epistolari

93. Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell'autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario (113).

Dopo la morte dell'autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge o dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti fino al quarto grado.

Quando le persone indicate nel comma precedente siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l'autorità giudiziaria, sentito il Pubblico Ministero.

È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto quando risulti da scritto.

(113) Vedi, in tema di reati contro la inviolabilità della corrispondenza, gli articoli 616, 618, 619 e 620 codice penale 1930.

94. Il consenso indicato all'articolo precedente non è necessario quando la conoscenza dello scritto è richiesta ai fini di un giudizio civile o penale o per esigenza di difesa dell'onore o della reputazione personale o familiare.

95. Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche alle corrispondenze epistolari che costituiscono opere tutelate dal diritto di autore ed anche se cadute in dominio pubblico. Non si applicano agli atti e corrispondenze ufficiali o agli altri atti e corrispondenze che presentano interesse di Stato.

Sezione II

Diritti relativi al ritratto (114)

96. Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente.

Dopo la morte della persona ritrattata si applicano le disposizioni del secondo, terzo e quarto comma dell'art. 93.

(114) Vedi l'art. 10 c.c. 1942.

97. Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla riputazione od anche al decoro nella persona ritrattata.

98. Salvo patto contrario, il ritratto fotografico eseguito su commissione può, dalla persona fotografata o dai suoi successori o aventi causa, essere pubblicato, riprodotto o fatto riprodurre senza il consenso del fotografo, salvo pagamento a favore di quest'ultimo, da parte di chi utilizza commercialmente la produzione, di un equo corrispettivo.

Il nome del fotografo, allorché figuri sulla fotografia originaria, deve essere indicato.

Sono applicabili le disposizioni dell'ultimo comma dell'art. 88.

Capo VII

Diritti relativi ai progetti di lavori dell'ingegneria

99. All'autore di progetti di lavori di ingegneria, o di altri lavori analoghi, che costituiscano soluzioni originali di problemi tecnici, compete, oltre al diritto esclusivo di riproduzione dei piani e disegni dei progetti medesimi, il diritto ad un equo compenso a carico di coloro che realizzano il progetto tecnico a scopo di lucro senza il suo consenso.

Per esercitare il diritto al compenso l'autore deve inserire sopra il piano o disegno una dichiarazione di riserva ed eseguire il deposito del piano o disegno presso il Ministero della cultura popolare (115) secondo le norme stabilite dal regolamento.

Il diritto a compenso previsto in questo articolo dura venti anni dal giorno del deposito prescritto nel secondo comma (116).

(115) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della

proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(116) Vedi la proroga disposta dall'art. 6, D.Lgs.Lgt. 20 luglio 1945, n. 440.

Capo VII-bis

Titolarità dei diritti connessi (117)

99-bis. 1. È reputato titolare di un diritto connesso, salvo prova contraria, chi, nelle forme d'uso, è individuato come tale nei materiali protetti, ovvero è annunciato come tale nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o comunicazione al pubblico (118).

(117) Il Capo VII-*bis*, comprendente l'art. 99-*bis*, è stato aggiunto dall'art. 1, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

(118) Il Capo VII-*bis*, comprendente l'art. 99-*bis*, è stato aggiunto dall'art. 1, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

Capo VIII

Protezione del titolo, delle rubriche, dell'aspetto esterno dell'opera, degli articoli e di notizie - Divieto di taluni atti di concorrenza sleale

100. Il titolo dell'opera, quando individui l'opera stessa, non può essere riprodotto sopra altra opera senza il consenso dell'autore.

Il divieto non si estende ad opere che siano di specie o carattere così diverso da risultare esclusa ogni possibilità di confusione.

È vietata egualmente, nelle stesse condizioni, la riproduzione delle rubriche che siano adoperate nella pubblicazione periodica in modo così costante da individuare l'abituale e caratteristico contenuto della rubrica.

Il titolo del giornale, delle riviste o di altre pubblicazioni periodiche non può essere riprodotto in altre opere della stessa specie o carattere, se non siano decorsi due anni da quando è cessata la pubblicazione del giornale.

101. La riproduzione di informazioni e notizie è lecita purché non sia effettuata con l'impiego di atti contrari agli usi onesti in materia giornalistica e purché se ne citi la fonte.

Sono considerati atti illeciti:

a) la riproduzione o la radiodiffusione, senza autorizzazione, dei bollettini di informazioni distribuiti dalle agenzie giornalistiche o di informazioni, prima che siano trascorse sedici ore dalla diramazione del bollettino stesso e, comunque, prima della loro pubblicazione in un giornale o altro periodico che ne abbia ricevuto la facoltà da parte dell'agenzia. A tal fine, affinché le agenzie abbiano azione contro coloro che li abbiano illecitamente utilizzati, occorre che i bollettini siano muniti dell'esatta indicazione del giorno e dell'ora di diramazione;

b) la riproduzione sistematica di informazioni o notizie, pubblicate o radiodiffuse, a fine di lucro, sia da parte di giornali o altri periodici, sia da parte di imprese di radiodiffusione.

102. È vietata come atto di concorrenza sleale, la riproduzione o imitazione sopra altre opere della medesima specie, delle testate, degli emblemi, dei fregi, delle disposizioni di segni o caratteri di stampa e di ogni altra particolarità di forma o di colore nell'aspetto esterno dell'opera dell'ingegno, quando detta riproduzione o imitazione sia atta a creare confusione di opera o di autore.

TITOLO II-bis

Disposizioni sui diritti del costitutore di una banca di dati [(119)]

Diritti e obblighi dell'utente

Capo I

Diritti del costitutore di una banca di dati

102-bis. 1. Ai fini del presente titolo si intende per:

a) costitutore di una banca di dati: chi effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro;

b) estrazione: il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma. L'attività di prestito dei soggetti di cui all'articolo 69, comma 1, non costituisce atto di estrazione;

c) reimpiego: qualsivoglia forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca di dati mediante distribuzione di copie, noleggio, trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma. L'attività di prestito dei soggetti di cui all'articolo 69, comma 1, non costituisce atto di reimpiego.

2. La prima vendita di una copia della banca di dati effettuata o consentita dal titolare in uno Stato membro dell'Unione europea esaurisce il diritto di controllare la rivendita della copia nel territorio dell'Unione europea.

3. Indipendentemente dalla tutelabilità della banca di dati a norma del diritto d'autore o di altri diritti e senza pregiudizio dei diritti sul contenuto o parti di esso, il costitutore di una banca di dati ha il diritto, per la durata e alle condizioni stabilite dal presente Capo, di vietare le operazioni di estrazione ovvero reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa.

4. Il diritto di cui al comma 3 si applica alle banche di dati i cui costitutori o titolari di diritti sono cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea o residenti abituali nel territorio dell'Unione europea.

5. La disposizione di cui al comma 3 si applica altresì alle imprese e società costituite secondo la normativa di uno Stato membro dell'Unione europea ed aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Unione europea; tuttavia, qualora la società o l'impresa abbia all'interno della Unione europea soltanto la propria sede sociale, deve sussistere un legame effettivo e continuo tra l'attività della medesima e l'economia di uno degli Stati membri dell'Unione europea.

6. Il diritto esclusivo del costitutore sorge al momento del completamento della banca di dati e si estingue trascorsi quindici anni dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data del completamento stesso.

7. Per le banche di dati in qualunque modo messe a disposizione del pubblico prima dello scadere del periodo di cui al comma 6, il diritto di cui allo stesso comma 6 si estingue trascorsi quindici anni dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data della prima messa a disposizione del pubblico.

8. Se vengono apportate al contenuto della banca di dati modifiche o integrazioni sostanziali comportanti nuovi investimenti rilevanti ai sensi del comma 1, lettera a), dal momento del completamento o della prima messa a disposizione del pubblico della banca di dati così modificata o integrata, e come tale espressamente identificata, decorre un autonomo termine di durata della protezione, pari a quello di cui ai commi 6 e 7.

9. Non sono consentiti l'estrazione o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca di dati, qualora presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca di dati o arrechino un pregiudizio ingiustificato al costitutore della banca di dati.

10. Il diritto di cui al comma 3 può essere acquistato o trasmesso in tutti i modi e forme consentiti dalla legge [(120)].

(119) Il Titolo II-*bis* con gli artt. 102-*bis* e 102-*ter* è stato aggiunto dall'art. 5, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169. Vedi, anche, l'art. 7 dello stesso decreto.

(120) Il Titolo II-*bis* con gli artt. 102-*bis* e 102-*ter* è stato aggiunto dall'art. 5, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169. Vedi, anche, l'art. 7 dello stesso decreto.

Capo II

Diritti e obblighi dell'utente

102-ter. 1. L'utente legittimo della banca di dati messa a disposizione del pubblico non può arrecare pregiudizio al titolare del diritto d'autore o di un altro diritto connesso relativo ad opere o prestazioni contenute in tale banca.

2. L'utente legittimo di una banca di dati messa in qualsiasi modo a disposizione del pubblico non può eseguire operazioni che siano in contrasto con la normale gestione della banca di dati o che arrechino un ingiustificato pregiudizio al costitutore della banca di dati.

3. Non sono soggette all'autorizzazione del costitutore della banca di dati messa per qualsiasi motivo a disposizione del pubblico le attività di estrazione o reimpiego di parti non sostanziali, valutate in termini qualitativi e quantitativi, del contenuto della banca di dati per qualsivoglia fine effettuate dall'utente legittimo. Se l'utente legittimo è autorizzato ad effettuare l'estrazione o il reimpiego solo di una parte della banca di dati, il presente comma si applica unicamente a tale parte.

4. Le clausole contrattuali pattuite in violazione dei commi 1, 2 e 3 sono nulle (121).

(121) Il Titolo II-*bis* con gli artt. 102-*bis* e 102-*ter* è stato aggiunto dall'art. 5, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169. Vedi, anche, l'art. 7 dello stesso decreto.

TITOLO II-ter

Misure tecnologiche di protezione. Informazioni sul regime dei diritti (122)

102-quater. 1. I titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-*bis*, comma 3, possono apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti.

2. Le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione.

3. Resta salva l'applicazione delle disposizioni relative ai programmi per elaboratore di cui al capo IV sezione VI del titolo I (123).

(122) Il Titolo II-*ter*, comprendente gli articoli 102-*quater* e 102-*quinquies*, è stato aggiunto dall'art. 23, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(123) Il Titolo II-*ter*, comprendente gli articoli 102-*quater* e 102-*quinquies*, è stato aggiunto dall'art. 23, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

102-quinquies. 1. Informazioni elettroniche sul regime dei diritti possono essere inserite dai titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-*bis*, comma 3, sulle opere o sui materiali protetti o possono essere fatte apparire nella comunicazione al pubblico degli stessi.

2. Le informazioni elettroniche sul regime dei diritti identificano l'opera o il materiale protetto, nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti. Tali informazioni possono altresì contenere indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera o dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione (124).

(124) Il Titolo II-*ter*, comprendente gli articoli 102-*quater* e 102-*quinquies*, è stato aggiunto dall'art. 23, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

TITOLO III

Disposizioni comuni

Capo I

Registri di pubblicità e deposito delle opere

103. È istituito presso il Ministero della cultura popolare (125) un registro pubblico generale delle opere protette ai sensi di questa legge.

La Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (126) cura la tenuta di un registro pubblico speciale per le opere cinematografiche.

In detti registri sono registrate le opere soggette all'obbligo del deposito con la indicazione del nome dell'autore, del produttore, della data della pubblicazione e con le altre indicazioni stabilite dal regolamento.

Alla Società italiana degli autori ed editori è affidata, altresì, la tenuta di un registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore. In tale registro viene registrato il nome del titolare dei diritti esclusivi di utilizzazione economica e la data di pubblicazione del programma, intendendosi per pubblicazione il primo atto di esercizio dei diritti esclusivi (127).

La registrazione fa fede, sino a prova contraria, della esistenza dell'opera e del fatto della sua pubblicazione. Gli autori e i produttori indicati nel registro sono reputati, sino a prova contraria, autori o produttori delle opere che sono loro attribuite. Per le opere cinematografiche la presunzione si applica alle annotazioni del registro indicato nel secondo comma.

La tenuta dei registri di pubblicità è disciplinata nel regolamento.

I registri di cui al presente articolo possono essere tenuti utilizzando mezzi e strumenti informatici (128).

(125) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(126) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore»,

ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

(127) Comma aggiunto dall'art. 6, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.). L'art. 12 dello stesso D.Lgs. ha, inoltre, così disposto: « *Art. 12.* 1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da emanarsi, sentita la Società italiana degli autori ed editori, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge saranno determinate le caratteristiche del registro, le modalità di registrazione di cui agli articoli 6 e 7 e le relative tariffe».

(128) Comma aggiunto dall'art. 6, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.). L'art. 12 dello stesso D.Lgs. ha, inoltre, così disposto: « *Art. 12.* 1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da emanarsi, sentita la Società italiana degli autori ed editori, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge saranno determinate le caratteristiche del registro, le modalità di registrazione di cui agli articoli 6 e 7 e le relative tariffe».

104. Possono, altresì, essere registrati nel registro, sulla istanza della parte interessata, con le forme stabilite dal regolamento, gli atti tra vivi che trasferiscono, in tutto o in parte, i diritti riconosciuti da questa legge, o costituiscono sopra di essi diritti di godimento o di garanzia, come pure gli atti di divisione o di società relativi ai diritti medesimi.

Le registrazioni hanno anche altri effetti di carattere giuridico od amministrativo in base alle disposizioni contenute in questa legge o in altre leggi speciali.

105. Gli autori e i produttori delle opere e dei prodotti protetti ai sensi di questa legge o i loro aventi causa devono depositare presso il Ministero della cultura popolare (129) un esemplare o copia della opera o del prodotto, nei termini (130) e nelle forme stabilite dal regolamento.

Qualora si tratti di opera drammatico-musicale o sinfonica di cui non sia stampata la partitura d'orchestra, basterà una copia o un esemplare della riduzione per canto e pianoforte o per pianoforte solo.

Per i programmi per elaboratore la registrazione è facoltativa ed onerosa (131).

Per le fotografie è escluso l'obbligo del deposito, salvo il disposto del secondo comma dell'art. 92.

(129) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(130) In merito al termine prescritto per il deposito vedi l'art. 35, R.D. 18 maggio 1942, n. 1369.

(131) Comma così inserito dall'art. 7, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.).

106. L'omissione del deposito non pregiudica l'acquisto e l'esercizio del diritto di autore sulle opere protette a termini delle disposizioni del titolo I di questa legge e delle disposizioni delle convenzioni internazionali, salva, per le opere straniere, l'applicazione dell'art. 188 di questa legge.

[L'omissione del deposito impedisce lo acquisto o l'esercizio di diritti sulle opere contemplate nel titolo II di questa legge, a termini delle disposizioni contenute nel titolo medesimo] (132).

Il Ministro per la cultura popolare (133) può far procedere al sequestro di un esemplare o di una copia dell'opera di cui fu omesso il deposito, nelle forme stabilite dal regolamento.

(132) Comma abrogato dall'art. 41, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(133) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di

cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

Capo II

Trasmissione dei diritti di utilizzazione

Sezione I

Norme generali

107. I diritti di utilizzazione spettanti agli autori delle opere dell'ingegno nonché i diritti connessi aventi carattere patrimoniale, possono essere acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentiti dalla legge, salva l'applicazione delle norme contenute in questo capo.

108. L'autore che abbia compiuto sedici anni di età ha la capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano (134).

(134) Articolo così sostituito dall'art. 13, L. 8 marzo 1975, n. 39.

109. La cessione di uno o più esemplari dell'opera non importa, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di utilizzazione, regolati da questa legge.

Tuttavia la cessione di uno stampo, di un rame inciso o di altro simile mezzo usato per riprodurre un'opera d'arte, comprende, salvo patto contrario, la facoltà di riprodurre l'opera stessa, sempreché tale facoltà spetti al cedente .

110. La trasmissione dei diritti di utilizzazione deve essere provata per iscritto.

110-bis. 1. L'autorizzazione alla ritrasmissione via cavo delle emissioni di radiodiffusione è concessa mediante contratto tra i titolari dei diritti d'autore, i detentori di diritti connessi ed i cablodistributori.

2. In caso di mancata autorizzazione per la ritrasmissione via cavo di un'emissione di radiodiffusione, le parti interessate possono far ricorso ad un terzo, scelto di comune accordo, per la formulazione di una proposta di contratto. In caso di mancato accordo la scelta viene effettuata dal presidente del tribunale ove ha la residenza o la sede una delle parti interessate.

3. La proposta del terzo si ritiene accettata se nessuna delle parti interessate vi si oppone entro novanta giorni dalla notifica (135).

(135) Articolo aggiunto dall'art. 9, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581, e corretto con avviso pubblicato nella Gazz. Uff. 6 dicembre 1996, n. 286.

111. I diritti di pubblicazione dell'opera dell'ingegno e di utilizzazione dell'opera pubblicata non possono formare oggetto di pegno, pignoramento e sequestro né per atto contrattuale, né per via di esecuzione forzata, finché spettano personalmente all'autore.

Possono invece essere dati in pegno o essere pignorati o sequestrati i proventi dell'utilizzazione e gli esemplari dell'opera, secondo le norme del codice di procedura civile.

112. I diritti spettanti all'autore, ad eccezione di quelli di pubblicare un'opera durante la vita di lui, possono essere espropriati per ragioni di interesse dello Stato.

113. L'espropriazione è disposta per decreto reale (136), su proposta del Ministro per la cultura popolare (137), di concerto con il Ministro per l'educazione nazionale, sentito il Consiglio di Stato.

Nel decreto di espropriazione od in altro successivo è stabilita l'indennità spettante all'espropriato.

Il decreto ha forza di titolo esecutivo nei riguardi sia degli aventi diritto, che dei terzi detentori delle cose materiali necessarie per l'esercizio dei diritti espropriati.

(136) Ora, presidenziale.

(137) Ora, dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

114. Contro il decreto di espropriazione, per ragioni di interesse dello Stato è ammesso ricorso in sede giurisdizionale al Consiglio di Stato tranne per le controversie riguardanti l'ammontare delle indennità, le quali rimangono di competenza dell'Autorità giudiziaria.

Sezione II

Trasmissione a causa di morte

115. Dopo la morte dell'autore, il diritto di utilizzazione dell'opera, quando l'autore stesso non abbia altrimenti disposto, deve rimanere indiviso fra gli eredi per il periodo di tre anni dalla morte medesima, salvo che l'Autorità giudiziaria, sopra istanza di uno o più coeredi, consenta, per gravi ragioni, che la divisione si effettui senza indugio.

Decorso il detto periodo, gli eredi, possono stabilire, per comune accordo, che il diritto rimanga ancora in comunione per la durata che sarà da essi fissata, entro i limiti indicati nelle disposizioni contenute nei codici.

La comunione è regolata dalle disposizioni del codice civile e da quelle che seguono.

116. L'amministrazione e la rappresentanza degli interessi della comunione è conferita a uno dei coeredi od a persona estranea alla successione.

Se i coeredi trascurano la nomina dell'amministratore o se non si accordano sulla nomina medesima, entro l'anno dall'apertura della successione, l'amministrazione è conferita alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) [(138)] con decreto del Tribunale del luogo dell'aperta successione, emanato su ricorso di uno dei coeredi o dell'ente medesimo.

La stessa procedura è seguita quando si tratti di provvedere alla nomina di un nuovo amministratore.

(138) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

117. L'amministratore cura la gestione dei diritti di utilizzazione dell'opera.

Non può però autorizzare nuove edizioni, traduzioni o altre elaborazioni, nonché l'adattamento dell'opera alla cinematografia, alla radiodiffusione ed alla incisione su apparecchi meccanici, senza il consenso degli eredi rappresentanti la maggioranza per valore delle quote ereditarie, salvi i provvedimenti dell'Autorità giudiziaria a tutela della minoranza, secondo le norme del codice civile in materia di comunione (139).

(139) Vedi l'art. 1109 cod. civ. 1942.

Sezione III

Contratto di edizione

118. Il contratto con il quale l'autore concede ad un editore l'esercizio del diritto di pubblicare per le stampe, per conto e a spese dell'editore stesso, l'opera dell'ingegno, è regolato, oltreché dalle disposizioni contenute nei codici, dalle disposizioni generali di questo capo e dalle disposizioni particolari che seguono.

119. Il contratto può avere per oggetto tutti i diritti di utilizzazione che spettano all'autore nel caso dell'edizione, o taluni di essi, con il contenuto e per la durata che sono determinati dalla legge vigente al momento del contratto.

Salvo patto contrario, si presume che siano stati trasferiti i diritti esclusivi.

Non possono essere compresi i futuri diritti eventualmente attribuiti da leggi posteriori, che comportino una protezione del diritto di autore più larga nel suo contenuto o di maggiore durata.

Salvo pattuizione espressa, la alienazione non si estende ai diritti di utilizzazione dipendenti dalle eventuali elaborazioni e trasformazioni di cui l'opera è suscettibile, compresi gli adattamenti alla cinematografia, alla radiodiffusione ed alla registrazione su apparecchi meccanici.

L'alienazione di uno o più diritti di utilizzazione non implica, salvo fatto contrario, il trasferimento di altri diritti che non siano necessariamente dipendenti dal diritto trasferito, anche se compresi, secondo le disposizioni del titolo, nella stessa categoria di facoltà esclusive.

120. Se il contratto ha per oggetto opere che non sono state ancora create si devono osservare le norme seguenti:

1) è nullo il contratto che abbia per oggetto tutte le opere o categorie di opere che l'autore possa creare, senza limite di tempo;

2) senza pregiudizio delle norme regolanti i contratti di lavoro o di impiego, i contratti concernenti l'alienazione dei diritti esclusivi di autore per opere da crearsi non possono avere una durata superiore ai dieci anni;

3) se fu determinata l'opera da creare, ma non fu diffuso il termine nel quale l'opera deve essere consegnata, l'editore ha sempre il diritto di ricorrere all'Autorità giudiziaria per la fissazione di un termine. Se il termine fu fissato, l'Autorità giudiziaria ha facoltà di prorogarlo.

121. Se l'autore muore o si trova nella impossibilità di condurre l'opera a termine, dopo che una parte notevole ed a sé stante è stata compiuta e consegnata, l'editore ha la scelta di considerare risoluto il contratto, oppure di considerarlo compiuto per la parte consegnata, pagando un compenso proporzionato, salvo che l'autore abbia manifestata o manifesti la volontà che l'opera non sia pubblicata se non compiuta interamente, o uguale volontà, sia manifestata dalle persone indicate nell'art. 23.

Se la risoluzione ha luogo a richiesta dell'autore o dei suoi eredi l'opera incompiuta non può essere ceduta ad altri, sotto pena del risarcimento del danno.

122. Il contratto di edizione può essere «per edizione» o «a termine».

Il contratto «per edizione» conferisce all'editore il diritto di eseguire una o più edizioni entro vent'anni dalla consegna del manoscritto completo.

Nel contratto devono essere indicati il numero delle edizioni e il numero degli esemplari di ogni edizione. Possono tuttavia essere previste più ipotesi, sia nei riguardi del numero delle edizioni e del numero degli esemplari, sia nei riguardi del compenso relativo.

Se mancano tali indicazioni si intende che il contratto ha per oggetto una sola edizione per il numero massimo di duemila esemplari.

Il contratto di edizione «a termine» conferisce all'editore il diritto di eseguire quel numero di edizioni che stima necessario durante il termine, che non può eccedere venti anni, e per il numero minimo di esemplari per edizione, che deve essere indicato nel contratto, a pena di nullità, del contratto medesimo. Tale termine di venti anni non si applica ai contratti di edizione riguardanti:

enciclopedie, dizionari;

schizzi, disegni, vignette, illustrazioni, fotografie e simili, ad uso industriale;

lavori di cartografia;

opere drammatico-musicali e sinfoniche.

In entrambe le forme di contratto l'editore è libero di distribuire le edizioni nel numero di ristampe che stimi conveniente.

123. Gli esemplari dell'opera sono contrassegnati in conformità delle norme stabilite dal regolamento.

124. Se più edizioni sono prevedute nel contratto, l'editore è obbligato ad avvisare l'autore dell'epoca presumibile dell'esaurimento dell'edizione in corso, entro un congruo termine, prima dell'epoca stessa.

Egli deve contemporaneamente dichiarare all'autore se intende o no procedere ad una nuova edizione.

Se l'editore ha dichiarato di rinunciare ad una nuova edizione o se, avendo dichiarato di voler procedere ad una nuova edizione, non vi procede nel termine di due anni dalla notifica di detta dichiarazione, il contratto si intende risoluto.

L'autore ha diritto al risarcimento dei danni per la mancata nuova edizione se non sussistono giusti motivi da parte dell'editore.

125. L'autore è obbligato:

1) a consegnare l'opera nelle condizioni stabilite dal contratto e in forma che non ne renda troppo difficile o costosa la stampa;

2) a garantire il pacifico godimento dei diritti ceduti per tutta la durata del contratto.

L'autore ha altresì l'obbligo e il diritto di correggere le bozze di stampa secondo le modalità fissate dall'uso.

126. L'editore è obbligato:

1) a riprodurre e porre in vendita l'opera col nome dell'autore, ovvero anonima o pseudonima, se ciò è previsto nel contratto, in conformità dell'originale e secondo le buone norme della tecnica editoriale;

2) a pagare all'autore i compensi pattuiti.

127. La pubblicazione o la riproduzione dell'opera deve aver luogo entro il termine fissato dal contratto; tale termine non può essere superiore a due anni, decorrenti dal giorno della effettiva consegna all'editore dell'esemplare completo e definitivo dell'opera.

In mancanza di termini contrattuali, la pubblicazione o la riproduzione dell'opera deve aver luogo non oltre due anni dalla richiesta scritta fattane all'editore. L'Autorità giudiziaria può peraltro fissare un termine più breve quando sia giustificato dalla natura dell'opera e da ogni altra circostanza del caso.

È nullo ogni patto che contenga rinuncia alla fissazione di un termine o che contenga fissazione di un termine superiore al termine massimo sopra stabilito.

Il termine di due anni non si applica alle opere collettive.

128. Se l'acquirente del diritto di pubblicazione o riproduzione non fa pubblicare o riprodurre l'opera nel termine concordato o in quello stabilito dal giudice, l'autore ha diritto di domandare la risoluzione del contratto.

L'Autorità giudiziaria può accordare all'acquirente una dilazione, non superiore alla metà del termine, predetto, subordinandola, ove occorra, alla prestazione di idonea garanzia. Può altresì limitare la pronuncia di risoluzione soltanto ad una parte del contenuto del contratto.

Nel caso di risoluzione totale l'acquirente deve restituire l'originale dell'opera ed è obbligato al risarcimento dei danni a meno che provi che la pubblicazione o riproduzione è mancata malgrado la dovuta diligenza.

129. L'autore può introdurre nell'opera tutte le modificazioni che crede purché non ne alterino il carattere e la destinazione, fino a che l'opera non sia stata pubblicata per la stampa, salvo a sopportare le maggiori spese derivanti dalla modificazione.

L'autore ha il medesimo diritto nei riguardi delle nuove edizioni. L'editore deve interpellarlo in proposito prima di procedere alle nuove edizioni. In difetto di accordo tra le parti il termine per eseguire le modificazioni è fissato dall'Autorità giudiziaria.

Se la natura dell'opera esige che essa sia aggiornata prima di una nuova edizione e l'autore rifiuti di aggiornarla, l'editore può farla aggiornare da altri, avendo cura, nella nuova edizione di segnalare e distinguere l'opera dell'aggiornatore.

130. Il compenso spettante all'autore è costituito da una partecipazione, calcolata, salvo patto in contrario, in base ad una percentuale sul prezzo di copertina degli esemplari venduti. Tuttavia il compenso può essere rappresentato da una somma a stralcio per le edizioni di:

dizionari, enciclopedie, antologie, ed altre opere di collaborazione;

traduzioni, articoli di giornali o di riviste;

discorsi o conferenze;

opere scientifiche;

lavori di cartografia;

opere musicali o drammatico-musicali;

opere delle arti figurative.

Nei contratti a partecipazione l'editore è obbligato a rendere conto annualmente delle copie vendute.

131. Nel contratto di edizione il prezzo di copertina è fissato dall'editore, previo tempestivo avviso all'autore. Questi può opporsi al prezzo fissato o modificato dall'editore, se sia tale da pregiudicare gravemente i suoi interessi e la diffusione dell'opera.

132. L'editore non può trasferire ad altri, senza il consenso dell'autore, i diritti acquistati, salvo pattuizione contraria oppure nel caso di cessione dell'azienda. Tuttavia, in questo ultimo caso i diritti dell'editore cedente non possono essere trasferiti se vi sia pregiudizio alla reputazione o alla diffusione dell'opera.

133. Se l'opera non trova smercio sul mercato al prezzo fissato, l'editore prima di svendere gli esemplari stessi a sottoprezzo o di mandarli al macero, deve interpellare l'autore se intende acquistarli per un prezzo calcolato su quello ricavabile dalla vendita sottoprezzo o ad uso di macero.

134. I contratti di edizione si estinguono:

1) per il decorso del termine contrattuale;

2) per l'impossibilità di portarli a compimento a cagione dell'insuccesso dell'opera;

3) per la morte dell'autore, prima che l'opera sia compiuta, salva l'applicazione delle norme dell'art. 121;

4) perché l'opera non può essere pubblicata, riprodotta o messa in commercio per effetto di una decisione giudiziaria o di una disposizione di legge;

5) nei casi di risoluzione contemplati dall'art. 128 o nel caso previsto dall'art. 133;

6) nel caso di ritiro dell'opera dal commercio, a sensi delle disposizioni della sezione quinta di questo capo.

135. (140) Il fallimento dell'editore non determina la risoluzione del contratto di edizione.

Il contratto di edizione è tuttavia risolto se il curatore, entro un anno dalla dichiarazione del fallimento, non continua l'esercizio dell'azienda editoriale o non la cede ad un altro editore nelle condizioni indicate nell'art. 132.

(140) Vedi l'art. 83, R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Sezione IV

Contratti di rappresentazione e di esecuzione

136. Il contratto con il quale l'autore concede la facoltà di rappresentare in pubblico un'opera drammatica, drammatico-musicale, coreografica, pantomimica o qualunque altra opera destinata alla rappresentazione, è regolato, oltreché dalle disposizioni contenute nei codici, dalle disposizioni generali di questo capo e dalle disposizioni particolari che seguono.

Salvo patto contrario, la concessione di detta facoltà non è esclusiva e non è trasferibile ad altri.

137. L'autore è obbligato:

1) a consegnare il testo dell'opera qualora questa non sia stata pubblicata per le stampe;

2) a garantire il pacifico godimento dei diritti ceduti per tutta la durata del contratto.

138. Il concessionario è obbligato:

1) a rappresentare l'opera senza apportarvi aggiunte, tagli o variazioni non consentite dall'autore, e previo annuncio al pubblico, nelle forme d'uso, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e del nome dell'eventuale traduttore o riduttore;

2) a lasciare invigilare la rappresentazione dall'autore;

3) a non mutare, senza gravi motivi, i principali interpreti dell'opera e i direttori dell'orchestra e dei cori, se furono designati d'accordo con l'autore.

139. Per la rappresentazione dell'opera si applicano le norme degli artt. 127 e 128, meno per quanto riguarda il termine fissato al secondo comma dell'art. 127 che viene elevato a cinque anni, quando si tratti di opere drammatico-musicali.

140. Se il cessionario del diritto di rappresentazione trascura, nonostante la richiesta dell'autore, di ulteriormente rappresentare l'opera dopo una prima rappresentazione, od un primo ciclo di rappresentazioni, l'autore della parte musicale o letteraria che dimostri la colpa del cessionario, ha diritto di chiedere la risoluzione del contratto, con le conseguenze stabilite nel terzo comma dell'articolo 128.

141. Il contratto che ha per oggetto l'esecuzione di una composizione musicale, è regolato dalle disposizioni di questa sezione, in quanto siano applicabili alla natura ed all'oggetto del contratto medesimo.

Sezione V

Ritiro dell'opera dal commercio

142. L'autore, qualora concorrano gravi ragioni morali, ha diritto di ritirare l'opera dal commercio, salvo l'obbligo di indennizzare coloro che hanno acquistati i diritti di riprodurre, diffondere, eseguire, rappresentare o spacciare l'opera medesima.

Questo diritto è personale e non è trasmissibile.

Agli effetti dell'esercizio di questo diritto l'autore deve notificare il suo intendimento alle persone alle quali ha ceduto i diritti ed al Ministero della cultura popolare (141), il quale dà pubblica notizia dell'intendimento medesimo nelle forme stabilite dal regolamento (142).

Entro il termine di un anno a decorrere dall'ultima data delle notifiche e pubblicazioni, gli interessati possono ricorrere all'Autorità giudiziaria per opporsi all'esercizio della pretesa dell'autore o per ottenere la liquidazione ed il risarcimento del danno.

(141) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di

cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(142) Vedi l'art. 13 del regolamento approvato con R.D. 18 maggio 1942, n. 1369.

143. L'Autorità giudiziaria, se riconosce che sussistono gravi ragioni morali invocate dall'autore, ordina il divieto della riproduzione, diffusione, esecuzione, rappresentazione o spaccio dell'opera, a condizione del pagamento di una indennità a favore degli interessati fissando, la somma dell'indennizzo e il termine per il pagamento.

L'Autorità giudiziaria può anche pronunciare provvisoriamente il divieto con decreto su ricorso, se sussistono ragioni di urgenza, prima della decadenza del termine indicato nell'ultimo comma dell'articolo precedente, previo, occorrendo, il pagamento di una idonea cauzione.

Se l'indennità non è pagata nel termine fissato dall'Autorità giudiziaria cessa di pieno diritto la efficacia della sentenza.

La continuazione della riproduzione, diffusione, esecuzione, rappresentazione o spaccio dell'opera, dopo trascorso il termine per ricorrere all'Autorità giudiziaria, previsto nell'ultimo comma dell'articolo precedente, dopo dichiarato sospeso il commercio dell'opera, è soggetta alle sanzioni civili e penali comminate da questa legge per la violazione del diritto di autore (143).

(143) Vedi gli artt. 156 e seguenti.

Sezione VI

Diritti dell'autore sulle vendite successive di opere d'arte e di manoscritti [(144)]

144. 1. Gli autori delle opere d'arte e di manoscritti hanno diritto ad un compenso sul prezzo di ogni vendita successiva alla prima cessione delle opere stesse da parte dell'autore.

2. Ai fini del primo comma si intende come vendita successiva quella comunque effettuata che comporta l'intervento, in qualità di venditori, acquirenti o intermediari, di soggetti che operano professionalmente nel mercato dell'arte, come le case d'asta, le gallerie d'arte e, in generale, qualsiasi commerciante di opere d'arte.

3. Il diritto di cui al comma 1 non si applica alle vendite quando il venditore abbia acquistato l'opera direttamente dall'autore meno di tre anni prima di tali vendite e il prezzo di vendita non sia superiore a 10.000,00 euro. La vendita si presume effettuata oltre i tre anni dall'acquisto salva prova contraria fornita dal venditore [(145)].

(144) Rubrica così sostituita dall'art. 1, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

(145) Il presente articolo, già modificato dall'art. 6, D.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 (Gazz. Uff. 30 gennaio 1979, n. 29) entrato in vigore, per effetto del successivo art. 7, il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, è stato poi così sostituito dall'art. 2, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

145. 1. Ai fini dell'articolo 144, per opere si intendono gli originali delle opere delle arti figurative, comprese nell'articolo 2, come i quadri, i «collages», i dipinti, i disegni, le incisioni, le stampe, le litografie, le sculture, gli arazzi, le ceramiche, le opere in vetro e le fotografie, nonché gli originali dei manoscritti, purché si tratti di creazioni eseguite dall'autore stesso o di esemplari considerati come opere d'arte e originali.

2. Le copie delle opere delle arti figurative prodotte in numero limitato dall'autore stesso o sotto la sua autorità, sono considerate come originali purché siano numerate, firmate o altrimenti debitamente autorizzate dall'autore (146).

(146) Articolo così sostituito dall'art. 3, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

146. 1. Il diritto di cui all'articolo 144 è riconosciuto anche agli autori e ai loro aventi causa di paesi non facenti parte dell'Unione europea, solo ove la legislazione di tali paesi preveda lo stesso diritto a favore degli autori che siano cittadini italiani e dei loro aventi causa.

2. Agli autori di paesi non facenti parte dell'Unione europea non in possesso della cittadinanza italiana, ma abitualmente residenti in Italia, è riservato lo stesso trattamento previsto dalla presente sezione per i cittadini italiani (147).

(147) Articolo così sostituito dall'art. 4, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

147. 1. Il diritto di cui all'articolo 144 non può formare oggetto di alienazione o di rinuncia, nemmeno preventivamente (148).

(148) Articolo così sostituito dall'art. 5, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

148. 1. Il diritto di cui all'articolo 144 dura per tutta la vita dell'autore e per settant'anni dopo la sua morte (149).

(149) Articolo così sostituito dall'art. 6, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

149. 1. Il diritto di cui all'articolo 144 spetta dopo la morte dell'autore agli eredi, secondo le norme del codice civile; in difetto di successori entro il sesto grado, il diritto è devoluto all'Ente nazionale di previdenza e assistenza per i pittori e scultori, musicisti, scrittori ed autori drammatici (ENAP) per i propri fini istituzionali (150).

(150) Articolo così sostituito dall'art. 7, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

150. 1. Il compenso previsto dall'articolo 144 è dovuto solo se il prezzo della vendita non è inferiore a 3.000,00 euro.

2. Fatto salvo quanto disposto dal comma 1, i compensi dovuti ai sensi dell'articolo 144 sono così determinati:

a) 4 per cento per la parte del prezzo di vendita compresa tra 3.000,00 euro e 50.000,00 euro;

b) 3 per cento per la parte del prezzo di vendita compresa tra euro 50.000,01 e 200.000,00 euro;

c) 1 per cento per la parte del prezzo di vendita compresa tra euro 200.000,01 e 350.000,00 euro;

d) 0,5 per cento per la parte del prezzo di vendita compresa tra euro 350.000,01 e 500.000,00 euro;

e) 0,25 per cento per la parte del prezzo di vendita superiore a 500.000,00 euro.

3. L'importo totale del compenso non può essere comunque superiore a 12.500,00 euro (151).

(151) Articolo così sostituito dall'art. 8, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

151. 1. Il prezzo della vendita, ai fini dell'applicazione delle percentuali di cui all'articolo 150, è calcolato al netto dell'imposta (152).

(152) Articolo così sostituito dall'art. 9, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

152. 1. Il compenso di cui agli articoli 144 e 150 è a carico del venditore.

2. Fermo restando quanto disposto nel comma 1, l'obbligo di prelevare e di trattenere dal prezzo di vendita il compenso dovuto e di versarne, nel termine stabilito dal regolamento, il relativo importo alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), è a carico dei soggetti di cui all'articolo 144, comma 2.

3. Fino al momento in cui il versamento alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) non sia stato effettuato, i soggetti di cui al comma 2 sono costituiti depositari, ad ogni effetto di legge, delle somme prelevate.

4. I soggetti di cui al comma 2, intervenuti nella vendita quali acquirenti o intermediari, rispondono solidalmente con il venditore del pagamento del compenso da questi dovuto (153).

(153) Articolo così sostituito dall'art. 10, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

153. 1. Le vendite delle opere e dei manoscritti di cui alla presente sezione, il cui prezzo minimo sia quello indicato al comma 1 dell'articolo 150, debbono essere denunciate, a cura del professionista intervenuto quale venditore acquirente o intermediario, mediante dichiarazione alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), nel termine e con le modalità stabilite nel regolamento.

2. Il soggetto di cui al comma 1 ha, altresì, l'obbligo di fornire alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), su richiesta di quest'ultima, per un periodo di tre anni successivi alla vendita, tutte le informazioni atte ad assicurare il pagamento dei compensi previsti dagli articoli precedenti, anche tramite l'esibizione della documentazione relativa alla vendita stessa (154) (155).

(154) Vedi, per le sanzioni relative, l'art. 172.

(155) Articolo così sostituito dall'art. 11, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

154. 1. La Società italiana degli autori ed editori (SIAE) provvede, secondo quanto disposto dal regolamento, a comunicare agli aventi diritto l'avvenuta vendita e la percezione del compenso ed a rendere pubblico, anche tramite il proprio sito informatico istituzionale, per tutto

il periodo di cui al comma 2, l'elenco degli aventi diritto che non abbiano ancora rivendicato il compenso. Provvede, altresì, al successivo pagamento del compenso al netto della provvigione, comprensiva delle spese, la cui misura è determinata con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentita la Società italiana degli autori ed editori (SIAE). Il decreto è sottoposto ad aggiornamento triennale.

2. Presso la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) sono tenuti a disposizione i compensi di cui al comma 1, che non sia stato possibile versare agli aventi diritto, per un periodo di cinque anni, decorrente dalla data a decorrere dalla quale gli stessi sono divenuti esigibili secondo quanto disposto dal regolamento. Decorso tale periodo senza che sia intervenuta alcuna rivendicazione dei compensi, questi ultimi sono devoluti all'Ente nazionale di previdenza e assistenza per i pittori e scultori, musicisti scrittori ed autori drammatici (ENAP) per i propri fini istituzionali, con gli interessi legali dalla data di percezione delle somme fino a quella del pagamento al netto della provvigione di cui al comma 1 (156) (157).

(156) Vedi, per le sanzioni relative, l'art. 172.

(157) Articolo così sostituito dall'art. 12, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

155. 1. Le disposizioni di cui alla presente Sezione si applicano anche alle opere anonime e pseudonime (158).

(158) Articolo così sostituito dall'art. 13, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

Capo III

Difese e sanzioni giudiziarie

Sezione I

Difese e sanzioni civili

§ 1 - Norme relative ai diritti di utilizzazione economica

156. 1. Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

2. Sono fatte salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

3. L'azione è regolata dalle norme di questa sezione e dalle disposizioni del codice di procedura civile (159).

(159) Articolo così sostituito dall'art. 2, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

156-bis. 1. Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Può ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge.

2. In caso di violazione commessa su scala commerciale il giudice può anche disporre, su richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trovi in possesso della controparte.

3. Il giudice, nell'assumere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte.

4. Il giudice desume argomenti di prova dalle risposte che le parti danno e dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini (160).

(160) Articolo aggiunto dall'art. 3, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

156-ter. 1. L'autorità giudiziaria sia nei giudizi cautelari che di merito può ordinare, su istanza giustificata e proporzionata del richiedente, che vengano fornite informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di cui alla presente legge da parte dell'autore della violazione e da ogni altra persona che:

a) sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; sia stata sorpresa a utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale;

b) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto;

c) sia stata indicata dai soggetti di cui alle lettere *a*) o *b*) come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi.

2. Le informazioni di cui al comma 1 possono tra l'altro comprendere il nome e indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonché dei grossisti e dei dettaglianti, nonché informazioni sulle quantità prodotte, fabbricate, consegnate, ricevute o ordinate, nonché sul prezzo dei prodotti o servizi in questione.

3. Le informazioni vengono acquisite tramite interrogatorio dei soggetti di cui al comma 1.

4. Il richiedente deve fornire l'indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti sui quali ognuna di esse deve essere interrogata.

5. Il giudice, ammesso l'interrogatorio, richiede ai soggetti di cui al comma 1 le informazioni indicate dalla parte; può altresì rivolgere loro, d'ufficio o su istanza di parte, tutte le domande che ritiene utili per chiarire le circostanze sulle quali si svolge l'interrogatorio.

6. Si applicano gli articoli 249, 250, 252, 255 e 257, primo comma, del codice di procedura civile (161).

(161) Articolo aggiunto dall'art. 4, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

157. Chi si trova nell'esercizio dei diritti di rappresentazione o di esecuzione di un'opera adatta a pubblico spettacolo, compresa l'opera cinematografica, o di un'opera o composizione musicale, può richiedere al Prefetto della provincia, secondo le norme stabilite dal regolamento, la proibizione della rappresentazione, o della esecuzione, ogni qualvolta manchi la prova scritta del consenso da esso prestato (162).

Il Prefetto provvede sulla richiesta, in base alle notizie e a documenti a lui sottoposti, permettendo, o vietando la rappresentazione o l'esecuzione, salvo alla parte interessata di adire l'Autorità giudiziaria, per i definitivi provvedimenti di sua competenza.

(162) Vedi l'art. 14 del regolamento approvato con R.D. 18 maggio 1942, n. 1369.

158. 1. Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione.

2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto.

3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del codice civile (163).

(163) Articolo così sostituito dall'art. 5, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

159. 1. La rimozione o la distruzione prevista nell'articolo 158 non può avere per oggetto che gli esemplari o copie illecitamente riprodotte o diffuse, nonché gli apparecchi impiegati per la riproduzione o diffusione

che non sono prevalentemente adoperati per diversa riproduzione o diffusione.

2. Se gli esemplari, le copie e gli apparecchi di cui al comma 1 sono suscettibili, previa adeguata modifica, di una utilizzazione legittima da parte dell'autore della violazione, può essere disposto dal giudice il loro ritiro temporaneo dai commercio con possibilità di un loro reinserimento a seguito degli adeguamenti imposti a garanzia del rispetto del diritto.

3. Se una parte dell'esemplare, della copia o dell'apparecchio di cui al comma 1 può essere impiegata per una diversa riproduzione o diffusione, l'interessato può chiedere, a sue spese, la separazione di questa parte nel proprio interesse.

4. Se l'esemplare o la copia dell'opera o l'apparecchio di cui si chiede la rimozione o la distruzione hanno singolare pregio artistico o scientifico, il giudice ne può ordinare di ufficio il deposito in un pubblico museo.

5. Il danneggiato può sempre chiedere che gli esemplari, le copie e gli apparecchi soggetti alla distruzione gli siano aggiudicati per un determinato prezzo in conto del risarcimento dovutogli.

6. I provvedimenti della distruzione e della aggiudicazione non colpiscono gli esemplari o le copie contraffatte acquistati in buona fede per uso personale.

7. L'applicazione delle misure di cui al presente articolo deve essere proporzionata alla gravità della violazione e tenere conto degli interessi dei terzi (164).

(164) Articolo così sostituito dall'art. 6, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

160. La rimozione o la distruzione non può essere domandata nell'ultimo anno della durata del diritto. In tal caso, deve essere ordinato il sequestro dell'opera o del prodotto sino alla scadenza della durata medesima. Qualora siano stati risarciti i danni derivati dalla violazione del diritto il sequestro può esser autorizzato anche ad una data anteriore a quella sopraindicata.

161. 1. Agli effetti dell'esercizio delle azioni previste negli articoli precedenti, nonché della salvaguardia delle prove relative alla contraffazione, possono essere ordinati dall'Autorità giudiziaria la descrizione, l'accertamento, la perizia od il sequestro di ciò che si ritenga costituire violazione del diritto di utilizzazione; può inoltre farsi ricorso ai procedimenti d'istruzione preventiva.

2. Il sequestro non può essere concesso nelle opere che risultano dal contributo di più persone, salvo i casi di particolare gravità o quando la violazione del diritto di autore è imputabile a tutti i coautori.

3. L'Autorità giudiziaria può anche ordinare, in casi particolarmente gravi, il sequestro dei proventi dovuti all'autore dell'opera o del prodotto contestato.

4. Le disposizioni della presente sezione si applicano a chi mette in circolazione in qualsiasi modo o detiene per scopi commerciali copie non autorizzate di programmi e qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale dei dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore (165).

(165) Articolo prima modificato dall'art. 8, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.) dall'art. 3, D.Lgs. 15 marzo 1996, n. 205 (Gazz. Uff. 24 aprile 1996, n. 96) e dall'art. 4, L. 18 agosto 2000, n. 248 e poi così sostituito dall'art. 7, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

162. 1. Salvo quanto diversamente disposto dalla presente legge, i procedimenti di cui all'articolo 161 sono disciplinati dalle norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari di sequestro e di istruzione preventiva per quanto riguarda la descrizione, l'accertamento e la perizia (166).

2. La descrizione e il sequestro vengono eseguiti a mezzo di ufficiale giudiziario, con l'assistenza, ove occorra, di uno o più periti ed anche con l'impiego di mezzi tecnici di accertamento, fotografici o di altra natura. Nel caso di pubblici spettacoli non si applicano le limitazioni di giorni e di ore previste per atti di questa natura dal codice di procedura civile.

3. Gli interessati possono essere autorizzati ad assistere alle operazioni anche a mezzo di propri rappresentanti e ad essere assistiti da tecnici di loro fiducia.

4. Alla descrizione non si applicano i commi secondo e terzo dell'articolo 693 del codice di procedura civile. Ai fini dell'articolo 697 del codice di procedura civile, il carattere dell'eccezionale urgenza deve valutarsi anche alla stregua dell'esigenza di non pregiudicare l'attuazione del provvedimento. Si applica anche alla descrizione il disposto degli articoli 669-*octies*, 669-*undecies* e 675 del codice di procedura civile.

5. Decorso il termine di cui all'articolo 675 del codice di procedura civile, possono essere completate le operazioni di descrizione e di sequestro già iniziate, ma non possono esserne iniziate altre fondate sullo stesso provvedimento; resta salva la facoltà di chiedere al giudice di disporre ulteriori provvedimenti di descrizione o sequestro nel corso del procedimento di merito.

6. Descrizione e sequestro possono concernere oggetti appartenenti a soggetti anche non identificati nel ricorso, purché si tratti di oggetti prodotti, offerti, importati o distribuiti dalla parte nei cui confronti siano stati emessi i suddetti provvedimenti e purché tali oggetti non siano adibiti ad uso personale, ovvero si tratti di opere diffuse con qualunque mezzo. Il verbale delle operazioni di sequestro e di descrizione, con il ricorso ed il provvedimento, deve essere notificato al terzo cui appartengono gli oggetti sui quali descrizione o sequestro sono stati eseguiti entro quindici giorni dalla conclusione delle operazioni stesse a pena di inefficacia [(167)].

(166) Vedi, anche, il D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168 sull'istituzione di Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale presso tribunali e corti d'appello.

(167) Articolo così sostituito dall'art. 5, L. 18 agosto 2000, n. 248.

162-bis. 1. Se il giudice, nel rilasciare il provvedimento cautelare, non stabilisce il termine entro cui le parti devono iniziare il giudizio di merito, quest'ultimo deve essere iniziato entro il termine di venti giorni lavorativi o di trentuno giorni di calendario, qualora questi rappresentino un periodo più lungo.

2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o, altrimenti, dalla sua comunicazione.

3. Se il giudizio di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui al comma 1 ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia.

4. Le disposizioni di cui al comma 3 non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile ed agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. In tali casi ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito (168).

(168) Articolo aggiunto dall'art. 8, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

162-ter. 1. Quando la parte lesa faccia valere l'esistenza di circostanze atte a pregiudicare il pagamento del risarcimento del danno, l'autorità giudiziaria può disporre ai sensi dell'articolo 671 del codice di procedura civile il sequestro conservativo di beni mobili e immobili del presunto autore della violazione fino alla concorrenza del presumibile ammontare del danno, compreso il blocco dei suoi conti bancari e di altri beni. A tale fine, nei casi di violazioni commesse su scala commerciale, l'Autorità giudiziaria può disporre la comunicazione delle documentazioni bancarie, finanziarie o commerciali, o l'appropriato accesso alle pertinenti informazioni (169).

(169) Articolo aggiunto dall'art. 9, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

163. 1. Il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività, ivi comprese quelle costituenti servizi prestati da intermediari, che costituisca violazione del diritto stesso secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari (170).

2. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

3. Ove in sede giudiziaria si accerti la mancata corresponsione del compenso relativo ai diritti di cui agli articoli 73 e 73-*bis*, oltre alla liquidazione dello stesso può essere disposta l'interdizione dall'utilizzo dei fonogrammi per un periodo da un minimo di quindici giorni ad un massimo di centottanta giorni.

4. Ove in sede giudiziaria si accerti l'utilizzazione di fonogrammi che, ai sensi dell'art. 74, arrecano pregiudizio al produttore fonografico, oltre alla interdizione definitiva dal loro utilizzo, può essere comminata una sanzione amministrativa da un minimo di euro 260,00 ad un massimo di euro 5.200,00 (171).

(170) Comma così sostituito dall'art. 10, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

(171) Articolo così sostituito prima dall'art. 6, L. 18 agosto 2000, n. 248 e poi dall'art. 24, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

164. Se le azioni previste in questa sezione e nella seguente sono promosse dall'ente di diritto pubblico indicato nell'articolo 180 si osservano le regole seguenti (172):

1) i funzionari appartenenti agli enti sopramenzionati possono esercitare le azioni di cui sopra nell'interesse degli aventi diritto senza bisogno di mandato bastando che consti della loro qualità;

2) l'ente di diritto pubblico è dispensato dall'obbligo di prestare cauzione per la esecuzione degli atti per i quali questa cautela è prescritta o autorizzata;

3) l'ente di diritto pubblico designa i funzionari autorizzati a compiere attestazioni di credito per diritto d'autore nonché in relazione ad altre funzioni attribuite all'ente; dette attestazioni sono atti aventi efficacia di titolo esecutivo a norma dell'articolo 474 del codice di procedura civile (173).

(172) Alinea così sostituito dall'art. 11, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

(173) Numero così sostituito prima dall'art. 7, L. 18 agosto 2000, n. 248 e poi dall'art. 25, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

165. L'autore dell'opera oggetto del diritto di utilizzazione, anche dopo la cessione di tale diritto, ha sempre la facoltà di intervenire nei giudizi promossi dal cessionario a tutela dei suoi interessi.

166. Sull'istanza della parte interessata, o di ufficio, il giudice può ordinare che la sentenza venga pubblicata, per la sola parte dispositiva, in uno o più giornali ed anche ripetutamente a spese della parte soccombente.

167. 1. I diritti di utilizzazione economica riconosciuti da questa legge possono anche essere fatti valere giudizialmente:

a) da chi si trovi nel possesso legittimo dei diritti stessi;

b) da chi possa agire in rappresentanza del titolare dei diritti (174).

(174) Articolo così sostituito dall'art. 12, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

§ 2 - Norme particolari ai giudizi concernenti l'esercizio del diritto morale

168. Nei giudizi concernenti l'esercizio del diritto morale sono applicabili, in quanto lo consente la natura di questo diritto, le norme contenute nella sezione (175) precedente, salva l'applicazione delle disposizioni dei seguenti articoli.

(175) *Recte* «paragrafo».

169. L'azione a difesa dell'esercizio dei diritti che si riferiscono alla paternità dell'opera può dar luogo alla sanzione della rimozione e distruzione solo quando la violazione non possa essere convenientemente riparata mediante aggiunte o soppressioni sull'opera delle indicazioni che si riferiscono alla paternità dell'opera stessa o con altri mezzi di pubblicità.

170. L'azione a difesa dei diritti che si riferiscono all'integrità dell'opera può condurre alla rimozione o distruzione dell'esemplare deformato, mutilato o comunque modificato dell'opera, solo quando non sia

possibile ripristinare detto esemplare nella forma primitiva a spese della parte interessata ad evitare la rimozione o la distruzione.

Sezione II

Difese e sanzioni penali

171. Salvo quanto previsto dall'art. 171-*bis* e dall'art. 171-*ter*, è punito con la multa da lire 100.000 a lire 4.000.000 (176) chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma (177):

a) riproduce, trascrive, recita in pubblico, diffonde, vende o mette in vendita o pone altrimenti in commercio un'opera altrui o ne rivela il contenuto prima che sia reso pubblico, o introduce e mette in circolazione nel regno esemplari prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana;

a-bis) mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa (178);

b) rappresenta, esegue o recita in pubblico o diffonde con o senza variazioni od aggiunte, una opera altrui adatta a pubblico spettacolo od una composizione musicale. La rappresentazione o esecuzione comprende la proiezione pubblica dell'opera cinematografica, l'esecuzione in pubblico delle composizioni musicali inserite nelle opere cinematografiche e la radiodiffusione mediante altoparlante azionato in pubblico;

c) compie i fatti indicati nelle precedenti lettere mediante una delle forme di elaborazione previste da questa legge;

d) riproduce un numero di esemplari o esegue o rappresenta un numero di esecuzioni o di rappresentazioni maggiore di quello che aveva il diritto rispettivamente di produrre o di rappresentare;

e) [riproduce con qualsiasi processo di duplicazione dischi o altri apparecchi analoghi o li smercia, ovvero introduce nel territorio dello Stato le riproduzioni così fatte all'estero] (179);

f) in violazione dell'art. 79 ritrasmette su filo o per radio o registra in dischi fonografici o altri apparecchi analoghi le trasmissioni o ritrasmissioni radiofoniche o smercia i dischi fonografici o altri apparecchi indebitamente registrati.

Chiunque commette la violazione di cui al primo comma, lettera *a-bis*), è ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima dell'emissione del decreto penale di condanna, una somma corrispondente alla metà del massimo della pena stabilita dal primo comma per il reato commesso, oltre le spese del procedimento. Il pagamento estingue il reato (180).

La pena è della reclusione fino ad un anno o della multa non inferiore a lire 1.000.000 (181) se i reati di cui sopra sono commessi sopra un'opera altrui non destinata alla pubblicazione, ovvero con usurpazione della paternità dell'opera, ovvero con deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera medesima, qualora ne risulti offesa all'onore od alla reputazione dell'autore.

La violazione delle disposizioni di cui al terzo ed al quarto comma dell'articolo 68 comporta la sospensione della attività di fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione da sei mesi ad un anno nonché la sanzione amministrativa pecuniaria da due a dieci milioni di lire (182).

(176) La misura della multa è stata così elevata dall'art. 3, L. 12 luglio 1961, n. 603, nonché dall'art. 113, primo comma, L. 24 novembre 1981, n. 689. La sanzione è esclusa dalla depenalizzazione in virtù dell'art. 32, secondo comma, della citata L. 24 novembre 1981, n. 689.

(177) Alinea così modificato prima dall'art. 9, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.) e poi dall'art. 2, L. 18 agosto 2000, n. 248.

(178) Lettera aggiunta dal comma 3-*ter* dell'art. 3, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

(179) Lettera così sostituita dall'art. 3, L. 5 maggio 1976, n. 404, e poi abrogata dall'art. 3, L. 29 luglio 1981, n. 406.

(180) Comma aggiunto dal comma 3-*quater* dell'art. 3, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

(181) La misura della multa è stata così elevata dall'art. 3, L. 12 luglio 1961, n. 603, nonché dall'art. 113, primo comma, L. 24 novembre 1981, n. 689. Per effetto dell'art. 24 cod. pen. l'entità della sanzione non può superare lire 10.000.000. La sanzione è esclusa dalla depenalizzazione in virtù dell'art. 32, secondo comma, della citata L. 24 novembre 1981, n. 689.

(182) Comma aggiunto dall'art. 2, L. 18 agosto 2000, n. 248. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-bis. 1. Chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni. La stessa pena si applica se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a lire trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità.

2. Chiunque, al fine di trarne profitto, su supporti non contrassegnati SIAE riproduce, trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico il contenuto di una banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 64-*quinquies* e 64-*sexies*, ovvero esegue l'estrazione o il reimpiego della banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 102-*bis* e 102-*ter*, ovvero distribuisce, vende o concede in locazione una banca di dati, è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a lire trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità (183).

(183) Il presente articolo, aggiunto dall'art. 10, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.) e modificato

dall'art. 4, D.Lgs. 15 marzo 1996, n. 205 (Gazz. Uff. 24 aprile 1996, n. 96) e dall'art. 6, D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169, è stato da ultimo, così sostituito dall'art. 13, L. 18 agosto 2000, n. 248. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-ter. 1. È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque a fini di lucro (184):

a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento;

b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati;

c) pur non avendo concorso alla duplicazione o riproduzione, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, pone in commercio, concede in noleggio o comunque cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmette a mezzo della radio, fa ascoltare in pubblico le duplicazioni o riproduzioni abusive di cui alle lettere *a*) e *b*) ;

d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del

contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato [(185)];

e) in assenza di accordo con il legittimo distributore, ritrasmette o diffonde con qualsiasi mezzo un servizio criptato ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato [(186)];

f) introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, vende, concede in noleggio, cede a qualsiasi titolo, promuove commercialmente, installa dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto;

f-bis) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. Fra le misure tecnologiche sono comprese quelle applicate, o che residuano, a seguito della rimozione delle misure medesime conseguentemente a iniziativa volontaria dei titolari dei diritti o ad accordi tra questi ultimi e i beneficiari di eccezioni, ovvero a seguito di esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa o giurisdizionale [(187)];

h) abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche di cui all'articolo 102-*quinquies*, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse [(188)].

2. È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque:

a) riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo o importa abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi;

a-bis) in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa [(189)];

b) esercitando in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti commessi, si rende colpevole dei fatti previsti dal comma 1;

c) promuove o organizza le attività illecite di cui al comma 1.

3. La pena è diminuita se il fatto è di particolare tenuità.

4. La condanna per uno dei reati previsti nel comma 1 comporta:

a) l'applicazione delle pene accessorie di cui agli articoli 30 e 32-*bis* del codice penale;

b) la pubblicazione della sentenza in uno o più quotidiani, di cui almeno uno a diffusione nazionale, e in uno o più periodici specializzati;

c) la sospensione per un periodo di un anno della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale.

5. Gli importi derivanti dall'applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dai precedenti commi sono versati all'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i pittori e scultori, musicisti, scrittori ed autori drammatici [(190)].

(184) Alinea così modificato prima dall'art. 1, D.L. 22 marzo 2004, n. 72, come sostituito dalla relativa legge di conversione, e poi dal comma 3-*quinquies* dell'art. 3, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

(185) Lettera così sostituita dall'art. 26, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(186) La Corte costituzionale, con ordinanza 5-14 aprile 2006, n. 157 (Gazz. Uff. 19 aprile 2006, n. 16, 1ª Serie speciale), ha dichiarato la

manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-ter, comma 1, lettera e), sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

(187) Le lettere *f-bis*) ed *h*) sono state aggiunte dall'art. 26, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Il citato articolo 26 non ha previsto l'inserimento della lettera *g*) che, pertanto, nel testo risulta mancante.

(188) Le lettere *f-bis*) ed *h*) sono state aggiunte dall'art. 26, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Il citato articolo 26 non ha previsto l'inserimento della lettera *g*) che, pertanto, nel testo risulta mancante.

(189) Lettera aggiunta dall'art. 1, D.L. 22 marzo 2004, n. 72, come sostituito dalla relativa legge di conversione, e poi così modificata dal comma 3-*quinquies* dell'art. 3, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione. Vedi, anche, le altre disposizioni del citato art. 1.

(190) Il presente articolo aggiunto dall'art. 17, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685 e modificato dall'art. 1, D.Lgs. 15 marzo 1996, n. 204 (Gazz. Uff. 24 aprile 1996, n. 96) è stato, da ultimo, così sostituito dall'art. 14, L. 18 agosto 2000, n. 248. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-quater. 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con l'arresto sino ad un anno o con l'ammenda da lire un milione a lire dieci milioni chiunque, abusivamente ed a fini di lucro:

a) concede in noleggio o comunque concede in uso a qualunque titolo, originali, copie o supporti lecitamente ottenuti di opere tutelate dal diritto di autore ;

b) esegue la fissazione su supporto audio, video o audiovideo delle prestazioni artistiche di cui all'art. 80 (191).

(191) Articolo aggiunto dall'art. 18, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-quinquies. 1. Ai fini delle disposizioni di cui alla presente legge è equiparata alla concessione in noleggio la vendita con patto di riscatto ovvero sotto condizione risolutiva quando sia previsto che nel caso di riscatto o di avveramento della condizione il venditore restituisca una somma comunque inferiore a quella pagata oppure quando sia previsto da parte dell'acquirente, al momento della consegna, il pagamento di una somma a titolo di acconto o ad altro titolo comunque inferiore al prezzo di vendita (192).

(192) Articolo aggiunto dall'art. 15, L. 18 agosto 2000, n. 248. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-sexies. 1. Quando il materiale sequestrato è, per entità, di difficile custodia, l'autorità giudiziaria può ordinarne la distruzione, osservate le disposizioni di cui all'articolo 83 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

2. È sempre ordinata la confisca degli strumenti e dei materiali serviti o destinati a commettere i reati di cui agli articoli 171-*bis*, 171-*ter* e 171-*quater* nonché delle videocassette, degli altri supporti audiovisivi o fonografici o informatici o multimediali abusivamente duplicati, riprodotti, ceduti, commerciati, detenuti o introdotti sul territorio nazionale, ovvero non provvisti di contrassegno SIAE, ove richiesto, o provvisti di contrassegno SIAE contraffatto o alterato, o destinato ad opera diversa. La confisca è ordinata anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

3. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche se i beni appartengono ad un soggetto giuridico diverso, nel cui interesse abbia agito uno dei partecipanti al reato (193).

(193) Articolo aggiunto dall'art. 17, L. 18 agosto 2000, n. 248. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-septies. 1. La pena di cui all'articolo 171-*ter*, comma 1, si applica anche:

a) ai produttori o importatori dei supporti non soggetti al contrassegno di cui all'articolo 181-*bis*, i quali non comunicano alla SIAE entro trenta giorni dalla data di immissione in commercio sul territorio nazionale o di importazione i dati necessari alla univoca identificazione dei supporti medesimi;

b) salvo che il fatto non costituisca più grave reato, a chiunque dichiari falsamente l'avvenuto assolvimento degli obblighi di cui all'articolo 181-*bis*, comma 2, della presente legge (194).

(194) Articolo aggiunto dall'art. 17, L. 18 agosto 2000, n. 248. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-octies. 1. Qualora il fatto non costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire cinque milioni a lire cinquanta milioni chiunque a fini fraudolenti produce, pone in vendita, importa, promuove, installa, modifica, utilizza per uso pubblico e privato apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale. Si intendono ad accesso condizionato tutti i segnali audiovisivi trasmessi da emittenti italiane o estere in forma tale da rendere gli stessi visibili esclusivamente a gruppi chiusi di utenti selezionati dal soggetto che effettua l'emissione del segnale, indipendentemente dalla imposizione di un canone per la fruizione di tale servizio.

2. La pena non è inferiore a due anni di reclusione e la multa a lire trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità (195).

(195) Articolo aggiunto dall'art. 17, L. 18 agosto 2000, n. 248. La Corte costituzionale, con sentenza 16-29 dicembre 2004, n. 426 (Gazz. Uff. 5 gennaio 2005, n. 1 - Prima Serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità del presente articolo, nella parte in cui, limitatamente ai fatti commessi dalla sua entrata in vigore fino all'entrata in vigore della L. 7 febbraio 2003, n. 22, punisce con sanzione penale, anziché con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 6 del decreto legislativo 15 novembre 2000, n. 373, l'utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia

analogica sia digitale. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

171-octies-1. 1. Chiunque si rifiuti senza giustificato motivo di rispondere alle domande del giudice ai sensi dell'articolo 156-*ter* ovvero fornisce allo stesso false informazioni è punito con le pene previste dall'articolo 372 del codice penale, ridotte della metà (196).

(196) Articolo aggiunto dall'art. 13, D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (Gazz. Uff. 7 aprile 2006, n. 82).

171-nonies. 1. La pena principale per i reati di cui agli articoli 171-*bis*, 171-*ter* e 171-*quater* è diminuita da un terzo alla metà e non si applicano le pene accessorie a colui che, prima che la violazione gli sia stata specificatamente contestata in un atto dell'autorità giudiziaria, la denuncia spontaneamente o, fornendo tutte le informazioni in suo possesso, consente l'individuazione del promotore o organizzatore dell'attività illecita di cui agli articoli 171-*ter* e 171-*quater*, di altro duplicatore o di altro distributore, ovvero il sequestro di notevoli quantità di supporti audiovisivi e fonografici o di strumenti o materiali serviti o destinati alla commissione dei reati.

2. Le disposizioni del presente articolo non si applicano al promotore o organizzatore delle attività illecite previste dall'articolo 171-*bis*, comma 1, e dall'articolo 171-*ter*, comma 1 (197).

(197) Articolo aggiunto dall'art. 17, L. 18 agosto 2000, n. 248. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

172. 1. Se i fatti preveduti nell'articolo 171 sono commessi per colpa la pena è della sanzione amministrativa fino a 1.032,00 euro.

2. Con la stessa pena è punito chiunque esercita l'attività di intermediario in violazione del disposto degli articoli 180 e 183.

3. La violazione delle disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 152 e all'articolo 153 comporta la sospensione dell'attività professionale o commerciale da sei mesi ad un anno, nonchè la sanzione amministrativa da 1.034,00 euro a 5.165,00 euro (198) (199).

(198) Articolo prima modificato dall'art. 1, D.Lgs. C.P.S. 5 ottobre 1947, n. 1208, dall'art. 3, L. 12 luglio 1961, n. 603, dagli artt. 32, 39 e 144, L. 24 novembre 1981, n. 689, dall'art. 3, L. 22 maggio 1993, n. 159 e dall'art. 19, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685, e poi cosi sostituito dall'art. 14, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

(199) Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

173. Le sanzioni previste negli articoli precedenti si applicano quando il fatto non costituisce reato più grave previsto dal codice penale o da altre leggi (200).

(200) Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

174. Nei giudizi penali regolati da questa sezione la persona offesa, costituitasi parte civile, può sempre chiedere al giudice penale l'applicazione dei provvedimenti e delle sanzioni previsti dagli artt. 159 e 160 (201).

(201) Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

174-bis. 1. Ferme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto (202).

(202) Articolo aggiunto dall'art. 8, L. 18 agosto 2000, n. 248 e successivamente così sostituito dall'art. 27, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Per la riduzione delle sanzioni amministrative di cui al presente articolo vedi il comma 17 dell'art. 7, L. 3 maggio 2004, n. 112. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

174-ter. 1. Chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche è punito, purché il fatto non concorra con i reati di cui agli articoli 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 171-*quater*, 171-*quinquies*, 171-*septies* e 171-*octies*, con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale.

2. In caso di recidiva o di fatto grave per la quantità delle violazioni o delle copie acquistate o noleggiate, la sanzione amministrativa è aumentata sino ad euro 1032,00 ed il fatto è punito con la confisca degli strumenti e del materiale, con la pubblicazione del provvedimento su due o più giornali quotidiani a diffusione nazionale o su uno o più periodici specializzati nel settore dello spettacolo e, se si tratta di attività imprenditoriale, con la revoca della concessione o dell'autorizzazione di diffusione radiotelevisiva o dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale (203).

(203) Articolo aggiunto dall'art. 8, L. 18 agosto 2000, n. 248 e successivamente così sostituito dall'art. 28, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Nel presente articolo erano stati aggiunti i commi 2-*bis* e 2-*ter* dall'art. 1, D.L. 22 marzo 2004, n. 72. Tale modifica non è più disposta dalla nuova formulazione del suddetto art. 1 come sostituito dalla legge di conversione. Vedi, anche, l'art. 26, comma 7-*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 21, L. 30 luglio 2002, n. 189.

174-quater. 1. I proventi derivanti dalle sanzioni amministrative, applicati ai sensi degli articoli 174-*bis* e 174-*ter*, affluiscono all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze:

a) in misura pari al cinquanta per cento ad un Fondo iscritto allo stato di previsione del Ministero della giustizia destinato al potenziamento delle strutture e degli strumenti impiegati nella prevenzione e nell'accertamento dei reati previsti dalla presente legge. Il Fondo è istituito con decreto adottato dal Ministro della giustizia, di

concerto con il Ministro dell'interno, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (204);

b) nella restante misura, ad apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per la promozione delle campagne informative di cui al comma 3-*bis* dell'articolo 26 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni (205).

(204) In attuazione di quanto disposto dalla presente lettera vedi il D.M. 14 novembre 2005, n. 261.

(205) Articolo aggiunto dall'art. 29, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

174-quinquies. 1. Quando esercita l'azione penale per taluno dei reati non colposi previsti dalla presente sezione commessi nell'àmbito di un esercizio commerciale o di un'attività soggetta ad autorizzazione, il pubblico ministero ne dà comunicazione al questore, indicando gli elementi utili per l'adozione del provvedimento di cui al comma 2.

2. Valutati gli elementi indicati nella comunicazione di cui al comma 1, il questore, sentiti gli interessati, può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione dell'esercizio o dell'attività per un periodo non inferiore a quindici giorni e non superiore a tre mesi, senza pregiudizio del sequestro penale eventualmente adottato.

3. In caso di condanna per taluno dei reati di cui al comma 1, è sempre disposta, a titolo di sanzione amministrativa accessoria, la cessazione temporanea dell'esercizio o dell'attività per un periodo da tre mesi ad un anno, computata la durata della sospensione disposta a norma del comma 2. Si applica l'articolo 24 della legge 24 novembre 1981, n. 689. In caso di recidiva specifica è disposta la revoca della licenza di esercizio o dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività.

4. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei confronti degli stabilimenti di sviluppo e di stampa, di sincronizzazione e postproduzione, nonché di masterizzazione, tipografia e che comunque esercitino attività di produzione industriale connesse alla realizzazione dei supporti contraffatti e nei confronti dei centri di emissione o ricezione di programmi televisivi. Le agevolazioni di cui all'art. 45 della legge 4 novembre 1965, n. 1213, e successive modificazioni, sono sospese in

caso di esercizio dell'azione penale; se vi è condanna, sono revocate e non possono essere nuovamente concesse per almeno un biennio (206).

(206) Articolo aggiunto dall'art. 30, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

TITOLO IV

Diritto demaniale

175. [Per ogni rappresentazione, esecuzione o radiodiffusione di un'opera adatta a pubblico spettacolo o di un'opera musicale, quando, per qualsiasi motivo, essa sia di pubblico dominio, deve essere corrisposto allo Stato da chi rappresenta, esegue o radiodiffonde l'opera, con le norme stabilite dal regolamento, un diritto demaniale sugli incassi lordi e sulle quote degli incassi corrispondenti alla parte che l'opera occupa nella rappresentazione, esecuzione o radiodiffusione complessiva, qualunque sia lo scopo della rappresentazione, esecuzione o radiodiffusione e qualunque sia il paese di origine dell'opera.

L'ammontare del diritto demaniale (207) è determinato con decreto reale da emanarsi a norma dell'art. 3, n. 1, della L. 31 gennaio 1926, n. 100.

La determinazione dell'ammontare del diritto demaniale sulla esecuzione di pezzi staccati di opere musicali o di brevi composizioni è attribuita alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (208), secondo le norme del regolamento (209), sulla base dell'ammontare del compenso normalmente richiesto dall'ente suddetto per le opere tutelate eseguite in analoghe condizioni] (210) (211).

(207) Con l'art. 5 della L. 6 febbraio 1942, n. 95, l'ammontare del diritto demaniale è stato determinato nella misura del cinque per cento.

(208) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

(209) Vedi l'art. 50 del Regolamento approvato con R.D. 18 maggio 1942, n. 1369 e l'art. 46 dello Statuto della S.I.A.E.

(210) Vedi l'art. 172.

(211) Articolo abrogato dall'art. 6, D.L. 31 dicembre 1996, n. 669.

176. [Il diritto demaniale è dovuto anche sulle rappresentazioni od esecuzioni pubbliche e sulle radiodiffusioni di elaborazioni tutelate delle opere di pubblico dominio indicate nell'articolo precedente. In tal caso, fermi restando i diritti dell'autore della elaborazione, l'ammontare del diritto demaniale è determinato nella metà di quanto sarebbe dovuto se la rappresentazione o radiodiffusione avesse avuto per oggetto l'opera di pubblico dominio nella sua forma originale] (212) (213).

(212) Vedi l'art. 172.

(213) Articolo abrogato dall'art. 6, D.L. 31 dicembre 1996, n. 669.

177. [Sullo spaccio di ogni esemplare di opere letterarie, scientifiche, didattiche e musicali di pubblico dominio, pubblicate in volumi, deve essere corrisposto dall'editore a favore della cassa di assistenza e di previdenza degli autori scrittori, e musicisti, un diritto del 3 per cento in cifra tonda sul prezzo di copertina. Per i volumi il cui prezzo non è superiore a lire 10, tale diritto è ridotto al 2 per cento.

Sullo spaccio di esemplari di elaborazioni tutelate delle opere suddette l'ammontare del diritto è ridotto alla metà] (214) (215).

(214) Vedi l'art. 172.

(215) Articolo abrogato dall'art. 3, L. 22 maggio 1993, n. 159.

178. [Ai fini della corresponsione del diritto previsto all'articolo precedente, ogni esemplare delle opere suddette destinate allo spaccio deve essere contrassegnato dall'Ente italiano per il diritto di autore (216), secondo le norme del regolamento, e a cura dell'editore.

Il diritto è corrisposto per ogni esemplare effettivamente venduto secondo le norme del regolamento] (217) (218).

(216) Vedi l'art. 172.

(217) Vedi l'art. 172.

(218) Articolo abrogato dall'art. 3, L. 22 maggio 1993, n. 159.

179. [La corresponsione del diritto previsto nell'art. 177 può essere effettuata globalmente mediante convenzione stipulata tra le associazioni sindacali interessate] (219).

(219) Articolo abrogato dall'art. 3, L. 22 maggio 1993, n. 159.

TITOLO V

Enti di diritto pubblico per la protezione e l'esercizio dei diritti di autore

180. L'attività di intermediario (220), comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate, è riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (221) (222) (223).

Tale attività è esercitata per effettuare:

1) la concessione, per conto e nell'interesse degli aventi diritto, di licenze e autorizzazioni per la utilizzazione economica di opere tutelate;

2) la percezione dei proventi derivanti da dette licenze ed autorizzazioni;

3) la ripartizione dei proventi medesimi tra gli aventi diritto.

L'attività dell'ente si eserciterà altresì secondo le norme stabilite dal regolamento in quei paesi stranieri nei quali esso ha una rappresentanza organizzata.

La suddetta esclusività di poteri non pregiudica la facoltà spettante all'autore, ai suoi successori o agli aventi causa, di esercitare direttamente i diritti loro riconosciuti da questa legge.

Nella ripartizione dei proventi prevista al n. 3 del secondo comma una quota parte deve essere in ogni caso riservata all'autore. I limiti e le modalità della ripartizione sono determinate dal regolamento.

Quando, però, i diritti di utilizzazione economica dell'opera possono dar luogo a percezioni di proventi in paesi stranieri in favore di cittadini italiani domiciliati o residenti nel regno, nell'Africa italiana e nei possedimenti italiani, ed i titolari di tali diritti non provvedono, per qualsiasi motivo, alla percezione dei proventi, trascorso un anno dalla loro esigibilità è conferito alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (224) il potere di esercitare i diritti medesimi per conto e nell'interesse dell'autore e dei suoi successori o aventi causa.

I proventi di cui al precedente comma riscossi alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (225), detratte le spese di riscossione, saranno tenuti a disposizione degli aventi diritto, per un periodo di tre anni; trascorso questo termine senza che siano stati reclamati dagli aventi diritto, saranno versati alla Confederazione nazionale professionisti ed artisti (226), per scopi di assistenza alle categorie degli autori, scrittori e musicisti.

(220) Vedi l'art. 172.

(221) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

(222) Vedi l'art. 50 del Regolamento approvato con R.D. 18 maggio 1942, n. 1369, e l'art. 46 dello Statuto della S.I.A.E.

(223) Comma così modificato dall'art. 10, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581.

(224) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

(225) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore»,

ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

(226) Articolo aggiunto dall'art. 11, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581.

180-bis. 1. Il diritto esclusivo di autorizzare la ritrasmissione via cavo è esercitato dai titolari dei diritti d'autore e dai detentori dei diritti connessi esclusivamente attraverso la Società italiana degli autori ed editori. Per i detentori dei diritti connessi la Società italiana degli autori ed editori agisce sulla base di apposite convenzioni da stipulare con l'Istituto mutualistico artisti interpreti esecutori per i diritti degli artisti interpreti esecutori ed eventualmente con altre società di gestione collettiva appositamente costituite per amministrare, quale loro unica o principale attività, gli altri diritti connessi.

2. Dette società operano anche nei confronti dei titolari non associati della stessa categoria di diritti con gli stessi criteri impiegati nei confronti dei propri associati.

3. I titolari non associati possono far valere i propri diritti entro il termine di tre anni dalla data della ritrasmissione via cavo che comprende la loro opera o altro elemento protetto.

4. Gli organismi di radiodiffusione sono esentati dall'obbligo di cui al comma 1 per la gestione dei diritti delle proprie emissioni sia che si tratti di diritti propri sia che si tratti di titolarità acquisita (227).

(227) Articolo aggiunto dall'art. 11, D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581.

181. Oltre alle funzioni indicate nell'articolo precedente ed a quelle demandategli da questa legge o da altre disposizioni, la Società italiana degli autori ed editori (228) può esercitare altri compiti connessi con la protezione delle opere dell'ingegno, in base al suo statuto.

L'ente può assumere, per conto dello Stato o di enti pubblici o privati, servizi di accertamento e di percezione di tasse, contributi, diritti.

(228) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

181-bis. 1. Ai sensi dell'articolo 181 e agli effetti di cui agli articoli 171-*bis* e 171-*ter*, la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) appone un contrassegno su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento, che reca la fissazione di opere o di parti di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro. Analogo sistema tecnico per il controllo delle riproduzioni di cui all'articolo 68 potrà essere adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sulla base di accordi tra la SIAE e le associazioni delle categorie interessate.

2. Il contrassegno è apposto sui supporti di cui al comma 1 ai soli fini della tutela dei diritti relativi alle opere dell'ingegno, previa attestazione da parte del richiedente dell'assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. In presenza di seri indizi, la SIAE verifica, anche successivamente, circostanze ed elementi rilevanti ai fini dell'apposizione.

3. Fermo restando l'assolvimento degli obblighi relativi ai diritti di cui alla presente legge, il contrassegno, secondo modalità e nelle ipotesi previste nel regolamento di cui al comma 4, che tiene conto di apposite convenzioni stipulate tra la SIAE e le categorie interessate, può non essere apposto sui supporti contenenti programmi per elaboratore disciplinati dal decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518, utilizzati esclusivamente mediante elaboratore elettronico, sempre che tali programmi non contengano suoni, voci o sequenze di immagini in movimento tali da costituire opere fonografiche, cinematografiche o audiovisive intere, non realizzate espressamente per il programma per elaboratore, ovvero loro brani o parti eccedenti il cinquanta per cento dell'opera intera da cui sono tratti, che diano luogo a concorrenza all'utilizzazione economica delle opere medesime. In tali ipotesi la legittimità dei prodotti, anche ai fini della tutela penale di cui all'articolo 171-*bis*, è comprovata da apposite dichiarazioni identificative che produttori e importatori preventivamente rendono alla SIAE.

4. I tempi, le caratteristiche e la collocazione del contrassegno sono individuati da un regolamento di esecuzione da emanare con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sentite la SIAE e le associazioni di categoria interessate, nei termini più idonei a consentirne

la agevole applicabilità, la facile visibilità e a prevenire l'alterazione e la falsificazione delle opere. Fino alla data di entrata in vigore del predetto regolamento, resta operativo il sistema di individuazione dei tempi, delle caratteristiche e della collocazione del contrassegno determinatosi sotto la disciplina previgente. Le spese e gli oneri, anche per il controllo, sono a carico dei richiedenti e la loro misura, in assenza di accordo tra la SIAE e le categorie interessate, è determinata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il comitato consultivo permanente per il diritto di autore (229).

5. Il contrassegno deve avere, comunque, caratteristiche tali da non poter essere trasferito su altro supporto. Deve contenere elementi tali da permettere la identificazione del titolo dell'opera per la quale è stato richiesto, del nome dell'autore, del produttore o del titolare del diritto d'autore. Deve contenere altresì l'indicazione di un numero progressivo per ogni singola opera riprodotta o registrata nonché della sua destinazione alla vendita, al noleggio e a qualsiasi altra forma di distribuzione.

6. L'apposizione materiale del contrassegno può essere affidata anche in parte al richiedente o ad un terzo da questi delegato, i quali assumono le conseguenti responsabilità a termini di legge. I medesimi soggetti informano almeno trimestralmente la SIAE circa l'attività svolta e lo stadio di utilizzo del materiale consegnato. Ai fini della tempestiva apposizione del contrassegno, fuori dei casi in cui esista apposita convenzione tra il produttore e la SIAE, l'importatore ha l'obbligo di dare alla SIAE preventiva notizia dell'ingresso nel territorio nazionale dei prodotti. Si osservano le disposizioni di cui al comma 4.

7. Nei casi di cui al comma 6, la SIAE e il richiedente possono concordare che l'apposizione del contrassegno sia sostituita da attestazione temporanea resa ai sensi del comma 2, corredata dalla presa d'atto della SIAE.

8. Agli effetti dell'applicazione della legge penale, il contrassegno è considerato segno distintivo di opera dell'ingegno (230).

(229) In attuazione di quanto disposto dal presente comma vedi il D.P.C.M. 11 luglio 2001, n. 338. Con D.P.C.M. 21 dicembre 2001 (Gazz. Uff. 21 gennaio 2002, n. 17) è stata stabilita in 0,0310 euro per ciascun contrassegno, la misura delle spese e degli oneri, anche per il controllo,

a carico del richiedente il servizio di contrassegnatura svolto dalla SIAE ai sensi di quanto disposto dal presente comma. Tale misura è ridotta a euro 0,0181 se il contrassegno è apposto su supporti distribuiti gratuitamente, ovvero in abbinamento editoriale a pubblicazioni poste in vendita senza maggiorazione del prezzo normalmente praticato. I predetti importi, da corrispondere alla SIAE, si riferiscono a tutta l'attività svolta dall'ente medesimo in materia di apposizione del contrassegno, ivi inclusa quella ispettiva e di gestione amministrativa ed informatica dei dati.

(230) Articolo aggiunto dall'art. 10, L. 18 agosto 2000, n. 248.

181-ter. 1. I compensi per le riproduzioni di cui al quarto e quinto comma dell'articolo 68 sono riscossi e ripartiti, al netto di una provvigione, dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE). In mancanza di accordi tra la SIAE e le associazioni delle categorie interessate, la misura e le modalità di pagamento dei detti compensi, nonché la misura della provvigione spettante alla Società, sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentite le parti interessate e il comitato consultivo di cui all'articolo 190. L'efficacia delle disposizioni di cui ai commi quarto e quinto dell'articolo 68 decorre dalla data di stipulazione dei detti accordi ovvero dalla data di entrata in vigore del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

2. La ripartizione fra gli aventi diritto, per i quali la SIAE non svolga già attività di intermediazione ai sensi dell'articolo 180, può avvenire anche tramite le principali associazioni delle categorie interessate, individuate con proprio decreto dal Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il comitato consultivo di cui all'articolo 190, in base ad apposite convenzioni (231).

(231) Articolo aggiunto dall'art. 2, L. 18 agosto 2000, n. 248.

182. [L'Ente italiano per il diritto di autore (232) è sottoposto alla vigilanza del Ministero della cultura popolare (233), secondo le norme del regolamento.

Il suo statuto è approvato con decreto reale (234), su proposta del Ministro per la cultura popolare (235), di concerto con quelli per gli affari esteri, per l'Africa italiana (236), per la grazia e giustizia, per le finanze e per l'educazione nazionale] (237).

(232) Ora, Società italiana degli autori ed editori.

(233) Ora, della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(234) Ora, del Presidente della Repubblica.

(235) Ora, del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(236) Il Ministro per l'Africa italiana è stato soppresso con L. 29 aprile 1953, n. 430.

(237) Articolo soppresso dall'art. 7, comma 8, D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 419.

182-bis 1. All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'àmbito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza:

a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata;

b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio;

c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera *a*);

d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione;

d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-*septies* (238);

d-ter) sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti (239).

2. La SIAE, nei limiti dei propri compiti istituzionali, si coordina, a norma del comma 1, con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

3. Per lo svolgimento dei compiti indicati nel comma 1, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed agire in coordinamento con gli ispettori della SIAE. Gli ispettori possono accedere ai locali dove vengono svolte le attività di riproduzione, duplicazione, vendita, emissione via etere e via cavo o proiezione cinematografica, nonché le attività ad esse connesse;

possono altresì accedere ai locali dove vengono svolte le attività di cui alla lettera *e*) del comma 1. Possono richiedere l'esibizione della documentazione relativa all'attività svolta, agli strumenti e al materiale in lavorazione, in distribuzione, in fase di utilizzazione attraverso l'emissione o la ricezione via etere e via cavo o la proiezione cinematografica, nonché quella relativa agli apparecchi e supporti di registrazione di cui all'articolo 71-*septies*. Nel caso in cui i suddetti locali non siano luoghi aperti al pubblico, stabilimenti industriali o esercizi commerciali o emittenti radiotelevisive, l'accesso degli ispettori deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria (240) (241).

(238) Lettera aggiunta dall'art. 31, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(239) Lettera aggiunta dall'art. 15, D.Lgs. 13 febbraio 2006, n. 118 (Gazz. Uff. 25 marzo 2006, n. 71).

(240) Comma così sostituito dall'art. 31, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(241) Articolo aggiunto dall'art. 11, L. 18 agosto 2000, n. 248.

182-ter 1. Gli ispettori, in caso di accertamento di violazione delle norme di legge, compilano processo verbale, da trasmettere immediatamente agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti previsti dagli articoli 347 e seguenti del codice di procedura penale (242).

(242) Articolo aggiunto dall'art. 11, L. 18 agosto 2000, n. 248.

183. L'esercizio delle attività per il collocamento, presso le compagnie, e le imprese teatrali di opere drammatiche, non musicali, italiane (243), è sottoposto alla preventiva autorizzazione del Ministro della cultura popolare (244), secondo le norme del regolamento.

A tale autorizzazione non è sottoposto l'autore ed i suoi successori per causa di morte.

Vi sono peraltro soggetti i traduttori di opere straniere.

L'esercizio della attività di collocamento è soggetto alla vigilanza del Ministero della cultura popolare (245), secondo le norme del regolamento.

(243) Vedi art. 172.

(244) Ora, del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(245) Ora, del Ministero del turismo e dello spettacolo.

184. Chiunque collochi in paesi stranieri opere italiane drammatiche, non musicali, deve farne denuncia entro tre giorni all'Ente italiano per gli scambi teatrali, il quale trasmette mensilmente l'elenco delle denunce ricevute al Ministero della cultura popolare (246) con le sue eventuali osservazioni e proposte.

L'Ente italiano per gli scambi teatrali esercita inoltre altre funzioni che gli sono demandate dal suo statuto.

All'Ente italiano per gli scambi teatrali si applicano le disposizioni dell'art. 182 (247).

(246) Ora, del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(247) L'Ente italiano per gli scambi teatrali (E.I.S.T.) fu costituito con R.D.L. 18 febbraio 1937, n. 456, convertito in legge dalla L. 17 giugno 1937, n. 1250.

A tale decreto furono apportate modificazioni con D.Lgs.C.P.S. 11 maggio 1947, n. 382, recante in allegato il nuovo statuto dell'Ente, sostituito a quello annesso al suddetto R.D.L. del 1937. Successivamente, con D.P.R. 5 luglio 1968 (Gazz. Uff. 28 settembre 1968, n. 247) l'Ente italiano per gli scambi teatrali è stato incorporato nell'Ente teatrale italiano (E.T.I.), ai sensi dell'art. 1, L. 4 dicembre 1956, n. 1404.

TITOLO VI

Sfera di applicazione della legge

185. Questa legge si applica a tutte le opere di autori italiani, dovunque pubblicate per la prima volta, salve le disposizioni dell'art. 189.

Si applica egualmente alle opere di autori stranieri, domiciliati in Italia, che siano state pubblicate per la prima volta in Italia.

Può essere applicata ad opere di autori stranieri, fuori delle condizioni di protezione indicate nel comma precedente, quando sussistano le condizioni previste negli articoli seguenti.

186. Le convenzioni internazionali per la protezione delle opere dell'ingegno regolano la sfera di applicazione di questa legge alle opere di autori stranieri.

Se le convenzioni contengono un patto generico di reciprocità o di parità di trattamento, detto patto è interpretato secondo le norme di equivalenza di fatto delle due protezioni stabilite negli articoli seguenti (248).

Salve le convenzioni internazionali per la protezione dei fonogrammi, la formalità prevista quale condizione dell'esercizio dei diritti spettanti al produttore di fonogrammi che non possono essere considerati nazionali, si riterrà soddisfatta qualora su tutti gli esemplari del supporto fonografico sia apposto in modo stabile il simbolo (P) accompagnato dall'indicazione dell'anno di prima pubblicazione (249).

(248) In merito alle disposizioni di cui agli artt. 186, secondo comma, 187, 188 e 189, secondo comma, vedi l'articolo unico (che qui si riporta) del D.Lgs.C.P.S. 23 agosto 1946, n. 82 (Gazz. Uff. 12 settembre 1946, n. 206): « *Articolo unico.* - L'applicazione delle disposizioni contenute negli articoli 186 comma secondo, 187, 188 e 189 comma secondo, della L. 22 aprile 1941, n. 633, è sospesa.

Qualora non sussistano le condizioni menzionate negli articoli 185 secondo comma e 189 primo comma, della legge predetta, le opere di autori stranieri sono protette a condizione di reciprocità, salva l'applicazione delle convenzioni internazionali.

Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana».

(249) Comma aggiunto dall'art. 32, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

187. In difetto di convenzioni internazionali, le opere di autori stranieri che non rientrano nelle condizioni previste nel secondo comma dell'articolo 185 godono della protezione sancita da questa legge, a condizione che lo Stato di cui è cittadino l'autore straniero conceda alle opere di autori italiani una protezione effettivamente equivalente e nei limiti di detta equivalenza.

Se lo straniero, è apolide o di nazionalità controversa, la norma del comma precedente è riferita allo Stato nel quale l'opera è stata pubblicata per la prima volta (250).

(250) In merito alle disposizioni di cui agli artt. 186, secondo comma, 187, 188 e 189, secondo comma, vedi l'articolo unico (che qui si riporta) del D.Lgs.C.P.S. 23 agosto 1946, n. 82 (Gazz. Uff. 12 settembre 1946, n. 206): « *Articolo unico.* - L'applicazione delle disposizioni contenute negli articoli 186 comma secondo, 187, 188 e 189 comma secondo, della L. 22 aprile 1941, n. 633, è sospesa.

Qualora non sussistano le condizioni menzionate negli articoli 185 secondo comma e 189 primo comma, della legge predetta, le opere di autori stranieri sono protette a condizione di reciprocità, salva l'applicazione delle convenzioni internazionali.

Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana».

188. L'equivalenza di fatto, osservate le norme che seguono, è accertata e regolata con decreto reale da emanarsi a norma dell'art. 3, n. 1, della L. 31 gennaio 1926, n. 100.

La durata della protezione dell'opera straniera non può in nessun caso eccedere quella di cui l'opera gode nello Stato di cui è cittadino l'autore straniero.

Se la legge di detto Stato abbraccia nella durata della protezione un periodo di licenza obbligatoria, l'opera straniera è sottoposta in Italia ad una norma equivalente.

Se la legge di detto Stato sottopone la protezione alla condizione dell'adempimento di formalità, di dichiarazioni di riserva o di depositi di

copie dell'opera o ad altre formalità qualsiasi, l'opera straniera è sottoposta in Italia a formalità equivalenti determinate col decreto reale.

Il decreto reale può altresì sottoporre la protezione dell'opera straniera allo adempimento di altre particolari formalità o condizioni (251).

(251) In merito alle disposizioni di cui agli artt. 186, secondo comma, 187, 188 e 189, secondo comma, vedi l'articolo unico (che qui si riporta) del D.Lgs.C.P.S. 23 agosto 1946, n. 82 (Gazz. Uff. 12 settembre 1946, n. 206): « *Articolo unico.* - L'applicazione delle disposizioni contenute negli articoli 186 comma secondo, 187, 188 e 189 comma secondo, della L. 22 aprile 1941, n. 633, è sospesa.

Qualora non sussistano le condizioni menzionate negli articoli 185 secondo comma e 189 primo comma, della legge predetta, le opere di autori stranieri sono protette a condizione di reciprocità, salva l'applicazione delle convenzioni internazionali.

Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana».

189. Le disposizioni dell'art. 185 si applicano all'opera cinematografica, al disco fonografico o apparecchio analogo, ai diritti degli interpreti, attori o artisti esecutori, alla fotografia ed alle opere della ingegneria, in quanto si tratti di opere o prodotti realizzati in Italia o che possano considerarsi nazionali a termini di questa legge o di altra legge speciale.

In difetto della condizione sopraindicata sono applicabili a dette opere, diritti o prodotti, le disposizioni degli artt. 186, 187 e 188 (252).

(252) In merito alle disposizioni di cui agli artt. 186, secondo comma, 187, 188 e 189, secondo comma, vedi l'articolo unico (che qui si riporta) del D.Lgs.C.P.S. 23 agosto 1946, n. 82 (Gazz. Uff. 12 settembre 1946, n. 206): « *Articolo unico.* - L'applicazione delle disposizioni contenute negli articoli 186 comma secondo, 187, 188 e 189 comma secondo, della L. 22 aprile 1941, n. 633, è sospesa.

Qualora non sussistano le condizioni menzionate negli articoli 185 secondo comma e 189 primo comma, della legge predetta, le opere di

autori stranieri sono protette a condizione di reciprocità, salva l'applicazione delle convenzioni internazionali.

Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana».

TITOLO VII

Comitato consultivo permanente per il diritto di autore

190. È istituito presso il Ministero della cultura popolare (253) un comitato consultivo permanente per il diritto di autore (254).

Il comitato provvede allo studio delle materie attinenti al diritto di autore o ad esso connesse e dà pareri sulle questioni relative quando ne sia richiesto dal Ministro per la cultura popolare (255) o quando sia prescritto da speciali disposizioni.

Il Comitato esperisce il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 71-*quinquies*, comma 4 (256).

(253) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni

demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(254) Vedi, anche, gli articoli 3, 5, 8 e 9, D.P.R. 14 maggio 2007, n. 89.

(255) Ora, Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di

cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(256) Comma aggiunto dall'art. 33, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

191. Il comitato è composto:

a) di un presidente designato dal Ministro per la cultura popolare (257);

b) dei vice presidenti delle corporazioni delle professioni e delle arti, dello spettacolo e della carta e stampa (258);

c) di un rappresentante del p.n.f. (259);

d) di un rappresentante dei Ministeri degli affari esteri, dell'Africa italiana (260), di grazia e giustizia, delle finanze, delle corporazioni (261), e di due rappresentanti del Ministero della educazione nazionale;

e) dei direttori generali per il teatro, per la cinematografia, per la stampa italiana, dell'ispettore per la radiodiffusione e la televisione del Ministero della cultura popolare (262) e, del capo dell'ufficio della proprietà letteraria scientifica ed artistica;

f) dei presidenti delle confederazioni dei professionisti ed artisti e degli industriali, e di tre rappresentanti per ciascuna delle confederazioni

suddette particolarmente competenti in materia di diritto di autore, nonché di un rappresentante della confederazione dei lavoratori dell'industria, designato dalla federazione nazionale dei lavoratori dello spettacolo (263);

g) del presidente della Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (264);

h) di tre esperti in materia di diritto di autore designati dal Ministro per la cultura popolare (265).

I membri del comitato sono nominati con decreto del Ministro per la cultura popolare (266) e durano in carica un quadriennio.

(257) Ora, Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato

istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(258) Le organizzazioni sindacali fasciste sono state soppresse con D.Lgs.Lgt 23 novembre 1944, n. 369.

(259) Il P.N.F. è stato soppresso con R.D.L. 2 agosto 1943, n. 704.

(260) Il Ministero dell'Africa italiana è stato soppresso con L. 29 aprile 1953, n. 430.

(261) Ora, Ministero dell'industria e commercio (R.D. 9 agosto 1943, n. 718 e D.Lgs.Lgt. 21 giugno 1945, n. 377).

(262) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni

demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(263) Le organizzazioni sindacali fasciste sono state soppresse con D.Lgs.Lgt 23 novembre 1944, n. 369.

(264) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

(265) Ora, Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il

Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(266) Ora, Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

192. Il comitato si riunisce in sessione ordinaria ogni anno alla data stabilita dal Ministro per la cultura popolare (267) ed in via straordinaria tutte le volte che ne sarà richiesto dal ministro (268) stesso.

(267) Ora, Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

(268) Ora, Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di

cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

193. Il comitato può essere convocato: *a*) in adunanza generale; *b*) in commissioni speciali.

Partecipano all'adunanza generale tutti i membri del comitato. Le commissioni speciali sono costituite per lo studio di determinate questioni, di volta in volta, con provvedimento del presidente ovvero per l'effettuazione del tentativo di conciliazione di cui all'articolo 71-*quinquies*, comma 4. In tale caso la commissione speciale è composta da tre membri, scelti tra gli esperti in materia di diritto d'autore di cui all'articolo 191, primo comma, lettera *h*), ed i rappresentanti dei Ministeri. Il presidente della commissione è comunque scelto tra i rappresentanti dei Ministeri (269).

Il Ministro per la cultura popolare (270), su proposta del presidente del comitato, può invitare alle riunioni anche persone estranee al comitato, particolarmente competenti nelle questioni da esaminare, senza diritto a voto.

(269) Comma così sostituito dall'art. 34, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

(270) Ora, Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

194. La segreteria è affidata al capo dell'ufficio della proprietà letteraria, scientifica e artistica presso il Ministero della cultura popolare (271).

(271) Ora, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Al riguardo va precisato che il Ministero della cultura popolare è stato soppresso con D.Lgt. 3 luglio 1944, n. 163, che ne ha demandato le attribuzioni ad un Sottosegretariato di Stato per la stampa e le informazioni. La denominazione di quest'ultimo organo è stata, poi, con D.Lgt. 12 dicembre 1944, n. 407, modificata in quella di Sottosegretariato di Stato per la stampa, spettacolo e turismo. Con D.Lgs.Lgt. 5 luglio 1945, n. 416 anche questo Sottosegretariato è stato soppresso e la gestione dei relativi servizi è stata affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con D.Lgs.C.P.S. 12 settembre 1947, n. 941, è stato istituito, alla diretta dipendenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato per il turismo, quale organo centrale di governo in materia di turismo.

Con D.Lgs.P. 8 aprile 1948, n. 274, nel dare «sistemazione ai servizi stampa e spettacolo» si è, all'art. 1, disposto che le attribuzioni demandate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di cinematografia, teatro e spettacoli in genere fossero assolte dalla Direzione generale dello spettacolo, quelle in materia di stampa e di radio dal Servizio delle informazioni e quelle spettanti all'Ufficio della proprietà letteraria, artistica e scientifica, appunto dall'Ufficio della proprietà letteraria artistica e scientifica, uffici tutti che venivano, con lo stesso decreto, istituiti o riorganizzati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Successivamente, con L. 31 luglio 1959, n. 617, è stato istituito il Ministero del turismo e dello spettacolo; sono stati soppressi il Commissariato per il turismo e la Direzione generale dello spettacolo istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le relative attribuzioni sono state devolute al Ministero del turismo e dello spettacolo.

Pertanto, le attribuzioni che la presente legge assegna al Ministero della cultura popolare appartengono, ora, per alcune ipotesi, alla competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per altre a quella del Ministero del turismo e dello spettacolo.

194-bis. 1. La richiesta di conciliazione di cui all'art. 71-*quinquies*, comma 4, sottoscritta dall'associazione o dall'ente proponente, è consegnata al comitato di cui all'art. 190 o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta, il presidente del comitato nomina la

commissione speciale di cui all'art. 193, comma secondo. Copia della richiesta deve essere consegnata o spedita a cura dello stesso proponente alla controparte.

2. La richiesta deve precisare:

a) il luogo dove devono essere fatte al richiedente le comunicazioni inerenti alla procedura;

b) l'indicazione delle ragioni poste a fondamento della richiesta.

3. Entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta la parte convenuta, qualora non accolga la richiesta della controparte, deposita presso la commissione predetta osservazioni scritte. Entro i dieci giorni successivi al deposito, il presidente della commissione fissa la data per il tentativo di conciliazione.

4. Se la conciliazione riesce, viene redatto separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dal presidente della commissione. Il verbale costituisce titolo esecutivo.

5. Se non si raggiunge l'accordo tra le parti, la commissione formula una proposta per la definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con l'indicazione delle valutazioni espresse dalle parti.

6. Nel successivo giudizio sono acquisiti, anche d'ufficio, i verbali concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito. Il giudice valuta il comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa ai fini del regolamento delle spese.

7. La domanda giudiziale diventa procedibile trascorsi novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione.

8. Il giudice che rileva che non è stato promosso il tentativo di conciliazione secondo le disposizioni di cui ai precedenti commi o che la domanda giudiziale è stata promossa prima della scadenza del termine di 90 giorni dalla promozione del tentativo, sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di 60 giorni per promuovere il tentativo di conciliazione. Espletato quest'ultimo o decorso il termine di 90 giorni, il processo può essere riassunto entro il termine perentorio di 180 giorni.

Ove il processo non sia stato tempestivamente riassunto, il giudice dichiara d'ufficio l'estinzione del processo con decreto cui si applica la disposizione di cui all'articolo 308 del codice di procedura civile (272).

(272) Articolo aggiunto dall'art. 35, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

195. Ai membri del comitato sono corrisposti gettoni di presenza per ogni giornata di adunanza ai sensi delle disposizioni in vigore.

TITOLO VIII

Disposizioni generali transitorie e finali

196. È considerato come luogo di prima pubblicazione, il luogo dove sono esercitati per la prima volta i diritti di utilizzazione previsti negli artt. 12 e seguenti di questa legge.

Nei riguardi delle opere dell'arte figurativa, del cinema, del disco fonografico o di altro apparecchio analogo riproduttore di suoni o di voci, della fotografia o di ogni altra opera identificata dalla sua forma materiale, si considera come equivalente al luogo della prima pubblicazione il luogo della fabbricazione.

197. I contratti di edizione, di rappresentazione e di esecuzione sono sottoposti alla tassa graduale di registro dello 0,50 per cento.

198. Nel bilancio di previsione del Ministero della cultura popolare (273) è stanziata, in apposito capitolo della parte ordinaria, a cominciare dall'esercizio in cui questa legge andrà in vigore, una somma di lire un milione, sui proventi del diritto previsto dagli artt. 175 e 176, da erogarsi, con le modalità stabilite dal regolamento, in favore delle casse di assistenza e di previdenza delle associazioni sindacali degli autori e scrittori e dei musicisti.

(273) Ora, del Ministero del tesoro. Con l'art. 1, L. 21 maggio 1951, n. 391, la somma annua da devolvere a favore delle casse di assistenza e di previdenza degli scrittori, autori drammatici e musicisti, di cui all'art. 198, è stata elevata a lire quindicimilioni a partire dall'esercizio finanziario 1950/51. Con l'art. 1, L. 7 aprile 1954, n. 100, il predetto stanziamento annuale è stato aumentato, a decorrere dall'esercizio finanziario 1952/53 di venti milioni di lire, per corrispondere un

contributo di pari importo alla Casa di riposo per musicisti «Giuseppe Verdi» in Milano. Con l'art. 1, L. 20 dicembre 1954, n. 1227, la somma annua è stata elevata, a partire dall'esercizio finanziario 1954/55, a lire sessanta milioni, fermo rimanendo l'aumento di lire venti milioni per il contributo annuo a favore della Casa di riposo per musicisti «Giuseppe Verdi» in Milano. Infine, con l'art. 1, L. 16 aprile 1973, n. 198 (Gazz. Uff. 16 maggio 1973, n. 125), la somma annua è stata elevata, a partire dall'esercizio finanziario 1972, a lire 160 milioni, ferme restando le disposizioni delle leggi 7 aprile 1954, n. 100 e 23 dicembre 1962, n. 1572, relative al contributo in favore della Casa di riposo per musicisti «Giuseppe Verdi» di Milano.

199. La presente legge si applica anche alle opere comunque pubblicate prima e dopo l'entrata in vigore della legge medesima.

Rimangono pienamente salvi e impregiudicati gli effetti legali degli atti e contratti fatti o stipulati prima di detta entrata in vigore in conformità delle disposizioni vigenti.

199-bis. 1. Le disposizioni della presente legge si applicano anche ai programmi creati prima della sua entrata in vigore, fatti salvi gli eventuali atti conclusi e i diritti acquisiti anteriormente a tale data (274).

(274) Articolo aggiunto dall'art. 11, D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (Gazz. Uff. 31 dicembre 1992, n. 306, S.O.).

200. Sino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile, le funzioni attribuite dall'art. 162 al giudice istruttore sono esercitate dal presidente del collegio davanti al quale pende la lite.

201. Riguardo alle opere pubblicate ed ai prodotti già fabbricati prima della entrata in vigore di questa legge che vengono sottoposti per la prima volta all'obbligo del deposito o di altre formalità, detto deposito e dette formalità devono essere adempiute nei termini e secondo le norme stabilite dal regolamento.

202. Agli effetti dell'art. 147 non sono presi in considerazione i prezzi conseguiti nelle vendite effettuate anteriormente alla entrata in vigore di questa legge.

203. Con regio decreto potranno essere emanate norme particolari per regolare il diritto esclusivo di televisione.

Finché non saranno emanate le disposizioni previste nel precedente comma, la televisione è regolata dai principi generali di questa legge, in quanto applicabili.

204. A decorrere dall'entrata in vigore di questa legge, la Società italiana autori ed editori assume la denominazione di Società italiana degli autori ed editori (SIAE) (275).

(275) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

205. Sono abrogate la legge 18 marzo 1926, n. 256, di conversione in legge del R.D.L. 7 novembre 1925, n. 1950, contenente disposizioni sul diritto di autore e le successive leggi di modificazione della suddetta legge.

Sono altresì abrogate la legge 17 giugno 1937, n. 1251, di conversione in legge del R.D.L. 18 febbraio 1937, contenente norme relative alla protezione dei prodotti dell'industria fonografica e la L. 2 giugno 1939, n. 739, di conversione del R.D.L. 5 dicembre 1938, n. 2115, contenente provvedimenti per la radiodiffusione differita di esecuzioni artistiche, nonché ogni altra legge o disposizione di legge contraria ed incompatibile con le disposizioni di questa legge.

206. Il regolamento per la esecuzione della presente legge determina le sanzioni per la violazione delle norme del regolamento stesso.

Dette sanzioni potranno comportare la sanzione amministrativa non superiore a lire 40.000 (276).

La presente legge entra in vigore contemporaneamente al regolamento, il quale dovrà essere emanato entro sei mesi dalla pubblicazione di essa (277).

Entro lo stesso termine sarà altresì emanato un nuovo statuto (278) della Società italiana degli autori ed editori (279).

(276) La sanzione originaria dell'ammenda è stata sostituita, da ultimo, con la sanzione amministrativa dall'art. 32, L. 24 novembre 1981, n. 689. L'importo della sanzione è stato così elevato dall'art. 3, L. 12 luglio 1961, n. 603, nonché dall'art. 114, primo comma, della citata L. 24 novembre 1981, n. 689, in relazione all'art. 113, primo comma, della stessa legge. Per effetto dell'art. 10 della medesima L. 24 novembre 1981, n. 689, l'entità della sanzione non può essere inferiore a lire 4.000.

(277) Il regolamento è stato approvato con R.D. 18 maggio 1942, n. 1369 (Gazz. Uff. 3 dicembre 1942, n. 286). Legge e regolamento sono, pertanto, entrati in vigore il 18 dicembre 1942.

(278) Vedi, ora, lo statuto approvato con D.M. 3 dicembre 2002.

(279) L'art. 9, L. 18 agosto 2000, n. 248, ha disposto che, nel testo della presente legge, l'espressione: «Ente italiano per il diritto d'autore», ovunque ricorra, sia sostituita dall'espressione «Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

Codice in materia di rappresentazione delle vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive

(firmato il 21 maggio 2009 da Rai, Mediaset, Telecom Italia Media Spa, Aeranti-Corallo, FRT, Ordine dei giornalisti e Fnsi, in base all'articolo 2 della delibera dell'Autorità delle garanzie nelle comunicazioni 7 febbraio 2008, n. 13/08/CSP)

Articolo 1

1. Le parti, ferma la salvaguardia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione in sé e a garanzia del diritto dei cittadini ad essere tempestivamente e compiutamente informati, e ferma altresì la tutela della libertà individuale di manifestazione del pensiero, che implica quella di ricercare, acquisire, ricevere, comunicare e diffondere informazioni e si esprime segnatamente nelle forme della cronaca, dell'opinione e della critica anche in riferimento all'organizzazione, al funzionamento e agli atti dei pubblici poteri incluso l'Ordine giurisdizionale, si impegnano ad adottare nelle trasmissioni televisive che abbiano ad oggetto la rappresentazione di vicende giudiziarie in corso le misure atte ad assicurare l'osservanza dei principi di obiettività, completezza, e imparzialità, rapportati ai fatti e agli atti risultanti dallo stato in cui si trova il procedimento nel momento in cui ha luogo la trasmissione, e a rispettare i diritti alla dignità, all'onore, alla reputazione e alla riservatezza costituzionalmente garantiti alle persone direttamente, indirettamente od occasionalmente coinvolte nelle indagini e nel processo.

2. Ai fini di cui al comma 1, nelle trasmissioni radiotelevisive che abbiano ad oggetto la rappresentazione di vicende giudiziarie, le parti si impegnano a:

a) curare che risultino chiare le differenze fra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell'evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi;

b) diffondere un'informazione che, attenendosi alla presunzione di non colpevolezza dell'indagato e dell'imputato, soddisfi comunque l'interesse pubblico alla conoscenza immediata di fatti di grande rilievo sociale quali la perpetrazione di gravi reati;

c) adottare modalità espressive e tecniche comunicative che consentano al telespettatore una adeguata comprensione della vicenda, attraverso la rappresentazione e la illustrazione delle diverse posizioni delle parti in contesa, tenendo ponderatamente conto dell'effetto divulgativo ed esplicativo del mezzo televisivo che, pur ampliando la dialettica fra i soggetti processuali, può indurre il rischio di alterare la percezione dei fatti;

d) rispettare complessivamente il principio del contraddittorio delle tesi, assicurando la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico tra i soggetti che le sostengono – comunque diversi dalle parti che si confrontano nel

processo - e rispettando il principio di buona fede e continenza nella corretta ricostruzione degli avvenimenti;
e) controllare, nell'esercizio del diritto di cronaca, la verità dei fatti narrati mediante accurata verifica delle fonti, avvertendo o comunque rendendo chiaro che le persone indagate o accusate si presumono non colpevoli fino alla sentenza irrevocabile di condanna e che pertanto la veridicità delle notizie concernenti ipotesi investigative o accusatorie attiene al fatto che le ipotesi sono state formulate come tali dagli organi competenti nel corso delle indagini e del processo e non anche alla sussistenza della responsabilità degli indagati o degli imputati;
f) non rivelare dati sensibili o che ledano la riservatezza, la dignità e il decoro altrui, ed in special modo della vittima o di altri soggetti non indagati, la cui diffusione sia inidonea a soddisfare alcuno specifico interesse pubblico.

Articolo 2

1. L'accertamento delle violazioni del presente Codice, comprensivo delle indicazioni formulate con la citata delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, alle quali esso compiutamente risponde, e l'adozione delle eventuali misure correttive sono riservati alla competenza di un apposito Comitato che le parti sottoscrittrici ed aderenti si impegnano a costituire entro il 30 giugno 2009.
2. In ogni caso per i giornalisti eventualmente coinvolti la competenza resta riservata all'Ordine professionale.

Articolo 3

1. Il presente Codice è aperto all'adesione da parte di altri soggetti iscritti al ROC presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e a loro associazioni e consorzi.
2. L'adesione comporta la piena accettazione del presente Codice.

Articolo 4

1. Il presente Codice entra in vigore all'atto di costituzione del Comitato di cui all'art. 2.

Appendice Giurisprudenziale

INDICE
APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

AUSTRALIA

1. Olivia Newton-John v. Scholl-Plough (Australia) Limited - p. **260**

2. Pacific Dunlop Limited v. Paul Hogan; Rimfire Films Limited v. Burns Philp Trustee Company Limited - p. **264**

CANADA

3. Les Éditions Vice-Versa inc. and Gilbert Duclos v. Pascale C. Aubry and Canadian Broadcasting Corporation - p. **312**

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

4. Austria v. Italia - p. **341**

5. Burghartz v. Switzerland - p. **377**

6. News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria - p. **393**

7. Von Hannover v. Germany - p. **413**

8. Wolfgang Schüssel v. Austria - p. **447**

GRAN BRETAGNA

9. Edmund Irvine & Others v. TalkSport Ltd 1 April 2003 - p. **456**

10. Edmund Irvine and Tidswell Limited v. Talksport Ltd. 18th January 2002 - p. **498**

ITALIA

11. Documento del "Garante della privacy" su diritto di cronaca e rispetto delle persone. Alcuni chiarimenti in risposta ai quesiti posti dall'Ordine nazionale dei Giornalisti - p. **507**

STATI UNITI

12. Dustin Hoffman v. Capital Cities/Abc, Inc. - p. **523**

13. Kierin Kirby v. SEGA of America, Inc. et al. - p. **536**

14. Bette Midler v. Ford Motor Company - p. **552**

15. Lothar Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Company - p. **558**

16. Jacqueline Kennedy Onassis v. Christian Dior-New York, Inc. - p. **568**

17. Jose Solano Jr. v. Playgirl Inc. - p. **585**

18. Tom Waits v. Frito-Lay Inc. - p. **601**

19. Vanna White v. Samsung Electronics America Inc. - p. **627**

20. Edgar Winter et al. v. DC Comics et al. - p. **648**

AUSTRALIA

OLIVIA NEWTON-JOHN
And: SCHOLL-PLOUGH (AUSTRALIA) LIMITED

No. NSW G208 of 1986

COURT
IN THE FEDERAL COURT OF AUSTRALIA
NEW SOUTH WALES DISTRICT REGISTRY
GENERAL DIVISION
Burchett J.
HRNG
SYDNEY
DATE 29:5:1986
ORDER
The application be dismissed.

Note: Settlement and entry of order is dealt with by Order 36 of the Federal Court Rules.
JUDGE1
Having had the benefit of the very careful argument that Mr. Tobin has put to me, I am able to give judgment at once. I take as the test whether there is a serious question to be tried. The applicant's argument is that certain advertisements - and there are some advertisements in evidence of which I think one can be taken as typical since variations are quite slight - convey for the purposes of sections 52 and 53 of the Trade Practices Act 1974 a representation which she says is misleading, and she also says that the advertisements convey a message which would involve passing off.
2. The advertisement in question, taking, as I have said, one example, contains a colour photograph of a young lady who is said to bear a considerable likeness to the applicant, Olivia Newton-John, and who, on the applicant's case, came to do this advertisement by virtue of herself answering an advertisement for an Olivia Newton-John look-alike. At the top, in very large and striking letters, are the words: "Olivia? No, Maybelline]" There is down one side, in much less striking lettering, such as one might read if one actually read through the advertisement rather than stopping at the words that would strike one on first seeing it:

"Maybelline makes anything possible. Whatever
the look you are looking for, Maybelline
cosmetics will help you make it."

Then there are some further comments about the virtue of the cosmetics, and then:

"For the 'Olivia Look' use 'Blooming Colours'
Neapolitan Frosts eyeshadows",

followed by further comments.

3. There is then a picture of what are represented as being Maybelline cosmetic items, and at the bottom again the words:

"Maybelline makes anything possible."

The applicant suggests that the prominent photograph, and it is extremely prominent in the advertisement, would arrest a significant number of people as being a photograph of Olivia Newton-John, although in fact it is not, and although the bold words I have already referred to make it clear that it is not.

4.The applicant submits that from the appearance of someone who obviously is intended to look like Olivia Newton-John, combined with the reference to her name twice in the advertisement elsewhere, the inference could be drawn that she is in some way associated with the advertisement. It is conceded it would be a matter of speculation how she is associated, but it is suggested that consumers would make that association, and some reliance is placed on a passage from a judgment of Dixon J. as he then was, in Radio Corporation Proprietary Limited v. Disney (1937) 57 CLR 448 at 457, which is quoted in Nostac Enterprises Pty. Ltd. v. New Concept Import Services Pty. Ltd. (1981) 3 ATPR 43, 133 at 43, 137, a decision of Ellicott J

5. In that citation, Dixon J. referred to representations, by a trader, of Mickey Mouse, and made the comment:

"No doubt this means that the trader makes use
of elements which belong to the reputation
and fame of Disney's creations, and it may be
that in some vague way the buyer supposes
that Disney must have sanctioned it."

It seems to me that, in the present case, the inference clearly arises that there has been an appropriation of the appearance of the applicant, and it is suggested that in some subliminal way this may be a means of deception. The difficulty, as I see it, is that this advertisement tells even the most casual reader, at even the first glance, that in fact it is not Olivia Newton-John who is represented in the advertisement.

6. If the reader gets so far as to observe that the advertisement relates to Maybelline, it seems to me he must also inevitably get far enough to perceive that it does not relate to Olivia Newton-John. That is the difficulty in the applicant's case. One can either take the very casual reader, or one can take a reader who reads more carefully, but in either event, it seems to me the reader will not be deceived into seeing a connection between Olivia Newton-John and the product. If he reads more carefully, it will be certainly clear that the message, which probably like the message in the Disney case, is a little vague, can at any rate go no further than that a person who has the appropriate general appearance would find this cosmetic suitable for making her achieve the desirable characteristics of the look of the applicant.

7.I would think that is as far as a reasonably careful reader could be expected to find some association with the applicant, and I do not think that is far enough for the purposes of the applicant's case. On the other hand, if the reader is much more casual, and the submission about the subliminal effect would look to such a reader, I think it is clear the reader would have to go beyond the mere picture that looks like Olivia to give the applicant any case at all. The applicant has to postulate a reader who appreciates that the advertisement is concerned with Maybelline, and such a reader could not avoid discovering at the same time that it is not, in fact, Olivia Newton-John who is pictured.

8.It seems to me that the antithesis between a look-alike, and the person whose resemblance is imitated by the look-alike, immediately negatives the association which the applicant is seeking to show is suggested. I think the casual reader would get the impression that indeed the advertiser had made use of Olivia Newton-John's reputation to the extent of gaining attention, but not to the extent of making any suggestion of an association. Indeed, the direct words: "No, Maybelline" negative such an association. They put the product and the applicant on the opposite sides of the street.

9. I accept that it is legitimate to employ the argument from the subliminal effect of an advertisement, and I accept that an advertisement may be deceptive even without making any untrue statement, but that does not excuse the Court from the requirement of being able to find some indication that in fact the subliminal effect would be conveyed. It is not enough to talk about subliminal effects. It is necessary to be able to see that the case in question poses a real, not remote, prospect that this effect would indeed occur.

10. The applicant says that nothing that has occurred can displace the very great impact which the applicant argues has been made by her reputation in the entertainment world over some years now, and certainly at the present time; but accepting that the respondent, in a not particularly praiseworthy way, is taking advantage of her name and reputation to obtain attention to his message, it seems to me that, having got the attention, he is making it perfectly clear that his product does not have any relevant association with the applicant.

11. Reference was made to the necessity, where a reputation is taken advantage of, for the respondent to show clearly that any connection has been negatived. In this regard, reliance was placed on M. K. Hutchence et Ors. (trading as "INXS") v. South Seas Bubble Company Pty. Limited (trading as "Bootleg T-Shirts"), (1986) ATPR 40-667, a decision of Wilcox J delivered on 28 February last. I accept the proposition in that decision but I think that this case is one where the connection has been negatived.

12. Reliance was also placed on the doctrine of passing off, but in that regard it was submitted that Henderson's Case, 60 S.R.(N.S.W.) 576 correctly states the law, and that case of course proceeded from a starting point of the establishment of a passing off by virtue of deception, and proceeded from that point to consider the consequences. It is really the threshold question which is the problem here, and it is not suggested that that threshold can be avoided by virtue of the doctrine of passing off, any more than under section 52. For those reasons I must reject the applicant's application.

PACIFIC DUNLOP LIMITED And: PAUL HOGAN; RIMFIRE FILMS LIMITED and BURNS PHILP TRUSTEE COMPANY LIMITED

No. NG1387 of 1988 FED No. 250 Trade Practices - Passing Off 23 FCR 553

COURT
IN THE FEDERAL COURT OF AUSTRALIA
NEW SOUTH WALES DISTRICT REGISTRY
GENERAL DIVISION
Sheppard(1), Beaumont(2) and Burchett(3) JJ.
HRNG
SYDNEY
#DATE 25:5:1989

Counsel for the Appellant: Dr. J. McL. Emmerson, Q.C. and Mr. J.E. Middleton

Solicitors for the Appellant: Freehill, Hollingdale & Page

Counsel for the Respondents: Mr. J.P. Hamilton, Q.C. and Mr. R.A. Campbell

Solicitors for the Respondents: Henry Davis York

ORDER

The appeal be dismissed.

The appellant pay to the respondents their costs of the appeal.

NOTE: Settlement and entry of orders is dealt with in Order 36 of the Federal Court Rules.

JUDGE 1

This is an appeal from the judgment of a judge of the Court (Gummow J.) against declarations and orders made on 29 November last. The learned primary Judge made a declaration that the appellant had, by causing to be televised the advertisement referred to therein and by causing the public display of certain posters, passed off its shoes known and marketed as "Leatherz", as goods with which the respondents had a commercial association. His Honour made a further declaration that the appellant, by televising the advertisement and causing the display of the posters, engaged in conduct which contravened s. 52 of the Trade

Practices Act 1974. It was also declared that the respondents were entitled, at their option, to damages or an account of profits in respect of the appellant's conduct. The Court ordered that the appellant be restrained from causing the advertisement to be televised or the posters displayed unless the advertisement or the posters included a clear and prominent statement that the respondent, Paul Hogan , and the makers of the film, "Crocodile Dundee", had not agreed to the advertisement or posters or their contents and in no way endorsed Grosby "Leatherz" shoes. Liberty to apply was reserved to enable the parties to apply, inter alia, for further relief and for further orders as to damages or the taking of accounts.

2. The case is concerned, as the orders suggest, with advertisements for shoes marketed by the appellant. The advertisements were intended to and did recall to the minds of persons seeing them a scene from the motion picture, "Crocodile Dundee" (now referred to as "Crocodile Dundee I") known as the "knife scene".

3. The film, "Crocodile Dundee I", is well known and has been the subject of much public discussion and comment. The star of the film is Mr. Hogan whose career is already well known to the great majority of Australians. His Honour has, at some length, set out a summary of Mr. Hogan's career, of the nature of the film and of the impact it has had. For completeness it is necessary to repeat that summary here. It has been taken substantially from the judgment under appeal.

4. Mr. Hogan came under public notice in Australia when he played a prominent part in an extensive advertising campaign for cigarettes marketed under the name, "Winfield". The campaign was conducted from 1970 to 1979 when, so I believe, cigarette advertising was banned on television. As his Honour has said, the campaign projected the character of Mr. Hogan as down-to-earth and irreverent and with something of the good-natured larrikin in him. Although the matter is not mentioned in this part of his Honour's judgment, Mr. Hogan was also well known for advertisements made for a well known brewer of beer and for a variety show, known as "The Paul Hogan Show", some excerpts from which are in evidence. In more recent times he has been featured in a large number of advertisements for the Australian Tourist Commission. Many of these were shown overseas but a number were also shown in Australia, sometimes as advertisements and sometimes in public interest programs informing Australians of the nature of the Commission's overseas advertising campaign. Unquestionably, all Mr.

Hogan's advertising has been highly successful. It has given him a large public following in this country. The characters which he played in the variety show had a similar stamp about them to the character - Mr. Hogan himself is featured in the advertisements. In a broad sense they were extensions, or rather, exaggerations of Mr. Hogan's personality as revealed in the various advertising campaigns to which I have referred.

5. In the film Mr. Hogan stars as the principal character, Mick or Crocodile Dundee. This character, although fictitious, is another extension or exaggeration of Mr. Hogan's own personality, as projected in the various television advertisements to which I have referred. It is correct to say that the character undertakes many feats which, to use an expression used in the course of argument, are larger than life and highly improbable. Usually they are portrayed in a laconic, laid-back style and yet are all pervaded with a certain cockiness and insolence. All these characteristics are said to be dear to the hearts of many Australians and indeed to reveal the type of personality which Australians like to think they have, even if this involves a certain amount of self-deception.

6. The film is set in two very different areas. First, the action takes place in crocodile infested waters in the outback of the Northern Territory. The characters are then transported to New York and it is whilst in New York that the knife scene occurs. The other principal character in the film is a journalist, Sue Charlton, described in publicity for the film as "an adventurous New York reporter". The synopsis for the film, quoted fully by his Honour, contains the following paragraphs:- "Sue Charlton, an adventurous New Yorkreporter, picks up the croc attack story, tracks Dundee down and travels with him on a re-enactment of Dundee's now famous adventure. Mick shows her an outback and a lifestyle worlds apart from New York and saves her from being crocodile lunch. Sue entices Dundee, who's never seen a crowd of more than 40 in one spot, back to New York City to finish her story. Croc takes New York City by storm, playing Prince Valiant to hookers and little old ladies, delivering his own unique line of philosophy and generally being the affable larrikin hero that he is. Sue is under pressure from her squillionaire newspaper magnate father to marry Richard, the perfect match editor of the family newspaper chain. She is headstrong, intelligent and amorous, lusting after life and after unusual adventures. Crocodile Mick romps through New York City like a friendly alien sweeping Sue along with him and leaving laughter in his wake."

7. His Honour's description of the knife scene, which is critical for the case, is as follows:- "Mick Dundee and Sue Charlton are walking arm in arm through the colonnade. They are approached by three young persons, one of whom asks the hero for a light. He replies 'Yeah sure kid. There you go', but the response is a demand for the hero's wallet. The heroine says in alarm 'Mick] give him your wallet'. Mick says in a relaxed fashion 'What for?'. She replies 'He's got a knife'.
Mick then laughs and responds 'That's not a knife', producing a formidable hunting knife with the words 'That's a knife'. Mick uses the knife to slash the jacket of the mugger, then holds the knife to his face. The mugger and his accomplices then run off."

8. The television advertisement, which as I have said, was based on the knife scene, was described by his Honour as follows:- "The television advertisement involves three persons, a couple set upon by a mugger. The advertisement depicts a scene at night in a dingy street with a couple advancing arm in arm, in light hearted mood. The female has fair hair, as does the Sue Charlton character in the film, but the clothing worn by the female character is quite different from that worn by Sue Charlton in the 'knife scene'. The clothes of the male character include a hat with a band displaying animal teeth and a vest worn over an open necked shirt with the sleeves rolled up above arm bands; he wears a necklet with several animal teeth affixed toit. The male character thus is dressed in clothing, the distinctive elements of which are similar to or identifiable as the clothing of the hero in the film. However, unlike Mr. Hogan, he is wearing jeans and 'Grosby Leatherz' shoes. The female character says 'He looked just like you Mick'. They are then confronted by a mugger wearing grotesque clothing and make-up, far the mugger in the scene in the film. The mugger holds a knife and the female character says 'Mick give him your wallet. He's wearing leather shoes'. The male character then says in a confident tone 'You call those leather shoes? Now these are leather shoes - Grosby leather, soft, comfortable, action packed leather'. The male character looks up and down and then kicks the knife out of themugger's hand. The male character then takes further kicks at the mugger culminating in a running kick at the mugger in the crotch. The mugger then, in a very exaggerated manner, flies into the air and out of the frame of the film. As this happens, Mick says 'Made right here in Australia and only 40 bucks'. The male character delivers the parting message 'Grosby Leatherz - you'd be a mugger to pay any more for real leather'. There then appears superimposed on the film as the male and female character walk away a cartoon dog which then announces 'Grosby - they're great mate' and closes his remarks with 'woof]'. The cartoon dog was a device which had been used previously in advertising for Grosby products."

9. The advertisement on the posters shows a partially reclining figure

wearing the same clothes as those worn in the television advertisement. The figure is wearing a pair of Grosby Leatherz. The face of the model is facing the camera and grinning. Beside the face appear in quotation marks the words in bold print, "You'd be a mugger to pay any more for real leather]" Above the shoes are the words in bold print, "Grosby Leatherz $40". The same actor appeared in the poster advertisement as in the television commercial and the same clothes were worn by him. The posters were shown at railway stations and on the sides of buses and trams.

10. Like the primary Judge, I have viewed the film, particularly the knife scene, the television advertisement and photographs of the posters. The impact which each makes is substantially a visual one - in the case of the film and the television advertisement it is also an aural one - and the reactions of people viewing them will no doubt vary. The bare account of them given in the primary Judge's reasons, which I have adopted for myself, whilst accurate, cannot adequately convey to a viewer or reader who has not seen them what each of them conveys. This is an important point and must be kept firmly in mind when the questions of fact which arise for decision in the case are being considered.

11. A reading of the amended statement of claim shows that the respondents the applicants at first instance) relied upon passing off and upon breach of ss. 52 and 53 (paras. (c) and (d)) of the Trade Practices Act. The essence of the respondents' case in relation to the cause of action for passing off was that the public were likely to be confused and led to believe that the appellant's footwear was marketed under franchise from the first or second respondent or both or marketed under licence or approval of those respondents whereby the appellant had passed off its footwear. In relation to the causes of action based on the Trade Practices Act the respondents' case was that the appellant falsely represented that it had the sponsorship or approval of or an affiliation with the first and or second respondents, falsely represented that the appellant's shoes had the sponsorship or approval of or an affiliation with the two respondents, and engaged in conduct which was misleading or deceptive or likely to mislead or deceive by making representations or otherwise leading or likely to lead members of the public to believe that the appellant or its goods had the endorsement of or was or were affiliated or associated with the first two respondents.

12. The learned primary Judge found the respondents' case in passing off established. He also found that the appellant's conduct constituted a

breach of s. 52 of the Trade Practices Act. He did not find any breach of s. 53 of that Act. In relation to passing off his Honour's conclusion was:- "... I have reached the conclusion that the misrepresentations which I have found in respect of the television commercial and the posters gave rise to passing-off of the 'Grosby Leatherz' as marketed under a commercial arrangement with the applicants (the respondents to the appeal) which did not exist."

13. In relation to s. 52 of the Trade Practices Act his Honour said:- "... I have found that the advertising campaign was conceived and implemented with an appreciation that many persons would be aware in a general way of business practices whereby licences for reward were given for marketing of products in association with representations of well known fictional characters, and whereby persons in the public eye agree to associate themselves with the marketing of products."
His Honour went on to say that the doctrine known as the "erroneous assumption doctrine" had no application in this case.

14. His Honour considered the application of paras. 53 (c) and (d) of the Trade Practices Act but said that he did not believe that what happened in the case "satisfied the rather specific requirements of these paragraphs". The respondents have not challenged his Honour's conclusions about the application of these paragraphs so that they do not arise for consideration in the appeal.

15. At the hearing at first instance, counsel for the respondents put their case in two ways. The primary case was that many people viewing the television advertisement and also the posters would be misled into thinking that the principal actor depicted in the advertisement was Mr. Hogan himself. That case was rejected by his Honour and his finding in that respect has not been the subject of any challenge on appeal. The other way in which the case was put, and this was maintained on appeal, was that, although people would not mistake the actor in the advertisement for Mr. Hogan they would nevertheless conclude that the advertisement could not have been shown without Mr. Hogan's consent or approval. Furthermore, the words used by the actor in the television advertisement and the words attributed to the actor on the posters were endorsements of the shoes. Thus the fact that a significant number of people would think that Mr. Hogan or one of his companies had approved or consented to the advertisement, would lead them also to think that he either advocated the purchase of the shoes or at least approved of them in some general way. In his reasons for judgment his

Honour has concentrated upon the question whether the showing of the advertisements would be likely to have misled people into thinking that Mr. Hogan, or one of his companies had approved of or consented to their being shown. His Honour has not expressly said anything about members of the public being misled because they were led to believe that Mr. Hogan in some general way approved of or endorsed the product, namely, the shoes. However, in the course of his submissions, senior counsel for the respondents to the appeal emphasized this aspect of his case and sought to support the declarations and orders made by his Honour upon the basis, not only of consent to the showing of the advertisements, but of approval and endorsement of the product.

16. Notwithstanding the absence of any express mention of this aspect of the respondents' case by his Honour, it seems to me, particularly if one has regard to the terms of the declarations which were made, that his Honour found this part of the case established. Whether this be so or not, it is a case which has been made before us and it is necessary to deal with it.

17. In addition to there being in evidence the film, the television advertisement and photographs of the posters, there was evidence of Mr. Hogan's background and career, of the making of the film and of the identity of the companies and persons who had copyright in the script for the film and in the film itself. The members of the staff of the advertising agency which devised and made the advertisement gave evidence of how they went about their task and what they intended to convey to those viewing or reading the advertisements. There was also evidence given by advertising agents not concerned with the making or promotion of the film or the advertisements of their view of the impact the advertisements would be likely to have and of advertising practices in relation to the use by advertisers of spoofs of scenes from well-known films to promote products. Some of this evidence was rejected. His Honour does not appear to have thought that so much of it as was admitted to be very helpful. I take the same view. Finally, evidence was given by seven members of the public, four called by the respondents and three by the appellant. I shall refer to this evidence as the lay evidence. Each of these witnesses had seen the film. Some had seen both the television advertisement and the posters; others had seen the posters but not the television advertisement.

18. It is necessary to make some analysis of this evidence. It was the

subject of a detailed analysis by his Honour and my own treatment of it comes largely from what he said about it. The four witnesses called in the respondents' case were all employed in a firm of Sydney stockbrokers, Jacksons Limited. The evidence is vague as to how they came to be selected to give evidence. It is also vague on matters such as the number of members of staff in Jacksons Limited who were approached about the matter. Nothing can be taken from the fact that it would appear that a great many more than four were approached. It is possible that some had reactions adverse to the respondents' case; but it is also possible that some did not want to become involved in an exercise which might lead them into the witness box.

19. The respondents' witnesses were Mr. Greenheld, Miss Ashby, Miss Timbs and Mr. Watson. Mr. Greenheld saw the poster at two Sydney railway stations and the television advertisement on some 20 occasions. He described the television advertisement as featuring a character "obviously meant to be Mick Dundee" and said that the advertisement was a "take-off of Mick Dundee". In the course of conversations leading to the preparation of his affidavit, he was asked whether, given that the character portrayed in the advertisement appeared to him to have been meant to be that of Dundee, he would have thought that permission would have been sought for the use of the character either from Mr. Hogan or the producers of the film. He said that as a matter of normal business practice he would have thought the producers would have gained permission. He said that he was not aware of the law behind this, but that in a normal business sense it would have been expected that permission would have been gained. In cross-examination Mr. Greenheld agreed that, at the time when he first saw the advertisements, thoughts such as these had not crossed his mind. He said, "You would be a bit cynical if you started thinking of the possible repercussions."

20. Miss Ashby did not say that she had seen the television advertisement but she had seen the poster displayed at Wynyard Railway Station and on the sides of buses. She agreed that the character shown in the poster was not Mr. Hogan but said that she thought "they were imitating him, dressed so they would look like him." Paragraph 3 of Miss Ashby's affidavit was as follows:- "When I saw the poster advertisements on the sides of buses I thought it was a look-alike of Paul Hogan as Crocodile Dundee. I thought the people who were advertising the shoes probably would have asked his permission or the permission of the makers of the film to use a look-alike. The makers would have asked for rights and royalties for using the look-alike. I

thought they would have asked permission because it's a take off of Crocodile Dundee character and the character that Paul Hogan created. It's a complete copy, hat and all."

21. In cross-examination Miss Ashby conceded that she had no means of knowing whether Mr. Hogan or the producers of the film had sought consent or not but she said that she thought that the advertiser should have approached Mr. Hogan or the producers of the film to get the right to put the advertisement on display.

22. Miss Timbs, like Miss Ashby, did not say that she had seen the television advertisement. She had seen the poster on the sides of buses. She thought that the advertisement was "a take-off" in the sense that it used and copied the character, Crocodile Dundee. She could see that the character was not Mr. Hogan but thought it was somebody who looked a lot like him. She said the character reminded her of the film which was funny.

23. In her affidavit Miss Timbs said:- "I presumed there would have been some permission given by the makers of the film or by Paul Hogan to use the Mick Dundee character. I also presumed that someone approached Paul Hogan or the makers of the film and that Paul Hogan or the makers of the film were getting something out of it. I presumed this because the character in the ad was their character. You just can't get up and use someone else's character."

24. In cross-examination Miss Timbs agreed that thoughts as to the asking of permission for use of a look-alike had not gone through her mind at the time she saw the advertisement. It is apparent that she only considered this matter when she was asked to do so by the solicitor who interviewed her.

25. Mr. Watson had seen the television advertisement on at least 12 occasions and had also seen the poster at a railway station. He agreed that the person depicted in the advertisement was not Mr. Hogan. He said that the television advertisement was an attempt to use the humour already existing in the situation involved "in the Crocodile Dundee routine about the mugger." He said that probably some time during his first viewing of the television advertisement, it flashed through his mind that someone should have been paid for it or rewarded for it. He had assumed that the makers of the advertisement had obtained permission in some way, or that they were linked with the

people who held rights in the film. In his affidavit Mr. Watson described the makers of the television advertisement as "playing on Crocodile Dundee". He said that both the poster and the television advertisement were "pretty close replicas of the movie and they had been twisted to suit the product".

26. Miss Kiffin, Mrs. Eddy and Mr. Jedlin were called in the appellant's case. All had seen the film before they saw the appellant's advertisement. Miss Kiffin was at one time employed as secretary to a partner in the litigation department of a large firm of Sydney solicitors. She saw the television advertisement on several occasions. In her affidavit she said:-

> "I recall that I immediately noticed that the commercial utilised the famous 'knife scene' from the 'Crocodile Dundee' film, which I had seen some time before. Also, I immediately recognised that the commercial was intended to be amusing. Further, it was quite clear to me that the commercial was a sort of 'send-up' and an exaggeration of the scene in the film. It was obvious that the man in the commercial was not Paul Hogan , and did not even look like him."

She said that it had never occurred to her that there was some sort of business arrangement between Mr. Hogan or the makers of the film and the makers of the advertisement.

27. Mrs. Eddy is a former manager in Sydney of Philippine Airlines. She saw the poster from time to time at the Edgecliff Railway Station. She said that at no time did it cross her mind that the man pictured in the poster was Mr. Hogan or that the producers of the poster had obtained Mr. Hogan's permission to use his image in the poster. Apparently she did not see the television advertisement.

28. Mr. Jedlin had seen both the television advertisement and the posters. He said that he thought the television commercial was "terrible" because he did not like the nature of the send-up. There was never any doubt in his mind that the advertisement was based on the knife scene in the film, but the poster reminded him more of the television advertisement than of the film. He regarded the poster as a "reiteration" of the television advertisement. Mr. Jedlin said that he always regarded the commercial as having been made in fun and it never occurred to him

that the makers of the film or Mr. Hogan must have authorized the making of the advertisements.

29. The lay evidence is relevant but it is not conclusive of the outcome of the case. The evidence must be considered, but the tribunal of fact, that is the judge hearing the case, must also use its own judgment and common sense and consider whether it would be likely to have been deceived or confused. I shall say more of this later, but, before leaving the lay evidence, I should note that none of the seven witnesses called said that he or she thought that the advertisements indicated that Mr. Hogan in some way supported or endorsed the shoes which were the subject of the advertisements. The fact that that is so does not prevent the judge at first instance or a court on appeal from reaching the conclusion that this indeed was the effect of the advertisement.

30. The case made by the appellant is, in a sense, a simple one. Its advertisers say that they set out to gain the attention of television viewers and persons who saw the posters by reminding them of a well known scene in the film. Their intention was not to suggest that Mr. Hogan or the producers of the film had given permission for a spoof or send up of it to be made. Far less was it their intention to suggest that in some way Mr. Hogan endorsed or approved of Grosby shoes. What they endeavoured to do was to "grab" or "hook" the attention of television viewers and passers-by by reminding them of a funny incident in the film. They chose characters who did not look like Mr. Hogan (or Crocodile Dundee) or Miss Kozlowski who played the part of Sue Charlton in the film. The central feature of the action was not a knife or knives but shoes. The television advertisement was said to portray a scene which was exaggerated and "larger than life" in the sense that it built upon the already improbable sequence shown in the film and made the scene shown in the advertisement even more unlikely. The actors playing the two parts were said to be caricatures of Crocodile Dundee and Sue Charlton and in no way to resemble them.

31. Because the character in the advertisement was not Mr. Hogan and viewers were not misled into thinking that it was he who was espousing the qualities of the shoes, the case brought against the appellant was a speculative one. It depended upon vague thoughts by members of the community concerning the legal rights film makers might have in ideas or characters and beliefs on the part of some people that in some general way permission was needed before use could be made of ideas or characters. To the extent that people had thought along these lines

they had done so because they were under a misapprehension. They had thus deceived themselves and had not been misled by any conduct engaged in by the appellant. At bottom the advertisements had done no more than to cause people to become confused and to wonder what the situation was. This was not enough to warrant a finding of misleading and deceptive conduct nor of passing off. Certainly there was no basis for the view that Mr. Hogan had endorsed or approved of the product which was advertised.

32. The appellant tendered a series of excerpts from well known films - "Casablanca" and "Close Encounters of the Third Kind" are two examples - and then in juxtaposition with them on the reel what was said to be a spoof or send up of that scene. There were also a number of excerpts taken from "The Paul Hogan Show" in each of which Mr. Hogan was said to have sent up the advertisement for a well known product, for instance, Blue Omo washing powder and the Womens' Weekly Magazine. There was no evidence whether the owners of the copyright in any of these films or advertisements had consented to the spoof or send up. His Honour did not find the films of substantial assistance. The purpose of their tender was to attempt to show that what was done by the advertising agency in the present case was in accordance with well known practice in the industry and that persons seeing advertisements of this kind do not assume permission nor endorsement of products referred to in the spoofs. I share, with respect, his Honour's views about this evidence which I think is inconclusive and largely unhelpful.

33. In the course of the discussion which was had during the argument great emphasis was laid by counsel for the appellant on the submission that the advertisement was a spoof or send up of the scene in the film. Another word used was "parody". On reflection, I do not think that it helps greatly to come to a conclusion whether this is an accurate description of what was done. Some, including Mr. Jedlin, would think that to use the word "parody" in connection with the advertisement would be to dignify it with a characteristic it does not have; he along, perhaps, with others, might prefer to view it as a travesty, but, as I have indicated, I think the exercise tends to divert one from a proper consideration of the matter. It is a question of looking at the elements of each of the causes of action relied upon in determining whether they have been established by the evidence.

34. Two things need to be emphasized. Firstly, this is not a case of infringement of copyright. No infringement of copyright was alleged.

Secondly, although the respondents contended at first instance that many people would believe that the principal character in the advertisement was Mr. Hogan, his Honour found to the contrary and there has been no challenge to that finding. In my opinion that was the only finding which was reasonably open. None of the seven lay witnesses thought the character was Mr. Hogan. I think it is clear that he was not. I say that not unmindful of the fact that people, in the ordinary course, do not see the film and the advertisement at the same time. The film leaves an impression and the advertisement recalls an aspect of it. Furthermore, the advertisement, like most advertisements, is shown without any warning of what viewers are about to see. It is flashed on the screen for 30 seconds or so at times when the attention of viewers may be distracted so that they do not take it in fully. Nevertheless, Mr. Hogan was such a well known personality on television well before the film and the advertisement came into existence that his features, voice and manner were unmistakable. The actor who played the principal part in the advertisement could not possibly have been confused with him.

35. I propose first of all to deal with the question whether the appellant's conduct in broadcasting the television advertisement and displaying the posters constitutes passing off. The elements of that "cause" of action are:

> "(1) a misrepresentation (2) made by a trader in the course of trade, (3) to prospective customers of his or ultimate consumers of goods or services supplied by him, (4) which is calculated to injure the business or goodwill of another trader (in the sense that this is a reasonably foreseeable consequence) and (5) which causes actual damage to a business or goodwill of the trader by whom the action is brought or (in a quia timet action) will probably do so."

So much was said by Lord Diplock in Erven Warnink Besloten Vennootschap v. J. Townend & Sons (Hull) Limited (1979) AC 731 at p 742. I refer also to the speech of Lord Fraser at pp 755-6.

36. The question whether there was a misrepresentation is at the heart of this case and I shall deal with it last. If there was, there is no doubt that it was made by the appellant as a trader in the course of trade (requirement (2)), to its prospective customers or ultimate consumers of goods supplied by it (requirement (3)). There are questions

concerning the next two requirements, namely, whether any misrepresentation was calculated to injure the business or goodwill of the respondents and whether it caused actual damage to their business or goodwill or would probably do so.

37. I do not have great difficulty in resolving these questions favourably to the respondents in this appeal, particularly to Mr. Hogan himself. As I have indicated, he has for many years advertised products by himself appearing on television sponsoring or endorsing products. These products have been cigarettes, beer and Australia as a desirable tourist destination. It is clear, and the evidence establishes it, that he has been selective about the products he has chosen to advertise and that he has restricted his advertising activities to a small number of them. The appellant's advertising, if it amounted to a misrepresentation, would tend to damage the reputation which Mr. Hogan has because it would suggest that he was endorsing yet another product, although in a way different from the way in which his well known advertising campaigns had been conducted. Furthermore, the appellant's advertising would tend to reduce the impact of advertising in which Mr. Hogan himself might wish to engage by using parts of the film as a basis for it. What the appellant's advertising did, or at least had the potential to do, was to detract from Mr. Hogan's own opportunities of making money out of a film in which he himself had appeared and in which he or companies associated with him had copyright.

38. In the course of the argument it was submitted by counsel for the appellant that the character, Crocodile or Mick Dundee, was fictional and was certainly not Paul Hogan. On the other hand, the character in Mr. Hogan's advertising was not fictional, but was Mr. Hogan himself. I think this submission ignores the fact that Mr. Hogan, whether he is appearing personally to advertise a product or to portray fictional and exaggerated characters such as he did in the variety show which bears his name or in the film, is not really acting a part but is playing himself, notwithstanding that the character he plays may behave in an exaggerated and, at times, unbelievable fashion. The publicity for the film opens with the sentence, " Paul Hogan is Crocodile Dundee ..."I think this is unquestionably correct and was found to be so by the primary Judge.

39. I have found assistance in relation to the problems which Lord Diplock's elements (4) and (5) raise in the judgments of the High Court in Radio Corporation Pty. Limited v. Disney (1937) 57 CLR 448. The case

concerned the application for the registration of trade marks for the names "Mickey Mouse" and "Minnie Mouse". The two characters had been invented by Mr. Disney and had acquired world-wide popularity in cinematograph pictures. The names and figures had been applied by traders under licence from Mr. Disney to many classes of goods other than films as an aid to selling them. The applicant for registration of the marks had no connection with or licence from Mr. Disney whose interests opposed the registration. The Court was concerned to construe and apply s. 114 of the Trade Marks Act 1905 (see now s. 28 of the Trade Marks Act 1955) which, so far as relevant, provided that no mark, the use of which would, by reason of its being likely to deceive or otherwise be deemed disentitled to protection in a court of justice, shall be used or registered as a trade mark or part of a trade mark. It is to be observed that the section used language not dissimilar from that used in s. 52 of the Trade Practices Act. The case is relevant to the cause of action based on that section but I shall come to that matter a little later. In the course of his judgment Dixon J. (as he then was), after referring to Eno v. Dunn (1890) 15 App Cas 252 said:-

> "In the present case it is the same intangible advantage arising from public celebrity, widespread fame and interest, that the applicants seek. It is not a diversion of trade, custom or profit. Except for the refusal to pay licence fees, the continued use of the trade mark by the applicants will not affect any of the commercial operations of the opponents. It is clear, I think, that the opponents could on their part obtain no injunction for the protection of such an interest as that arising from the mere celebrity or reputation of Disney's productions. Further, in selling, so to speak, the advantage of that celebrity to traders as the opponents have done under their licensing system, they have done much to destroy the significance which they now seek to ascribe to it, namely, the significance of trade reputation based upon a mark. But these are matters which do not make it less right to keep off the register a mark improperly adopted by the applicants. If the circumstances are such that its

> adoption will give the applicants no right to protection by injunction or other remedy under the general law, then it should be kept off the register. This is what Lord Macnaghten (in the passage cited from his speech in the Eno case at pp 263-4) means. Further, the burden of establishing that the mark is free from this disqualification lies on the applicants.
>
> On the whole, I think there are present elements which leave them unable to discharge this burden. Those elements are, first, the belief which many people are not unlikely to hold that in some way or another Disney, or one of his companies has permitted, if not procured, the application of the name Mickey Mouse to the radio sets in connection with which it is used and, second, the unauthorized diversion to their own purposes on the part of the applicants of the celebrity and reputation obtained by the various activities of the opponents in relation to Mickey Mouse. The latter may give no cause of action but I think that, at any rate in conjunction with the former element, it would be enough to deprive the proposed mark of protection."

40. It is impossible, of course, to make comparisons between the impact that the Walt Disney characters must have had in Australia and other countries in the mid 1930s with the impact that Mr. Hogan has had in Australia and elsewhere in the 1970s and 80s. But the evidence establishes that that impact has been quite enormous. The considerations which apply in relation to him are precisely the same as those which Dixon J. found to apply in the case of the Disney characters.

41. The Disney case was not a passing off case but it seems to me that the considerations which are mentioned by Dixon J. provide assistance in the approach one should make to the question whether the respondents have established elements (4) and (5) stated by Lord Diplock in the Warnink case to be essential ingredients of the cause of action.

42. Further assistance is to be found in the decision of the Full Court of the Supreme Court of New South Wales in Henderson v. Radio Corporation Pty. Limited (1960) 60 SR NSW 576. The Hendersons, who were the plaintiffs, were well known professional ballroom dancers. The defendant made and distributed gramophone records. One of the records was entitled, "Strictly for Dancing, Vol. I". The record was of music suitable for ballroom dancing and was described as strict tempo dance music. It was intended for the instruction of students in dancing and for use by dancing teachers, but might also be bought by the public. The front cover featured as a background a ballroom scene in which a dancing couple was a prominent feature. The couple was not identified in the print appearing on the cover but was recognized as the Hendersons by a number of witnesses connected with professional ballroom dancing.

43. In the course of his judgment Manning J. said (pp 603-4):-

> "The plaintiffs in this case had acquired a reputation which doubtless placed them in a position to earn a fee for any recommendation which they might be disposed to give to aid the sale of recorded dance music of the type in question. I have referred to those engaged in sporting activities because of the facts in Tolley's Case (1931) AC 333, but the position of the plaintiffs is better compared with that of a well-known actress or model. I can see no distinction in any such cases provided (as has been established in this case) that the activity of the party concerned has resulted in their recommendation becoming a saleable commodity. The result of the defendant's action was to give the defendant the benefit of the plaintiffs' recommendation and the value of such recommendation and to deprive the plaintiffs of the fee or remuneration they would have earned if they had been asked for their authority to do what was done. The publication of the cover amounted to a misrepresentation of the type which will give rise to the tort of passing-off, as there was implied in the acts of the defendant an

> assertion that the plaintiffs had 'sponsored' the record.
>
> No evidence was given as to what fee or remuneration would have been payable in circumstances such as these and the major part of the argument was directed rather to the submission that damage would flow because the plaintiffs would be less likely to secure some reward for 'sponsoring' some other record or records. In my view damage of the latter type is too remote.
>
> However, I am satisfied that the unauthorised use by the defendant of the commercially valuable reputation of the plaintiffs justifies the intervention of the Court. I would have thought that the relief to which the plaintiffs were entitled was an inquiry as to damages, an injunction to restrain the defendant from disposing of any further record covers bearing a visual representation of the plaintiffs and an order for delivery up for destruction of the unsold covers, but the only order made was for an injunction and there is no cross-appeal."

44. Earlier Manning J. contrasted the position which existed in 1960 with that which obtained 20 or 30 years earlier about the time Tolley's case (Tolley v. J.S. Fry & Sons Limited (1931) AC 333) was decided. He said (p 602):-

> "Commercial enterprise develops, competition becomes keen and those in whom the desire to succeed, at the expense of their competitors, is strongest, are forever seeking new and more attractive methods of presenting their goods to the public. In the early part of the century it doubtless would have been difficult if not impossible to envisage the development of advertising by radio. A quarter of a century ago only those with the greatest foresight could have envisaged the manner in which advertisers seek to catch the eye of a large proportion of the public by

> means to which we are (sadly so it seems to me) subjected if we tune in to a commercial television station."

Undoubtedly the changes in the period of almost 30 years that have elapsed since Manning J. said what he did provide an even more remarkable contrast.

45. To the references I have already given, it is appropriate to add a reference to what was said by Drysdale and Silverleaf in their work, Passing Off Law and Practice (1986) at p 85, namely:-

> "The use of well-known names, whether of real people or of fictional characters, for commercial purposes is known as 'character merchandising'. As has been seen, the owner of a name, or the deviser of a fictional character, has no right under the law of passing off to prevent the use of such a name for such a purpose, unless (i) he has acquired a reputation in the name in connection with a business, and (ii) he can prove damage or the likelihood of damage to the goodwill in the business as a result of the use of the name of which he complains. From the point of view of passing off actions, character merchandising cases fall into exactly the same categories as all other cases and there are no special considerations. To have any prospect of success the plaintiff must be able to show that the business in the character which is being merchandised is such as to give rise in the minds of the public to a connection with a single common source and that the use by those not licensed by him therefore causes damage to his goodwill."

46. It follows in my opinion that, if there is here a misrepresentation, to use the language of Manning J. quoted earlier, the unauthorized use of Mr. Hogan's commercially valuable reputation justifies the interference of the Court. I turn then to consider the critical question whether the televising of the advertisement and the display of the posters amounted to a misrepresentation. Guidance as to how the task should be

approached is provided by Lord Diplock in General Electric Co. (of USA) v. General Electric Co. Limited (1972) 1 WLR 729. Like the Disney case, the General Electric case was also a trade mark case, but what his Lordship said about the approach of a judge to the finding of facts applies equally to passing off cases and to cases based upon misleading and deceptive conduct. His Lordship said (p 738):-

> "... where goods are sold to the general public for consumption or domestic use, the question whether such buyers would be likely to be deceived or confused by the use of the trade mark is a 'jury question.' By that I mean: that if the issue had now, as formerly, to be tried by a jury, who as members of the general public would themselves be potential buyers of the goods, they would be required not only to consider any evidence of other members of the public which had been adduced but also to use their own common sense and to consider whether they would themselves be likely to be deceived or confused.
>
> The question does not cease to be a 'jury question' when the issue is tried by a judge alone or on appeal by a plurality of judges. The judge's approach to the question should be the same as that of a jury. He, too, would be a potential buyer of the goods. He should, of course, be alert to the danger of allowing his own idiosyncratic knowledge or temperament to influence his decision, but the whole of his training in the practice of the law should have accustomed him to this, and this should provide the safety which in the case of a jury is provided by their number. That in issues of this kind judges are entitled to give effect to their own opinions as to the likelihood of deception or confusion and, in doing so, are not confined to the evidence of witnesses called at the trial is well established by decisions of this House itself."

47. I refer also to the speech of Lord Morris in Parker-Knoll Limited v. Knoll International Limited (1962) RPC 265 where his Lordship said (p 279) that, in arriving at a decision, the Court must not surrender in favour of any witness its own independent judgment. The matter is discussed in the judgments in McWilliam's Wines Pty. Limited v. McDonald's System of Australia Limited (1980) 49 FLR 455 per Smithers J. at pp 460-1 and per Fisher J. at p 477. McWilliam's was a case under s. 52 of the Trade Practices Act but some of the authorities and texts referred to by their Honours were concerned with the question of passing off rather than breach of a statutory provision such as s. 52 of the Trade Practices Act.

48. In reaching a conclusion whether there has been misrepresentation in this case a number of factors need to be taken into account. Minds may differ about these and about the degree of importance each of them has, but, in my opinion, the most significant factors are as follows:-

(a) In his advertising Mr. Hogan himself has always appeared to endorse or sponsor products. He has brought to his advertising his own distinctive personality and style which he brings also to the characters which he plays in variety shows and in the film in question. He is to the forefront of the advertising. There is nothing subtle about it; he plays the principal part and makes the recommendations personally.

(b) The advertisements in question have as their principal character a person who is plainly not Mr. Hogan. He is not a look-alike in the sense of his being a double or an impersonator. He has distinctly different features and his voice is very different from Mr. Hogan's. Nevertheless, he is dressed similarly to Mick Dundee in the film and his very appearance even on the posters would cause people, as the advertisers intended should occur, to recall the character in the film and the knife scene well known by that stage to great numbers of people.

(c) The action which the television advertisement depicts is plainly evocative of the knife scene in the film. Again, that is intended to be the case because the purpose of the advertisers was to "grab" people's attention - to "hook" them - by causing them to recall a well known, somewhat improbable and amusing part of the film.

(d) The action in the advertisement varies substantially from

that in the film because the object which becomes the centre of attention is not the character's knife (as it is in the film) but the character's shoes. This is emphasized by the plug for the shoes in the course of the advertisement and by the advertising material about them which follows the conclusion of the action. Furthermore, the action in the advertisement is much more exaggerated. The assailant's knife is kicked out of his hand and the assailant himself is kicked in the crotch. This causes him to fly into the air and out of the frame. Nothing of that kind happened in the film.

(e) The lay evidence does not strongly favour the respondents' case. Three witnesses - those called by the appellant - did not think that Mr. Hogan would have approved of or consented to the display of the advertisements. The question had not entered their minds at the time they saw the advertisements. When their minds were later directed to it they expressed the firm view that the display did not mean consent or approval.

(f) Of the four witnesses called in the respondents' case, two had apparently not seen the television advertisement but were reminded of the knife scene by the posters which they saw at railway stations or on buses. A reading of the evidence of two of them does not suggest that the question of consent or approval crossed their minds until they were asked about the matter by the solicitor who interviewed them. In the other cases there was a presumption that approval must in some way have been given.

(g) None of the witnesses gave evidence that Mr. Hogan had endorsed or sponsored the shoes even indirectly. This does not appear to be a matter about which they were asked. On the other hand, bearing in mind the plug which the central character in the advertisement gives for the shoes, I think one would conclude that, if display of the advertisements was sufficient to represent to members of the public consent or approval of the advertising by Mr. Hogan, it must follow that he in some way also approved the product which was advertised or at least did not look unfavourably on it. In any event, the advertisements would be likely, because they recalled the film and a particularly memorable scene from it, to confer on the advertiser the benefit or advantage arising from what is

described in the industry as the "rub-off" from the film or at least the knife scene in it. In other words it would be likely to give to the appellant's product the advantage or the prospect of being well regarded by the public because in some unspecified way the appellant's shoes had become associated with the film, the knife scene, the character Crocodile Dundee and thus Mr. Hogan himself. I think this was the effect of his Honour's findings, particularly if one has regard to the terms of his declarations.

(h) Although the television advertisement was shown frequently, its duration was only 30 seconds. When it was shown, it was shown without warning and, no doubt, as one of a batch of advertisements during advertising breaks between programs or in the course of particular programs. The opportunity which viewers had to see the advertisement was a fleeting one. It appeared momentarily on their screens. That is so in the case of most television advertising which must, perforce, be quite transitory. Indeed, that is why advertisers, such as the agency here, seek to "grab" or "hook" viewers by using material which so attracts their attention, that they are held for sufficiently long to see the product which is being advertised. This is particularly important when one bears in mind that viewers become distracted during advertising breaks by conversation, looking at reading material or leaving the room to attend to household chores and the like.

(i) Each of the judges who has had to consider this matter has had the benefit, or has been under the disadvantage - it depends how one looks at the matter - of seeing the knife scene from the film and the advertisement one after the other. Each has thus been able to engage in an exercise of close comparison. The advertisement has not been flashed on the screen unexpectedly when their attention has been diverted by some other activity. Viewers of the advertisement, on the other hand, would, in most cases, not have seen the film at any very recent time beforehand and would recall the knife scene, which the advertisement would be likely to bring to their minds, with varying degrees of particularity and accuracy.

(j) According to the advertising evidence, the target audience was people in the 20 to 35 year old age bracket. But the

> advertisement would have been seen by a wide variety of age groups. All who had seen the film - and there must have been hundreds of thousands - would have reacted to the advertisement in a variety of ways. It would be wrong to consider only the reactions of those in the target group. In the assessment of the situation, there must be taken into account the broad range of people who must have seen both the film and the advertisement, including the posters. Thus there would be a wide range of ages, a wide range of intellects and intelligence, a wide range of tastes and, if people thought about the matter to any extent, a wide range of reactions.

49. Upon the basis that a court should approach the matter as Lord Diplock said it should in the General Electric case, it seems to me that the court must make an assessment of the relevant factors to be considered and reach a conclusion on what is essentially a question of fact and degree. Tolley's case referred to by Manning J. in his judgment in the Henderson case was a defamation case. But, with some adaptation, I find the first question posed by Viscount Duneedin ((1931) AC at p 343) of assistance in determining the way in which the matter should be approached. His Lordship asked:-

> "Would the caricature associated with the advertisement admit of a reasonable inference that the plaintiff had assented to be so depicted?"

His Lordship added that the answer depended on the view taken of the pictures, that is, the cartoon of the amateur golfer in that case, of its surroundings, and of its use. His Lordship used the words, "admit of a reasonable inference" because the question he had to determine was whether the case should have been left to the jury. There was judicial disagreement both in the Court of Appeal and in the House of Lords about the answer to this threshold question and yet the question was not whether the advertisement did lead to the inference that the plaintiff had assented to be part of it but whether it was open to a jury to decide whether it did or not. Here I think the question is, "Would the portrayal of an advertisement evocative of the knife scene in the film lead a significant number of those seeing the broadcast and the posters to think that Mr. Hogan had assented to the adaptation of the knife scene from the film?"

50. The decisions in a number of cases show that questions such as this will sometimes be answered favourably and sometimes unfavourably to

those claiming relief for passing off. This is because of the wide variety of factual situations with which the courts have had to grapple. Dicta of judges about the ambit of particular advertising are not always helpful. Nevertheless I find it of assistance to refer to a further passage from the judgment of Dixon J. in the Disney case. is Honour said 57 CLR at (p 457):-

> "I find it hard to believe that the use of the words on or in connection with a radio receiving set would produce any other impression than in the case of most of the other almost innumerable classes of articles to which the name or the representation of Mickey Mouse has been applied. That impression does not, I think, primarily relate to the origin, selection or treatment of the goods. The reason for using the names is to attract the attention of members of a public that has found pleasure and amusement in the grotesque forms and absurd antics of Disney's creatures, and at the same time to give to the goods a name or means of description at once familiar and pleasing or interesting to the possible buyer. No doubt this means that the trader makes use of elements which belong to the reputation and fame of Disney's creations and it may be that in some vague way the buyer supposes that Disney must have sanctioned it."

51. The decision in Henderson's case is another example of a court finding that the use of material plainly related to the plaintiffs in a given case created the impression that the plaintiffs had in some way given their support, or at least their consent, to the advertisement. But this view is not universally held. In In re American Greetings Corporation's Application (the "Holly Hobbie" case) (1984) 1 WLR 189, yet another trade mark case, Lord Bridge said (pp 191-2):-

> "But character merchandising deceives nobody. Fictional characters capture the imagination, particularly of children, and can be very successfully exploited in the marketing of a wide range of goods. No one who buys a Mickey Mouse shirt supposes that the quality

> of the shirt owes anything to Walt Disney Productions."

52. What his Lordship said appears to have echoed what was said by Oliver J. (as he then was) in Lyngstad v. Anabas Products Limited ("the Abba" case) (1977) FSR 62. Abba was a group of Swedish musicians. The first defendants manufactured badges and transfers for pillow slips and T-shirts bearing pictures of various popular musicians and groups. The second defendants had offered for sale certain of these badges bearing pictures of Abba. Abba had not authorized this use of their photographs. Amongst other things Oliver J. said (p 68):-

> "So far as it (the evidence) goes it suggests no more than that some people might think that the plaintiffs might have granted some sort of licence for the use of the name, although why they should do so has never been explained, since it is not alleged, and indeed I do not think could be alleged on the evidence, that there is any general custom for such licences to be granted by pop singers. Indeed the available evidence is quite to the contrary."

53. I do not find assistance from these dicta. It seems to me that they are not statements of principle but assertions which comprise the subjective views of the judges who propounded them. Furthermore each was said in the context of the case being decided and with the evidence in that case in mind. One has to come to the facts of this case and not be overly influenced by decisions on other sets of facts. Neither the Disney case nor the Henderson case provides the respondents here with assistance of any conclusive kind because in the one case the characters used were replicas of the Disney characters and in the other the photograph was of the plaintiffs themselves. As I have pointed out, this is not the case of a look alike, in other words, the use of a character so similar in appearance to Mr. Hogan that a significant number of people would think that it was he who was playing the principal part in the advertisement. It is a case rather of the adaptation (not in the copyright sense) of a scene from the film for the purpose of attracting viewers' attention. Having considered the whole of the circumstances, I do not think that one can say that more than this was involved.

54. That, however, does not end the inquiry. I have to place myself in the difficult position postulated by Lord Diplock in the General Electric case. I am entitled, indeed bound, to give effect to my own reactions and views. But, in doing so, I must be careful not to be too subjective about my approach and to endeavour to put aside any idiosyncratic notions that I may have. I ought to give substantial weight to the circumstances that viewers of the advertisements would see it under very different circumstances from those in which I saw it and I ought to have regard to the wide range of age groups, intellects and tastes of the numerous people who must have seen both the film and the advertisements.

55. Having performed this exercise as best I can, I have reached the conclusion that viewers of the advertisement could not reasonably conclude that Mr. Hogan had consented to or authorized the advertisement. In reaching this conclusion I have been much influenced by the very different advertising style used in the advertisements from the style used by Mr. Hogan himself. That style or stamp is, in a sense, an essential part of his case, because, as I have endeavoured to show, it is that which in effect is claimed to have been damaged as a result of the showing of the advertisements. I have been influenced also by the weakness, from the respondents' point of view, of the lay evidence. It crossed the mind of only two of the seven members of the public who were called that Mr. Hogan must, in some way, have approved of the advertisements. The three witnesses called in the appellant's case were firmly of the view that the showing of the advertisements did not imply consent. Two of the respondents' witnesses did not think about the matter until they were asked to do so by the solicitor who interviewed them. It seems to me that their reactions to his question reflected a vagueness and an uncertainty which militated against the evidence establishing that they were deceived or confused about the matter. I bear in mind that this evidence is by no means conclusive and that I have an obligation to reach my own conclusions about the matter. But the reactions of the seven witnesses called, although varied, accord with my own general reactions. The witness who expressed my own views closely was Mr. Jedlin who thought the advertisement was terrible and that it could not have had anything to do with Mr. Hogan.

56. One can understand the indignation which the respondents and their own advertising agents must have felt when they saw one of the well-known scenes from this most successful film adapted in this way. But the question is whether what was done constituted a misrepresentation.

There being no question of copyright, no right of property is involved. The only question is whether the use made of the advertisements caused a significant number of people to be misled or at least confused.

57. In reaching my conclusion, I have taken into account that I am differing from the primary Judge, who has had great experience in this area and who has given the matter very close and careful attention. That is a circumstance which has caused me to hesitate. But this Court is in as good a position to assess the evidence as was his Honour and if, upon proper reflection, it reaches the conclusion that a different view is warranted, it should give effect to its own views. For my part, I have reached that conclusion and I would propose that that be the view which the Court should adopt. It follows, in my opinion, that the respondents' claim based on passing off should have failed.

58. That leaves the cause of action based on s. 52 of the Trade Practices Act. Essentially the question is whether the appellant, in making use of the advertising material which is in question, engaged in conduct which was misleading or deceptive or likely to mislead or deceive. In my opinion this raises essentially the same question and the same considerations as are involved in the determination of whether there was a misrepresentation for the purposes of the cause of action in passing off. I do not think that the considerations are very different. It follows that I am of opinion that the cause of action based upon s. 52 should also have failed.

59. My conclusion in this respect makes it unnecessary to consider submissions relied upon by counsel for the appellant based upon the propositions that, if people were misled by the advertisements, they were misled because they had deceived themselves and that, in any event, the advertisements were at most confusing causing people to wonder whether the respondents had authorized them with the consequence that misleading and deceptive conduct by the appellant had not been made out. In support of his propositions senior counsel for the appellant relied upon a number of well known cases, namely, Hornsby Building Information Centre Pty Limited v. Sydney Building Information Centre Limited (1978) 140 CLR 216, the McWilliam's case earlier cited and Parkdale Custom Built Furniture Pty Limited v. Puxu Pty Limited (1982) 149 CLR 191. The last of these cases establishes plainly enough that conduct will not involve a contravention of s. 52 of the Trade Practices Act if it is confusing as distinct from misleading. In this respect there would appear to be some difference between the two

causes of action relied upon in this case. There are many dicta in the authorities dealing with passing off which show that there need not be actual deception; confusion will be enough. The dictum from the speech of Lord Diplock in the General Electric case earlier quoted provides an example. In Bridge Stockbrokers v. Bridges (1984) 57 ALR 401 Lockhart J. attempted to reconcile what was said in Puxu with problems which the Court has had to face in relation to a number of commercial practices; see pp 414-5. I tend to agree with what his Honour there said, but the matter does not, in my opinion, need to be considered in this case because I have reached the conclusion that the use of the advertisements did not cause people to be misled or confused.

60. In the result I would allow the appeal, set aside the orders of the learned primary Judge and, in lieu thereof, order that the application be dismissed. The appellant should have its costs both on appeal and at first instance.

JUDGE2

Pacific Dunlop Limited (hereafter "the appellant") appeals from orders made by a Judge of the Court restraining it from engaging in conduct which, his Honour held, constituted first, a passing-off and, secondly, misleading conduct contrary to s.52 of the Trade Practices Act 1974 (see Hogan v. Pacific Dunlop Ltd. (1988) 83 ALR 403).

2. The primary facts are not in dispute. The first respondent, Paul Hogan, performed the title role in the film "Crocodile Dundee". He was one of the authors of the script for the film. The film was widely advertised. The film had considerable commercial success in Australia and in other countries. A video of the film was released.

3. The advertising for the film asserted that " Paul Hogan Is Crocodile Dundee". A synopsis of the plot of the film, which was adopted by his Honour, was as follows: The first respondent is Crocodile Mick Dundee, a friendly larrikin crocodile hunter from the wilds of the Northern Territory of Australia. He becomes national news after he has his leg almost ripped off by a giant crocodile. Heroically he drags himself for a week through "croc-infested" waters and survives to tell the tale. In fact, the story gets better every time it's told, especially by his manager/partner Wally ("call me Walter") Reilly. Together they run Never Never Safaries ("never go with us . . . if you do you'll never come back") out of Walkabout Creek. Mick Dundee is a hero who takes the "micky" out of heroism. He's almost a blond aborigine, an expert with animals, a

tracker, a hunter and fisherman. Time means nothing to him. Millionaire and pauper are treated equally. He has a great sense of humour and his own unique line of homespun philosophy. In a nation short of heroes Mick Dundee is just that . . . a hero. Sue Charlton, an adventurous New York reporter, picks up the "croc attack" story, tracks Dundee down and travels with him on a re-enactment of Dundee's now famous adventure. Mick shows her an outback and a lifestyle worlds apart from New York and saves her from being crocodile lunch. Sue entices Dundee, who's never seen a crowd of more than 40 in one spot, back to New York City to finish her story. "Croc" takes New York City by storm, playing "Prince Valiant" to hookers and little old ladies, delivering his own unique line of philosophy and generally being the affable larrikin hero that he is. Sue is under pressure from her "squillionaire" newspaper magnate father to marry Richard, the perfect match editor of the family newspaper chain. She is headstrong, intelligent and amorous, lusting after life and after unusual adventures. Crocodile Mick romps through New York City like a friendly alien sweeping Sue along with him and leaving laughter in his wake.

4. The tone of the film was described by his Honour as "humorous with an element of self deprecation and irony in characters from the outback, including the title figure". Several of the scenes in the film appeared to be "exaggerated rather than naturalistic." The respondents contend that the appellant used, or adapted, strong images from the film "Crocodile Dundee", and in particular, from a striking scene ("the knife scene") to seek to persuade prospective purchasers of the appellant's products that the products have an association with, or endorsement by, the first respondent as "Crocodile Dundee" which they do not have. Before describing the "knife scene" reference should be made, by way of background, to some other aspects of the first respondent's career.

5. From 1970 to 1979, the first respondent took a prominent part in an extensive advertising campaign for cigarettes marketed under the name "Winfield", receiving substantial fees for his services. The campaign projected his character as "down-to-earth, irreverent and with something of the good natured larrikin in him." His Honour found that the character of "Crocodile Dundee" was thus not only strongly identified with the actor playing it, but with the already well recognised personality of the actor. Over the last three years, the first respondent appeared in an advertising campaign conducted by the Australian Tourist Commission in this country and in the United States. In 1985, he entered into an agreement with Carlton & United Breweries International

Ltd. for the provision of his services internationally for a term of four years in the promotion of "Foster's" beer.

6. The "knife scene" was described by his Honour as follows: The scene is set in New York at night, not in a dingy alley but in a well lit public area with a colonnade. However, the hero's various adventures in New York after dark include other scenes which do take place in dingy back streets. Mick Dundee and Sue Charlton are walking arm in arm through the colonnade. They are approached by three young persons, one of whom asks the hero for a light. He replies "Yeah sure kid. There you go". But the response is a demand for the hero's wallet. The heroine says in alarm "Mick] give him your wallet". Mick says in a relaxed fashion "What for?". She replies "He's got a knife". Mick then laughs and responds "That's not a knife", producing a formidable hunting knife with the words "That's a knife". Mick uses the knife to slash the jacket of the mugger, then holds the knife to his face. The mugger and his accomplices then run off. Characteristically, Mick then says "Just kids havin' fun". He asks his companion "Are you alright?". She responds that she's always alright when she's with him and says "God, that sounds corny". After a slight pause, she then says "Why do you always make me feel like Jane in a Tarzan comic?". Mick then imitates Tarzan and the couple kiss under the colonnade.

7. The appellant is a well established public company. It markets shoes under the trade name of "Grosby". The appellant advertised on television for the sale of a line of Grosby shoes described as "Grosby Leatherz". The advertisement, as described by the Judge, was in these terms: A scene at night in a dingy street is depicted with a couple advancing arm in arm, in light hearted mood. The female has fair hair, as does the Sue Charlton character in the film, but the clothing worn by the female character is quite different from that worn by Sue Charlton in the "knife scene". The clothes of the male character include a hat with a band displaying animal teeth and a vest worn over an open necked shirt with the sleeves rolled up above arm bands; he wears a necklet with several animal teeth affixed to it. The male character thus is dressed in clothing, the distinctive elements of which are similar to or identifiable as the clothing of the hero in the film. However, unlike the first respondent, he is wearing jeans and "Grosby Leatherz" shoes. The female character says "He looked just like you Mick". They are then confronted by a mugger wearing grotesque clothing and make-up, far more exaggerated than that of the mugger in the scene in the film. The mugger holds a knife and the female character says "Mick give him your

wallet. He's wearing leather shoes". The male character then says in a confident tone "You call those leather shoes? Now these are leather shoes - Grosby leather, soft, comfortable, action packed leather". The male character looks up and down and then kicks the knife out of the mugger's hand. The male character then takes further kicks at the mugger culminating in a running kick at the mugger in the crotch. The mugger than, in a very exaggerated manner, flies into the air and out of the frame of the film. As this happens, Mick says "Made right here in Australia and only 40 bucks". The male character delivers the parting message "Grosby Leatherz - you'd be a mugger to pay any more for real leather". There then appears superimposed on the film as the male and female character walk away a cartoon dog which then annouces "Grosby - they're great mate" and closes his remarks with "woof]"."

8. The respondents also complained of a poster displayed by the appellant. The Judge described the poster as follows: The advertisement shows a partially reclining figure, wearing the same clothes as those in the television advertisement. But whilst the hat is quite prominently displayed, only portions of the vest and shirt are visible. The arms are not visible and the eye is directed along the jeans-clad horizontally placed legs of the figure, to his feet which rest upon a round wooden object. Upon the feet is a pair of "Grosby Leatherz". The face of the model is facing the camera and grinning. Beside the face appear in quotation marks the words in bold print, "You'd be a mugger to pay any more for real leather]" Above the shoes are the words, again in bold print, "Grosby LEATHERZ $40". The words "Recommended retail price" appear in small print. The head of a cartoon-like dog appears in a rondel before the word "Grosby". The same actor appeared in this advertisement as in the television commercial, and the same clothes were worn by him.

9. The background to this advertising was that in 1986 the respondent had decided to introduce a derivative, or continuation, of a line of shoes previously marketed by it under the name "Jetz". The "Jetz" shoes were made of polyurethane. The new product, to be known as "Grosby Leatherz", was to have leather uppers. The new product was to retail at $40.00, an inexpensive price. The appellant wished the product to appeal to men aged primarily between 18 and 35.

10. Fountain Huie Fish Pty. Ltd., the appellant's advertising agent, was asked to devise a concept for the advertisement of the product. The

script produced by the advertising agent was described by Miss James, one of the staff of Fountain Huie Fish, as follows:

> "Scenario: The commercial is a send up of the famous 'knife' scene in the movie 'Crocodile Dundee'. The characters are over the top."

11. There can be no doubt that it was intended by the advertiser that viewers should get an impression of "Crocodile Dundee" in the context of the Grosby shoes. His Honour summarised the evidence of Miss James in this regard as follows (at p411):

> "Miss James saw as amusing and entertaining the playfulness of the comparison between the words in the advertisement ('He's wearing leather shoes.' 'You call those leather shoes? Now these are leather shoes...') and the words spoken in the knife scene in the film ('He's got a knife.' 'That's not a knife. That's a knife.'). She described this as a 'spoof' but agreed that the idea she had would not have worked unless the television audience at which the advertisement was to be directed, or the vast bulk of it, was well aware of the character of Mick Dundee and of the use of the corresponding words by the character Mick Dundee in the knife scene. She described the correlation between the two portions of dialogue as the element that made the commercial stand out and, whilst she herself did not use the expressions as did others in the advertising world, she accepted that it was this correlation which was the 'grab' or the 'hook' of the advertisement."

12. There was evidence, accepted by the Judge, of a widespread practice of "character merchandising" in which persons holding copyright or other rights in fictional characters grant licences for reward to others to manufacture or deal in products in association with a representation of those characters. His Honour inferred from this evidence that the purchasing public would be aware, in a general way, of this practice. There was also evidence of the widespread use, for reward, of the services of sportsmen, entertainers and other figures in the public eye to promote a wide range of products and services. There was evidence that not every celebrity used in advertising campaigns appeared simply as himself or herself. He or she might appear as the "persona" of himself or herself.

13. Evidence was called by both sides from members of the public as an indication of the likely responses by consumers to the advertisements in question. Some did, but most did not, think that permission to display the advertising would have been sought from the first respondent or from the producers of the film.

14. The Judge made the following findings:
(1) A very large number of television viewers in the target audience would be aware, first, of the character Mick Dundee as played by the first respondent in the film "Crocodile Dundee" and, secondly, of the incident comprising the knife scene of the film.
(2) The first respondent was well regarded by those persons as an individual
in the public eye who represented "archetypal Australian attitudes and values".
(3) Many of those television viewers would recall fairly closely the dialogue in the knife scene: "He's got a knife." "That's not a knife, That's a knife."
(4) These persons would have "pleasant memories" of the
film and the knife scene in particular.
(5) Many of those television viewers would be aware "in a general way" of business practices whereby licences for reward were given for marketing of products in association with representations of well known fictional characters and whereby persons in the public eye agreed to associate themselves with the marketing of products.
(6) The television advertisement was devised with the desire (which his Honour found would have been achieved as regards many television viewers in the target audience) of "grabbing" or "hooking" the attention of viewers by having them draw an "immediate association" with the "knife scene" and the first respondent; that attention would be (and was) retained throughout the advertisement.
(7)A substantial number of those viewers would believe that the male actor was a "send-up" of the Mick Dundee character played by the first respondent, and the advertisement was intended to achieve this result.
(8) The objective of the advertisement was that a substantial number of viewers take away a favourable impression of "Crocodile Dundee" and the first respondent in connection with "Grosby Leatherz", rather than that they go away to analyse differences between the real thing and the character in the advertisement dressed up like "Crocodile Dundee"; and that intention was realised.

15. The Judge held that a substantial number of viewers in the target audience would, as a matter of real, not remote, likelihood have responded to the advertisement "on the footing that in accordance with general or normal practice", permission would have been sought for the advertisement from the first respondent, the film makers or both, and that they had "some association of a commercial nature with" the production of the advertisement, or, more generally, with "Grosby Leatherz" shoes. His Honour made similar findings with respect to the posters.

16. The Judge held that both passing-off and misleading conduct contrary to s.52 had been made out. He said that the action of passing-off was concerned with a particular type of misrepresentation involving use of the image or "indicium" in question to convey a representation of a commercial connection between the respondents and the goods or services of the appellant which connection does not exist. His Honour made the following orders: It was declared that the appellant had passed off its shoes as goods with which the respondents had a commercial association and had engaged in conduct contrary to s.52. The respondents were given an election to claim damages or seek an account of profits. The appellant was enjoined from advertising unless the advertisement included a clear and prominent statement that the first respondent and the makers of the film 'Crocodile Dundee' had not agreed to the advertisement or posters or their contents and in no way endorsed Grosby 'Leatherz' shoes."

17. The appellant now challenges the Judge's conclusions. In summary, it contends that the misrepresentation alleged by the respondents depended upon the finding that there was a belief about a "general or normal practice" that permission would be sought in the circumstances of this advertising; that it cannot be a breach of s.52 or a passing-off merely to depart from what is believed by some people to be "general or normal practice"; that there was no evidence that the appellant was under any legal obligation to follow the assumed "general or normal practice" or that the appellant induced members of the public to believe that it was so obliged; that there was thus no basis on which it could be said that the appellant was bound to follow the assumed "general or normal practice"; that, in any event, the evidence did not support the view that a substantial part of the public would make the suggested assumption spontaneously, i.e. without prompting; that there was no evidence that the commercial behaviour of a significant number of members of the public was influenced, with respect to the appellant's

shoes, by whether they held that assumption; that there was no evidence that the alleged misrepresentation was likely to cause injury to consumers; that there is no breach of s.52, and no passing-off where the erroneous assumption was not caused by the appellant's conduct and the erroneous assumption was not relied upon by the appellant to influence the commercial behaviour of members of the public; that there was no evidence of any causal nexus between the particular misrepresentation found by his Honour and any damage allegedly suffered by the respondents; and that there was no sufficient evidence that the respondents had suffered any damage.

18. In Moorgate Tobacco Co. Limited v. Philip Morris Limited (1984) 156 CLR 414, Deane J. (with Gibbs C.J., Mason, Wilson and Dawson JJ. concurring) rejected the availability of a general action for "unfair competition" or "unfair trading". But his Honour accepted that this did not involve a denial of the desirability of adopting a flexible approach to traditional forms of action when such an approach is necessary to adapt them to meet new situations and circumstances such as the use of indicia to persuade purchasers to believe that goods or services have an "association, quality or endorsement" which belongs or would belong to goods or services of, or associated with, another or others. He instanced Warnink v. Townend & Sons (1979) AC at p 739ff. and Henderson v. Radio Corporation Pty. Ltd. (1960) SR (NSW) 576 (see 156 CLR at p 445).

19. In Henderson's Case, supra, the plaintiffs, who were well-known professional ballroom dancers, were granted an injunction restraining the defendant from selling a record cover for a record of music suitable for ballroom dancing having upon the cover a reproduction of a photograph of the plaintiffs. Evatt C.J. and Myers J. were of the opinion, on the evidence, that the class of persons for whom the record was primarily intended "would probably believe that the picture of the (plaintiffs) on the cover indicated their recommendation or approval of the record. The only rational purpose of the wrongful use of the (plaintiffs') photograph...was to assist the sale of the disc it contained" (at p 591). They said (at p 592):

> "The reprsentation that the (plaintiffs) recommended the record is an inducement to buy it. The recommendation can only be attributed to the (plaintiffs) in their capacity of professional dancers, that is, a recommendation made in the course of their professional activities, and means that as professional

> dancers they have associated themselves with the (defendant) in promoting sales of the record, and that amounts to a connexion, in respect of the marketing of the record, between the business of the (plaintiffs) and the business of the (defendant)."

20. Manning J. said (at p 603) that the plaintiffs had acquired a reputation which placed them in a position to earn a fee for any recommendation which they might be disposed to give to aid the sale of recorded dance music; and the publication of the cover amounted to a misrepresentation of the type which gave rise to the tort of passing-off, "as there was implied in the acts of the defendant an assertion that the plaintiffs had 'sponsored' the record."

21. Manning J. referred (at p 602) to Tolley v. J.S. Fry & Sons Ltd. (1931) AC 333. There, the defendants published as an advertisement for their chocolate a caricature of the plaintiff in the act of playing golf. The plaintiff was a well-known amateur golfer. It was held, in a libel action, that it was open to the jury to infer that the cartoon had been published with the plaintiff's approval. Viscount Hailsham was "not satisfied that it would not be open to a jury, acting on their own knowledge as ordinary citizens, to assume that no reputable firm would have the effrontery and bad taste to take the name and reputation of a well known man for an advertisement commending their goods without first obtaining his consent" (at p 339). Viscount Dunedin found that the cartoon of the plaintiff, "innocent itself as a caricature, is so to speak imbedded in the advertisement. It is held out as part of an advertisement, so that its presence there gives rise to speculation as to how it got there, or in other words provokes in the minds of the public an inference as to how and why the plaintiff's picture, caricatured as it was, became associated with a commercial advertisement. The inference that is suggested (by the plaintiff) is that his consent was given either gratuitously or for a consideration to its appearance" (at p 342). Viscount Dunedin concluded (at p 343) that the first proposition to be considered was as follows:

> "(1) Would the caricature associated with the advertisement admit of a reasonable inference that the plaintiff had assented to be so depicted? That depends on the view taken of the picture, of its surroundings, and of its use."

22. Lord Buckmaster said (at p 344) that all the circumstances of the issue of the publication must be considered. The first is that "the picture

is not a mere caricature, it is an advertisement; and...the question of whether a well known and respectable trader would be assumed to have the effrontery to use a man's portrait and his reputation to advertise goods without his assent is exactly the class of question on which the opinion of a juror might well be invoked." Lord Tomlin said (at p 350) that, "regarded in vacuo", a drawing in the nature of a caricature of the plaintiff was innocent; but, having regard to the circumstances or "environment" surrounding its publication, including the fact that it was published by the defendants as part of an advertisement used for promoting the sale of their goods, "reasonable minds" might infer that the plaintiff had assented to the publication.

23. In Henderson's Case, the trial Judge, Sugerman J., referred to the observation made by Dixon J. in Radio Corporation Pty. Ltd. v. Disney (1937) 57 CLR 448 at p 459 that an injunction could not be obtained "for the protection of such an interest as that arising from the mere celebrity or reputation of Disney's Productions". In Disney's Case, the appellant unsuccessfully sought to register the words "Mickey Mouse" and "Minnie Mouse" as trade marks in respect of radio sets. Dixon J. said (at p 457) that the use of these words would not produce an impression that related primarily to the origin, selection or treatment of the goods. ather "(t)he reason for using the names is to attract the attention of members of a public that has found pleasure and amusement in the grotesque forms and absurd antics of Disney's creatures, and at the same time to give to the goods a name or means of description at once familiar and pleasing or interesting to the possible buyer. No doubt this means that the trader makes use of elements which belong to the reputation and fame of Disney's creations and it may be that in some vague way the buyer supposes that Disney must have sanctioned it."

24. Dixon J. later (at p 459) referred to "the belief which many people are not unlikely to hold that in some way or another Disney, or one of his companies has permitted, if not procured, the application of the name Mickey Mouse to the radio sets in connection with which it is used".

25. It appears that Dixon J. was of the opinion that no cause of action arose in passing-off. However, he was of the view that, in the language of s.ll 4 of the Trade Marks Act 1905, the use by the applicants of a mark consisting in the words would, by reason of its being "likely to deceive or otherwise, be disentitled to protection in a court of justice".

26. What kind of "connection" with the plaintiff must be claimed in order to constitute a passing-off? The question is discussed by W.L. Morison in his article "Unfair Competition and 'Passing Off'" (1956) 2 Sydney Law Review 50 at pp 59-60. Goff L.J. in H.P. Bulmer Ltd. and Showerings Ltd. v. J. Bollinger S.A. (1978) RPC 79 (a passage cited by the primary Judge in the present case) said (at p 117):

> "Not every kind of connection claimed will amount to passing off; for example if one says that one's goods are very suitable to be used in connection with the plaintiff's. On the other hand in my view there can be a passing off of goods without representing that they are actually the well-known goods which the plaintiff produces or a new line which he is supposed to have started. It is sufficient in my view if what is done represents the defendant's goods to be connected with the plaintiff's in such a way as would lead people to accept them on the faith of the plaintiff's reputation. Thus for example it would be sufficient if they were taken to be made under licence, or under some trading arrangement which would give the plaintiff some control over them, and I think Harman, J. had such ideas in his mind as appears from the passage at page 93 of the Treasure Cot case when he spoke of 'something for which the plaintiffs were responsible'".

27. Questions of "character merchandising" were considered in three earlier cases in this Court.

28. In Newton-John v. Scholl-Plough (Australia) Ltd. (1985) 11 FCR 233, a well-known entertainer alleged a breach of s.52 and passing-off in respect of pictorial advertisements for cosmetics. Burchett J. dismissed the claim because "the casual reader would get the impression that indeed the advertiser had made use of Olivia Newton-John's reputation to the extent of gaining attention, but not to the extent of making any suggestion of an association" (at p 235).

29. In Shoshana Pty. Ltd. v. 10th Cantanae Pty. Ltd. (1987) 79 ALR 279, an advertisement using the name of a well known television personality, Sue Smith, was held by Burchett J. to amount to a passing-off and a breach of s.52 since "deception (was) struck by the advertisement out of a correct public understanding that television personalities use the images conveyed by their well known and admired names for

commercial gain by endorsing products" (at p 286). On appeal, Wilcox J. said the court "must assume that the advertising community has some understanding of the effect of certain types of advertisments and it is notable that advertisers continue to pay high fees to well known personalities in return for the right to use their names, photographs etc. in advertisements" (at p 300). However, Wilcox J. was of the view that the respondents had failed to establish that readers would be likely to read the advertisement as containing a reference to the second respondent (at p 303). Pincus J. said that passing-off is "not necessarily constituted by the mere unauthorised use of someone's name or picture or the name or picture of a well-known fictitious character, in an advertisement" (at p 306). Gummow J., in dissent, was of the view that to depict Sue Smith as endorsing the first appellant's product, without her consent, was a passing-off (at p 319).

30. In Hogan v. Koala Dundee Pty. Ltd. (1988) 83 ALR 187, Mr. Hogan and other "interests associated with the 'Crocodile Dundee' films" (see p 188) complained that the respondents, who sold Australian souvenirs bearing similarities to, and strongly reminiscent of, the central character in the film, had breached s.52. Relief was also sought in passing-off. Pincus J. enjoined the respondents (at p 202). His Honour was of the view that "the inventor of a sufficiently famous fictional character having certain visual or other traits may prevent others using his character to sell their goods." (p 196). In upholding the common law claim in passing-off, he said (at p 200): "Here, Mr Chesterman QC argued that the koala image was

> akin to a parody of the image of Paul Hogan in the film and he relied upon certain United States parody cases...He contended that people would be likely to think that, if the respondents were using 'Crocodile Dundee' images in the shop by licence, Paul Hogan 's face would not have been replaced by that of a koala, nor would all mention of Paul Hogan 's name have been omitted. I agree. In my opinion, however, there is nevertheless a clear representation of association with the film's images. Mr. Chesterman pointed out that each of the elements complained of is by itself common enough. For example, koalas are, as are bush hats and, perhaps less so, hats with teeth in the band and so forth, but the combination of images is something else again."

31. The question for the Judge to decide in the present case was whether a significant section would be misled into believing, contrary to the fact, that a commercial arrangement had been concluded between the first respondent and the appellant under which the first respondent agreed to the advertising. If such a misrepresentation were established to the satisfaction of the Judge, a case of both passing-off and conduct contrary to s.52 would be made out.

32. This question is essentially one of fact. But in the present case, because the representation alleged was not made in express terms, the resolution of the issue turns on the proper inferences to be drawn from the appellant's conduct, that is, the case depends upon secondary, rather than primary facts.

33. In approaching his task, the Judge had to determine the question for himself and the test was an objective one (see Taco Company of Australia Inc. v. Taco Bell Pty. Ltd. (1982) 42 ALR 177 per Deane and Fitzgerald JJ. at p 202). As Deane and Fitzgerald JJ. there pointed out, "evidence that some person has in fact formed an erroneous conclusion is admissible and may be persuasive but is not essential."

34. The nature of the issue, involving as it did matters of impression, is one in which particular respect and weight should be given to the decision of the trial Judge unless some error in his judgment has been demonstrated (see S.W. Hart & Co. Proprietary Limited v. Edwards Hot Water Systems (1985) 159 CLR 466 per Gibbs C.J., at p 478, Mason J. concurring; see also per Brennan J. at p 491).

35. In my opinion, no such error has been demonstrated.

36. On behalf of the appellant, it was strongly submitted that, although the attention of consumers may have been "grabbed" by reference to the film "Crocodile Dundee", consumers were induced to buy by reason of the subsequent "sales pitch", which, it was said, was a different thing. In my view, the distinction sought to be drawn is unlikely to be made by viewers. The thrust of the advertising is to identify the image of "Crocodile Dundee" with the product to be sold. That image and the appellant's product are not portrayed as separate. On the contrary, the image is put forward as endorsing the product. The message conveyed is that Dundee is recommending the shoes.

37. It is true that the Dundee figure in the advertising does not appear to be the first respondent. But it does not follow that the image of "Crocodile Dundee" is not projected as sponsoring the product. Viewers are given the impression that a variant of the Dundee figure is endorsing the shoes. The question for the Judge was whether this impression would be seen as connected with the first respondent in a commercial context.

38. It was further argued on behalf of the appellant that the effect of his Honour's decision would be to proscribe the use of parody in advertising or, indeed generally. But the essential question is whether the appellant has conveyed the message that the first respondent has agreed to an advertisement for the appellant's goods in which an image identified with the respondents is seen to endorse the goods. As in Tolley v. Fry, there is a real distinction to be drawn between a "mere" caricature on the one hand and a caricature "embedded" in an advertisement on the other. The former is innocent because viewers would receive the impression that the person caricatured would not have agreed. The latter carries with it a different impression, favourable to the subject of the caricature, in which he or she is perceived as endorsing the object of the advertising. The distinction between the "mere" caricature and one "embedded" in the advertising is of critical significance. If it were appropriate to divide the advertisement into two discrete parts, one part devoted to a parody of the Dundee figure and the other a sales promotion, it may be that no relevant misrepresentation could be made out. But such a division of the advertising is not possible. The Dundee figure, albeit a variant of the original image, is seen as sponsoring the appellant's shoes. The advertising is not a "mere" caricature.

39. The appellant also argued that there could be no relevant misrepresentation here unless there was a belief that there was a universal practice that permission would be sought in the present circumstances, whereas the Judge found that this was the "general or normal" practice. In my opinion, the point is without substance. His Honour was entitled to take a by and large approach in this area, considering the matter, as he was, from the standpoint of viewers of the advertisement who would not reasonably be expected to draw such fine distinctions. The appellant sought to use this submission as a platform for a further argument that there was no misrepresentation here and that the difficulty was no more than an "erroneous assumption" as to the legal relationship between the appellant and the first respondent. But the case does not depend upon any erroneous assumption. Either

the advertisements do, or they do not, carry with them a message or suggestion of the first respondent's agreement with their tenor. If they do, there is a misrepresentation. If they do not, there can be no cause of action.

40. Reliance was also placed by the appellant upon the absence of evidence that the misrepresentation caused damage to consumers.It was further contended by the appellant that there could be no passing-off here in the absence of evidence of any causal nexus between the misrepresentation alleged and any damage claimed to have been suffered by the first respondent.

41. In my opinion, neither of the appellant's arguments should be accepted.

42. The substantive position is well settled. The cause of action for passing-off is complete as soon as the relevant misrepresentation is made, even though no actual deception and damage to the plaintiff can be shown to have resulted from it (see Naresh, "Passing-Off, Goodwill and False Advertising: New Wine in Old Bottles" (1986) CLJ 97 at pp 103-4; see also the Advocaat Case, supra, (1979) AC at p 742; see also W.L. Morison, supra, at p 61). The position under s.52 is the same. Independently of these substantive questions, adjectival matters may call for separate consideration. For instance, the grant of an injunction is discretionary and a claim for more than nominal damages would require evidence because substantial damages are compensatory. But none of this is to say that passing-off and a contravention of s.52 had not been established here.

43. I would dismiss the appeal.

JUDGE3

The facts of this case are set out in the judgment of Beaumont J., and I shall not repeat them. To the extent that the question is whether a significant section of the viewing public would infer a consent of some kind by Mr Hogan to the showing of the appellant's advertisement, I agree with the reasons Beaumont J. has given for not disturbing the findings of the trial Judge.

2. But, to my mind, the matter may be approached more directly and more realistically by asking whether the advertisement conveys a false message of endorsement of the shoes themselves, which were its

subject, by Mr Hogan. Whether the advertisement does convey any identifiable and relevant message is, of course, a question of fact. I do not think the truly legal questions in the case are controversial. However, the ultimate conclusion whether the advertisement was likely to mislead should not depend upon precisely that analysis which would be sufficient for an advertisement appearing only in print, as in Tolley v. J.S. Fry and Sons, Limited (1931) AC 333, or for the kind of representation constituted by the display of a trademark, as in Radio Corporation Proprietary Limited v. Disney (1937) 57 CLR 448. The advertisement here in question uses the still relatively new technology of television, and the even newer techniques of the exploitation of personality, projected by that medium, in order to promote products. In considering whether such a television advertisement involves conduct likely to mislead, within the meaning of s.52, or deception liable to attract the principle of passing off, it is necessary to bear in mind the nature of the advertising, and of the unique appeal advertising of that kind makes to those to whom it is directed.

3. Character merchandising through television advertisements should not be seen as setting off a logical train of thought in the minds of television viewers. Its appeal is nothing like the insistence of a logical argument on behalf of a product, which may persuade, but also may repel. An association of some desirable character with the product proceeds more subtly to foster favourable inclination towards it, a good feeling about it, an emotional attachment to it. No logic tells the consumer that boots are better because Crocodile Dundee wears them for a few seconds on the screen (cf. the remarks of Lord Brightman in In re American Greetings Corporation's Application (1984) 1 WLR 189 at 197); but the boots are better in his eyes, worn by his idol. The enhancement of the boots is not different in kind from the effect produced when an alpine pass makes a grander impact on the tourist whose mind's eye captures a vision of Hannibal urging elephants and men to scale it.

4. To ask whether the consumer reasons that Mr Hogan authorised the advertisement is therefore to ask a question which is a mere side issue, and far from the full impact of the advertisement. The consumer is moved by a desire to wear something belonging in some sense to Crocodile Dundee (who is perceived as a persona, almost an avatar, of Mr Hogan). The arousal of that feeling by Mr Hogan himself could not be regarded as misleading, for then the value he promises the product will have is not in its leather, but in its association with himself. When,

however, an advertisement he did not authorise makes the same suggestion, it is misleading; for the product sold by that advertisement really lacks the one feature the advertisement attributes to it.

5. The whole importance of character merchandising is the creation of an association of the product with the character; not the making of precise representations. Precision would only weaken an impression which is unrelated to logic, and would in general be logically indefensible. Yet the impression must be powerful to be effective. The only medium likely to convey the vague message of character merchandising, while giving it the force and immediacy of an exciting visual impact, is television. That is why the technique has grown in importance with the rise of the television industry. Its implications have hardly yet been explored in the courts. Their exploration involves the application of established principles in an unfamiliar setting, where a pervasive feature is not so much the making of statements that may mislead the mind directly, as suggestions that may inveigle the emotions into false responses.

6. The suggestion in the present case, as his Honour found the facts, was of an endorsement of the appellant's shoes by Mr Hogan's almost universally appreciated Crocodile Dundee personality, and through that of an association between Mr Hogan and the product so endorsed. The television audience would accordingly hold the shoes in higher regard. On the evidence, some evocation of Crocodile Dundee was admittedly both intended and achieved; I do not see any basis for disturbing Gummow J.'s view of its true effect. That view owed much to the special nature and circumstances of Mr Hogan's portrayal of a character really indistinguishable from his own public image. It is, too, consistent with the concession made by the advertisement's author, as noted by his Honour, "that the intention of the advertisement was that viewers should get an impression of 'Crocodile Dundee' in connection with Grosby shoes". I reject the appellant's attempt to avoid, by miscalling its advertisement a parody, the consequences of representing Crocodile Dundee (actually addressed in the advertisement by his name Mick) as endorsing its shoes. The essence of Mr Hogan's performance is parody, which can hardly itself be parodied, at least by what would be more accurately described as a parasitic copy - parasitic because its vitality is drawn entirely from the audience's memory of the original. As well might an attempt to imitate "H.M.S. Pinafore" be called a parody of Gilbert and Sullivan]

7. I also reject the argument that the figure in the advertisement is differentiated from Mick Dundee by virtue of his companion's statement: "He looked just like you Mick." I regard as fanciful the suggestion that more than a tiny minority of viewers would infer from this an otherwise unmentioned visit to a picture theatre showing "Crocodile Dundee", and that the word "he" referred to Mick Dundee. Such an advertisement is not analysed like a crossword puzzle. It comes as a caller upon a family relaxing in the evening, from whom it asks an uncritical welcome. There is little chance that the words in question, which are not emphasized, would even be noticed by many viewers. What the thirty seconds caller would leave behind would be a satisfying feeling that it would be good to have these "Crocodile Dundee" shoes, associated with Mr Hogan. That is just the sort of message character merchandising ordinarily aims to implant.

8. When the matter is put in this way, the question becomes whether the vagueness of the message prevents the application of the principles of passing off or of s.52 of the Trade Practices Act. It is in this connection, I think, that Gummow J. cited Moorgate Tobacco Co. Limited v. Philip Morris Limited (No. 2) (1984) 156 CLR 414 at 445, where Deane J. said:

> "The rejection of a general action for 'unfair competition' or 'unfair trading' does not involve a denial of the desirability of adopting a flexible approach to traditional forms of action when such an approach is necessary to adapt them to meet new situations and circumstances. It has not, for example, prevented the adaptation of the traditional doctrine of passing off to meet new circumstances involving the deceptive or confusing use of names, descriptive terms or other indicia to persuade purchasers or customers to believe that goods or services have an association, quality or endorsement which belongs or would belong to goods or services of, or associated with, another or others ... ."

9. In Henjo Investments Pty Ltd v. Collins Marrickville Pty Ltd (1988) 79 ALR 83 at 93, Lockhart J. (with this aspect of whose reasons Foster J. agreed, and with whom I also agreed) said:

> "Misleading or deceptive conduct generally consists of representations, whether express or by silence; but it is erroneous to approach s 52 on the assumption that its application is confined exclusively to circumstances which constitute some form of representation. The section is expressed briefly, indeed tersely, in plain and simple words which, if I may be forgiven for repeating them, say simply: 'a corporation shall not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive or is likely to mislead or deceive'. There is no need or warrant to search for other words to replace those used in the section itself. Dictionaries, one's own knowledge of the developing English language and ordinary experience are useful touchstones, but ultimately in each case it is necessary to examine the conduct, whether representational in character or not, and ask the question whether the impugned conduct of its nature constitutes misleading or deceptive conduct. This will often, but not always, be the same question, as whether the conduct is likely to mislead or deceive."

See also Rhone-Poulenc Agrochimie SA v. UIM Chemical Services Pty Ltd (1986) 12 FCR 477 at 489, 504 and 508; and article by French J., "A Lawyer's Guide to Misleading or Deceptive Conduct" 63 ALJ 250 at 254-6; and cf. the remarks of Latham C.J. in Radio Corporation Proprietary Limited v. Disney (supra) at 454.

10. In my opinion, the vagueness of the suggestion conveyed in this case is not sufficient to save it. That vagueness is not incompatible with great effectiveness. It would be unfortunate if the law merely prevented a trader using the primitive club of direct misrepresentation, while leaving him free to employ the more sophisticated rapier of suggestion, which may deceive more completely. In my opinion, the deployment in circumstances of the present kind of techniques of persuasion, designed to influence prospective customers in favour of a trader or his products upon the basis of some underlying assumption which is false, may be held to be misleading or deceptive or to be likely to mislead or deceive

within the meaning of s.52, and may also be held to constitute passing off. Upon that basis, the appellant was rightly found liable.

11. Viewed in this way, I do not think the appellant's conduct derived its misleading character from any pre-existing misconception on the part of members of the public. It was submitted, for the appellant, that only persons who already had a misconception of the extent of the legal protection available to the creator of an artistic work, such as a film, would be misled. As I have seen the matter, this argument cannot be sustained. On the alternative approach discussed in the judgment of Beaumont J., with which I have also expressed agreement, I do not think a person who inferred Mr Hogan's consent had been given to the advertisement would do so by reason of a misunderstanding of the law. The ordinary viewer would well appreciate that the niceties of the law of intellectual property were quite outside his own area of precise knowledge, and would base his conclusion, not on any assumption about the law, but on his correct perception of what normally happens in commercial and advertising practice. However, an acceptance of the proposition that deception here grows out of error and confusion on the part of some consumers would not necessarily be fatal to the respondents' case. Gummow J. found that the intention of the appellant's agents was to create the deceptive impression. Generally, intention is irrelevant to s.52 (however, see the remarks of Lockhart J. in Bridge Stockbrokers Ltd v. Bridges (1984) 4 FCR 460 at 474-5), except in the evidentiary sense that a court may more readily infer deception was achieved where it is shown to have been intended. But if intentional advantage is taken by a corporation of a misconception harboured by some consumers, I think at least it can be said it will not be open to the corporation to rely on the misconception, or on some confusion about it, in order to negative the quality of its own conduct as a breach of s.52. Here, the appellant intended to stimulate in the minds of consumers, including those who had the relevant preconceptions, an impression that there was an association between Grosby Shoes and Mr Hogan in the guise of Mick Dundee.

12. For these reasons, the appeal should be dismissed with costs.

CANADA

Aubry *v*. Éditions Vice-Versa, [1998] 1 S.C.R. 591

Les Éditions Vice-Versa inc. *Appellant*
and
Gilbert Duclos *Appellant*
v.
Pascale Claude Aubry *Respondent*
and
Canadian Broadcasting Corporation *Intervener*
Indexed as: Aubry *v*. Éditions Vice-Versa inc.

File No.: 25579.
1997: December 8; 1998: April 9.
Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.
on appeal from the Court of Appeal for Quebec

Civil liability -- Invasion of privacy -- Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission -- Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy -- Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph -- Whether publication of photograph caused teenager prejudice -- Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1, 49. Civil rights -- Right to privacy -- Right to one's image -- Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission -- Balancing of right to privacy and freedom of expression -- Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy -- Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph -- Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1. Civil rights -- Freedom of expression -- Freedom of artistic expression -- Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission -- Balancing of right to privacy and freedom of expression -- Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph even

though such publication infringes teenager's right to her image and to privacy -- Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1. Costs -- Additional costs -- Important case -- Additional award of costs inappropriate here even if this were recognized to be test case -- Including additional costs in claim for damages inconsistent with art. 477 C.C.P. -- Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477 -- Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15.

The respondent brought an action in civil liability against the appellants, a photographer and the publisher of a magazine, for taking and publishing, in a magazine dedicated to the arts, a photograph showing the respondent, then aged 17, sitting on the steps of a building. The photograph, which was taken in a public place, was published without the respondent's consent. The trial judge recognized that the unauthorized publication of the photograph constituted a fault and ordered the appellants to pay $2,000 jointly and severally. The majority of the Court of Appeal affirmed this decision.
Held (Lamer C.J. and Major J. dissenting): The appeal should be dismissed.
Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.: Although the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* gives rise, under s. 49 para. 1, to an action for moral and material prejudice, such an action is subject to the civil law principles of recovery. As a result, the traditional elements of liability must be established. The right to one's image is an element of the right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*. If the purpose of the right to privacy is to protect a sphere of individual autonomy, it must include the ability to control the use made of one's image. There is an infringement of a person's right to his or her image and, therefore, fault as soon as the image is published without consent and enables the person to be identified. However, the right to respect for one's private life comes into conflict here with the right to freedom of expression protected by s. 3 of the Quebec *Charter*.
Freedom of expression includes freedom of artistic expression, and it is unnecessary to create special categories of expression. The right to respect for one's private life, like freedom of expression, must be interpreted in accordance with s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The public's right to information, supported by freedom of expression, places limits on the right to respect for one's private life in certain circumstances. The balancing of the rights in question depends both on the nature of the information and on the situation of those concerned. In short, this is a question that depends on the context. For the purposes of legal analysis,

it is inappropriate to resort to the notion of "socially useful information" adopted by the Court of Appeal. In this case, the appellants are liable *a priori*, since the photograph was published when the respondent was identifiable. The artistic expression of the photograph cannot justify the infringement of the right to privacy it entails. An artist's right to publish his or her work is not absolute and cannot include the right to infringe, without any justification, a fundamental right of the subject whose image appears in the work. It has not been shown that the public's interest in seeing this photograph is predominant. In these circumstances, the respondent's right to protection of her image is more important than the appellants' right to publish the photograph of the respondent without first obtaining her permission. As for the causal connection between the publication of the photograph and the prejudice, there clearly is one. Finally, although the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter* is in itself insufficient to establish that prejudice has been sustained, the evidence, while limited, could serve as a basis for the extrapatrimonial damages awarded. While the trial judge did make some errors in assessing the moral prejudice, these errors do not call into question the existence of such prejudice resulting from the infringement of the respondent's right to respect for her private life and accordingly do not warrant this Court's intervention to reduce a compensatory award that, although high, is within reasonable limits.

Per Lamer C.J. (dissenting): In civil liability, even though the respondent alleges that the appellants infringed a right guaranteed to her by the Quebec *Charter*, she must prove that a fault committed by the appellants caused her prejudice. Although the law of civil liability is informed by the constitutional or quasi-constitutional rights protected by the charters of rights, we must be reluctant to view fault as amounting to a violation of rights alone. Mere infringement of a right or freedom does not necessarily constitute fault. It is unjustifiable infringements that constitute fault. It is also necessary to give the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter* -- which provides that rights and freedoms must be exercised in relation to each other, with proper regard for public order, democratic values and general well-being -- an interpretative significance and adapt the law of civil liability, as needed, to make it consistent with the rights guaranteed by the Quebec *Charter*. The rights concerned must therefore be balanced. In short, the concept of fault is central to the resolution of this case. Such an approach recognizes the flexible and contextual nature of this concept, and its capacity to reconcile the rights relied upon. A reasonable person respects the rights and freedoms of everyone and carries out his or her obligations while bearing his or her own rights in mind. This approach is also consistent

with the wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Here, the dissemination of the respondent's image constituted a violation of her privacy and of her right to her image. In the abstract, to appropriate another person's image without his or her consent to include it in a publication constitutes a fault. However, in light of the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, the respondent's right to privacy must be interpreted and harmonized in a manner consistent with the appellants' freedom of expression and the public's right to information, which is guaranteed by s. 44 of the Quebec *Charter*. In matters involving the right to one's image, this harmonizing role is played by the concept of the public interest. The content of this concept depends on the nature of the information conveyed by the image and on the situation of the parties involved. On the other hand, it must be balanced against the reasonable expectation of privacy of the person whose image is reproduced and, generally, against the severity of the infringement of the parties' rights. The concept of public interest limited to the right to receive "socially useful information" is too narrow. In this case, the public interest does not justify the appellants' fault. The photographer could easily have obtained the respondent's consent, but did not do so. As for causality, it is not at issue. Regarding prejudice, the Quebec law of civil liability requires proof of prejudice resulting from the fault. The respondent's simple statement that her classmates laughed at her does not in itself constitute sufficient evidence of prejudice, since it does not provide any information about how she felt. Nor is there any evidence that the respondent has become a "well-known figure" or that the instant proceedings and the media coverage they received have increased her notoriety. *Per* Major J. (dissenting): The appeal should be allowed for the reasons of the dissenting judge in the Court of Appeal that there was no evidence of damage.

Cases Cited By L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.

Referred to: *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Field v. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Estate of Presley v. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (1981); *Current Audio, Inc. v. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (1972); *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994]

3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Moises v. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337; *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Kowarsky v. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339; *Droit de la famille -- 1777*, [1994] R.J.Q. 1493; *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266; *Berthiaume v. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323. By Lamer C.J. (dissenting) *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Deschamps v. Renault Canada* (1977), 18 *C. de D.* 937; *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Syndicat des communications graphiques local 41-M v. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456; *Towner v. Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381; *Gazette (The) (Division Southam inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8. *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 4, 5, 9.1 [en. 1982, c. 61, s. 2], 44, 49. *Civil Code of Lower Canada*, arts. 1053, 1073. *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 36. *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 477, para. 1. *Tariff of judicial fees of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15 [published at R.R.Q. 1981, p. 157 (Supp.)].

Authors Cited

Caron, Madeleine. "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197. Chevrette, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 *R.J.T.* 461. Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997. Glenn, H. Patrick. "Le droit au respect de la vie privée" (1979), 39 *R. du B.* 879. Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée*, 2e éd. Paris: Économica, 1990. Nerson, R. *Les droits extrapatrimoniaux*. Paris: L.G.D.J., 1939. Perret, Louis. "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec" (1981), 12 *R.G.D.* 121. Potvin, Louise. *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991. Québec. Assemblée nationale.

Journal des débats: Commissions parlementaires, 3e sess., 32e lég. Commission permanente de la justice, Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 -- Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 16 décembre 1982, no 230, p. B-11609. Ravanas, J. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris: L.G.D.J., 1978. Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985. APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 2137, 141 D.L.R. (4th) 683 (*sub nom. Aubry v. Duclos*), 71 C.P.R. (3d) 59, [1996] Q.J. No. 2116 (QL), affirming a decision of the Court of Québec, [1991] R.R.A. 421. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Major J. dissenting. *Guylaine Bachand*, for the appellant Les Éditions Vice-Versa inc. *Vivianne De Kinder*, for the appellant Duclos. *Nathalie Charbonneau* and *Yves Archambault*, for the respondent. *Marc-André Blanchard* and *Marie-Philippe Bouchard*, for the intervener. English version of the reasons delivered by 1. THE CHIEF JUSTICE (dissenting) -- I have had the opportunity to read the joint reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Bastarache and, while I generally agree with them, I cannot fully subscribe to their analytical approach or their conclusion. I wish to make certain comments concerning the nature of the right to one's image and how I believe rights should be incorporated into an analysis of civil liability. Furthermore, I would allow this appeal because there is no evidence of damage.

I. Civil Liability and Rights 2. To a great extent, the oral arguments of the parties in this Court concerned the scope of the right to one's image and the limits imposed on it by the freedom of expression of a photographer and that of a publishing company. To this effect, the intervener Canadian Broadcasting Corporation relied on this Court's freedom of expression jurisprudence to challenge the scope of a person's right to his or her image. The important role played by freedom of expression in our society was raised. While these submissions are most relevant to the resolution of the case, I think it is important to clarify first how rights influence our analysis of civil liability. This approach makes clear to us how to reconcile the conflicting values at issue. 3. I would stress that the concept of fault is central to the resolution of this case. Before the Quebec legislature enacted a charter of human rights and freedoms, it was the law of civil liability, with all its flexibility, that protected privacy and the individual's interest in his or her image in Quebec private law. I read with interest the reasons of the judges of the Court of Appeal on this topic. In enacting its *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, the legislature thus consolidated the advances of civil liability in the protection of human

rights: M. Caron, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197, at pp. 199-200; H. P. Glenn, "Le droit au respect de la vie privée" (1979), 39 *R. du B*. 879, at pp. 880-81.

4. This Court recognized the historical and conceptual continuity between the law of civil liability and the Quebec *Charter* in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345. The Court held at para. 120, *per* Gonthier J., that the constituent elements of the remedy available under s. 49 of the Quebec *Charter* cannot be distinguished from those of the general civil liability remedy: The fact that an interpreter of the *Charter* first has to clarify the scope of a protected right in light of a specific provision does not make this exercise any different from the one that involves deducing a specific application from the principle recognized in art. 1053 *C.C.L.C.*

5. My intention here is to place the analytical approach that characterizes the dispute in this case as being primarily a conflict between the rights of the respondent and those of the appellants in its proper theoretical context. Accordingly, even though she relies on a certain right to her image, the plaintiff respondent must prove that a fault committed by the appellants caused her prejudice.

6. I also wish to point out that the parties referred us to a number of public law cases. I do not doubt that the law of civil liability is informed by the constitutional or "quasi-constitutional" rights protected by the Charters. I am certain that a reasonable person respects everyone's right to privacy, right to his or her image and freedom of expression in accordance with the Charters. However, I believe that it is important to emphasize the comprehensive and contextual nature of civil fault. We should be reluctant to view fault as amounting to a violation of rights alone. In my view, such an approach is riddled with obstacles, of which the following are those that appear most obvious to me.

7. More often than not, the decisions of this Court concerning fundamental rights have been rendered in the criminal law context. It must first beasked whether those decisions are directly applicable to a dispute between private parties, as in the case at bar. Although I do not intend to give a general answer to this question, my comments can be illustrated with an example.

8. Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects against unreasonable search and seizure, thereby guaranteeing a certain right to privacy. However, the decisions of this Court relating to s. 8 recognize that there is a fundamental difference between a person's reasonable expectation of privacy in his or her dealings with the state and the same person's reasonable expectation of privacy in his or her dealings with ordinary citizens. I refer here to the reasons of the majority of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 43-45, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 48-55. For example, La Forest J. wrote in *Wong*, at p. 48: "it must follow that there is an important difference between the risk that our activities may be observed by other persons, and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will permanently record those activities on videotape". In the view of La Forest J. it is possible to consent to one of these risks without consenting to the other (at p. 51): "We must be prepared to live with the first risk, but, in a free and open society, need not tolerate the spectre of the second."

9. It would therefore be wrong to define the scope of the right to privacy between citizens solely on the basis of the decisions relating to s. 8. Although I agree with the functional definitions of privacy adopted by this Court, particularly in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, and *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, it seems to me that the right to privacy can have a different scope in private law.

10. The analysis under the Canadian *Charter* can also be distinguished from civil liability analysis in another way. In Charter matters, this Court has developed a two-stage approach: the plaintiff must first show that a right or freedom has been infringed before the defendant attempts to demonstrate that the limit on the protected rights and freedoms is reasonable. For example, freedom of expression enjoys very broad protection in Canada. Any peaceful activity that conveys or attempts to convey meaning is protected by freedom of expression. According to this definition, even defamatory remarks are protected by freedom of expression. Therefore, the person who maintains the validity of a limit on such expression has the burden of proving that the limit is reasonable. Where the Canadian *Charter* is concerned, the burden of justification is always on the state.

11. In contrast, the rules of civil liability are different. First, mere infringement of a right or freedom does not in my view necessarily constitute fault. For example, firefighters who interrupt a political

meeting to evacuate a burning building do not commit a fault. In my view, the following statement by Gonthier J. in *Béliveau St-Jacques*, *supra*, must be interpreted in light of the foregoing: "It is . . . clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault" (para. 120). Only unjustifiable infringements of freedom of expression, as this freedom is defined in public law, constitute fault.

12. Second, I do not think that a civil liability analysis allows the burden of proof to be shifted between the parties in the same manner as is permitted in Charter law. Section 9.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* is relevant here. It reads as follows:
9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec. In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law. This Court has held, in cases in which the validity of a statutory provision was challenged, that s. 9.1 is to be interpreted in the same way as s. 1 of the Canadian *Charter*. We have also suggested, however, that this provision can have a somewhat different meaning. Thus, in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 769-70, the Court put forward a different interpretation in these terms: It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 [of the Canadian *Charter*] but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the Quebec *Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec." In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion.

13. *The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted*. [Underlining in original; italics added.] The Court continued its analysis in *Ford* by noting that the second paragraph of s. 9.1 does refer to "legislative authority to impose limits on the fundamental

freedoms and rights" (p. 770). It held that this second paragraph must be interpreted in the same way as s. 1 of the Canadian *Charter*.

14. Similarly, in the recent case of *Godbout v. Longueuil (City)*, *supra*, La Forest J. stated, at para. 103:
As is evident from its very terms, s. 9.1 allows for the possibility that the "fundamental freedoms and rights" enshrined in the Quebec *Charter* may be subject to limits fixed by law. While it might be argued -- I do not say how successfully -- that the residence requirement at issue would not constitute a "law" for the purposes of s. 9.1, and while there appears to be some uncertainty in the academic literature as to whether the first paragraph of s.9.1 can ever apply to limit rights even where no applicable "law" does so (see, e.g., F. Chevrette, "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit", in *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 71), I do not consider it necessary to pronounce specifically upon either of those issues. I take this view for the following reasons. [Emphasis added.]

15. Furthermore, the statement of the test for s. 1 of the Canadian *Charter* itself refers to "the legislative objective which the limitation is designed to promote": *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768. It is difficult to apply this language to the law of civil liability. Article 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* lays down a standard of conduct in general wording that does not lend itself well to a sufficiently specific analysis of its objective. In light of the foregoing, I believe that we must give the first paragraph of s. 9.1 an interpretative significance and adapt the law of civil liability, as needed, to make it consistent with the rights guaranteed by the Quebec *Charter*.

16. In this respect, a parallel can be drawn between the present case and the case before the Court in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. This Court recognized in *Hill* that in libel cases, "the twin values of reputation and freedom of expression will clash" (para. 100). This type of balancing must also be done here. While this Court concluded in that case that the Canadian *Charter* did not apply to the actions of the plaintiff Casey Hill, it repeated that the common law is subject to the Canadian *Charter*. Cory J. quoted the comments of Iacobucci J. to that effect in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675: Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to

make it consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed.
In my view, this is a judicial process similar to that prescribed by s. 9.1.

17. In short, the real issue is whether the appellants committed a fault. This approach recognizes the flexible and contextual nature of the concept of fault, and its capacity to reconcile the rights relied upon in this case (see L. Perret, "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec" (1981), 12 *R.G.D*. 121, at p. 124). A reasonable person respects the rights and freedoms of everyone and carries out his or her obligations while bearing his or her own rights in mind.

18. This approach is also consistent with the wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The parliamentary proceedings that resulted in the adoption of s. 9.1 show that the legislature's intention was for the first paragraph of s. 9.1 to place limits on private relations rather than on the law itself: see F. Chevrette, "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 *R.J.T.* 461, at pp. 463-68. The statement made by the Quebec Minister of Justice when the provision was adopted in 1982 can also be noted, with appropriate caution:
[TRANSLATION] The purpose of s. 9.1 is to temper the absolute nature of the freedoms and rights set out in ss. 1 to 9 both from the perspective of the limits imposed on the holders of those rights and freedoms in respect of other citizens, which is the case for the first paragraph, and from that of the limits the legislature may place on the community as a whole, a principle formed in the second paragraph. (*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609.)

19. This case cannot be resolved merely by relying upon the respondent's right to her image or the appellants' freedom of expression; the rights concerned must also be balanced. Since freedom of expression is fairly well known, I shall now discuss the right to one's image.
II. Right to One's Image

20. The Quebec courts have applied the principles of civil liability to allow compensation for the prejudice resulting from the use of a person's image without his or her consent. According to the authors,

these judicial interventions have created a right to one's image at issue in the present case. The reasons of the Court of Appeal include a detailed account of the evolution of Quebec and French jurisprudence and doctrine, and that account is entirely satisfactory. However, I wish to add the following comments.

21. I would hesitate to conclude that the right to one's image has no existence independent of the right to privacy. It is common knowledge that this Court has defined the right to privacy very broadly (albeit in the public law context). In *Dyment*, *supra*, La Forest J. noted that according to certain authors privacy "is at the heart of liberty in a modern state" (p. 427), and that it is based "on the notion of the dignity and integrity of the individual" (p. 429). La Forest J. reiterated this functional approach in *Godbout v. Longueuil (City)*, *supra*, in which he stated at para. 97 that the right to privacy protects, *inter alia*, the "narrow sphere of personal autonomy within which inherently private choices are made", a view shared by all the members of this Court. I believe that the right to privacy can be analysed in similar terms in private law. Furthermore, this right certainly includes a person's right to his or her image. Nevertheless, I do not rule out the possibility that a person's commercial interest in his or her image does not derive uniquely from his or her right to privacy. As a result, it may be advisable to preserve the integrity of the concept of privacy.

22. I also agree with my colleagues that the right to one's image is primarily a personality right, an interest of an extrapatrimonial nature. I do not consider it necessary to go further and determine whether there is also a right to one's image of a patrimonial nature, as Rothman J. suggested in *Deschamps v. Renault Canada* (1977), 18 *C. de D.* 937 (Que. Sup. Ct.). I would note simply that it is not contrary to public order for individuals, whether famous or not, to profit from consenting to the use of their image.

23. In the case at bar, I am of the view that the dissemination of the respondent's image constituted a violation of her privacy and of her right to her image. In the abstract, to appropriate another person's image without his or her consent to include it in a publication constitutes a fault. I am of the view that a reasonable person would have been more diligent and would at least have tried to obtain the respondent's consent to the publication of her photograph. The appellants did not do everything necessary to avoid infringing the respondent's rights. In this regard, a parallel can be drawn with the obligation of diligence the news

media must meet in gathering information in order to avoid liability for defamation should their comments prove to be inaccurate: *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), at pp. 1818-21.

24. I do not doubt that freedom of expression provides the appellants with powerful arguments to the effect that they acted reasonably. However, as s. 9.1 of the Quebec *Charter* provides, rights and freedoms must be exercised in relation to each other, with proper regard for public order, democratic values and general well-being (see also *Syndicat des communications graphiques local 41-M v. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456 (C.A.), at p. 458; *Towner v. Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381 (Sup. Ct.), at pp. 382-83). Thus, the rights of the appellants and the respondent must be harmonized in the facts of the case. The concept of the public interest is intended to play this role in matters involving the right to one's image as in the case of the right to one's honour and reputation. This rule should now be examined.

III. Public Interest

25. The respondent's right to privacy must be interpreted in a manner consistent with the appellants' freedom of expression and the public's right to information, which is guaranteed by s. 44 of the Quebec *Charter*. As the Court of Appeal recently stated in *The Gazette (Division Southam inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.), at p. 36:

[TRANSLATION] The right to privacy, on the other hand, is not absolute. It is subject to a series of limits, and its application requires a balancing with other fundamental rights, including the public's right to information. A violation of the right to privacy thus cannot be characterized as illicit or wrongful if there is a reasonable justification or a legitimate purpose, or if it can be concluded that the person consented to the invasion of his or her privacy.

26. It is inevitable that the concept of public interest is imprecise. In her work on defamation, Nicole Vallières writes of the public interest in this context:

[TRANSLATION] "[t]his abstract concept is difficult to delimit, and as far as we know, no definition of the public interest has been applied to the press by the Quebec courts": *La presse et la diffamation* (1985), at p. 90. In my view, the content of the concept of public interest depends on the nature of the information conveyed by the image and on the situation of the parties involved. On the other hand, it must be balanced against the reasonable expectation of privacy of the person whose

image is reproduced and, generally, against the severity of the infringement of the parties' rights.

27. With respect, I believe that LeBel J.A. of the Court of Appeal erred in limiting the notion of public interest to the right to receive [TRANSLATION] "socially useful" information ([1996] R.J.Q. 2137, at p. 2149). This concept appears to me to be too narrow. Be that as it may, it is my view that in the case at bar the public interest does not justify the appellants' fault. The appellant Duclos could easily have obtained the respondent's consent, but did not do so. It is possible for the public interest to justify the dissemination of the image of a person who is in a crowd or is at the scene of an important event in a purely incidental manner. However, I will express no opinion on this subject, and I do not think it appropriate to specify, in the context of the present case, the circumstances in which the public interest prevails over a person's right to his or her image. It is sufficient to state that the appellants committed a fault. Since causality is not at issue here, it is now necessary to consider damage and the proof thereof.

IV. Damage

28. The Quebec law of civil liability requires proof of prejudice resulting from the fault. This is an essential element of civil liability. On this question of damage, I agree with Baudouin J.A. that the plaintiff respondent has not proven that she suffered prejudice.

29. The complete evidence of damage reads as follows:

[TRANSLATION]

Q. Did that photo cause you any difficulties?
A. Some difficulties; people laughed at me.
Q. People, who are these people?
A My friends, the people at school.
Q. The people at school?
A. Uh-huh.
Q. I have no further questions, Your Honour.

30. The trial judge concluded from the evidence that the respondent had been a victim of [TRANSLATION] "teasing by friends her own age" and that this entitled her to compensation [TRANSLATION] "of at least $2,000 for the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation" ([1991] R.R.A. 421, at p. 423). For his part, LeBel J.A. of the Court of Appeal noted that the respondent's evidence of prejudice was limited, but hastened to add that the trial

judge believed this evidence, which accordingly made it sufficient evidence of damage. Thus, [TRANSLATION] "[i]n order to find that there was no moral injury, it would be necessary to go back over this assessment of credibility, an area essentially reserved to the sovereign assessment of the trier of fact, absent any manifest, serious and decisive error" (p. 2150).

31. I believe that if the respondent had stated, "I felt humiliated when I saw the photograph published in *Vice-Versa* magazine", there would have been sufficient evidence of damage in this case, provided that Judge Bourret believed her. As Perrault J. of the Superior Court suggested in *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389, at p. 391, [TRANSLATION] "[s]ome people may find it unpleasant to see their photographs appear on advertising posters; it is up to each individual to judge and decide this by giving or refusing the necessary consent."

32. However, in my view the statement "people laughed at me" does not in itself constitute sufficient evidence of damage, since it does not provide any information about how the respondent Aubry felt. The fact that the trial judge accepted this evidence, without giving any reasons or explanation, suggests to me that he erred in presuming damage solely because the respondent's classmates laughed at her. On re-reading the Court of Québec's judgment, I cannot convince myself that Judge Bourret considered this essential element of civil liability.

33. The respondent nonetheless suggests that her prejudice consists of the fact that she has become well-known, thereby losing her anonymity. With respect, there is no evidence on the record tending to show that the respondent is now a "well-known figure". No witnesses were called to testify that the respondent's face or person is now known to them as a result of the events that gave rise to the litigation. The respondent also maintains that the civil proceedings in the present case and the media coverage they received have increased her notoriety, thereby entitling her to compensation. Once again, no evidence was adduced as to the respondent's notoriety.

34. Justices L'Heureux-Dubé and Bastarache state that the evidence on the record "could serve as a basis for the damages awarded. This evidence did exist and illustrated in the trial judge's view the discomfort and upset felt by the respondent as a result of the publication of her photograph" (para. 71). However, the trial judge did not in fact find that

the plaintiff had felt discomfort. Judge Bourret did mention [TRANSLATION] "the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation" (p. 423 (emphasis added)), but this merely confirms that the trial judge committed a significant error in identifying the interest harmed by the events in question.

35. According to one French author, damage in the case of an infringement of the right to one's image [TRANSLATION] "may consist simply in the annoyance felt by a person at becoming a 'celebrity'" (L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), at p. 272, quoting Dean Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), thesis from the Université de Lyon, at p. 384). With respect, this statement cannot mean that the infringement of a personality right on its own results in civil liability in Quebec in the absence of evidence of prejudice, contrary to what seems to be possible in France: P. Kayser, *La protection de la vie privée* (2nd ed. 1990), at pp. 222-66.

36. For these reasons, I do not rule out the possibility that the dissemination of a person's image without consent might result in damage for which he or she can be compensated. As Baudouin J.A. noted, at p. 2152, [TRANSLATION] there is prejudice where the image is exploited commercially without authorization (*Deschamps v. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (Sup. Ct.)), or for purposes other than those for which consent was originally given (*Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389; *Cohen v. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (Sup. Ct.); *P.T. v. B.R.*, Sup. Ct. Montréal 500-05-015382-912, March 3, 1993, commentary by Adrian Popovici, "Chroniques sectorielles. L'altération de la personnalité aux yeux du public", (1994) 28 R.J.T. 289- 302). However, the evidence satisfies me that the instant case quite simply does not come within this category of affairs. V. Disposition

37. I am of the view that the evidence is insufficient to conclude that the wrongful dissemination of the photograph of the respondent Aubry caused her moral prejudice. For this reason, I would allow the appeal, set aside the judgments below and dismiss the action, with costs.
English version of the judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. delivered by

38. L'HEUREUX-DUBÉ AND BASTARACHE JJ. -- This appeal concerns the scope of the right to one's image as an element of the more general

right to privacy. It also involves a balancing of the right to privacy and freedom of expression.

39. It should be noted at the outset that since the events on which this case is based occurred in 1988, the matter is governed by the *Civil Code of Lower Canada*. I. Facts

40. The respondent, Pascale Claude Aubry, brought an action in civil responsibility against the appellants, Gilbert Duclos and Les Éditions Vice-Versa inc., for taking and publishing a photograph showing the respondent sitting on a step in front of a building on Ste-Catherine Street in Montreal. Both sides accept that the photograph was taken in a public place and published without the respondent's consent. According to the evidence, it was the appellant Gilbert Duclos who took the respondent's photograph. The photograph was published by the appellant Les Éditions Vice-Versa inc. in the June issue of *Vice-Versa*, a magazine dedicated to the arts, and 722 copies of the issue in question were sold. The photograph was drawn to the respondent's attention by a friend who had purchased a copy of the magazine. The respondent, who was 17 at the time, brought this action for damages in the amount of $10,000, half as compensatory damages and the other half as exemplary damages.
II. Judicial History
A. *Court of Québec*, [1991] R.R.A. 421

41. At trial, Judge Bourret of the Court of Québec allowed the respondent's action in part. Recognizing that the unauthorized publication of the photograph constituted a fault to which both the magazine's publisher and the photographer who handed over the photograph to the magazine had contributed, he ordered them to pay $2,000 jointly and severally. However, the judgment is somewhat ambiguous regarding the nature of the damage this amount was intended to compensate. Judge Bourret wrote in this connection (at p. 423): [TRANSLATION] In the court's view, to learn through teasing by friends her own age that her picture had been published in a prestigious, large-circulation magazine without her even knowing that her picture had been taken by a third party and without her having ever authorized its publication, merits compensation of at least $2,000 for the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation.

42. This passage suggests that the $2,000 would cover both the damages resulting from the injury to her reputation and the loss of privacy resulting from the publication of the photograph.

43. However, since the photograph was not defamatory in nature either in itself or by association with the accompanying text in the magazine, Judge Bourret denied any compensation on this ground. He also refused to award exemplary damages, as there was no evidence of malice on the part of the defendants.

B. *Court of Appeal*, [1996] R.J.Q. 2137

44. The majority of the Court of Appeal affirmed Judge Bourret's decision. LeBel J.A. and Biron J. (*ad hoc*) both found that the fault lay not in the taking of the photograph but in its publication. According to LeBel J.A., writing for the majority, since the respondent was in a public place when the photograph was taken, that act alone could not be considered an invasion of her privacy. However, the unauthorized publication of the photograph constituted an infringement of her anonymity, which is an essential element of the right to privacy.

45. LeBel J.A. recognized that the unauthorized publication of a photograph could be justified on the basis of the public's legitimate interest in information. In his view, however, Quebec law recognizes no such exception for artistic activity. Even in the absence of bad faith, the dissemination of the photograph was, therefore, wrongful.

46. While the judges of the majority recognized that there was only limited evidence of moral prejudice, they refused to alter Judge Bourret's decision. Relying on the judgments of this Court in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426, and *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 810, they noted that an appellate court must show deference to findings of fact drawn from the evidence by the trial judge.

47. Baudouin J.A.'s dissent focussed essentially on the question of damages. In his view, damages cannot be found to have been sustained solely because the photograph was wrongfully disseminated. Nor can the absence of evidence of damages be concealed under the head "nominal damages". This was particularly important, in his view, where the right to privacy is claimed as against freedom of information or artistic freedom. In this case, Baudouin J.A. refused to consider the respondent's sole statement that [TRANSLATION] "people laughed at

me" as sufficient evidence. In his view, therefore, the issue was not one of credibility warranting an appellate court's deference but rather one of lack of evidence.

III. Relevant Statutory Provisions

48. *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

5. Every person has a right to respect for his private life.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec. In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom. In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

IV. Analysis

49. The case at bar raises a problem of civil law and it is in light of that law that it must be resolved. The infringement of a right guaranteed by the *Charter of Human Rights and Freedoms* (hereinafter the "Quebec *Charter*") gives rise, under s. 49 para. 1, to an action for moral and material prejudice. Such an action is subject to the civil law principles of recovery. As a result, the traditional elements of liability, namely fault, damage and causal connection, must be established. See *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 122, and *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268, at para. 58.

50. It should be mentioned at the outset that our analysis will be limited to the sole issue before this Court, namely publication of a photograph taken without permission.

51. There is a debate in French law, and a corresponding uncertainty in Quebec law, as to whether the right to one's image is a separate right of

personality or an element of the right to privacy. See in this regard L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), at p. 33, and É. Deleury and D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2nd ed. 1997), at pp. 168-70. In our view, the right to one's image, which has an extrapatrimonial and a patrimonial aspect, is an element of the right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*. This is consistent with the liberal interpretation given to the concept of privacy in the recent decision *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, and in past judgments of this Court. See *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427.

52. In *Godbout v. Longueuil (City)*, the Supreme Court held that the purpose of the protection accorded to privacy is to guarantee a sphere of individual autonomy for all decisions relating to "choices that are of a fundamentally private or inherently personal nature" (para. 98). If the purpose of the right to privacy guaranteed by s. 5 of the Quebec *Charter* is to protect a sphere of individual autonomy, that right must include the ability to control the use made of one's image, since the right to one's image is based on the idea of individual autonomy, that is, on the control each person has over his or her identity. It can also be stated that this control implies a personal choice. It should be noted, finally, that art. 36 of the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, although not applicable here, confirms this interpretation since it recognizes that the use of a person's name, image, likeness or voice for a purpose other than the legitimate information of the public is an invasion of privacy.

53. Since the right to one's image is included in the right to respect for one's private life, it is axiomatic that every person possesses a protected right to his or her image. This right arises when the subject is recognizable. There is, thus, an infringement of the person's right to his or her image, and therefore fault, as soon as the image is published without consent and enables the person to be identified. See *Field v. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283.

54. The right to respect for one's private life should not be confused with the right to one's honour and reputation under s. 4 of the Quebec *Charter* even though, in certain cases, wrongful publication of an image may in itself result in an injury to one's honour and reputation. Since every person is entitled to protection of his or her privacy, and since the person's image is protected accordingly, it is possible for the rights inherent in the protection of privacy to be infringed even though the

published image is in no way reprehensible and has in no way injured the person's reputation. In the case at bar, the judges at trial and on appeal found that the photograph was in no way reprehensible and did not injure the respondent's honour or reputation. The Court of Appeal also found that the manner in which the photograph was juxtaposed with the text did not make it possible to associate the two elements and that, at any rate, the text was serious and not open to ridicule.

55. The right to respect for one's private life comes into conflict here with another right protected by the Quebec *Charter*, in s. 3, namely the right to freedom of expression. LeBel J.A. and Biron J. stated that Quebec law does not yet consider artistic expression to be a separate right. It is our view that freedom of expression includes freedom of artistic expression. See, for example, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 762; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 969-70 and 1009; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 756 and 767; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 490. It is, therefore, unnecessary to create a special category to take freedom of artistic expression into account. Artistic expression does not require a special category to be effective. Nor is there any justification for giving it a status superior to that of general freedom of expression. An artist can assert his or her right to freedom of expression under the same conditions as any other person. There is, thus, no need to distinguish freedom of artistic expression from journalistic reporting, as we have been asked to do.

56. The right to respect for one's private life, like freedom of expression, must be interpreted in accordance with the provisions of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. For this purpose, it is necessary to balance these two rights.

57. The public's right to information, supported by freedom of expression, places limits on the right to respect for one's private life in certain circumstances. This is because the expectation of privacy is reduced in certain cases. A person's right to respect for his or her private life may even be limited by the public's interest in knowing about certain traits of his or her personality. In short, the public's interest in being informed is a concept that can be applied to determine whether impugned conduct oversteps the bounds of what is permitted.

58. The public interest so defined is thus conclusive in certain cases. The balancing of the rights in question depends both on the nature of the

information and on the situation of those concerned. This is a question that depends on the context. Thus, it is generally recognized that certain aspects of the private life of a person who is engaged in a public activity or has acquired a certain notoriety can become matters of public interest. This is true, in particular, of artists and politicians, but also, more generally, of all those whose professional success depends on public opinion. There are also cases where a previously unknown individual is called on to play a high-profile role in a matter within the public domain, such as an important trial, a major economic activity having an impact on the use of public funds, or an activity involving public safety. It is also recognized that a photographer is exempt from liability, as are those who publish the photograph, when an individual's own action, albeit unwitting, accidentally places him or her in the photograph in an incidental manner. The person is then in the limelight in a sense. One need only think of a photograph of a crowd at a sporting event or a demonstration.

59. Another situation where the public interest prevails is one where a person appears in an incidental manner in a photograph of a public place. An image taken in a public place can then be regarded as an anonymous element of the scenery, even if it is technically possible to identify individuals in the photograph. In such a case, since the unforeseen observer's attention will normally be directed elsewhere, the person "snapped without warning" cannot complain. The same is true of a person in a group photographed in a public place. Such a person cannot object to the publication of the photograph if he or she is not its principal subject. On the other hand, the public nature of the place where a photograph was taken is irrelevant if the place was simply used as background for one or more persons who constitute the true subject of the photograph.

60. In the context of freedom of expression, which is at the heart of the public's interest in being informed, the person's express or tacit consent to the publication of his or her image must, therefore, be taken into account. For a more thorough analysis of these various exemptions, see Potvin, *supra*, at pp. 351-431.

61. LeBel J.A. and Biron J. analysed this question on the basis of the notion of [TRANSLATION] "socially useful information" (p. 2149). In their view, freedom of expression and the public's right to information will prevail where the expression at issue concerns information that is "socially useful". This notion seems to have been borrowed from

American law, which draws a distinction between useful information, in the sense of the public's right to be informed, and information whose sole purpose is commercial. See *Estate of Presley v. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (D.N.J. 1981), and *Current Audio Inc. v. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (Sup. Ct. 1972). Only the first category is protected in the United States. In the United States, freedom of expression and public information prevail over the right to privacy except where the information's sole purpose is commercial. We agree with the intervener that this notion of "socially useful" refers only to the fact that the information in question has an economic, political, artistic, cultural, sporting or other value. A photograph of a single person can be "socially useful" because it serves to illustrate a theme. That does not make its publication acceptable, however, if it infringes the right to privacy. We do not consider it appropriate to adopt the notion of "socially useful" for the purposes of legal analysis. The distinction based on commercial purpose is inconsistent with s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Only one question arises, namely the balancing of the rights at issue. It must, therefore, be decided whether the public's right to information can justify dissemination of a photograph taken without authorization.

62. In the case at bar, the appellants are liable *a priori*, since the photograph was published when the respondent was identifiable. In our view, the artistic expression of the photograph, which was alleged to have served to illustrate contemporary urban life, cannot justify the infringement of the right to privacy it entails. It has not been shown that the public's interest in seeing this photograph is predominant. The argument that the public has an interest in seeing any work of art cannot be accepted, especially because an artist's right to publish his or her work, no more than other forms of freedom of expression, is not absolute. The wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter* should be borne in mind here, together with the fact that this Court has stated on a number of occasions that freedom of expression must be defined in light of the other values concerned. See *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; and *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 103. See also *Moises v. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337 (B.C.C.A.).

63. An artist's right to publish his or her work cannot include the right to infringe, without any justification, a fundamental right of the subject whose image appears in the work. While the artist's right must be taken into consideration, so must the rights of the photograph's subject. If it is

accepted that publishing the artist's work is an exercise of freedom of expression, the respondent's right not to consent must also be taken into consideration. That is what this Court held in the context of the *Canadian Bill of Rights* in *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2, at pp. 14-15, where the Court denied a radio station the right to broadcast an interview without the consent of the person interviewed.

64. When the values at issue in a case must be balanced, it is important to bear in mind that our law is characterized by recognition of interrelated rights whose purpose is to strengthen the democratic ideal. Individual freedom is at the heart of that ideal. Dickson J. (as he then was) stated the following in this regard in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 336-37:

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only . . . blatant forms of compulsion . . . [but also] includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others.

65. None of the exceptions mentioned earlier based on the public's right to information is applicable here. Accordingly, there appears to be no justification for giving precedence to the appellants other than their submission that it would be very difficult in practice for a photographer to obtain the consent of all those he or she photographs in public places before publishing their photographs. To accept such an exception would, in fact, amount to accepting that the photographer's right is unlimited, provided that the photograph is taken in a public place, thereby extending the photographer's freedom at the expense of that of others. We reject this point of view. In the case at bar, the respondent's right to protection of her image is more important than the appellants' right to publish the photograph of the respondent without first obtaining her permission. V. Damages

66. The appellants argued that there was no causal connection between the publication of the photograph and the damages. In our view, no particular problem arises here since the damages are the logical, direct and immediate consequence of the fault. A teenager's sensitivity and the possibility of being teased by her friends are eminently foreseeable.

67. Nonetheless, it was necessary for the respondent to establish that she had suffered prejudice. Such prejudice may be extrapatrimonial and/or patrimonial.

68. Where extrapatrimonial damages are concerned, we agree with Baudouin J.A. that the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter* is in itself insufficient to establish that damage has been sustained. Nor is an award of symbolic damages justified when the courts wish to punish the infringement of a right that will, in most cases, result in minimal injury. This would be contrary to the principles of civil responsibility.

69. The damages must, therefore, be proven. As Dean Nerson pointed out in his thesis entitled *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), at p. 384 (cited in Potvin, *supra*, at p. 272), damages [TRANSLATION] "may consist simply in the annoyance felt by a person at becoming a 'celebrity'". The publication of a picture of a person that discloses a scene from his or her private life violates the victim's feeling of [TRANSLATION] "eminently respectable" propriety and can cause him or her a significant moral prejudice. In his thesis entitled *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* (1978), No. 347, at pp. 388-89 (cited in Potvin, *supra*, at p. 274), J. Ravanas described the elements of moral prejudice as follows: [TRANSLATION] Such a feeling is likely to be offended each time a photographer invades someone's privacy or serves it up to the public. The camera lens captures a human moment at its most intense, and the snapshot "defiles" that moment. The privileged instant of personal life becomes "this object image offered to the curiosity of the greatest number". A person surprised in his or her private life by a roving photographer is stripped of his or her transcendency and human dignity, since he or she is reduced to the status of a "spectacle" for others. . . . This "indecency of the image" deprives those photographed of their most secret substance.

70. In the case at bar, the evidence of moral damages is limited. The moral prejudice is described in a few lines. Nonetheless, it is possible for a trial judge in a case such as this to assess the victim's conduct and, going beyond his or her words, to detect a violation of dignity in the sense described by Mr. Ravanas. [TRANSLATION]
Q. Did that photo cause you any difficulties?
A. Some difficulties; people laughed at me.

Q. People, who are these people?
A. My friends, the people at school.
Q. The people at school?
A. Uh-huh.
Q. I have no further questions, Your Honour.

71. Although the evidence is limited, we agree with LeBel J.A. and Biron J. that, having been accepted by the trial judge, it could serve as a basis for the damages awarded. This evidence did exist and illustrated in the trial judge's view the discomfort and upset felt by the respondent as a result of the publication of her photograph. Thus, contrary to what Baudouin J.A. stated, the trial judge did not find that an injury had been sustained solely because the photograph was wrongfully disseminated. To find that there was no moral prejudice, it would be necessary to reassess the respondent's credibility, but that assessment is essentially the province of the trier of fact. No manifest, serious and critical error has been shown. See in this regard *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, at p. 426.

72. The damages awarded were $2,000, which seems high. It must be recognized, however, that it is always difficult to assess moral damage and that such a decision is up to the trier of fact. This Court has stressed the importance of the trial court's role in such matters and the caution appellate courts must show before intervening in such an assessment. See *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, *supra*, at p. 810: The rule is that an appellate court should not alter the quantum of damages set by the trial judge simply because it would have awarded a different amount if it had itself been sitting at the trial level. For the quantum to be altered, an appellate court must be shown that the trial judge applied an erroneous rule of law or that the amount awarded was palpably incorrect compensation for the damage suffered.

73. It is clear, however, that the trial judge erred with respect to the extent of the dissemination of the magazine. He also erred in stating that the damages would compensate in part for the humiliation suffered by the respondent as a result of the injury to her reputation, whereas no injury to her honour and reputation had been proven. However, these errors in the assessment do not call into question the existence of moral damages resulting from the infringement of the respondent's right to respect for her private life. Accordingly, they do not warrant this Court's intervention to reduce a compensatory award that is still within reasonable limits.

74. With respect to the patrimonial aspect of the invasion of privacy, we are of the view that the commercial or promotional exploitation of an image, whether of a well-known person or a private individual, can cause the victim material prejudice. The compensation must, then, be calculated on the basis of the loss actually sustained and the lost profit (art. 1073 *C.C.L.C.*). In this regard, the respondent is correct in stating that the magazine does not cease to be "commercial" merely because it has an artistic content. In the case at bar, the photograph was used for commercial purposes, in particular to sell the magazine. The trial judge stated that the amount of $2,000 was compensation for moral damages only. Neither the trial judge nor the judges of the Court of Appeal discussed the patrimonial aspect of the damages. The respondent was, however, entitled to claim an amount in exchange for the use of her image. The respondent argued that there was commercial exploitation and adduced evidence in support of her claim for damages in respect thereof. The testimony of Gilbert Duclos disclosed that he usually has to pay between $30 and $40 an hour for the services of a model, generally for a period of two to four hours. Thus, the respondent would ordinarily have been entitled to a sum of money. In the present case, this was the only evidence available to this Court for calculating these damages. In other circumstances, where the evidence so permits, it is not impossible to compensate for patrimonial damages through profit-sharing based on the principles of profit lost and loss sustained. Since no cross-appeal was brought with respect to the amount of the damages, we will not vary the amount awarded by the trial judge.

75. The appeal is dismissed with costs.

76. The respondent has asked that the appellants be ordered to pay not only costs, but also fees, or solicitor-client costs. In Quebec, the awarding of costs is governed exhaustively by the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, and the various tariffs. See *Kowarsky v. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339 (C.A.). These confer a discretion on the judge to award additional costs.

77. The first paragraph of art. 477 *C.C.P.* provides that:
477. The losing party must pay all costs, including the costs of the stenographer, unless by decision giving reasons the court reduces or compensates them, or orders otherwise.

78. Section 15 of the *Tariff of judicial fees of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, reads as follows:
15. The Court may, upon request or *ex officio*, grant a special fee, in addition to all others [*sic*] fees, in an important case.

79. The Quebec courts have not interpreted the above provisions as authorizing them to award additional costs to punish bad faith or abuse of process, as is the case in the common law jurisdictions. Under art. 477 a court may, nonetheless, order that costs be paid by counsel personally where he or she is guilty of highly reprehensible conduct. See *Droit de la famille -- 1777*, [1994] R.J.Q. 1493 (C.A.), at p. 1501, *per* Delisle J.A.

80. Nor does the "important case" referred to in s. 15 cover additional costs for the purpose of punishing reprehensible conduct. See *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266, at p. 284, *per* Archambault J., and *Droit de la famille -- 1777*, *supra*, at p. 1501. However, it does apply to a very long and complex case (see *Berthiaume v. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323 (Sup. Ct.)). In certain circumstances, a test case may meet the requirements of s. 15 if its importance for an industry has transformed it into a much longer and more complex case than the interests of the immediate parties would ordinarily have warranted.

81. In the present case, the respondent argues that the media more or less took the initiative in the proceedings in order to obtain a decision establishing their own rights in the practice of the professions of photographer and journalist, and that this justifies an additional award of costs, even though the respondent is still eligible for legal aid. Counsel for the appellant, Les Éditions Vice-Versa inc., argues, for her part, that the respondent should have included such costs in its claim for damages. Even if this were recognized to be a test case that entitles the respondent to additional costs, we do not feel that it would be appropriate to award such costs. We wish to make it clear, however, that we also reject the appellant's position that additional costs must be included in the claim for damages. This approach would be entirely inconsistent with the provisions of art. 477 *C.C.P*. It should also be noted that, in the instant case, the costs cannot be considered to be the direct result of the violation of the Quebec *Charter*. The following are the reasons delivered by

82 MAJOR J. (dissenting) -- I agree with the result reached by the Chief Justice and would allow the appeal for the reasons of Baudouin J.A. that there was no evidence of damage.

Appeal dismissed with costs, LAMER C.J*. and* MAJOR J*. dissenting.*

Solicitors for the appellant Les Éditions Vice-Versa inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitor for the appellant Duclos: Vivianne De Kinder, Montréal.

Solicitors for the respondent: Charbonneau & Archambault, Montréal.

Solicitors for the intervener: Lafleur Brown, Montréal.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

AUSTRIA v. ITALIA

LES FAITS DE LA CAUSE

Considérant que pour les besoins de la présente décision, qui concerne uniquement la recevabilité de la requête, les faits de la cause peuvent se résumer ainsi:

Le 16 août 1956, vers 4 h 30 du matin, le douanier italien Calvia découvrit le cadavre de son collègue Falqui gisant dans le lit d'un torrent près de Fundres/Pfunders (Haut-Adige). La veille au soir, Falqui et un autre douanier, Lombardo, avaient pris plusieurs consommations dans un bar en compagnie d'un groupe de jeunes gens du village. Commencée dans la bonne humeur, la réunion dégénéra en altercation lorsque les deux douaniers voulurent, peu avant minuit, regagner leur caserne et ordonnèrent la fermeture du local. Finalement, Falqui et Lombardo sortirent de ce dernier, suivis puis poursuivis par une partie des jeunes gens, qui se mirent à les injurier et à leur porter des coups à l'aide de bâtons et de boîtes vides. Lombardo réussit à rentrer sain et sauf à son cantonnement. En revanche, Falqui perdit l'une après l'autre ses chaussures de toile, dépourvues de acets. Rejoint, semble-t-il, à proximité d'un pont qui enjambe le torrent susmentionné, il y trouva la mort. Les Gouvernements autrichien et italien ne s'accordent ni sur les circonstances de cet événement, ni sur la cause du décès, ni sur la position exacte du corps de Falqui. Le lendemain 16 août, la Gendarmerie (Carabinieri) arrêta, à raison desdits faits, quatorze jeunes gens, à savoir:

Luigi/Alois Ebner; Bernardo/Bernhard Ebner; Isidoro/Isidor Unterkircher; Floriano/Florian Weissteiner; Giorgio/Georg Knollseisen; Paolo/Paul Unterkircher; Giovanni/Johann Huber; Luigi/Alois Bergmeister; Giuseppe/Joseph Weissteiner; Severino/Severin Ebner; Eduardo/Eduard Schiener; Francesco/Franz Ranalter; Martino/Martin Huber; et Agostino/August Weissteiner.

Le juge d'instruction accusa les huit premiers de meurtre, d'injures à fonctionnaires publics et d'outrage à la Nation et, en conséquence, les

maintint en détention préventive. Quant aux six autres, ils se virent inculper des deux derniers délits seulement, à l'exclusion du crime de meurtre, et furent mis en liberté provisoire le 13 novembre 1956. Le 16 juillet 1957, la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen, composée de deux magistrats de carrière et de six "juges populaires" (jurés), dont quatre de langue italienne et deux de langue allemande, condamna:

Luigi/Alois Ebner, à 24 ans, 4 mois et 10 jours de réclusion pour meurtre et outrage à la Nation;
Bernardo/Bernhard Ebner et Isidoro/Isidor Unterkircher, à 16 ans et 8 mois de réclusion pour ces mêmes infractions;
Floriano/Florian Weissteiner et Giorgio/Georg Knollseisen à 16 ans de réclusion pour meurtre;
Giovanni/Johann Huber, à 13 ans et 4 mois de réclusion pour ce même crime;
Paolo/Paul Unterkircher, à 10 ans de réclusion pour ce même crime.
Elle acquitta tous les autres accusés, y compris Luigi/Alois Bergmeister, des crimes ou délits relevés contre eux, tantôt pour ne les avoir point commis, tantôt pour insuffisance de preuves.

Sur appel de certains des intéressés ainsi que du ministère Public, la Cour d'Assises d'Appel de Trente, composée elle aussi de deux magistrats de carrière et de six "juges populaires" (jurés) dont quatre de langue italienne et deux de langue allemande, infligea le 27 mars 1958:
à Luigi/Alois Ebner, la réclusion à perpétuité (avec un an d'isolement pendant la journée) pour meurtre, injures à fonctionnaires publics et outrage à la Nation;
à Floriano/Florian Weissteiner, Isidoro/Isidor Unterkircher et Giorgio/Georg Knollseisen, 17 ans et 10 mois de réclusion pour ces mêmes infractions;
à Bernardo/Bernhard Ebner, 17 ans et 2 mois de réclusion pour ces mêmes infractions;
à Paolo/Paul Unterkircher, 12 ans de réclusion pour ces mêmes infractions;
à Giovanni/Johann Huber, 1 an et 2 mois de réclusion pour injures à fonctionnaires publics et outrage à la Nation.
La Cour acquitta ce dernier du crime de meurtre, pour insuffisance de preuves, et, notant qu'il avait purgé sa peine en détention préventive, ordonna sa relaxe immédiate.

A l'audience du 10 mars 1958, la défense avait demandé que la Cour opérât (comme l'avait fait la Cour de Bolzano/Bozen) une descente sur les lieux et entendît à cette occasion, à titre de témoins, Giovanna/Johanna Ebner, qui avait passé sur le pont peu après la découverte du cadavre Falqui, et le Dr Kofler, médecin du village voisin de Vandojos, qui avait constaté le décès. La Cour de Trente avait accueilli la demande en ce qui concerne la descente sur les lieux - qui eut lieu le 13 mars 1958 - mais avait écarté l'audition de Giovanna/Johanna Ebner et du Dr Kofler, estimant irrelevantes ("inconferenti") les circonstances sur lesquelles ceux-ci devaient déposer (position du corps, pour la première, et nature des blessures subies par Falqui, pour le second). En outre, elle avait décidé que la descente sur les lieux s'effectuerait en présence des témoins Lombardo et Calvia, déjà nommés, acceptant en cela une suggestion de la partie civile et du ministère public.

Sur pourvoi des condamnés, la Cour de Cassation rendit, le 16 janvier 1960, un arrêt:
- déclarant éteints, en vertu de l'amnistie, les délits d'injures à fonctionnaires publics et d'outrage à la Nation retenus à charge de Bernardo/Bernhard Ebner, Isidoro/Isidor Unterkircher, Floriano/Florian Weissteiner, Giorgio/Georg Knollseisen, Paolo/Paul Unterkircher et Giovanni/Johann Huber;
- disant que la Cour de Trente avait statué "ultra petita" en retirant à Luigi/Alois Ebner le bénéfice des circonstances atténuantes générales, que lui avait accordé la Cour de Bolzano/Bozen;
- cassant sur ces deux points, sans renvoi, l'arrêt entrepris;
- substituant en conséquence les peines suivantes à celles prononcées en appel;
25 ans, 5 mois et 10 jours de réclusion pour Luigi/Alois Ebner;
16 ans de réclusion pour Bernardo/Bernhard Ebner, Isidoro/Isidor Unterkircher, Floriano/Florian Weissteiner et Giorgio/Georg Knollseisen;
10 ans et 8 mois de réclusion pour Paolo/Paul Unterkircher;
- rejetant le pourvoi quant au surplus.

La Commission relève enfin que les trois sentences judiciaires précitées avaient trait non seulement aux événements de la nuit du 15 au 16 août 1956, mais également à un incident moins grave qui avait éclaté, le 29 juin 1956, entre certains des jeunes gens en cause et des ouvriers travaillant, dans la région de Fundres/Pfunders, à la construction d'un barrage hydroélectrique. Elle constate cependant que cet incident et ses

suites pénales spécifiques ne forment pas partie intégrante de l'objet de la requête, de sorte qu'elle estime superflu de leur consacrer de plus longs développements.

Les griefs du Gouvernement demandeur

Considérant que le Gouvernement autrichien, demandeur, croit pouvoir imputer au Gouvernement italien, défendeur, à propos des faits relatés ci-dessus, un manquement aux obligations incombant à la République italienne en vertu de l'article 6 paragraphes 1, 2 et 3 d) et de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales; que ses griefs se trouvent exposés plus en détail dans la suite de la présente décision;

La procédure suivie devant la Commission

Considérant que la première phase de la procédure prévue par la Convention et le Règlement intérieur consiste, pour la Commission, à examiner la recevabilité de la requête, à l'exclusion du fond de l'affaire; qu'elle a été marquée par les étapes suivantes:

Par ordonnance du 12 juillet 1960, prise en vertu de l'article 44 du Règlement intérieur, le Président de la Commission a chargé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de donner connaissance de la requête no 788/60 au Gouvernement de la République italienne et de l'inviter à présenter à la Commission ses observations écrites sur la recevabilité de ladite requête.

Les observations écrites italiennes sont parvenues au Secrétariat le 31 août 1960. Conformément à de ordonnances présidentielles des 31 août, 28 octobre et 18 novembre 1960 et le Gouvernement italien a déposé, le 3 décembre 1960, des observations écrites complémentaires (article 46 paragraphes 1 et 2 du Règlement intérieur).

Le 17 décembre 1960, la Commission, réunie en session plénière, a décidé:

- de traiter l'affaire par priorité (article 38 paragraphe 1 du Règlement intérieur), accédant en cela à une demande du Gouvernement autrichien contre laquelle le Gouvernement italien n'avait pas formulé d'objections;
- d'inviter les représentants des parties à comparaître devant elle le samedi 7 janvier 1961 en vue de lui donner des explications orales

portant sur la recevabilité de la requête et, notamment, sur trois points précis soulevés par la Commission (article 46 paragraphe 1 in fine du Règlement intérieur).

L'audience contradictoire a eu lieu dans la matinée des 7 et 9 janvier 1961.

Ont comparu devant la Commission (article 36 paragraphe 1 du Règlement intérieur):

pour le Gouvernement autrichien:
M. Hans Reichmann (Représentant Permanent d'Autriche auprès du Conseil de l'Europe), Agent, assisté de M. Rudolf Kirchschläger (Conseiller juridique du ministère des Affaires étrangères d'Autriche) et de M. Armand Mergen (Professeur à la Faculté de Droit de Mayence), Conseils.

pour le Gouvernement italien:
M. Riccardo Monaco (Chef du Contentieux au ministère des Affaires étrangères d'Italie), Agent, assisté de M. Giacomo Delitala (Professeur à la Faculté de Droit de Milan),
M. Giorgio Bombassei de Vettor (Représentant Permanent d'Italie auprès du Conseil de l'Europe), M. Ettore Maselli (Juge en service au ministère de la Justice d'Italie), M. Luigi Lauriola (Adjoint au Représentant Permanent d'Italie auprès du Conseil de l'Europe), et M. Marco Vlanello-Chiodo (Attaché d'Ambassade au ministère des Affaires étrangères d'Italie), conseils.

A l'occasion de l'audience contradictoire susmentionnée, le Gouvernement italien, défendeur, a déposé le 9 janvier 1961 les conclusions écrites reproduites ci-après:

"Le Gouvernement italien, à la suite des audiences contradictoires sur la recevabilité de la requête no 788/60 du Gouvernement autrichien, tenues à Strasbourg les 7 et 9 janvier 1961, se référant et renvoyant aux arguments développés par écrit et oralement au cours de la procédure, formule les suivantes conclusions écrites:

"Plaise à la Commission européenne des Droits de l'Homme:- de déclarer que la requête est irrecevable ratione temporis, parce que la République Fédérale d'Autriche, qui est devenue partie contractante à la Convention seulement à partir du 3 septembre 1958, ne peut dénoncer

à la Commission des manquements antérieurs à la date de sa propre ratification de la Convention. Or, seulement l'arrêt de la Cour de Cassation est postérieur à cette date, et aucun grief n'a été présenté à l'encontre de cet arrêt comme tel;
- de déclarer, par application de l'article 27, paragraphe 3 de la Convention, que la requête est irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 26 de la Convention, tout d'abord pour le motif que les accusés n'ont pas demandé que l'affaire fût portée devant un autre juge (rimessione del procedimento), et ensuite parce que les accusés ne se sont pas prévalus en cassation d'une voie de recours à leur disposition, n'ayant pas invoqué expressément la violation par la Cour d'Assises d'Appel de Trente des dispositions des articles 6 et 14 de la Convention, ainsi qu'en ce qui concerne plus spécialement la violation alléguée de l'article 14 et de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention - la violation des articles 3 et 27, paragraphe 2, de la Constitution de la République italienne;
- de rejeter la requête en conséquence."

Le Gouvernement autrichien, demandeur, a présenté de son côté, également le 9 janvier 1961, les conclusions suivantes:

"Le Gouvernement autrichien, suivant l'invitation de la Commission et se référant aux arguments développés par écrit et oralement, a l'honneur de soumettre à l'attention de la Commission les suivantes conclusions écrites:

I. Violation des droits de l'homme à l'occasion de toute la procédure contre les accusés de Pfunders

"Le Gouvernement autrichien a introduit sa requête en se basant sur les dispositions suivantes de la Convention des Droits de l'Homme:

1. "Violation des droits protégés par l'article 6, alinéa 3, lit d) de la Convention, commise par non admission des témoins Johanna Ebner et Dr Kofler comme négligeables sur un sujet que les tribunaux ont déclaré comme essentiel et relevant à l'égard des témoins cités par l'accusation et irrelevant à l'égard de ces témoins cités par la défense sur les mêmes points.
2. "Violation des droits protégés par l'article 6 alinéa 2 de la Convention résultant du fait que les accusés ont été traités avant leur condamnation comme meurtriers politiques et qualifiés comme tels ayant commis un meurtre poussés par leur haine anti-italienne (point III de la requête).

3. "Violation des droits garantis par l'article 6, alinéa 1 de la Convention.
a. Par la composition du tribunal (4 jurés sur 6 étaient d'appartenance ethnique italienne, qui étaient de ce fait particulièrement influençables par la campagne de presse italienne, la tension politique, l'argumentation véhémente du Procureur de la République et de la partie civile) (Point III/3 de la requête).
b. Par la violation du droit codifié dans les alinéas 2 et 3, lit d) de l'article 6. L'alinéa 1 résumant dans son acception générale les alinéas postérieurs.
4. "Violation des droits garantis dans l'article 14, parce que les violations des droits de l'homme exposées plus haut naissaient sans doute du fait que les jeunes gens de Pfunders étaient d'origine ethnique et linguistique (origine nationale) différente de la majorité des citoyens de la République italienne (Point III/3 de la requête).

II. Compétence de la Commission européenne des Droits de l'Homme
"La Commission est compétente pour les raisons suivantes:

1. "Les faits exposés ci-devant dans I et contenus dans la requête présentée par le Gouvernement autrichien constituent un manquement aux dispositions de la Convention que le Gouvernement autrichien croit pouvoir imputer à la République italienne (article 24). 2. "L'Italie a été obligée, à partir du moment du dépôt de l'instrument de ratification, de garantir à toutes personnes relevant de sa juridiction les droits et libertés définis au titre I de la Convention.

"L'Autriche est Haute Partie Contractante à partir du moment de sa propre ratification et est en droit d'introduire une requête contre une autre Haute Partie Contractante, même pour des faits antérieurs à sa ratification. La possibilité d'une réserve de réciprocité, prévue expressément dans l'article 46, alinéa 2 de la Convention ou dans l'article 36 du Statut de la Cour Internationale, n'est pas mentionnée dans l'article 24 de la Convention. "En ordre subsidiaire, il échet de relever que le procès des jeunes gens de Pfunders est à considérer comme un tout. Il s'ensuit que la date de l'arrêt de la Cour de Cassation (1960) doit être considérée comme décision définitive des juridictions internes.

III. Epuisement des voies de recours internes

1. La règle de l'épuisement des voies de recours internes, en ce qui

concerne des requêtes étatiques qui ne sont pas présentées en vue de garantir la protection diplomatique à des ressortissants de l'Etat demandeur, mais qui visent la violation de la Convention par une autre Haute Partie Contractante, n'est pas applicable que pour autant qu'une décision interne définitive doit être intervenue.
2. En ordre subsidiaire, relevons:
a. Les accusés ont, dans leur pourvoi en Cassation (cf. Annexe C et nos observations écrites), soulevé en substance et en se référant à l'article 24 de la Constitution italienne les motifs et moyens gisant à la base de la requête autrichienne. Point n'était besoin de citer expressis verbis les articles violés de la Convention, vu qu'en substance la Constitution italienne coïncide avec les articles 6 et 14 de la Convention invoqués par le Gouvernement autrichien. Il était impossible en droit à la défense des jeunes de Pfunders de récuser le jury sur la base de l'article 55 et des articles 61 suivantes du Code de Procédure pénale italien. Pour le surplus, pareille récusation ne pouvait être attendue d'eux. La demande tendant à faire le procès devant une autre Cour n'aurait pas été efficace. En outre, cette demande aurait, si par impossible on y avait fait droit, eu comme résultat une composition ethnique encore plus défavorable. "A ses causes,

"Plaise à la Commission:

1. Retenir la requête présentée par la République Fédérale d'Autriche et enregistrée sous le no 788/60 et la déclarer recevable; 2. Faire droit à la requête et procéder selon les articles 28, 29 et 30 de la Convention." Après la clôture de l'audience contradictoire, la Commission siégeant en chambre du Conseil les 9 (après-midi), 10 et 11 (matin) janvier 1961, a délibéré sur la recevabilité de la requête. Le résultat de ses délibérations se trouve consigné dans la présente décision.

EN DROIT

Considérant qu'il incombe à la Commission à ce stade de la procédure, de se prononcer sur les divers problèmes que soulève la recevabilité de la requête no 788/60;

Considérant que la Commission se trouve formellement saisie par le Gouvernement italien de deux exceptions préliminaires relatives, la première à la compétence ratione temporis de la Commission, la seconde à l'épuisement des voies de recours internes;

I. Sur la compétence ratione temporis

Considérant que, dans ses observations écrites complémentaires du 3 décembre 1960, le Gouvernement italien déclarait se réserver le droit de présenter, à l'audience contradictoire, une exception préliminaire portant sur la "légitimation active" du Gouvernement autrichien en ce qui concerne des faits antérieurs à sa ratification de la Convention;

Que lors de ladite audience contradictoire, l'Agent du Gouvernement défendeur a rappelé que le dépôt de l'instrument de ratification remontait au 26 octobre 1955, pour l'Italie, et au 3 septembre 1958, pour l'Autriche, et que la Cour d'Assises de Bolzano, la Cour d'Assises d'Appel de Trente et la Cour de Cassation avaient statué respectivement le 16 juillet 1957, le 27 mars 1958 et le 16 janvier 1960; qu'il a soutenu que l'adhésion d'un Etat à une convention multilatérale ne produit immédiatement ses effets qu'à l'égard des Etats ayant déjà donné leur propre adhésion à ce moment; que le Gouvernement italien ne serait donc, le 26 octobre 1955, engagé uniquement envers les Etats qui, à l'époque, possédaient la qualité de Partie Contractante, à l'exclusion de l'Autriche; que l'Italie et l'Autriche n'auraient assumé d'obligations mutuelles que le 3 septembre 1958; que l'Agent du Gouvernement italien en a déduit, dans ses conclusions du 9 janvier 1961, que l'examen de la requête ne relevait pas de la compétence ratione temporis de la Commission, seul l'arrêt de la Cour de Cassation étant postérieur au 3 septembre 1958 et le Gouvernement demandeur n'ayant formulé aucun grief à l'encontre de cet arrêt comme tel;

Considérant que les représentants du Gouvernement autrichien ont fait valoir en ordre principal, à l'audience contradictoire et dans leurs conclusions finales, que le problème de la compétence ratione temporis ne se pose pas de la même manière pour l'Etat demandeur que pour l'Etat défendeur; que si ce dernier, selon la jurisprudence constante de la Commission, n'est lié qu'à partir du dépôt de son instrument de ratification, son obligation revêtirait en effet, dès cette date, un caractère absolu; que ladite obligation n'existerait pas envers les partenaires de cet Etat, mais bien envers toute personne relevant de sa juridiction, ainsi que l'attesterait l'article 1er (art. 1) de la Convention; qu'il s'agirait d'une obligation légale générale, indépendante du fait que tel autre Etat a ratifié ou non la Convention; que la Commission a compétence, ratione temporis, pour examiner une plainte introduite par un particulier en vertu de l'article 25 (art. 25) de la Convention dès lors que l'Etat mis en cause possède, au moment de la présentation de la

requête, la qualité de Partie Contractante; qu'un Etat Contractant serait de même en droit, dès le dépôt de son instrument de ratification, d'assigner un autre Etat Contractant devant la Commission même à raison de faits antérieurs à ce dépôt; qu'en effet l'article 24 (art. 24) de la Convention, à la différence de l'article 36 du Statut de la Cour Internationale de Justice et de l'article 46 paragraphe 2 (art. 46-2) de la Convention, ne laisserait aucune place à la notion de réciprocité entre Etat demandeur et Etat défendeur; que le Gouvernement autrichien a soutenu, à titre subsidiaire, que le procès des jeunes gens de Fundres/Pfunders forme un tout; que l'arrêt de la Cour de Cassation, postérieur au 3 septembre 1958, constituerait donc la décision interne définitive, quelle que soit la date des sentences judiciaires rendues en première instance et en appel;

Considérant d'autre part que le Gouvernement autrichien a exprimé l'opinion, à l'audience du 7 janvier 1961, que la présentation, à ce stade, d'une exception d'incompétence ratione temporis se heurtait à un obstacle d'ordre formel dérivant de l'article 44 du Règlement intérieur de la Commission; que le Gouvernement italien a contesté l'exactitude de ce point de vue;

Considérant toutefois qu'il se révèle superflu, en l'espèce, de statuer sur l'interprétation des dispositions pertinentes du Règlement intérieur, car le Gouvernement autrichien n'a plus insisté, à l'audience du 9 janvier 1961 et dans ses conclusions finales du même jour, sur son objection de caractère procédural et a eu la faculté, dont il a pleinement usé, de répondre à l'argumentation italienne en la matière; qu'au surplus, la Commission a le devoir de se prononcer, même d'office, sur sa compétence ratione temporis;

Décision de la Commission

Considérant que, par application de l'article 66, la République d'Italie est devenue Partie à la Convention le 26 octobre 1955, et la République d'Autriche près de trois ans plus tard, le 3 septembre 1958; que les événements de Fundres/Pfunders et toute la procédure subséquente ont eu lieu après que l'Italie eut assumé les obligations résultant de la Convention; qu'en revanche, les débats de la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen et de la Cour d'Appel de Trente remontent à une période antérieure à la date à laquelle l'Autriche elle-même s'est trouvée liée par les dispositions de la Convention et a acquis le droit, en vertu de l'article 24 (art. 24), de soumettre à la Commission tout manquement allégué à

ces dispositions; que seul l'arrêt de la Cour de Cassation d'Italie est postérieur à cette date;

Considérant, en conséquence, qu'il échet tout d'abord de déterminer si, selon l'article 24 (art. 24), le Gouvernement autrichien est habilité à introduire devant la Commission une requête relative à la procédure qui s'est déroulée avant que l'Autriche eût elle-même, envers l'Italie, des droits et obligations découlant de la Convention;

Considérant que l'article 24 (art. 24) autorise "toute Partie Contractante" à saisir la Commission de "tout manquement aux dispositions de la Convention qu'elle croira pouvoir être imputée à une autre Partie Contractante"; que ni l'article 24 (art. 24), ni aucune autre clause de la Convention ne limitent expressément l'exercice de cette faculté aux griefs concernant des faits postérieurs à la ratification de la Convention par l'Etat demandeur; qu'en outre, ainsi que la Cour Permanente de Justice Internationale l'a reconnu en l'affaire Mavrommatis (Série A, no 2, page 35), "une juridiction basée sur un accord international s'étend", "dans le doute" "à tous les différends qui lui sont soumis après son établissement", et "la réserve faite dans de nombreux traités d'arbitrage au sujet de différends engendrés par des événements antérieurs à la conclusion du traité, semble démontrer la nécessité d'une limitation expresse de la juridiction"; qu'il s'ensuit que le simple fait que l'Autriche n'ait acquis qu'à une date ultérieure le pouvoir de saisir la Commission de manquements allégués à la Convention ne suffit pas, par lui-même, à l'empêcher d'exercer ce pouvoir au sujet de la procédure suivie devant la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen et la Cour d'Appel de Trente;

Considérant qu'il reste à déterminer si ledit pouvoir fait néanmoins défaut à l'Autriche pour la raison (a) que les seuls Etats envers lesquels l'Italie eût, à cette date, assumé des obligations normatives en vertu de la Convention étaient les autres Etats contractants, à l'exclusion de l'Autriche, ou (b) que l'Autriche elle-même ne possédant pas, à l'époque, la qualité de Partie à la Convention, n'était pas liée par les obligations prévues à la Convention, de sorte que l'Italie ne peut maintenant avoir le droit, à titre de réciprocité, de soumettre une plainte à la Commission au sujet de questions qui relevaient de la juridiction de l'Autriche au moment où la procédure se déroulait devant la Cour d'Assises et la Cour d'Appel;

Considérant que dans le Préambule de la Convention, les Etats Contractants, après s'être référés à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, ont:
a. rappelé que "le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales";
b. réaffirmé "leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament";
c. déclaré qu'ils sont résolus, "en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle";

Considérant qu'il en résulte qu'en concluant la Convention, les Etats Contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit;

Considérant que pour atteindre ce but, les Etats Contractants, aux termes de l'article 1er (art. 1) de la Convention, reconnaissent les droits et libertés définis au Titre I à toute personne relevant de leur juridiction, sans aucune exception; qu'en outre, l'article 14 (art. 14) stipule expressément que:
"La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation";

Qu'en devenant Partie à la Convention un Etat reconnaît donc les droits et libertés définis au Titre I à toute personne relevant de sa juridiction, quels que soient sa nationalité ou son état; qu'en résumé, il reconnaît ces droits et libertés non seulement à ses propres nationaux et à ceux des autres Etats Contractants, mais aussi aux ressortissants des Etats non parties à la Convention et aux apatrides, ainsi que la Commission elle-même l'a constaté dans des décisions antérieures; qu'il en résulte que les obligations souscrites par les Etats Contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats Contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers;

Considérant que le caractère objectif desdits engagements apparaît également dans le mécanisme érigé dans la Convention pour en garantir le respect; que ce mécanisme, ainsi qu'il a été souligné au cours des travaux préparatoires de la Convention et que le déclare expressément le troisième passage du Préambule déjà cité, repose sur le concept d'une garantie collective, par les Etats Contractants, des droits et libertés définis dans la Convention; qu'à cet effet, l'article 19 (art. 19) prévoit qu'afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes de la Convention, il est institué une Commission européenne des Droits de l'Homme et une Cour européenne des Droits de l'Homme; que l'article 24 (art. 24) dispose que "toute Partie Contractante peut saisir la Commission, par l'intermédiaire du Sécrétaire Général du Conseil de l'Europe, de tout manquement aux dispositions de la présente Convention qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie Contractante"; que par cet article, les Hautes Parties Contractantes ont par conséquent autorisé l'une quelconque d'entre elles à saisir la Commission de tout manquement allégué aux dispositions de la Convention, que les victimes dudit manquement soient ou non des ressortissants de l'Etat demandeur, et que le manquement prétendu lèse ou non particulièrement les intérêts de cet Etat; qu'un Etat Contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24 (art. 24) , ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe;

Considérant qu'il échet en outre d'observer que tout Etat Contractant autre que l'Autriche avait le droit, selon l'article 24 (art. 24), de porter devant la Commission tout manquement allégué aux dispositions de la Convention concernant les débats de la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen

et de la Cour d'Appel de Trente; qu'il est plus conforme au système de garantie collective prévu dans le Préambule de la Convention que l'Autriche, une fois devenue Partie à la Convention, ait, en vertu de l'article 24 (art. 24), les mêmes pouvoirs que les autres Etats Contractants;

Considérant, dès lors, qu'eu égard au caractère objectif des droits et obligations résultant de la Convention, à la manière catégorique dont l'article 24 (art. 24) définit, sans l'assortir de restrictions, le droit de saisir la Commission de manquements prétendus aux dispositions de la Convention et au système de garantie collective dont cet article est une expression, la Commission estime que le fait que l'Italie n'avait point d'obligations envers l'Autriche, en vertu de la Convention, à l'époque de la procédure suivie devant la Cour d'Assises et la Cour d'Appel, n'empêche pas l'Autriche d'alléguer maintenant la violation de la Convention à propos de cette procédure;

Considérant qu'il faut admettre que, selon cette interprétation de l'article 24 (art. 24), l'Autriche a le droit d'introduire une plainte contre l'Italie au sujet de faits antérieurs au moment où l'Autriche devint Partie à la Convention (3 septembre 1958); que l'Italie n'aurait pas le droit réciproque d'introduire une plainte contre l'Autriche à raison d'événements antérieurs à cette date; que, toutefois, cette absence de réciprocité dans le temps découle uniquement de ce que l'Autriche, avant le 3 septembre 1958, n'était pas soumise au régime communautaire instauré par la Convention, et non pas d'une différence de traitement que l'article 24 aurait lui-même établie entre les diverses Parties Contractantes; que si les Etats Contractants avaient voulu subordonner à une condition de réciprocité ratione temporis l'exercice du droit défini par cet article, il leur eût été loisible d'insérer à cette fin une condition expresse dans ledit article, mais qu'ils ne l'ont point fait; que la circonstance que l'Italie ne possède pas le droit réciproque d'introduire une requête contre l'Autriche à raison d'événements antérieurs au 3 septembre 1958 ne constitue par conséquent pas, aux yeux de la Commission un motif pour dénier à l'Autriche le droit de former contre l'Italie une requête relative à la procédure de la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen et de la Cour d'Appel de Trente;

Qu'il s'ensuit que, de l'avis de la Commission, l'Autriche était habilitée à saisir la Commission, par sa requête du 11 juillet 1960, de violations alléguées de la Convention au sujet tant de la procédure suivie devant la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen et la Cour d'Appel de Trente, avant

qu'elle ne devînt, le 3 septembre 1958, Partie à la Convention, que de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour de Cassation après cette date; qu'il n'y a point lieu, dès lors, d'examiner si le fait que l'arrêt de la Cour de Cassation a été rendu après le 3 septembre 1958 suffirait en tout cas pour autoriser le Gouvernement autrichien à introduire une requête concernant la procédure antérieure devant la Cour d'Assises et la Cour d'Appel;

Constate, en conséquence, que la Commission a compétence, ratione temporis, pour examiner les diverses violations de la Convention alléguées dans la requête no 788/60 et, partant, qu'il échet de rejeter l'exception d'incompétence ratione temporis soulevée par le Gouvernement italien au sujet de la procédure suivie devant la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen et la Cour d'Appel de Trente;

II. Sur l'épuisement des voies de recours internes

Considérant que la Commission, aux termes de l'article 26 (art. 26) de la Convention, ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus; que l'article 27, paragraphe 3 (art. 27-3) précise que la Commission rejette toute requête qu'elle estime irrecevable par application de l'article 26 (art. 26);

Considérant que le gouvernement défendeur a soutenu que la requête était irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours internes;

Considérant que le Gouvernement autrichien a objecté que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas aux requêtes introduites par les Etats en vertu de l'article 24 (art. 24) de la Convention;

A. Sur l'applicabilité de la règle

Argumentation des parties

Considérant que le Gouvernement italien a commencé par souligner que, d'après l'avis unanime de la jurisprudence et de la doctrine internationales, une instance internationale ne peut examiner un recours porté devant elle s'il est possible de prouver l'existence, dans l'ordre juridique interne de l'Etat de la juridiction de laquelle relève l'individu

prétendument lésé, d'une voie de recours interne à la fois accessible et vraisemblablement efficace et suffisante; qu'il a cité, entre autres, la résolution adoptée en 1956, à Grenade, par l'Institut de Droit International, la sentence arbitrale prononcée le 6 mamrs 1956 dans l'affaire Ambatielos et l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice, le 21 mars 1959, dans l'affaire de l'Interhandel;

Que le gouvernement défendeur a exprimé l'opinion, d'autre part, que pour déterminer de façon concrète la portée de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, telle que l'énonce l'article 26 (art. 26) de la Convention européenne, il y a lieu de se référer à l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence internationales, l'article 26 (art. 26) renvoyant expressément aux principes de droit international généralement reconnus en la matière;

Qu'aux yeux dudit gouvernement, la règle du "local redress" n'en occupe pas moins, dans la Convention européenne, un domaine sensiblement plus vaste qu'en droit international général; que, les articles 26 et 27, paragraphe 3 (art. 26, 27-3) n'établissant aucune distinction, elle s'appliquerait en principe de la même manière aux requêtes individuelles et à celles des Etats Contractants; qu'en ce qui concerne ces dernières, notamment, son empire ne se bornerait pas aux plaintes que les Etats peuvent, dans l'exercice de la protection diplomatique, introduire en faveur de leurs ressortissants prétendument lésés par d'autres Etats; que l'article 1er (art. 1) de la Convention, en effet, reconnaît les droits et libertés définis au titre I à "toute personne" (indépendamment de sa nationalité) relevant de la juridiction d'un Etat Contractant; que l'article 26 (art. 26) aurait, par conséquent, étendu la règle aux nationaux et aux apatrides, de sorte qu'elle jouerait en l'espèce bien que les jeunes gens de Fundres/Pfunders ne possèdent pas la nationalité autrichienne; qu'au demeurant, la Commission a déclaré irrecevable une partie de la requête no 299/57 du Gouvernement hellénique, lequel avait pourtant pris fait et cause pour des ressortissants de l'Etat défendeur, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord; qu'à la vérité, la règle peut fléchir quand un Etat fait valoir contre un autre Etat un manquement aux règles de la Convention sans connexion avec un individu; que tel ne serait cependant pas le cas en l'occurrence, car le Gouvernement autrichien intervient pour redresser une violation prétendument commise contre des personnes placées sous la juridiction de l'Etat italien et disposant de toutes les voies de recours internes; qu'en prévoyant qu'un Etat peut directement assigner un autre Etat devant un organe international lorsque "l'acte dommageable a atteint

une personne jouissant d'une protection internationale spéciale", la résolution de Grenade viserait uniquement certaines personnalités, par exemple les chefs d'Etat et les ambassadeurs, et non pas, comme l'avait soutenu le Gouvernement autrichien (cf. infra), l'ensemble des populations qui bénéficient de la sauvegarde instaurée par la Convention européenne;

Considérant que le Gouvernement autrichien a répondu qu'aux fins d'application des articles 26 et 27, paragraphe 3 (art. 26, 27-3) de la Convention, les requêtes étatiques se présentent sous un aspect tout à fait différent de celui des requêtes individuelles; que les personnes physiques, organisations non gouvernementales et groupes de particuliers ne peuvent saisir la Commission en vertu de l'article 25 (art. 25), que s'ils se prétendent victimes d'une violation de leurs droits et libertés, ce qu'ils ne sauraient valablement faire avant d'avoir épuisé les voies de recours internes; qu'en revanche, l'article 24 (art. 24) autorise chaque Etat Contractant à s'adresser à la Commission sans avoir subi le moindre préjudice et avant même qu'un individu ait été lésé, du seul fait qu'il croit pouvoir imputer à un autre Etat un manquement aux dispositions de la Convention, manquement qui peut découler de la simple promulgation d'une loi ou d'un arrêté; qu'à l'inverse des individus, les Etats n'ont d'ailleurs pas la faculté d'alléguer la violation de la Convention devant les tribunaux de leurs partenaires; que sous la réserve éventuelle des plaintes introduites dans l'exercice de la protection diplomatique, l'épuisement des voies de recours internes ne constituerait donc pas une condition de recevabilité des requêtes étatiques, lesquelles reposeraient sur les notions de garantie collective et d'intérêt général; que les précédents mentionnés par le Gouvernement italien n'auraient du reste de pertinence que pour les actions intentées par un Etat en faveur de ses propres ressortissants; qu'il en irait de même de la résolution de Grenade; qu'au surplus, celle-ci écarte le jeu de la règle "au cas où l'acte dommageable a atteint une personne jouissant d'une protection internationale spéciale"; que les personnes vivant sur le territoire des Etats Contractants se trouveraient, de par la Convention européenne, soumises à une telle "protection internationale spéciale";

DÉCISION DE LA COMMISSION

Considérant que, selon les principes de droit international généralement reconnus, le droit d'exercer la protection diplomatique et d'introduire une plainte devant un tribunal international se limite, sous réserve de

quelques exceptions particulières, au cas où un Etat prend fait et cause pour l'un de ses ressortissants dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international (Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, Série A/B 76, page 16; Affaire Nottebohn, recueil de la C.I.J., 1955, page 4); que, de même, la règle de l'épuisement des voies de recours internes, en tant que condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique et à l'introduction général, que dans le cas où un Etat prend fait et cause pour l'un de ses ressortissants dont les droits auraient été lésés; que ladite règle se fonde sur la nécessité de donner d'abord à l'Etat défendeur l'occasion de remédier à la situation incriminée "par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne" (Affaire de l'Interhandel, Recueil de la C.I.J., 1959, page 27; Décision de la Commission sur la recevabilité de la requête no 343/57);

Considérant que par la Convention européenne, les Etats Contractants ont établi un système de protection internationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour toutes les personnes relevant de leur juridiction, indépendamment de leur nationalité; que ce système de protection internationale s'étend donc aux ressortissants de l'Etat qui aurait violé la Convention et aux apatrides, autant qu'aux ressortissants d'autres Etats; que le principe sur lequel se fonde la règle de l'épuisement des voies de recours internes et les considérations qui ont amené l'introduction de celle-ci en droit international général s'appliquent manifestement, à plus forte raison, à un système de protection internationale dont bénéficient les propres ressortissants d'un Etat aussi bien que les étrangers; que, de plus, le simple fait que ledit système de protection repose sur la notion d'une garantie collective des droits et libertés définis dans la Convention n'affaiblit aucunement le principe sur lequel se fonde la règle de l'épuisement ni les considérations qui ont amené l'introduction de celle-ci;

Considérant que l'article 26 (art. 26) de la Convention, en stipulant que "la Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus", ne distingue pas expressément entre les requêtes soumises à la Commission par les Etats Contractants, en vertu de l'article 24 (art. 24), et celles que les personnes physiques, organisations non gouvernementales et groupes de particuliers forment en vertu de l'article 25 (art. 25); qu'en outre l'article 27 (art. 27), qui énumère certains motifs pour lesquels la Commission doit déclarer les requêtes irrecevables, limite expressément les motifs énoncés en ses

paragraphes 1 et 2 aux requêtes introduites en vertu de l'article 25 (art. 25), mais ne maintient pas cette limitation en son paragraphe 3, qui oblige la Commission à rejeter une requête en cas de non épuisement des voies de recours internes;
Que le contraste existant à cet égard entre le paragraphe 3 et les deux autres paragraphes de l'article 27 (art. 27) montre clairement, de l'avis de la Commission, que les Etats Contractants n'ont pas entendu soustraire les requêtes étatiques au jeu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes;

Qu'au surplus, la Commission ne saurait trouver dans les mots "selon les principes de droit international généralement reconnus" aucun indice donnant à penser que les Etats Contractants ont entendu limiter l'application de ladite règle aux requêtes émanant de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de articuliers; que si en effet, selon les principes de droit international généralement reconnus, la règle ne s'applique pas davantage à celles que des particuliers introduisent devant un tribunal international, pour la simple raison que, dans l'un et l'autre cas, l'action elle-même est irrecevable d'après le droit international général, indépendamment de l'épuisement des voies de recours internes; qu'il s'ensuit que si les mots "selon les principes de droit international généralement reconnus" passaient pour refléter l'intention d'exclure l'application de la règle aux requêtes formées en vertu de l'article 24 (art. 24), il faudrait les interpréter comme traduisant la même intention en ce qui concerne les requêtes présentées par les personnes physiques, organisations non gouvernementales et groupes de particuliers en vertu de l'article 25 (art. 25); que, toutefois, il est hors de doute, et le Gouvernement autrichien l'admet lui-même, que la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 26 (art. 26) de la Convention vaut pour les requêtes introduites en vertu de l'article 25 (art. 25); qu'en insérant dans l'article 26 (art. 26) les mots "selon les principes de droit international généralement "selon les principes de droit international généralement reconnus", les auteurs de la Convention ont donc voulu circonscrire le contenu matériel de la règle et non pas son champ d'application ratione personae; qu'en conséquence, il échet de rejeter la thèse du Gouvernement autrichien suivant laquelle ces mots écartent l'application de la règle aux affaires soumises à la Commission en vertu de l'article 24 (art. 24);

Considérant, au demeurant, que la Commission a constaté, dès le 12 octobre 1957, que ladite règle vaut en principe pour les requêtes

étatiques comme pour les requêtes individuelles puisqu'elle a rejeté, pour défaut d'épuisement des voies de recours internes, une partie de la requête no 299/57 du Gouvernement hellénique; que si elle a reconnu, le 2 juin 1956, que la règle ne s'appliquait pas à la requête no 299/57 du Gouvernement hellénique; que si elle a reconnu, le 2 juin 1956, que la règle ne s'appliquait pas à la requête no 176/56 du même gouvernement, c'est pour l'unique motif que cette requête avait trait à la compatibilité de mesures législatives et de pratiques administratives avec la Convention, indépendamment d'une lésion individuelle et concrète; que tel n'est manifestement pas le cas de la requête; que tel n'est manifestement pas le cas de la requête no 788/60 du Gouvernement autrichien;

Constate dès lors que la règle de l'épuisement des voies de recours internes, prévue à l'article 26 de la Convention, s'applique à la présente affaire;

B. Sur l'observation de la règle

Argumentation des parties

Considérant que le Gouvernement italien a souligné, dans ses observations écrites du 30 août 1960, que, selon la sentence arbitrale rendue le 6 mars 1956 en l'affaire Ambatielos, les voies de recours internes "include not only reference to the courts and tribunals, but also the use of the procedural facilities which municipal law makes available to litigants before such courts and tribunals" et "it is the whole system of legal protection, as provided by municipal law, which must have been put to the test"; qu'à la vérité, le tribunal arbitral qui a statué, le 8 juin 1932, sur l'affaire Salem a jugé qu'"as a rule it is sufficient if the claimant has brought his suit up to the highest instance of the national judiciary" (Recueil des sentences arbitrales de l'O.N.U., Volume II, page 1189); qu'il s'agirait pourtant d'une sentence assez ancienne et quelque peu dépassée, et qu'il y aurait lieu de se référer plutôt aux expressions et analyses les plus récentes de la règle de l'épuisement; qu'à ce sujet, le Gouvernement italien a rappelé que, d'après la jurisprudence constante de la Commission, et notamment les décisions relatives à la recevabilité des requêtes no 263/57, 309/57, 327/57 et 342/57, un requérant doit non seulement, pour se conformer aux dispositions pertinentes de l'article 26 (art. 26) de la Convention, soumettre son cas aux diverses juridictions dont cet article exige en principe la saisine, mais encore invoquer devant la juridiction supérieure, à défaut

d'impossibilité ou d'empêchement et dans la mesure où cela dépend raisonnablement de lui, les droits dont il allègue la violation par la juridiction inférieure; que le Gouvernement autrichien ayant objecté, dans son contre-mémoire du 26 octobre 1960, que cette jurisprudence était inopérante en l'espèce pour le motif que la présente requête a trait à une procédure pénale et que les tribunaux répressifs ont l'obligation de rechercher la vérité indépendamment des griefs et offres de preuve de la défense, le Gouvernement italien a répliqué, dans ses observations écrites complémentaires du 3 décembre 1960, que les quatre décisions précitées de la Commission concernaient des procédures internes de caractère pénal et non point civil;

Que le Gouvernement défendeur a relevé d'autre part que, pour rechercher si la défense des jeunes gens de Fundres/Pfunders a négligé d'utiliser un "remedy" essentiel et suffisant, il faut partir d'une hypothèse d'étude consistant à admettre, de manière purement provisoire, que les violations alléguées ont eu réellement lieu; qu'il a cité, en ce sens, les sentences arbitrales rendues le 9 mai 1934 en l'affaire des Navires finlandais (Recueil des Sentences Arbitrales de l'O.N.U., Volume III, page 1504) et le 6 mars 1956 en l'affaire Ambatielos ("... The only possible test is to assume the truth of the facts on which the claimant State bases its claim");

Qu'il a insisté en outre sur le fait que, depuis le dépôt de l'instrument de ratification de l'Italie (26 octobre 1955), la Convention forme partie intégrante du système juridique italien, l'article 2 de la loi no 848 du 4 août 1955 portant obligation de l'observer et de la faire observer "comme loi de l'Etat"; qu'il en résulterait que les dispositions de la Convention doivent être invoquées devant les tribunaux italiens au même titre que la Constitution, les codes et n'importe quelle autre loi interne, l'ignorance de la loi, et par conséquent de la Convention, ne pouvant être valablement excusée; qu'il en serait d'autant plus ainsi que, contrairement aux affirmations du Gouvernement autrichien, le principe selon lequel il incombe aux tribunaux répressifs de rechercher la vérité, au besoin d'office, ne s'appliquerait pas à la Cour de Cassation mais uniquement aux juges du fond;

Qu'à propos de ce dernier point, la Commission a invité les parties, par lettre du 17 décembre 1960 et à l'ouverture de l'audience du 7 janvier 1961, à lui fournir des éclaircissements ou des précisions sur les deux questions suivantes:

a. "Les clauses de l'article 6 paragraphes 1, 2 et 3 d) et de l'article 14 (art. 6-1, 6-2, 6-3-d, 14) de la Convention, invoquées par le Gouvernement autrichien, coïncident-elles avec les prescriptions correspondantes du droit italien (Constitution, lois, etc.) ou vont-elles au-delà, ou au contraire demeurent-elles en-deçà de ces prescriptions?"
b. "Les juridictions répressives italiennes ont-elles, en vertu du principe "Jura novit curia", le droit ou le devoir de veiller d'office au respect des clauses et prescriptions mentionnées à l'alinéa précédent? Dans l'affirmative, la Cour de Cassation se distingue-t-elle, sous ce rapport, du tribunal de première instance et de la Cour d'Appel?";

Qu'en réponse à la première question, le Gouvernement italien a exprimé l'opinion, à l'audience du 7 janvier, que l'article 6 paragraphes 1, 2 et 3 d) et l'article 14 (art. 6-1, 6-2, 6-3-d, 14) de la Convention trouvent leur équivalent en des clauses précises de la Constitution (articles 3, 22, 24, 25, 27, 101, 102, 104, 108 et 111), du Code pénal (articles 1, 40, 42, 57 et 85) et du Code de procédure pénale (articles 185, 238 bis, 239, 240, 249, 256, 269, 378, 420 et 479) italiens; qu'il a souligné, toutefois, que cette opinion reposait sur une interprétation déterminée de la Convention; qu'il a ajouté, à l'audience du 9 janvier, que le Gouvernement autrichien semblait attribuer aux articles 6 et 14 (art. 6, 14) une signification différente et plus ample, ce qui serait une raison supplémentaire de vérifier si la défense des jeunes gens de Fundres/Pfunders les a ou non invoqués devant les tribunaux italiens; qu'il a fait valoir que le problème de l'épuisement des voies de recours internes ne pouvait être joint au fond, de sorte que la Commission devrait, pour le trancher, ou bien s'en tenir au critère accepté par la jurisprudence internationale (affaire des Navires Finlandais et affaire Ambatielos), c'est-à-dire admettre provisoirement l'interprétation autrichienne, ou bien se prononcer elle-même, dès ce stade de la procédure, sur la portée exacte des articles 6 et 14 (art. 6, 14);

Qu'en réponse à la deuxième question reproduite ci-dessus, le Gouvernement défendeur a indiqué, à l'audience du 7 janvier, que les arrêts d'appel et de cassation obéissent dans le système italien, à la différence des jugements de première instance, au "principio dispositivo", selon lequel les parties tracent elles-mêmes, en choisissant leurs moyens (motivi d'impugnazione), les limites du pouvoir de cognition du juge d'appel ou de cassation; qu'à la vérité, les articles 152 et 185 du Code de procédure pénale apportent à ce principe diverses exceptions en prévoyant que le juge doit, en tout état de l'instance, relever d'office certaines causes rendant l'accusé non punissable, de

même que certaines nullités absolues, que les conditions d'application de ces deux articles ne se trouvaient cependant pas réunies en l'espèce;

Qu'à l'ouverture de l'audience du 9 janvier, la Commission a posé aux parties la question ci-après:
"Lorsqu'un accusé soulève un certain moyen devant la Cour de Cassation avec une précision suffisante mais sans invoquer expressément, à l'appui de ce moyen, les dispositions pertinentes du droit interne italien, y compris la Convention, la Cour a-t-elle néanmoins le droit ou le devoir de veiller au respect desdits dispositions, ou doit-elle déclarer le pourvoi irrecevable par application de l'article 201 du Code de procédure pénale?";

Que le Gouvernement italien a répondu, lors de la même audience, que l'article 201 du Code de procédure pénale, en exigeant que les moyens soient exposés de manière spécifique, sous peine d'irrecevabilité, édicte une règle générale valable pour n'importe quel recours, y compris le pourvoi en cassation; qu'à cette règle générale s'ajoute la règle spéciale de l'article 524 dudit Code, qui énumère les vices donnant ouverture à cassation, à savoir inobservation ou application erronée de la loi pénale ou d'autres dispositions juridiques dont il faut tenir compte dans l'application de la loi pénale, excès de pouvoir de la part du juge et inobservation des dispositions du Code de procédure pénale établies à peine de nullité, d'irrecevabilité ou de déchéance; qu'il s'ensuivrait que la partie intéressée a l'obligation absolue de formuler son moyen en indiquant non seulement les dispositions de la loi pénale dont elle allègue l'inobservation ou l'application erronée, mais encore les autres dispositions juridiques pertinentes, par exemple la Convention, faute de quoi il suffirait de se référer à l'ensemble du Code de procédure pénale, ou à la Constitution tout entière, etc., pour rendre pratiquement impossible l'accomplissement de la tâche du juge de cassation; que, sous réserve des articles 152 et 185 du Code de procédure pénale, déjà cités, la Cour de Cassation d'Italie n'aurait donc pas la faculté d'examiner un moyen précisé en fait mais non pas en droit;

Que, partant de ces prémisses, le Gouvernement italien a conclu que les jeunes gens de Fundres/Pfunders n'avaient épuisé les voies de recours internes pour aucun des griefs du Gouvernement autrichien; Qu'il a observé, en ce qui concerne le refus, par la Cour de Trente, d'entendre Giovanna Ebner et le Dr Kofler en qualité de témoins, que le troisième moyen du pourvoi en cassation se bornait à invoquer des arguments de fait et, dans une moindre mesure, les droits de la défense; qu'il a

semblé admettre, à la rigueur, que ledit moyen avait ainsi soulevé, implicitement et en substance, le grief tiré de la violation alléguée de l'article 24 de la Constitution italienne, et que la Cour de Cassation aurait dû trancher ce point; qu'il a néanmoins reproché aux condamnés de ne s'être pas expressément prévalus de l'article 6 paragraphe 3 d) (art. 6-3-d) de la Convention, prescription de droit dont la Cour de Cassation a compétence pour vérifier le respect;

Que le Gouvernement italien a constaté en outre que le pourvoi ne mentionnait pas davantage les articles 6 paragraphe 2 et 14 (art. 6-2, 14) de la Convention, ni même les articles 27 paragraphe 2 et 3 (art. 27-2, 27-3) de la Constitution italienne, aux termes desquels "l'accusé n'est pas considéré coupable tant qu'il n'y a pas eu condamnation définitive" et "tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinion politique, de conditions personnelles ou sociales ...";

Qu'au sujet, enfin, de la partialité prétendue des juges d'assises, le Gouvernement italien a exprimé l'opinion que le pourvoi en cassation ne renfermait aucun argument comparable à ceux du Gouvernement autrichien et souligné que la défense n'avait invoqué ni l'article 6 paragraphe 1 (art. 6-1) de la Convention, ni les articles 2 ("La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme...") et 24 paragraphe 2 ("La défense est un droit inviolable en tout état ou degré de l'affaire") de la Constitution italienne; qu'à la vérité, le premier moyen du pourvoi contestait la légalité du remplacement d'un juré de la Cour de Trente, tombé malade, par un "juré suppléant", mais qu'il s'agirait là d'un grief entièrement indépendant des accusations de partialité formulées dans la requête;

Qu'en réponse à une question de la Commission, le Gouvernement italien a soutenu à l'audience du 9 janvier, en ordre subsidiaire, que les accusés n'avaient pas même soulevé en substance, devant la Cour de Cassation, les moyens à l'appui desquels la requête se réfère aux articles 6 et 14 (art. 6, 14) de la Convention;

Que la Commission a invité les parties, par lettre du 17 décembre 1960 et à l'ouverture de l'audience du 7 janvier 1961, à lui fournir des éclaircissements ou des précisions sur la question suivante: "Les accusés du procès de Fundres/Pfunders avaient-ils, selon la législation italienne, la possibilité d'attaquer la composition du jury, critiquée par le Gouvernement autrichien aux pages 6 et 18 de la requête introductive?

Si oui, quels recours s'offraient à eux en la matière, et les ont-ils exercés?";

Que le Gouvernement italien a répondu que si, malgré les garanties offertes par la Loi no 287 du 10 avril 1951, relative à l'organisation des Cours d'Assises et notamment à la constitution des jurys, les accusés de Fundres/Pfunders avaient cru pouvoir douter de l'impartialité de leurs juges de première instance et d'appel, ils auraient dû former une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, ce qu'ils ont négligé de faire; qu'aux termes de l'article 55 du Code italien de procédure pénale, en effet, A tout état de degré du procès, pour de graves motifs d'ordre public ou pour une légitime suspicion, à la requête du Procureur Général près la Cour d'Appel ou la Cour de Cassation, celle-ci peut renvoyer une instruction ou le jugement à un autre juge dans un autre siège. L'accusé peut avancer une instance à cet effet uniquement pour une légitime suspicion. Cette faculté n'appartient pas aux autres parties privées."; que la demande de l'accusé doit être adressée au Procureur de la République, mais que celui-ci a l'obligation de la transmettre à la Cour de Cassation qui, de son côté, est tenue de l'examiner et de statuer; qu'au surplus, une situation de pur fait, et non pas seulement une règle de droit existante, peut, dans le système italien, justifier le renvoi pour cause de suspicion légitime; que la suspicion légitime constituerait donc une notion concrète; que la Cour de Cassation d'Italie aurait plusieurs fois décidé, tant à la requête d'accusés qu'à celle du ministère public, de dessaisir la Cour d'Assises normalement compétente ratione loci, pour le motif qu'il régnait, dans le ressort de cette Cour, une ambiance de nature à empêcher un procès entièrement impartial; qu'il arriverait, en particulier, que les questions susceptibles de troubler la tranquillité et l'ordre publics dans une région déterminée soient portées devant les juridictions d'autres régions de la République italienne; que la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime revêtirait, dès lors, le caractère d'un recours essentiel et efficace; qu'à tout le moins, il incomberait au Gouvernement autrichien, selon les principes de droit international généralement reconnus en la matière, de démontrer qu'elle eût été inefficace en l'espèce; que le Gouvernement autrichien n'aurait aucunement rapporté pareille preuve en affirmant que le dessaisissement éventuel des Cours de Bolzano/Bozen et de Trente eût abouti à confier l'examen de l'affaire à des jurys ne comprenant aucune personne de langue allemande, de sorte qu'il eût été inopportun, pour la défense, de se prévaloir de l'article 55 du Code de procédure pénale; que cette affirmation irait au-delà de toute prévision possible, car elle équivaudrait à alléguer que

nulle part en Italie il n'y aurait eu de juge capable de faire vraiment justice;

Considérant que le Gouvernement autrichien a rappelé pour sa part, en ordre subsidiaire - c'est-à-dire à supposer que l'article 26 (art. 26) de la Convention s'applique de la même façon aux requêtes étatiques et aux requêtes individuelles - que, d'après la sentence arbitrale rendue le 8 juin 1932 en l'affaire Salem, la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit s'interpréter en fonction des circonstances propres à chaque affaire et "as a rule it is sufficient if the claimant has brought his suit up to the highest instance of the national judiciary"; qu'au surplus, les quatre décisions de la Commission citées par le Gouvernement italien auraient trait à des procédures civiles, tandis que la présente requête concerne une procédure pénale; que les procédures pénales obéiraient au principe selon lequel le tribunal a l'obligation de trouver la vérité indépendamment des griefs et offres de preuve de la défense;

Que le Gouvernement demandeur s'est déclaré d'accord avec le Gouvernement italien pour admettre que les stipulations de la Constitution italienne coïncident avec celles de la Convention et que celle-ci forme partie intégrante du droit interne italien; qu'il n'a pu accepter, en revanche, que l'on reproche à la défense de ne pas avoir mentionné les dispositions de la Convention; qu'en effet, les autorités italiennes, y compris les tribunaux, auraient le devoir de les appliquer, même d'office; que le Gouvernement autrichien a contesté que les lois italiennes, et notamment l'article 524 du Code de procédure pénale, ne garantissent pas le respect de ce devoir; que si elles ne le garantissaient pas, d'ailleurs, elles enfreindraient à son avis la Convention, l'Italie n'ayant formulé aucune réserve à leur propos;

Qu'aux yeux du Gouvernement autrichien, il suffit donc que les griefs au sujet desquels la requête allègue la violation des articles 6 et 14 (art. 6, 14) de la Convention aient été soulevés en substance devant les juridictions italiennes; que tel serait effectivement le cas; que le Gouvernement autrichien a souligné, en ce sens, que l'exposé des faits du pourvoi en cassation critiquait les "affirmations apodictiques" et les "pures assertions sans l'ombre d'une preuve à l'appui" contenues dans l'arrêt de la Cour de Trente; le premier moyen dudit pourvoi, les conditions dans lesquelles un juré suppléant avait remplacé l'un des jurés de cette Cour, tombé malade; le troisième moyen, la non-audition de Giovanna/Johanna Ebner et du Dr Kofler lors de la descente sur les

lieux du 13 mars 1958; le septième, les "appréciations subjectives", "suppositions" et "conjectures" émises par les juges d'appel; le huitième, les "affirmations apodictiques ne reposant sur aucune preuve" qu'ils auraient énoncées; le premier moyen supplémentaire, enfin, l'"insuffisance" des motifs pour lesquels l'arrêt du 27 mars 1958 épousa la thèse de l'homicide volontaire plutôt que celle de l'homicide "pré-intentionnel"; que le Gouvernement autrichien a relevé, en outre, que l'avocat des jeunes gens de Fundres/Pfunders avait expressément invoqué, en sus d'une série de prescriptions du Code pénal, du Code de procédure pénale et de la Loi du 10 avril 1951, les articles 24 paragraphe 2 (deuxième moyen du pourvoi) et 27 paragraphe 1 (septième moyen) de la Constitution italienne;

Que le Gouvernement autrichien a fait valoir, d'autre part, qu'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime n'aurait pas amélioré la situation des accusés et n'aurait pas été "vraisemblablement efficace" au sens des principes de droit international généralement reconnus; que d'après lui, en effet, l'appartenance de quatre jurés sur six au "groupe ethnique italien" n'aurait guère eu de chances d'être retenue comme motif légitime de suspicion, les accusés possédant eux aussi la nationalité italienne et le Code italien de procédure pénale datant d'une époque antérieure à la naissance du problème de la minorité du Haut-Adige; qu'en outre, le dépôt d'une requête fondée sur l'article 55 dudit Code n'eût pas manqué d'indisposer les Cours d'Assises, surtout dans l'atmosphère régnant à Bolzano/Bozen et à Trente et, partant, eût constitué une faute grave de la défense; que si du reste la Cour de Cassation avait, par impossible, accueilli pareille requête, l'examen de l'affaire eût incombé à un jury ne comprenant aucune personne de langue allemande et, dès lors, de "composition ethnique encore plus défavorable";

Décision de la Commission

En ce qui concerne le grief énoncé au paragraphe 1 - 3 - a) des conclusions finales du Gouvernement autrichien:

Considérant que, par ce grief, le Gouvernement autrichien allègue la violation de l'article 6 paragraphe 1 (art. 6-1) de la Convention du fait de la composition des Cours d'Assises de Bolzano et de Trente; qu'il souligne que quatre jurés sur six étaient d'"appartenance ethnique italienne", ce qui les aurait rendus "particulièrement influençables par la

campagne de presse italienne, la tension politique, l'argumentation véhémente du Procureur de la République et de la partie civile";

Considérant que selon les principes de droit international généralement reconnus, auxquels se réfère l'article 26 (art. 26) de la Convention, il incombe au Gouvernement défendeur, s'il soulève l'exception de non épuisement, de prouver l'existence, dans son système juridique national, de recours qui n'ont pas été exercés (décision de la Commission sur la recevabilité de la requête no 299/57 du Gouvernement hellénique contre le Gouvernement britannique et sentence arbitrale du 6 mars 1956 relative à l'affaire Ambatielos);

Que le Gouvernement italien a démontré qu'aux termes de l'article 55 paragraphe 2 du Code de procédure pénale, un accusé peut, en tout état de cause, former une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, et que les intéressés n'ont usé de cette faculté ni en première instance ni en appel;

Que la règle de l'épuisement exige en principe, d'après les conceptions dominant de nos jours en la matière, que soient utilisées toutes les ressources judiciaires offertes par la législation nationale, pourvu qu'elles se révèlent susceptibles de fournir un moyen vraisemblablement efficace et suffisant de redresser les griefs articulés, sur le plan international, contre l'Etat défendeur (décision de la Commission sur la recevabilité de la requête no 347/57 de M. B.S. Nielsen contre le Danemark); que les explications du Gouvernement italien sur la législation et la pratique pertinentes donnent à penser qu'une demande introduite en vertu de l'article 55 paragraphe 2 du Code de procédure pénale eût constitué en l'occurrence un tel recours; qu'il ressort de ces explications, en particulier, que, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation d'Italie, pareille demande peut valablement se fonder sur des circonstances du genre de celles dont fait état le Gouvernement autrichien, que le Procureur de la République a l'obligation de la transmettre à la Cour de Cassation et que celle-ci doit l'examiner et statuer; qu'il semble que le recours en question aurait donc eu des perspectives appréciables de succès et que, si la Cour de Cassation l'avait accueilli, le procès aurait eu des chances sérieuses de se dérouler dans une atmosphère différente de celle qui, aux yeux du Gouvernement autrichien, régnait à Bolzano/Bozen et à Trente;

Considérant, du reste, que l'épuisement d'une voie de recours interne déterminée ne cesse normalement d'être nécessaire, selon les principes

de droit international généralement reconnus, que si la partie requérante réussit à établir que, dans les circonstances de l'espèce, cette voie n'était pas vraisemblablement efficace et suffisante quant au grief dont s'agit (décision de la Commission sur la recevabilité de la requête no 299/57 du Gouvernement hellénique); que, de l'avis de la Commission, le Gouvernement autrichien n'a développé à cet égard que des arguments se situent sur le terrain de l'opportunité et, plus précisément, de la tactique que les accusés avaient ou n'avaient pas intérêt à adopter; qu'il n'a pas établi qu'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime n'eût pas constitué, en l'occurrence, un recours vraisemblablement efficace et suffisant;

Constate, dès lors, que l'épuisement des voies de recours internes ne se trouve pas réalisé sous ce rapport, de sorte qu'il échet de rejeter une partie de la requête par application de l'article 27 paragraphe 3 (art. 27-3) de la Convention;

En ce qui concerne le grief énoncé au paragraphe I - 1 des conclusions finales du Gouvernement autrichien

Considérant que, par ce grief, le Gouvernement autrichien allègue la violation de l'article 6 paragraphe 3 d) (art. 6-3-d) de la Convention du fait de la "non admission des témoins Johanna Ebner et Dr Kofler comme négligeables sur un sujet que les tribunaux ont déclaré comme essentiel et relevant à l'égard des témoins cités par l'accusation et irrelevant à l'égard de ces témoins cités par la défense sur les mêmes points";

Considérant que, dans le troisième moyen de leur pourvoi en cassation, les condamnés critiquaient la motivation "nettement contradictoire" qui, d'après eux, conduisit la Cour de Trente à refuser, le 10 mars 1958, l'audition de Giovanna/Johanna Ebner et du Dr Kofler en qualité de témoins lors de la descente sur les lieux, alors pourtant qu'elle prescrivit celle de Calvia sur le même point, à savoir l'emplacement du cadavre de Falqui; qu'ils faisaient valoir que Giovanna/Johanna Ebner avait passé sur le pont qui enjambe le torrent au moment où le corps gisait encore dans le lit de ce dernier et où un autre douanier essayait de le relever; qu'ils ajoutaient que "ne fût-ce que du point de vue pur et simple du droit à la défense, le juge ne peut rejeter les preuves proposées sur des circonstances matérielles précises d'importance fondamentale"; qu'ils appuyaient leur thèse sur les articles 415, 457, 475 paragraphe 3, 520 et 524 du Code de procédure pénale, mais non

pas sur l'article 24 paragraphe 2 de la Constitution, aux termes duquel "la défense est un droit inviolable ..."; que le Gouvernement italien a néanmoins concédé que "l'on pourrait admettre, à la rigueur, que l'argument a été soulevé en substance et que la Cour de Cassation aurait dû le trancher"; qu'en revanche, le troisième moyen du pourvoi ne mentionnait pas l'article 6 paragraphe 3 d) (art. 6-3-d) de la Convention, dont les dispositions ne trouvent leur équivalent exact dans aucun des cinq articles du Code de procédure pénale énumérés ci-dessus; que la Cour de Cassation a rejeté ledit moyen sur la base exclusive des concepts de libre conviction et de pouvoir discrétionnaire du juge du fond;

Considérant qu'il appartient en principe à la législation nationale de chaque Etat Contractant de créer les juridictions appropriées, d'en délimiter la compétence (affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, C.P.J.I., Série A/B, no 76, page 19) et de fixer les formes et délais que les justiciables doivent respecter pour y accéder; que les articles 201 et 524 du Code de procédure pénale, tels que les interprète le Gouvernement italien, obligent quiconque se pourvoit en cassation à libeller ses moyens de manière spécifique, en indiquant clairement les prescriptions juridiques dont il se prévaut; que la Convention possède en Italie, depuis le 26 octobre 1955, la valeur d'une loi interne ordinaire; que ses clauses figurant donc, semble-t-il, parmi celles qu'il eût fallu, selon les articles 201 et 524 du Code de procédure pénale, invoquer expressément dans le pourvoi en cassation;

Considérant cependant que, selon l'article 26 (art. 26) de la Convention, c'est en fonction des principes de droit international généralement reconnus que l'on doit déterminer si les recours internes ont ou non été valablement épuisés; que l'on admet communément, à cet égard, que seule la non-utilisation d'un recours "essentiel" pour établir le bien-fondé de la cause devant les tribunaux internes entraîne l'irrecevabilité de la réclamation internationale (sentence arbitrale rendue le 6 mars 1956 en l'affaire Ambatielos); qu'en outre la règle du "local redress" se borne à imposer l'usage "normal" des recours "vraisemblablement efficaces et suffisants" (résolution adoptée à Grenade, en 1956, par l'Institut de Droit International);

Considérant que le troisième moyen du pourvoi en cassation a soulevé en substance le même problème que le grief dont s'agit, à savoir le problème de l'égalité entre l'accusation, la partie civile et la défense en matière d'audition des témoins; que l'article 6 paragraphe 3 d) (art. 6-3-

d) de la Convention a précisément pour but d'assurer cette égalité, ainsi qu'il ressort et de sa lettre ("... obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge") et des travaux préparatoires (document CM/WP IV (50) 19, pages 15 - 16: "Le but de ce paragraphe est de placer l'inculpé, en matière d'audition de témoins, sur un pied d'égalité avec le ministère public"); que s'ils l'avaient expressément cité, les jeunes gens de Fundres/Pfunders n'auraient donc présenté aucun moyen supplémentaire, mais avancé un simple argument de plus coïncidant en pratique, par sa portée, avec ceux qu'ils tiraient du Code de procédure pénale; qu'il n'existe par conséquent, selon toute apparence, aucune raison de présumer que leur pourvoi aurait, de cette manière, abouti à un résultat différent et plus favorable pour eux;

Constate, dès lors, que le grief énoncé au paragraphe I - 1 des conclusions finales du Gouvernement autrichien ne peut être déclaré irrecevable par application de l'article 27 paragraphe 3 (art. 27-3) de la Convention;

En ce qui concerne le grief énoncé au par. I - 2 des conclusions finales du Gouvernement autrichien

Considérant que, par ce grief, le Gouvernement autrichien allègue la violation de l'article 6 paragraphe 2 (art. 6-2) de la Convention "du fait que les accusés ont été traités avant leur condamnation comme meurtriers politiques et qualifiés comme tels ayant commis un meurtre poussés par leur haine anti-italienne";

Considérant que pour apprécier si les voies de recours internes ont été épuisées à cet égard, il échet de se conformer aux principes rappelés à propos du grief précédent;

Considérant que l'article 27 paragraphe 2 de la Constitution italienne stipule que "l'accusé n'est pas considéré coupable jusqu'au moment de sa condamnation définitive" et offre donc une nette analogie avec l'article 6 paragraphe 2 (art. 6-2) de la Convention, aux termes duquel "toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie"; que les intéressés se sont bornés à mentionner le paragraphe 1er dudit article 27 ("la responsabilité pénale est personnelle"), et ce dans le septième moyen du pourvoi; que ce moyen ne traitait d'ailleurs pas des événements de la nuit du 15 au 16 août 1956, mais de l'incident du 29

juin 1956, et par conséquent, n'entre pas en ligne de compte pour les besoins de la présente décision; que, d'autre part, le pourvoi ne contenait aucune référence à l'article 6 paragraphe 2 (art. 6-2) de la Convention;

Considérant toutefois que l'exposé des faits par lequel s'ouvrait le pourvoi reprochait à la Cour de Trente d'avoir non seulement négligé de se prononcer sur certains "éléments rassemblés au dossier (et constituant) une base logique nécessaire pour une évaluation juridique de tout le procès", mais émis également des "affirmations apodictiques" et de "pures assertions sans l'ombre d'une preuve à l'appui" en dépeignant les accusés, qui n'avaient jusque-là subi aucune condamnation, comme des personnes "gonflées de haine anti-italienne" et "assoiffées de vengeance contre les Italiens"; qu'il soulignait que, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, "est nul le jugement dont les motifs, au lieu de se fonder sur des faits positifs, reposent sur des suppositions et des conjectures"; qu'en outre, le premier moyen supplémentaire du pourvoi faisait valoir que la Cour de Trente avait violé l'article 475 du Code de procédure pénale, faute d'avoir "suffisamment motivé sa thèse en ce qui concernait l'argument de la défense d'après lequel l'homicide avait eu lieu en dépassant les intentions des auteurs ("preterintenzionalità"); qu'il contestait que la Cour eût "prouvé de manière indéniable l'existence d'une volonté meurtrière chez Luigi Ebner"; qu'il observait qu'entre les deux hypothèses examinées par le juge du fond, celle de l'homicide volontaire et celle du décès accidentel, il y avait place pour l'hypothèse intermédiaire de l'homicide "préterintentionnel" que, de l'avis de la défense, plusieurs circonstances de fait tendaient à corroborer; qu'il exprimait l'opinion que la Cour de Trente aurait dû écarter "l'absence d'intention ("preterintenzionalità") non pas implicitement, mais explicitement", après l'avoir étudiée et en motivant l'exclusion;

Considérant au surplus que pour justifier le rejet du premier moyen supplémentaire, la Cour de Cassation d'Italie a commencé par rappeler que son rôle "se borne à un contrôle de la légalité des décisions portées à sa connaissance" et que, par suite, elle "ne peut procéder à un nouvel examen de l'évaluation faite des preuves du procès, au sujet desquelles elle peut seulement relever d'éventuels vices logiques et juridiques"; qu'elle a estimé que la motivation adoptée par la Cour de Trente ne recélait nul vice de ce genre et que les éléments retenus dans l'arrêt entrepris suffisaient, "en l'occurrence ..., pour démontrer la volonté homicide de la part de Luigi Ebner";

Considérant qu'il en résulte que le problème de la présomption d'innocence, soulevé par le Gouvernement autrichien au paragraphe I - 2 de ses conclusions finales, a été soumis en substance à la Cour de Cassation d'Italie; que, s'ils avaient expressément cité l'article 27 paragraphe 2 de la Constitution italienne et l'Article 6 paragraphe 2 (art. 6-2) de la Convention européenne, les jeunes gens de Fundres/Pfunders n'auraient donc présenté aucun moyen supplémentaire, mais avancé un simple argument de plus coïncidant en pratique, par sa portée, avec ceux qu'ils ont effectivement développés; qu'il n'existe par conséquent, selon toute apparence, aucune raison de présumer que leur pourvoi aurait, de cette manière, abouti à un résultat différent et plus favorable pour eux;

Constate, dès lors, que le grief en question ne peut être déclaré irrecevable par application de l'article 27 paragraphe 3 (art. 27-3) de la Convention;

En ce qui concerne le grief énoncé au paragraphe I - 3 b) des conclusions finales du Gouvernement autrichien

Considérant que, par ce grief, le Gouvernement autrichien allègue la violation de l'article 6 paragraphe 1 (art. 6-1) de la Convention du fait de "la violation du droit codifié dans les alinéas 2 et 3 d) de l'article 6 (art. 6-2, 6-3-d), l'alinéa 1 résumant dans son acception générale les alinéas postérieurs";

Constate que ce grief constitue un simple corollaire des deux griefs précédents, de sorte qu'il ne peut, pas plus que ces derniers, être déclaré irrecevable par application de l'article 27 paragraphe 3 (art. 27-3) de la Convention;

En ce qui concerne le grief énoncé au paragraphe I - 4 des conclusions finales du Gouvernement autrichien

Considérant que, par ce grief, le Gouvernement autrichien allègue la violation de l'article 14 (art. 14) de la Convention "parce que les violations des droits de l'homme exposées" (dans les autres griefs) naissaient sans doute du fait que les jeunes gens de Pfunders étaient d'origine ethnique et linguistique (origine nationale) différente de la majorité des citoyens de la République italienne";

Constate, à la lumière des mémoires, plaidoiries et conclusions du Gouvernement demandeur, que ledit grief se rattache très étroitement aux griefs antérieurs et, partant, n'appelle pas de décision distincte relativement aux articles 26 et 27 paragraphe 3 (art. 26, 27-3) de la Convention;

III. Sur les autres questions de compétence et de recevabilité

Considérant que, dans ses observations écrites du 30 août 1960 (paragraphes 3 - 7) et ses observations écrites complémentaires du 3 décembre 1960 (paragraphes 1 - 2), le Gouvernement italien avait soutenu que l'examen des griefs du Gouvernement autrichien ne relevait pas de la compétence ratione materiae de la Commission; que les arguments développés par lui en la matière précédaient même, dans ces deux documents, ceux qui tendaient à faire déclarer la requête irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes; que le gouvernement défendeur commençait par rappeler qu'aux termes de l'article 24 (art. 24) de la Convention, "toute Partie Contractante peut saisir la Commission ... de tout manquement aux dispositions de la ... Convention qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie Contractante"; qu'il admettait que les chefs d'irrecevabilité visés à l'article 27 paragraphe 2 (art. 27-2) de la Convention valent exclusivement pour les requêtes introduites, en vertu de l'article 25 (art. 25), par une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers; qu'il déduisait cependant dudit article 24 (art. 24) que les requêtes étatiques, même si elles sont manifestement mal fondées ou abusives, doivent avoir pour objet l'imputation d'un "manquement aux dispositions de la Convention" et non, par exemple, aux normes d'un autre traité international, faute de quoi la Commission n'aurait point compétence pour en connaître; qu'il ajoutait que la Commission ne devait pas vérifier sa compétence à cet égard in abstracto, sur la base d'un rappel général à une disposition de la Convention et à l'affirmation d'une violation générale et vague de celle-ci, mais bien in concreto, sur la base d'une imputation de manquement aux droits spécifiquement prévus par la Convention;

qu'il incomberait donc à la Commission, sans aborder l'examen du fond, de s'assurer que l'Etat demandeur déplore, avec ou sans fondement, un acte ou une omission susceptible de constituer de manière immédiate une violation de tel droit particulier et précis prévu par la Convention et dans les limites où les Parties Contractantes ont voulu prévoir et garantir ce droit; que le Gouvernement italien, analysant ensuite la

requête en fonction des principes ainsi définis, arrivait à la conclusion qu'elle ne se rapportait en aucune manière aux droits de l'homme, mais abondait en affirmations gratuites ou offensantes et tentait en fait d'ériger la Commission en "quatrième instance"; qu'il invitait la Commission, en conséquence, à constater son incompétence absolue;

Considérant que, dans sa réponse du 26 octobre 1960 aux observations écrites italiennes (paragraphes 1 et 2), sa plaidoirie du 7 janvier 1961 et ses conclusions finales du 9 janvier 1961 (paragraphes I - 1), le Gouvernement autrichien a reproché au Gouvernement défendeur, en ordre principal, d'assimiler la requête à une requête individuelle et de discuter prématurément les faits et le fond de l'affaire; qu'il a souligné que l'article 24 (art. 24) de la Convention habilite toute Partie Contractante à saisir la Commission de tout manquement aux dispositions de la Convention qu'elle "croira" pouvoir être imputé à une autre Partie Contractante; qu'il a estimé avoir amplement démontré qu'il croyait avec toute justification qu'un tel manquement pouvait être imputé au Gouvernement italien; que le Gouvernement demandeur a fait valoir, subsidiairement, que la Commission a compétence pour examiner sinon toutes les erreurs de fait ou de droit éventuellement commises par les tribunaux internes, du moins celles qui constituent ou ont entraîné une violation des droits de l'homme ou qui, tout au moins, laissent supposer pareille violation, ce qui serait le cas en l'espèce; qu'il a souligné, en outre, qu'il indiquait clairement les prescriptions dont il alléguait la méconnaissance, à savoir les articles 6 paragraphe 3 d), 6 paragraphe 2, 6 paragraphe 1 et 14 (art. 6-1, 6-2, 6-3-d, 14) de la Convention; qu'il lui a paru peu logique, de la part du Gouvernement italien, d'essayer d'obtenir une décision d'irrecevabilité en contestant la matérialité des faits dénoncés dans la requête; qu'à ses yeux, seul un examen au fond permettrait de déterminer si la Convention avait ou non été respectée;

Considérant que la Commission a déjà dit et jugé, dans ses décisions des 2 juin 1956 et 12 octobre 1957 sur la recevabilité des requêtes no 176/56 et 299/57 du Gouvernement hellénique contre le Gouvernement du Royaume-Uni, que les dispositions de l'article 27 paragraphe 2 (art. 27-2) de la Convention se réfèrent uniquement aux requêtes introduites par les particuliers en vertu de l'article 25 (art. 25) et non point à celles émanant des gouvernements; qu'elle en a déduit, dans la seconde de ces décisions, que lorsqu'elle examine la recevabilité d'une requête étatique, elle n'a pas à rechercher si la Partie Contractante

demanderesse apporte un commencement de preuve de l'exactitude de ses affirmations, pareille recherche touchant au fond de l'affaire;

Considérant, au surplus, que les griefs formulés dans la requête ne sortent pas du cadre général de la Convention;

Décide que le moyen d'incompétence ratione materiae analysé ci-dessus doit être écarté, et constate que le Gouvernement italien ne l'a d'ailleurs pas maintenu dans ses conclusions finales du 9 janvier 1961;

Considérant qu'aucun autre motif d'incompétence ou d'irrecevabilité n'a pu être retenu d'office;

Par ces motifs, et tout moyen de fond étant réservé, constate qu'elle a compétence pour examiner la recevabilité de la requête;

déclare la requête IRRECEVABLE, pour non-épuisement des voies de recours internes, en ce qui concerne les griefs énoncés au paragraphe I - 3 a) des conclusions finales du Gouvernement autrichien;

la déclare RECEVABLE et la retient quant aux autres griefs, c'est-à-dire:

1. quant à la violation alléguée de l'article 6 paragraphe 3 d) (art. 6-3-d) de la Convention (non-audition de Giovanna/Johanna Ebner et du Dr Kofler en qualité de témoins, paragraphe I - 1 des conclusions finales du Gouvernement autrichien);

2. quant à la violation alléguée de l'article 6 paragraphe 2 (art. 6-2) de la Convention (atteinte prétendue à la présomption d'innocence, paragraphe I - 2 des conclusions finales du Gouvernement autrichien);

3. quant à la violation de l'article 6 paragraphe 1 (art. 6-1) de la Convention qui résulterait de la violation alléguée de l'article 6 paragraphes 2 et 3 d) (art. 6-2, 6-3-d) (paragraphe I - 3 b) des conclusions finales du Gouvernement autrichien);

4. quant à la violation alléguée de l'article 14 (art. 14) de la Convention (paragraphe I - 4 des conclusions finales du Gouvernement autrichien).

COURT (CHAMBER)

CASE OF BURGHARTZ v. SWITZERLAND

(Application no. 16213/90)

JUDGMENT

STRASBOURG

22 February 1994

In the case of Burghartz v. Switzerland*,

The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 43 (art. 43) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") and the relevant provisions of the Rules of Court, as a Chamber composed of the following judges:

Mr R. Ryssdal, President,
Mr Thór Vilhjálmsson,
Mr F. Gölcüklü,
Mr L.-E. Pettiti,
Mr C. Russo,
Mr N. Valticos,
Mr J.M. Morenilla,
Mr A.B. Baka,
Mr L. Wildhaber,

and also of Mr M.-A. Eissen, Registrar, and Mr H. Petzold, Deputy Registrar,

Having deliberated in private on 25 August 1993 and 24 January 1994,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights ("the Commission") on 11 December 1992 and by the Government of the Swiss Confederation ("the Government") on 8 January 1993, within the three-month period laid down in Article 32 para. 1 and Article 47 (art. 32-1, art. 47) of the Convention. It originated in an application (no. 16213/90) against Switzerland lodged with the Commission under Article 25 (art. 25) by Mrs Susanna **Burghartz** and Mr Albert **Burghartz**, on 26 January 1990.

The Commission's request referred to Articles 44 and 48 (art. 44, art. 48) and to the declaration whereby Switzerland recognised the compulsory jurisdiction of the Court (Article 46) (art. 46); the Government's application referred to Articles 45, 47 and 48 (art. 45, art. 47, art. 48). The object of the request and of the application was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach

by the respondent State of its obligations under Articles 8 and 14 (art. 8, art. 14) of the Convention.

2. In response to the enquiry made in accordance with Rule 33 para. 3 (d) of the Rules of Court, the applicants stated that they wished to take part in the proceedings and designated the lawyer who would represent them (Rule 30), whom the President gave leave to use the German language (Rule 27 para. 3).

3. The Chamber to be constituted included ex officio Mr L. Wildhaber, the elected judge of Swiss nationality (Article 43 of the Convention) (art. 43), and Mr R. Ryssdal, the President of the Court (Rule 21 para. 3 (b)). On 29 January 1993, in the presence of the Registrar, the President drew by lot the names of the other seven members, namely Mr Thór Vilhjálmsson, Mr F. Gölcüklü, Mr L.-E. Pettiti, Mr N. Valticos, Mr I. Foighel, Mr J.M. Morenilla and Mr A.B. Baka (Article 43 in fine of the Convention and Rule 21 para. 4 of the Rules of Court) (art. 43). Subsequently Mr C. Russo, substitute judge, replaced Mr Foighel, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rules 22 para. 1 and 24 para. 1).

4. As President of the Chamber (Rule 21 para. 5), Mr Ryssdal, acting through the Registrar, consulted the Agent of the Government, the applicants' lawyer and the Delegate of the Commission on the organisation of the proceedings (Rules 37 para. 1 and 38). Pursuant to the order made in consequence, the Registrar received the applicants' and the Government's memorials on 16 June 1993.

5. In accordance with the President's decision, the hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 August 1993. The Court had held a preparatory meeting beforehand.

There appeared before the Court:

- for the Government
  Mr P. Boillat, Head of the European Law and International Affairs Section, Federal Office of Justice, *Agent*,
  Mrs R. Reusser, Head of the Principal Private Law Division, Federal Office of Justice,
  Mr F. Schürmann, Deputy Head of the European Law and International Affairs Section, Federal Office of Justice, *Counsel*;
- for the Commission
  Mr E. Busuttil, *Delegate*;
- for the applicants

Ms E. Freivogel, Rechtsanwältin, *Counsel*.

The Court heard addresses by Mr Busuttil, Mr Boillat and Ms Freivogel.

AS TO THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicants, who are Swiss nationals, have both lived in Basle since 1975. They were married in Germany in 1984 and Mrs **Burghartz** has German citizenship also. In accordance with German law (Article 1355 of the Civil Code), they chose the wife's surname, "**Burghartz**", as their family name; the husband availed himself of his right to put his own surname in front of that and thus call himself "Schnyder **Burghartz**".

7. The Swiss registry office (Zivilstandsamt) having recorded "Schnyder" as their joint surname, the couple applied to substitute "**Burghartz**" as the family surname and "Schnyder **Burghartz**" as the husband's surname. On 6 November 1984 the cantonal government (Regierungsrat) of Basle Rural turned down the application.

8. On 26 October 1988 the applicants made a further application to the cantonal Department of Justice (Justizdepartement) of Basle Urban, following an amendment to the Civil Code as regards the effects of marriage, which had been made on 5 October 1984 and had come into force on 1 January 1988 (see paragraph 12 below).

On 12 December 1988 their application was again refused, on the ground that they had not pointed to any serious inconvenience arising from the use of the surname "Schnyder". Furthermore, in the absence of any transitional provisions the new Article 30 para. 2 of the Civil Code could not apply to couples married before 1 January 1988. Lastly, under the new Article 160 para. 2, only a wife could put her own surname before the family name (see paragraph 12 below).

9. The applicants then lodged an appeal (Berufung) with the Federal Court (Bundesgericht) in which they complained of, among other things, a breach of the new Articles 30 and 160 para. 2 of the Civil Code and Article 4 para. 2 of the Federal Constitution (see paragraphs 11 and 12 below).

On 8 June 1989 the Federal Court allowed the appeal in part. While refusing to apply paragraph 2 of Article 30, which concerned only engaged couples and had no retrospective effect, it held that in the

particular case there were important factors which justified applying paragraph 1 in order to allow the applicants to call themselves "**Burghartz**"; apart from the couple's age and profession, account had to be taken of the differences between the relevant Swiss and German systems, which were made more acute by the fact that Basle was a frontier city.

As to Mr **Burghartz**'s application to be allowed to bear the name "Schnyder **Burghartz**", no support for it could be found in Article 160 para. 2 of the Civil Code; the drafting history showed that the Swiss Parliament, out of a concern to preserve family unity and avoid a break with tradition, had never agreed to introduce absolute equality between spouses in the choice of name and had thus deliberately restricted to wives the right to add their own surnames to their husbands'. This rule therefore could not avail by analogy a husband in a family known by the wife's surname. There was, however, nothing to prevent Mr **Burghartz** from using a double-barrelled name (see paragraph 13 below) or even, informally, putting his surname before his wife's.

10. According to the applicant, a large number of official documents, in particular the certificate of his doctorate in history, had not since then contained the "Schnyder" element of his surname.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

11. Article 4 para. 2 of the Swiss Federal Constitution provides:

> "Men and women shall have equal rights. Equality shall be provided for by law, in particular in relation to the family, education and work ..."

12. The relevant new Civil Code provisions that came into force on 1 January 1988 read as follows:

Article 30

> "(1) The government of the canton of residence may, if there is good cause, authorise a person to change his or her name.
>
> (2) Engaged couples shall be authorised, if they so request and if they prove a legitimate interest, to bear the wife's surname as the family name once the marriage has been solemnised.
>
> ..."

Article 160

"(1) Married couples shall take the husband's surname as their family name.

(2) A bride may, however, make a declaration to the registrar that she wishes to keep the surname she has borne to date, followed by the family name.

..."

Article 270

"(1) The children of married couples shall bear their family name.

..."

Article 8a of the final section

"Within one year of the entry into force of the new Act, a woman who was married under the old law may make a declaration to the registrar that she wishes to put the surname she bore before her marriage in front of the family name."

13. By a custom recognised in case-law, married couples may also put the wife's surname after the husband's surname, joining the two with a hyphen. This double-barrelled name (Allianzname), however, is not regarded as the legal family name (Federal Court, judgment of 29 May 1984, Judgments of the Swiss Federal Court, vol. 110 II 99).

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

14. Mr and Mrs **Burghartz** applied to the Commission on 26 January 1990, relying on Articles 8 and 14 (art. 8, art. 14) of the Convention.

15. The Commission declared the application (no. 16213/90) admissible on 19 February 1992. In its report of 21 October 1992 (made under Article 31) (art. 31), it expressed the opinion by eighteen votes to one that there had been a breach of Article 14 taken together with Article 8 (art. 14+8), and by thirteen votes to six that there was no need to examine the case under Article 8 (art. 8) taken alone. The full text of the Commission's opinion and of the two separate opinions contained in the report is reproduced as an annex to this judgment[*].

AS TO THE LAW

I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

A. Whether or not the first applicant is a victim

16. As before the Commission, the Government contested in the first place that Mrs **Burghartz** was a victim within the meaning of Article 25 (art. 25) of the Convention. No one but Mr **Burghartz** had been aggrieved by the refusal of his request, the only one in issue in the case as his wife had obtained satisfaction from the Federal Court, which had allowed her to keep her maiden name (see paragraph 9 above).

17. The applicants pointed to Mrs **Burghartz**'s personal interest in the success of her husband's action. Since, together with him, she had chosen "**Burghartz**" as their joint family name, she considered herself directly responsible for her husband's loss of his surname "Schnyder", and their married life might suffer from this. The Commission too thought that the question concerned both spouses.

18. The Court points out that the case originated in a joint application by Mr and Mrs **Burghartz** to change their joint family name and the husband's surname simultaneously. Having regard to the concept of family which prevails in the Convention system (see, among other authorities and mutatis mutandis, the Marckx v. Belgium judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 14-15, para. 31, and the Beldjoudi v. France judgment of 26 March 1992, Series A no. 234-A, p. 28, para. 76), it considers that Mrs **Burghartz** may claim to be a victim of the impugned decisions, at least indirectly.

The objection must therefore be dismissed.

B. Exhaustion of domestic remedies

19. The Government, who had already raised the issue before the Commission, submitted that the applicants had not exhausted domestic remedies as they had neither relied on Articles 8 and 14 (art. 8, art. 14) of the Convention in their appeal (Berufung - see paragraph 9 above) nor also lodged a public-law appeal.

20. The Court observes that the Federal Court is required by Article 113 para. 3 of the Swiss Constitution to apply the laws passed by the Federal Assembly. It is expressly forbidden to suspend the effects of any such laws which might prove to be incompatible with the Constitution. This prohibition seems to have been extended by current case-law to

cases in which there is a conflict between such a law and a treaty. That being so, the applicants cannot be blamed for having founded their appeal solely on domestic law - Articles 30 and 160 of the Civil Code, 8a of the final section of that code and 4 para. 2 of the Constitution - seeing that their arguments were identical in substance with those they submitted to the Commission. As to a public-law appeal, its subsidiary nature prevents it from being considered in this instance an adequate remedy which Article 26 (art. 26) of the Convention would also have required the applicants to exhaust. Accordingly, this objection likewise must be dismissed.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 TAKEN TOGETHER WITH ARTICLE 8 (art. 14+8)

21. The applicants relied on Article 8 (art. 8), taken alone and together with Article 14 (art. 14+8).

Article 8 (art. 8) provides:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Article 14 (art. 14) provides:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

Given the nature of the complaints, the Court, like the Commission, deems it appropriate to examine the case directly under Article 14 taken together with Article 8 (art. 14+8).

A. Applicability

22. The Government argued that these two provisions were not applicable. Since the entry into force of Protocol No. 7 (P7) on 1 November 1988, the equality of spouses in the choice of surname had been governed exclusively by Article 5 of that Protocol (P7-5), covering equality of rights and responsibilities of a private-law character between spouses, as a lex specialis. When ratifying that Protocol (P7), Switzerland had made a reservation providing, inter alia, that "[f]ollowing the entry into force of the revised provisions of the Swiss Civil Code of 5 October 1984, the provisions of Article 5 of Protocol No. 7 (P7-5) shall apply subject to ... the provisions of Federal Law concerning the family name (Articles 160 CC and 8a final section CC) ...". Examining the case under Articles 14 and 8 taken (art. 14+8) together would thus be tantamount to ignoring a reservation that satisfied the requirements of Article 64 (art. 64) of the Convention.

23. The Court points out that under Article 7 of Protocol No. 7 (P7-7), Article 5 (P7-5) is to be regarded as an addition to the Convention, including Articles 8 and 60 (art. 8, art. 60). Consequently, it cannot replace Article 8 (art. 8) or reduce its scope (see, mutatis mutandis, the Ekbatani v. Sweden judgment of 26 May 1988, Series A no. 134, pp. 12-13, para. 26).

It must nevertheless be determined whether Article 8 (art. 8) applies in the circumstances of the case.

24. Unlike some other international instruments, such as the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 24 para. 2), the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (Articles 7 and 8) or the American Convention on Human Rights (Article 18), Article 8 (art. 8) of the Convention does not contain any explicit provisions on names. As a means of personal identification and of linking to a family, a person’s name none the less concerns his or her private and family life. The fact that society and the State have an interest in regulating the use of names does not exclude this, since these public-law aspects are compatible with private life conceived of as including, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings, in professional or business contexts as in others (see, mutatis mutandis, the Niemietz v. Germany judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 33, para. 29).

In the instant case, the applicant's retention of the surname by which, according to him, he has become known in academic circles may significantly affect his career. Article 8 (art. 8) therefore applies.

B. Compliance

25. Mr and Mrs **Burghartz** complained that the authorities had withheld from Mr **Burghartz** the right to put his own surname before their family name although Swiss law afforded that possibility to married women who had chosen their husbands' surname as their family name. They said that this resulted in discrimination on the ground of sex, contrary to Articles 14 and 8 (art. 14+8) taken together.

The Commission shared this view in substance.

26. The Government recognised that what was at issue was a difference of treatment on the ground of sex but argued that it was prompted by objective and reasonable considerations which prevented it from being in any way discriminatory.

By providing that, as a general rule, families should take the husband's surname (Article 160 para. 1 of the Civil Code), the Swiss legislature had deliberately opted for a traditional arrangement whereby family unity was reflected in a joint name. It was only in order to mitigate the rigour of the principle that it had also provided for a married woman's right to put her own surname in front of her husband's (Article 160 para. 2 of the Civil Code). On the other hand, the reverse was not justified to the advantage of a married man who, like Mr **Burghartz**, deliberately and in full knowledge of the consequences, invoked Article 30 para. 1 of the Civil Code to change his surname to that of his wife. It was all the more unjustified as there was nothing to prevent a husband, even in those circumstances, from using his surname as part of a double-barrelled name or in any other way informally.

27. The Court reiterates that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe; this means that very weighty reasons would have to be put forward before a difference of treatment on the sole ground of sex could be regarded as compatible with the Convention (see, as the most recent authority, the Schuler-Zgraggen v. Switzerland judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, pp. 21-22, para. 67).

28. In support of the system complained of, the Government relied, firstly, on the Swiss legislature's concern that family unity should be reflected in a single joint surname. The Court is not persuaded by this

argument, since family unity would be no less reflected if the husband added his own surname to his wife's, adopted as the joint family name, than it is by the converse arrangement allowed by the Civil Code.

In the second place, it cannot be said that a genuine tradition is at issue here. Married women have enjoyed the right from which the applicant seeks to benefit only since 1984. In any event, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions, especially the importance of the principle of non-discrimination.

Nor is there any distinction to be derived from the spouses' choice of one of their surnames as the family name in preference to the other. Contrary to what the Government contended, it cannot be said to represent greater deliberateness on the part of the husband than on the part of the wife. It is therefore unjustified to provide for different consequences in each case.

As to the other types of surname, such as a double-barrelled name or any other informal manner of use, the Federal Court itself distinguished them from the legal family name, which is the only one that may appear in a person's official papers. They therefore cannot be regarded as equivalent to it.

29. In sum, the difference of treatment complained of lacks an objective and reasonable justification and accordingly contravenes Article 14 taken together with Article 8 (art. 14+8).

30. Having regard to this conclusion, the Court, like the Commission, deems it unnecessary to determine whether there has also been a breach of Article 8 (art. 8) taken alone.

III. APPLICATION OF ARTICLE 50 (art. 50)

31. Under Article 50 (art. 50),

> "If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations arising from the ... Convention, and if the internal law of the said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

32. The applicants claimed only the costs of legal representation before the national authorities and the Strasbourg institutions in the sum of 31,000 Swiss francs (CHF).

The Government found this amount exorbitant and suggested reducing it to CHF 10,000. The Delegate of the Commission also regarded it as inflated.

33. The Court has considered the matter in the light of observations by those appearing before it and of the criteria laid down in its case-law. Making its assessment on an equitable basis, it awards the applicants CHF 20,000 for costs and expenses.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Dismisses unanimously the Government's preliminary objections;

2. Holds by six votes to three that Article 8 (art. 8) applies in this case;

3. Holds by five votes to four that there has been a breach of Article 14 taken together with Article 8 (art. 14+8);

4. Holds unanimously that it is unnecessary to determine whether there has also been a breach of Article 8 (art. 8) taken alone;

5. Holds unanimously that Switzerland is to pay the applicants, within three months, 20,000 (twenty thousand) Swiss francs in respect of costs and expenses;

6. Dismisses unanimously the remainder of the claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 February 1994.

Rolv RYSSDAL
President

Marc-André EISSEN
Registrar

In accordance with Article 51 para. 2 (art. 51-2) of the Convention and Rule 53 para. 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

(a) dissenting opinion of Mr Thór Vilhjálmsson;

(b) dissenting opinion of Mr Pettiti and Mr Valticos;

(c) partly dissenting opinion of Mr Russo.

R.R.
M.-A.E.

DISSENTING OPINION OF JUDGE THÓR VILHJÁLMSSON

The rules of domestic law dealt with in this case had no prejudicial effect on the applicants of a sufficient severity to bring it within the proper scope of international protection of human rights. In my opinion Article 8 (art. 8) of the Convention is not, in the circumstances, applicable and there was accordingly no violation.

DISSENTING OPINION OF JUDGES PETTITI AND VALTICOS
(Translation)

1. We consider that Article 8 (art. 8) of the Convention, on which the Court's reasoning mainly rests, is not applicable to the assignment of married couples' family names, at least in circumstances such as those in the instant case. Not only does this Article (art. 8) not expressly refer to this issue, or even to naming in general, but political, legal, social and religious conceptions still vary so much from one country to another in this field, which is still in the process of change, that to claim to impose in this instance this or that view concerning the rules that should be followed in the matter of married or divorced couples' family names would certainly to be to go beyond the scope of Article 8 (art. 8) and of the undertakings entered into by the States.

While, as the majority of the Court hold, the principle of the equality of the sexes admittedly is today "a major goal in the member States of the Council of Europe" and while the Court cannot ignore changes of views in this field, it does not follow that an extension of the scope of Article 8 (art. 8) of the Convention is justified, as the Court considers.

2. As in the determination of nationality, the legislation on assigning names must remain within the State's domain and does not come within the ambit of the Convention. It is well known that views on the assignment and choice of surnames and first names vary within each national system, both as regards births and as regards marriages and divorces. In different countries it would be possible to find hundreds of variants. Creating a right to choose names freely on the basis of such a minimal case as Mr and Mrs **Burghartz**'s would have undue consequences and might lead to numerous applications lacking any proper justification. The couple had already been authorised to substitute the name "**Burghartz**" for the name "Schnyder".

3. In the present case, having regard to the fact that the couple had been allowed to change their name, the Swiss authorities' refusal cannot, in our view, be regarded as amounting to a discriminatory infringement of the equality of the sexes.

Basically, we are emphasising that in this instance the Chamber's interpretation is an extreme one, especially as, while the case is admittedly not of major importance in itself, the principle could lead too far in a Europe that is becoming more and more varied and in a field in which legal provisions, like opinions, are still very varied.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE RUSSO

(Translation)

I share the majority's opinion as to the applicability of Article 8 (art. 8) in this case.

As to the merits, on the other hand, I conclude that there has been no breach, for the same reasons as Mr Pettiti and Mr Valticos in point 3 of their dissenting opinion.

* Note by the Registrar: The case is numbered 49/1992/394/472. The first number is the case's position on the list of cases referred to the Court in the relevant year (second number). The last two numbers indicate the case's position on the list of cases referred to the Court since its creation and on the list of the corresponding originating applications to the Commission.

* Note by the Registrar: for practical reasons this annex will appear only with the printed version of the judgment (volume 280-B of Series A of the Publications of the Court), but a copy of the Commission's report is available from the registry.



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

FIRST SECTION

CASE OF NEWS VERLAGS GmbH & Co.KG v. AUSTRIA

(Application no. 31457/96)

JUDGMENT

STRASBOURG

11 January 2000

FINAL

11/04/2000

In the case of News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria,

The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a Chamber composed of:

Mrs E. PALM, *President*,
Mr J. CASADEVALL,
Mr R. TÜRMEN,
Mr C. BÎRSAN,
Mr W. FUHRMANN,
Mrs W. THOMASSEN,
Mr R. MARUSTE, *judges*,
and Mr M. O'BOYLE, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 31 August and 7 December 1999,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 31457/96) against the Republic of Austria lodged with the European Commission of Human Rights ("the Commission") under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a company with its seat in Austria, News Verlags GmbH & Co.KG ("the applicant company"), on 13 March 1996.

The applicant company complained that court decisions prohibiting it from publishing the picture of the suspect in the context of reports on the criminal proceedings against him violated its right to freedom of expression and discriminated against it. It invoked Article 10 of the Convention taken alone and in conjunction with Article 14.

2. On 16 April 1998 the Commission (First Chamber) decided to give notice of the application to the Austrian Government ("the Government") and invited them to submit their observations on its admissibility and merits.

3. The Government submitted their observations on 20 July 1998, after an extension of the time-limit fixed for that purpose. The applicant company replied on 16 November 1998, also after an extension of the time-limit.

4. Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998, and in accordance with Article 5 § 2 thereof, the application was examined by the Court.

5. In accordance with Rule 52 § 1 of the Rules of Court, the President of the Court, Mr L. Wildhaber, assigned the case to the First Section. The Chamber constituted within that Section included *ex officio* Mr W. Fuhrmann, the judge elected in respect of Austria (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 26 § 1 (a)), and Mrs E. Palm, President of the Section (Rule 26 § 1 (a)). The other members designated by the latter to complete the Chamber were Mr J. Casadevall, Mr R. Türmen, Mr C. Bîrsan, Mrs W. Thomassen and Mr R. Maruste (Rule 26 § 1 (b)).

6. On 1 June 1999 the Chamber declared the application admissible[1]. Furthermore, the Chamber decided, in case no friendly settlement could be reached, to hold a hearing in accordance with Rule 59 § 2.

7. The text of the Court's admissibility decision was sent to the parties on 18 June 1999 and the parties were invited to submit, before 2 August 1999, such further information or observations on the merits as they wished. The applicant company was also invited to submit its claims for just satisfaction under Article 41 of the Convention (Rule 60).

8. The Court placed itself at the disposal of the parties with a view to securing a friendly settlement (Article 38 § 1 (b) of the Convention and Rule 62).

9. The President of the Chamber granted the applicant company leave to use the German language at the hearing (Rules 34 § 3 and 36 § 5).

10. The Registrar received the Government's memorial on 2 August 1999 and the applicant company's memorial on 16 August 1999. The President of the Chamber decided that the applicant company's memorial was nevertheless to be included in the case file (Rule 38 § 1).

11. A public hearing was held on 31 August 1999 in the Human Rights Building in Strasbourg.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*
Mr W. OKRESEK, Federal Chancellery, *Agent*,
Mrs B. GÖTH, Federal Ministry of Justice, *Counsel*;

(b) *for the applicant company*
Mr G. LANSKY,
Mr D. HEINE, *Counsel*.

The Court heard addresses by Mr Lansky and Mr Okresek.

1. *Note by the Registry*. The text of the Court's decision is obtainable from the Registry.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

12. The applicant, a limited liability company with its seat in Tulln, is the owner and publisher of the magazine *News*.

13. In December 1993 a series of letter bombs was sent to politicians and other persons in the public eye in Austria. Some of the addressees were severely injured.

14. On 10 December 1993 B., a right-wing extremist, was arrested on suspicion of having been involved in the so-called letter-bomb campaign. He was taken into detention on remand. Preliminary investigations were instituted against him on suspicion of attempted murder and of having committed offences under the National Socialism Prohibition Act (*Verbotsgesetz* – "the Prohibition Act"). He was later charged with offences under the Prohibition Act and with having aided and abetted assault.

15. In December 1993 the applicant company published a special issue and later an article in one of the regular issues of its magazine *News*, dealing with the letter-bomb campaign, the activities of the extreme right and, in particular, the suspect B. The respective reports were illustrated with several pictures of B. The cover page of the special issue for instance showed a small picture of B., subtitled in big letters "The Mad World of Perpetrators". Under the headline "Terror for the Führer" a full-page picture showed B. together with two other persons. According to the comments, this picture was taken in a courtroom, where B. stood up in protest when the verdict was pronounced against his "Führer", the neo-Nazi leader G.K. Furthermore, it was stated that, when G.K. was sentenced to ten years' imprisonment, his companions, including B., swore vengeance. According to another comment on the same page, these companions who had been supposed to be harmless lunatics were now arrested as bomb terrorists. The cover page of the second issue carried the headline "Victims and Nazis" and showed a large picture of one of the victims and a smaller picture of B. and two others. The victim was quoted as saying: "I want to meet the perpetrators." At the bottom of the page the words "Nazi scene uncovered" appeared. In the article, a further picture of B. and another suspect, R., was shown. According to the comment, it had been taken on the occasion of the trial of the neo-Nazi leader G.K. The comment went on to state that R. and B., who had both wished to succeed G.K., were now suspected of having dispatched the bombs. Moreover, a

wedding picture of B. was published. The comment accompanying it stated that, according to the investigations of the police, B. and R. had probably collaborated in order to organise the letter-bomb campaign. In the article itself, B. was described as pathologically ambitious, one of the most brutal members of the neo-Nazi scene and the possible successor to the neo-Nazi leader G.K.

16. On 21 January 1994 B. brought proceedings under section 78 of the Copyright Act (*Urheberrechtsgesetz*) against the applicant company, requesting that the latter be prohibited from publishing his picture in connection with reports on any criminal proceedings against him. He also requested a preliminary injunction (*einstweilige Verfügung*) to that effect.

17. On 9 March 1994 the Vienna Commercial Court (*Handelsgericht*) dismissed B.'s application for a preliminary injunction.

18. The court observed that section 78 of the Copyright Act prohibited publishing a person's picture if the publication violated that person's legitimate interests. However, where criminal proceedings were conducted against the person concerned, that interest had to be weighed against the public interest in receiving information. As the present case related to very serious offences based on anti-democratic, subversive ideology, the publication of a suspect's picture was justified in principle. Further, the court found that it did not have to examine whether the accompanying comment violated B.'s right to respect for his private life as he had failed to indicate which passages of the articles at issue might go beyond the limits of acceptable reporting.

19. On 22 September 1994 the Vienna Court of Appeal (*Oberlandesgericht*), upon B.'s appeal, issued a preliminary injunction prohibiting the applicant company from publishing B.'s picture in connection with reports on the criminal proceedings against him on suspicion of having committed offences under the Prohibition Act and of having aided and abetted assault through letter-bomb attacks.

20. The Court of Appeal pointed out that section 78 of the Copyright Act was directed against the abuse of pictures in public. Section 78 sought above all to prevent a person from being disparaged by the publication of a picture, or his private life being made public or his picture being used in a way giving rise to misinterpretation, or in a disparaging and degrading manner. Further, the court observed that section 78 of the said Act did not define the term "legitimate interests", thus conferring discretion on the courts in order to enable them to take the particular circumstances of each case into account. It also required the courts to weigh the interest of the person concerned in the

protection of his or her picture against the publisher's interest in conveying information.

21. The Court of Appeal went on to say that, in assessing whether a person's legitimate interests within the meaning of section 78 of the Copyright Act had been violated, not only the picture itself, but also the accompanying text had to be taken into account. Also, a person suspected of having committed an offence had a legitimate interest in not being denounced in public by the publication of a picture in connection with a disparaging text. In the present case, the contested publication constituted not only a gross insult, but also a serious violation of the presumption of innocence. Quoting some headlines and comments from the articles at issue, the Court of Appeal noted that the applicant company had called B. a "perpetrator" of the letter-bomb attacks, a "Nazi", a "terrorist for the 'Führer'" and a companion of the neo-Nazi G.K. who had been sentenced to ten years' imprisonment. These gross violations of B.'s legitimate interests justified a prohibition on the publication of his picture in the context of the criminal proceedings which were at the time conducted against him.

22. Despite this line of reasoning, the judgment had the effect of prohibiting the publication of B.'s picture not only in connection with a text that was prejudicial but – even more restrictively – in connection with reports on the criminal proceedings against him irrespective of the accompanying text.

23. On 22 November 1994 the Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) rejected both parties' extraordinary appeals on points of law (*außerordentlicher Revisionsrekurs*), finding that they did not raise any important legal issues. As to the applicant company's appeal, it found that section 7a of the Media Act (*Mediengesetz*), to which the applicant company had referred in its submissions, did not lead to the result that a suspect's legitimate interests could not be violated by the publication of his picture. There was thus no contradiction with section 78 of the Copyright Act. Further, there were no clear indications in the present case that the public interest justified the publishing of B.'s picture. Thus, the appellate court's decision was not based on a gross misinterpretation of the law.

24. Supplementing his application of 21 January 1994, B. had in the meantime filed an alternative claim (*Eventualbegehren*), requesting that the applicant company be ordered to refrain from publishing his picture in connection with such statements as had been made in the articles at issue and which he listed in detail.

25. On 19 April 1995 the Vienna Commercial Court, in the main proceedings, granted B.'s alternative claim, ordering the applicant

company to refrain from publishing B.'s picture where the publication was likely to violate B.'s legitimate interests, namely in connection with statements in which B. was referred to as the perpetrator of the letter-bomb attacks or as being involved in terror or letter-bomb attacks, or in connection with such statements – listed in detail – as had been made in the articles at issue.

26. The court found that the publication of B.'s picture together with the accompanying text constituted not only a gross insult, but also a serious violation of the presumption of innocence. These gross violations of B.'s legitimate interests justified a prohibition on publishing his picture in the context of the criminal proceedings against him, but only if he was referred to as the perpetrator of the offences or if otherwise the rules of objective reporting were violated. Having regard to the seriousness of the charges brought against B. and the notoriety of the victims, the public interest in B.'s appearance outweighed his interest in not having his picture published as long as such reports did not overstep the boundaries of objective journalism. Further, the court emphasised that it did not intend to sanction reporting (*Wortberichterstattung*) as such. It repeated that, when assessing a person's claim under section 78 of the Copyright Act, the text accompanying the pictures was of importance. It made a difference whether a person, along with the publication of his picture, was stigmatised as the perpetrator of a crime or whether an objective report on the criminal proceedings against him was given.

27. On 30 August 1995 the Vienna Court of Appeal dismissed the applicant company's appeal but granted B.'s appeal. It ordered the applicant company to refrain from publishing B.'s picture in connection with reports on the criminal proceedings against him on suspicion of having committed offences under the Prohibition Act and of having aided and abetted assault through letter-bomb attacks.

28. The court recalled the reasons given in its decision of 22 September 1994 (see paragraphs 20-21 above) concluding once again that the publication of B.'s picture in the context of the accompanying comments had constituted a gross violation of his legitimate interests, which justified a prohibition on publishing his picture in the context of the criminal proceedings against him. It added that the onus was not upon B. to specify the statements which the applicant company had to refrain from publishing in connection with the pictures since, in general, new accusations were published in the course of the proceedings, and there was no interest in repeating the previous ones. Thus, the Commercial Court's judgment was worded too narrowly.

29. On 24 October 1995 the Supreme Court rejected the applicant company's extraordinary appeal on points of law. It found that the applicant company undoubtedly had a right to impart information about the proceedings conducted against B. However, the right to impart information had to be distinguished from the right to publish pictures of B., which had to be balanced against B.'s interest in the protection of his picture. Even the publication of a picture accompanied by a correct statement of facts, which violated neither section 7a nor section 7b of the Media Act, could infringe the legitimate interests of the person concerned. Finally, the Supreme Court, referring to Article 10 of the Convention, found that the applicant company's right to freedom of expression had not been violated, since it had not been prohibited from reporting on the proceedings, but only from publishing B.'s picture in that context.

30. In December 1995 a first-instance court acquitted B. of the charges of assault but convicted him of offences under the Prohibition Act. The criminal proceedings against B. received extensive news coverage. Contrary to the applicant company, other newspapers remained free to publish B.'s picture.

31. On 18 December 1995 the Vienna Court of Appeal, in proceedings brought by B. under section 7b of the Media Act, found that the applicant company had violated the presumption of innocence and ordered it to pay 50,000 Austrian schillings by way of compensation to B. The court found that in its articles of December 1993 the applicant company had referred to B. as the perpetrator of the "letter-bomb terror".

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Copyright Act

32. The relevant provision of the Copyright Act reads as follows:

Section 78

"(1) Images of persons shall neither be exhibited publicly, nor disseminated in any other way in which they are made accessible to the public, where the legitimate interests of the person in question or, in the event that they have died without having authorised or ordered publication, of a close relative would be injured.

..."

This provision has been interpreted in the Supreme Court's case-law. In particular the Supreme Court found that in determining whether the publication of a person's picture violated his or her "legitimate interests" regard was to be had to the accompanying text. Where the publisher of the picture claimed that there was a public interest in its publication, the courts had to carry out a weighing of the respective interests involved. As regards reporting on criminal cases, the Supreme Court constantly held that there was no predominating public interest in the publication of the suspect's picture if it had no additional independent information value. The only effect was that the intensity of such reporting was increased by joining the suspect's picture and, thus, made his or her appearance known to the public at large (see for instance, MuR 1990, p. 224; SZ 63/75, p. 373; MuR 1995, p. 64; MuR 1996, p. 33).

B. The Media Act

33. The relevant provisions of the Media Act read as follows:

Section 7a

"(1) Where publication is made, through any medium, of a name, image or other particulars which are likely to lead to the disclosure to a larger not directly informed circle of people of the identity of a person who

1. has been the victim of an offence punishable by the courts, or

2. is suspected of having committed, or has been convicted of, a punishable offence,

and where legitimate interests of that person are thereby injured and there is no predominant public interest in the publication of such details on account of the person's position in society, of some other connection with public life, or of other reasons, the victim shall have a claim against the owner of the medium (publisher) for damages for the injury suffered. The award of damages shall not exceed 200,000 schillings; additionally, section 6(1), second sentence, shall apply.

(2) Legitimate interests of the victim shall in any event be injured if the publication

1. in the case of subsection (1)1 is such as to give rise to an interference with the victim's strictly private life or to his or her exposure,

2. in the case of subsection (1)2 relates to a juvenile or merely to a lesser indictable offence or may substantially prejudice the victim's advancement.

..."

Section 7b

"(1) Where a person who is suspected of having committed a punishable offence but has not been finally convicted is portrayed in a medium as guilty, or as the offender and not merely a suspect, the victim shall have a claim in damages against the owner of the medium (publisher) for the injury suffered. The award of damages shall not exceed 200,000 schillings; additionally, section 6(1), second sentence, shall apply.

..."

FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

34. In their memorial, the Government asked the Court to declare that there had been no violation of Article 10.

35. The applicant company requested the Court to hold that there had been a violation of Article 10 of the Convention as well as of Article 14 taken in conjunction with Article 10.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

36. The applicant company alleged that the injunctions, as issued by the Vienna Court of Appeal and confirmed by the Supreme Court, prohibiting it from publishing the picture of the suspect, B., in connection with reports on the criminal proceedings against him, irrespective of the accompanying text, constituted a violation of Article 10 of the Convention which reads:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and

regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

A. Whether there was an interference

37. The Government disputed that the contested injunctions constituted an interference with the applicant company's right to freedom of expression. They conceded that the publication of a picture may in some cases be protected by Article 10 of the Convention, but argued that this was not the case if a photograph published in the context of reporting had no information value either in itself or in connection with the information conveyed. In the Government's view, the publication of B.'s picture did not add any information to the applicant company's reports.

38. The applicant company contested this view. It maintained that the choice of the form and the means of communicating information was for the person conveying the information. It also stressed that the reporting at issue was a unity of text and pictures which was protected by Article 10 in its entirety as well as in its single components.

39. The Court recalls that it is not for the Court, or for the national courts for that matter, to substitute their own views for those of the press as to what technique of reporting should be adopted by journalists. Article 10 protects not only the substance of ideas and information but also the form in which they are conveyed (see the Jersild v. Denmark judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, pp. 23-24, § 31).

40. The Court considers that the prohibition on the publication of B.'s picture in the context of reports on the criminal proceedings against him, which limited the applicant company's choice as to the form in which it could present such reports, constituted an interference with its

right to freedom of expression, which is in breach of Article 10 unless it satisfies the requirements of the second paragraph of that Article.

B. Whether the interference was "prescribed by law"

41. The applicant company, in its memorial, conceded that the interference at issue was based on section 78 of the Copyright Act. At the hearing before the Court it expressed doubts as to whether this provision prescribed the conditions under which the publication of a person's picture may be prohibited with sufficient clarity, without however elaborating on the issue in detail. The Government for their part, asserted that section 78 of the Copyright Act formed the legal basis for the injunctions.

42. The Court recalls that the relevant national law must be formulated with sufficient precision to enable the persons concerned – if need be with appropriate legal advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see the Worm v. Austria judgment of 29 August 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-V, p. 1548, § 38).

43. Section 78 of the Copyright Act employs somewhat imprecise wording, namely "legitimate interests" and thereby confers broad discretion on the courts. The Court has, however, acknowledged the fact that frequently laws are framed in a manner that is not absolutely precise (see the markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany judgment of 20 November 1989, Series A no. 165, pp. 18-19, § 30, with further references). Such considerations are particularly cogent in the sphere of the publication of a person's picture, where the courts are called upon to weigh that person's rights, such as for instance the right to respect for his or her private life, against the publisher's right to freedom of expression. Moreover, the Court notes that the notion of "legitimate interests" has been interpreted in the Supreme Court's case-law (see paragraph 32 above). The Court concludes that it cannot be said that the Vienna Court of Appeal's application of section 78 of the Copyright Act went beyond what could reasonably be foreseen in the circumstances.

Accordingly, the Court is satisfied that the interference was "prescribed by law".

C. Whether the interference pursued a legitimate aim

44. It was common ground that the contested injunctions aimed at "the protection of the reputation or rights of others". The Government emphasised that they aimed in particular at protecting B.'s right to a fair trial based on respect for the presumption of innocence and his right to respect for his private life. The Government added that the interference eventually also served to maintain the authority and impartiality of the judiciary.

45. The Court notes that the judgments of the domestic courts show that the injunctions were intended to protect B. against insult and defamation and against violations of the presumption of innocence. Thus they had the aim of protecting "the reputation or rights of others" and also "the authority and impartiality of the judiciary" in so far as that term has been interpreted to include the protection of the rights of litigants in general (see the *Sunday Times* v. the United Kingdom (no. 1) judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 34, § 56).

46. The interference complained of, thus, had aims that were legitimate under paragraph 2 of Article 10.

D. Whether the interference was "necessary in a democratic society"

47. The applicant company mainly disputed that the injunctions were "necessary" for achieving the aforementioned aims. It submitted in particular that the overall background of the publications had to be taken into account. The letter-bomb attacks were directed against politicians and other persons committed to protecting the rights of groups suffering persecution and discrimination. Being based on National Socialist ideology they were perceived as a threat to the democratic order of the Republic. Accordingly, its reporting in this context had to be seen as a contribution to a political debate. Moreover, the applicant company emphasised that B., who was the main suspect in the criminal proceedings reported upon, was not unknown to the public. Being a militant right-wing extremist, he had attracted public attention and received media coverage already before the letter-bomb attacks. The applicant company added that B.'s picture was published by all other media while the criminal proceedings against him were pending and that he was indeed convicted of offences under the National Socialist Prohibition Act by final judgment.

48. The applicant company conceded that in cases concerning the publication of an individual's picture in the context of reporting, a conflict may arise between the freedom of the press and the individual's right to protection of his or her private and family life. However, the photographs of B. used in its reports did not infringe B.'s personal integrity, as they were not in themselves degrading or defamatory. The applicant company also accepted that the State may be called upon to ensure that the media do not infringe the presumption of innocence, as reports on pending proceedings may endanger the impartiality of the courts. However, it argued that in the present case the injunctions were disproportionate as they contained an absolute prohibition on the publication of B.'s picture, irrespective of the accompanying text.

49. The Government stressed that the publication of B.'s picture encroached upon his right to respect for his private life and, having regard to the disparaging text accompanying it, also violated the presumption of innocence. In such a case section 78 of the Copyright Act affords the person concerned the requisite protection of his or her rights under Articles 6 and 8 of the Convention. As this provision applies when "legitimate interests" of the person concerned are violated, it calls for weighing the person's interest in banning the publication against the interest of the media in providing information.

50. The Government asserted that the injunctions were proportionate, as the Austrian courts correctly weighed the interests involved. Having regard to the accompanying text in the original articles giving rise to the dispute, which referred to B. as the perpetrator of the letter-bomb attacks, and the extraordinary public attention any reporting on the issue attracted, the publication of B.'s picture constituted a particularly serious violation of his rights. The Government concluded that the relatively wide scope of the injunctions was necessary as the identification of which accompanying texts should be banned in connection with the publication of the pictures was not expedient. Moreover, the injunctions did not affect the applicant company's right to publish comments on the proceedings against B.

51. Finally, the Government contested that the applicant company's reporting contributed to a political debate and stressed that the applicant company's allegations that B. was the perpetrator of the letter-bomb attacks were simply false. In this context they pointed out that B. was acquitted of the charges of aiding and abetting assault, while the true perpetrator has meanwhile been convicted by final judgment.

52. The Court recalls its well-established case-law that the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 § 2 implies the existence

of a "pressing social need". The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a "restriction" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

In exercising its supervisory jurisdiction, the Court cannot confine itself to considering the impugned court decisions in isolation; it must look at them in the light of the case as a whole, including the articles held against the applicant company and the context in which they were written. The Court must determine whether the interference at issue was "proportionate to the legitimate aims pursued" and whether the reasons adduced by the national courts to justify it are "relevant and sufficient" (see for instance the *Sunday Times* (no. 1) judgment cited above, p. 38, § 62; the *Observer* and *Guardian* v. the United Kingdom judgment of 26 November 1991, Series A no. 216, pp. 29-30, § 59; and the recapitulation in *Sürek v. Turkey (no. 1)*, [GC], no. 26682/95, § 58, ECHR 1999-IV).

53. In the present case the Vienna Court of Appeal, by judgment of 22 September 1994 in preliminary injunction proceedings (see paragraphs 19-22 above) and by judgment of 30 August 1995 in the subsequent main proceedings (see paragraphs 27-28 above), issued injunctions prohibiting the applicant company from publishing B.'s picture in the context of the criminal proceedings against him irrespective of the accompanying text. Its judgments were upheld by the Supreme Court (see paragraphs 23 and 29 above).

54. The articles which gave rise to the injunction proceedings were written against the background of a spectacular series of letter bombs which had been sent to politicians and other persons in the public eye in Austria and had severely injured several victims. The attacks, thus, were a news item of major public concern. The applicant company's articles dealt with the activities of the extreme right and in particular with B., who had been arrested as the main suspect. Being a right-wing extremist, he had entered the public scene well before the series of letter-bomb attacks. Moreover, it has to be borne in mind that the offences he was suspected of, namely offences under the Prohibition Act and aiding and abetting assault through letter bombs, were offences with a political background directed against the foundations of a democratic society. It may be added that the photographs of B., with the possible exception of one wedding picture, did not disclose any details of his private life. Thus, the Court cannot subscribe to the

Government's argument that the publications at issue encroached upon B.'s right to respect for his private life.

These circumstances have to be taken into account when assessing whether the reasons adduced by the Austrian courts for justifying the injunctions were "relevant" and "sufficient" and whether the injunctions were "proportionate to the legitimate aims pursued".

55. Another factor of particular importance for the Court's determination in the present case is the essential function the press fulfils in a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others or of the proper administration of justice, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest (see Bladet Tromsø *and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 59, ECHR 1999-III).

56. This duty extends to the reporting and commenting on court proceedings which, provided that they do not overstep the bounds set out above, contribute to their publicity and are thus perfectly consonant with the requirement under Article 6 § 1 of the Convention that hearings be public. Not only do the media have the task of imparting such information and ideas: the public has a right to receive them (see the Worm judgment cited above, pp. 1551-52, § 50). This is all the more so where, as in the present case, a person is involved who has laid himself open to public scrutiny by expressing extremist views (see, *mutatis mutandis*, the Worm judgment, ibid.). However, the limits of permissible comment on pending criminal proceedings may not extend to statements which are likely to prejudice, whether intentionally or not, the chances of a person receiving a fair trial or to undermine the confidence of the public in the role of the courts in the administration of justice (ibid.). Thus, the fact that B. had a right under Article 6 § 2 of the Convention to be presumed innocent until proved guilty is also of relevance for the balancing of competing interests which the Court must carry out (see Bladet Tromsø *and Stensaas* cited above, § 65).

57. The Vienna Court of Appeal stated in the reasons for its decision of 22 September 1994 and its subsequent judgment of 30 August 1995 that it was not the publication of B.'s picture in itself but its combination with comments which were insulting and contrary to the presumption of innocence that violated B.'s legitimate interests within the meaning of section 78 of the Copyright Act. Notwithstanding these remarks, and contrary to the Vienna Commercial Court which had regard to this link between pictures and text and prohibited the applicant company only from publishing B.'s picture in connection with statements in which he

was insulted or referred to as the perpetrator of the letter-bomb attacks, the Vienna Court of Appeal imposed an absolute prohibition on the applicant company. It considered that it was not for B. to specify the statements the applicant company had to refrain from making but, unlike the Commercial Court (see paragraphs 25-26 above), it failed to give reasons for its approach.

58. The Court acknowledges that there may be good reasons for prohibiting the publication of a suspect's picture in itself, depending on the nature of the offence at issue and the particular circumstances of the case. A similar line of argument was followed by the Supreme Court, which stated that even the publication of a picture accompanied by a correct statement of fact could infringe the legitimate interests of the person concerned. However, no reasons to that effect were adduced by the Vienna Court of Appeal. Nor did it, contrary to the Vienna Commercial Court, carry out a weighing of B.'s interest in the protection of his picture against the public interest in its publication which, as the Government pointed out, is required under section 78 of the Copyright Act. This is all the more surprising as the publication of a suspect's picture is not generally prohibited under section 7a of the Austrian Media Act unless the suspect is a juvenile or the offences are only of a minor nature, but depends precisely on a weighing of the respective interests. In sum the reasons adduced by the Vienna Court of Appeal, though "relevant", are not "sufficient".

59. It is true, as the Government pointed out, that the injunctions did not in any way restrict the applicant company's right to publish comments on the criminal proceedings against B. However, they restricted the applicant company's choice as to the presentation of its reports, while it was undisputed that other media were free to continue to publish B.'s picture throughout the criminal proceedings against him. Having regard to these circumstances and to the domestic courts' finding that it was not the pictures used by the applicant company but only their combination with the text that interfered with B.'s rights, the Court finds that the absolute prohibition on the publication of B.'s picture went further than was necessary to protect B. against defamation or against violation of the presumption of innocence. Thus, there is no reasonable relationship of proportionality between the injunctions as formulated by the Vienna Court of Appeal and the legitimate aims pursued.

60. It follows from these considerations that the interference with the applicant company's right to freedom of expression was not "necessary in a democratic society". Accordingly, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 10

61. The applicant company asserted that the injunctions also constituted a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 10 as it was discriminated against in relation to other media.

62. Having regard to its findings under Article 10 of the Convention taken alone (see in particular paragraph 59 above), the Court does not consider it necessary to examine this complaint.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

63. Article 41 of the Convention provides:

> "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

64. The applicant company claimed compensation for pecuniary as well as for non-pecuniary damage. As to pecuniary damage it submitted that it had, as a result of the prohibition on the publication of B.'s picture, suffered a loss of circulation and a loss of income from advertising which is directly dependent on circulation. As to non-pecuniary damage, the applicant company alleged that the impugned court decisions caused prejudice to its reputation. In its memorial the applicant company did not specify any amounts claimed as compensation. At the hearing it requested 50,000 euros in respect of non-pecuniary damage.

65. The Government asserted that the applicant company had failed to show that it had actually sustained pecuniary damage. As to non-pecuniary damage, the Government considered that the finding of a violation would constitute sufficient just satisfaction.

66. As to pecuniary damage, the Court, like the Government, finds that the applicant company has failed to substantiate its claim.

As to non-pecuniary damage for the alleged loss of reputation, the Court will leave open whether a corporate applicant can claim non-pecuniary damage of this sort (see, *mutatis mutandis*, *Immobiliare Saffi*

v. Italy [GC], no. 22774/93, § 79, ECHR 1999-V) as, in the circumstances of the case, the finding of a violation provides sufficient just satisfaction as regards any non-pecuniary damage the applicant company might have sustained.

B. Costs and expenses

67. In its memorial the applicant company claimed 151,327.32 Austrian schillings (ATS) as costs and expenses incurred in the domestic proceedings and ATS 78,977.70 for the Strasbourg proceedings. It further claimed ATS 45,800 for its participation at the hearing before the Court.

68. The Government did not comment on these claims.

69. The Court recalls that, according to its case-law, it has to consider whether the costs and expenses were actually and necessarily incurred in order to prevent or obtain redress for the matter found to constitute a violation of the Convention and were reasonable as to quantum (see, for example, Bladet Tromsø *and Stensaas* cited above, § 80). The Court considers that these conditions are met as regards the costs and expenses incurred in the domestic proceedings and, consequently, awards the sum of ATS 151,327.32. As to the costs for the Strasbourg proceedings, the Court finds the claim reasonable and, consequently, awards the full amount, namely ATS 124,777.70.

C. Default interest

70. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Austria at the date of adoption of the present judgment is 4% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

2. *Holds* that it is not necessary to examine the complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 10;

3. *Holds* that the present judgment constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained;

4. *Holds*
   (a) that the respondent State is to pay the applicant company, within three months from the date on which this judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, ATS 276,105.02 (two hundred and seventy-six thousand one hundred and five Austrian schillings two groschen), for costs and expenses;
   (b) that simple interest at an annual rate of 4% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

5. *Dismisses* the remainder of the applicant company's claims for just satisfaction.

Done in English, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 11 January 2000.

Michael O'BOYLE
Registrar

Elisabeth PALM
President

CONSEIL DE L'EUROPE

COUNCIL OF EUROPE

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

THIRD SECTION

CASE OF VON HANNOVER v. GERMANY
(Application no. 59320/00)

JUDGMENT

STRASBOURG
24 June 2004

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of von Hannover v. Germany,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of:
Mr I. Cabral Barreto, *President*,
Mr G. Ress,
Mr L. Caflisch
Mr R. Türmen
Mr B. Zupančič,
Mr J. Hedigan,
Mr K. Traja, *judges*,
and Mr V. Berger, *Section Registrar*,
Having deliberated in private on 6 November 2003 and on 3 June 2004,
Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE
1. The case originated in an application (no. 59320/00) against the Federal Republic of Germany lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a national of Monaco, Caroline von Hannover
("the applicant"), on 6 June 2000.
2. The applicant alleged that the German court decisions in her case had infringed her right to respect for her private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention.
3. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.
4. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Third Section (Rule 52 § 1).
5. By a decision of 8 July 2003, the Chamber declared the application admissible.
6. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). In addition, comments were received from the Association of German Magazine Publishers (*Verband deutscher Zeitschriftenverleger*) and from Hubert Burda Media GmbH & Co.KG, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). The applicant replied to those comments (Rule 44 § 5).
7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 6 November 2003 (Rule 59 § 3).
There appeared before the Court:
(a) *for the Government*
Mr K. stoltenberg, *Ministerialdirigent*, *Agent*,
Mr A. ohly, Professor of civil law at Bayreuth University, *Counsel*,
Mrs A. laitenberger, executive assistant to the Agent, *Adviser;*
(b) *for the applicant*
Mr M. prinz, lawyer, *Counsel*,
Ms C. moffat, lawyer,
Mr A. toucas, lawyer, *Advisers.*
The Court heard addresses by Mr Prinz and Mr Stoltenberg and Mr Ohly.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant, who is the eldest daugher of Prince Rainier III of Monaco, was born in 1957. Her official residence is in Monaco but she lives in the Paris area most of the time.

As a member of Prince Rainier's family, the applicant is the president of certain humanitarian or cultural foundations, such as the "Princess Grace" foundation or the "Prince Pierre de Monaco" foundation, and also represents the ruling family at events such as the Red Cross Ball or the opening of the International Circus Festival. She does not, however, perform any function within or on behalf of the State of Monaco or one of its institutions.

A. Background to the case

9. Since the early 1990s the applicant has been trying – often through the courts – in a number of European countries to prevent the publication of photos about her private life in the tabloid press.

10. The photos that were the subject of the proceedings described below were published by the publishing company Burda in the German magazines *Bunte* and *Freizeit Revue* and by the publishing company Heinrich Bauer in the German magazine *Neue Post*.

1. The first series of photos

(a) The five photos of the applicant published in *Freizeit Revue* magazine (edition no. 30 of 22 July 1993)

11. These photos show her with the actor Vincent Lindon at the far end of a restaurant courtyard in Saint-Rémy-de-Provence. The first page of the magazine refers to "the tenderest photos of her romance with Vincent" ("*die zärtlichsten Fotos Ihrer Romanze mit Vincent*") and the photos themselves bear the caption "these photos are evidence of the tenderest romance of our time" *("diese Fotos sind der Beweis für die zärtlichste Romanze unserer Zeit").*

(b) The two photos of the applicant published in *Bunte* magazine (edition no. 32 of 5 August 1993)

12. The first photo shows her on horseback with the caption "Caroline and the blues. Her life is a novel with innumerable misfortunes, says the author Roig" ("*Caroline und die Melancholie. Ihr Leben ist ein Roman mit unzähligen Unglücken, sagt Autor Roig*").

The second photo shows her with her children Peter and Andrea.

The photos are part of an article entitled "I don't think I could be a man's ideal wife" ("*ich glaube nicht, dass ich die ideale Frau für einen Mann sein kann"*).

(c) The seven photos of the applicant published in *Bunte* magazine (edition no. 34 of 19 August 1993)

13. The first photo shows her canoeing with her daughter Charlotte, the second shows her son Andrea with a bunch of flowers in his arms.
The third photo shows her doing her shopping with a bag slung over her shoulder, the fourth with Vincent Lindon in a restaurant and the fifth alone on a bicycle.
The sixth photo shows her with Vincent Lindon and her son Pierre.
The seventh photo shows her doing her shopping at the market, accompanied by her bodyguard.
The article is entitled "Pure happiness" ("*vom einfachen Glück"*).

2. The second series of photos

(a) The ten photos of the applicant published in *Bunte* magazine (edition no. 10 of 27 February 1997)

14. These photos show the applicant on a skiing holiday in Zürs/Arlberg. The accompanying article is entitled "Caroline ... a woman returns to life" ("*Caroline...eine Frau kehrt ins Leben zurück*").

(b) The eleven photos of the applicant published in *Bunte* magazine (edition no. 12 of 13 March 1997)

15. Seven photos show her with Prince Ernst August von Hannover visiting a horse show in Saint-Rémy-de-Provence. The accompanying article is entitled "The kiss. Or: they are not hiding anymore" *("Der Kuss. Oder: jetzt verstecken sie sich nicht mehr"*).
Four other photos show her leaving her house in Paris with the caption "Out and about with Princess Caroline in Paris" ("*Mit Prinzessin Caroline unterwegs in Paris*").

(c) The seven photos of the applicant published in *Bunte* magazine (edition no. 16 of 10 April 1997)

16. These photos show the applicant on the front page with Prince Ernst August von Hannover and on the inside pages of the magazine playing tennis with him or both putting their bicycles down.

3. The third series of photos

17. The sequence of photos published in *Neue Post* magazine (edition no. 35/97) shows the applicant at the Monte Carlo Beach Club, dressed in a swimsuit and wrapped up in a bathing towel, tripping over an obstacle and falling down. The photos, which are quite blurred, are accompanied by an article entitled "Prince Ernst August played fisticuffs and Princess Caroline fell flat on her face" ("*Prinz Ernst August haute auf den Putz und Prinzessin Caroline fiel auf die Nase*").

B. The proceedings in the German courts

1. The first set of proceedings

(a) Judgment of the Hamburg Regional Court of 4 February 1993

18. On 13 August 1993 the applicant sought an injunction in the Hamburg Regional Court (*Landgericht*) against any further publication by
the Burda publishing company of the first series of photos on the ground that they infringed her right to protection of her personality rights (*Persönlichkeitsrecht*) guaranteed by sections 2(1) and 1(1) of the Basic Law (*Grundgesetz*) and her right to protection of her private life and to the control of the use of her image guaranteed by sections 22 et seq. of the Copyright (Arts Domain) Act *(Kunsturhebergesetz* – "the Copyright Act" – see paragraphs 43-44 below).
19. In a judgment of 4 February 1993 the Regional Court granted the application only in respect of the distribution of the magazines in France, in accordance with the rules of private international law (section 38 of the Introductory Act to the Civil Code – *Einführungsgesetz in das bürgerliche Gesetzbuch*) read in conjunction with Article 9 of the French Civil Code.
With regard to the distribution of the magazines in Germany, however, the Regional Court reiterated that it was German law which applied. Under section 23(1) no.1 of the Copyright Act, the applicant, as a figure of contemporary society "*par excellence*" *(eine "absolute" Person der Zeitgeschichte)* had to tolerate this kind of publication.
The Regional Court held that she had failed to establish a legitimate interest (*berechtigtes Interesse)* justifying an injunction against further publication because, where figures of contemporary society "*par excellence*" were concerned, the right to protection of private life stopped at their front door. All the photos of the applicant had been taken exclusively in public places.

(b) Judgment of the Hamburg Court of Appeal of 8 December 1994

20. The applicant appealed against that judgment.
21. In a judgment of 8 December 1994 the Hamburg Court of Appeal (*Oberlandesgericht)* dismissed the applicant's appeal and set aside the injunction against subsequent publications in France.
Indeed, like the Regional Court, the Court of Appeal found that the applicant was a contemporary figure "*par excellence*" and therefore had to tolerate publication without her consent of the photos in question, which had all been taken in public places. Even if the constant hounding by photographers made her daily life difficult, it arose from a legitimate desire to inform the general public.

(c) Judgment of the Federal Court of Justice of 19 December 1995

22. The applicant appealed on points of law against that judgment.

23. In a judgment of 19 December 1995 the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) allowed the applicant's appeal in part, granting her an injunction against any further publication of the photos that had appeared in *Freizeit Revue* magazine (30th edition of 22 July 1993) showing her with Vincent Lindon in a restaurant courtyard on the ground that the photos interfered with her right to respect for her private life.
The Federal Court held that even figures of contemporary society "*par excellence*" were entitled to respect for their private life and that this was not limited to their home but also covered the publication of photos. Outside their home, however, they could not rely on the protection of their privacy unless they had retired to a secluded place – away from the public eye (*in eine örtliche Abgeschiedenheit*) – where it was objectively clear to everyone that they wanted to be alone and where, confident of being away from prying eyes, they behaved in a given situation in a manner in which they would not behave in a public place. Unlawful interference with the protection of that privacy could therefore be made out if photos were published that had been taken secretly and/or by catching unawares a person who had retired to such a place. That was the position here, where the applicant and her boyfriend had withdrawn to the far end of a restaurant courtyard with the clear aim of being out of the public eye.
However, the Federal Court dismissed the remainder of her appeal on the ground that, as a figure of contemporary society "*par excellence*", the applicant had to tolerate the publication of photos in which she appeared in a public place even if they were photos of scenes from her daily life and not photos showing her exercising her official functions. The public had a legitimate interest in knowing where the applicant was staying and how she behaved in public.

(d) Judgment of the Federal Constitutional Court of 15 December 1999

24. The applicant then appealed to the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) submitting that there had been an infringement of her right to the protection of her personality rights (section 2(1) read in conjunction with section 1(1) of the Basic Law).
In the applicant's submission, the criteria established by the Federal Court of Justice regarding the protection of privacy in respect of photos taken in public places did not effectively protect the free development of the personality, be it in the context of private life or family life. Those criteria were so narrow that in practice the applicant could be photographed at any time outside her home and the photos subsequently published in the media.

Given that the photos were not used genuinely to inform people, but merely to entertain them, the right to control the use of one's image in respect of scenes from private life, which had been recognised by the case-law of the Federal Constitutional Court, prevailed over the right – also guaranteed by the Basic Law – to freedom of the press.

25. In a landmark judgment of 15 December 1999, delivered after a hearing, the Constitutional Court allowed the applicant's appeal in part on

the ground that the three photos that had appeared in the 32nd and 34th editions of *Bunte* magazine, dated 5 August 1993 and 19 August 1993, featuring the applicant with her children had infringed her right to the protection of her personality rights guaranteed by sections 2(1) and 1(1) of the Basic Law, reinforced by her right to family protection under section 6 of the Basic Law. It referred the case to the Federal Court of Justice on that point. However, the Constitutional Court dismissed the applicant's appeal regarding the other photos.

The relevant extract of the judgment reads as follows:

"The appeal is well-founded in part.

...

II.

The decisions being appealed do not fully satisfy the requirements of section 2(1) read in conjunction with section 1(1) of the Basic Law.

1. The provisions of sections 22 and 23 of the KUG (*Kunsturhebergesetz* – Copyright Act) on which the civil courts based their decisions in the present case are, however, compatible with the Basic Law.

Under section 2(1) of the Basic Law general personality rights are guaranteed only within the framework of the constitutional order. The provisions concerning the publication of photographical representations of persons listed in sections 22 and 23 of the KUG are part of that constitutional order. They derive from an incident which at the time caused a scandal (photos of Bismarck on his deathbed ...) and from the ensuing politico-legal debate sparked by this incident ... , they aim to strike a fair balance between respect for personality rights and the community's interest in being informed ... .

Under section 22, first sentence, of the KUG pictures can only be disseminated or exposed to the public eye with the express approval of the person represented. Pictures relating to contemporary society are excluded from that rule under section 23(1) of the KUG ... . Under 23(2) of the KUG, however, that exception does not apply where the dissemination interferes with a legitimate interest of the person represented. The protection by degrees under these rules ensures that they take account of both the need to protect the person being

represented and the community's desire to be informed and the interest of the media which satisfy that desire. That much has already been established by the Federal Constitutional Court ... .

...

(b) In the instant case regard must be had, in interpreting and applying sections 22 and 23 of the KUG, not only to general personality rights, but also to the freedom of the press guaranteed by section 5(1), second sentence, of the Basic Law in so far as the provisions in question also affect those freedoms.

...

The fact that the press fulfils the function of forming public opinion does not exclude entertainment from the functional guarantee under the Basic Law. The formation of opinions and entertainment are not opposites. Entertainment also plays a role in the formation of opinions. It can sometimes even stimulate or influence the formation of opinions more than purely factual information. Moreover, there is a growing tendency in the media to do away with the distinction between information and entertainment both as regards press coverage generally and individual contributions, and to disseminate information in the form of entertainment or mix it with entertainment ("infotainment"). Consequently, many readers obtain information they consider to be important or interesting from entertaining coverage ... .

Nor can mere entertainment be denied any role in the formation of opinions. That would amount to unilaterally presuming that entertainment merely satisfies a desire for amusement, relaxation, escapism or diversion. Entertainment can also convey images of reality and propose subjects for debate that spark a process of discussion and assimilation relating to philosophies of life, values and behaviour models. In that respect it fulfils important social functions ... . When measured against the aim of protecting press freedom, entertainment in the press is neither negligible nor entirely worthless and therefore falls within the scope of application of fundamental rights ... .

The same is true of information about people. Personalization is an important journalistic means of attracting attention. Very often it is this which first arouses interest in a problem and stimulates a desire for factual information. Similarly, interest in a particular event or situation is usually stimulated by personalised accounts. Additionally, celebrities embody certain moral values and lifestyles. Many people base their choice of lifestyle on their example. They become points of crystallisation for adoption or rejection and act as examples or counter-examples. This is what explains the public interest in the various ups and downs occurring in their lives.

As regards politicians this public interest has always been deemed to be legitimate from the point of view of transparency and democratic control. Nor can it in principle be disputed that it exists in respect of other public figures. To that extent it is the function of the press to show people in situations that are not limited to specific functions or events and this also falls within the sphere of protection of press freedom. It is only when a balancing exercise has to be done between competing personality rights that an issue arises as to whether matters of essential interest for the public are at issue and treated seriously and objectively or whether private matters, designed merely to satisfy the public's curiosity, are being disseminated ... .

(c) The decision of the Federal Court of Justice largely stands up to an examination of its compatibility with the constitutional rules.

(aa) The Federal Court of Justice cannot be criticised under constitutional law for assessing the conditions of application (*Tatbestandsvoraussetzungen*) of section 23(1) no. 1 of the KUG according to the criterion of the community's interest in being informed and deciding on that basis that the photos showing the applicant outside her representative function in the Principality of Moncao were lawful.

Under section 23(1) no. 1 of the KUG the publication of pictures portraying an aspect of contemporary society are exempted from the obligation to obtain the consent of the person concerned within the meaning of section 22 of the KUG. Judging from the drafting history to the Act ... and from the meaning and purpose of the words used, the provision in question takes into consideration the community's interest in being informed and the freedom of the press. Accordingly, the interpretation of this element (*Tatbestandsmerkmal*) must take account of the interests of the public. Pictures of people who are of no significance in contemporary society should not be made freely accessible to the public: they require the prior consent of the person concerned. The other element that is affected by fundamental rights, that of a "legitimate interest" for the purposes of section 23(2) of the KUG, concerns only – and this must be stressed at the outset – figures of contemporary society and cannot therefore take sufficient account of the interests of the freedom of the press if these have previously been neglected when the circle of the persons concerned was defined.

It is in keeping with the importance and scope of the freedom of the press, and not unreasonably restrictive of the protection of personality rights, that the concept of contemporary society referred to in section 23(1) no. 1 of the KUG should not only cover, in accordance with a definition given by the courts, events of historical or political significance, but be defined on the basis of the public interest in being

informed ... . The kernel of press freedom and the free formation of opinions requires the press to have sufficient margin of manoeuvre to allow it to decide, in accordance with its publishing criteria, what the public interest demands and the process of forming opinion to establish what amounts to a matter of public interest. As has been stated, entertaining coverage is no exception to these principles.
Nor should the Federal Court of Justice be criticised for including in the "domain of contemporary society", within the meaning of section 23(1) no. 1 of the KUG, pictures of people who have not only aroused public interest at a certain point on the occasion of a particular historical event but who, on account of their status and importance, attract the public's attention in general and not just on the odd occasion. Account should also be taken in this regard of the fact that, compared to the situation at the time the Copyright Act was passed, increased importance is given today to illustrated information. The concept of a "figure of contemporary society *par excellence*" (*absolute Person der Zeitgeschichte*), often employed in this respect in the case-law and legal theory, does not conclusively derive from statute or the Constitution. If, as was done by the Court of Appeal and the Federal Court of Justice, it is interpreted as a shortened expression designating people whose image is deemed by the public to be worthy of respect out of consideration for the people concerned, it is irreproachable from the point of view of constitutional law at least as long as a balancing exercise is carried out, in the light of the circumstances of the case, between the public's interest in being informed and the legitimate interests of the person concerned.
General personality rights do not require publications that are not subject to prior consent to be limited to pictures of figures of contemporary society in the exercise of their function in society. Very often the public interest aroused by such figures does not relate exclusively to the exercise of their function in the strict sense. It can, on the contrary, by virtue of the particular function and its impact, extend to information about the way in which these figures behave generally – that is, also outside their function – in public. The public has a legitimate interest in being allowed to judge whether the personal behaviour of the individuals in question, who are often regarded as idols or role models, convincingly tallies with their behaviour on their official engagements.
If, on the other hand, the right to publish pictures of people considered to be figures of contemporary society were to be limited to their official functions, insufficient account would be taken of the public interest properly aroused by such figures and this would, moreover, favour a selective presentation that would deprive the public of certain necessary

judgmental possibilities in respect of figures of socio-political life, having regard to the function of role model of such figures and the influence they exert. The press is not, however, allowed to use any picture of figures of contemporary society. On the contrary, section 23(2) of the KUG gives the courts adequate opportunity to apply the protective provisions of section 2(1) read in conjunction with section 1(1) of the Basic Law ... .

(bb) In theory the criteria established by the Federal Court of Justice for interpreting the concept of "legitimate interest" used in section 23(2) of the KUG are irreproachable from the point of view of constitutional law.

According to the decision being appealed, the privacy meriting protection that must also be afforded to "figures of contemporary society *par excellence*" presupposes that they have retired to a secluded place with the objectively perceptible aim of being alone and in which, confident of being alone, they behave differently from how they would behave in public. The Federal Court of Justice accepted that there had been a breach of sections 22 and 23 of the KUG where this type of picture was taken secretly or by catching the person unawares.

The criterion of a secluded place takes account of the aim, pursued by the general right to protection of personality rights, of allowing the individual a sphere, including outside the home, in which he does not feel himself to be the subject of permanent public attention – and relieves him of the obligation of behaving accordingly – and in which he can relax and enjoy some peace and quiet. This criterion does not excessively restrict press freedom because it does not impose a blanket ban on pictures of the daily or private life of figures of contemporary society, but allows them to be shown where they have appeared in public. In the event of an overriding public interest in being informed, the freedom of the press can even, in accordance with that case-law authority, be given priority over the protection of the private sphere ... .

The Federal Court of Justice properly held that it is legitimate to draw conclusions from the behaviour adopted in a given situation by an individual who is clearly in a secluded spot. However, the protection against dissemination of photos taken in that context does not only apply where the individual behaves in a manner in which he would not behave in public. On the contrary, the development of the personality cannot be properly protected unless, irrespective of their behaviour, the individual has a space in which he or she can relax without having to tolerate the presence of photographers or cameramen. That is not in issue here, however, since, according to the findings on which the Federal Court of Justice based its decision, the first of the conditions to which protection of private life is subject has not been met.

Lastly, there is nothing unconstitutional, when balancing the public interest in being informed against the protection of private life, in attaching importance to the method used to obtain the information in question ... . It is doubtful, however, that the mere fact of photographing the person secretly or catching them unawares can be deemed to infringe their privacy outside the home. Having regard to the function attributed to that privacy under constitutional law and to the fact that it is usually impossible to determine from a photo whether the person has been photographed secretly or caught unawares, the existence of unlawful interference with that privacy cannot in any case be made out merely because the photo was taken in those conditions. As, however, the Federal Court of Justice has already established in respect of the photographs in question that the appellant was not in a secluded place, the doubts expressed above have no bearing on the review of its decision.

(cc) However, the constitutional requirements have not been satisfied in so far as the decisions of which the appellant complains did not take account of the fact that the right to protection of personality rights of a person in the appellant's situation is strengthened by section 6 of the Basic Law regarding that person's intimate relations with their children.

(dd) The following conclusions can be drawn from the foregoing considerations with regard to the photographs in question:

The decision of the Federal Court of Justice cannot be criticised under constitutional law regarding the photos of the appellant at a market, doing her market shopping accompanied by her bodyguard or dining with a male companion at a well-attended restaurant. The first two cases concerned an open location frequented by the general public. The third case admittedly concerned a well circumscribed location, spatially speaking, but one in which the appellant was exposed to the other people present. It is for this reason, moreover, that the Federal Court of Justice deemed it legitimate to ban photos showing the applicant in a restaurant garden, which were the subject of the decision being appealed but are not the subject of the constitutional appeal. The presence of the applicant and her companion there presented all the features of seclusion. The fact that the photographs in question were evidently taken from a distance shows that the applicant could legitimately have assumed that she was not exposed to public view.

Nor can the decision being appealed be criticised regarding the photos of the applicant alone on horseback or riding a bicycle. In the Federal Court of Justice's view, the appellant had not been in a secluded place, but in a public one. That finding cannot attract criticism under constitutional law. The applicant herself describes the photos in question as belonging

to the intimacy of her private sphere merely because they manifest her desire to be alone. In accordance with the criteria set out above, the mere desire of the person concerned is not relevant in any way.
The three photos of the applicant with her children require a fresh examination, however, in the light of the constitutional rules set out above. We cannot rule out the possibility that the review that needs to be carried out in the light of the relevant criteria will lead to a different result for one or other or all the photos. The decision must therefore be set aside in that respect and remitted to the Federal Court of Justice for a fresh decision.
(d) The decisions of the Regional Court and the Court of Appeal resulted in a violation of fundamental rights by limiting to the home the privacy protected by section 2(1) read in conjunction with section 1(1) of the Basic Law in accordance, moreover, with a rationale that was in keeping with the case-law at the time.
The decisions in question do not need to be set aside, however, since the violation complained of has been remedied in part by the Federal Court of Justice and the remainder of the case remitted to that court.
..."

(e) Sequel to the proceedings

26. Following the remittal of the case to the Federal Court of Justice in connection with the three photos that had appeared in *Bunte* magazine (edition no. 32 of 5 August 1993 and no. 34 of 19 August 1993) showing the applicant with her children, Burda publishers undertook not to republish the photos (*Unterlassungserklärung*).

2. The second set of proceedings

(a) Judgment of the Hamburg Regional Court of 26 September 1997

27. On 14 May 1997 the applicant reapplied to the Hamburg Regional Court for an injunction preventing Burda publishers from republishing the second series of photos on the ground that they breached her right to protection of her personality rights guaranteed by sections 2(1) and 1(1) of the Basic Law and her right to protection of her private life and the right to control the use of her image guaranteed by sections 22 et seq. of the Copyright Act.
28. In a judgment of 26 September 1997 the Hamburg Regional Court dismissed the appeal, referring in particular to the grounds of the Federal Court of Justice's judgment of 19 December 1995.

(b) Judgment of the Hamburg Court of Appeal of 10 March 1998

29. The applicant appealed against that judgment.
30. In a judgment of 10 March 1998 the Hamburg Court of Appeal also dismissed the applicant's appeal for the same reasons.

(c) Decision of the Federal Constitutional Court of 4 April 2000

31. As the Court of Appeal did not grant leave to appeal on points of law to the Federal Court of Justice, the applicant lodged a constitutional appeal directly with the Federal Constitutional Court relying on her earlier submissions.

32. In a decision of 4 April 2000 the Federal Constitutional Court, ruling as a panel of three judges, refused to entertain the appeal. It referred in particular to the Federal Court of Justice's judgment of 19 December 1995 and to its own landmark judgment of 15 December 1999.

3. The third set of proceedings

(a) Judgment of the Hamburg Regional Court of 24 April 1998

33. On 5 November 1997 the applicant reapplied to the Hamburg Regional Court for an injunction preventing Heinrich Bauer publishers from republishing the third series of photos on the ground that they infringed her right to the protection of her personality rights, guaranteed by sections 2(1) and 1(1) of the Basic Law, and the right to protection of her private life and to the control of the use of her image, guaranteed by sections 22 et seq. of the Copyright (Arts Domain) Act.

The applicant submitted, among other things, a sworn attestation by the director of the Monte Carlo Beach Club to the effect that the swimming baths in question were a private establishment, access to which was subject to a high fee and strictly controlled and from which journalists and photographers were debarred unless they had the express permission of the owner of the establishment. The fact that the photos were very blurred showed that they had been taken secretly, at a distance of several hundred metres, from the window or roof of a neighbouring house.

34. In a judgment of 24 April 1998 the Hamburg Regional Court dismissed the applicant's appeal, referring in particular to the grounds of the Federal Court of Justice's judgment of 19 December 1995. The court stated that the Monte Carlo Beach Club had to be considered as an open-air swimming pool that was open to the public even if an entry fee was charged and access restricted.

(b) Judgment of the Hamburg Court of Appeal of 13 October 1998

35. The applicant appealed against that judgment.

36. In a judgment of 13 October 1998 the Hamburg Court of Appeal dismissed the appeal for the same reasons.

The Court of Appeal found that a swimming pool or beach was not a secluded place and that the photos showing the applicant tripping over an obstacle and falling down were not such as to denigrate or demean her in the public's eyes.

(c) The decision of the Federal Constitutional Court of 13 April 2000

37. As the Court of Appeal did not grant the applicant leave to appeal on points of law to the Federal Court of Justice, the applicant lodged a constitutional appeal directly with the Federal Constitutional Court on the basis of her earlier submissions.

38. In a decision of 13 April 2000 the Federal Constitutional Court, ruling as a panel of three judges, refused to entertain the appeal, referring in particular to the Federal Court of Justice's judgment of 19 December 1995 and to its own landmark judgment of 15 December 1999.

The Constitutional Court held that the ordinary courts had properly found that the Monte Carlo Beach Club was not a secluded place and that the photos of the applicant wearing a swimsuit and falling down were not capable of constituting an infringement of her right to respect for her private life.

II. RELEVANT DOMESTIC AND EUROPEAN LAW

A. The Basic Law

39. The relevant provisions of the Basic Law are worded as follows:

Section 1(1)

"The dignity of human beings is inviolable. All public authorities have a duty to respect and protect it."

Section 2(1)

"Everyone shall have the right to the free development of their personality provided that they do not interfere with the rights of others or violate the constitutional order or moral law (*Sittengesetz*)."

Section 5(1)

"(1) Everyone shall have the right freely to express and disseminate his or her opinions in speech, writing and pictures and freely to obtain information from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting on the radio and in films shall be guaranteed. There shall be no censorship.

(2) These rights shall be subject to the limitations laid down by the provisions of the general laws and by statutory provisions aimed at protecting young people and to the obligation to respect personal honour (*Recht der persönlichen Ehre*)."

Section 6(1) and (2)

"(1) Marriage and the family enjoy the special protection of the State.

(2) The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent on them. The State community shall oversee the performance of that duty."

B. The Copyright (Arts Domain) Act

40. Section 22(1) of the Copyright (Arts Domain) Act provides that images can only be disseminated with the express approval of the person concerned.

41. Section 23(1) no. 1 of that Act provides for exceptions to that rule, particularly where the images portray an aspect of contemporary society (*Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte*) on condition that publication does not interfere with a legitimate interest (*berechtigtes Interesse*) of the person concerned (section 23(2)).

C. Resolution 1165 (1998) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the right to privacy

42. The full text of this resolution, adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998, is worded as follows:

"1. The Assembly recalls the current affairs debate it held on the right to privacy during its September 1997 session, a few weeks after the accident which cost the Princess of Wales her life.

2. On that occasion, some people called for the protection of privacy, and in particular that of public figures, to be reinforced at the European level by means of a convention, while others believed that privacy was sufficiently protected by national legislation and the European Convention on Human Rights, and that freedom of expression should not be jeopardised.

3. In order to explore the matter further, the Committee on Legal Affairs and Human Rights organised a hearing in Paris on 16 December 1997 with the participation of public figures or their representatives and the media.

4. The right to privacy, guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights, has already been defined by the Assembly in the declaration on mass communication media and human rights, contained within Resolution 428 (1970), as "the right to live one's own life with a minimum of interference".

5. In view of the new communication technologies which make it possible to store and use personal data, the right to control one's own data should be added to this definition.

6. The Assembly is aware that personal privacy is often invaded, even in countries with specific legislation to protect it, as people's private lives have become a highly lucrative commodity for certain sectors of the media. The victims are essentially public figures, since details of their private lives serve as a stimulus to sales. At the same time, public figures must recognise that the special position they occupy in society - in many cases by choice - automatically entails increased pressure on their privacy.

7. Public figures are persons holding public office and/or using public resources and, more broadly speaking, all those who play a role in public life, whether in politics, the economy, the arts, the social sphere, sport or in any other domain.
8. It is often in the name of a one-sided interpretation of the right to freedom of expression, which is guaranteed in Article 10 of the European Convention on Human Rights, that the media invade people's privacy, claiming that their readers are entitled to know everything about public figures.
9. Certain facts relating to the private lives of public figures, particularly politicians, may indeed be of interest to citizens, and it may therefore be legitimate for readers, who are also voters, to be informed of those facts.
10. It is therefore necessary to find a way of balancing the exercise of two fundamental rights, both of which are guaranteed by the European Convention on Human Rights: the right to respect for one's private life and the right to freedom of expression.
11. The Assembly reaffirms the importance of every person's right to privacy, and of the right to freedom of expression, as fundamental to a democratic society. These rights are neither absolute nor in any hierarchical order, since they are of equal value.
12. However, the Assembly points out that the right to privacy afforded by Article 8 of the European Convention on Human Rights should not only protect an individual against interference by public authorities, but also against interference by private persons or institutions, including the mass media.
13. The Assembly believes that, since all member states have now ratified the European Convention on Human Rights, and since many systems of national legislation comprise provisions guaranteeing this protection, there is no need to propose that a new convention guaranteeing the right to privacy should be adopted.
14. The Assembly calls upon the governments of the member states to pass legislation, if no such legislation yet exists, guaranteeing the right to privacy containing the following guidelines, or if such legislation already exists, to supplement it with these guidelines:
(i) the possibility of taking an action under civil law should be guaranteed, to enable a victim to claim possible damages for invasion of privacy;
(ii) editors and journalists should be rendered liable for invasions of privacy by their publications, as they are for libel;

(iii) when editors have published information that proves to be false, they should be required to publish equally prominent corrections at the request of those concerned;
(iv) economic penalties should be envisaged for publishing groups which systematically invade people's privacy;
(v) following or chasing persons to photograph, film or record them, in such a manner that they are prevented from enjoying the normal peace and quiet they expect in their private lives or even such that they are caused actual physical harm, should be prohibited;
(vi) a civil action (private lawsuit) by the victim should be allowed against a photographer or a person directly involved, where paparazzi have trespassed or used "visual or auditory enhancement devices" to capture recordings that they otherwise could not have captured without trespassing;
(vii) provision should be made for anyone who knows that information or images relating to his or her private life are about to be disseminated to initiate emergency judicial proceedings, such as summary applications for an interim order or an injunction postponing the dissemination of the information, subject to an assessment by the court as to the merits of the claim of an invasion of privacy;
(viii) the media should be encouraged to create their own guidelines for publication and to set up an institute with which an individual can lodge complaints of invasion of privacy and demand that a rectification be published.
15. It invites those governments which have not yet done so to ratify without delay the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.
16. The Assembly also calls upon the governments of the member states to:
(i) encourage the professional bodies that represent journalists to draw up certain criteria for entry to the profession, as well as standards for self-regulation and a code of journalistic conduct;
(ii) promote the inclusion in journalism training programmes of a course in law, highlighting the importance of the right to privacy vis-à-vis society as a whole;
(iii) foster the development of media education on a wider scale, as part of education about human rights and responsibilities, in order to raise media users' awareness of what the right to privacy necessarily entails;
(iv) facilitate access to the courts and simplify the legal procedures relating to press offences, in order to ensure that victims' rights are better protected."

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

43. The applicant submitted that the German court decisions had infringed her right to respect for her private and family life guaranteed by Article 8 of the Convention, which is worded as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

A. Submissions of the parties and interveners

1. The applicant

44. The applicant stated that she had spent more than ten years in unsuccessful litigation in the German courts trying to establish her right to the protection of her private life. She alleged that as soon as she left her house she was constantly hounded by paparazzi who followed her every daily movement, be it crossing the road, fetching her children from school, doing her shopping, out walking, practising sport or going on holiday. In her submission, the protection afforded to the private life of a public figure like herself was minimal under German law because the concept of a "secluded place" as defined by the Federal Court of Justice and the Federal Constitutional Court was much too narrow in that respect. Furthermore, in order to benefit from that protection the onus was on her to establish every time that she had been in a secluded place. She was thus deprived of any privacy and could not move about freely without being a target for the paparazzi. She affirmed that in France her prior agreement was necessary for the publication of any photos not showing her at an official event. Such photos were regularly taken in France and then sold and published in Germany. The protection of private life from which she benefited in France was therefore systematically circumvented by virtue of the decisions of the German courts. On the subject of the freedom of the press the applicant stated that she was aware of the essential role played by the press in a democratic society in terms of informing and forming public opinion, but in her case it was just the entertainment press seeking to satisfy its readers' voyeuristic tendencies and make huge profits from generally anodyne photos showing her going about her daily business. Lastly, the applicant stressed that it was materially impossible to establish in

respect of every photo whether or not she had been in a secluded place. As the judicial proceedings were generally held several months after publication of the photos, she was obliged to keep a permanent record of her every movement in order to protect herself from paparazzi who might photograph her. With regard to many of the photos that were the subject of this application it was impossible to determine the exact time and place at which they had been taken.

2. The Government

45. The Government submitted that German law, while taking account of the fundamental role of the freedom of the press in a democratic society, contained sufficient safeguards to prevent any abuse and ensure the effective protection of the private life of even public figures. In their submission, the German courts had in the instant case struck a fair balance between the applicant's rights to respect for her private life guaranteed by Article 8 and the freedom of the press guaranteed by Article 10, having regard to the margin of appreciation available to the State in this area. The courts had found in the first instance that the photos had not been taken in a secluded place and had, in the second instance, examined the limits on the protection of private life, particularly in the light of the freedom of the press and even where the publication of photos by the entertainment press were concerned. The protection of the private life of a figure of contemporary society "*par excellence*" did not require the publication of photos without his or her authorisation to be limited to showing the person in question engaged in their official duties. The public had a legitimate interest in knowing how the person behaved generally in public. The Government submitted that this definition of the freedom of the press by the Federal Constitutional Court was compatible with Article 10 and the European Court's relevant case-law. Furthermore, the concept of a secluded place was only one factor, albeit an important one, of which the domestic courts took account when balancing the protection of private life against the freedom of the press. Accordingly, while private life was less well protected where a public figure was photographed in a public place other factors could also be taken into consideration, such as the nature of the photos, for example, which should not shock the public. Lastly, the Government reiterated that the decision of the Federal Court of Justice – which had held that the publication of photos of the applicant with the actor Vincent Lindon in a restaurant courtyard in Saint-Rémy-de-Provence were unlawful – showed that the applicant's private life was protected even outside her home.

3. The interveners

46. The Association of Editors of German Magazines submitted that German law, which was half way between French law and United Kingdom law, struck a fair balance between the right to protection of private life and the freedom of the press. In its submission, it also complied with the principles set out in Resolution no. 1165 of the Council of Europe on the right to privacy and the European Court's case-law, which had always stressed the fundamental role of the press in a democratic society. The public's legitimate interest in being informed was not limited to politicians, but extended to public figures who had become known for other reasons. The press's role of "watchdog" could not be narrowly interpreted here. In that connection account should also be taken of the fact that the boundary between political commentary and entertainment was becoming increasingly blurred. Given that there was no uniform European standard concerning the protection of private life, the State had a wide margin of appreciation in this area.

47. Burda joined the observations of the Association of Editors of German Magazines and stated that German law required the courts to balance the competing interests of informing the public and protecting the right to control of the use of one's image very strictly and on a case by case basis. Even figures of contemporary society "*par excellence*" enjoyed a not

inconsiderable degree of protection and recent case-law had even tended towards reinforcing that protection. Since the death of her mother in 1982 the applicant had officially been First Lady of the reigning family in Monaco and was as such an example for the public (*Vorbildfunktion*). Moreover, the Grimaldi family had always sought to attract media attention and was therefore itself responsible for the public interest in it. The applicant could not therefore, especially if account were taken of her official functions, be regarded as a victim of the press. The publication of the photos in question had not infringed her right to control the use of her image because they had been taken while she was in public and had not been damaging to her reputation.

B. The Court's assessment

1. As regards the subject of the application

48. The Court notes at the outset that the photos of the applicant with her children are no longer the subject of this application, as it stated in its admissibility decision of 8 July 2003.

The same applies to the photos published in *Freizeit Revue* magazine (edition no. 30 of 22 July 1993) showing the applicant with Vincent Lindon at the far end of a restaurant courtyard in Saint-Rémy-de-Provence

(see paragraph 11 above). In its judgment of 19 December 1995 the

Federal Court of Justice prohibited any further publication of the photos on the ground that they infringed the applicant's right to respect for her private life (see paragraph 23 above).

49. Accordingly, the Court considers it important to specify that the present application concerns the following photos, which were published as part of a series of articles about the applicant:

(i) the photo published in *Bunte* magazine (edition no. 32 of 5 August 1993) showing the applicant on horseback (see paragraph 12 above)

(ii) the photos published in *Bunte* magazine (edition no. 34 of 19 August 1993) showing the applicant shopping on her own; with Mr Vincent Lindon in a restaurant; alone on a bicycle; and with her bodyguard at a market (see paragraph 13 above);

(iii) the photos published in *Bunte* magazine (edition no. 10 of 27 February 1997) showing the applicant on a skiing holiday in Austria (see paragraph 14 above);

(iv) the photos published in *Bunte* magazine (edition no. 12 of 13 March 1997) showing the applicant with Prince Ernst August von Hannover or alone leaving her Parisian residence (see paragraph 15 above);

(v) the photos published in *Bunte* magazine (edition no. 16 of 10 April 1997 showing the applicant playing tennis with Prince Ernst August von Hannover or both of them putting their bicycles down (see paragraph 16 above);

(vi) the photos published in *Neue Post* magazine (edition no. 35/97) showing the applicant tripping over an obstacle at the Monte Carlo Beach Club (see paragraph 17 above).

2. As regards the applicability of Article 8

50. The Court reiterates that the concept of private life extends to aspects relating to personal identity, such as a person's name (see *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24), or a person's picture (see *Schüssel v. Austria* (dec.), no. 42409/98, 21 February 2002).

Furthermore, private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity; the guarantee afforded by Article 8 of the Convention is primarily intended to ensure the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with other human beings (see, *mutatis mutandis*, *Niemietz v. Germany,* judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 33, § 29, and *Botta v. Italy*, judgment of 24 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 422, § 32). There is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life" (see, *mutatis mutandis*, *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-

IX, and *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, § 57, ECHR 2003-I.).

51. The Court has also indicated that, in certain circumstances, a person has a "legitimate expectation" of protection and respect for his or her private life. Accordingly, it has held in a case concerning the interception of telephone calls on business premises that the applicant "would have had a reasonable expectation of privacy for such calls" (see *Halford v. the United Kingdom*, judgment of 25 June 1997, *Reports* 1997-III, p.1016, § 45).

52. As regards photos, with a view to defining the scope of the protection afforded by Article 8 against arbitrary interference by public authorities, the Commission had regard to whether the photographs related to private or public matters and whether the material thus obtained was envisaged for a limited use or was likely to be made available to the general public (see, *mutatis mutandis*, *Friedl v. Austria*, judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, Friendly Settlement, Commission opinion, p. 21, §§ 49-52; *P.G. and J.H.,* cited above, § 58; and *Peck*, cited above, § 61).

53. In the present case there is no doubt that the publication by various German magazines of photos of the applicant in her daily life either on her own or with other people falls within the scope of her private life.

3. Compliance with Article 8

a. The domestic courts' position

54. The Court notes that, in its landmark judgment of 15 December 1999, the Federal Constitutional Court interpreted sections 22 and 23 of the Copyright (Arts Domain) Act (see paragraphs 40-41 above) by balancing the requirements of the freedom of the press against those of the protection of private life, that is, the public interest in being informed against the legitimate interests of the applicant. In doing so the Federal Constitutional Court took account of two criteria under German law, one functional and the other spatial. It considered that the applicant, as a figure of contemporary society "*par excellence*", enjoyed the protection of her private life even outside her home but only if she was in a secluded place out of the public eye "to which the person concerned retires with the objectively recognisable aim of being alone and where, confident of being alone, behaves in a manner in which he or she would not behave in public". In the light of those criteria the Federal Constitutional Court held that the Federal Court of Justice's judgment of 19 December 1995 regarding publication of the photos in question was compatible with the Basic Law. The court attached decisive weight to the freedom of the press, even the entertainment press, and to the public

interest in knowing how the applicant behaved outside her representative functions (see paragraph 25 above).
55. Referring to its landmark judgment, the Federal Constitutional Court did not entertain the applicant's appeals in the subsequent proceedings brought by her (see paragraphs 32 and 38 above).

b. The general principles governing the protection of private life and the freedom of expression

56. In the present case the applicant did not complain of an action by the State, but rather of the lack of adequate State protection of her private life and her image.
57. The Court reiterates that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see, *mutatis mutandis*, *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23; *Stjerna v. Finland*, judgment of 25 November 1994, Series A no. 299-B, p. 61, § 38; and *Verliere v. Switzerland* (dec.), no. 41953/98, ECHR 2001-VII). That also applies to the protection of a person's picture against abuse by others (see *Schüssel*, cited above).
The boundary between the State's positive and negative obligations under this provision does not lend itself to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, among many other authorities, *Keegan v. Ireland*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 19, § 49, and *Botta*, cited above, p. 427, § 33).
58. That protection of private life has to be balanced against the freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention. In that context the Court reiterates that the freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society" (see

Handyside v. the United Kingdom, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49).
In that connection the press plays an essential role in a democratic society. Although it must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest (see, among many authorities, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, judgment of 26 November 1991, Series A no. 216, p. 29-30, § 59, and Bladet Tromsø *and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 59, ECHR 1999-III). Journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see *Prager and Oberschlick v. Austria*, judgment of 26 April 1995, Series A no. 313, p. 19, § 38; *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 59-63, ECHR 2001-I; and *Prisma Press v. France* (dec.), nos. 66910/01 and 71612/01, 1 July 2003).
59. Although freedom of expression also extends to the publication of photos, this is an area in which the protection of the rights and reputation of others takes on particular importance. The present case does not concern the dissemination of "ideas", but of images containing very personal or even intimate "information" about an individual. Furthermore, photos appearing in the tabloid press are often taken in a climate of continual harassment which induces in the person concerned a very strong sense of intrusion into their private life or even of persecution.
60. In the cases in which the Court has had to balance the protection of private life against the freedom of expression it has always stressed the contribution made by photos or articles in the press to a debate of general interest (see, as a recent authority, *News Verlags GmbH & CoKG v. Austria*, no. 31457/96, § 52 et seq., ECHR 2000-I, and *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*, no. 34315/96, § 33 et seq., 26 February 2002). The Court thus found, in one case, that the use of certain terms in relation to an individual's private life was not "justified by considerations of public concern" and that those terms did not "[bear] on a matter of general importance" (see *Tammer*, cited above, § 68) and went on to hold that there had not been a violation of Article 10. In another case, however, the Court attached particular importance to the fact that the subject in question was a news item of "major public concern" and that the published photographs "did not disclose any details of [the] private life" of the person in question (see *Krone Verlag*, cited above, § 37) and held that there had been a violation of Article 10. Similarly, in a recent case concerning the publication by President Mitterand's former private doctor of a book containing revelations about

the President's state of health, the Court held that "the more time passed the more the public interest in President Mitterand's two seven-year presidential terms prevailed over the requirements of the protection of his rights with regard to medical confidentiality" (see *Plon* (*Société*) *v. France*, no. 58148/00, 18 May 2004) and held that there had been a breach of Article 10.

c. Application of these general principles by the Court

61. The Court points out at the outset that in the present case the photos of the applicant in the various German magazines show her in scenes from her daily life, thus engaged in activities of a purely private nature such as practising sport, out walking, leaving a restaurant or on holiday. The photos, in which the applicant appears sometimes alone and sometimes in company, illustrate a series of articles with such anodyne titles as 'Pure happiness", "Caroline ... a woman returning to life", "Out and about with Princess Caroline in Paris" and "The kiss. Or: they are not hiding anymore ..." (see paragraphs 11-17 above).

62. The Court also notes that the applicant, as a member of the Prince of Monaco's family, represents the ruling family at certain cultural or charitable events. However, she does not exercise any function within or on behalf of the State of Monaco or one of its institutions (see paragraph 8 above).

63. The Court considers that a fundamental distinction needs to be made between reporting facts – even controversial ones – capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions, for example, and reporting details of the private life of an individual who, moreover, as in this case, does not exercise official functions. While in the former case the press exercises its vital role of "watchdog" in a democracy by contributing to "impart[ing] information and ideas on matters of public interest (*Observer and Guardian*, cited above, ibid.) it does not do so in the latter case.

64. Similarly, although the public has a right to be informed, which is an essential right in a democratic society that, in certain special circumstances, can even extend to aspects of the private life of public figures, particularly where politicians are concerned (see *Plon (Société)*, cited above, ibid.), this is not the case here. The situation here does not come within the sphere of any political or public debate because the published photos and accompanying commentaries relate exclusively to details of the applicant's private life.

65. As in other similar cases it has examined, the Court considers that the publication of the photos and articles in question, of which the sole purpose was to satisfy the curiosity of a particular readership regarding

the details of the applicant's private life, cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society despite the applicant being known to the public (see, *mutatis mutandis*, *Jaime Campmany y Diez de Revenga and Juan Luís Lopez-Galiacho Perona v. Spain* (dec.), no. 54224/00, 12 December 2000; *Julio Bou Gibert and El Hogar Y La Moda J.A. v. Spain (*dec.), no. 14929/02, 13 May 2003; and *Prisma Presse*, cited above).

66. In these conditions freedom of expression calls for a narrower interpretation (see *Prisma Presse*, cited above, and, by converse implication, *Krone Verlag*, cited above, § 37).

67. In that connection the Court also takes account of the resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the right to privacy, which stresses the "one-sided interpretation of the right to freedom of expression" by certain media which attempt to justify an infringement of the rights protected by Article 8 of the Convention by claiming that "their readers are entitled to know everything about public figures" (see paragraph 42 above, and *Prisma Presse*, cited above).

68. The Court finds another point to be of importance: even though, strictly speaking, the present application concerns only the publication of the photos and articles by various German magazines, the context in which these photos were taken – without the applicant's knowledge or consent –and the harassment endured by many public figures in their daily lives cannot be fully disregarded (see paragraph 59 above).

In the present case this point is illustrated in particularly striking fashion by the photos taken of the applicant at the Monte Carlo Beach Club tripping over an obstacle and falling down (see paragraph 17 above). It appears that these photos were taken secretly at a distance of several hundred metres, probably from a neighbouring house, whereas journalists and photographers' access to the club was strictly regulated (see paragraph 33 above).

69. The Court reiterates the fundamental importance of protecting private life from the point of view of the development of every human being's personality. That protection – as stated above – extends beyond the private family circle and also includes a social dimension. The Court considers that anyone, even if they are known to the general public, must be able to enjoy a "legitimate expectation" of protection of and respect for their private life (see paragraph 51 above and, *mutatis mutandis*, *Halford*, cited above, § 45).

70. Furthermore, increased vigilance in protecting private life is necessary to contend with new communication technologies which make it possible to store and reproduce personal data (see point 5 of the Parliamentary Assembly's resolution on the right to privacy – see

paragraph 42 above and, *mutatis mutandis*, *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 65-67, ECHR 2000-II; *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 43-44, ECHR 2000-V; *P.G. and J.H.,* cited above, § 57-60, ECHR 2001-IX; and *Peck*, cited above, §§ 59-63, and § 78). This also applies to the systematic taking of specific photos and their dissemination to a broad section of the public.

71. Lastly, the Court reiterates that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (see *Artico v. Italy*, judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 15-16, § 33).

72. The Court has difficulty in agreeing with the domestic courts' interpretation of section 23(1) of the Copyright (Arts Domain) Act, which consists in describing a person as such as a figure of contemporary society "*par excellence*". Since that definition affords the person very limited protection of their private life or the right to control the use of their image, it could conceivably be appropriate for politicians exercising official functions. However, it cannot be justified for a "private" individual, such as the applicant, in whom the interest of the general public and the press is based solely on her membership of a reigning family whereas she herself does not exercise any official functions.

In any event the Court considers that, in these conditions, the Act has to be interpreted narrowly to ensure that the State complies with its positive obligation under the Convention to protect private life and the right to control the use of one's image.

73. Lastly, the distinction drawn between figures of contemporary society "*par excellence*" and "relatively" public figures has to be clear and obvious so that, in a state governed by the rule of law, the individual has precise indications as to the behaviour he or she should adopt. Above all, they need to know exactly when and where they are in a protected sphere or, on the contrary, in a sphere in which they must expect interference from others, especially the tabloid press.

74. The Court therefore considers that the criteria on which the domestic courts based their decisions were not sufficient to protect the applicant's private life effectively. As a figure of contemporary society "*par excellence*" she cannot – in the name of freedom of the press and the public interest – rely on protection of her private life unless she is in a secluded place out of the public eye and, moreover, succeeds in proving it (which can be difficult). Where that is not the case, she has to accept that she might be photographed at almost any time, systematically, and that the photos are then very widely disseminated even if, as was the case here, the photos and accompanying articles relate exclusively to details of her private life.

75. In the Court's view, the criterion of spatial isolation, although apposite in theory, is in reality too vague and difficult for the person concerned to determine in advance. In the present case merely classifying the applicant as a figure of contemporary society "*par excellence*" does not suffice to justify such an intrusion into her private life.

d. Conclusion

76. As the Court has stated above, it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life.

77. Furthermore, the Court considers that the public does not have a legitimate interest in knowing where the applicant is and how she behaves generally in her private life even if she appears in places that cannot always be described as secluded and despite the fact that she is well known to the public.

Even if such a public interest exists, as does a commercial interest of the magazines in publishing these photos and these articles, in the instant case those interests must, in the Court's view, yield to the applicant's right to the effective protection of her private life.

78. Lastly, in the Court's opinion the criteria established by the domestic courts were not sufficient to ensure the effective protection of the applicant's private life and she should, in the circumstances of the case, have had a "legitimate expectation" of protection of her private life.

79. Having regard to all the foregoing factors, and despite the margin of appreciation afforded to the State in this area, the Court considers that the German courts did not strike a fair balance between the competing interests.

80. There has therefore been a breach of Article 8 of the Convention.

81. Having regard to that finding, the Court does not consider it necessary to rule on the applicant's complaint relating to her right to respect for her family life.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

82. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

83. The applicant claimed 50,000 (EUR) in non-pecuniary damage on the ground that the German courts' decisions prevented her from leading a normal life with her children without being hounded by the media. She also claimed EUR 142,851.31 in reimbursement of her costs and expenses for the many sets of proceedings she had had to bring in the German courts.
84. The Government contested the amounts claimed. As regards non-pecuniary damage, they reiterated that, under German law, the applicant enjoyed protection of her private life even outside her home, particularly where her children were concerned. With regard to costs and expenses, they submitted that not all the proceedings could be taken into account, that the value of parts of the subject-matter was less than the amount stated, and that the legal fees being claimed, in view of the amount concerned, could not be reimbursed.
85. The Court considers that the question of the application of Article 41 is not ready for decision. Accordingly, it shall be reserved and the subsequent procedure fixed having regard to any agreement which might be reached between the Government and the applicant. FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY
1. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds* that the question of the application of Article 41 is not ready for decision; and
accordingly,
(a) *reserves* the said question in whole;
(b) *invites* the Government and the applicant to submit, within six months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, their written observations on the matter and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;
(c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Chamber the power to fix the same if need be.
Done in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 24 June 2004.

Vincent Berger Ireneu Cabral Barreto
Registrar President
In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:
(a) concurring opinion of Mr Cabral Barreto;
(b) concurring opinion of Mr Zupančič.

I.C.B.
V.B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE CABRAL BARRETO
(Translation)

I am of the opinion that there has been a violation of Article 8 of the Convention, but am unable to follow the entire reasoning of the majority.

1. My colleagues state in their conclusions that "the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest" and that "the public does not have a legitimate interest in knowing where the applicant is and how she behaves generally in her private life even if she appears in places that cannot always be described as secluded and she is well known to the public".

In the majority's view the publication of the photos and articles in question was not such as to contribute to a debate of general interest because the applicant was not performing official functions and the published photos and accompanying commentaries related exclusively to details of her private life.

In my view, however, the applicant is a public figure and the public does have a right to be informed about her life.

The solution therefore needs to be found in the fair balance that has to be struck between the applicant's right to her private life and the public's right to be informed.

2. The applicant is a public figure, even if she does not perform any function within or on behalf of the State of Monaco or one of its institutions.

Public figures are persons holding public office and/or using public resources and, more broadly speaking, all those who play a role in public life, whether in politics, the economy, the arts, the social sphere, sport or in any other domain – paragraph 7 of Resolution 1165 (1998) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the right to privacy (see paragraph 42 of the judgment).

It is well known that the applicant has for years played a role in European public life, even if she does not perform any official functions in her own country.

To measure the degree of public interest in her, it is sufficient to look at the amount of media coverage devoted to her public or private life.

Very recently the press drew attention to the fact that, on her arrival at the ceremony of the marriage of Crown Prince Felipe of Spain, the

applicant was one of the people from Europe's and the world's high society to be the most widely greeted by the public.
The applicant is, in my view, a public figure and information about her life contributes to a debate of general interest.
The general interest does not have to be limited to political debate.
As pointed out by the Parliamentary Assembly "certain facts relating to the private lives of public figures, particularly politicians, may indeed be of interest to citizens".
If that is true of politicians it is also true for all other public figures in whom the public takes an interest.
It is therefore necessary to strike a balance between two fundamental rights: the right of public figures to respect for their private life and everyone's right to freedom of expression, which embraces the right of the public to be informed.
I agree with the majority that the private life of a public figure does not stop at their front door.
However, it has to be acknowledged that, in view of their fame, a public figure's life outside their home, and particularly in public places, is inevitably subject to certain constraints.
Fame and public interest inevitably give rise to a difference in treatment of the private life of an ordinary person and that of a public figure.
As the Federal Constitutional Court pointed out, "the public has a legitimate interest in being allowed to judge whether the personal behaviour of the individuals in question, who are often regarded as idols or role models, convincingly tallies with their behaviour on their official engagements".
Admittedly, determining the limit of a public figure's private life is no easy task.
Furthermore, a strict criterion might lead to solutions that do not correspond to the "nature of things".
It is clear that if the person is in an isolated spot everything that happens there must be covered by the protection of private life.
It appears to me, however, that the criterion of spatial isolation used by the German courts is very restrictive.
In my view, whenever a public figure has a "legitimate expectation" of being safe from the media his or her right to private life prevails over the right to freedom of expression or the right to be informed.
It will never be easy to define in concrete terms the situations that correspond to this "legitimate expectation" and a case-by-case approach is therefore justified.
This casuistic approach may also give rise to differences of opinion.

The majority attach importance, for example, to the fact that the photos at the Monte Carlo Beach Club had been taken secretly.
I do not dispute the need to take account of the fact that the photos were taken from a distance, particularly if the person was somewhere they could legitimately believe did not expose them to public view.
However, the beach club swimming pool was an open place frequented by the general public and, moreover, visible from the neighbouring buildings.
Is it possible in such a place to entertain a reasonable expectation of not being exposed to public view or to the media?
I do not think so.
I believe that this same criterion is valid for photos showing the applicant in other situations in her daily life in which she cannot expect her private life to be protected.
I have in mind the photos of her doing her shopping.
However, other photos – for example those of the applicant on horseback or playing tennis – were taken in places and circumstances that would call for the opposite approach.
It is thus in the knowledge of the limits to the exercise (I refer in this connection to Judge Zupančič's opinion) that I have found a violation of Article 8 of the Convention.

CONCURRING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

I adhere to the hesitations raised by my colleague, Judge Cabral Barreto. And while I find the distinctions between the different levels of permitted exposure, as defined by the German legal system, too *Begriffsjurisprudenz*-like*,* I nevertheless believe that the balancing test between the public's right to know on the one hand and the affected person's right to privacy on the other hand must be adequately performed. He who willingly steps upon the public stage cannot claim to be a private person entitled to anonymity. Royalty, actors, academics, politicians etc. perform whatever they perform publicly. They may not seek publicity, yet, by definition, their image is to some extent public property.
Here I intend to concentrate not so much on the public's right to know – this applies first and foremost to the issue of the freedom of the press and the constitutional doctrine concerning it –, but rather on the simple fact that it is impossible to separate by an iron curtain private life from public performance. The absolute *incognito* existence is the privilege of Robinson; the rest of us all attract to a greater or smaller degree the interest of other people.

Privacy, on the other hand, is the right to be left alone. One has the right to be left alone precisely to the degree to which one's private life does not intersect with other people's private lives. In their own way, legal concepts such as libel, defamation, slander etc. testify to this right and to the limits on other people's meddling with it. The German private-law doctrine of *Persönlichkeitsrecht* testifies to a broader concentric circle of protected privacy. Moreover, I believe that the courts have to some extent and under American influence made a fetish of the freedom of the press. The *Persönlichkeitsrecht* doctrine imparts a higher level of civilized interpersonal deportment.

It is time that the pendulum swung back to a different kind of balance between what is private and secluded and what is public and unshielded. The question here is how to ascertain and assess this balance. I agree with the outcome of this case. However, I would suggest a different determinative test: the one we have used in *Halford v. United Kingdom*, judgment of 25/06/1997, Reports 1997-III, which speaks of "reasonable expectation of privacy."

The context of criminal procedure and the use of evidence obtained in violation of the reasonable expectation of privacy in *Halford* do not prevent us from employing the same test in cases such as the one before us. The dilemma as to whether the applicant here was or was not a public figure, ceases to exist; the proposed criterion of reasonable expectation of privacy permits a nuanced approach to every new case. Perhaps is this what Judge Cabral Barreto has in mind when he refers to the emerging case-law concerning the balancing exercise between the public's right to know and the private person's right to shield him- or herself.

Of course, one must avoid a circuitous reasoning here. The "reasonableness" of the expectation of privacy could be reduced to the aforementioned balancing test. But reasonableness is also an allusion to informed common sense, which tells us that he who lives in a glass house may not have the right to throw stones.

CONSEIL DE L'EUROPE

COUNCIL OF EUROPE

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

THIRD SECTION

DECISION

AS TO THE ADMISSIBILITY OF

Application no. 42409/98
by Wolfgang SCHÜSSEL
against Austria

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting on 21 February 2002 as a Chamber composed of

Mr I. CABRAL BARRETO, *President*,
Mr L. CAFLISCH,
Mr P. KŪRIS,
Mr R. TÜRMEN,
Mr J. HEDIGAN,
Mrs H.S. GREVE
Mrs E. STEINER, *judges,*
and Mr V. BERGER, *Section Registrar*,

Having regard to the above application lodged with the European Commission of Human Rights on 2 June 1998 and registered on 24 July 1998,

Having regard to Article 5 § 2 of Protocol No. 11 to the Convention, by which the competence to examine the application was transferred to the Court,

Having deliberated, decides as follows:

THE FACTS

The applicant, Wolfgang Schüssel, is an Austrian national, who was born in 1945 and lives in Vienna. He is represented before the Court by Mr W. Suppan, a lawyer practising in Vienna.

A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

At the material time the applicant was Deputy Prime Minister of Austria in a coalition Government formed by the Austrian Social-democratic Party (*Sozialdemokratische Partei Österreichs*) and the applicant's party, namely the Austrian Peoples' Party (*Österreichische Volkspartei*). In the 1995 election campaign the applicant had been nominated by his party as candidate for the office of Prime Minister.

In November 1995 the Austrian Social-democratic Party and the Group of Social-democratic Trade Unionists distributed stickers showing a picture of the applicant's face half overlapped by the face of Mr Haider, the leader of the Austrian Freedom Party (*Freiheitliche Partei Österreichs*), headed by the following text: "The social security slashers and the education snatchers share a common face" ("*Sozialabbau und Bildungsklau haben ein Gesicht*").

On 21 November 1995 the applicant brought proceedings under section 78 of the Copyright Act (*Urheberrechtsgesetz*).

On 28 November 1995 the Vienna Commercial Court (*Handelsgericht*) granted the applicant's request for a preliminary injunction prohibiting the defendants from publishing and disseminating the applicant's picture, in the event that his legitimate interests were thereby injured, firstly, in that the accompanying text alleged that he was a "social security slasher" and an "education snatcher" or, secondly, in that his face was distorted by being overlapped with the face of a politician of an opposing party, that of Jörg Haider.

In its reasoning, the Commercial Court noted that section 78 of the Copyright Act protected anyone against abuse of his or her picture in public. A person in the public eye, in particular one who had entered the public arena of his or her own motion, was not protected in this public capacity. The applicant had put himself at the centre of his party's election campaign. As his party's top candidate, he could be regarded as endorsing its positive statements and had to accept being the target of its opponents' criticism. Thus, the use of his picture by political opponents was not in itself contrary to section 78 of the Copyright Act.

However, while the applicant had to accept admissible criticism directed against the party represented by him, an infringement of his legitimate interests was conceivable regarding attacks on his privacy or personal disparagement which went beyond the limits of acceptable criticism. This consideration applied in particular where his picture was used in a distorted manner. In the present case, the applicant did not have to accept the distorted use of his picture "melted" with the picture of a political opponent.

Further, the Commercial Court examined whether the publication of the applicant's picture in the context of the impugned statement "The social security slashers and the education snatchers share a common face" was unlawful. It found that the combination of the applicant's picture with disparaging expressions suggesting that he was insensitive to social needs and was stealing educational opportunities violated his legitimate interests.

On 15 December 1995 the Vienna Commercial Court dismissed the objection (*Widerspruch*) of the defendants.

On 18 October 1996 the Vienna Court of Appeal (*Oberlandesgericht*), upon the defendants' appeal, confirmed the preliminary injunction order as to the prohibition to publish a distorted picture of the applicant, but lifted it as regards the prohibition to publish it accompanied by the incriminated text.

The Court of Appeal confirmed that the applicant did not have to accept the publication of his distorted picture overlapped with the picture of a political opponent. However, as to the accompanying text, it found that the expressions "social security slashers" and "education snatchers", though being blunt, were no more than the usual graphic wording applied in an election campaign. The average citizen would conclude that the applicant advocated reducing social assistance and making budgetary cuts in the education system. The statement could not be understood as to contain an allegation of theft within the meaning of the Criminal Code, nor did it suggest that the applicant was generally insensitive to social needs.

On 28 January 1997 the Supreme Court, upon the defendants' appeal on points of law, quashed the Appeal Court's decision and dismissed the applicant's request for a preliminary injunction.

The Supreme Court observed that, when examining whether the publication of a picture violated legitimate interests within the meaning of section 78 of the Copyright Act, it had to be taken into account whether the person concerned was well-known. However, even where a well-known politician was concerned, there were limits to the admissible publication of his picture. Such limits applied where the publication

intruded on a politician's privacy, where his picture was distorted or where it was accompanied by a text which connected him with events with which he had nothing to do or attributed political convictions to him which he did not hold.

The Supreme Court confirmed the appellate court's view that section 78 of the Copyright Act did not prohibit the publication of the applicant's picture in the context of the allegation that he was a social security slasher and an education snatcher. The impugned statement was - contrary to the applicant's view - not a statement of fact but a value judgment. The dividing line between statements of fact and value judgments depended on the context in which the statement was made and the impression it conveyed. In general, the public would understand attributions of negative intentions to one politician by his political opponents as value judgments. Whether measures proposed in the interest of consolidating the budget were perceived as slashing social security or, on the contrary, as preserving a sound economic basis for the social security system, was indeed a value judgment.

The Supreme Court went on to say that political debate and the shaping of public opinion was sometimes impossible without having recourse to graphic wording. It recalled that political debate was protected by the right to freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Referring to the case-law of the European Court of Human Rights, the Supreme Court recalled that the limits of acceptable criticism were wider for a politician than for a private individual. A politician inevitably and knowingly laid himself open to close scrutiny of his every word and deed by journalists, the public at large and his political opponents. Thus, as his party's top candidate, the applicant had to accept that his political opponents used disparaging words to describe his political aims.

As to the question of whether the publication of the applicant's picture overlapping with Mr Haider's was contrary to section 78 of the Copyright Act, the Supreme Court contested the appellate court's view. It was clear to every onlooker that the faces of two leading politicians had been combined by way of photomontage. The picture showed the applicant as he had presented himself in the election campaign without making his features ugly or repulsive. The sticker simply conveyed the political message that the applicant advocated the same policy as Mr Haider on social security and education issues. This was the "common face" of the defendant's two most important opponents. On the whole, this was an admissible political statement rather then a personal disparagement of the applicant.

In the subsequent main proceedings, the Vienna Commercial Court held a hearing on 29 April 1997. The applicant's counsel submitted that the sticker at issue suggested to the general public not only that the applicant's future political intention was to reduce social security or educational opportunities but that he had already taken such measures. He requested that a member of the applicant's party be heard as a witness. The court dismissed the request, finding that the matter was ready for decision.

The Commercial Court, referring to the Supreme Court's reasoning, dismissed the applicant's request that the defendants be prohibited from publishing his picture in the event that his legitimate interests were thereby injured, firstly, in that the accompanying text alleged that he was a "social security slasher" and an "education snatcher" or, secondly, in that his face was distorted by being overlapped by the face of a politician of an opponent party, in particular Jörg Haider's.

On 18 September 1997 the Vienna Court of Appeal dismissed the applicant's appeal. As to the applicant's complaint that the witness requested by him had not been heard, the court found that the question of what impression was conveyed by the sticker at issue was a matter of legal assessment to be carried out by the court.

On 24 February 1998 the Supreme Court dismissed the applicant's appeal on points of law. It found that the applicant's submissions in the main proceedings did not raise any relevant new facts as compared to the preliminary injunction proceedings.

B. Relevant domestic law

Section 78 of the Copyright Act, insofar as relevant, reads as follows:

> "(1) Images of persons shall neither be exhibited publicly, nor disseminated in any other way in which they are made accessible to the public, where the legitimate interests of the person in question, or in the event they have died without having authorised or ordered publication, of a close relative would be injured."

COMPLAINTS

1. The applicant complains under Article 6 § 1 of the Convention that the Austrian courts' assessment that the incriminated statement "The social security slashers and the education snatchers share a common face" constituted a value judgment was arbitrary in particular in that the Supreme Court, in its judgment of 28 January 1997, failed to give reasons in this respect. Moreover, this deprived him of the possibility to

adduce evidence to prove that the statement was untrue and thereby also violated the principle of equality of arms.

2. The applicant further complains under Article 8 of the Convention that the Austrian courts failed to protect him against the publication of his distorted picture accompanied by a disparaging text and therefore violated his right to respect for his private life.

3. Finally, the applicant invoking Article 14, alleges that he, being a politician, was treated less favourably than the average citizen as regards protection against the publication of his picture.

THE LAW

1. The applicant raises a number of issues relating to the alleged unfairness of the proceedings concerning his request to prohibit the publication of his picture. He relies on Article 6 § 1 of the Convention, which so far as material, provides as follows:

> "In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal..."

The Court notes that, in the present case, two sets of proceedings, namely preliminary injunction proceedings followed by the main proceedings were conducted. As regards compliance with Article 35 § 1 of the Convention, the Court recalls that in a previous similar case it found that the preliminary injunction proceedings and the main proceeding under section 78 of the Copyright Act had to be considered as a whole and that, thus, the six-month time-limit started running from the date of service of the Supreme Court's decision in the main proceedings (see, *News Verlags GmbH & CoKG v. Austria*, (dec.) no. 31457/96, 1.6.99, unreported). Thus, the Court considers that the requirements of Article 35 §1 of the Convention are fulfilled in the present case, as the application was introduced on 2 June 1998, that is less then six month after the final domestic decision was given, i.e. the Supreme Court's judgment of 24 February 1998 in the main proceedings.

As to the applicant's complaint that the Supreme Court wrongly regarded the impugned statement as a value judgment and failed to give reasons in this respect, the Court recalls that it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see *García Ruiz v. Spain*, [GC] no. 30544/96 § 28, ECHR 1999-I). The Court further recalls that according to its established case-law, Article 6 requires that judgments of courts

and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent of this duty to give reasons may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case (*ibid*., § 26).

The Court finds that the Supreme Court, in its judgment of 28 January 1997, gave sufficient reasons for its finding that the statement at issue constituted a value judgment. Insofar as the applicant complains that this assessment deprived him of the possibility to adduce evidence that the statement was untrue, he overlooks that even where a statement amounts to a value judgment, it may depend on a factual basis which is itself susceptible to proof (see, *mutatis mutandis*, the De Haes and Gijsels v. Belgium judgment of 24 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 236, § 47). However, neither in the preliminary proceedings nor in the main proceedings did the applicant attempt to adduce any evidence in order to show that there was no factual basis for stating that he advocated budgetary cuts in the area of social and educational policy.

In these circumstances, the Court finds that there is no indication of a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

2. The applicant complains that the Austrian Courts failed to protect him against the publication of his distorted picture accompanied by a disparaging text and therefore violated his right to respect for his private life. He relies on Article 8 of the Convention which provides as follows:

> "1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
>
> 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

The Court considers that the notion of private life includes elements relating to a person's identity, such as a person's name (see the Burghartz v. Switzerland judgment of 22 Feburay 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24), or, as in the present case, a person's picture.

The Court recalls that Article 8 taken in conjunction with the obligation to secure the effective exercise of Convention rights imposed by Article 1 of the Convention, may involve a positive obligation on the State to provide a measure of protection for an individual's private life in relation to the exercise by third parties of the right to freedom of expression bearing in mind the duties and responsibilities referred to in Article 10. The absence of a remedy in relation to the publication of information relating to private affairs may constitute a lack of respect for private life (cf. nos. 28851/95 and 28852/95, Earl and Countess Spencer v. the United Kingdom, Dec. 16.1.1998, D.R. 92, p. 56).

In the present case the Court notes at the outset that section 78 of the Copyright Act provides a remedy against publication of a person's picture. Persons in the public eye are not - as a matter of principle - excluded from the protection afforded. The decisions given in the present case clearly show that even a leading politician such as the applicant may be protected against the publication of his picture where it constitutes an intrusion upon his privacy, where his picture is distorted or where it is accompanied by disparaging statements.

Applying these principles to the particular circumstances of the present case, the Supreme Court correctly weighed the general interest in an open political debate as protected by Article 10 of the Convention against the applicant's interest in protection against the publication of his picture. Giving detailed reasons, it found that neither the accompanying text nor the fact that the applicant's picture was half overlapped by the picture of another leading politician went beyond the limits of what is acceptable in the context of political battle in general and against the background of an electoral campaign in particular. In arriving at this conclusion, the Supreme Court had guidance from the present Court's established case-law under Article 10 of the Convention, according to which the limits of acceptable criticism are wider with regard to a politician than as regards a private individual (see, among others, the Lingens v. Austria judgment of 22 November 1990, Series A no. 204, p. 27, § 42).

In conclusion, the Court finds that the facts of the case do not disclose any indication of lack of respect for the applicant's private life.

It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

3. Having regard to its considerations under Article 8, the Court finds that the applicant's complaint under Article 14 of the Convention that he, as a politician, was treated less favourably than the average citizen

as regards protection against the publication of his picture, does not raise a separate issue.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

Vincent BERGER
Registrar

Ireneu CABRAL BARRETO
President

GRAN BRETAGNA

Neutral Citation Number: [2003] EWCA Civ 423
Case No: A3 2002 0836 and 1066

IN THE SUPREME COURT OF JUDICATURE COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) ON APPEAL FROM THE HIGH COURTCHANCERY DIVISION
(Mr Justice Laddie)

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL
1 April 2003

B e f o r e :

LORD JUSTICE SCHIEMANN
LORD JUSTICE BROOKE
and
LORD JUSTICE JONATHAN PARKER

Between:

Irvine & Ors	**Claimants Appellants**
- and -	
TalkSport Ltd	**Defendant Respondent**

Mr Michael Briggs QC and Miss Lindsay Lane (instructed by Messrs Fladgate Fielder) for the Claimant/Appellants
Mr Murray Rosen QC and Mr Stephen Tudway (instructed by Messrs Rosenblatt) for the Respondent
Hearing dates : 12 and 13 March 2003

HTML VERSION OF JUDGMENT : APPROVED BY THE COURT FOR HANDING DOWN (SUBJECT TO EDITORIAL CORRECTIONS)

Crown Copyright ©

Lord Justice Jonathan Parker:

INTRODUCTION

1. Before the court are an appeal and a cross-appeal in a passing off action brought by Mr Eddie Irvine, the well-known racing driver, and certain of his management companies, against TalkSport Ltd ("TSL"). Since nothing turns for present purposes on the inclusion of the management companies as claimants, I shall proceed as if Mr Irvine were the only claimant.

2. By his order dated 27 March 2002 Laddie J ordered TSL to pay to Mr Irvine damages for passing off which he assessed in the sum of £2,000, with interest. The judge granted permission to TSL to appeal on the issue of liability and to Mr Irvine to appeal against the assessment of damages. Each has done so.

THE FACTUAL BACKGROUND

3. Prior to 2000 TSL (under its then name Talk Radio UK Ltd) operated a commercial news and talk-back radio station known as Talk Radio. In 1998 or early 1999 it was decided that the station should change its 'on-air' character from news coverage and talk-back to sports coverage. This in turn involved 'rebranding' the station by changing its name from 'Talk Radio' to 'TalkSport' (and by changing TSL's name to its present name). These changes were made in about February 2000.

4. In the meantime, during 1999 TSL acquired the rights to cover a number of prominent sporting events, including the FIA Formula One Grand Prix World Championship ("the Championship"). The 1999 Championship consisted of sixteen Grand Prix races, each held in a different country. The British Grand Prix (the eighth race in the sequence) took place at Silverstone on 11 July 1999.

5. Like all commercial radio stations, Talk Radio relied heavily for its financial success on the generation of advertising revenue. In early 1999, to support the change to sports coverage and to generate interest among potential advertisers, TSL embarked on a promotional campaign, under the guidance of a specialist marketing company called SMP Ltd ("SMP"). The campaign consisted of sending boxed packs to just under 1000 recipients who were thought to be likely, directly or indirectly, to place advertisements on the station. Three boxed packs were produced: one related to cricket (TSL having acquired the rights to cover the England cricket team's winter tour of South Africa); one was of a more general nature; the third, with which the present action is concerned, related to Formula One ("the Formula One pack").

6. The Formula One pack, which was designed to coincide with the British Grand Prix, consisted of a box bearing, on the outside, a photographic image of a Formula One racing car. The driver of the car is not expressly identified (nor, for that matter, is he identifiable – at least to the uninitiated). The evidence is that he is in fact Mr Damon Hill. Inset at the top righthand and the bottom lefthand corners of the main image are photographic images of Mr Michael Schumacher, another well-known Formula One driver. At the top of the main image are the words "ALL THE SMELLS ...", and at the foot are the words ".... ALL THE NOISE". Running upwards along the righthand edge of the main image is a request to return the package to an unidentified PO Box if undelivered.

7. The box contained a pair of boxer shorts and a leaflet or brochure. Across the rear of the boxer shorts is a representation of a skid mark such as would be made by a racing car braking sharply. On the front of the boxer shorts is the station's logo, consisting of the words "talk radio" together with the radio frequency of the station. The leaflet or brochure consists of a single sheet of paper folded across the middle, so as to form four pages.

8. On the front page of the leaflet, under the title "GRAND PRIX", there is a photographic image of Mr Irvine dressed in the racing gear of the Ferrari team (which Mr Irvine had joined in 1996) and

apparently holding up to his left ear a small radio on which the station's logo clearly appears. Mr Irvine is shown with his right hand raised to his right ear, as if to block out background noise from revving racing car engines, thus giving the impression that he is listening intently to the radio, and hence (given the logo) to Talk Radio. Immediately underneath the photographic image appears, once again, the station's logo and, alongside the logo, the words "... we've got it covered!". Across the top of the inside of the leaflet when it is opened out (that is to say running across the top of the two inside pages of the leaflet) are the words "Pole position again", flanked to the left by the logo and to the right by another photographic image of a Formula One reacing car. The text beneath informs the reader that Talk Radio had obtained the coverage of all the sixteen races which comprised the 1999 Championship. In relation to advertising, the text of the leaflet includes the following:

> "Talk Radio offers the most cost-effective advertising opportunities in live exclusive sport and offers you tailor-made solutions for promotional campaigns. .... Talk Radio's advertising breaks are clutter free and limited to 7 minutes per hour, nationally. .... Talk Radio gives you the opportunity to associate with the Grand Prix Championship through an EXCLUSIVE advertising opportunity around Talk's comprehensive coverage. .... Talk Radio gives you the opportunity to reach loyal and captive Grand Prix fans. .... Talk Radio gives you the opportunity to reach an intelligent, responsive audience and add value to your brands with distinct programming. .... In essence, a comprehensive radio station where listeners are 19% more likely than the average adult to notice your advertisements on the radio."

9. The inside of the leaflet also contains an analysis of "Talk Radio's Grand Prix advertising opportunities".

10. On the back of the leaflet is an offer, expressed to be in addition to what is described as "an unbeatable advertising opportunity",

of a free prize draw for anyone who contacts Talk Radio's sales team. The text concludes with the following:

> "To find out more information about putting your advertising in pole position, contact Tim Bleakley."

11. Mr Bleakley was TSL's sales director.

12. On the back of the leaflet is a photographic image of Mr Michael Schumacher and two other Formula One drivers (one of which is Mr Irvine) on the podium after a race. Mr Schumacher and Mr Irvine are both in the racing gear of the Ferrari team. Mr Schumacher is in the centre, as the winner; Mr Irvine is to his right, as the runner-up.

13. Following his move to Ferrari in 1996, Mr Irvine proceeded to build up a substantial worldwide reputation as a Formula One driver. This was accompanied by an increasing demand for his 'endorsement' of particular products or services: that is to say, the use of his image in connection with a product or service so as to indicate his association with and commendation of that product or service. From 1996 onwards he entered into a number of lucrative endorsement deals, to which I shall have to refer in more detail later in this judgment.

14. Mr Irvine's 1999 season was particularly successful, and in the course of it he was the subject of a substantial amount of media coverage. He won the first race in the Championship (in Australia) and after fifteen of the sixteen races he was in the lead in the drivers' world championship, although his final position was runner-up. In the United Kingdom in particular he had achieved celebrity status. As the judge put it, he was 'hot property'.

15. The cause of the present dispute is the image of Mr Irvine which appears on the front of the leaflet which formed part of the Formula One pack. It is common ground that the image is not a genuine photographic image, in that TSL, having (perfectly properly and without any breach of copyright) purchased from a photographic agency a photograph of Mr Irvine listening to a mobile telephone, altered the photograph by substituting the radio for the mobile telephone. It is that 'doctored' image which

appears on the front of the leaflet. It is also common ground that at the time Mr Irvine knew nothing of the Formula One pack or its contents, and in particular that he had not agreed to the use of the image in the leaflet or to give any kind of endorsement of Talk Radio.

16. In the action, which was commenced on 22 December 2000, Mr Irvine alleges that by 1999 he had built up a valuable goodwill and reputation in his name and image; that the image on the front of the leaflet was calculated to deceive, and would lead a substantial number of members of the public in the United Kingdom to believe (contrary to the fact) that he had endorsed Talk Radio; that in the premises TSL had passed off its radio station as having been endorsed by him; and that as a result he had suffered loss and damage.

17. By its Defence, TSL admits distributing the leaflet, but denies liability for passing off. Paragraph 7 of the Defence pleads as follows:

> "The distribution of the leaflets complained of was not calculated to deceive or cause confusion .... The leaflets complained of contain photographs of a number of Formula One racing drivers. The leaflets are not such as to lead any recipient to believe that either the claimant (or any of the other racing drivers depicted in the leaflets) endorsed .... the defendant's business, or that there was some other commercial arrangement with the defendant."

18. The judge delivered two judgments. In his first judgment, delivered on 13 March 2002, he found in favour of Mr Irvine on the issue of liability. In so doing, he concluded (contrary to the allegation in paragraph 7 of TSL's Defence) that the image on the front of the leaflet falsely represented that Mr Irvine had endorsed Talk Radio. TSL's cross-appeal on liability is limited to a challenge to that conclusion. Hence the only issue on the cross-appeal is whether the image on the front of the leaflet falsely represented that Mr Irvine had endorsed Talk Radio. I shall refer to that issue hereafter as "the representation issue".

19. In his second judgment, delivered on 25 March 2002 following an adjourned hearing ("the assessment hearing"), the judge assessed the damages at £2,000. By his appeal, Mr Irvine contends that the judge erred in principle in assessing the damages, and that the correct amount of damages is £25,000.

THE EVIDENCE ON THE REPRESENTATION ISSUE

20. Mr Irvine's evidence was that he regarded the image on the front of the leaflet as showing, contrary to the fact, that he had endorsed Talk Radio.

21. To the same effect was the evidence of Mr Ian Phillips, who was called as a witness on Mr Irvine's behalf. Mr Phillips is the director of business affairs of Jordan Grand Prix Ltd ("Jordan") and was a recipient of the Formula One package. At that time (mid-1999) he was Jordan's commercial manager. As such, he was responsible for monitoring and approving the promotional activities of drivers on Jordan's team (known as "Benson & Hedges Jordan Honda"). In paragraph 2 of his first witness statement, Mr Phillips said that when he saw the leaflet (which he refers to as a flyer) he considered that the front page of it was:

> ".... a fairly clear use of Eddie Irvine's rights in his name, fame and message. I thought the flyer was authorised by Eddie Irvine and I sent it to his manager Enrico Zanarini to verify."

22. At the conclusion of his first witness statement, Mr Phillips said:

> "If I was acting for Eddie Irvine I would probably have asked for not less than £50,000 for the use of this image in 1999."

23. Cross-examined by Mr Michael Hicks (for TSL), Mr Phillips said that on seeing the leaflet he had telephoned Mr Zanarini to congratulate him on having done a deal. He continued:

> "It was quite clearly a personal endorsement and I quite fancied getting a personalised Talk Radio myself .... I thought obviously as part of the deal

> he would have a few free radios to give away, that's normally what you do with these things. It was so obviously a tampered or set-up photograph that I presumed that it just had to be a deal which had been done by Irvine or by Zanarini for Irvine. .... I congratulated Mr Zanarini on having done a deal and he told me he knew nothing about it which is why I sent it to him."

24. Later in his oral evidence under cross-examination, Mr Phillips described the image on the front of the leaflet as:

> ".... a blatant use of Eddie Irvine's image with a doctored photograph."

25. Mr Zanarini was also called to give evidence, but his recollection of events was not clear, and in the event the judge did not regard his evidence as being of assistance.

26. Mr Bleakley addressed the representation issue in his witness statement, as follows:

> "27. I consider it important to state that both [TSL] and I did not intend to deceive or cause confusion to anyone. Nor do we believe that we did so. The manipulated image was designed to amuse the target audience, who would have instantly realised from the photograph and its context that it had been manipulated. We do not consider that the brochure was likely to lead members of the public to believe that Mr Irvine was endorsing, recommending or approving Talk Radio or that he was otherwise involved in some commercial arrangement with Talk Radio or concerning advertising opportunities available on Talk Radio ....
>
> 28. The first reason why both [TSL] and I consider [Mr Irvine's] allegations to be unfounded is that the type of people who received the [Formula One pack] (i.e. Brand Managers, Marketing Directors,

> Media Buyers, Media Planners and Advertisers) often receive and are hardened to this type of marketing literature. Such individuals receive many different brochures and mail-shots from many different sources, some of which will include images of sportsmen, and they would not assume that a sportsman who is featured in such promotional literature is endorsing or otherwise associated with the entity who is distributing the brochure or running the promotion concerned."

27. Mr Bleakley went on to give examples of instances where photographs of celebrities have been used for promotional purposes (albeit that none of his examples involves any element of endorsement).

28. Mr Bleakley's second reason for saying that Mr Irvine's allegations are unfounded was that had TSL reached an agreement with Mr Irvine for his endorsement of Talk Radio, that fact would have been highlighted in the leaflet. His third reason was that the content of the leaflet itself strongly suggests that there is no endorsement of Talk Radio. He referred in this connection to the other photographs which appear on the leaflet. His fourth reason was that the box which contained the leaflet itself bore photographic images of Mr Michael Schumacher and Mr Damon Hill. He also relied on the humorous character of Formula One pack, and of the other two promotional packs (which the majority of the recipients of the Formula One pack would also have received).

29. In paragraph 42 of his witness statement Mr Bleakley said this:

> "Sports stars frequently appear on the cover of sports magazines and in newspapers. These pictures often appear without the star in question giving his or her authorisation. This is usually because the magazine or newspaper is covering a particular event [which] the star is participating in, publishing an article about the star or one on his or her sport generally. There is nothing wrong with this. Essentially, that is all Talk Radio did. It used

> an image of [Mr Irvine], not to suggest any endorsement or association, but because [Mr Irvine] is associated with Grand Prix racing – the subject matter the brochure dealt with."

30. Under cross-examination, Mr Bleakley said this:

> "This is trade promotion, so it's going to a very, very small select group of people. Believe me, Eddie Irvine being part of Talk Sport's content would be big news – not trade news, this would be national news. .... We are dealing with a sophisticated audience and I would suggest that most of my clientele would know whether or not Eddie Irvine was likely to have had a radio with Talk Radio in that exact position that happened to coincide with a trade promotion for Formula 1. .... We are talking about an audience that would definitely make a distinction about something designed to catch their eye and inform them about what we were doing, as opposed to a specific contractual signature we had got in order to leverage our position to them because of an association; yes, definitely."

THE FIRST JUDGMENT

31. In his first judgment, Laddie J, after setting out the relevant facts, turned first to a submission made by Mr Hicks that the cause of action in passing off does not cover a case where the claimant is represented as having 'endorsed' a particular product or service unless it can also be shown that the claimant and the defendant shared a common field of activity or that the 'endorsement' will, at least in the short term, result in some financial loss to the claimant.

32. Having conducted what is, if I may respectfully say so, an impressive analysis of the historical development of the tort of passing off, the judge rejected Mr Hicks' submission, concluding (in paragraph 38 of his judgment) that it is not necessary for a claimant who has been falsely represented as endorsing a

particular product or service to establish these additional facts in order to recover substantial damages in passing off. The judge continued:

> "Of course there is still a need to demonstrate a misrepresentation because it is that misrepresentation which enables the defendant to make use or take advantage of the claimant's reputation."

33. In paragraph 46 of his judgment, the judge said this:

> "It follows from the views expressed above that there is nothing which prevents an action for passing off succeeding in a false endorsement case. However, in order to succeed, the burden on the claimant includes a need to prove at least two, interrelated, facts. First, that at the time of the acts complained of he had a significant reputation or goodwill. Second, that the actions of the defendant gave rise to a false message which would be understood by a not insignificant section of his market that his goods have been endorsed, recommended or are approved of by the claimant. I shall return to those two issues."

34. In paragraphs 47 to 56 of his judgment, the judge addressed the question whether in 1999 Mr Irvine had a substantial reputation or goodwill. In paragraph 56 he expressed his conclusion thus:

> "In my view it is proved that Mr Irvine was, in 1999, an extremely 'hot property' in the field of motor racing and was well known by name and appearance to a significant part of the public in this country. In my view he would have been even more well known among, or would be well known

> to an even greater proportion of those who are concerned to seek endorsement of their goods from sports personalities."

35. The judge went on, in paragraph 57 of his judgment, to observe that the above conclusion was consistent with the actions of TSL in altering the photograph of Mr Irvine in the manner described earlier. He continued:

> "Indeed, I think that the suggestion that the addressees of the brochure would not have recognised the picture as being of Mr Irvine is not only contrary to common sense, it is also contrary to [TSL's] own evidence. .... If the photograph was really anonymous, TSL could have used a photograph of anyone dressed up as a racing driver. Furthermore, Mr Bleakley said in his witness statement that the manipulated image was 'designed to amuse the target audience, who would have instantly realised from the photograph and its context that it had been manipulated'. ..... it is difficult to see how the target audience could have been 'amused' if they did not know whose picture was being used."

36. TSL does not seek to challenge that part of the judge's decision.

37. The judge then turned to the representation issue, which he formulated as follows: Whether the actions of TSL had created "a false message which would be understood by a not insignificant section of its market to mean that its radio programme or station had been endorsed, recommended or approved of by Mr Irvine". In paragraph 59 of his judgment the judge reformulated the issue as being: "whether, on a balance of probabilities, a significant proportion of those to whom this brochure was sent would think that Mr Irvine had endorsed or recommended Talk Radio".

38. The judge began his consideration of the representation issue by reviewing the evidence of Mr Phillips.

39. In paragraph 61 of his judgment, the judge referred to Mr Phillips' evidence under cross-examination (quoted earlier) and in particular to his reference to the image on the front of the leaflet as "so obviously a tampered or set-up photograph that I presumed that it just had to be a deal which had been done by Irvine ...". Despite being pressed by Mr Hicks, Mr Phillips did not accept that on seeing the image he must have concluded that it did not constitute a genuine endorsement by Mr Irvine. As the judge put it (in paragraph 62 of his judgment):

> "Although he was pressed on this issue, his evidence remained unshaken."

40. As to Mr Zanarini's evidence, as noted earlier, the judge did not consider that his evidence on this issue was of any material assistance.

41. The judge then addressed a submission by Mr Hicks that Mr Phillips was, in effect, partisan, in that he knew Mr Irvine well and had a vested interest in his success in the action since he was employed in organising sponsorship, endorsement and merchandising deals for other Formula One drivers. Mr Hicks had also submitted that Mr Phillips was not to be regarded as a typical recipient of the Formula One pack.

42. As to the first of those submissions, the judge said this (in paragraph 65 of the judgment):

> "As far as the first of these points is concerned, it would, perhaps, have been better had Mr Hicks put it to Mr Phillips that he was partisan. Nevertheless I think Mr Hicks' point has merit. It is clear that a favourable outcome of this action as far as Mr Irvine is concerned would benefit Mr Phillips. I also accept that Mr Phillips would have been closer to the individuals and the sport than most of the recipients of the brochure. I am by no means convinced that the latter point makes him more likely to be confused than others. I would have thought his exposure to this market and (as Mr Hicks suggested to him in cross-examination) his

knowledge that there are many 'rogues' about, might have made him less likely to be confused."

43. The judge continued, in paragraphs 66, 67 and 68 of the judgment:

"66. With these considerations as a background, I have considered carefully Mr Phillips' evidence. As will be seen from the extract from his cross examination set out above, Mr Phillips told me that he not only thought that Mr Zanarini had procured an endorsement deal with the defendant but that, as a result, Mr Zanarini would be likely to have some free radios, and Mr Phillips was hoping to get one of these. If Mr Hicks is right and Mr Phillips realised at all time that this was not authorised by or on behalf of Mr Irvine, it must mean that Mr Phillips' evidence on this issue was thoroughly misleading. There was nothing about Mr Phillips' evidence which led me to believe that he was being untruthful or was putting self interest in front of honesty. I accept that he did think that Mr Irvine had endorsed the brochure.

67. In coming to that conclusion, I do not think that Mr Phillips was being either hypersensitive or unreasonable. The brochure was put out at just the time when media interest in the British F1 Grand Prix, and in the most prominent British competitor, Mr Irvine, would be at its highest. As noted above, the defendant described this promotion as being "time critical" to coincide with the British Grand Prix at Silverstone in early July 1999. The brochure showed Mr Irvine listening to Talk Radio. It was in a brochure which was designed to encourage the recipients to think of placing advertisements on Talk Radio's programmes. For that purpose it was beneficial to convince the recipients that Talk Radio would be likely to attract a large audience. It seems to me that letting people know, or suggesting to them, that Talk Radio enjoyed the

> endorsement of Mr Irvine would significantly help Talk Radio to deliver that message.
>
> 68. What is at issue here is the likely effect of the brochure on those to whom it was sent. If it is likely to have the effect of conveying to a significant number of the recipients that Mr Irvine was endorsing Talk Radio, then it does not matter whether or not that was the defendant's intention. Nevertheless, what the defendant intended to achieve by the promotion can give some indication of what it was likely to achieve. After all, the promotion was designed by experts who probably had a good idea of the impact the promotion would make."

44. The judge went on to comment that there was no evidence as to why a decision had been taken (presumably by SMP) to use a doctored photograph of Mr Irvine on a brochure designed to coincide with the British Grand Prix. He accepted (in paragraph 72) that Mr Bleakley had no intention to mislead the target audience, but he concluded that it was:

> "..... legitimate to conclude that part at least of the intention was to convey the message to the audience that Talk Radio was so good that it was endorsed and listened to by Mr Irvine. Mr Irvine's support of Talk Radio would make it more attractive to potential listeners with the result that more would listen to its programmes and that would make Talk Radio an attractive medium in which to place advertisements."

45. The judge concluded (in paragraph 73) that a not insignificant number of recipients of the brochure would have made the same assumption as Mr Phillips had made: that is to say, that Mr Irvine had endorsed Talk Radio. The judge then turned to a further submission made by Mr Hicks, to the effect that the fact that the photograph was (as he submitted) obviously doctored meant that it was less likely that anyone would believe that Mr Irvine had endorsed Talk Radio. As to that, the judge said:

> "Even if it were true that the photograph was obviously doctored, I do not see how that could make any significant difference to the impact the brochure would have on its recipients. Furthermore, I am unable to accept that the doctoring was obvious. On the contrary, when I first saw the brochure it did not occur to me that the photograph was doctored. The replacement of the mobile phone has been done so skilfully that, even now, it does not look like a doctored picture to me."

46. The judge turned next to a submission made by Mr Hicks to the effect that the limited distribution of the Formula One pack (the exact number of recipients was 981) meant that Mr Irvine had failed to prove that he had suffered substantial damage. As to that, the judge said (in paragraph 74):

> "It is possible that the damage already done to Mr Irvine may be negligible in direct money terms, but the potential long term damage is considerable."

47. The judge stated his conclusion on the issue of liability in paragraph 75 of his judgment, in the following terms:

> "For reasons given above, Mr Irvine has a property right in his goodwill which he can protect from unlicensed appropriation consisting of a false claim or suggestion of endorsement of a third party's goods or business."

THE ASSESSMENT HEARING

48. Having handed down his judgment on the issue of liability, the judge reserved the assessment of damages to himself. He fixed 25 March 2002 as the date of the assessment hearing and gave directions for the filing of evidence and the exchange of skeleton arguments.

49. The evidence filed on the assessment hearing on behalf of Mr Irvine consisted of a second witness statement by Mr Irvine himself, a second witness statement by Mr Phillips, a witness statement by Mr John Byfield (as an expert witness), and a witness statement by Mr John Buckley of Messrs Fladgate Fielder, Mr Irvine's solicitors, exhibiting an exchange of e-mails with a Mr Julian Jakobi (as an additional expert witness).

50. The evidence filed on the assessment hearing on behalf of TSL consisted of a witness statement by Mr Keith Sadler, the Finance Director of The Wireless Group plc, TSL's parent company. Also relevant to the assessment of damages is a section of Mr Bleakley's witness statement, to which I shall refer in due course.

51. No direction for cross-examination was sought or made. Consequently, the written evidence before the judge on the assessment hearing was unchallenged.

52. In his second witness statement, Mr Irvine sets out, in tabular form, the various publicity deals to which a general reference had been made in his first witness statement.

53. The table shows that in 1999 Mr Irvine entered into five publicity agreements. One of those five agreements – with The Express – permitted the newspaper to use Mr Irvine's name and/or image in connection with articles published during the Grand Prix season, but did not involve any element of endorsement. The other four agreements entered into by Mr Irvine in 1999 were, respectively, with Oakley UK Ltd ("the Oakley agreement"), Tommy Hilfiger USA Inc ("the Hilfiger agreement"), Bieffe Helmets srl ("the Bieffe agreement") and Calzaturificio Valleverde Spa ("the Valleverde agreement"). These were all endorsement agreements.

54. The Oakley agreement, which was dated 10 February 1999, provided for an endorsement of sunglasses marketed by Oakley. It was an open endorsement, in the sense that Mr Irvine agreed without restriction to allow Oakley to publish or otherwise use his name, photographs or other reproductions of him in the advertising or promotion of the product. The agreement was limited to expire at the end of 1999. Mr Irvine's fee for this endorsement was US$40,000 (some £25,200), plus £10,000 worth of free product which Mr Irvine was free to deal with as he wished: a total value of some £35,000.

55. The Hilfiger agreement was for an endorsement relating to clothing. It provided for images of Mr Irvine to be used in advertising the product and for him to make personal appearances. The agreement was limited to expire at the end of 1999. Mr Irvine's fee was US$150,000 (some £94,500) plus US$50,000 (some £31,500) of free product: a total value of some £125,000.

56. The Bieffe agreement was for an endorsement of racing helmets. It was for one year only. It required Mr Irvine to supply an image for promotional purposes, and to wear the product. Mr Irvine's fee for the endorsement was US$35,000 (some £22,050) plus free product worth US$100,000 (some £63,000): a total value of some £85,000.

57. The Valleverde agreement was for an endorsement of footwear. It provided for an image of Mr Irvine to be used for print advertising, a personal appearance at a promotion, and an appearance in a television commercial in Italy. Mr Irvine's fee for this endorsement was US$120,000 (some £75,600) plus free product worth US$3,000 (some £1,890): a total value of some £78,000.

58. The table also includes an endorsement agreement which Mr Irvine made with Gillette in 1998, to which the judge referred in his judgment on damages. The agreement with Gillette was for what is described a 'below the line', as opposed to an 'above the line', endorsement. The difference between these two types of endorsement is, essentially, that in an 'above the line' deal the endorsee has control over the use to be made of the

endorsement (e.g. he can use it for the purposes of his own promotional campaign), whereas in a 'below the line' deal he has no such control, the relevant material being simply made available to the media to make such use of it as they see fit. Hence the price bracket for a 'below the line' endorsement is significantly lower than the price bracket for an 'above the line' endorsement. The Gillette agreement itself illustrates this. Mr Irvine's fee for a 'below the line' endorsement was US$15,000, but if Gillette were to use the endorsement for 'above the line' publicity or promotional purposes, an additional fee of US$45,000 would be chargeable.

59. In paragraph 4 of his witness statement, Mr Irvine says that control of the use of his identity in giving endorsements enables him to enhance his image as a racing driver, and that in consequence he charges less for endorsing a fashionable product than an unfashionable one. He places Talk Radio in the latter category.

60. In paragraph 5 of his witness statement, Mr Irvine says this:

> ".... although I am relatively keen to endorse products, there is and was in 1999 a price below which I would not consider endorsing a product. This is because I would not want it to be known that my endorsement fee was a low figure. Word would soon get around and it could devalue my image and market rate. Also once my image has been used even a single time for a certain type of product it would be very difficult to do a deal again involving that type of product during at least that year or sometimes longer depending on the type of product or campaign. It is difficult to state what this figure was in 1999 but I would think it was in the region of US$40,000 to $50,000 (£25,200 to £31,500) for the use of my image for advertising."

61. Mr Irvine goes on to say that his fee for 'below the line' endorsements would be less than for 'above the line' endorsements, and that he would not describe the agreement

with The Express, or a similar agreement with the Daily Mail in 1998, as being endorsements at all.

62. In paragraph 6 of his witness statement Mr Irvine says:

> "Taking these factors into account, I would probably have asked for $50,000 to do the Talk Radio brochure being my minimum figure plus a reflection on the non-fashionable image of Talk Radio."

63. Mr Byfield, the first of Mr Irvine's expert witnesses on the assessment of damages, is the director and chairman of a sports management company specialising in Formula One, his main speciality being driver management (he manages Mr Jenson Button, a Formula One driver who at the time drove for the Renault team). He is also a solicitor. In his witness statement he states that he has been shown a copy of the judge's judgment on liability. He also confirms that he understands that the Formula One pack was sent to 981 potential advertisers.

64. In paragraphs 4 and 5 of his witness statement he says this:

> "4. I have been asked what I think would be a reasonable licence fee for the use of Eddie Irvine's image on the front of the Talk Radio brochure for a single campaign to promote the radio's Formula 1 programme in 1999 to just under 1000 potential UK advertisers. I have not been shown any evidence of what the claimant or his advisers or witnesses think might be a reasonable fee nor have I discussed any such figure with them before coming to my own independent conclusion.
>
> 5. I believe that a reasonable fee for the use of Eddie Irvine's image on the front of the Talk Radio brochure in 1999 would be US$50,000. In the context of Formula 1 endorsements this is a low figure. Primarily this is because the campaign by Talk Radio was limited to potential advertisers on their radio station. Against that, however, I think it

> is right to take account of the fact that Eddie Irvine was at the time a British driver on a campaign to be world champion with Ferrari, the most popular Formula 1 team on the grid. I also arrive at this figure because it is likely to be what would be paid to Jenson Button for a similar deal if done today."

65. Mr Jakobi is managing director of CSS Stellar Group, which provides client management and marketing services in the field of sports and entertainment. CSS Stellar Group has been sponsorship consultant to the Williams Formula 1 Team for the past seventeen years. Mr Jakobi also has considerable personal experience of looking after the business affairs of many prominent people in the field of sport, including the late Mr Ayrton Senna. Mr Jakobi was sent a copy of the leaflet by Mr Buckley, and told that it was sent to 981 potential advertisers in the United Kingdom as part of TSL's Formula 1 programme. Asked what would be his estimate, based on his experience of Formula 1, of a reasonable fee for the use of Eddie Irvine's image, Mr Jakobi's answer is £50,000.

66. Mr Phillips' second witness statement begins by addressing the concerns expressed by the judge in paragraph 65 of his judgment on liability (quoted earlier) as to Mr Phillips' impartiality and objectivity. In this connection Mr Phillips states that he has given evidence on many occasions, and that his credibility as a witness is extremely important to him. In paragraph 3 of his witness statement, Mr Phillips turns to the question of the fee which Mr Irvine would have charged for his endorsement of Talk Radio, saying this:

> "Keeping to the forefront of my mind my duty to give honest impartial evidence as best I can, I repeat the evidence in .... my first witness statement that if I was acting for Eddie Irvine at around the time of the British Grand Prix in 1999, I would have asked for a sum in the region of £50,000 for the use of his image on the Talk Radio flyer. Whilst I did not know at the time of my first witness statement that the brochure was sent to just under 1,000 people, in fact this does not

> radically change my view of the sum I would have asked for. This is because first, the fee would be for the use of Eddie Irvine's image on a commercial brochure directed to major decision makers at some very large companies. Secondly, a fee would be agreed based on the proposed campaign, that is a campaign directed at potential advertisers on the radio and not based on a specific number of recipients. Thirdly, a fee would be based on Eddie Irvine's market position at the time. In the summer of 1999 Eddie Irvine was at the peak of his career driving for Ferrari and having a realistic chance of becoming World Champion. This would simply be the market rate subject to a minimum figure below which a sportsman in Eddie Irvine's position would not agree to the use of his image as it would not be worth their while from the point of view of devaluing his worth."

67. Mr Sadler's witness statement does not directly address the question what would be a reasonable fee for the endorsement; rather, his evidence is directed to the nature of TSL's business, and in particular, the cost to TSL of producing and distributing the Formula One pack. He states that the total cost of so doing was some £11,400, of which the most expensive item was the boxer shorts (which cost £3,431). In paragraph 14 of his witness statement, Mr Sadler says this:

> "Giving consideration to the nature of the promotion, the likely incremental advertising sales that would be generated by it and the sums spent on producing this mailer, if we had been required to pay for the use of the image of [Mr Irvine] then we would have had to cut one of the other promotional aspects of the promotion to keep the overall spend within the usual spending parameters. Those spending parameters would perhaps have permitted a few additional hundred pounds (but no more than, say, a maximum of £0.50p per flyer). Bearing in mind the need to achieve cut through [a reference to the need to attract the attention of the recipient to the content

> of the material before it is discarded], it is difficult even with hindsight to see what element of the mailer could have been sacrificed."

68. I turn finally, so far as the evidence on the assessment hearing is concerned, to the section of Mr Bleakley's first witness statement which is headed "The Distribution List" (a reference to the list of individuals to whom the Formula One pack was sent). In paragraph 22 of his witness statement Mr Bleakley states that the list was generated by a piece of proprietary software used by TSL to provide lists of potential advertisers. In paragraph 23 he says this:

> "I have recently reviewed the Distribution List and I would estimate that roughly 20% of the individuals listed in it are representatives of entities or companies which we considered might be willing to place advertisements directly with Talk Radio during our coverage of the 1999 [Championship]. The remaining 80% or so of the individuals listed in the Distribution List represented that part of our existing client base who were advertising and/or promotion agencies and that we considered might be interested in knowing that we had advertising opportunities available during our Grand Prix coverage. We hoped that they would let their own clients know about the advertising opportunities that were available."

THE SECOND JUDGMENT

69. The judge began his second judgment, which he delivered extempore, by considering what is the correct measure of damage in the instant case. In paragraph 7 of the approved transcription of his judgment he concluded that the correct approach is that of "a reasonable endorsement fee". Both sides accept that conclusion of the judge, although (as will appear) they have differing ideas of what is meant by that expression.

70. The judge then addressed the question what would be a reasonable endorsement fee in the context of the instant case. In paragraphs 9 and 10 of his judgment he said this:

> "9. It should be borne in mind that when the Court assess a reasonable royalty, or its equivalent of a reasonable endorsement fee, what the Court has to try and do, as unreal as it may appear, is to work out the fee which would have been arrived at as between a willing endorser and a willing endorsee. That is to say, it must be assumed contrary to the fact that the Defendant had sought the Claimants' agreement to the endorsement and that they had sat down and had negotiated an arm's length but amicable deal between them.
>
> 10. In doing that, it seems to me that the Court has got to assume that each side would have had regard to the legitimate interest of the other side; that is to say the Defendant would have had regard to the Claimants' legitimate commercial interests and the Claimants would have regard to the Defendant's legitimate interests. The purpose is to arrive at a figure which, so far as possible, met both of their requirements. That is important in this case because it is quite apparent that there is more or less no fee which Mr Irvine would have charged which the Defendants would have agreed to pay because they take the not unreasonable stance that anything of any significance could have been avoided by them using a different photograph on the front of their brochure. This, however, is not a factor which can be taken into account in trying to work out what a reasonable fee would have been.

71. In paragraph 11 of his judgment, the judge turned to the position of Mr Irvine, saying this:

> "Similarly, Mr Irvine being, by 1999, at the peak of his career and used to signing very large

> endorsement deals for large scale products being sold on to the general public, would not have been interested in anything small, as this promotion clearly was. Indeed, Miss Lane makes it clear in her submissions, and it is supported by Mr Irvine's evidence served on this application, that Mr Irvine (to use her words) wouldn't have got out of bed for less than £25,000. That is to say, he would not have entered into any endorsement deal for less than that sum. I am not sure in fact that it is true that Mr Irvine would have refused to do an endorsement deal for less than £25,000, for reasons I will touch upon in a moment, but it appears that in the relevant year of 1999 he did not in fact sign any endorsement deals of less than £25,000. Once again, that is not a factor which can be taken into account. The fact that Mr Irvine only signed large endorsement deals, as I will explain below, does not mean that on an assessment of a reasonable fee for a very small endorsement deal the court should assume that only a large fee would be acceptable. When the court tries to assess what a reasonable fee would be it must proceed on the basis of what the parties would have done had they been willing to enter into a reasonable arrangement for the acts which have been held to breach the Claimants' rights. Neither side has a power of veto.

72. The judge then turned to the evidence as to the nature of the particular promotion, as being relevant to the fixing of a reasonable endorsement fee. In paragraph 14 of his judgment he concluded that it was:

> "..... in all senses a small promotion, expected to have, and planned on the basis that it would have, only a comparatively small impact, small readership, amongst the less than 1,000 to whom it was sent."

73. On the other hand, the judge observed, it was clearly thought to be of benefit to TSL to have what looked like an endorsement by Mr Irvine.

74. Referring to Mr Sadler's evidence as to the financial position of TSL and to the cost of producing and distributing the Formula One pack, the judge concluded (in paragraph 16) that TSL's financial position was irrelevant, since there was in his view no question of a reasonable endorsement fee being assessed on the basis that the defendant had no money and therefore could not pay.

75. The judge then turned to the expert evidence adduced on behalf of Mr Irvine (including the evidence of Mr Phillips), saying this (in paragraphs 17 and 18):

> "17. On the other hand, Miss Lane [appearing for Mr Irvine] asks for a sum in the region of £50,000. She has, to support this, four pieces of evidence which show a pleasing uniformity in the figures which are suggested. There are two witnesses produced by the Claimants, one Mr Buckley and the other Mr Phillips, both of whom independently say that the reasonable fee would be £50,000. There are two other witness statements, one from Mr Byfield and one from Mr Irvine, both of which say $50,000.
>
> 18. Quite how these significant figures came to be arrived at by the witnesses other than Mr Irvine is not explained. It is by no means clear that any of them really were aware of the limited nature of the promotion or, more significantly, Mr Irvine's past track record in securing endorsement deals. The fees that, say, might be achieved by Mr Michael Schumacher for endorsing Rolex watches on a very large scale gives no indication of what might be the appropriate fee here and none of the three witnesses other than Mr Irvine explain how they come to their estimates of the fees they would ask for."

76. The judge next considered Mr Irvine's evidence as to the various publicity deals into which he had entered, as shown in the table to which I referred earlier. After considering the Oakley agreement, the Hilfiger agreement and the Bieffe agreement, the judge turned to the Gillette agreement and to the two agreements with newspapers (with The Daily Mail in 1998 and with The Express in 1999) saying this (in paragraphs 24 to 28 inclusive of his judgment):

> "24. There are three other uses of Mr Irvine's name or picture which I should refer to, which are of some significance. First, there was a promotion or endorsement undertaken by Gillette in respect of a new man's wet razor called the "Mach 3". In 1998 Mr Irvine entered into an agreement with Gillette under which he was to be paid $15,000 for what is referred to as under-the-line publicity and $45,000 for above-the-line publicity; that is to say, the smaller sum was to be used for subliminal support using Mr Irvine's picture and name, but $45,000 was to be paid for open endorsement of the Gillette product. Once again, I do not have figures for the anticipated sales of Gillette razors which were to be supported by that endorsement, although I think I can take judicial notice of the fact that Gillette products sell on a vast scale.
>
> 25. On the other hand, some indication of what was in mind can be gathered from the following documents. First of all, there is a memorandum of 31st August 1998 to Mr Zanarini, that is Mr Irvine's agent, which refers to the fees which I have just mentioned, and also goes on to state as follows:
>
> > "For our purposes we will require Eddie Irvine is available for up to three interviews, one daily newspaper, one weekend newspaper or magazine, one radio/television interview. Eddie will also be required to hold the product in some of the

> photos. If asked by the media, Eddie will be expected to say that he has used the product and will not mention any competing brand. There will be one or two female models included in some of the photos for variety."

26. Attached to that memorandum is a document headed "Target Media", which indicates the circulations which were in contemplation in the newspapers and magazines and radio stations which Gillette anticipated using for this endorsement. For example, *The Irish Independent* had a circulation of 160,000; *The Star* 860,660, *The Examiner* 55,000, *The Sun* 72,000, *The Evening Herald* 110,000. As far as weekly newspapers were concerned, those in contemplation were the *Independent Weekender* with a circulation of 162,000, *Sunday Business Post* at 45,000, *Ireland on Sunday* 67,000 and *Sunday World* with a circulation of 330,000. There were also other radio stations and weekly newspapers, circulation figures for which are not given.

27. The second and third promotions involved *The Daily Mall* and the *The Express*. These contracts were not strictly endorsements in the same sense. In each case, Mr Irvine was to be paid to put his name to articles (in fact written by others) which would be published during the motor racing season. As far as *The Daily Mail* was concerned, 10 articles were to be published under his name and using his photograph in 1998 for a total of £10,000; that is £1,000 per article. In 1999 *The Express* contracted to have 18 articles, once again using Mr Irvine's name, and perhaps his photograph, for a total sum of £22,000.

> 28. These examples of real contracts entered into by Mr Irvine gives a feel for the spread of fees which Mr Irvine managed to secure for what were very substantial endorsements."

77. The judge concluded his judgment as follows:

> "29. Mr Irvine makes it clear that he would not have been interested in advertising or giving endorsements to Talk Radio. I am sure that this was a very small endorsement and I accept Miss Lane's categorisation that Mr Irvine would not have been bothered to get out of bed for this one. This was much too small to interest the likes of Mr Irvine at the time when he was at the peak of his career.
>
> 30. Likewise, it seems to me very likely that the other witnesses who have given substantial figures of what they think would have been a reasonable fee to ask for are no doubt used to asking for very large sums for very large campaigns supporting sales of products, for example, in the hundreds of thousands, if not millions of pounds. None of that, in my view, throws any real light on what the figure would have been for what, in my view, is such a small and limited campaign.
>
> 31. I think that Mr Hicks goes too far when he says that 50p per brochure was enough. As I said, this was a time-critical promotion. I think the suggestion which is inherent in Miss Lane's submissions, that a reasonable company in the Defendant's position would have been prepared to spend by agreement £50 per brochure is quite unrealistic and I do not accept it. In my view, erring, as it appears to me, on the generous side, I would have thought a reasonable figure is £2,000 and I will so order.

TSL'S CROSS-APPEAL ON THE REPRESENTATION ISSUE

78. For TSL, Mr Murray Rosen QC (leading Mr Stephen Tudway) submits that the judge erred in accepting the evidence of Mr Phillips as to the likelihood of confusion among a significant number of the recipients of the Formula One pack. He submits (relying on Mr Bleakley's written and oral evidence, referred to earlier) that the likely effect of the photograph was not such as to induce its intended recipients to believe that Mr Irvine had endorsed Talk Radio. He reminds us that Mr Phillips, in cross-examination, accepted that the photograph had obviously been tampered with. That fact, coupled with the generally 'spoof' nature of the Formula One pack (and, for that matter, of the other two promotional packs), is, he submits, demonstrative of his point. Mr Rosen submits that the image on the front of the leaflet was manifestly intended as a joke – albeit a joke which in the event went sadly wrong – and that the recipients of it would have so regarded it.

79. He submits that the judge was in error in substituting his own subjective view that it was not obvious that the photographic image on the front of the leaflet had been 'doctored' for an objective determination of the view which a typical recipient of the leaflet would probably have formed on that question. (In this connection it is to be noted that, somewhat surprisingly, there was no direct evidence before the judge as to the reactions of recipients of the Formula One pack. It appears that such evidence was sought to be adduced on behalf of Mr Irvine but was excluded on the ground that it had been served too late.)

Conclusions

80. I cannot accept Mr Rosen's submissions.

81. To my eye, the image on the front of the leaflet is the clearest representation that Mr Irvine has endorsed Talk Radio. The fact that the whole Formula One pack may have been intended as a joke, and may well have been perceived as such by recipients of it, seems to me to be nothing to the point. In particular, the humorous nature (if that it be) of the image on the front of the leaflet does not seem to me to affect the question whether the

impression which the image gives is that Mr Irvine has endorsed Talk Radio. The fact that the idea of Mr Irvine listening to Talk Radio whilst dressed in Ferrari racing gear amid the hubbub of a Grand Prix may strike one as somewhat surreal does not throw any light on the question whether or not he had agreed to be so depicted. Nor, for that matter, does the fact (whether apparent or not) that the image is not a genuine photographic image.

82. I find it difficult to conceive of a clearer way of conveying, by way of a quasi-photographic image, the message that a celebrity has endorsed a particular radio station than by depicting the celebrity listening intently to a radio bearing the station's logo.

83. In any event, the judge was fully entitled to accept Mr Phillips' clear evidence on this point, which the judge described as "unshaken" under cross-examination. Mr Phillips' credibility was entirely a matter for the judge.

84. In my judgment, therefore, there is no substance in TSL's appeal on liability. I would dismiss it.

MR IRVINE'S APPEAL ON DAMAGES

The arguments on behalf of Mr Irvine

85. For Mr Irvine, Mr Michael Briggs QC (leading Miss Lane) submits that, having (correctly) concluded that the appropriate measure of damage was a reasonable royalty, the judge erred in failing to adopt the approach laid down by the House of Lords in *General Tire and Rubber Company v. Firestone Tyre and Rubber Company Ltd* [1976] RPC 197. He relies in particular on the passage in the speech of Lord Wilberforce in that case where Lord Wilberforce identifies what he describes (at page 212 line 25) as "some of the main groups of reported cases which exemplify the approaches of courts to typical situations". The relevant group of cases for the purposes of the instant case, Mr Briggs submits, is the group of cases where inventions are exploited through the granting of licences for royalty payments. He submits that the approach which the courts adopt in determining what is a reasonable royalty payment in such cases should be adopted in determining what is a reasonable endorsement fee in the instant

case. Applying that approach, he submits, that judge in the instant case should have asked himself what TSL would have had to pay in order to obtain what in the event it wrongfully appropriated, that is to say an intellectual property right in the form of Mr Irvine's endorsement of its product: in other words, what would have been the price which TSL could reasonably have been charged for permission to do the infringing act.

86. Instead of asking himself that question, Mr Briggs submits, the judge set himself the task of determining the fee which TSL would have agreed to pay Mr Irvine on the assumption that (as he put it in paragraph 10 of his second judgment) "each side would have had regard to the legitimate interest of the other side". Mr Briggs submits that the judge erred in principle when (later in paragraph 10) he said: "The purpose is to arrive at a figure which, so far as possible, met [the requirements of both of them]".

87. Had the judge adopted the correct approach, Mr Briggs submits, he must have found that, on the basis of the evidence of Mr Irvine's that in 1999 his minimum fee for an endorsement of Talk Radio would have been in the region of £25,000, and of the expert evidence of Mr Byfield, Mr Jakobi and Mr Phillips, the correct figure for damages cannot be less than £25,000.

88. Mr Briggs submits that, given that Mr Irvine's evidence was unchallenged, there was no basis on which the judge could cast doubt on its veracity (as he appears to do in paragraph 11 of his second judgment). Moreover, he points out that Mr Irvine's evidence that he would not have agreed to endorse Talk Radio for less than £25,000 is supported not only by the evidence of Mr Phillips but also by the evidence of the endorsement deals into which Mr Irvine actually entered in 1999, where the fees charged in every case exceeded £25,000.

89. In any event, he submits, the judge's approach to the evidence of endorsement fees actually charged was both contradictory and wrong, in that not only did he take little account of the endorsement deals entered into by Mr Irvine in 1999 (i.e. the Oakley agreement, the Hilfiger agreement, the Bieffe agreement and the Valleverde agreement), but he appears to have given

significant weight to three other deals (i.e. the Gillette deal and the publicity deals with The Daily Mail and The Express) which were not comparable with endorsement deals.

90. As to the expert evidence of Mr Byfield and Mr Jakobi, Mr Briggs submits that the judge effectively rejected it on grounds which were manifestly spurious. He submits that the uncontradicted evidence of Mr Byfield, Mr Jakobi and Mr Phillips was all consistent with a reasonable endorsement fee in the region of US$50,000 to £50,000.

91. Mr Briggs submits that the judge gave too much weight to the fact that the Formula One pack was only sent to 981 individuals as a factor reducing the damages. He points out that the recipients were those who were thought to be likely, directly or indirectly, to generate advertising revenue for the station. He also reminds us of Mr Irvine's evidence that an endorser cannot in practice endorse more than one product or service in any one particular field.

92. Mr Rosen submits that, applying the principles explained by Lord Wilberforce in *General Tire*, the judge was right to consider what fee would have been charged by Mr Irvine in a hypothetical fair bargain between Mr Irvine and TSL. He further submits that the use which TSL made of Mr Irvine's goodwill, as described by Mr Bleakley and Mr Sadler in their witness statements, was a specific and limited use in that it was used in a one-off promotion distributed to less than 1000 recipients: in other words it was, as the judge described it (in paragraph 11 of the second judgment), "a very small endorsement deal". He submits that the fee which would have been charged by Mr Irvine in the hypothetical fair bargain between him and TSL should reflect that fact. Thus, he submits, the hypothetical fair bargain would have been one in which Mr Irvine's image was licensed for use in promotional material with a very limited distribution, without any explanation or rider beyond the use of the image itself. The fee for that use would have been proportional to the limited extent of the promotion, not only because the distribution was on a small scale but also because Mr Irvine's endorsement would not be available to the general public, thereby leaving his capacity to endorse other products to the general public substantially unaffected.

93. Mr Rosen also submits that the nature of the 'target audience' (i.e. the typical recipient of the Formula One pack) is a relevant consideration in arriving at a hypothetical endorsement fee. As to that, he submits that the judge correctly described the recipients of the Formula One pack (in paragraph 13 of the second judgment) as "a group which consisted of fairly hard-nosed advertising personnel". A further factor to be taken into account, he submits, is the inevitable propensity for recipients of material such as the Formula One pack to discard it without reading it.

94. As to Mr Briggs' criticism of the judge's attempt to arrive at a figure which would meet the requirements of both parties, Mr Rosen submits that the judge was doing no more than searching for the level of fee which would have been agreed between them as part of the hypothetical fair bargain.

95. As to the evidence, Mr Rosen supports the judge's treatment of the evidence of other publicity deals into which Mr Irvine entered in 1998 and 1999. He submits that each of those deals involved a far greater use of Mr Irvine's goodwill than the Formula One pack. As to the expert evidence, he submits that the fact that such evidence was unchallenged (in the sense that no expert evidence to the contrary was adduced by TSL) does not mean that the judge was bound to accept it at face value. He submits that Mr Byfield's evidence did not condescend to detail as to the reasons why he concluded that the appropriate figure would be US$50,000. As to Mr Jakobi's evidence, he submits it was brief to the point of being laconic, that the basis of his opinion was unclear, and that he did not provide any underlying analysis. Given these shortcomings in the expert evidence, he submits, the judge was fully entitled to weigh such evidence against his own assessment of what would have been a reasonable endorsement fee in the context of a hypothetical fair bargain between Mr Irvine and TSL. As to the evidence of Mr Phillips, he points out that in cross-examination Mr Phillips admitted that he had "no idea" how many individuals were sent the Formula One pack; nor did he have any idea what the advertising rates on a commercial radio station might be.

96. Mr Rosen submits that what happened in the instant case was no more than a joke on a small scale, which went badly wrong;

accordingly it should not be categorised as a serious misuse of Mr Irvine's goodwill, and the award of damages should reflect that.

Conclusions

97. In *General Tire*, Lord Wilberforce refers to three groups of cases as exemplifying the approaches of the courts to typical situations arising in the context of infringement of a patent. The first group consists of cases where the infringer makes a profit from exploiting the invention, thereby diverting sales from the owner of the patent to the infringer. In such cases the measure of damages will normally be the profit which the owner of the patent would have made if the sales had been made by him. The second group consists of cases where patents are exploited by through the granting of licences in consideration of royalty payments. In such cases, Lord Wilberforce says (at *ibid.* p.212 line 40):

> ".... if an infringer uses the invention without a licence, the measure of damages he must pay will be the sums which he would have paid by way of royalty if instead of acting illegally, he had acted legally."

98. Lord Wilberforce continues:

> "The problem .... is to establish the amount of such royalty. The solution to this problem is essentially and exclusively one of evidence, and as the facts capable of being adduced in evidence are necessarily individual, from case to case, the danger is obvious in referring to a particular case and transferring its conclusions to other situations."

99. Lord Wilberforce goes on to cite a passage from the judgment of Sargent J in *A.G. [etc] v. London Aluminium Co Ltd (No 2)* (1923) 40 RPC 107, where Sargent J said:

> ".... what has to be ascertained is that which the infringer would have had to pay if, instead of

> infringing the patent, he had come to be licensed under the patent. I do not mean by that that the successful patentee can ascribe any fancy sum which he says he might have charged, but in those cases where he has dealt with his property merely by way of licence, and there have been licences at certain definite rates, there prima facie, apart from any reason to the contrary, the price or royalty which has been arrived at by means of a free bargain between the patentee and the person desiring to use the patented article has been taken as being the price or royalty that presumably would have had to be paid by the infringer. In doing that, it seems to me that the court is certainly not treating the infringer unduly harshly; he should at least, in my judgment, have to pay as much as he would in all probability have had to pay had he to deal with the patentee by way of free bargain in the way in which the other persons who took licences did in fact pay."

100. Lord Wilberforce continues:

> "These are very useful guidelines, but the principle of them must not be misapplied. Before a 'going rate' of royalty can be taken as the basis on which an infringer should be held liable, it must be shown that the circumstances in which the going rate was paid are the same or at least comparable with those in which the patentee and the infringer are assumed to strike their bargain."

101. The third group of cases to which Lord Wilberforce refers in *General Tire* consists of cases where it is not possible to prove either the amount of profit which the owner of the patent has lost by reason of the infringement (with the consequence that the case does not fall within the first group), or that there is a 'going rate' of royalty (with the consequence that the case does not fall within the second group). As to this third group, Lord Wilberforce says (at *ibid.* p.213 line 49):

> "In such cases it is for the plaintiff to adduce evidence which will guide the court. The evidence may consist of the practice, as regards royalty, in the relevant trade or analogous trades; perhaps of expert opinion expressed in publications or in the witness box; possibly of the profitability of the invention; and any other factor on which the judge can decide the measure of loss. Since evidence of this kind is in its nature general and also probably hypothetical, it is unlikely to be of relevance, or if relevant, of weight, in the face of the more concrete and direct type of evidence referred to [in connection with the second group of cases]. But there is no rule of law which prevents the court, even where it has evidence of licensing practice, from taking these more general considerations into account. The ultimate process is one of judicial estimation of the available indications."

102. Lord Wilberforce goes on to cite the well-known passage from the judgment of Fletcher Moulton LJ in *Meters Ltd v. Metropolitan Gas Meters Ltd* (1911) 28 RPC 157 at 164-5 as expressing "the true principle" governing cases within the third group. In that passage, Fletcher Moulton LJ said this:

> "There is one case in which I think the manner of assessing damages in the case of sales of infringing articles has almost become a rule of law, and that is where the patentee grants permission to make the infringing article at a fixed price – in other words, where he grants a licence at a certain figure. Every one of the infringing articles might then have been rendered a non-infringing article by applying for and getting that permission. The court then takes the number of infringing articles, and multiplies that by the sum that would have had to be paid in order to make the manufacture of that article lawful, and that is the measure of the damage that has been done by the infringement. The existence of such a rule shows that the courts consider that every single one of the infringements was a wrong, and that it is fair – where the facts of

> the case allow the court to get at the damages in that way – to allow pecuniary damages in respect of every one of them. I am inclined to think that the court might in some cases, where there did not exist a quoted figure for a licence, estimate the damages in a way closely analogous to this. It is the duty of the defendant to respect the monopoly rights of the plaintiff. The reward to a patentee for his invention is that he shall have the exclusive right to use the invention, and if you want to use it your duty is to obtain his permission. I am inclined to think that it would be right for the court to consider what would have been the price which – although no price was actually quoted – could reasonably have been charged for that permission, and estimate the damage in that way. Indeed, I think that in many cases that would be the safest and best way to arrive at a sound conclusion as to the proper figure. But I am not going to say a word which will tie down future judges and prevent them from exercising their judgment, as best they can in all the circumstances of the case, so as to arrive at that which the plaintiff has lost by reason of the defendant doing certain acts wrongfully instead of either abstaining from doing them, or getting permission to do them rightfully."

103. Lord Wilberforce continues:

> "A proper application of this passage, taken in its entirety, requires the judge assessing damages to take into account any licences actually granted and the rates of royalty fixed by them, to estimate their relevance and comparability, to apply them so far as he can to the bargain hypothetically to be made between the patentee and the infringer, and to the extent to which they do not provide a figure on which the damage can be measured, to consider any other evidence, according to its relevance and weight, upon which he can fix a rate of royalty which would have been agreed."

104. In the instant case, the judge was in my judgment plainly correct to conclude (in paragraph 7 of the second judgment) that the principles identified by Lord Wilberforce in *General Tire* are applicable to the issue as to what would be a reasonable fee for Mr Irvine's endorsement of Talk Radio. The question, therefore, is whether, applying those principles to the evidence before him, he was also entitled to conclude that a reasonable endorsement fee would have been £2,000.

105. The assessment of damage in a case such this is very much a matter for the judge, requiring as it does a "judicial estimation of the available indications" (see Lord Wilberforce in *General Tire* at p.213, quoted in paragraph 101 above). On the other hand, in a case where the assessment which the judge has made is clearly wrong, this court has a duty to intervene in order to put it right. In my judgment the instant case is such a case.

106. It is clear from Lord Wilberforce's speech in *General Tire* that a reasonable endorsement fee in the context of the instant case must represent the fee which, on a balance of probabilities, TSL *would have had to pay* in order to obtain lawfully that which it in fact obtained unlawfully (see in particular the passage from the judgment of Fletcher Moulton J in the *Aluminium* case, quoted by Lord Wilberforce). It is not the fee which TSL *could have afforded* to pay: hence the judge was correct to conclude (in paragraph 16 of the second judgment) that TSL's financial situation is irrelevant.

107. Central to TSL's submissions on damages, both before the judge and in this court, is the proposition that the fee which TSL would have had to pay for Mr Irvine's endorsement of Talk Radio in the Formula One pack would have reflected the fact that the promotion in question was a one-off promotion, and one which was limited in scale. It is apparent from paragraphs 10 and 30 of the second judgment that the judge accepted this proposition. Thus, in paragraph 10 he described the purpose of the investigation as being "to arrive at a figure which, so far as possible, met both of their requirements"; and in paragraph 30 he effectively discarded the unchallenged expert evidence on the basis that it threw no real light on "what the figure would have been for what, in my view, is such a small and limited campaign".

108. But whether the small and limited nature of the campaign would, on the balance of probabilities, have affected the fee which TSL would have had to pay is, as Lord Wilberforce made clear in *General Tire*, a matter of evidence.

109. I turn, then, to the evidence, and to the judge's treatment of it.

110. The unchallenged evidence of Mr Irvine in his second witness statement was that in 1999 his minimum fee for an endorsement of Talk Radio would have been "in the region of US$40,000 to US$50,000 (£25,200 to £31,500)". That evidence was supported by his evidence as to the endorsement fees which he in fact negotiated in 1999, none of which was worth less than £25,000. However, in paragraph 11 of the second judgment the judge rejected that evidence, expressing doubt as to the truth of it. The judge also said that the fact that Mr Irvine had not signed any endorsement deals in 1999 for less than £25,000 was "not a factor which can be taken into account".

111. I can, for my part, see no basis for doubting the truth of Mr Irvine's unchallenged assertion that he would not have signed an endorsement deal with TSL for less than £25,000. Moreover, the evidence as to the endorsement deals which Mr Irvine in fact signed in 1999 is, in my judgment, plainly a factor to be taken into account. As already noted, the judge took the view that since the deals were, as he described them, large endorsement deals, they threw no light on the question whether Mr Irvine would have been willing to enter into a smaller endorsement deal for a smaller fee, and that accordingly they should be ignored for present purposes. In my judgment that was a wrong approach to the evidence. The fact that at the material time Mr Irvine only entered into large endorsement deals for large fees is, in my judgment, plainly relevant for present purposes, not only because it is consistent with Mr Irvine's evidence as to the minimum fee he would have charged, but also because it supports Mr Irvine's evidence that he would not have been interested in the type of deal which TSL had to offer. Indeed, in paragraph 29 of the second judgment the judge appears to accept that Mr Irvine "would not have bothered to get out of bed" to give an endorsement of Talk Radio. Further, Mr Irvine's

evidence was supported by the evidence of Mr Phillips, to which the judge made only passing references.

112. The judge was also, in my judgment, unjustifiably dismissive of the expert evidence of Mr Byfield and Mr Jakobi. As noted earlier, there was no request on behalf of TSL to cross-examine them: their evidence was unchallenged, as were their credentials. The judge's rejection of their evidence on the basis that it did not throw any real light on the fee which Mr Irvine would have charged for endorsing "such a small and limited campaign" seems to me to reveal a misunderstanding of the evidence. Mr Byfield had seen a copy of the first judgment, and was thus aware, in giving his evidence, of the nature of the campaign. His figure of US$50,000 was expressed to be a low figure, primarily "because the campaign by Talk Radio was limited to potential advertisers on their radio station". In other words, it was related specifically to the campaign in question. Similarly, Mr Jakobi was specifically informed by Mr Buckley that the Formula One pack "was sent to 981 potential UK advertisers for the radio's Formula 1 programme".

113. The judge was also in error, in my judgment, in his treatment of the various deals which were included in the table contained in Mr Irvine's second witness statement. The Gillette agreement was for 'below the line' endorsement, and is not therefore a true comparable; and the deals with The Daily Mail and The Express were, as the judge recognised (in paragraph 27 of the second judgment) "not strictly endorsements in the same sense" – i.e. comparable with an endorsement of Talk Radio.

114. In my judgment, the unchallenged evidence leads ineluctably to the conclusion that TSL would in all probability have had to pay at least £25,000 in order to enable it to do lawfully that which it did unlawfully, that is to say represent by means of the image appearing on the front of the leaflet that Mr Irvine had endorsed Talk Radio.

115. By contrast, the judge's conclusion (in the final paragraph of the second judgment) that "a reasonable company in [TSL's] position would have been prepared to spend" £2 per leaflet on obtaining Mr Irvine's endorsement, giving a total figure of

£2,000, seems to me to yield a result which bears no relation at all to the evidence before him as to what TSL would have had to pay.

116. I would accordingly allow the appeal and vary the award of damages in paragraph 1 of the judge's order by substituting a figure of £25,000 for the judge's figure of £2,000.

Lord Justice Brooke :

117. I agree.

Lord Justice Schiemann :

118. I also agree.

Neutral Citation Number: [2002] EWCA Civ 95

A3/2001/2882

IN THE SUPREME COURT OF JUDICATURE
IN THE COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION)
ON APPEAL FROM THE CHANCERY DIVISION
(Mr Justice Lloyd)

Royal Courts of Justice
Strand London WC2
Friday, 18th January 2002

B e f o r e :

LORD JUSTICE PETER GIBSON

---

(1) EDMUND IRVINE
(2) TIDSWELL LIMITED
Claimants/Applicants
- v -
TALKSPORT LIMITED
Defendant/Respondent

(Computer Aided Transcript of the Palantype Notes of
Smith Bernal Reporting Limited, 190 Fleet Street,
London EC4A 2AG
Tel: 0171 421 4040
Official Shorthand Writers to the Court)

MISS L LANE (Instructed by Messrs Fladgate Fielder, 25 North Row, London, W1K 6DJ)
appeared on behalf of the Applicants.
The Respondent did not appear and were unrepresented.

Friday, 18th January 2002

1. LORD JUSTICE PETER GIBSON: This is a renewed application for permission to appeal from an order made by Lloyd J on 19th December of last year acceding to an application made by the defendant, Talksport Ltd, to exclude certain evidence which the claimants appeared to wish to adduce at the trial of the action which is due to commence on Monday 21st January of this year. Permission to appeal was refused by the judge and also by Pill LJ considering the matter on the papers.

2. Briefly the background is this. The claimants are the Formula 1 racing driver Eddie Irvine and the company through which he exploits and markets his name, Tidswell Ltd. They claim that the defendant had without their consent used Mr Irvine's image in connection with the advertising and promotion of the radio station known as Talk Radio, and that it did so by a flyer using a doctored image of Mr Irvine holding a radio bearing the words "Talk Radio". The action began on 22nd December 2000. The defendant in May 2001 supplied a list of the persons to whom they had sent the flyer. In June and in July the claimants' solicitors sent out a questionnaire to the recipients of the flyer asking a number of questions with a view to obtaining evidence on the issue of confusion. About 50 responses to that questionnaire were received by the claimants' solicitors. Also a witness statement dated 30th August was obtained from one of the respondents to the questionnaire, Mr Bourke, and another dated 5th September from Mr Howe.

3. On 26th February of last year Master Bowman had ordered that witness statements be exchanged by 31st July, but on the claimants' application and at their suggestion of the date to which that should be extended time was extended to 7th September. By that extended deadline the claimants' solicitors had in their possession the 50 completed questionnaires and the two witness statements. But whilst there was an exchange of witness statements on 7th September, the witness statements of Mr Bourke and Mr Howe were not supplied to the defendant's solicitors. The reason for that was that the claimants' solicitors did not want to alert the defendant to what they had been doing, because they hoped to obtain more witness

statements and they did not want the defendant to have the opportunity to approach other respondents to the questionnaire.

4. In fact the defendant had in July become aware that the claimants had been conducting a survey of the recipients of the flyer. On 30th July its solicitors wrote to the claimants' solicitors saying that the responses had to be disclosed. The claimants' solicitors responded that they had not been conducting a survey of the recipients of the flyer but had been conducting a witness-gathering exercise, the correspondence in respect of which was privileged. The defendant's solicitors responded by drawing attention to authority which, they said, required the claimants to disclose the responses received to the questionnaire. That was disputed by the claimants' solicitors in a letter of 6th August. There was then silence from the claimants' solicitors until Friday 2nd November, when the claimants' solicitors wrote to say that, in the course of the following week, they would be sending copies of all the questionnaires sent out over the summer. Thus they were promising that by 9th November they would have sent to the defendant that evidence. They did not send that evidence during that week, and on 19th November the defendant's solicitors wrote saying that they still had not received the promised questionnaires. Only on 3rd December did the claimants' solicitors write. They said that they were still collating the questionnaires and would forward them, annexed to an appropriate witness statement, as soon as possible, but in the meantime they enclosed copies of the 50 replies as well as Mr Bourke's and Mr Howe's witness statements. They asked for the defendant's consent to those witness statements being tendered in evidence.

5. On 5th December the defendant's solicitors asked whether it was proposed that the questionnaires be put in evidence. On 7th December the claimants' solicitors said that the questionnaires should be put in evidence and that a witness statement was the most convenient way of doing that. The defendants promptly replied that day that they did not consider the questionnaires to be admissible, and that in the absence of an explanation of the basis of admissibility, they would apply to the court to rule that that evidence was inadmissible. At no time did the claimants themselves make application to the court for permission to extend time for further evidence.

6. On 13th December the defendant applied to the court seeking orders, amongst others, to exclude the questionnaires and Mr Bourke's and Mr Howe's witness statements. It claimed in its evidence in support that it would suffer prejudice, and in the application itself it said that it would be prejudiced in its preparation for trial if the witness statements were admitted, particularly having regard to the fact that the trial was to commence on 21st January 2002 and that the Christmas holiday period intervened. To deal with the responses, it was said, the defendant's solicitors would have to locate the individuals who provided the responses and interview them.

7. The application came before Lloyd J on 19th December. Miss Lane, appearing then for the claimants, as she does before me today, resisted the application of the defendant. She said that the claimants wanted the admission of the two witness statements and the responses of seven respondents to the questionnaire to go in. She indicated that of those respondents the claimants proposed to issue witness summonses in respect of three.

8. The judge in giving judgment referred to the submissions of counsel for the defendant opposing the application that it was far too late to put in this evidence, that it was a deliberate tactic by the claimants - I interpose the comment that that was, in effect, conceded by Miss Lane - and that it involved a plain intention to breach the court order by keeping some of the witness statements and evidence up their sleeves. The judge then continued:

> "One can see why the decision was made, but nevertheless, if you do keep your evidence up your sleeve, even though the time has gone by by which you have been ordered to serve it, you run the risk that you will not be allowed to serve it. Not only was it kept secret at that stage, it was kept secret until the beginning of December. And not only that, but when it was served, it was served, as it seems to me, with wholly inadequate detail and explanation. It is, for example, not until today that the seven respondents have been identified to whom I have referred which are the ones (apart

from the two who have made witness statements) on which the claimants would rely.

I would have thought that it should have been obvious to the claimants pretty soon after 7th September that they were not going to get more in the way of witness statements, and it should have been obvious that, if this material was going to go before the court with two witness statements (or even a few more), the defendants would need time to be able to contact the other respondents to the questionnaire to see what they had to say, and that it should have been possible, at the very latest, to put that material on the table in a fully explained manner, and supported (I should have thought) by an application for permission to serve the evidence notwithstanding the delay, by the beginning of October. If that had been done, the defendants would have had the best part of three months, even after the hearing of the application - possibly a little more - in which to cope with it. Leaving it until the beginning of December, some six weeks or so before trial, and putting it forward in the half-baked way that I have described, seems to me to be quite unacceptable. It seems to me that to allow this evidence to be admitted at this stage would cause prejudice to the defendants. I can see that not to allow it would cause prejudice to the claimants, although I am not sure that it is a great deal of prejudice, because I do not think the forensic weight of this material is going to be very substantial, but that is a matter for the trial judge, if it were before him. But it seems to me that, taking together the claimants' deliberate tactical decision not to serve this material by the time originally prescribed, their delaying for a further three months in serving it, and the inadequately explained way in which it was originally provided so that it is not until now, barely a month before trial, that the position is understood, is such that it would be quite inappropriate to allow the claimants to put this evidence in, and I shall not give them

> permission. I shall order that the questionnaires and the witness statements of Mr. Bourke and Mr. Howe are not to be admitted at trial."

9. The judge refused permission to appeal. His reasons included the following sentence:

> "As a matter of pre-trial case management, I took the view that the combination of the claimants' deliberate failure to comply with the order for exchange, and the substantial delay thereafter before disclosure, and the prejudice to the defendant in trying to deal with it, made it inappropriate to allow that evidence in."

10. I have set out the judge's reasoning so fully because it appears to me, as it did to Pill LJ, to be cogent. The claimants have, nevertheless, exercised their right to renew the application for permission to appeal in open court.

11. Miss Lane accepts that this was a case management decision by the judge, but she submits that the judge erred in principle in a number of respects. First, she says that the judge erred in failing to take proper account of the lack of prejudice to the defendant in dealing with the evidence that is now sought to be put in. She says that the defendant did not claim that there was any prejudice over the admission of the two witness statements. She says that the judge failed to consider this point and to weigh it against the prejudice, which she describes as being severe, to the claimants themselves.

12. The judge did specifically find prejudice in that it was too late for the defendant to approach other respondents to the questionnaire. That was asserted by Mr Stevens in his witness statement for the defendant. Miss Lane accepts that the claimants themselves in their solicitors' letter of 10th December had said this:

> "We think that the questionnaire responses should be put in as evidence as they are important to put

the witness statements of Geoff Howe and Jeremy Bourke into context."

13. But she says that in her submissions she advanced alternative grounds which apparently were inconsistent with what the claimants had been saying in that letter.

14. In my judgment the judge did not err in finding prejudice in this case. To my mind it would be plainly unsatisfactory, when a questionnaire has been sent out like this to a large number of people and 50 responses have been received, simply to look at the two witness statements of Mr Howe and Mr Bourke when considering at the trial the question of confusion and not take into account all the circumstances relating to that questionnaire. The defendants would, if all the evidence went in, naturally have expected to go to the other respondents to the questionnaire to check whether useful material might be gained. It was too late to do that when the claimants disclosed this evidence.

15. Further, I can only say, having looked at the evidence, that I am surprised that Miss Lane criticises the judge for expressing the view that the forensic weight of the material is not going to be very substantial. In my experience, this sort of evidence is rarely of significance. It seems to me quite unreal to expect a judge on an application such as was faced to leave out of account his assessment of the likely probative effect of the evidence sought to be adduced. It is not as though the claimants cannot assert confusion in the absence of such evidence. I am told that there is one witness statement of a witness who can speak to actual confusion. It might be thought that the picture itself in the flyer which is the subject of complaint was eloquent. Accordingly, I would reject the submissions based on prejudice. That ground has no real prospect of success.

16. Next Miss Lane says that the judge failed to apply CPR 3.9. That applies to applications for relief from sanctions. The claimants never applied for relief from any sanction. Nor, indeed, as Miss Lane frankly admits, did she take this point before the judge. It is hardly surprising, therefore, that the judge does not advert to the circumstances listed in the lettered subparagraphs of rule 3.9(1). But, in any event, on the assumption that that rule

applies it seems to me plain that the judge had before him almost all the matters which Miss Lane suggests should have been taken into account. One matter which perhaps he did not was the submission which she now makes on sub-paragraph (f), "whether the failure to comply was caused by the party or its legal representative". She says that in this case the failure was caused by the legal representatives. If an applicant for relief from a sanction wishes to take such a point, then it is for that person to make clear, with appropriate evidence, to the judge exercising his discretion that that is a point on which the applicant can properly rely. That was not done in this case. Miss Lane also draws attention to sub-paragraph (e) and the fact that there has been no other default on the part of the claimants. The judge knew that no other default was alleged.

17. The considerations which seem to me quite plainly of great significance which were before the judge were the interests of the administration of justice, whether the application for relief had been made promptly, whether the failure to comply was intentional and whether there is a good explanation for the failure. Those are the first four subparagraphs of rule 3.9(1) and it seems to me clear that each of them counts against the claimants.

18. Miss Lane then says that the sanction imposed by the judge was disproportionate. She has reminded me of what was said by Lord Woolf in Biguzzi v Rank Leisure [1999] 4 All ER 934 at 940 about the importance of the court considering whether other sanctions would do justice in the case. She submits that the judge did not consider any alternatives. The judge had in mind, because he expressly refers in his judgment to the alternative ways in which Miss Lane had put her case. But the judge was plainly impressed by the fact that the claimants had taken a tactical decision not to comply with the court's order, and that was the most important consideration in this case.

19. I cannot see that the sanction was disproportionate. It seems to me that the court is bound to take seriously the sort of conduct that one has seen in this case. The claimants' behaviour runs counter to the ethos which for some time, even before the CPR's introduction, has governed the court's approach, that is to say

that cards should be placed on the table quite openly and orders intended to achieve that end should be obeyed. To allow a party to flout a court order for a tactical reason is unacceptable.

20. I therefore have no hesitation in saying that there is no real prospect of success on an appeal. Nor is there any other compelling reason why this appeal should be allowed to go ahead.

21. I shall therefore dismiss this application .

Order: Application dismissed.

ITALIA

Documento del "Garante della privacy"su diritto di cronaca e rispetto delle persone. Alcuni chiarimenti in risposta ai quesiti posti dall'Ordine nazionale dei Giornalisti

Documento del "Garante della privacy" su diritto di cronaca e rispetto delle persone.

Alcuni chiarimenti in risposta ai quesiti posti dall'Ordine nazionale dei Giornalisti.

La nota del Garante della privacy.

Tutela assoluta dei minori, trasparenza delle fonti pubbliche, corretto uso di fotografie e foto segnaletiche, divieti e rischi della diffusione dei dati sulla salute, rapporti tra cronaca e giustizia, privacy "attenuata" per i personaggi pubblici.

Il Garante (Stefano Rodotà, Giuseppe Santaniello, Gaetano Rasi, Mauro Paissan) interviene sul delicato rapporto tra privacy e giornalismo con un documento complessivo, la cui stesura finale è stata curata per il Garante da Mauro Paissan, in cui fornisce chiarimenti e puntualizzazioni su alcune problematiche emerse dagli incontri del gruppo di lavoro, costituito tra l'Autorità e l'Ordine nazionale dei giornalisti, che ha svolto una riflessione sull'applicazione del codice deontologico dei giornalisti a sei anni dalla sua entrata in vigore.

L'obiettivo è quello di sempre: trovare un punto di equilibrio tra il diritto di cronaca e il diritto di ogni persona ad essere rispettata, nella sua dignità, nella sua identità, nella sua intimità.

I chiarimenti, desumibili in gran parte dalla giurisprudenza del Garante e dalle più recenti novità normative intervenute a livello nazionale ed europeo, riguardano trattamenti di dati personali effettuati mediante i tradizionali mezzi di informazione (televisione, radio e carta stampata). Successive riflessioni potranno prendere in considerazione le problematiche attinenti all'uso di Internet.

Il documento, una sorta di guida pratica, cerca di fornire indirizzi e risposte ad alcuni problemi spinosi che le redazioni si trovano spesso ad affrontare e basta scorrere le varie sezioni per avere un quadro della complessità dei temi: autonomia e responsabilità del giornalista; interesse pubblico ed essenzialità dell'informazione; accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni; diffusione di fotografie; nomi delle persone nelle cronache giudiziarie; dati sulla salute e sulla vita sessuale.

La molteplicità e la varietà delle vicende di cronaca - si legge nel documento - non consentono di stabilire a priori e in maniera categorica quali dati possono essere raccolti e diffusi nel riferire su singoli fatti: un medesimo dato legittimamente pubblicato in un contesto può non esserlo in un altro. D'altra parte una codificazione minuziosa risulterebbe inopportuna.

Ma se il bilanciamento tra diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero resta, dunque, affidato innanzitutto al giornalista e alla sua responsabile valutazione, la sua attività deve comunque svolgersi nel rispetto di principi e diritti posti a tutela della riservatezza e dignità della persona.

La nota di Vittorio Roidi segretario del Cnog.

Privacy. A distanza di cinque anni dall'entrata in vigore del codice deontologico, il Comitato esecutivo dell'Ordine ha avvertito la necessità di chiarire il significato di alcune norme. Infatti, dai giornali, scritti o trasmessi, emerge con chiarezza che molti colleghi si trovano in difficoltà, alle prese con regole che appaiono contraddittorie e limitatrici del dovere di informare..

Qualche caso: sempre più spesso negli articoli di cronaca vengono omessi i nomi e i cognomi delle persone coinvolte nei fatti; quasi tutte le immagini di bambini vengono schermate, anche se riprese in occasioni dalle quali essi non ricavano alcun danno; gli organi di informazione non comunicano particolari sulla personalità, sulla carriera, sui guadagni degli uomini pubblici, quasi che ciò fosse proibito e disdicevole.

Gli spazi del diritto di cronaca sembrano essersi ristretti. C'è un freno all'informazione, in qualche caso doveroso, in altri ingiustificato e preoccupante. Molte amministrazioni (questure, ospedali) rifiutano di fornire dati. Per questo, esse citano la legge 675, pur sapendo che essa

non intendeva affatto limitare la comunicazione pubblica, rafforzata in questi anni da altre leggi, come la numero 150 del 2001.

Per queste ragioni, l'Ordine nazionale ha chiesto al Garante della privacy di aprire un tavolo di discussione. Al termine del confronto, in particolare svolto su alcune questioni che abbiamo sottoposto al Garante in forma di quesiti, il gruppo di lavoro dell'Ordine (Roidi, De Vito, Politi, Morello, Viali) affida al Consiglio nazionale la prosecuzione dell'analisi, essendo sopraggiunta la fine della legislatura.

Qui di seguito viene allegato il testo dei "chiarimenti" che l'ufficio dell'Autorità della privacy ha inviato all'Ordine e che reca la firma di Mauro Paissan (i quattro componenti sono Stefano Rodotà, Giuseppe Santaniello, Gaetano Rasi, Mauro Paissan), al quale l'Esecutivo ha inviato il ringraziamento per il lavoro svolto e per lo sforzo di approfondimento compiuto.

Sarà il Consiglio nazionale ora ad indicare - come la legge gli dà facoltà - più precise regole di comportamento, se le reputerà necessarie, oppure a ribadire l'inesistenza di vincoli da alcuni paventati o suggeriti.

In attesa che il lavoro prosegua, è possibile indicare in estrema sintesi (proprio sulla base del documento ricevuto dal Garante) alcune linee guida del giornalista o possibili soluzioni, nei casi pratici:

1) sempre viene riaffermata la responsabilità del giornalista, al quale spetta acquisire, selezionare, scegliere i "dati utili ad informare la collettività", in assoluta autonomia;

2) è il giornalista a valutare se la notizia sia di interesse pubblico e se il particolare che si sta per pubblicare (anche quello che rientra nella sfera privata del singolo) sia essenziale all'informazione;

3) il Garante ricorda (più volte lo aveva già fatto in passato) che la pubblica amministrazione ha precisi obblighi di trasparenza, derivanti da leggi del Parlamento. Dunque, "la disciplina sulla tutela dei dati personali non può in quanto tale essere invocata strumentalmente per negare l'accesso ai documenti";

4) le decisioni e le ordinanze pronunciate dal Garante in questi anni hanno più volte chiarito che il giornalista può acquisire legittimamente, ad esempio: l'ammontare dei redditi dei contribuenti; le situazioni

patrimoniali di coloro che ricoprono cariche pubbliche; i dati contenuti negli albi professionali; i risultati scolastici ecc. Se l'acquisizione è lecita, il Garante sottolinea però che la diffusione di queste informazioni deve essere essenziale alla notizia. Questo requisito dell'essenzialità costituisce il perno della legge n.675;

5) quanto alle foto dei bambini, il Garante ricorda che lo spirito delle norme esistenti è quello di non recare danno al minore e, pertanto "può ritenersi lecita, salvo casi assai particolari, la diffusione di immagini che ritraggano il minore in momenti di svago e di gioco";

6) possono essere pubblicate, anche senza il consenso dell'interessato le foto di "persone in luoghi pubblici", purché non siano lesive del decoro e della dignità e purché il fotografo non abbia fatto ricorso ad artifici e pressioni indebite;

7) il Garante ribadisce il già noto divieto di pubblicare le foto "segnaletiche", fornite dalle forze dell'ordine per scopi di giustizia. Ma si deve notare che ciò non impedisce affatto di pubblicare "altre" immagini dei soggetti indagati od arrestati (purché acquisite lecitamente). Il diritto di cronaca va ribadito anche qui, pur sapendo che la legge prescrive "canoni di liceità e correttezza", sempre in base al criterio della "essenzialità, pertinenza e non eccedenza";

8) i nomi delle persone indagate o sottoposte a giudizio possono essere resi noti. Qui il Garante sottolinea la necessità di salvaguardare altre persone non direttamente implicate e fa notare che, ad esempio nella fase iniziale dell'indagine giudiziaria, le generalità di chi vi si trova coinvolto e il giudizio sull'entità dell'addebito possono creare problemi "non tanto per la riservatezza della notizia, quanto per l'enfasi del messaggio erroneo dato al lettore riguardo al grado di responsabilità già accertata".

In ogni caso sarà necessaria, un'analisi molto approfondita da parte dei giornalisti, la cui autonomia, comunque ribadita, andrà definita e difesa dall'Ordine e, speriamo, eventualmente dai giudici.

Da ultimo, c'è da segnalare che il documento del Garante, a proposito delle notizie sullo stato di salute (nonché le abitudini sessuali) di persone note, scrive che, se può avere rilievo sulla vita pubblica, può essere diffusa l'informazione "relativa alla malattia che ha colpito un uomo politico o altra personalità di rilievo pubblico, ove ciò sia necessario al

fine di informare il pubblico sulla possibilità che ha lo stesso uomo di continuare a svolgere il proprio incarico".

Il documento del Garante. Privacy e giornalismo.

Alcuni chiarimenti in risposta a quesiti dell'Ordine dei giornalisti

Autonomia e responsabilità del giornalista

Le norme in materia di trattamento dei dati personali a fini giornalistici individuano alcuni parametri entro cui assicurare il rispetto di diritti e libertà fondamentali protetti dall'art. 2 della Costituzione, quali la riservatezza, l'identità personale e il "nuovo" ed importante diritto alla protezione dei dati personali, senza pregiudicare la libertà di informazione che è tutelata anch'essa sul piano delle garanzie costituzionali.

La scelta di non introdurre regole rigide in materia, bensì di limitarsi ad indicare espressamente solo alcuni presupposti – scelta sostenuta dall'Ordine dei giornalisti e condivisa dal Garante al momento della stesura del Codice deontologico – si è basata su due ordini di considerazioni. Da una parte, la molteplicità e la varietà delle vicende di cronaca e dei soggetti che ne sono coinvolti non consentono di stabilire a priori e in maniera categorica quali dati possono essere raccolti e poi diffusi nel riferire sui singoli fatti: un medesimo dato può essere legittimamente pubblicato in un determinato contesto e non invece in un altro.

Dall'altra, una codificazione minuziosa di regole in questo ambito risulterebbe inopportuna in un contesto nel quale sono assai differenziate le situazioni nelle quali occorre valutare nozioni generali dai confini non sempre immutati nel tempo (essenzialità dell'informazione, interesse pubblico, ecc.) e valorizzare al contempo l'autonomia e la responsabilità del giornalista.

Alla luce di tali considerazioni, il bilanciamento tra i diritti e le libertà di cui sopra resta in sostanza affidato in prima battuta al giornalista il quale, in base a una propria valutazione (che può essere sindacata) acquisisce, seleziona e pubblica i dati utili ad informare la collettività su fatti di rilevanza generale, esprimendosi nella cornice della normativa vigente – in particolare, del Codice deontologico – e assumendosi la responsabilità del proprio operato.

Interesse pubblico e essenzialità dell'informazione

Il giornalista valuta, dapprima, quando una notizia riveste effettivamente un rilevante interesse pubblico e, successivamente, quali particolari relativi a tale notizia sia essenziale diffondere al fine di svolgere la funzione informativa sua propria. La diffusione di un determinato dato può essere ritenuta necessaria quando la sua conoscenza da parte del pubblico trova giustificazione nell'originalità dei fatti narrati, nel modo in cui gli stessi si sono svolti e nella particolarità dei soggetti che in essi sono coinvolti.

Quando non si ravvisa tale necessità oppure quando vi siano specifiche limitazioni di legge alla divulgazione di informazioni spesso connesse a determinati fatti di cronaca, il giornalista può comunque riferire di questi ultimi prediligendo soluzioni che tutelino la riservatezza degli interessati (ricorrendo ad esempio all'uso di iniziali, di nomi di fantasia e così via). Va tuttavia evidenziato come, in taluni casi, la semplice omissione delle generalità delle persone non basta di per sé ad escludere l'identificazione delle medesime: quest'ultima, infatti, può realizzarsi attraverso la combinazione di più informazioni concernenti la persona (l'età, la professione, il luogo di lavoro, l'indirizzo dell'abitazione, ecc.).

Accesso alle informazioni: i rapporti con le pubbliche amministrazioni

Viene spesso lamentato che le pubbliche amministrazioni giustificano la propria decisione di non fornire informazioni ai giornalisti dietro una supposta applicazione della legge sulla privacy.

Al riguardo, è stato più volte evidenziato anche dallo stesso Garante che la legge n. 675/96, prima, e ora il Codice privacy (Codice in materia di protezione dei dati personali, decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196), non hanno inciso in modo restrittivo sulla normativa posta a salvaguardia della trasparenza amministrativa e che, quindi, la disciplina sulla tutela dei dati personali non può essere in quanto tale invocata strumentalmente per negare l'accesso ai documenti, fatto comunque salvo il peculiare livello di tutela assicurato per certe informazioni e, in particolare, per i dati sensibili (dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale,

nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale).

Le difficoltà per il giornalista di accedere a determinati documenti in possesso di uffici pubblici deriva non tanto dalla disciplina sulla protezione dei dati personali, quanto dalla normativa sull'accesso ai documenti amministrativi, che laddove il documento non è segreto impone comunque di valutare l'eventuale necessità di tutelare la riservatezza di un terzo, ma prima ancora prescrive (non solo al giornalista) che chi richiede il documento debba dimostrare la necessità di disporne per la tutela di un interesse giuridicamente rilevante e concreto. Vi sono al riguardo alcune aperture della giurisprudenza amministrativa che ritiene legittimato all'accesso anche chi intende esercitare al riguardo il diritto di cronaca (cfr. anche Cons. di Stato n. 570/1996 e Cons. di Stato n. 99/1998), ma il punto non è pacifico. Il giornalista può quindi chiedere di acquisire le informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni utilizzando gli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico: presentando istanza in conformità a quanto previsto dalla legge 241 o da leggi speciali o, più semplicemente, consultando albi, elenchi ecc. quando la legge ha previsto un siffatto regime di pubblicità.

In tale ottica, e fatte salve le valutazioni che seguiranno in ordine alla loro possibile diffusione, il giornalista potrà ad esempio chiedere di acquisire o venire legittimamente a conoscenza delle informazioni concernenti:

• l'ammontare complessivo dei dati reddituali dei contribuenti, presso i comuni;

• le situazioni patrimoniali di coloro che ricoprono determinate cariche pubbliche o di rilievo pubblico per le quali è spesso previsto un regime di pubblicità;

• analogamente, le classi stipendiali, le indennità e gli altri emolumenti di carattere generale corrisposti da concessionari pubblici;

• le pubblicazioni matrimoniali affisse all'albo comunale;

• notizie relative ad alcuni nati e ad alcuni deceduti (possono essere rivolte specifiche domande all'ufficiale di stato civile, ma non si ha ad esempio diritto a ricevere un elenco giornaliero);

• gli esiti scolastici e concorsuali per i quali l'ordinamento prevede spesso un regime di pubblicità;

• i dati contenuti negli albi professionali;

• i dati contenuti nelle deliberazioni degli enti locali (per esempio anche mediante l'accesso alle sedute consiliari degli organi collegiali e la relativa ripresa televisiva);

• la situazione patrimoniale delle società e, in generale, i dati pubblici presso le camere di commercio.

Questo per quanto riguarda l'acquisizione delle informazioni. Rimane poi affidata alla responsabilità del giornalista l'utilizzazione lecita del dato raccolto e quindi la sua diffusione secondo i parametri dell'essenzialità rispetto al fatto d'interesse pubblico narrato, della correttezza, della pertinenza e della non eccedenza, avuto altresì riguardo alla natura del dato medesimo. Il giornalista dovrà valutare, ad esempio, l'eventualità di non diffondere in certi casi taluni dati relativi agli esiti scolastici, sebbene pubblici, in ragione dell'opportunità di tutelare gli interessati (minori e non) dagli effetti negativi che può determinare un'eccessiva risonanza data al loro risultato.

La legge sulla privacy e lo stesso Codice entrato in vigore il 1° gennaio scorso non hanno poi "abrogato" i noti limiti generali al diritto di cronaca che la giurisprudenza ordinaria, da diversi anni, considera stabilizzati.

Un'utile novità potrà tra l'altro derivare dall'adozione del decreto del Ministro dell'interno relativo alla legittima comunicazione e diffusione di informazioni da parte di forze di polizia, ad esempio in caso di incidenti, eventi tragici, calamità, ecc. (art. 57, comma 1, lett. e), del Codice privacy).

Diffusione di fotografie

a) Immagini di minori

Le disposizioni che tutelano la riservatezza dei minori si fondano sul presupposto che la pubblicità dei loro fatti di vita possa arrecare danno alla loro personalità. Questo rischio può non sussistere quando il servizio giornalistico dà positivo risalto a qualità del minore e/o al contesto

familiare in cui si sta formando. Pertanto può ritenersi lecita, ad esempio, salvo casi assai particolari, la diffusione di immagini che ritraggono un minore in momenti di svago e di gioco. Resta comunque fermo l'obbligo per il giornalista di acquisire l'immagine stessa correttamente, senza inganno e in un quadro di trasparenza, nonché di valutare, volta per volta, eventuali richieste di opposizione da parte del minore o dei suoi familiari.

Tali principi trovano naturalmente applicazione anche con riferimento alle immagini che ritraggono personaggi noti insieme ai loro figli, ad esempio nel contesto di un servizio che voglia testimoniare il rapporto positivo tra gli stessi.

Anche in tale ambito è comunque affidata al giornalista una prima valutazione in ordine al rischio che tale spettacolarizzazione possa incidere negativamente sul minore e sulla sua famiglia. Si dovrà in ogni caso evitare che la diffusione di tale tipo di dati assuma carattere sistematico: è infatti evidente la differenza che esiste fra la raccolta occasionale dell'immagine delle persone che in un dato momento si trovano in un luogo pubblico ed invece la ripresa sistematica di tale situazione.

Analoghe considerazioni in ordine alla liceità della diffusione possono essere formulate con riferimento alle immagini di neonati. Esse infatti si caratterizzano per avere una più ridotta valenza identificativa.

b) Fotografie relative a soggetti ripresi in luoghi pubblici

Di regola, le immagini che ritraggono persone in luoghi pubblici possono essere pubblicate, anche senza il consenso dell'interessato, purché non siano lesive della dignità e del decoro della persona. Come il Garante ha precisato nelle sue pronunce, il fotografo è comunque tenuto a rendere palese la propria identità e attività di fotografo e ad astenersi dal ricorrere ad artifici e pressioni indebite per perseguire i propri scopi.

Anche qui il giornalista deve comunque compiere una valutazione caso per caso, dovendo egli tenere presente il contesto del servizio giornalistico e l'oggetto della notizia. Ad esempio, la pubblicazione dell'immagine di una signora anziana, chiaramente identificabile, ripresa al mercato con la spesa, può ritenersi non pertinente rispetto ad un articolo sulla solitudine degli anziani, oltre che lesiva della dignità

dell'interessata. Diverso il giudizio potrebbe essere se la stessa foto fosse posta, per esempio, a corredo di un articolo sulla longevità.

Inoltre, nel documentare con fotografie fatti di cronaca che avvengono in luoghi pubblici, il giornalista e/o il fotografo sono chiamati a valutare anche quale tipo di inquadratura scegliere, astenendosi dal focalizzare l'immagine su singole persone o dettagli personali se la diffusione di tali dati risulta non pertinente e eccedente rispetto alle finalità dell'articolo.

c) Fotografie degli arrestati e degli indagati

Le foto segnaletiche: anche se esposte nel corso di conferenze stampa tenute dalle forze dell'ordine o comunque acquisite lecitamente, tali fotografie non possono essere diffuse se non in vista del perseguimento delle specifiche finalità per le quali sono state originariamente raccolte (accertamento, prevenzione e repressione dei reati). Inoltre, anche nell'ipotesi di evidente e indiscutibile "necessità di giustizia o di polizia" alla diffusione di queste immagini, «il diritto alla riservatezza ed alla tutela della dignità personale va sempre tenuto nella massima considerazione». Tali principi – più volte ricordati dal Garante – trovano conferma in diverse circolari emanate dalle forze di polizia, oltre ad essere richiamati, con riferimento alla generalità dei dati personali, nell'art. 25, comma 2 del Codice privacy.

Le immagini che documentano operazioni di arresto: tali immagini non possono essere diffuse quando siano lesive della dignità dell'interessato. Questo principio – che è alla base dei limiti già previsti dall'ordinamento relativamente alla diffusione di immagini che ritraggono persone in manette o sottoposte ad altro mezzo di coercizione fisica (si veda anche l'art. 8 del Codice deontologico) – deve guidare il giornalista nella decisione sulla diffusione di altre immagini collegate ad operazioni di arresto.Altre foto a corredo di notizie su arresti, indagini e processi(es. foto tratte da documenti di riconoscimento, da album familiari, o scattate nelle aule giudiziarie): in relazione a tali dati, a parte le prescrizioni che può impartire il giudice durante il dibattimento e le garanzie previste per le riprese televisive durante il processo, valgono i parametri generali che guidano il giornalista nell'esercizio della propria attività. Tra questi parametri ricordiamo quello che impone di acquisire, e successivamente utilizzare, tali immagini in modo lecito e secondo correttezza, nonché di diffondere le stesse secondo la dovuta valutazione in ordine alla loro essenzialità, pertinenza e non eccedenza avuto riguardo alla notizia riferita. In primo luogo, dunque, al fine di

conformarsi ai citati canoni di liceità e correttezza, sarà necessario informare le persone presso cui sono raccolte le immagini nonché, ove possibile, gli interessati in merito all'utilizzo delle immagini acquisite (art. 2 Codice deontologico).

Nomi delle persone nelle cronache giudiziarie

a) Nomi delle persone indagate o sottoposte a giudizio

I nomi degli indagati e degli arrestati, al pari di altre informazioni, possono essere soggetti al regime di segretezza-pubblicità eventualmente operante in base alle disposizioni dell'ordinamento processuale penale (segretazione degli atti del procedimento e del relativo contenuto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e comunque fino alla chiusura delle indagini preliminari, nonché nei casi decisi dal giudice; possibile diffusione del contenuto degli atti non più coperti da segreto).

Tali dati dunque, di regola, possono essere resi noti, fatti salvi i divieti di diffusione ricavabili dalle suddette disposizioni e ferma restando la necessità che la notizia sia acquisita lecitamente, ad esempio da una parte che ha già legale conoscenza di un atto notificato.

La possibilità di diffondere queste informazioni deve tuttavia fare i conti con alcune garanzie fondamentali riconosciute a tali soggetti. Il giornalista deve valutare, ad esempio, se sia opportuno rendere note le complete generalità di chi si trova interessato da un indagine ancora in fase assolutamente iniziale, e modulare il giudizio sull'entità dell'addebito. A volte, invece, questo viene descritto senza evidenziare la fase iniziale dell'investigazione, con problemi non tanto per la riservatezza della notizia, quanto per l'enfasi del "messaggio" erroneo dato al lettore riguardo al grado di responsabilità già accertata.

Potrà invece verificarsi anche il caso in cui la diffusione dei nomi delle persone indagate o sottoposte a giudizio, pure astrattamente possibile, dovrà essere evitata al fine di tutelare la riservatezza e il diritto alla protezione dei dati relativi ad altri soggetti coinvolti nell'indagine giudiziaria. Tale principio potrà trovare applicazione anche al di fuori dei casi in cui i dati di detti soggetti trovino tutela in un'esplicita disposizione di legge, come ad esempio avviene per quanto attiene alle vittime dei reati di pedofilia o violenza sessuale.

In termini generali, va ribadito che l'esigenza di assicurare la trasparenza dell'attività giudiziaria e il controllo della collettività sul modo in cui viene amministrata la giustizia devono comunque bilanciarsi con alcune garanzie fondamentali riconosciute all'indagato e all'imputato: la presunzione di non colpevolezza fino a condanna definitiva, il diritto di difesa e ad un giusto processo. Il giornalista sarà perciò tenuto a valutare, volta per volta, gli elementi che caratterizzano l'episodio di cronaca e che possono far propendere per una minore o maggiore pubblicità dei dati a seconda della fase delle indagini, della fase e del tipo di procedimento (es. procedimenti che si svolgono con la presenza del pubblico, procedimenti in camera di consiglio), delle caratteristiche del soggetto ritenuto autore del reato.

La diffusione dei nomi di persone condannate e, in generale, dei destinatari di provvedimenti giurisdizionali deve inquadrarsi nell'ambito delle disposizioni processuali vigenti, di regola improntate ad un regime di tendenziale pubblicità. Potranno essere pubblicati, ad esempio – come già ricordato dal Garante in alcune sue pronunce – l'identità, l'età, la professione, il capo di imputazione e la condanna irrogata ad una persona maggiorenne ove risulti la verità dei fatti, la forma civile dell'esposizione e la rilevanza pubblica della notizia (rilevanza, che può essere tale anche solo nel contesto locale di riferimento della testata giornalistica).

In confronto ai casi riguardanti gli indagati e gli imputati, i dati dei condannati possono essere diffusi più liberamente in ragione della minore incertezza sulla posizione processuale dell'interessato, essendo già intervenuto su di essa un primo giudizio da parte dell'Autorità giudiziaria. Tuttavia, anche l'applicazione di tale principio va valutata caso per caso, dovendo prendere in considerazione, fra l'altro, il tipo di soggetti coinvolti (ad esempio, persone con handicap o disturbi psichici, o ancora, ragazzi molto giovani), il tipo di reato accertato e la particolare tenuità dello stesso, l'eventualità che si tratti di condanne scontate da diversi anni o assistite da particolari benefici (es. quello della non menzione nel casellario), in ragione dell'esigenza di promuovere il reinserimento sociale del condannato.

Il giornalista dovrà inoltre verificare volta per volta se la pubblicazione dei dati identificativi del condannato – in linea generale consentita – debba nel concreto essere evitata al fine di impedire l'identificazione della vittima del reato accertato o di altre persone meritevoli di tutela.

Grazie al Codice privacy, l'accesso al pubblico delle sentenze depositate nella cancelleria o segreteria dell'ufficio giudiziario è più agevole, in quanto esse potranno essere rese accessibili anche via Internet, tramite il sito istituzionale dell'ufficio giudiziario (art. 51, comma 2, del Codice), rendendo superflua una richiesta presentata di persona da chi dovrebbe altrimenti dimostrare di avere legittimo interesse alla copia.

Nell'effettuare le predette valutazioni, il giornalista non potrà non tener conto del bilanciamento di interessi effettuato in un altro fronte e cioè che le sentenze pubblicate per finalità di informatica giuridica (non giornalistiche, quindi) dallo stesso ufficio giudiziario, oppure da riviste giuridiche anche on-line, potranno in alcuni casi più delicati non recare il nome di taluna delle parti o di terzi (minore, delicati rapporti di famiglia, ecc.: art. 52 del Codice).

b) Nomi delle vittime, dei testimoni e di altre persone

Un particolare rigore nel valutare l'essenzialità dell'informazione rispetto ad un fatto di cronaca andrà osservato dal giornalista con riferimento ai nomi delle vittime di reato, anche al di fuori dei casi in cui sussistono limiti specifici

Nel procedere a tale valutazione possono assumere rilievo, unitamente o separatamente, il tipo di conseguenze subite da parte della vittima, il decorso del tempo, la volontà eventualmente espressa dalla stessa nonché i possibili rischi per la vittima medesima.

In primo luogo, dunque, ragioni di riservatezza e di tutela dei dati potranno prevalere quando l'episodio di cui l'interessato è stato vittima ha provocato conseguenze di carattere permanente sulla sua salute fisica e/o psicologica. In secondo luogo, la stessa cautela dovrà essere adottata quando il giornalista si trovi a trattare episodi di cronaca verificatisi nel passato: ciò, al fine di evitare che alla sofferenza pregressa patita dall'interessato si aggiunga quella di essere sottoposto (nuovamente) alla pubblica attenzione.

Le medesime ragioni di tutela dei dati personali potranno altresì prevalere nei casi in cui la vittima abbia manifestato la volontà che i propri dati non siano resi pubblici (fermo restando il fatto che il giornalista può procedere alla pubblicazione dei diversi dati anche in

assenza del consenso da parte degli interessati). Tale principio trova fra l'altro fondamento nella possibilità, per ogni soggetto interessato, di opporsi anche in anticipo per motivi legittimi alla pubblicazione (art. 7, comma 4, lett. a) del Codice privacy).

Infine, il giornalista dovrà tener conto della possibilità che la diffusione sull'avvenuto reato ai danni di una determinata persona possa comportare rischi per la stessa, anche in relazione alla possibile ripetizione dello stesso reato nei suoi confronti.

Anche con riferimento ai nomi dei testimoni (e di persone che collaborano a vario titolo alle attività di giustizia) – e al di là dei limiti già previsti da disposizioni specifiche – prevalgono tendenzialmente ragioni di riservatezza. Pure in questo caso è difficile fare generalizzazioni, non potendosi escludere la possibilità di diffondere l'identità e altre informazioni concernenti un testimone quando tale conoscenza sia essenziale rispetto alla notizia pubblicata.

Riguardo ai nomi di familiari e conoscenti di persone interessate da vicende giudiziarie, il giornalista, fatta salva la sussistenza di specifici divieti, potrà eventualmente rendere noti i dati relativi a persone che risultano direttamente coinvolte in tali vicende, astenendosi invece dal diffondere i nomi e altre informazioni che riguardino persone che non risultano coinvolte nelle indagini e che appaiono invece collegate ai protagonisti dei fatti narrati, ad esempio, solo in ragione di precedenti relazioni sentimentali e convivenze avute con le stesse, ovvero in virtù di mere circostanze di fatto (ad es.dovrà essere omessa l'identità di colui che risulta essere proprietario dell'immobile dove si è consumato un delitto). Principi questi che hanno trovato più volte richiamo da parte del Garante e dell'Autorità giudiziaria con riferimento, ad esempio, alla pubblicazione del contenuto delle trascrizioni di intercettazioni telefoniche e ambientali.

Dati sulla salute e sulla vita sessuale

Particolari cautele sono prescritte al giornalista con riguardo alla circolazione di informazioni relative allo stato di salute, soprattutto quando la notizia riguarda persone – anche solo indirettamente identificabili – interessate da malattie gravi e irreversibili. La necessità di proteggere tali persone da un'indebita intrusione sui loro fatti di vita e sulle loro scelte da parte dei mezzi di comunicazione giustificano pertanto gli interventi decisi dal Garante, come è avvenuto, ad esempio,

per il caso della ragazza affetta dal morbo della c.d. "mucca pazza" o, di recente, per la donna balzata sulle prime pagine dei giornali per il suo rifiuto di sottoporsi ad un intervento chirurgico (ritenuto dai medici necessario per la salvarle la vita). Quando simili informazioni vengono fornite dagli stessi interessati (ad esempio, mediante un'intervista) il giornalista può invece renderle pubbliche assicurando in ogni caso che tale operazione non pregiudichi la dignità degli interessati medesimi.

Le informazioni relative alla sfera sessuale delle persone godono di una particolare protezione, analogamente a quelle relative allo stato di salute.

Al di fuori di tali ipotesi o di altre analoghe, il giornalista è chiamato ad effettuare un vaglio particolarmente attento sull'essenzialità di tale tipo di informazione nel contesto della notizia riportata, allo scopo di tutelare la dignità degli interessati ed evitare ingiustificate spettacolarizzazioni o strumentalizzazioni di scelte personali. Ciò, anche quando la notizia riguardi personaggi pubblici (appartenenti, ad es., al mondo dello spettacolo o dello sport).

Fermo restando quanto sopra, nel riferire fatti di cronaca collegati ad abitudini o orientamenti sessuali di una persona si rivelerà in certi casi opportuno tutelare l'interessato, non solamente mediante l'omissione delle sue generalità, ma anche evitando di divulgare elementi che consentono una sua identificazione anche solo nella cerchia ristretta di familiari e conoscenti. Ciò, in ragione del fatto che le informazioni diffuse possono rivelare aspetti della vita dell'interessato medesimo, eventualmente non noti alla suddetta cerchia di persone.

Margini più ampi per la diffusione di dati relativi allo stato di salute o alle abitudini sessuali – anche in assenza del consenso dell'interessato – possono essere previsti con riferimento a persone che godono di particolare notorietà, eventualmente anche in ambito locale, in ragione del ruolo o funzione ricoperti. Ciò, però, solo quando l'informazione possa assumere rilievo sul loro ruolo e sulla loro vita pubblica e non vengano diffusi precisi dettagli. In questi termini potrà, ad esempio, essere rilevante l'informazione relativa alla malattia che ha colpito un uomo politico o altra personalità di rilievo pubblico ove ciò sia necessario al fine di informare il pubblico sulla possibilità che ha lo stesso uomo di continuare a svolgere il proprio incarico.

L’attuazione delle misure organizzative previste per gli organismi sanitari dall’art. 83 del Codice privacy potrà infine essere di ausilio per chiarire entro quali limiti possono essere fornite, anche per telefono, informazioni a familiari e a terzi circa il ricovero, il passaggio in pronto soccorso, il decesso, ecc.

STATI UNITI

33 F.Supp.2d 867 Page 1
1999 Copr.L.Dec. P 27,872, 50 U.S.P.Q.2d 1195, 27 Media L. Rep. 1527
(Cite as: 33 F.Supp.2d 867)

United States District Court,
C.D. California.
Dustin HOFFMAN, Plaintiff,
v.
CAPITAL CITIES/ABC, INC., Fairchild Publications, Inc., and Los Angeles Magazine, Inc., Defendants.
No. CV 97-3638 DT (Mcx).
Jan. 22, 1999.

***869** Bertram Fields, Charles N. Shephard, Aaron J.Moss, Greenberg Glusker Fields Claman & Machtinger, LLP, Los Angeles, CA, for plaintiff.
Steven M. Perry, Steven B. Weisburd, Munger,Tolles & Olson, LLP, Los Angeles, CA, for defendants.

COURT'S MEMORANDUM OF DECISION,
FINDINGS OF FACT AND CONCLUSIONS OF LAW
TEVRIZIAN, District Judge.

I
MEMORANDUM OF DECISION

The above action came on regularly for trial on January 12, 13, 14 and 15, 1999.

Greenberg Glusker Fields Claman & Machtinger, LLP by Charles N. Sheppard, Esq. and Aaron J. Moss, Esq., appeared for Plaintiff, Dustin Hoffman.

Munger, Tolles & Olson, LLP by Steven M. Perry, Esq. and Steven B. Weisburd, Esq., appeared for Defendants, Los Angeles Magazine, Inc. and ABC, Inc. (formerly known as Capital Cities/ABC, Inc.).

Evidence was presented to the Court sitting without a jury. Oral argument made on behalf of the respective parties was presented and considered by the Court. The Court, now feeling fully advised, rules as follows:

1. Defendant ABC, Inc.'s Motion for Judgment pursuant to Federal Rule of Civil Procedure 52(c) is granted. The Court finds that insufficient evidence was presented to the Court on the theories of ratification and/or alter ego to hold Defendant, ABC, Inc., liable;
2. Plaintiff is entitled to judgment as against Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., in the total sum of $1,500,000 for compensatory damages on all causes of action asserted by Plaintiff as against Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.;
3. Plaintiff is entitled to an award of punitive damages as against Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., in a sum to be ascertained after further evidence is presented to the Court. Evidence on this issue will be presented to the Court on January 28, 1999, at 9:30 a.m. in this Courtroom. The Court finds, pursuant to clear and convincing evidence, that the conduct of Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., was willful, malicious and in conscious disregard of Plaintiff's rights pursuant to California Civil Code Section 3294 in that said Defendant has been guilty of oppression, fraud and malice as defined in the said civil code section;
4. Plaintiff is entitled to an award of attorney's fees in an amount to be fixed by the Court pursuant to California Code of Civil Procedure, Section 3344(a) and Section 35 of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1117(a); and,
5. Plaintiff is entitled to costs of suit as against Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.

II
FINDINGS OF FACT

Plaintiff, Dustin Hoffman, is a highly successful and recognizable motion picture actor. For the past thirty years he has appeared in scores of motion pictures and has received numerous honors, including six Academy Award nominations and two Academy Awards. He has also been nominated and has been awarded a Golden Globe Award and an Emmy Award for his work. It can be said that Mr. Hoffman is truly one our country's living treasures, joining the ranks of an exclusive handful of motion picture talent.

The right to use Plaintiff's name and likeness is an extremely valuable commodity and ***870** privilege not only because of Mr. Hoffman's stature as an actor, but because he does not knowingly permit commercial uses of his identity. [FN1] Since appearing in the film *The Graduate,* Mr. Hoffman has scrupulously guided and guarded the manner in which he has been shown to the public. Plaintiff maintains a strict policy of not endorsing commercial products for fear that he will be perceived in a negative light by his peers and motion picture industry executives, suggesting that his career is in 33 F.Supp.2d 867 decline and that he no longer has the business opportunities or the box office draw as before.

FN1. In 1966/67, prior to the making of the motion picture classic *The Graduate,* Mr. Hoffman did appear in a commercial for Volkswagen. In addition, in December of 1988, prior to the release of the movie *Rainman,* Mr. Hoffman consented to the use of his name and likeness in connection with a promotion for that picture which appeared in the December 1988 edition of GQ. In the January 1999 edition of *Harper's Bazaar,* Mr. Hoffman expressly consented to be photographed in the manner depicted with no commercial endorsement intended.

Defendant, ABC, Inc. (formerly known as Capital Cities/ABC, Inc.), is owned by the Walt Disney Company. ABC, Inc. owns 100% of Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., the publisher of *Los Angeles Magazine.* While many officers and corporate directors of ABC, Inc. serve on the Board of Directors of Los Angeles Magazine, Inc., insufficient evidence was presented to the Court to hold Defendant, ABC, Inc., liable on the theories of ratification and/or alter ego. In fact, the operative pleadings are silent as to these theories.

At Page 118 of its March 1997 issue, *Los Angeles Magazine* published a photograph of Mr. Hoffman as he appeared to have appeared in the successful 1982 motion picture *Tootsie,* and through a process of technology employing computer imaging software, manipulated and altered the photograph to make it appear that Mr. Hoffman was wearing what appeared to be a contemporary silk gown designed by Richard Tyler and high-heel shoes designed by Ralph Lauren. Page 118 also contained the following text: "Dustin Hoffman isn't a drag in a butter-colored silk gown by Richard Tyler and Ralph Lauren heels."
Mr. Hoffman's photograph and name appeared in conjunction with an article entitled, "Grand Illusions," published on Pages 104 through 119 of the March 1997 issue of *Los Angeles Magazine.* The magazine article

used computer technology to merge famous still photographs of famous actors/actresses, many of whom are now deceased, from classic films with photographs of body models wearing spring 1997 fashions identifying the designers of the articles of clothing used in the cannibalized photographs. Many of the articles of clothing used in the magazine article were designed by designers who were major advertisers in *Los Angeles Magazine* at the time of publication. The "Grand Illusions" article references a "shopping guide" that provides price and store information for the clothing used in the magazine article on Page 147. The photograph that is the subject of the present litigation used in the "Grand Illusions" article was, as stated before, a still from the film *Tootsie,* which starred Dustin Hoffman. The original still photograph depicted Mr. Hoffman entirely, in character, wearing a long red dress and standing in front of an American flag with the printed material, "What do you get when you cross a hopelessly straight starving actor with a dynamite red sequined dress?" and "You get America's hottest new actress." The new composite computer-generated photograph that appeared in the "Grand Illusions" article incorporated only Mr. Hoffman's face and head and the American flag from the original still photograph, and a new photograph of a male model's body clothed in the silk gown designed by Richard Tyler and highheel shoes designed by Ralph Lauren. On Page 7 of the magazine, a still photograph of Humphrey Bogart and Ingrid Bergman appeared with the caption: "ON THIS PAGE. Fashion photographed by Alberto Tolot. Digital composite by ZZYZX. See 'Shopping Guide' on Page 147 for details." Also contained on the same page was the following: "104 GRAND ILLUSIONS. By using state-of-the-art digital magic, we clothed some of cinema's most enduring icons in fashions by the hottest designers." ***871** At Page 10 of the magazine, the Editor-in- Chief of the *Los Angeles Magazine* wrote: "... The movie stills in our refashioned spectacular, 'Grand Illusions' (Page 104), have appeared before--in fact, they're some of the most famous images in Hollywood history. But you've never seen them quite like this. Cary Grant, for example, is still ducking that pesky plane in *North by Northwest,* but now he is doing it as a runway model, wearing a suit from Moschino's spring collection." "We know purists will be upset, but who could resist the opportunity to produce a 1997 fashion show with mannequins who have such classic looks?" Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., did not seek or obtain permission from Mr. Hoffman to use his name or likeness in the March 1997 issue of *Los Angeles Magazine* and, in particular, did not obtain Mr. Hoffman's consent to commercially endorse or "shill" for any fashion designer or advertiser or the magazine. Defendant, Los Angeles

Magazine, Inc., did not seek or obtain the permission of Columbia Pictures to use any image from *Tootsie* in the March 1997 issue of *Los Angeles Magazine.*

Defendants, Los Angeles Magazine, Inc. and ABC, Inc., have contended throughout this litigation that Plaintiff's state claims are preempted by the Federal Copyright Act and that the holder of the copyright is the proper party. This Court finds Defendants' argument regarding preemption to be unavailing.

[1][2] This Court finds that Section 301 of the Copyright Act imposes a two-part test for preemption. First, the work at issue "must come within the 'subject matter of copyright' as defined in sections 102 [FN2] and 103 [FN3] of the Copyright Act." *See Del Madera Properties v. Rhodes & Gardner, Inc.,* 820 F.2d 973, 976 (9th Cir.1987). Second, "the rights granted under state law must be 'equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright as specified by Section 106 [FN4] [of the Copyright Act]'." *Id.* The second prong of *Del Madera* requires that "to survive preemption, the state cause of action must protect rights which are qualitatively different from the copyright rights ... The state claim must have an 'extra element' which changes the nature of the action." *Id.* at 977 (citations omitted). With respect to each of the state law claims in the present case, it is evident that the preemption doctrine does not apply.

FN2. Section 102 provides copyright protection for "original works of authorship fixed in any tangible medium of expression," including "literary work" and "pictorial, graphic, and sculptural works." 17 U.S.C. § 102.

FN3. Section 103 extends copyright protection to "compilations and derivative works" utilizing material protected under Section 102. 17 U.S.C. § 103.

FN4. Section 106 identifies a copyright owner's "exclusive rights to do and to authorize" the reproduction, distribution, public performance and display of copyrighted works. 17 U.S.C. § 106.

[3] Plaintiff's right of publicity claims proceed under the theory that Defendants' computerized manipulation of the *Tootsie* image and Defendants' publication of that manipulated image amount to an unauthorized use of Plaintiff's name and likeness. Plaintiff argues that

his right to protect the use of his own name and image is separate from the copyrighted interest of Columbia in the motion picture *Tootsie.* Thus, argues Plaintiff, the first prong of the *Del Madera* preemption test is not met in the present case. This Court agrees. Plaintiff's own likeness and name cannot seriously be argued to constitute a "work of authorship" within the meaning of 17 U.S.C. § 102. Thus, copyright preemption does not apply.

Michael Caruso, the Editor-in-Chief, was hired to raise the profile of *Los Angeles Magazine* and to draw attention to a periodical that had previously not received much attention. Mr. Caruso felt that it was his responsibility to "rev the magazine up to the volume of the city." One way to accomplish this was through the prominent use of celebrities in the magazine.

During Mr. Caruso's tenure, *Los Angeles Magazine* published semi-annual "fashion" pieces. In its March 1996 issue, *Los Angeles Magazine* featured Grammy-nominated singers who expressly gave their consent to model the clothes. In its October 1996 issue, Defendant used television comediennes who ***872** also expressly consented to model the clothes. For its March 1997 issue, *Los Angeles Magazine* decided to use famous motion picture actors to model clothes, but it had no intention of paying the significant sums it would cost to obtain their consent.

Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., was aware that celebrities are sensitive and particular regarding the manner in which they are depicted in photographs. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., did not want the celebrities they were going to use to be "upset" or "degraded" by the manner in which they were portrayed in the March 1997 issue of *Los Angeles Magazine.* Despite these purported concerns,

Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., made absolutely no effort to contact the celebrities to see if they would consent to being portrayed in clothes that they never actually wore. The reason permission was not sought is because Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., knew, or should have known, that the celebrities either would not consent or, alternatively, would demand payment for the fair market value for the right to utilize their names and likenesses in this manner for commercial exploitation. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., obtained the celebrity photographs used in the March 1997 issue from photo archive companies. One of the companies that supplied photographs for the

article, the Motion Picture and Television Photo Archive, specifically included a provision in its contract with *Los Angeles Magazine* that prohibited the stills from being altered or digitized through the use of a computer. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., completely ignored this contractual restriction.

The Kobal Collection, another photo archive which provided stills to *Los Angeles Magazine* (including the *Tootsie* photo directly at issue in this case), had a provision in paragraph 8 of the terms and conditions of its contract stating that the photos it was loaning could not leave Defendant's possession. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., completely ignored this contractual restriction and physically sent the *Tootsie* photograph to ZZYZX Visual Systems, a digital imaging company, for the express purpose of creating the manipulated and doctored photograph.

Knowing that the supplying companies would not permit their photographs to be altered, Defendant, Los Angeles Magazine, Inc. concealed its true intention and represented that it wanted to use Mr. Hoffman's photo for an article on "Hollywood Fashion," leading the photograph supplier to believe that the magazine was preparing a review of costumes that had been depicted in famous films, rather than a series of computer-doctored images putting celebrities into designer clothes they never wore, in film or otherwise.

Plaintiff, Dustin Hoffman, has been damaged by Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., for the unauthorized use of his name and likeness to endorse and promote articles of clothing designed by Richard Tyler and Ralph Lauren. In addition, Plaintiff, Mr. Hoffman, has been damaged by Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., for the unauthorized use of his name and likeness as a "runway model."

[4] The fair market value of Plaintiff's damages is the value that a celebrity of Mr. Hoffman's reputation, appeal, talent and fame would bring in the open market for this type of one-time use in a publication in a regional magazine, in the Los Angeles market area. The Court has considered the following five (5) factors in making its award:

1. Stature of Plaintiff in the motion picture industry for the past thirty (30) years;
2. The first-time use of Mr. Hoffman's name and likeness in a non-movie promotional context;

3. Self-perception by Plaintiff of what impact the commercial use of Plaintiff's name and likeness would have on executives in the motion picture industry as being less of a box office draw;
4. Uniqueness of opportunity in the role and character Plaintiff had created in the motion picture *Tootsie;* and,
5. The fact that the periodical involved was a regional periodical in the home town of the motion picture industry.

***873** After considering these five (5) factors, this Court finds the Fair Market Value of Plaintiff's name and likeness used for endorsement purposes to be $1,500,000.

[5] The Court also finds that Plaintiff has established by clear and convincing evidence that Plaintiff is entitled to an award of punitive damages pursuant to California Civil Code Section 3294. The unauthorized use of Plaintiff's name and likeness to promote the interests of *Los Angeles Magazine* in the manner depicted by the evidence introduced during this trial crossed over the line between editorial content and advertising. The photographs were manipulated and cannibalized to such an extent that the celebrities were commercially exploited and were robbed of their dignity, professionalism and talent. To be blunt, the celebrities were violated by technology.

Allowing this type of deceptive conduct to continue under the guise of First Amendment protection would lead to further technological mischief. The First Amendment provides extremely broad protection but does not permit unbridled exploitive speech at the expense of Mr. Hoffman and his distinguished career.

TO THE EXTENT THAT ANY OF THE CONCLUSIONS OF LAW SET FORTH BELOW ARE DEEMED TO BE FINDINGS OF FACT, THEY SHALL BE CONSIDERED PART OF THIS SECTION.

III
CONCLUSIONS OF LAW

[6][7] 1. Under the common law, the right of publicity protects a plaintiff from having his/her name and likeness appropriated for the defendant's advantage. "A common law cause of action for appropriation of name or likeness may be pleaded by alleging: (1) the defendant's use of the plaintiff's identity; (2) the appropriation of plaintiff's name or likeness to defendant's advantage, commercially or otherwise; (3) lack

of consent; and (4) resulting injury." *Eastwood v. Superior Court,* 149 Cal.App.3d 409, 417, 198 Cal.Rptr. 342 (1983).

[8] 2. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s conduct violates Mr. Hoffman's common law right of publicity, because: (a) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness at Page 118 of the March 1997 issue of *Los Angeles Magazine;* (b) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness for its own advantage to sell magazines, advertise and promote designer clothing; (c) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., did not obtain Mr. Hoffman's consent to utilize his name or likeness in *Los Angeles Magazine;* and (d) Mr. Hoffman has suffered injury and damage to his property rights as a result of the unauthorized use of his name and likeness by Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., in that he was unable to reap the commercial value or control the use to which his name and likeness were put. *See Waits v. Frito-Lay, Inc.,* 978 F.2d 1093, 1103 (9th Cir.1992).

3. California Civil Code Section 3344 provides a remedy separate and distinct from the common law right of publicity. The right of publicity statute provides, in pertinent part: Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent ... shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof.

[9] 4. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s conduct violates Mr. Hoffman's statutory right of publicity because: (a) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., knowingly used Mr. Hoffman's name and likeness; (b) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness on or in products, merchandise or goods, namely, *Los Angeles Magazine;* (c) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of products, merchandise, or goods, namely, Richard Tyler gowns, Ralph Lauren shoes, and *Los Angeles Magazine;* (d) Defendant, Los Angeles ***874** Magazine, Inc., utilized Mr. Hoffman's name and likeness without obtaining his prior consent; and (e) Mr. Hoffman has suffered injury and damage to his property rights as a result of the unauthorized use of his name and likeness by Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., in that he was unable to reap

the commercial value or control the use to which his name and likeness were put. *See Waits v. Frito-Lay, Inc.,* 978 F.2d 1093, 1103 (9th Cir.1992).

5. Section 43 of the Lanham Act prohibits the use of any word, term, name, symbol or device which is likely to deceive and confuse consumers as to the association, sponsorship, or approval of goods by another person. 15 U.S.C. § 1125(a); *Waits v. Frito-Lay, Inc.,* 978 F.2d 1093, 1107 (9th Cir.1992). The Lanham Act has been frequently invoked in this Circuit where celebrities' identities have been used without their consent and in a manner which makes it appear that the celebrities are associated with, sponsoring or endorsing commercial activities when, in fact, they are not. *See White v. Samsung Electronics America, Inc.,* 971 F.2d 1395, 1399 (9th Cir.1992); *Waits v. Frito-Lay, Inc.,* 978 F.2d 1093, 1106 (9th Cir.1992); *Abdul-Jabbar v. General Motors Corp.,* 85 F.3d 407, 410 (9th Cir.1996).

[10] 6. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s conduct violates Section 43 of the Lanham Act because: (a) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness; (b) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness in a manner which was likely to confuse consumers as to whether Mr. Hoffman was associated with, sponsored, approved, or endorsed *Los Angeles Magazine* or the depiction of his image in *Los Angeles Magazine;* (c) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness in a manner which was likely to confuse consumers as to whether Mr. Hoffman was associated with, sponsored, approved, or endorsed *Los Angeles Magazine* or the designer clothes and shoes which he appears to be wearing in *Los Angeles Magazine;* and (d) Mr. Hoffman has suffered injury and damage as a result of the unauthorized use of his name and likeness by Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., in that he was unable to reap the commercial value or control the use to which his name and likeness were put. *See Waits v. Frito- Lay, Inc.,* 978 F.2d 1093, 1103 (9th Cir.1992).

7. Unfair competition is defined to "mean and include any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice and unfair, deceptive, untrue or misleading advertising ..." California Business and Professions Code Section 17200. The California Supreme Court has repeatedly given the broadest possible definition to the term "unfair competition." *Committee on Children's Television, Inc. v. General Foods Corp.,* 35 Cal.3d 197, 209, 197 Cal.Rptr. 783, 673 P.2d 660 (1983).

[11] 8. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s conduct violates principles of unfair competition as codified in California Business and Professions Code Section 17200 *et seq.,* because: (a) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness; (b) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness in an unlawful, unfair, or fraudulent manner; (c) Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., used Mr. Hoffman's name and likeness in a manner constituting unfair, deceptive, untrue or misleading advertising; and (d) Mr. Hoffman was injured and suffered damage as a result of Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s conduct.

[12] 9. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s First Amendment defense is unavailing. The First Amendment does not protect the exploitative commercial use of Mr. Hoffman's name and likeness. The *Los Angeles Magazine* article provided no commentary on fashion trends and no coordinated or unified view of current fashions. The article contains no statement that any particular style of clothes is in vogue, that any particular color is becoming popular, or that any type of fabric is attracting the attention of designers. It merely used randomly selected designer clothes to attract attention when "worn" by the computer-manipulated, involuntary, celebrity models. Moreover, the use of Mr. Hoffman's name and likeness was wholly unnecessary to deliver whatever message ***875** Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., claims the *Los Angeles Magazine* article contained.

[13] 10. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s First Amendment defense is also unavailing because the First Amendment does not protect knowingly false speech. *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710, 11 L.Ed.2d 686 (1964). *Los Angeles Magazine* fabricated an image of Dustin Hoffman using computer digitalization techniques, and then published that image knowing it was false. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., knew that Mr. Hoffman had never worn the designer clothes he was depicted as wearing, and that what they were showing was not even his body. Moreover, Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., admitted that it intended to create the false impression in the minds of the public "that they were seeing Mr. Hoffman's body."

11. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s copyright preemption defense is unavailing. What Mr. Hoffman seeks to protect--his name, face and persona-- are not "writings" or "works of authorship" that come within the subject matter of copyright. 17 U.S.C. § 301. Moreover, the

rights that Mr. Hoffman seeks to protect are not "equivalent" to the rights protected by the Copyright Act. The claims asserted by Mr. Hoffman involve extra elements that are different in kind from those in a copyright infringement case. 17 U.S.C. § 301.

[14][15] 12. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s "news" or "public affairs" defense to Mr. Hoffman's statutory right of publicity claim does not apply. California Civil Code § 3344(d). The Section 3344(d) exemption to California's statutory right of publicity does not apply when a party uses the name or likeness of another in a knowingly false manner. *Eastwood v. Superior Court,* 149 Cal.App.3d 409, 425, 198 Cal.Rptr. 342 (1983). Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., knew that Mr. Hoffman had never worn the clothes he was depicted as wearing, and that what they were showing was not even his body.

13. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s "news" or "public affairs" defense also does not apply because the *Los Angeles Magazine* article is not really a presentation of fashion news or affairs, in that the designer-identified clothes selected for the article were not unified by, or representative of, any particular theme or point of view about fashion. The use of Mr. Hoffman's famous face bears no reasonable (or other) relationship to the fashions themselves, but only serves to attract attention to the magazine. The article does not even constitute "news" about Mr. Hoffman's clothing preferences because Mr. Hoffman never wore those designer clothes.

14. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s "news" or "public affairs" defense does not apply because even in the case of a bona fide and traditional news or public affairs report, the right of publicity permits the use of a person's likeness only to the limited extent reasonably required to convey the news to the public. *See Zacchini v. Scripps- Howard Broadcasting Co.,* 433 U.S. 562, 97 S.Ct. 2849, 53 L.Ed.2d 965 (1977) (holding that television news broadcast of plaintiff's entire human cannonball act violated plaintiff's right of publicity). In this case, *no* part of Mr. Hoffman's likeness was reasonably required to convey what Defendant, Los Angeles Magazine, Inc., claims was the newsworthy aspect of its article.

[16] 15. Defendant, Los Angeles Magazine, Inc.'s "fair use" defense under the Lanham Act is unavailing. The use of Mr. Hoffman's name and likeness in *Los Angeles Magazine* was not merely descriptive. Rather, the use suggested Mr. Hoffman's sponsorship and endorsement of *Los*

Angeles Magazine and the designer clothes that he appeared to be wearing in the photograph.

16. In connection with each of his four claims, Mr. Hoffman is entitled to compensatory damages in the amount of $1,500,000.00, which represents the fair market value of the right to utilize Mr. Hoffman's name and likeness in the manner in which it was used by *Los Angeles Magazine.*

17. Mr. Hoffman is entitled to punitive damages in an amount to be fixed by the Court after presentation of additional evidence on the ground that Defendant, Los ***876** Angeles Magazine, Inc.'s unauthorized use of his name and likeness was willful and was done in conscious disregard of Mr. Hoffman's rights.

18. Mr. Hoffman is entitled to an award of attorney's fees in an amount to be fixed by the Court after presentation of additional evidence pursuant to California Civil Code Section 3344(a) and Section 35 of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1117(a).

TO THE EXTENT THAT ANY OF THE FINDINGS OF FACT ABOVE ARE DEEMED TO BE CONCLUSIONS OF LAW, THEY SHALL BE CONSIDERED PART OF HIS SECTION.

IN THE COURT OF APPEAL OF THE STATE OF CALIFORNIA
SECOND APPELLATE DISTRICT DIVISION EIGHT

KIERIN KIRBY,
Plaintiff and Appellant,
v.
SEGA OF AMERICA, INC. et al.,
Defendants and Respondents.

B183820
(Los Angeles County
Super. Ct. No. BC294679)

APPEAL from a judgment of the Los Angeles Superior Court. James C. Chalfant,
Judge. Affirmed and remanded with directions.

Blecher & Collins, Maxwell M. Blecher and Courtney A. Palko for Appellant.

Baker & McKenzie, Tod L. Gamlen, Keith L. Wurster and Christopher J. Keller for Respondents Sega of America, Inc., AGETEC, Inc. and THQ, Inc.

SUMMARY

A celebrity sued distributors of a video game alleging that, in creating a character in the video game, the distributors misappropriated her likeness and identity in violation of state and federal law. The distributors moved for summary judgment asserting the 2 First Amendment provided a complete defense to each of the celebrity plaintiff's claims. The trial court agreed, granted the motions, and subsequently awarded the distributors mandatory attorney's fees, as prevailing parties under Civil Code section 3344, subdivision (a). We affirm the judgment and remand for a determination regarding the amount of attorney's fees.

FACTUAL AND PROCEDURAL BACKGROUND

From 1986 to approximately 1995, appellant Keirin Kirby, professionally known as "Lady Miss Kier," "Miss Kier" or "Lady Kier" (hereafter, Kirby) was the lead singer of a retro-funk-dance musical group known as "Deee-Lite" which was popular in the early 1990's. Deee-Lite made five

albums which were distributed and sold throughout the world. The band was best known for its song "*Groove is in the Heart*" from its first album released in 1990. The song's music video, which received extensive airplay on MTV, features band members clad in "funky retro outfits, vivid graphics, groovy dance moves, a futuristic setting and an overall party feel."

In addition to being a musician, Kirby is a dancer, artist, choreographer and fashion designer. Kirby insists that, as "Lady Kier," she developed a "specific, distinctive . . . look," of a "fashionable, provocative, and funky diva-like artistic character." Kirby claims her "unique public identity," which combines retro and futuristic visual and musical styles, results from her signature costumes and lyrical expression. Kirby's costumes included platform shoes, knee-socks, brightly-colored form-fitting clothes and unitards, short pleated or cheerleader-type skirts, bare midriffs, cropped tops with words or a numeral written on the chest, space or other helmets, a blue backpack, and red/pink hair worn in a "page-boy flip" held back by a headband, pigtails and other styles. Kirby alleges her "signature" lyrical expression, with which she introduces herself in the opening of the music video for "*Groove is in the Heart*," and which is included in three of her songs, is "ooh la la." Kirby claims substantial, commercially valuable goodwill in her sound, appearance, persona and likeness.
Deee-Lite disbanded by the mid-1990's. Since then, Kirby has been involved in preparing – but has not released – an album of her own, and does not pursue publicity or grant press interviews. She alleges she has been and is regularly approached by advertisers and manufacturers interested in licensing her name and likeness to sell products. Kirby declines most offers, but derives some income from commercial endorsements.

Respondents are distributors of a videogame called "Space Channel 5" (SC5, or the game). SC5 was created from 1997-1999 by Takashi Yuda, an employee of Sega Japan, and was released in Japan in December 1999. Yuda originally conceived the main character as a male, but changed the character to a female in order to develop a video game to appeal to girls. Yuda testified the name "Ulala" was a derivative of a Japanese name "Urara," modified to make it easier for English-speakers to pronounce. Yuda claims he developed the Ulala character based on the "anime" style of Japanese cartoon characters, and denied using Kirby as a reference. Ulala has six main dance moves (up, down, right, left, forward and backward). The character's dance moves were created

by Nahoko Nezu, a Japanese choreographer and dancer. Nezu's dance moves were hers alone. At the time she created the moves, Nezu did not know Kirby, and had not ever heard of her. Nezu created and performed dance moves for Ulala at Yuda's direction. He videotaped the moves and used the tapes to create Ulala's dance moves in the game. The musical theme song for SC5 is "*Mexican Flyer*." That song, written in the 1960's, is performed by composer Ken Woodman. The music is not based on, or used in reference to, any music by Deee-Lite or Kirby.

The game, set in outer space in the 25th Century, features the computer-generated image of a young, fictional elongated and extremely thin female reporter named "Ulala" who works for a news channel called Space Channel 5. In the game, Ulala wears a few different costumes, but is primarily seen in an almost entirely orange outfit which includes a midriff-exposing top bearing the numeral "5," a mini-skirt, elbow-length 4 gloves, and stiletto-heeled, knee-high platform boots. Her hot pink hair is always worn in short pigtails placed high on the back of her head, and she wears a blue headset and jet pack and a blue gun holster strapped to her right thigh. Orange and blue were chosen as the primary colors for Ulala's costume because orange is the official color of Dreamcast, and the corporate color of Sega Japan is blue. In the game, Ulala is dispatched to investigate an invasion of Earth by danceloving aliens who shoot earthlings with ray guns, causing them to dance uncontrollably. During her investigation, Ulala encounters the aliens and competitor reporters.

The player attempts to have Ulala match the dance moves of the other characters. If successful, the player acquires points, eliminates certain characters, and causes others to become part of Ulala's dance troupe. The player moves to higher levels of more difficult play until he or she reaches a final level and a surprise ending to Ulala's story. One character at the final level is known as "Space Michael." It was created to resemble the celebrity Michael Jackson, who performed the character's voice and receives credit in the game.

Several promotional products are associated with the game. Sega produced a give-away promotional video with samples of music from SC5. Sega also sub-licensed the sale of three Ulala-related products in the United States: (1) a strategy guide for playing SC5; (2) a lunch box displaying characters from the game, including Ulala; and (3) a "Hot Wheels" car containing a picture of Ulala.

Respondent Sega of America, Inc. (Sega) released a "localized" version of the game in North America in June 2000. The localized North American version differs from the Japanese version in that voices are different, and the language is changed to English.

In July 2000, Kirby was contacted by PD*3 Tully Co. (PD3), a firm retained by a subsidiary of Sega Japan, in connection with its effort to launch a version of SC5 in England. PD3 was considering using one of several music videos or songs, including 5 *Groove is in the Heart*, to promote the game. PD3 contacted Kirby to determine if she was interested in promoting the SC5 in England and, possibly, Europe. Kirby was not. Under a license granted by Sega Japan, respondent THQ, Inc. (THQ) was authorized to release and market a hand-held version of SC5 in June 2003 for use on the Nintendo Gameboy Advance platform. Later that year, respondent Agetec, Inc. (Agetec) received Sega's authorization to market a special edition of the game for the "Playstation 2" platform[1].

Kirby initiated this action in April 2003. The operative second amended complaint alleges causes of action for: (1) common law infringement of the right of publicity; (2) misappropriation of likeness (Civ. Code, § 3344); (3) violation of the Lanham Act (15 U.S.C. § 1125(a)); (4) unfair competition (Bus. & Prof. Code, § 17200); (5) interference with prospective business advantage; and (6) unjust enrichment. Kirby alleged respondents wrongfully used her name, likeness and identity in developing and marketing the game and, specifically, its Ulala character.

Sega, Agetec and THQ each moved for summary judgment asserting Kirby could not establish all elements of her claims and, even if she could, the First Amendment provided a complete defense to the entire action[2]. The motions were granted after the trial court found all claims constitutionally foreclosed.

Respondents subsequently moved for a "mandatory" award of attorneys fees in the amount of approximately $763,000, collectively. (Civ. Code, § 3344, subd. (a).) Kirby opposed the motion, arguing the "mandatory"

[1] The special edition consisted of SC5, originally published for the Dreamcast platform, and a sequel, SC5 Part 2, which had been released in Japan for both the Dreamcast and Playstation 2 platforms.

[2] Sega also argued the action was barred by the statute of limitations, and Agetec and THQ asserted the defense of laches. The trial court declined to address those arguments, which are not at issue in this appeal

fee provision of Civil Code section 3344 created public policy concerns. She also asserted the amount of fees sought was unreasonable, any fees awarded must be apportioned among the state claims, and no fees should be awarded on the federal claim. The trial court declined to award fees on the Lanham Act claim and reduced the fee award to approximately $608,000, but granted the remainder of the motion. This appeal followed.

DISCUSSION

1. Standard of review

The standard of review articulated by the Supreme Court applies in this case. In *Aguilar v. Atlantic Richfield Co.* (2001) 25 Cal.4th 826 (*Aguilar*), the Supreme Court described a party's burdens on summary judgment. "[F]rom commencement to conclusion, the party moving for summary judgment bears the burden of persuasion that there is no triable issue of material fact and that he is entitled to judgment as a matter of law." (*Id*. at p. 850.) " 'That is because of the general principle that a party who seeks a court's action in his favor bears the burden of persuasion thereon. [Citation.] There is a triable issue of material fact if, and only if, the evidence would allow a reasonable trier of fact to find the underlying fact in favor of the party opposing the motion in accordance with the applicable standard of proof. . . . [Citation.]' " (*TrafficSchoolOnline, Inc. v. Clarke* (2003) 112 Cal.App.4th 736, 738, 739.) A defendant moving for summary judgment satisfies its burden of showing a claim lacks merit if the defendant can show one or more elements of a cause of action cannot be established because the plaintiff does not possess and cannot reasonably obtain the evidence necessary to establish the claim, or a complete defense to that cause of action exists. (Code Civ. Proc., § 437c, subds. (*o*)(2), (p)(2).); *Aguilar*, *supra*, 25 Cal.4th at pp. 849, 854-855.) If this burden of production is met, the burden shifts to the plaintiff to set forth specific facts sufficient to establish a *prima facie* showing of the existence of a triable material issue of fact. (Code Civ. Proc., § 437c, subds. (*o*)(2), (p)(2); *Aguilar*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 854.)

In cases involving free speech, a speedy resolution is desirable because protracted litigation may chill the exercise of First Amendment rights. For that reason, summary 7 judgment is a favored remedy in free speech cases. (*Winter v. DC Comics* (2003) 30 Cal.4th 881, 891-892 (*Winter*); *Shulman v. Group W Productions, Inc.* (1998) 18 Cal.4th 200, 228.) Indeed, in an appropriation case not dissimilar from this one, the

Supreme Court instructed that: "courts can often resolve the question as a matter of law simply by viewing the work in question and, if necessary, comparing it to an actual likeness of the person or persons portrayed. Because of these circumstances, an action presenting this issue is often properly resolved on summary judgment . . . ." (*Winter, supra,* 30 Cal.4th at pp. 891-892.) The trial court's decision to enter summary judgment is reviewed de novo. However, if the decision is correct on any ground, the judgment must be upheld regardless of the reasons given by the trial court. (*TrafficSchoolOnline, Inc. v. Clarke*, *supra*, 112 Cal.App.4th at pp. 738-739.)

2. Material issues of fact exist as to whether Kirby's likeness or identity was appropriated.

a. The state statutory and common law claims of appropriation.
Kirby alleges both a common law and statutory appropriation claim, a claim for violation of the Lanham Act, and several claims related to unfair competition. Her claims are predicated on the same underlying misconduct, i.e., respondents' alleged misappropriation and exploitation of Kirby's likeness or identity as depicted by the game's Ulala character.

In the context of a celebrity, the "invasion of privacy" tort for appropriation turns on a right of publicity arising from commercially exploitable opportunities embodied in the plaintiff's likeness. (*Baugh v. CBS, Inc.* (N.D. Cal. 1993) 828 F.Supp. 745.) The cause of action may be both common law and statutory. The elements of a common law action are the unauthorized use of the plaintiff's identity to the defendant's advantage by appropriating the plaintiff's name, voice, likeness, etc., commercially or otherwise, and resulting injury. (*Eastwood v. Superior Court* (1983) 149 Cal.App.3d 409, 417, fn. 6.)

The statutory claim provides: "Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, . . . shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof." (Civ. Code, § 3344, subd. (a) [§ 3344, subd. (a)].) The legislative prohibition against the unauthorized appropriation of one's likeness was intended to complement, not supplant, common law claims for "right of publicity." (*Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.* (2001) 25 Cal.4th 387, 391 (*Comedy III*); *Eastwood v. Superior*

Court, *supra*, 149 Cal.App.3d at pp. 416-417.) The common law and statutory claims are similar but not identical, but both are involved here. A statutory cause of action for appropriation not only encompasses the common law elements, it requires a knowing use of the plaintiff's name, likeness, etc. (*Eastwood v. Superior Court, supra,* 149 Cal.App.3d at pp. 417-418; § 3344, subd. (a).) The privacy invasion is actionable under either the statute or common law regardless of whether the purpose is commercial. (See *KNB Enterprises v. Matthews* (2000) 78 Cal.App.4th 362, 367-368, fn. 5.)

Kirby repeatedly insists the trial court found, as a matter of law, that her "likeness and identity had been misappropriated." Her insistence is not supported by the record. The trial court found only the existence of material factual issues as to whether, by creating Ulala, respondents misappropriated Kirby's likeness and identity. Our review of the record reveals the court's conclusion was correct. The misappropriation of one's "likeness" refers to a person's visual image. (*Midler v. Ford Motor Co.* (9th Cir. 1988) 849 F.2d 460, 463.) Ulala resembles Kirby in certain respects. Certain of Ulala's characteristics and computer-generated features resemble Kirby's. Both images are thin, and have similarly shaped eyes and faces, red lips and red or pink hair. Both wear brightly-colored, form-fitting clothing, including short skirts and platform shoes in a 1960's retro style. In addition, Ulala's name is a 9 phonetic variant of "ooh la la," a phrase often used by Kirby and associated with Kirby. Finally, as the trial court pointed out, both Kirby and Ulala used the phrases "groove," "meow," "dee-lish," and "I won't give up." These similarities support Kirby's contention her identity was misappropriated.

However, Ulala and Kirby also differ in significant respects. Although Ulala dons assorted costumes in the game, she is seen most often with her hair in short, high pigtails, wearing an orange cropped-top bearing the numeral "5" and orange miniskirt, orange gloves and boots with stiletto heels, a blue ray-gun holster strapped to her thigh, and a blue headset and jetpack. Kirby asserts she often wears short skirts, crop tops with numbers, elbow-length gloves, pigtails and space helmets. Kirby, as the record reflects, is found more frequently in form-fitting body suits, with her hair shaped into a page-boy flip, held back with a head band. And, unlike Ulala, when Kirby wears her hair in pigtails, the pigtails not only are longer than Ulala's, but Kirby has tendrils of hair draping over her forehead which she holds back with clips. Kirby concedes she has no singular identity, her appearance and visual style are "continually moving," and she "is not the type of artist that wants to

do the same thing every time." This lack of stasis is inconsistent with a claim of appropriation. Moreover, unlike the game, which is set in outer space several centuries in the future, Kirby's fashion approach harkens back to a retro 1960's style, and neither her videos nor photographs relate to outer space.

Notwithstanding the differences between Kirby and Ulala, we agree with the trial court that a material factual issue exists as to whether respondents misappropriated Kirby's likeness. Ulala's facial features, her clothing, hair color and style, and use of certain catch phrases are sufficiently reminiscent enough of Kirby's features and personal style to suggest imitation. In addition, although no evidence indicates Kirby's likeness was actually used to create Ulala, Kirby was specifically asked by a Sega affiliate in 2003 to endorse SC5. This solicitation suggests Sega knew of Kirby and believed her celebrity association would benefit the release of the European version of the game.

The differences also give rise to a factual issue on the common law claim of misappropriation of Kirby's identity. Again, Kirby's admission that she possesses no singular identity militates against a successful claim of appropriation. (Compare *White v. Samsung Electronics America, Inc.* (9th Cir. 1992) 971 F.2d 1395, 1399 [Nonconsensual use of robotic image of celebrity Vanna White, dressed in wig, gown and jewelry regularly worn by White, turning letters on a game show set designed to look like the "Wheel of Fortune," constitutes common law appropriation of celebrity's singular identity].) In addition, we agree with the trial court that Ulala's limited and consistently short and choppy dance movement and style differ markedly from Kirby's, a finding consistent with Sega's claim that Ulala's dance moves were created by a dancer who knew nothing of Kirby. Nevertheless, the differences are sufficient to give rise to a triable factual issue on the common law claim as well[3].

3 b. The Lanham Act.

The Lanham Act is the federal equivalent of a right of publicity claim. It protects against use of a celebrity's image or persona in connection with a product in a manner likely to falsely imply a celebrity product

[3] Kirby's remaining state law claims – unfair competition in violation of Business & Professions Code section 17200, interference with prospective business advantage and accounting - ride the coattails of her privacy claims. That is, each is predicated on the unauthorized appropriation of her likeness or identity. As such, material issues of fact exist as to these claims as well.

endorsement. (*ETW Corp. v. Jireh Pub., Inc.* (6th Cir. 2003) 332 F.3d 915, 924 (*ETW*). Critical to a Lanham Act claim is the likelihood reasonable consumers will be confused about the celebrity's endorsement. (*Id.* at pp. 925-926.) For reasons discussed above, we agree with the trial court's finding that "[t]he same issues of fact concerning likeness and identity which support [Kirby's] appropriation claims also support her Lanham Act claim. There is a question of fact that [Kirby's] identity, though constantly evolving, has been appropriated for SC5[4]."

3. The First Amendment affords a complete defense to Kirby's claims.

Respondents contend here, as they did below, that their right of free expression under the First Amendment of the United States Constitution and the even greater speech protections afforded by the California Constitution, Article I, section 2, provide a complete defense to Kirby's claims. (See *Robins v. Pruneyard Shopping Center* (1979) 23 Cal.3d 899 [Cal. Const. provides broader speech protection than does U.S. Const.].) The trial court agreed, as do we.

The freedom of expression protected by the First Amendment exists to preserve an uninhibited marketplace of ideas and to further individual rights of self expression. (*Winter*, *supra*, 30 Cal.4th at p. 887.) The protections may extend to all forms of expression, including written and spoken words (fact or fiction), music, films, paintings, and entertainment, whether or not sold for a profit[5]. (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at pp. 309, 406; *Winter*, *supra*, 30 Cal.4th at p. 888; *ETW, supra,* 332 F.3d at p. 924.) Video games are expressive works entitled to as much First Amendment protection as the most profound literature. (*Interactive Digital Software v. St. Louis County* (8th Cir. 2003) 329

[4] Ordinarily, a Lanham Act claim requires analysis of the key element of false endorsement which is not required by the state law appropriation claims. In other words, the court must evaluate the likelihood an ordinary consumer would reasonably believe the celebrity endorsed or sponsored the product or service at issue. (See e.g., White v. Samsung Electronics America, Inc., supra, 971 F.2d at p. 1401.) That evaluation need not be conducted here. The test does not apply in a case such as this, in which there is a colorable defense that the use of the celebrity's likeness or identity is entitled to First Amendment protection. (ETW, supra, 332 F.3d at p. 926.)

[5] Even commercial speech receives significant First Amendment protection, unless it is false and misleading, in which case it receives no protection. (See Comedy III, supra, 25 Cal.4th at p. 396.)

F.3d 954, 956-958; *Video Software Dealers Ass'n v. Maleng* (W.D.Wash. 2004) 325 F.Supp.2d 1180, 1184-1185.)

As this case illustrates, a tension frequently exists between the First Amendment's goal of fostering a marketplace of ideas and respect for individual expression, and a celebrity's right of publicity. In *Comedy III* and again in *Winter,* the Supreme Court addressed the balance between a celebrity's right to control the commercial exploitation of his or her likeness or identity and the First Amendment right of free expression. (See *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 400; *Winter*, *supra*, 30 Cal.4th at pp. 887-888.) In *Comedy III*, the Court held a defendant may raise the First Amendment as an affirmative defense to an allegation of appropriation if the defendant's work " 'adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message. . . . [Citation.]' " (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 404.) In other words, the new work must contain significant "transformative elements." (*Id*. at pp. 406-407.)

The "transformative" test protects the right of publicity. It continues to shield celebrities from literal depictions or imitations for commercial gain by works which do not add significant new expression. Moreover, a work which has been "transformed" is less likely to interfere with the economic interests protected by the right of publicity, because a distorted image of a celebrity is a poor substitute for more conventional forms of celebrity depictions, and thus less likely to threaten the market for celebrity memorabilia. (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 405.)

The transformative test is straightforward: The "inquiry is whether the celebrity likeness is one of the 'raw materials' from which an original work is synthesized, or whether the depiction or imitation of the celebrity is the very sum and substance of the work in question." (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 406.) If the "product containing the celebrity's likeness is so transformed that it has become primarily the defendant's own expression" of what he or she is trying to create or portray, rather than the celebrity's likeness, it is protected. (*Id*. at pp. 406-407.)

Applying this test in *Comedy III*, which involved drawings depicting The Three Stooges, and T-shirts made from those drawings, the Court concluded the drawings and T-shirts were not entitled to First 13 Amendment protection. The artist who created them, while highly skilled, contributed nothing other than a trivial variation that

transformed the drawings from literal likenesses of the three actors. (*Id*. at pp. 408-409.)

The Supreme Court applied the transformative test again two years later in *Winter*. In that case, the defendant published a series of comics featuring two half-worm, halfhuman characters based on singers Edgar and Johnny Winter. Both characters had long white hair and albino features similar to the Winter brothers, while one wore a hat similar to one often worn by Johnny Winter. (*Winter*, *supra*, 30 Cal.4th at p. 886.) The Winter brothers sued for statutory appropriation and lost. Applying the transformative test, the Court found the comic depictions contained significant expressive content beyond the Winters' mere likenesses. (*Winter*, *supra*, 30 Cal.4th at p. 890.).

The Winters were merely part of the raw material from which the comics' plot and characters were fashioned. In addition, the characters were distorted pictures of the Winters for the purpose of lampoon, parody or caricature. In short, and in stark contrast to the near literal depictions of the Three Stooges in *Comedy III*, the comic book characters depicted were "fanciful, creative characters, not pictures of the Winter brothers." (*Id.* at p. 892.) Applying the comparison required by *Comedy III* and *Winter* to the evidence in the record, we agree with the trial court that, notwithstanding certain similarities, Ulala is more than a mere likeness or literal depiction of Kirby. Ulala contains sufficient expressive content to constitute a "transformative work" under the test articulated by the Supreme Court. First, Ulala is not a literal depiction of Kirby. As discussed above, the two share similarities. However, they also differ quite a bit: Ulala's extremely tall, slender computer-generated physique is dissimilar from Kirby's. Evidence also indicated Ulala was based, at least in part, on the Japanese style of "anime." Ulala's typical hairstyle and primary costume differ from those worn by Kirby who varied her costumes and outfits, and wore her hair in several styles. Moreover, the setting for the game that features Ulala – as a space-age reporter in the 25th century – is unlike any public 14 depiction of Kirby. Finally, we agree with the trial court that the dance moves performed by Ulala – typically short, quick movements of the arms, legs and head – are unlike Kirby's movements in any of her music videos. Taken together, these differences demonstrate Ulala is "transformative," and respondents added creative elements to create a new expression.

Conceding the game adds "new expression," Kirby nevertheless contends respondents violated her right of privacy because, unlike the comics in *Winter* which were intended to "poke fun," the game lacks any "element of caricature, lampoon, or parody." Notwithstanding the added expression, Kirby insists Ulala is no more than a "look-alike, an imitation or emulation or rip-off of Lady Kier's entire persona," co-opted by respondents with the "commercial objective to us[e] Lady Kier's likeness and identity" and to capitalize in the game and its affiliated products on the commercial value attached to her persona. Kirby insists "Ulala is nothing other than a mere emulation of Lady Kier with minor digital enhancements and manipulations." It is not entitled to First Amendment protection because the character fails to "say [anything] – whether factual or critical or comedic – about a public figure." Neither contention has merit.

First, for the reasons discussed above, we reject the claim that Ulala merely emulates Kirby. Sufficient similarities preclude a conclusion that, as a matter of law, Ulala was not based in part on Kirby. However, we are similarly unable to conclude, as a matter of law, that Ulala is nothing other than an imitative character contrived of "minor digital enhancements and manipulations." Respondents have added new expression, and the differences are not trivial. Ulala is not a mere imitation of Kirby.

Second, and more importantly, the transformative test specifically does not require the elements Kirby seeks to impose. The law does not require Ulala to "say something – whether factual or critical or comedic" about Kirby the public figure in order to receive First Amendment protection. This argument has been soundly rejected by the Supreme Court. In *Winter*, the court made clear the pivotal issue is whether the work is 15 transformative, not the form of literary expression: "It does not matter what precise literary category the work falls into. What matters is whether the work is transformative, not whether it is parody or satire or caricature or serious social commentary or any other specific form of expression." (*Winter*, *supra*, 30 Cal.4th at p. 891.) Whether the Ulala character conveys any expressive meaning is irrelevant to a First Amendment defense. (See *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at pp. 399, 403.) All that is necessary is that respondents' work add "something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message." (*Id*. at p. 404.) A work is transformative if it adds "new expression." That expression alone is

sufficient; it need not convey any "meaning or message" (*Ibid*.) The Ulala character satisfies this test.

Kirby alternatively invites us to "refine" the "transformative test developed by our Supreme Court, "because its application is confusing and difficult and the result uncertain," or simply to reject the test outright in favor of the "predominant use" test recently adopted by the Missouri Supreme Court in *Doe v. TCI Cablevision* (Mo. 2003) 110 S.W.3d 363, *cert. denied*, 540 U.S. 1106 (2004). We decline the invitation. First and foremost, we are bound to follow the decisions of our Supreme Court, not those of another state. (*McClung v. Employment Development Dept.* (2004) 34 Cal.4th 467, 473.) "Courts exercising inferior jurisdiction must accept the law declared by courts of superior jurisdiction. It is not their function to attempt to overrule decisions of a higher court." (*Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court* (1962) 57 Cal.2d 450, 455.)[6].

Second, we disagree that the transformative test requires refinement or is confusing or difficult – at least in this instance – to apply. The test simply requires the court to examine and compare the allegedly expressive work with the images of the plaintiff to discern if the defendant's work contributes significantly distinctive and expressive content; i.e., is "transformative." If distinctions exist, the First Amendment bars claims based on appropriation of the plaintiff's identity or likeness; if not, the claims are not barred. (*Winter*, *supra*, 30 Cal.4th at pp. 889-891.) As aptly summed up by the trial court, "any imitation of [Kirby's] likeness or identity in Ulala is not the sum and substance of that character. Rather, the imitation is part of the raw material from which the Ulala character, and SC[5], were synthesized. As in *Winter*, Ulala is a 'fanciful, creative character' who exists in the context of a unique and expressive video game. Similar facts distinguished *Winter* from *Comedy III*, and the same distinction applies here. [Respondents']

[6] For the same reasons, we reject Kirby's assertion that we should ignore the standard established by Comedy III and Winter, and the rule that summary judgment is a favored remedy in First Amendment cases, and send the issue of whether respondents' work is "transformative" to the jury, under CACI 1805. This jury instruction applies only if a case presents a factual issue as to whether defendant has added new expression. In other cases, the Supreme Court has made it clear "courts can often resolve the question as a matter of law simply by viewing the work in question and, if necessary, comparing it to an actual likeness of the person . . . portrayed." (Winter, supra, 30 Cal.4th at pp. 891-892.) This case falls squarely into the latter category.

portrayal of Ulala is protected by the First Amendment." Because Kirby's claims are subject to a First Amendment defense, and the videogame is protected speech, Kirby's state common law and statutory claims fail. Kirby's Lanham Act claim is also barred. Ulala is not a literal depiction of Kirby. We agree with the trial court that any public confusion that Kirby endorses SC5, based on similarities between her and Ulala, would arise from a false assumption that the game could not contain a character resembling Kirby without her imprimatur. However, unlike the Three Stooges, Ulala is not a literal depiction of Kirby. Thus, given the many dissimilarities between the Ulala character and Kirby, any public confusion arising from a mistaken assumption is easily outweighed by the public interest in free artistic expression, so as to preclude application of the Lanham Act. (See *ETW, supra,* 332 F.3d at p. 937; see also *Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.* (9th Cir. 2001) 255 F.3d 1180, 1183 [claims for violation of the Lanham Act, common law appropriation action, violation of § 3344, and violation of Bus. & Prof. Code, § 17200 each barred by First Amendment defense].)

4. Respondents are entitled to attorney's fees.

Section 3344, subdivision (a) clearly states that "[t]he prevailing party in any action under this section shall . . . be entitled to attorney's fees and costs." Under this provision, respondents sought approximately $763,000 in attorney's fees and costs, and ultimately received an award of approximately $608,000[7]. Kirby concedes section 3344's directive that fees "shall" be awarded to the prevailing party in a statutory appropriation action is clearly mandatory. Nevertheless, she argues the statute should be applied permissively and only in cases in which the

[7] As to the claim for violation of the Lanham Act, the trial court denied respondents attorney's fees concluding Kirby's action was neither unreasonable or groundless. (See Stephen W. Boney, Inc. v. Boney Services, Inc. (9th Cir. 1997) 127 F.3d 821, 825, 827 [prevailing defendant may be awarded fees in an "exceptional case," i.e., one in which plaintiff's claims are groundless, unreasonable, vexatious or pursued in bad faith].) The amount of the fees awarded was reduced after the trial court concluded the amount sought by respondents was not reasonable. However, the court found all of Kirby's state statutory and common law claims "inextricably intertwined," and refused to further apportion the fee award. (Akins v. Enterprise Rent-a-Car Co. (2000) 79 Cal.App.4th 1127, 1133 [When statutory claims providing for fees are combined with claims for which attorney's fees are not available, prevailing party may recover fees only on statutory claim unless claims are so intertwined or pertain to issues common to claims in which fees are properly allowed].) Kirby does not take issue with these rulings.

suit is deemed frivolous or brought in bad faith or without substantial justification. Otherwise, she insists, the statute "presents a clear disincentive for plaintiffs to enforce. . . ." Her argument is misdirected. The mandatory fee provision of section 3344, subdivision (a) leaves no room for ambiguity. Whether the course is sound is not for us to say. (*People v. Ireland* (1995) 33 Cal.App.4th 680, 694.) This is the course the Legislature has chosen and, until that body changes course, we must enforce the rule. The fee award was proper. Respondents also seek and are entitled to recover attorney's fees on appeal under section 3344, subdivision (a). "Statutory authorization for the recovery of attorney fees incurred at trial necessarily includes attorney fees incurred on appeal unless the statute specifically provides otherwise. [Citation.]" (*Akins v. Enterprise Rent-a-Car Co., supra,* 79 Cal.App.4th at p. 1134; see also *Morcos v. Board of Retirement* (1990) 51 Cal.3d 924, 929 [Stating the "general rule that statutory attorney fee provisions are interpreted to apply to attorney fees on appeal unless the statute specifically provides otherwise"].) Although we could appraise and fix attorney fees on appeal, the more appropriate course of practice is to remand the case to the trial court to determine the appropriate amount of fees. (See *ibid*.)

DISPOSITION

The judgment is affirmed. The matter is remanded to the trial court for a determination of the amount of an award of attorney's fees to respondents as prevailing parties on this appeal. (§ 3344, subd. (a).) Respondents are awarded costs on appeal.

BOLAND, J.

We concur:
COOPER, P. J.
FLIER, J.

CERTIFIED FOR PUBLICATION

IN THE COURT OF APPEAL OF THE STATE OF CALIFORNIA
SECOND APPELLATE DISTRICT
DIVISION EIGHT
KIERIN KIRBY,
Plaintiff and Appellant,
v.
SEGA OF AMERICA, INC. et al.,
Defendants and Respondents.

B183820 (Los Angeles County
Super. Ct. No. BC294679)
ORDER CERTIFYING
PUBLICATION

THE COURT:

We are in receipt of letters from appellant and respondents requesting the publication of our opinion in the above-captioned case, filed September 25, 2006.
The request for publication having been considered, and

GOOD CAUSE APPEARING that the opinion meets the standards for publication under California Rules of Court, rule 976, subdivisions (c)(1) and (3), IT IS HEREBY ORDERED that the opinion in the above-captioned case be published in the official reports.

COOPER, P.J. BOLAND, J. FLIER, J.

849 F.2d 460 57 USLW 2053, 1988 Copr.L.Dec. P 26,313, 7 U.S.P.Q.2d 1398, 15 Media L. Rep. 1620 **(Cite as: 849 F.2d 460)**

Cite: **Midler v. Ford, 849 F. 2d 460 (9th Cir. 1988).**

Keywords: First Amendment, Free Speech, Parody, Impersonator, Lanham Act, Voice, Right of Publicity, Copyright Pre-emption
Federal or State Case: Federal
State Locus: California
Level of State Court: n/a
Which Federal Court: 9th Circuit Court of Appeals
Law Applied: Cal. Civ. Code §3344, Cal. Civ. Code §990, Common Law Right of Publicity, First Amendment
Summary: Right of publicity in one.s voice. Ford used a Bette Midler .sound alike. To sing in commercial for ford vehicles. Middler claimed right of publicity infringement and won under common law right of publicity. Court held that .when a distinctive voice of a professional singer is widely known and is deliberately imitated in order to sell a product, the sellers have appropriated what is not theirs and have committed a tort in California. However, the court stated California.s right of publicity statute afforded Midler no protection from this type of use because the statute was limited to protecting the celebrity.s own voice and did not prevent the use of imitations. Also, court may have limited common law protection to distinctive celebrity voices, stating, .We need not and do not go so far as to hold that every imitation of a voice to advertise merchandise is actionable. Court indicated that in order to defeat summary judgment, plaintiff must show defendant did appropriate part of plaintiff.s .identity. for defendant.s own profit in selling their product. Also, the court stated that Midler.s right of publicity claim was not pre-empted by copyright in the song used in the commercial. The court said copyright protects an entirely different set of rights than right of publicity. However, if Midler were claiming a secondary meaning to "Do You Want To Dance" or seeking to prevent the defendants from using that song altogether (rather than simply an imitation of her voice singing the song), she would fail due to copyright pre-emption.

849 F.2d 460 57 USLW 2053, 1988 Copr.L.Dec. P 26,313, 7 U.S.P.Q.2d 1398, 15 Media L. Rep. 1620 **(Cite as: 849 F.2d 460)**

United States Court of Appeals,
Ninth Circuit.
Bette MIDLER, Plaintiff-Appellant,
v.
FORD MOTOR COMPANY, a Delaware Corporation, and Young & Rubicam Inc., a New York Corporation, Defendants-Appellees.
No. 87-6168.
Argued and Submitted Feb. 4, 1988.
Decided June 22, 1988.

***461** Peter Laird, Los Angeles, Cal., for plaintiffappellant. Robert M. Callagy, New York City, for defendantsappellees. Appeal from the United States District Court for the Central District of California.

Before HUG, TANG and NOONAN, Circuit Judges.
NOONAN, Circuit Judge:

This case centers on the protectibility of the voice of a celebrated chanteuse from commercial exploitation without her consent. Ford Motor Company and its advertising agency, Young & Rubicam, Inc., in 1985 advertised the Ford Lincoln Mercury with a series of nineteen 30 or 60 second television commercials in what the agency called "The Yuppie Campaign." The aim was to make an emotional connection with Yuppies, bringing back memories of when they were in college. Different popular songs of the seventies were sung on each commercial. The agency tried to get "the original people," that is, the singers who had popularized the songs, to sing them. Failing in that endeavor in ten cases the agency had the songs sung by "sound alikes." Bette Midler, the plaintiff and appellant here, was done by a sound alike. Midler is a nationally known actress and singer. She won a Grammy as early as 1973 as the Best New Artist of that year. Records made by her since then have gone Platinum and Gold. She was nominated in 1979 for an Academy award for Best Female Actress in *The Rose,* in which she portrayed a pop singer. *Newsweek* in its June 30, 1986 issue described her as an "outrageously original singer/comedian." *Time* hailed her in its March 2, 1987 issue as "a legend" and "the most dynamic and poignant singeractress of her time." When Young & Rubicam was preparing the Yuppie Campaign it presented the commercial to its client by playing an

edited version of Midler singing "Do You Want To Dance," taken from the 1973 Midler album, "The Divine Miss M." After the client accepted the idea and form of the commercial, the agency contacted Midler's manager, Jerry Edelstein. The conversation went as follows: "Hello, I am Craig Hazen from Young and Rubicam. I am calling you to find out if Bette Midler would be interested in doing ...? Edelstein: "Is it a commercial?" "Yes." "We are not interested." Undeterred, Young & Rubicam sought out Ula Hedwig whom it knew to have been one of "the Harlettes" a backup singer for Midler for ten years. Hedwig was told by Young & Rubicam that "they wanted someone who could sound like Bette Midler's recording of [Do You Want To Dance]." She was asked to make a "demo" tape of the song if she was interested. She made an a capella demo and got the job. At the direction of Young & Rubicam, Hedwig then made a record for the commercial. The Midler record of "Do You Want To Dance" was first played to her. She was told to "sound as much as possible like the Bette Midler record," leaving out only a few "aahs" unsuitable for the commercial. Hedwig imitated Midler to the best of her ability. After the commercial was aired Midler was told by "a number of people" that it ***462** "sounded exactly" like her record of "Do You Want To Dance." Hedwig was told by "many personal friends" that they thought it was Midler singing the commercial. Ken Fritz, a personal manager in the entertainment business not associated with Midler, declares by affidavit that he heard the commercial on more than one occasion and thought Midler was doing the singing. Neither the name nor the picture of Midler was used in the commercial; Young & Rubicam had a license from the copyright holder to use the song. At issue in this case is only the protection of Midler's voice. The district court described the defendants' conduct as that "of the average thief." They decided, "If we can't buy it, we'll take it." The court nonetheless believed there was no legal principle preventing imitation of Midler's voice and so gave summary judgment for the defendants. Midler appeals. The First Amendment protects much of what the media do in the reproduction of likenesses or sounds. A primary value is freedom of speech and press. *Time, Inc. v. Hill,* 385 U.S. 374, 388, 87 S.Ct. 534, 542, 17 L.Ed.2d 456 (1967). The purpose of the media's use of a person's identity is central. If the purpose is "informative or cultural" the use is immune; "if it serves no such function but merely exploits the individual portrayed, immunity will not be granted." Felcher and Rubin, "Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media," 88 Yale L.J. 1577, 1596 (1979). Moreover, federal copyright law preempts much of the area. "Mere imitation of a recorded performance would not constitute a copyright infringement even where one performer deliberately sets out

to simulate another's performance as exactly as possible." Notes of Committee on the Judiciary, 17 U.S.C.A. § 114(b). It is in the context of these First Amendment and federal copyright distinctions that we address the present appeal. Nancy Sinatra once sued Goodyear Tire and Rubber Company on the basis of an advertising campaign by Young & Rubicam featuring "These Boots Are Made For Walkin'," a song closely identified with her; the female singers of the commercial were alleged to have imitated her voice and style and to have dressed and looked like her. The basis of Nancy Sinatra's complaint was unfair competition; she claimed that the song and the arrangement had acquired "a secondary meaning" which, under California law, was protectible. This court noted that the defendants "had paid a very substantial sum to the copyright proprietor to obtain the license for the use of the song and all of its arrangements." To give Sinatra damages for their use of the song would clash with federal copyright law. Summary judgment for the defendants was affirmed. *Sinatra v. Goodyear Tire & Rubber Co.,* 435 F.2d 711, 717-718 (9th Cir.1970), *cert. denied,* 402 U.S. 906, 91 S.Ct. 1376, 28 L.Ed.2d 646 (1971). If Midler were claiming a secondary meaning to "Do You Want To Dance" or seeking to prevent the defendants from using that song, she would fail like Sinatra. But that is not this case. Midler does not seek damages for Ford's use of "Do You Want To Dance," and thus her claim is not preempted by federal copyright law. Copyright protects "original works of authorship fixed in any tangible medium of expression." 17 U.S.C. § 102(a). A voice is not copyrightable. The sounds are not "fixed." What is put forward as protectible here is more personal than any work of authorship. Bert Lahr once sued Adell Chemical Co. for selling Lestoil by means of a commercial in which an imitation of Lahr's voice accompanied a cartoon of a duck. Lahr alleged that his style of vocal delivery was distinctive in pitch, accent, inflection, and sounds. The First Circuit held that Lahr had stated a cause of action for unfair competition, that it could be found "that defendant's conduct saturated plaintiff's audience, curtailing his market." *Lahr v. Adell Chemical Co.,* 300 F.2d 256, 259 (1st Cir.1962). That case is more like this one. But we do not find unfair competition here. One-minute commercials of the sort the defendants put on would not have saturated Midler's audience and curtailed her market. Midler did not do television commercials. The defendants were not in competition ***463** with her. *See Halicki v. United Artists Communications, Inc.,* 812 F.2d 1213 (9th Cir.1987). California Civil Code section 3344 is also of no aid to Midler. The statute affords damages to a person injured by another who uses the person's "name, voice, signature, photograph or likeness, in any manner." The defendants did not use Midler's name or anything else

whose use is prohibited by the statute. The voice they used was Hedwig's, not hers. The term "likeness" refers to a visual image not a vocal imitation. The statute, however, does not preclude Midler from pursuing any cause of action she may have at common law; the statute itself implies that such common law causes of action do exist because it says its remedies are merely "cumulative." *Id.* § 3344(g). The companion statute protecting the use of a deceased person's name, voice, signature, photograph or likeness states that the rights it recognizes are "property rights." *Id.* § 990(b). By analogy the common law rights are also property rights. Appropriation of such common law rights is a tort in California. *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.,* 498 F.2d 821 (9th Cir.1974). In that case what the defendants used in their television commercial for Winston cigarettes was a photograph of a famous professional racing driver's racing car. The number of the car was changed and a wing-like device known as a "spoiler" was attached to the car; the car's features of white pinpointing, an oval medallion, and solid red coloring were retained. The driver, Lothar Motschenbacher, was in the car but his features were not visible. Some persons, viewing the commercial, correctly inferred that the car was his and that he was in the car and was therefore endorsing the product. The defendants were held to have invaded a "proprietary interest" of Motschenbacher in his own identity. *Id.* at 825. Midler's case is different from Motschenbacher's. He and his car were physically used by the tobacco company's ad; he made part of his living out of giving commercial endorsements. But, as Judge Koelsch expressed it in *Motschenbacher,* California will recognize an injury from "an appropriation of the attributes of one's identity." *Id.* at 824. It was irrelevant that Motschenbacher could not be identified in the ad. The ad suggested that it was he. The ad did so by emphasizing signs or symbols associated with him. In the same way the defendants here used an imitation to convey the impression that Midler was singing for them. Why did the defendants ask Midler to sing if her voice was not of value to them? Why did they studiously acquire the services of a sound-alike and instruct her to imitate Midler if Midler's voice was not of value to them? What they sought was an attribute of Midler's identity. Its value was what the market would have paid for Midler to have sung the commercial in person. A voice is more distinctive and more personal than the automobile accouterments protected in *Motschenbacher.* A voice is as distinctive and personal as a face. The human voice is one of the most palpable ways identity is manifested. We are all aware that a friend is at once known by a few words on the phone. At a philosophical level it has been observed that with the sound of a voice, "the other

stands before me." D. Ihde, *Listening and Voice* 77 (1976). A fortiori, these observations hold true of singing, especially singing by a singer of renown. The singer manifests herself in the song. To impersonate her voice is to pirate her identity. *See* W. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton, D. Owen, *Prosser & Keeton on Torts* 852 (5th ed. 1984). We need not and do not go so far as to hold that every imitation of a voice to advertise merchandise is actionable. We hold only that when a distinctive voice of a professional singer is widely known and is deliberately imitated in order to sell a product, the sellers have appropriated what is not theirs and have committed a tort in California. Midler has made a showing, sufficient to defeat summary judgment, that the defendants here for their own ***464** profit in selling their product did appropriate part of her identity.

REVERSED AND REMANDED FOR TRIAL.

United States Court of Appeals, Ninth Circuit.

Lothar MOTSCHENBACHER, Plaintiff-Appellant,
v.
R. J. REYNOLDS TOBACCO COMPANY, a corporation, and William Esty Company, Defendants-Appellees.
498 F.2d 821; 1974 U.S. App. LEXIS 8275
No. 72-1419.
June 6, 1974.

***821** Robert Winckler, Los Angeles, Cal., for plaintiff-appellant.
Lillick, McHose, Wheat, Adams & Charles, Los Angeles, Cal., for defendants- appellees.

***822** Before KOELSCH, HUFSTEDLER and TRASK, Circuit Judges.

OPINION

KOELSCH, Circuit Judge:

Lothar Motschenbacher appeals from the district court's order granting summary judgment in favor of defendants in his suit seeking injunctive relief and damages for the alleged misappropriation of his name, likeness, personality, and endorsement in nationally televised advertising for Winston cigarettes. The jurisdiction of the district court is founded on diversity of citizenship, 28 U.S.C. § 1332; appellate jurisdiction is predicated on 28 U.S.C. § 1291.

The 'facts' on which the district court rendered summary judgment are substantially as follows: [FN1] Plaintiff Motschenbacher is a professional driver of racing cars, internationally known and recognized in racing circles and by racing fans. He derives part of his income from manufacturers of commercial products who pay him for endorsing their products.

FN1. We of course express no opinion regarding what facts the evidence may ultimately establish; we simply accept the statements of plaintiff's affiants as true for the purposes of the motion.

During the relevant time span, plaintiff has consistently 'individualized' his cars to set them apart from those of other drivers and to make them more readily identifiable as his own. Since 1966, each of his cars

has displayed a distinctive narrow white pinstripe appearing on no other car. This decoration has adorned the leading edges of the cars' bodies, which have uniformly been solid red. In addition, the white background for his racing number '11' has always been oval, in contrast to the circular backgrounds of all other cars.

In 1970, defendants, R. J. Reynolds Tobacco Company and William Esty Company, produced and caused to be televised a commercial which utilized a 'stock' color photograph depicting several racing cars on a racetrack. Plaintiff's car appears in the foregound, and although plaintiff is the driver, his facial features are not visible.

In producing the commercial, defendants altered the photograph: they changed the numbers on all racing cars depicted, transforming plaintiff's number '11' into '71'; they 'attached' a wing-like device known as a 'spoiler' to plaintiff's car; they added the word 'Winston,' the name of their product, to that spoiler and removed advertisements for other products from the spoilers of other cars. However, they made no other changes, and the white pinstriping, the oval medallion, and the red color of plaintiff's car were retained. They then made a motion picture from the altered photograph, adding a series of comic strip-type 'balloons' containing written messages of an advertising nature; one such balloon message, appearing to emanate from plaintiff, was: 'Did you know that Winston tastes good, like a cigarette should?' They also added a sound track consisting in part of voices coordinated with, and echoing, the written messages. The commercial was subsequently broadcast nationally on network television and in color.

Several of plaintiff's affiants who had seen the commercial on television had immediately recognized plaintiff's car and had inferred that it was sponsored by Winston cigarettes.

On these facts the district court, characterizing plaintiff's action as one 'for damages for invasion of privacy,' granted summary judgment for defendants, finding as a matter of law that
'. . . the driver of car No. 71 in the commercial (which was plaintiff's car No. 11 prior to said change of number and design) is anonymous; that is, (a) the person who is driving said car is unrecognizable and unidentified, and (b) a reasonable inference could not be drawn that he is, or could reasonably be understood to be plaintiff, ***823** Lothar Motschenbacher, or any other driver or person.' [FN2]

FN2. The district court concluded: '3. Not having been identified in the commercial either visually, aurally, explicitly, or inferentially, plaintiff's action fails, and the Court is authorized to grant defendants' Motion for Summary Judgment.'

'Summary judgment of course is proper only where there is no genuine issue of any material fact or where viewing the evidence . . . in the light most favorable to the adverse party, the movant is clearly entitled to prevail as a matter of law.' See Stansifer v. Chrysler Motors Corporation, 487 F.2d 59, 63 (9th Cir. 1973), and cases cited therein.

[1][2] Since the Winston commercial was broadcast on television throughout the United States, our initial inquiry in determining the correct legal standards to be applied on the motion for summary judgment is directed at the proper choice of law. In a diversity case, a federal court must follow the substantive law of the state in which it sits. Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817, 82 L.Ed. 1188 (1938). This includes the conflict of laws rules of that state. Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co., 313 U.S. 487, 496, 61 S.Ct. 1020, 85 L.Ed. 1477 (1941); Moore v. Greene, 431 F.2d 584, 589-590 (9th Cir. 1970).

In this case, we believe that California courts, under Reich v. Purcell, 67 Cal.2d 551, 63 Cal.Rptr. 31, 432 P.2d 727 (1967), would apply California local [FN3] law.

FN3. We employ the definition of 'local law' set forth in Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 4 (1971), as follows:
'[T]he 'local law' of a state is the body of standards, principles and rules, exclusive of its rules of Conflict of Laws, which the courts of that state apply in the decision of controversies brought before them.'
[FN4] By the same taken, noting the novelty of the factual situation presented and recognizing that the parties have each cited general case law in support of their respective positions, we think that California courts would not hesitate to consider relevant precedent from other jurisdictions in determining California local law. FN4. First, it appears that California, the state of plaintiff's residency, has a greater interest in compensating its residents for injuries of the type here alleged than other jurisdictions may have in compensating foreigners so injured within their respective borders. Second, in cases of this type, the state of plaintiff's residency is normally the state of the greatest injury. Third, California, as the forum, has an interest in convenience and presumably can most easily ascertain its own law. And fourth, California's Uniform

Single Publication Act (Civ.Code § 3425.3) effectively advances the universal interest in avoiding a multiplicity of suits and assisting the orderly administration of justice.

[3] In California, as in the vast majority of jurisdictions, [FN5] the invasion of an individual's right of privacy is an actionable tort. Melvin v. Reid, 112 Cal.App. 285, 297 P. 91 (1931). [FN6] In 1960 ***824** Dean Prosser, drawing on over 300 cases, observed that the tort is actually a complex of four separate and distinct torts, each of which is decided under an 'invasion of privacy' label. See Prosser, Privacy, 48 Calif.L.Rev. 383 (1960); Prosser, Law of Torts 804 (4th ed. 1971). Prosser's four categories are: (1) intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude; (2) public disclosure of private facts; (3) placing the plaintiff in a false light in the public eye; and (4) appropriation, for defendant's advantage, of plaintiff's name or likeness. [FN7] The case before us is of the fourth variety-- commercial appropriation. [FN8]

FN5. Compare Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374, 383 n. 7, 87 S.Ct. 534, 17 L.Ed.2d 456 (1967) (citing Prosser, Law of Torts 831-832 (3d ed. 1964), for the proposition that 'a 'right of privacy' has been recognized at common law in 30 States plus the District of Columbia and by statute in 4 States'), with Prosser, Law of Torts 804 (4th ed. 1971) (observing that 'the right of privacy is by this time recognized and accepted in all but a very few jurisdictions' and noting at 804 n. 16 six jurisdictions recently added to the list.)

FN6. See also Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc. 4 Cal.3d 529, 93 Cal.Rptr. 866, 483 P.2d 34 (1971); Carmel-By-The-Sea v. Young, 2 Cal.3d 259, 85 Cal.Rptr. 1, 466 P.2d 225 (1970); Kapellas v. Kofman, 1 Cal.3d 20, 81 Cal.Rptr. 360, 459 P.2d 912 (1969); Gill v. Hearst Publishing Co., 40 Cal.2d 224, 253 P.2d 441 (1953); Coverstone v. Davies, 38 Cal.2d 315, 239 P.2d 876 (1952); Gill v. Curtis Publishing Co., 38 Cal.2d 273, 239 P.2d 630 (1952); Stilson v. Reader's Digest Association, Inc., 28 Cal.App.3d 270, 104 Cal.Rptr. 581 (1972); Williams v. Weisser, 273 Cal.App.2d 726, 78 Cal.Rptr. 542 (1969); Grimes v. Carter, 241 Cal.App.2d 694, 50 Cal.Rptr. 808 (1966); Leavy v. Cooney, 214 Cal.App.2d 496, 29 Cal.Rptr. 580 (1963); Carlisle v. Fawcett Publications, 201 Cal.App.2d 733, 20 Cal.Rptr. 405 (1962); Werner v. Times-Mirror Co., 193 Cal.App.2d 111, 14 Cal.Rptr. 208 (1961); James v. Screen Gems, Inc., 174 Cal.App.2d 650, 344 P.2d 799 (1959); Kelly v. Johnson Publishing Co., 160 Cal.App.2d 718, 325 P.2d 659 (1958); Smith v. National Broadcasting Co., 138 Cal.App.2d 807, 292 P.2d 600

(1956); Fairfield v. American Photocopy Equip. Co., 138 Cal.App.2d 82, 291 P.2d 194 (1955); 158 Cal.App.2d 53, 322 P.2d 93 (1958); Stryker v. Republic Pictures Corp., 108 Cal.App.2d 191, 238 P.2d 670 (1951); Cohen v. Marx, 94 Cal.App.2d 704, 211 P.2d 320 (1949); Kerby v. Hal Roach Studios, 53 Cal.App.2d 207, 127 P.2d 577 (1942); Metter v. Los Angeles Examiner, 35 Cal.App.2d 304, 95 P.2d 491 (1939).

FN7. The California Supreme Court recognized Prosser's four-pronged system of classification in Kapellas v. Kofman, 1 Cal.3d 20, 81 Cal.Rptr. 360, 459 P.2d 912 (1969), at 36 n. 16, though it there suggested that a 'false light' cause of action in California is equivalent to, and meets the same requirements of, a libel claim. See also Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc., 4 Cal.3d 529, 543, 93 Cal.Rptr. 866, 483 P.2d 34 (1971).

FN8. In Fairfield v. American Photocopy Equip. Co., 138 Cal.App.2d 82, 291 P.2d 194 (1955), the California Court of Appeal observed at 86, 291 P.2d at 197: 'The exploitation of another's personality for commercial purposes constitutes one of the most flagrant and common means of invasion of privacy.' California courts have observed that 'the gist of the cause of action in a privacy case is not injury to the character or reputation, but a direct wrong of a personal character resulting in injury to the feelings without regard to any effect which the publication may have on the property, business, pecuniary interest, or the standing of the individual in the community.' Fairfield v. American Photocopy Equip. Co., 138 Cal.App.2d 82, 86, 291 P.2d 194, 197 (1955). But this observation is perhaps better applied to Prosser's first three categories than it is to the appropriation cases.

[4] It is true that the injury suffered from an appropriation of the attributes of one's identity [FN9] may be 'mental and subjective'-- in the nature of humiliation, embarrassment, and outrage. Fairfield, supra, at 86, 291 P.2d 194. However, where the identity appropriated has a commercial value, [FN10] the injury may be largely, or even wholly, of an economic or material nature. [FN11] Such is ***825** the nature of the injury alleged by plaintiff.

FN9. As Dean Prosser noted in his Law of Torts (4th ed. 1971), at 805-806: 'It is the plaintiff's name as a symbol of his identity that is involved here, and not as a mere name. Unless there is some tortious use made of it, there is no such thing as an exclusive right to the use of a name; and any one can be given or assume any name he likes. It is

only when he makes use of the name to pirate the plaintiff's identity for some advantage of his own * * * that he becomes liable. It is in this sense that 'appropriation' must be understood.'

FN10. It would be wholly unrealistic to deny that a name, likeness, or other attribute of identity can have commercial value. As the court observed in Uhlaender v. Henricksen, 316 F.Supp. 1277 (D.Minn.1970), at 1283: 'A name is commercially valuable as an endorsement of a product or for financial gain only because the public recognizes it and attributes good will and feats of skill or accomplishments of one sort or another to that personality.' See also notes 11 and 14, infra.

FN11. Generally, the greater the fame or notoriety of the identity appropriated, the greater will be the extent of the economic injury suffered. However, it is quite possible that the appropriation of the identity of a celebrity may induce humiliation, embarrassment and mental distress, while the appropriation of the identity of a relatively unknown person may result in economic injury or may itself create economic value in what was previously valueless. In this latter context, see Canessa v. J. I. Kislak, Inc., 97 N.J.Super. 327, 235 A.2d 62, 75 (1967). See also Kalven, Privacy in Tort Law-- Were Warren and Brandeis Wrong?, 31 Law & Contemp.Prob. 326, 331 (1966); Bloustein, Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser, 39 N.Y.U.L.Rev. 962, 985- 991 (1964).

Some courts have protected this 'commercial' aspect of an individual's interest in his own identity under a privacy theory. See, e.g., Palmer v. Schonhorn Enterprises, Inc., 96 N.J.Super. 72, 232 A.2d 458 (1967); see generally Treece, Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories, 51 Texas L.Rev. 637 (1973); Netterville, Copyright and Tort Aspects of Parody, Mimicry and Humorous Commentary, 35 S.Cal.L.Rev. 225, 253-254, 267-275 (1962); and Annotation, Invasion of Privacy by Use of Plaintiff's Name or Likeness in Advertising, 23 A.L.R.3d 865 (1969).

Others have sought to protect it under the rubric of 'property' or a so-called 'right of publicity.' See, e.g., Ettore v. Philco Television Broadcasting Corp., 229 F.2d 481, 485-493 (3d Cir. 1956), cert. den., 351 U.S. 926, 76 S.Ct. 783, 100 L.Ed. 1456 (1956); Haelan v. Topps Chewing Gum, 202 F.2d 866, 868 (2d Cir. 1953), cert. den., 346 U.S. 816, 74 S.Ct. 26, 98 L.Ed. 343 (1953), noted in Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law & Contemp.Prob. 203 (1954), 62 Yale L.J. 1123

(1953), and 41 Geo.L.J. 583 (1953); Uhlaender v. Henricksen, 316 F.Supp. 1277, 1280-1283 (D.Minn.1973); Canessa v. J. I. Kislak, Inc., 97 N.J.Super. 327, 235 A.2d 62 (1967). Cf. Cepeda v. Swift & Co., 415 F.2d 1205, 1206 (8th Cir. 1969) (dictum); O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F.2d 167, 170-171 (5th Cir. 1941) (dissent); Sharman v. C. Schmidt & Sons, Inc., 216 F.Supp. 401, 407 (E.D.Pa., 1963) (dictum). See also Gordon, Right of Property in Name, Likeness, Personality and History, 55 Nw.U.L.Rev. 553 (1961).

Prosser synthesizes the approaches as follows:

'Although the element of protection of the plaintiff's personal feelings is obviously not to be ignored in such a case, the effect of the appropriation decisions is to recognize or create an exclusive right in the individual plaintiff to a species of trade name, his own, and a kind of trade mark in his likeness. It seems quite pointless to dispute over whether such a right is to be classified as 'property'; it is at least clearly proprietary in its nature. Once protected by the law, it is a right of value upon which the plaintiff can capitalize by selling licenses.'

Law of Torts (4th ed. 1971), at 807.

[5][6] So far as we can determine, California has no case in point; the state's appropriation cases uniformly appear to have involved only the 'injury to personal feelings' aspect of the tort.

[FN12] Nevertheless, from our review of the relevant authorities, we conclude that the California appellate courts would, in a case such as this one, afford legal protection to an individual's proprietary interest in his own identity. We need not decide whether they would do so under ***826** the rubric of 'privacy,' [FN13] 'property,' [FN14] or 'publicity'; [FN15] we only determine that they would recognize such an interest and protect it. [FN16]

FN12. For example, in Kerby v. Hal Roach Studios, 53 Cal.App.2d 207, 127 P.2d 577 (1942), where an actress' name was appropriated in an advertisement which 'cast doubt on her moral character,' the court spoke only of the traditional compensation for injury to her feelings. 53 Cal.App.2d at 210, 127 P.2d at 580. Similarly, in Fairfield, supra, an attorney whose name, personality, and endorsement had been appropriated in an advertisement was compensated only 'for injury to his peace of mind and to his feelings.' 138 Cal.App.2d at 88, 291 P.2d at

198. And even in the recent decision in Stilson v. Reader's Digest Association, Inc., 28 Cal.App.3d 270, 104 Cal.Rptr. 581 (1972), the Court of Appeal reiterated that the injury in a privacy case is 'mental and subjective.' 28 Cal.App.3d at 274, 104 Cal.Rptr. 581.

FN13. Two recent decisions, Williams v. Weisser, 273 Cal.App.2d 726, 78 Cal.Rptr. 542 (1969), and Stilson v. Reader's Digest Association, Inc., 28 Cal.App.3d 270, 104 Cal.Rptr. 581 (1972), suggest that a 'commercial' interest in one's identity may be protected in California under the 'privacy' rationale of Fairfield. In Weisser, a university professor brought suit for invasion of privacy and infringement of common law copyright when the defendant, without his consent, published student notes of plaintiff's classroom lectures under plaintiff's name. Plaintiff prevailed under both theories and was awarded compensatory damages based on a publisher's testimony of the commercial value of the notes. In Stilson, the court noted that 'if commercial exploitation be found, (plaintiffs) would be entitled to nominal recoveries upon little more than an election to proceed' and that 'each such plaintiff has an established right to show the mental anguish, as well as the financial detriment, which may have been caused to him by the use of his name in letters to * * * other persons. This * * * could well concern the status and business relationship to him of the recipients of the letters using his name.' 28 Cal.App.3d at 273-274, 104 Cal.Rptr. at 583.

FN14. The interest may likewise be protectable as 'property.' In Yuba River Power Co. v. Nevada Irrigation District, 207 Cal. 521, 523, 279 P. 128, 129 (1929), a water rights case, the California Supreme Court said in construing a statute: 'The term 'property' is sufficiently comprehensive to include every species of estate, real and personal, and everything which one person can own and transfer to another. It extends to every species of right and interest capable of being enjoyed as such upon which it is practicable to place a money value.' In Republic Pictures Corp. v. Rogers, 213 F.2d 662, 665-666 (9th Cir. 1954), this court interpreted California law in a somewhat different context, observing that reproductions of the 'name, voice and likeness' of a performer are valuable because of the notoriety of the performer and his great public following. And in a second appeal of Fairfield, supra, 158 Cal.App.2d 53, 56, 322 P.2d 93 (1958), relating to the question of damages, the California Court of Appeal recognized that the names of celebrities may have substantial commercial value. Accord, In Re Weingand, 231 Cal.App.2d 289, 293-294, 41 Cal.Rptr. 778 (1964).

FN15. Commentators have noted that at least two California trial courts have already recognized the 'right of publicity.' Gordon, supra, at 663-664; Note, Commercial Appropriation of an Individual's Name, Photograph or Likeness: A New Remedy for Californians, 3 Pacific L.J. 651, 663-664 (1972). While these decisions bind neither this court nor the appellate courts of California, we shall not deny their existence. Moreover, we place little reliance on Strickler v. National Broadcasting Company, 167 F.Supp. 68, 70 (S.D.Cal.1958), in which the district court refused 'to blaze the trail to establish in California a cause of action based upon the right of publicity' upon the plaintiff's specific admission that the right had not yet received recognition there. Furthermore, the factual situation in Strickler involved a 'public disclosure of private facts' more than it did an 'appropriation' and the district court notably upheld the plaintiff's complaint for invasion of privacy.

FN16. Two recent instances of the expression of California public policy lend additional support to our conclusion. First, Article I, § 1, of the California Constitution was amended in November, 1972, to include 'pursuing and obtaining * * * privacy' as an alienable right. And second, the California legislature recently enacted Civ.Code § 3344, providing that anyone who knowingly uses another's name, photograph, or likeness for purposes of advertising or solicitation shall be liable for any damages sustained by the persons injured, in an amount no less than $300. The 'knowing use' requirement of the statute conflicts with the Fairfield language that 'inadvertence or mistake is no defense where the publication does in fact refer to the plaintiff in such manner as to violate his right of privacy.' However, one commentator has observed that inclusion of the 'knowing use' requirement in the statute was occasioned by the penal damages which the bill initially provided for. See Note, Commercial Appropriation of an Individual's Name, Photograph or Likeness: A New Remedy for Californians, 3 Pacific L.J. 651, 659 (1972). Moreover, the statute's concluding subsection states that 'the remedies provided for in this section are cumulative and shall be in addition to any others provided for by law.'

We turn now to the question of 'identifiability.' Clearly, if the district court correctly determined as a matter of law that plaintiff is not identifiable ***827** in the commercial, then in no sense has plaintiff's identity been misappropriated nor his interest violated.

[7] Having viewed a film of the commercial, we agree with the district court that the 'likeness' of plaintiff is itself unrecognizable; however, the

court's further conclusion of law to the effect that the driver is not identifiable as plaintiff is erroneous in that it wholly fails to attribute proper significance to the distinctive decorations appearing on the car. As pointed out earlier, these markings were not only peculiar to the plaintiff's cars but they caused some persons to think the car in question was plaintiff's and to infer that the person driving the car was the plaintiff. [FN17]

FN17. The addition of a 'Winston' spoiler to the plaintiffs car does not necessarily render the automobile impersonal, for plaintiff's cars have frequently used spoilers; it may be taken as contributing to the inference of sponsorship or endorsement. The alteration which may affect identifiability is the change in numbering, but this alteration does not preclude a finding of identifiability by the trier of fact. Defendant's reliance on Branson v. Fawcett Publications, Inc., 124 F.Supp. 429 (E.D.Ill.1954), is misplaced. In Branson, a part-time racing driver brought suit for invasion of privacy when a photograph of his overturned racing car was printed in a magazine without his consent. In ruling that 'the photograph * * * does not identify the plaintiff to the public or any member thereof,' 124 F.Supp. at 433, the court said:

'[T]he automobile is pointed upward in the air and the picture shows primarily the bottom of the racer. The backdrop of the picture is not distinguishable. No likeness, face, image, form or silhouette of the plaintiff or of any person is shown. From all that appears from the picture itself, there is no one in the car. Moreover, no identifying marks or numbers on the car appear . . .. Plaintiff does not even assert that the car he was driving was the same color as that which appears in the colored reproduction.' 1

24 F.Supp. at 432.

But in this case, the car under consideration clearly has a driver and displays several uniquely distinguishing features.

The judgment is vacated and the cause is remanded for further proceedings. [FN18]

FN18. We have no occasion to discuss the measure of damages in the instant case, and our conclusion renders consideration of whether plaintiff has a cause of action under the California law of trade names or unfair competition unnecessary.

472 N.Y.S.2d 254 10 Media L. Rep. 1859
(Cite as: 122 Misc.2d 603, 472 N.Y.S.2d 254)

Jacqueline Kennedy ONASSIS, Plaintiff,
v.
CHRISTIAN DIOR-NEW YORK, INC., Lansdowne Advertising, Inc., Richard Avedon, Barbara Reynolds and Ron Smith Celebrity Look-Alikes, Defendants.

Supreme Court, Special Term,
New York County, Part I.
Jan. 11, 1984.

Well-known personality moved for a preliminary injunction and associated relief to prohibit the use and distribution of a commercial magazine advertisement containing a picture of a .look-alike. model. The Supreme Court, Special Term, New York County, Edward J. Greenfield, J., held that the advertisement was an appropriation without consent of the well-known personality.s .portrait or picture. for advertising and trade in violation of civil rights statute prohibiting such misappropriations, even though the picture was that of a .look-alike. model rather than of the well-known personality herself. Motion granted.

[1] INJUNCTION k96
212k96
Once violation of civil rights statute prohibiting misappropriation of living person.s name, portrait or picture for commercial purposes is established, plaintiff may have absolute right to injunction, regardless of relative damage to the parties. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[2] TORTS
k8.5(2)
379k8.5(2)
Sections of Civil Rights Law prohibiting misappropriation of name, portrait or picture of living person for commercial purposes and establishing relief therefor, which create a new statutory right, being in derogation of common law, receive a strict, if not necessarily a literal, construction. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[3] TORTS k8.5(5.1)
379k8.5(5.1)
Formerly 379k8.5(5)

Conveying likeness of person, not graphically, but through sound, by means of imitation of distinctive voice, does not come within prohibition of civil rights statute prohibiting misappropriation of living person.s name or likeness for commercial purposes. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[4] TORTS
k8.5(6)
379k8.5(6)
Although civil rights statute prohibiting misappropriation of living person.s name, portrait or picture for commercial purposes may not, by its terms, cover voice or movement, characteristics or style, it is intended to protect essence of the person, his or her identity or persona, from being unwillingly or unknowingly misappropriated for the profit of another; essence of what is prohibited is exploitation of one.s identity as that is conveyed verbally or graphically. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[5] TORTS
k8.5(6)
379k8.5(6)
Portrait or picture,. as used in civil rights statute prohibiting misappropriation of living person.s name, portrait or picture for commercial purposes, encompasses a representation which conveys essence and likeness of individual, and encompasses not only actuality, but close and purposeful resemblance to reality; it encompasses any representation, including picture of another, which was intended to be, and did, in fact, convey idea that it was the plaintiff. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51. See publication Words and Phrases for other judicial constructions and definitions.

[6] TORTS
k8.5(6)
379k8.5(6)
Under civil rights statute prohibiting misappropriation of living person.s name, portrait or picture for commercial purposes, legislature has accorded protection only to those aspects of identity embodied in name and face; imitators are free to simulate voice or hairdo, or characteristic clothing or accessories, and writers are free to comment on and actors to reenact events. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[7] INJUNCTION
k96
212k96
Person.s commercial use of her own face can be enjoined, where use is made in such a way as to be deceptive or promote confusion.

[8] INJUNCTION
k96
212k96
Use of one.s own name can be restrained.

[9] INJUNCTION
k96
212k96
Even variants of person.s name can be enjoined where confusion may ensue.

[10] TORTS
k8.5(6)
379k8.5(6)
Sketches, cartoons, or caricatures which selectively omit some features of an individual and accentuate others, are comprehended by the words portrait or picture. in civil rights statute prohibiting misappropriation of living person.s name, portrait or picture for commercial purposes. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[11] CONSTITUTIONAL LAW
k90.3
92k90.3
Formerly 92k90.1(1)
Advertisement using model who was a look-alike. of well-known personality was not privileged, as regards civil rights statute prohibiting misappropriation of likeness for commercial purposes, as a protected form of free speech, since advertisement dealt with sale of goods and not with promulgation of ideas. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51; U.S.C.A. Const.Amend. 1.

[12] TORTS k8.5(6)
379k8.5(6)
Fact that individual is public figure permits comment or photography concerning her, or even cartoons or caricatures; she may be shown as

character in reenactments of recent past, favorably or unsympathetically.

[13] TORTS k8.5(6)
379k8.5(6)
By becoming public figure, person does not forfeit her right of privacy and does not become subject for commercial exploitation. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[14] TORTS k28
379k28
Although humor is protected form of free speech, where humor employed is solely in connection with promoting sale of goods, no issue of fact is presented as to privileged use as regards statute prohibiting misappropriation of name or likeness of living person for commercial use. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51; U.S.C.A. Const.Amend. 1.

[15] TORTS k8.5(6)
379k8.5(6)
Use in magazine advertisement for commercial products of the picture of a model, provided by a .celebrity look-alike. agency, who as depicted in the advertisement bore striking resemblance to well-known personality, was an impermissible misappropriation of the well-known personality.s identity for purposes of trade and advertising in violation of section of Civil Rights Law prohibiting use of living person.s name, portrait or picture for commercial purposes without consent. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[16] INJUNCTION k96
212k96
Where advertisement that violated section of Civil Rights Law prohibiting misappropriation of likeness for commercial purpose by containing picture of a .look-alike. of a well-known personality had already been published, advertisement was not subject to recall, nor was the well-known personality entitled to obtain all prints, plates, and negatives used in preparing the advertisement, but she was entitled to be reassured against any further publication. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

[16] INJUNCTION k194
212k194
Where advertisement that violated section of Civil Rights Law prohibiting

misappropriation of likeness for commercial purpose by containing picture of a .look-alike. of a well-known personality had already been published, advertisement was not subject to recall, nor was the well-known personality entitled to obtain all prints, plates, and negatives used in preparing the advertisement, but she was entitled to be reassured against any further publication. McKinney.s Civil Rights Law ss 50, 51.

**256 *603 Milbank, Tweed, Hadley & McCloy, New York City, for plaintiff. Proskauer, Rose, Goetz & Mendelsohn, New York City, for defendant Richard Avedon. Windels, Marx, Davies & Ives, New York City, for defendant Christian Dior-New York. Breed, Abbott & Morgan, New York City, for defendant Lansdowne Advertising Inc. Lowen & Abut, New York City, for Ron Smith, New York City, Celebrity Look- Alikes by Charles C. Abut, New York City.
EDWARD J. GREENFIELD, Justice:

This case poses for judicial resolution the question of whether the use for commercial purposes of a .look-alike. of a well-known personality violates the right of privacy legislatively granted by enactment of Civil Rights Law ss 50 and 51. Put another way, can one person enjoin the use of someone else.s face? The questions appear not to have been definitively answered before.

Plaintiff, Jacqueline Kennedy Onassis, former First Lady of the United States, widow of President John F. Kennedy, one of the world.s most powerful men, and of Aristotle Onassis, one of the world.s wealthiest men, but a well-known personality in her own right, moves for a *604 preliminary injunction under the Civil Rights Law to restrain defendants, all of whom were associated with an advertising campaign to promote the products and the image of Christian Dior.New York, Inc., from using or distributing a certain advertisement, and for associated relief. She alleges simply in her complaint that defendants have knowingly caused the preparation and publication of an advertisement for Dior products which includes her likeness in the form of a photograph of look- alike Barbara Reynolds; that Reynolds. picture causes her to be identified with the ad to which she has not given her consent; that this was a violation of her rights of privacy and that it caused her irreparable injury.

Defendant Christian Dior-New York, Inc. is the corporate entity which controls advertising and publicity for the 35 United States licensees who

sell varied lines of merchandise under the coveted Dior label. **257 The use of a well- known designer name in marketing goods is to render the product distinctive and desirable, to impart to the product a certain cachet, and to create in the public a mind-set or overall impression so that the designer names are readily associated and become synonymous with a certain status and class of qualities.

So it was that J. Walter Thompson.s Lansdowne Division, in conjunction with noted photographer Richard Avedon, hit upon the idea of a running series of ads featuring a trio known as the Diors (one female and two males), who were characterized by an article in Newsweek Magazine as idle rich, suggestively decadent, and aggressively chic. Indeed, it was suggested that this menage a trois, putatively inspired by the characters portrayed by Noel Coward, Alfred Lunt and Lynn Fontanne in Coward.s 1933 play .Design for Living., would become the most notorious personae in advertising since Brooke Shields refused to let anything come between her and her Calvins (for the uninitiated, blue jeans advertised under designer Calvin Klein.s label). To emphasize the impression of the unconventional, the copy for one ad had read, .When the Diors got away from it all, they brought with them nothing except .The Decline of the West. and one toothbrush.. Evidently, to stir comment, the relationship portrayed in the ad campaign *605 was meant to be ambiguous, .to specify nothing but suggest everything.. The 16 sequential ads would depict this steadfast trio in varying situations leading to the marriage of two (but not the exclusion of the third), birth of a baby, and their ascent to Heaven (subject to resurrection on demand).

Thus, the Diors, and by association their products, would be perceived as chic, sophisticated, elite, unconventional, quirky, audacious, elegant, and unorthodox. The advertisement for the wedding, which is the one challenged here, is headed .Christian Dior: Sportswear for Women and Clothing for Men.. Portrayed in the ad are the happy Dior trio attended by their ostensible intimates, all ecstatically beaming.Gene Shalit, the T.V. personality, model Shari Belafonte, actress Ruth Gordon, and Barbara Reynolds, a secretary who bears a remarkable resemblance to plaintiff Jacqueline Onassis. The copy, in keeping with the desired attitude of good taste and unconventionality, reads: .The wedding of the Diors was everything a wedding should be: no tears, no rice, no in-laws, no smarmy toasts, for once no Mendelssohn. Just a legendary private affair.. Of course, what stamps it as .legendary. is the presence of this eclectic group, a frothy mix, the most legendary of which would clearly

be Jacqueline Kennedy Onassis, shown discreetly behind Gordon and Shalit, obviously delighted to be in attendance at this event..

That the person behind Gordon and Shalit bore a striking resemblance to the plaintiff was no mere happenstance. Defendants knew there was little or no likelihood that Mrs. Onassis would ever consent to be depicted in this kind of advertising campaign for Dior. She has asserted in her affidavit, and it is well-known, that she has never permitted her name or picture to be used in connection with the promotion of commercial products. Her name has been used sparingly only in connection with certain public services, civic, art and educational projects which she has supported. Accordingly, Lansdowne and Avedon, once the content of the picture and the makeup of the wedding party having been determined, contacted defendant Ron Smith Celebrity Look-Alikes to provide someone who could pass for Jacqueline Kennedy Onassis. That agency, which specializes *606 in locating and providing persons who bear a close resemblance to well-known personalities on request (and for a fee), came up with defendant Barbara Reynolds, regularly an appointments secretary to a congressman, who, with appropriate coiffure and appointments looks remarkably like Mrs. Onassis, and has made this resemblance an adjunct to her career.

The ad was run in September and October of 1983 in several upscale publications including Esquire, Harper.s Bazaar, The New Yorker, and the New York Times **258 Magazine. It received widespread circulation, and apparently was the subject of considerable comment, as was the entire series. Dior reportedly committed 2.5 million dollars to the campaign, and boasted that as a result, sales went through the roof. In opposition to the application for an injunction, defendants urge, among other things, that it is unnecessary because the ad has already appeared, and it is not scheduled for republication. However, they declined to enter into any formal stipulation to that effect, and trade papers are abuzz with speculation about the resurrection and reincarnation of the campaign, with possible television showings to reach an even wider audience. Moreover, the case presents an important question under the privacy law, and it is appropriate that it be judicially resolved. Matter of Baumann & Son Buses Inc., 46 N.Y.2d 1061, 1063, 416 N.Y.S.2d 788, 390 N.E.2d 295; Le Drugstore Etats Unis v. N.Y. State Board of Pharmacy, 33 N.Y.2d 298, 301, 352 N.Y.S.2d 188, 307 N.E.2d 249.

Section 50 of the New York Civil Rights Law provides:

"A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person ... is guilty of a misdemeanor..

Having defined the offense, and declaring it to be criminal, s 51 of the Civil Rights Law goes on to provide civil remedies for violation as well, including injunction and damages.

Any person whose name, portrait or picture is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent first obtained as above provided may maintain an equitable action in the supreme court of this state against the person, firm *607 or corporation so using his name, portrait or picture, to prevent and restrain the use thereof; and may also sue and recover damages for any injuries sustained by reason of such use and if the defendant shall have knowingly used such person.s name, portrait or picture in such manner as is forbidden or declared to be unlawful by section fifty of this article, the jury, in its discretion, may award exemplary damages.....

[1] Once the violation is established, the plaintiff may have an absolute right to injunction, regardless of the relative damage to the parties. Blumenthal v. Picture Classics, Inc., 235 App.Div. 570, 257 N.Y.S. 800, aff.d. 261 N.Y. 504, 185 N.E. 713; Loftus v. Greenwich Lithographing Co., 192 App.Div. 251, 182 N.Y.S. 428; Durgom v. Columbia Broadcasting Systems, Inc., 29 Misc.2d 394, 395, 214 N.Y.S.2d 752.

[2] Is there a violation? Defendants, urging a strict and literal compliance with the statute, say that there is not. Plaintiff, arguing for a broader interpretation, insists that there is. As a general proposition, ss 50 and 51 of the Civil Rights Law, which created a new statutory right, being in derogation of common law, receive a strict, if not necessarily a literal construction. Shields v. Gross, 58 N.Y.2d 338, 345, 461 N.Y.S.2d 254, 448 N.E.2d 108; Arrington v. New York Times Co., 55 N.Y.2d 433, 439, 449 N.Y.S.2d 941, 434 N.E.2d 1319. However, .since its purpose is remedial ... .to grant recognition to the newly expounded right of an individual to be immune from commercial exploitation. [Flores v. Mosler Safe Co., 7 N.Y.2d 276, 280-281 [196 N.Y.S.2d 975, 164 N.E.2d 853]; see Lahiri v. Daily Mirror, 162 Misc. 776, 779 [295 N.Y.S. 382]), section 51 of the Civil Rights Law has been liberally construed over the ensuing

years". Stephano v. News Group Publications, Inc., App.Div., --- N.Y.S.2d ---- (First Dept., Jan. 5, 1984).

Plaintiff.s name appears nowhere in the advertisement. Nevertheless, the picture of a well-known personality, used in an ad and instantly recognizable, will still serve as a badge of approval for that commercial product. It is designed to .catch the eye and focus it on the advertisement.. Negri v. Schering Corp., 333 F.Supp. 101, 105. That is why the use of a person.s "portrait or picture" without consent is also proscribed. **259 Just what is comprehended by the term "portrait or picture?".

In Negri v. Schering Corp., supra, plaintiff, the well-known movie actress of the 1920.s, Pola Negri, objected to the publication of an advertisement in 1969 showing a *608 scene from one of her early movies with words issuing from her mouth in the balloon caption suggesting the use of the anti-histamine drug Pola-ramine. To defendant.s contention that the picture did not really show plaintiff as she was then, the Southern District court, applying New York Law, held that as long as the ad portrayed a recognizable likeness it was actionable, declaring, .If a picture so used is a clear and identifiable likeness of a living person, her or she is entitled to recover damages suffered by reason of such use * * *.. (id. p. 105).

In Ali v. Playgirl, Inc., 447 F.Supp. 723, the portrait or picture was not an actual photo, but a composite photo-drawing depicting a naked black man in a boxing ring, with the recognizable facial features of the former world.s heavyweight champion. The Southern District court, again applying New York law, held that the phrase .portrait or picture. as used in s 51 of the Civil Rights Law is not restricted to actual photographs, but comprises any representations which are recognizable as likenesses of the complaining individual. In that case, the picture represented something short of actuality.somewhere between representational art and a cartoon.

In Loftus v. Greenwich Lithographing Co. Inc., 192 App.Div. 251, 182 N.Y.S. 428 the objection again was not to an actual picture of the plaintiff, but to an advertising poster for a movie called .Shame., which showed a sketch of a female figure in a costume plaintiff had popularized in a Ziegfeld production. The court rejected defendant.s contention that the poster was not an actual depiction of plaintiff. Despite changes that were made as between plaintiff.s actual picture

and defendant.s drawing, the court found it evident that the drawing took plaintiff.s appearance as its starting point, and declared that slight changes or deviations would not thwart the application of the wholesome provisions of the Civil Rights Law.

[3] In Young v. Greneker Studios, Inc., 175 Misc. 1027, 26 N.Y.S.2d 357, this court extended the literal definition of portrait or picture to include a manikin or sculpture for which plaintiff was the model. The words .portrait or picture. were construed to be broad enough to cover any likeness or representation of the plaintiff, whether two or three dimensional. On the other *609 hand, conveying the likeness of a person, not graphically, but through sound, by means of the imitation of a distinctive voice does not come within the prohibition of the statute (possibly an oversight, since the possibility of reproducing and disseminating the sound of a voice was not contemplated in 1903 when the ss 50 and 51 of the Civil Rights Law were first enacted). See Lahr v. Adell Chemical Co., Inc., 1 Cir., 300 F.2d 256, 258. This is not because the portrayal of plaintiff.s distinctive vocal delivery was by an imitator, but because a voice was not construed as the equivalent of a name or picture, and the picture used was that of a duck.

The Court of Appeals, 70 years ago, in Binns v. Vitagraph Co. of America, 210 N.Y. 51, 103 N.E. 1108, dealt with the question of whether the use of the picture of another person suggestive of the plaintiff is a prohibited use of a plaintiff.s portrait or picture. The plaintiff was a wireless operator on a sinking ship, whose radioed distress signal, .COD., resulted in the rescue of hundreds of passengers, and made him a hero. Defendant, attempting to capitalize on the widespread public interest in the story, did a photoplay based on the event (what we would today call a .docudrama.). A professional actor was employed to portray the plaintiff, and was photographed playing the part. The court declared, .A picture within the meaning of the statute is not necessarily a photograph of the living person, but includes any representation of such person. The picture ... was intended to be, and it was, a representation of the plaintiff.. id, p. 57, 103 N.E. **260 1108. The court expressly rejected the contention of the defendant that all it used .was an actual picture of a person made up to look like and impersonate the plaintiff.. While we might take a different view today as to whether a depiction of a newsworthy event (see Murray v. New York Magazine Co., 27 N.Y.2d 406, 318 N.Y.S.2d 474, 267 N.E.2d 256) or a dramatized reenactment or even a satirical portrayal is a commercial statement or protected comment (University of Notre Dame v. Twentieth Century Fox Film

Corp., 22 A.D.2d 452, 256 N.Y.S.2d 301, aff.d. 15 N.Y.2d 940, 259 N.Y.S.2d 832, 207 N.E.2d 508) the court was clear that the photographic portrayal by one person to simulate another without consent was forbidden by the statute.

Defendants urge as controlling Lombardo v. Doyle, Dane & Bernbach, Inc., 58 A.D.2d 620, 396 N.Y.S.2d 661, in which there was a dismissal *610 of an invasion of privacy action (by a vote of 3-2) against a television commercial which showed an actor conducting a band at a New Year.s Eve party playing .Auld Lang Syne., similar to the way plaintiff bandleader had done for decades, and with which he was associated in the public mind. However, there the majority of court was refusing to equate a person.s style or characteristics or musical arrangements with a .name, portrait or picture. where plaintiff.s name was not mentioned and the actor did not physically resemble the plaintiff. Similarly, in Shaw v. Time & Life Records, 38 N.Y.2d 201, 379 N.Y.S.2d 390, 341 N.E.2d 817, plaintiff bandleader was denied the right to make claim under ss 50 and 51 of the Civil Rights Law against defendant for simulating the .sound. and style of arrangements of his swing era band. And in Toscani v. Hersey, 271 App.Div. 445, 65 N.Y.S.2d 814, where the plaintiff was portrayed in the book and play .A Bell for Adano., but under a different and fictionalized name, the court held that a work inspired by the acts, events and experiences of a living person is not an unauthorized use of his .name, "portrait or picture.."

[4] The principle to be distilled from a study of the statute and of the cases construing it is that all persons, of whatever station in life, from the relatively unknown to the world famous, are to be secured against rapacious commercial exploitation. While the statute may not, by its terms, cover voice or movement, characteristics or style, it is intended to protect the essence of the person, his or her identity or persona from being unwillingly or unknowingly misappropriated for the profit of another. Shakespeare may not have been aware of advertising techniques, media hard-sell, or personal endorsements for product promotion, but the words he put in Tago.s mouth were right on target:

"Good name in man or woman, dear my lord, Is the immediate jewel of their souls; Who steals my purse steals trash; tis something, nothing; "Twas mine," .tis his, and has been slave to thousands; But he that filches from me my good name Robs me of that which not enriches him, And makes me poor indeed.."

*611 In those days, as the touchstone of recognition, name was all, conveyed in writing or by word of mouth. Today, the visual have superseded the verbal arts, and news photography, television, and motion pictures can accord instant world-wide recognition to a face. For some people, even without their American Express Cards, the face is total identification, more than a signature or a coat of arms. (Cf. Orsini v. Eastern Wine Corp., 190 Misc. 235, 73 N.Y.S.2d 426 aff.d. 273 App.Div. 947, 78 N.Y.S.2d 224). The unauthorized use of a person.s signature would not pass muster under the statute because it was claimed merely to be a facsimile. Is a picture or portrait intended to look like someone not that person.s picture if it is similarly a facsimile or a simulation?

The dictionary defines a "picture" as:

"1. An image or likeness of an object, person or scene produced on a flat surface, **261 especially by painting, drawing, or photography.
2. a printed reproduction of any of these.
3. anything closely resembling or strikingly typifying something else; perfect likeness; image; * * * . Websters New Twentieth Century Dictionary, Unabridged, Second Edition"

A"portrait" is defined as:
"1. A painting, photograph or other likeness of a person, especially one showing the face.
2. A verbal picture or description, especially of a person."
3. Any close likeness of one thing to another. * * * . American Heritage Dictionary of the English Language, New College Ed. 1976.

[5] The statute is in the disjunctive. There need not be, as defendants suggest, a coupling of name and picture. The essence of what is prohibited, as the statute, the cases, and the dictionary definitions make clear, is the exploitation of one.s identity as that is conveyed verbally or graphically. A photograph may be a depiction only of the person before the lens, but a .portrait or picture. gives wider scope, to encompass a representation which conveys the essence and likeness of an individual, not only actuality, but the close and purposeful resemblance to reality. That is how it was defined in Binns v. Vitagraph Co. of America, supra, as any representation, including the picture of another, which was intended to be, and did, in fact, convey the idea that it was the plaintiff.
*612 We are dealing here with actuality and appearance, where illusion often heightens reality and all is not quite what it seems. Is the

illusionist to be free to step aside, having reaped the benefits of his creation, and permitted to disclaim the very impression he sought to create? If we were to permit it, we would be sanctioning an obvious loophole to evade the statute. If a person is unwilling to give his or her endorsement to help sell a product, either at an offered price or at any price, no matter.hire a double and the same effect is achieved. The essential purpose of the statute must be carried out by giving it a common sense reading which bars easy evasion. If we truly value the right of privacy in a world of exploitation, where every mark of distinctiveness becomes grist for the mills of publicity, then we must give it more than lip service and grudging recognition. Let the word go forth.there is no free ride. The commercial hitchhiker seeking to travel on the fame of another will have to learn to pay the fare or stand on his own two feet.

[6] There are many aspects of identity. A person may be known not only by objective indicia. name, face, and social security number, but by other characteristics as well.voice, movement, style, coiffure, typical phrases, as well as by his or her history and accomplishments. Thus far, the legislature has accorded protection only to those aspects of identity embodied in name and face. Imitators are free to simulate voice or hair-do, or characteristic clothing or accessories, and writers to comment on and actors to re-enact events. No one is free to trade on another.s name or appearance and claim immunity because what he is using is similar to but not identical with the original.

[7][8][9] Defendant, Barbara Reynolds, protests that she cannot be prevented from using her own face. Where, however, that use is done in such a way as to be deceptive or promote confusion, that use can be enjoined. The use of one.s own name can be restrained.

See Sullivan v. Ed Sullivan Radio & T.V. Inc., 1 A.D.2d 609, 152 N.Y.S.2d 227; David B. Findlay, Inc. v. Findlay, 18 N.Y.2d 12, 271 N.Y.S.2d 652, 218 N.E.2d 531, cert. den. 385 U.S. 930, 81 S.Ct. 289, 17 L.Ed.2d 212; Higgins Co. v. Higgins Soap Co., 144 N.Y.

462, 39 N.E. 490; Harvey Machine Co., Inc. v. Harvey Aluminum Corp., 9 Misc.2d 1078, 175 N.Y.S.2d 288. Even variants of a name can be enjoined where confusion may ensue. Sullivan, *613 supra, 1 A.D.2d p. 611, 152 N.Y.S.2d 227; Astor v. Williams, 1 Misc.2d 1026, 71 N.Y.S.2d 332, aff.d. 272 App.Div. 1052, 75 N.Y.S.2d 291, 296; Albro Metal Prod. **262 Corp. v. Alper, 281 App.Div. 68, 117 N.Y.S.2d 342. Similarly, it

appears to me, the use of one.s own picture can be limited if it is contrived to convey the appearance of someone else.someone much better known. Barbara Reynolds was an unknown secretary. Her appearance at the "wedding" of the Diors would not have made it .legendary.. Provide her, however, with the appropriate makeup, hairdo, accessories and expression and behold.she is the very image of one of the most instantly recognizable and most respected women in the world.a legend in her own time. Norman Mailer, writing in the December 1983 issue of Esquire Magazine on .Fifty Who Made the Difference., so characterized plaintiff:

"Jackie Kennedy Onassis is not merely a celebrity, but a legend. Not a legend, but a myth. No, more than a myth. She is now an historic archetype, virtually a demiurge." (p. 186).

It is the apparent presence of the Jacqueline Kennedy Onassis figure which makes the event .legendary., and endows it with the qualities of charisma, sophistication, elegance, trend-setting and uniqueness which the advertising campaign seeks to convey. The juxtaposition of the counterfeit figure just behind the real-life figures of a veteran actress, a TV personality, and a well-known model lends to the whole ensemble an air of verisimilitude and accentuates the grievance, for it imparts an aura of authenticity to the trumped up tableau.

Some of the contentions raised by the defendants are palpably feeble, for example that there is a recognized exception for artistic as distinguished from commercial endeavors, and that defendant Barbara Reynolds is somehow going to be impeded in her artistic career. While some imitators may employ artistry in the use of voice, gesture and facial expression, a mere similarity of features is no more artistry than the mimicry of the Monarch butterfly by its look- alike, the Viceroy butterfly. To paint a portrait of Jacqueline Kennedy Onassis is to create a work of art; to look like Jacqueline Kennedy Onassis is not. Miss Reynolds may capitalize on the striking resemblance of facial features at parties, TV appearances, and dramatic works, but not in commercial advertisements. Similarly, *614 defendant Ron Smith Celebrity Look-Alikes can market its clients for fun and profit in various areas, but may not capitalize on natural resemblance to a well-known person for trade or advertising. No one has an inherent or constitutional right to pass himself off for what he is not.

[10] The fact that even as between people who resemble one another, there are variances and points of dissimilarity is of no moment. It is the over-all impression being made that counts. The statute necessarily contemplates that a depiction may not be precise, for the words .portrait or picture. comprehend a sketch, a cartoon, or a caricature which selectively omit some features and accentuate others. There are then points of resemblance and points of difference and distortion, but if done well there is instant recognition. What difference if a sketch is used instead of a look-alike model in connection with a commercial promotion? The end result is the same. trading on the name or features of another and the unwarranted commercial exploitation of a person who has not consented to be commercially exploited.

[11] Little more heed need be given to the contention that somehow this advertisement is privileged as a protected form of free speech. It deals with the sale of goods, and not with the promulgation of ideas. .The factual reporting of newsworthy persons and events is in the public interest and is protected. The fictitious is not.. Spahn v. Julian Messner, Inc., 18 N.Y.2d 324, 328, 274 N.Y.S.2d 877, 221 N.E.2d 543.

[12][13][14] Similarly, the notion that having Jacqueline Kennedy Onassis attend the wedding of the Diors is .no more than a touch of humor. wholly incidental to the commercial message and therefore permissible. (Reference is also made in this regard to the presence of a model resembling the late General de Gaulle as part of the .romp., but only part of his nose and chin **263 are visible at the cropped left edge of the picture, and he is not readily recognizable.) The fact that plaintiff is a public figure permits comment or photography concerning her, or even cartoons or caricatures. She may be shown as a character in re-enactments of the recent past, favorably or unsympathetically. But, as a public figure she has not forfeited her right of privacy and does not become a subject for commercial exploitation. Reilly v. *615 Rapperswill, 50 A.D.2d 342, 377 N.Y.S.2d 488. Whether she is an appropriate figure for social satire is an open question. See University of Notre Dame v. Twentieth Century Fox Film Corp., supra.

As this court had occasion to say in Salomone v. Macmillan Publishing Co. Inc., 97 Misc.2d 346, 349, 411 N.Y.S.2d 105, rev.d. o.g. 77 A.D.2d 501, 429 N.Y.S.2d 441. .Humor is a protected form of free speech, just as much to be given full scope, under appropriate circumstances, as the political speech, the journalistic expose, or the religious tract.. However, .the mere assertion that a statement was meant to be funny does not

automatically absolve the utterer. Humor is intensely subjective. Blank looks or even active loathing may be engendered by a statement or cartoon that evokes howls of laughter from another. What is amusing or funny in the eyes of one person may be cruel and tasteless to someone else. There is always a thin line between laughter and tears. Risibility and sensitivity must go hand in hand.. The question of whether a matter is harmless humor or cruel and vicious derision may be for the trier of facts, but where, as here, the humor allegedly employed is solely in connection with promoting the sale of goods (some of our best commercials are tongue-in- cheek), no issue of fact is presented as to a privileged use.

It is somewhat ironic that the principal defendant, Christian Dior-New York Inc. should be advocating the permissibility of passing off the counterfeit as a legitimate marketing device, when it (or its predecessor) has itself vigorously policed the market to prevent persons by fraud and deception obtaining the fruits of another.s labors and using them commercially. Dior v. Milton, 9 Misc.2d 425, 155 N.Y.S.2d 443, aff.d. 2 A.D.2d 878, 156 N.Y.S.2d 996. There plaintiff complained bitterly (and effectively) that there had been a misappropriation of its name and reputation. Now the shoe is on the other foot.

[15][16] In essence, this court finds on the undisputed facts, that plaintiff.s identity was impermissibly misappropriated for the purposes of trade and advertising, and that it makes no difference if the picture used to establish that identity was genuine or counterfeit. The violation being clear, plaintiff is entitled to preliminary injunctive relief, but not in as broad a form as she seeks. The advertisement having been published, it is not subject to recall. Albert v. New York *616 Telephone Co., 28 Misc.2d 296, 204 N.Y.S.2d 36, aff.d. 11 A.D.2d 656, 203 N.Y.S.2d 1019. Plaintiff is to be reassured against any further publication, but she is not entitled to obtain possession of all the prints, plates, and negatives used in preparing the ad. Miss Reynolds may be enjoined only from appearing in commercial advertisements masquerading as the plaintiff. If plaintiff claims she has been damaged by the publication of the advertisement, she can pursue those claims when the matter is set down for trial.

In view of the fact that the court has found ample basis for the granting of injunctive relief under the right of privacy laws, it is unnecessary at this time to reach the question proffered as to violation of her rights of publicity. While there would appear to be serious doubts as to whether such a right is recognized by the state courts in the common law of New

York (See Brinkley v. Casablancas, 80 A.D.2d 428, 435, 438 N.Y.S.2d 1004; Wojtowicz v. Delacorte Press, 43 N.Y.2d 858, 860, 403 N.Y.S.2d 218, 374 N.E.2d 129; Frosch v. Grosset & Dunlap, Inc., 75 A.D.2d 768, 427 N.Y.S.2d 828) the question of the scope and applicability of such a claimed right to the facts presented here need not be here resolved. Plaintiff.s statutory right to privacy has been trampled upon, and that is **264 all that need be shown. The motion is granted; the cross-motion is denied.

UNITED STATES COURT OF APPEALS
FOR THE NINTH CIRCUIT

JOSE SOLANO, JR. *Plaintiff-Appellant,*
. v.
PLAYGIRL, INC., OPINION *Defendant-Appellee.*
No. 01-55443 D.C. No CV-00-01242-DT

Appeal from the United States District Court
Central District of California
Dickran M. Tevrizian, District Judge, Presiding
Argued and Submitted
March 4, 2002—Pasadena, California
Filed June 13, 2002
Before: Harry Pregerson, Raymond C. Fisher and
Richard C. Tallman, Circuit Judges.
Opinion by Judge Fisher
8559

COUNSEL

Jonathan H. Anschell, White O'Connor Curry Gatti & Avanzado, Los Angeles, California, for the plaintiff-appellant. Kent R. Raygor, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton, Los Angeles, California, for the defendant-appellee.

OPINION

FISHER, Circuit Judge:

The January 1999 issue of Playgirl magazine featured a cover photograph of actor Jose Solano, Jr., best known for his role as "Manny Gutierrez" on the syndicated television program "Baywatch" from 1996 to 1999. Solano was shown shirtless and wearing his red lifeguard trunks, the uniform of SOLANO v. PLAYGIRL, INC. his "Baywatch" character, under a heading reading: "TV Guys. PRIMETIME'S SEXY YOUNG STARS EXPOSED." Playgirl, ostensibly focused on a female readership, typically contains nude photographs of men in various poses emphasizing their genitalia, including some showing them engaged in simulated sex acts. The magazine also contains written editorial features. Although Solano — who did not pose for or give an interview to Playgirl — did not in fact appear nude in the magazine, he sued Playgirl alleging it deliberately created the false impression that he did so, making it appear he was willing to degrade himself and endorse such a magazine.

The district court granted Playgirl summary judgment, finding Solano had failed to establish that Playgirl created a false impression about what readers would actually see of Solano inside the magazine or in any event that it had acted knowingly or recklessly in doing so. We disagree and reverse for a trial. At this stage of the proceedings, viewing the evidence most favorably to Solano as we must on summary judgment, we hold that he provided sufficient evidence to create triable issues of fact for the jury on the elements of each of his causes of action.

FACTS AND PROCEDURAL HISTORY

Because this case concerns the magazine cover, we describe it in some detail and append a copy of it to this opinion. (Addendum A.) As indicated above, Solano appeared bare-chested wearing his red trunks, dominating the cover. In the upper left corner was a red circle containing the words, "TV Guys," followed by the headline, "Primetime's Sexy Young Stars Exposed," which ran across the top of Solano's head. Immediately to the left of Solano's picture, the magazine proclaimed, "12 Sizzling Centerfolds Ready to Score With You." The "s" in "Centerfolds" was superimposed on Solano's right shoulder. Also placed to the left of Solano, running down the left margin, the cover touted "Countdown to Climax: Naughty Ways to Ring in the New Year," "Toyz in SOLANO v. PLAYGIRL, INC. the Hood: The Best in Erotic Home Shopping" and "Bottoms Up!: Hot Celebrity Buns." In the cover's lower right hand corner was the headline, "Baywatch's Best Body, Jose Solano."

Solano's sole appearance inside the magazine was on page 21, in a quarter-page, head-and-shoulders photograph — showing him fully dressed in a tee shirt and sweater — alongside a brief, quarter-page profile of the actor. Solano's profile included information about his "Baywatch" character, facts about his life before he began acting and a quote in which he says that with two younger brothers he strives to be a positive role model and hopes to encourage others to pursue their dreams. Solano's photograph and profile were part of a fivepage feature entitled "TV Guys," consisting of photographs and short profiles of 10 popular television actors. Neither Solano nor any of the other actors was shown nude. Significantly, Playgirl issues are displayed on newsstands packaged in plastic wrap to prevent potential customers from flipping through the pages to view the magazine's contents.

This action began when Solano filed suit against the magazine's publisher, Playgirl, Inc., in California Superior Court, alleging Playgirl invaded his privacy by portraying him in a false light and by misappropriating his likeness in violation of California Civil Code § 3344 and common law. He claimed he was humiliated and embarrassed when he learned of the use of his photograph on the cover of Playgirl and that he suffered a decline in job offers, invitations to charity events and social contacts with others in the entertainment industry following the publication of the January 1999 issue.[1] After Playgirl removed the case to federal court, the district court granted Playgirl's motion for summary judgment. The court found that the use of Solano's photograph in Playgirl did not create a false impression and, in any event, as a public figure SOLANO v. PLAYGIRL, INC. he could not show actual malice; that the public affairs exception defeated his § 3344 claim; and that the public interest exception defeated his common law misappropriation of likeness claim. The court also awarded attorney's fees and costs to Playgirl. Solano timely appealed.

We review a grant of summary judgment de novo. *Weiner v. San Diego County*, 210 F.3d 1025, 1028 (9th Cir. 2000). We must determine, viewing the evidence in the light most favorable to the nonmoving party, whether any genuine issues of material fact exist and whether the district court applied the relevant substantive law. *Lopez v. Smith*, 203 F.3d 1122, 1131 (9th Cir. 2000) (en banc).

[1] As recently as January 2001, Playgirl continued to sell the January 1999 issue as a back issue for order from the magazine.

DISCUSSION

I. The False Light Claim

[1] Solano argues that Playgirl's use of his photograph along with suggestive headlines on the cover conveyed the false message that Solano voluntarily posed nude for the magazine and, in doing so, implicitly endorsed the magazine and its sexually explicit content. To prevail on this false light claim, Solano must show that: (1) Playgirl disclosed to one or more persons information about or concerning Solano that was presented as factual but that was actually false or created a false impression about him; (2) the information was understood by one or more persons to whom it was disclosed as stating or implying something highly offensive that would have a tendency to injure Solano's reputation; (3) by clear and convincing evidence, Playgirl acted with constitutional malice; and (4) Solano was damaged by the disclosure. *See Fellows v. Nat'l Enquirer, Inc.*, 721 P.2d 97, 99-101 (Cal. 1986); *Aisenson v. Am. Broad. Co., Inc.*, 269 Cal. Rptr. 379, 387 (Ct. App. 1990); *see also* Restatement (Second) of Torts § 652E (1976) (discussing elements of false light claim). SOLANO v. PLAYGIRL, INC.

A. False Impression and Injury to Reputation

[2] Solano contends that when the photograph and headlines on the cover are viewed in context — that of a magazine that features sexually suggestive nude pictures of men — there is a triable issue of fact regarding the falsity of the message conveyed by Playgirl. We agree. We addressed a publication's creating an implied false message in *Eastwood v. Nat'l Enquirer, Inc.*, 123 F.3d 1249 (9th Cir. 1997), and *Kaelin v. Globe Communications Corp.*, 162 F.3d 1036 (9th Cir. 1998). In *Eastwood* the tabloid magazine National Enquirer's cover page headline advertised an "Exclusive Interview" with actor/director Clint Eastwood. The magazine contained an article with quotes allegedly attributable to Eastwood, cast as if Eastwood had been speaking directly to the bylined Enquirer editor. *See Eastwood*, 123 F.3d at 1250. Eastwood in fact had never given any interview to the Enquirer — exclusive or otherwise. Although the magazine never expressly stated that Eastwood actually had given it the interview, this court nevertheless reasoned that the Enquirer had "signal[ed], through text and graphics, that he had willingly talked to the Enquirer." *Id*. at 1255. *Kaelin* involved a defamation action brought by Kato Kaelin, the hapless houseguest of O.J. Simpson, against the Globe tabloid for publishing a front-page

headline announcing, "COPS THINK KATO DID IT . . . he fears they want him for perjury, say pals." Kaelin argued the "IT" implied the two brutal murders for which Simpson was tried and acquitted; the magazine claimed the word referred only to perjury, because the article inside the magazine explained that the police suspected Kaelin of having committed perjury. We were unpersuaded by the Globe's argument: "Even assuming that such a [perjury] reading is reasonably possible, it is not the only reading that is reasonably possible as a matter of law. So long as the publication is reasonably susceptible of a defamatory meaning, a factual question for the jury exists." *Kaelin*, 162 F.3d at 1040[2].

Playgirl's reliance on *Brewer v. Hustler Magazine, Inc.*, 749 F.2d 527 (9th Cir. 1984), is misplaced. In *Brewer*, the plaintiff brought suit when Hustler magazine reproduced a portion of a previously published postcard depicting Brewer shooting himself in the head. Brewer himself had created the postcard and contracted to sell it commercially. We rejected Brewer's argument that his right to privacy was violated by publication of the photograph in a sexually explicit magazine, holding that "[t]his argument is without merit because Brewer had no right to choose the forum in which his photograph was displayed." *Id*. at 530. Similarly, Solano cannot prevail on his false light claim simply by arguing that Playgirl put him on the cover of a magazine that contains explicit content. Indeed, that was the basis of Brewer's claim — that a reproduction of a portion of his *nonsexual* postcard appeared *inside* a sexually explicit magazine.

[3] Unlike *Brewer*, Solano's claim goes much deeper. Solano contends that his bare-chested, three-quarter-length photograph alongside the suggestive headlines on the Playgirl cover created the false impression that readers could expect to find more photographs of him inside the magazine, nude — "exposed" — in Playgirl's typical sexually explicit and revealing mode of depicting its "sexy" male subjects. Moreover, the placement of the "12 Sizzling Centerfolds — Ready to Score With You" line, which appeared in large bold letters immediately to the left of and just touching Solano's shoulder, could reasonably be interpreted to encompass Playgirl's cover subject, Solano. It is well-established that "[a] defendant is liable for what is insinuated as well as for what is

[2] Although Kaelin involved defamation rather than false light, it nonetheless is applicable in this context. "An action for invasion of privacy placing the plaintiff in a false light in the public eye is in substance equivalent to a libel claim." Selleck v. Globe Int'l, 212 Cal. Rptr. 838, 845 (Ct. App. 1985) (citation omitted).

stated explicitly." *O'Connor v. McGraw-Hill*, 206 Cal. Rptr. 33, 36 (Ct. App. 1984) (quotation omitted). It is Playgirl's insinuation about what readers would see of Solano inside the magazine that distinguishes this case from *Brewer*. As the Seventh Circuit observed in *Douglass v. Hustler Magazine*, 769 F.2d 1128 (7th Cir. 1985), where an actress asserted a false light claim based on Hustler magazine's insinuation that she was the kind of person to pose nude for Hustler: "To be depicted as *voluntarily* associated with such a sheet . . . is unquestionably degrading to a normal person . . . ." *Id.* at 1136.

[4] That Solano's profile inside the magazine was of a relatively innocent and nonsexual nature is of little significance[3]. In *Kaelin*, we concluded that the accuracy and truth of the Globe article discussing the suspicion that Kaelin had perjured himself did not cure the false impression conveyed by the cover headline, which implied he was suspected of murder. 162 F.3d at 1041. We held that the issue was one for the jury to decide: "A reasonable juror could conclude that the Kaelin article was too far removed [17 pages away] from the cover headline to have the salutary effect that Globe claims." *Id*. Here, the Solano profile appeared 21 pages away from the cover — with plenty of graphic frontal male nudity to traverse before reaching "TV Guys" and Solano's tame profile[4]. "[O]ur inquiry is not to determine whether the publication may have an innocent meaning but rather to determine if it reasonably conveys a defamatory meaning. In making that determination we look to what is explicitly stated as well as what insinuation and implication can reasonably be drawn from the publication." *Selleck v. Globe Int'l*, 212 Cal. Rptr. 838, 843 (Ct. App. 1985) (citation omitted). Given the record before us — especially when we recall that the magazine is displayed for sale in plastic wrapping, making the cover the key to what a reader can expect to find inside the magazine — a jury reasonably could reach a conclusion similar to that arrived at by this court in *Eastwood*:

[W]e look to the totality of the Enquirer's presentation of the interview and find that the editors falsely suggested to the ordinary reader of their publication — as well as those who merely glance at the headlines while

---

[3] Solano's profile included some mild titillating prose: "luscious Latino"; "Jose didn't always spend his days frolicking on the beach with fake-boobed babes"; and "versatile stud."

[4] The terrain is even more extensive and graphic for those who read their magazines back to front.

waiting at the supermarket checkout counter — that Eastwood had willingly chatted with someone from the *Enquirer*.

123 F.3d at 1256. There we concluded that the false impression that Eastwood had actually given an interview with the Enquirer could convey the message that he was "washed up as a movie star if he was courting publicity in a sensationalist tabloid." *Id*. Similarly, a jury reasonably could conclude that the Playgirl cover conveyed the message that Solano was not the wholesome person he claimed to be, that he was willing to — or was "washed up" and had to — sell himself naked to a women's sex magazine.

B. Actual Malice

Although Solano has established a genuine issue as to whether the cover created a false impression, to survive summary judgment he must, as a public figure, also establish by clear and convincing evidence that Playgirl's editors knowingly or recklessly created this false impression. The third element necessary to establish a claim for false light, therefore, is the constitutional requirement of actual malice. *See Harte- Hanks Communications, Inc. v. Connaughton*, 491 U.S. 657, 686 (1989) (quoting *Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 U.S. 485, 511 (1984))*; Aisenson*, 269 Cal. Rptr. at 382-83. A failure to set forth specific facts showing such malice is a proper ground for summary judgment. *See Dworkin v. Hustler Magazine, Inc.*, 867 F.2d 1188, 1195 (9th Cir. 1989). Specifically, Solano must show that Playgirl "either deliberately cast [its] statements in an equivocal fashion in the hope of insinuating a [false] import to the reader, or that [it] knew or acted in reckless disregard of whether [its] words would be interpreted by the average reader as [false] SOLANO v. PLAYGIRL, INC. statements of fact." *Good Gov't Group of Seal Beach, Inc. v. Superior Court*, 586 P.2d 572, 578 (Cal. 1978). As we noted in *Eastwood*, proving actual malice by clear and convincing evidence is a heavy burden, "far in excess of the preponderance sufficient for most civil litigation." 123 F.3d at 1252. In *Harte-Hanks*, the Supreme Court explained the actual malice standard:

[T]he actual malice standard is not satisfied merely through a showing of ill will or 'malice' in the ordinary sense of the term. . . . Nor can the fact that the defendant published the defamatory material in order to increase its profits suffice to prove actual malice. . . . Actual malice, instead, requires at a minimum that the statements were made with a

reckless disregard for the truth. And although the concept of 'reckless disregard' 'cannot be fully encompassed in one infallible definition,' we have made clear that the defendant must have made the false publication with a 'high degree of awareness of . . . probable falsity,' or must have 'entertained serious doubts as to the truth of his publication.'

491 U.S. at 666-67 (citations and footnote omitted). Similarly, the California Court of Appeal has emphasized:

'[R]eckless conduct is not measured by whether a reasonably prudent man would have published, or would have investigated before publishing. There must be sufficient evidence to permit the conclusion that the defendant in fact entertained serious doubts as to the truth of his publication. Publishing with such doubts shows reckless disregard for truth or falsity and demonstrates actual malice.'

Aisenson, 269 Cal. Rptr. at 386 (citation omitted).

"The subjective determination of whether [the defendant] in fact entertained serious doubts as to the truth of the state- 8570 SOLANO v. PLAYGIRL, INC. ment may be proved by inference, as it would be rare for a defendant to admit such doubts. A court typically will infer actual malice from objective facts. These facts should provide evidence of negligence, motive, and intent such that an accumulation of the evidence and appropriate inferences supports the existence of actual malice." *Bose Corp. v. Consumers Union*, 692 F.2d 189, 196 (1st Cir. 1982) (citations omitted).

Against this backdrop, we now turn to the conflicting evidence regarding the existence of actual malice on the part of Playgirl editors in assembling the January 1999 issue. Playgirl associate editor Theresa O'Rourke testified in her deposition that at an October 1998 meeting to discuss the January 1999 cover, Playgirl senior vice president Carmine Bellucci generally instructed the editorial staff to "sex up" the magazine to imply that there was more nudity in the magazine than actually was there[5]. She stated that Bellucci wanted to "bang [readers] over the head with something like, hey, this is sexy young stars exposed" so that

[5] Playgirl claims that O'Rourke was a low-level editor without any decision-making authority. We note, however, that O'Rourke appears third from the top, under only the editor-in-chief and managing editor, in the masthead for the January 1999 issue.

"people are going to want to pick up the magazine more." According to O'Rourke, "we definitely weren't trying to be subtle, and we knew it." She stated that there had been discussion in the cover meetings that the cover layout implied Solano appeared nude in a centerfold inside the magazine. She said the "Primetime's Sexy Young Stars Exposed" headline specifically sparked debate at the meetings "[b]ecause some of us did not feel like it was fair to do that." Editor-in-chief Claire Viguerie Harth testified that the magazine's intent with the headline was "to make a line that was sexy enough [that] people would be intrigued and want to look inside, but not to say something that the magazine was showing something that it didn't have."

Playgirl art director Joanne Chiaramonte emphasized that if the magazine had contained a nude photograph of Solano, the cover explicitly would have said so. She stated that she never thought readers would expect to see Solano in a centerfold photograph because the headline,"Baywatch's Best Body, Jose Solano" clearly referred to Solano's presence in the magazine. *But see Eastwood*, 123 F.3d at 1256 (concluding that readers would not understand that only "*Enquirer* Interview," not "Exclusive Interview," would mean interview was given directly to Enquirer). Additionally, she explained that "[e]xposed and nude are really two different things." Associate art director Serena Spiezio disagreed[6]. She testified that she thought it would be reasonable for a reader to expect to see Solano nude inside the magazine "[b]ecause it says TV Guys and they're being exposed. And it's Playgirl Magazine. What else would they be exposing but their bodies?" O'Rourke also recalled that someone raised a concern about the "12 Sizzling Centerfolds: Ready to Score with You" headline because it occupied the space where the headline relating to the cover subject often is placed. She believed "someone's going to think that he's naked in there."

O'Rourke said that Bellucci tended to just "blow off" such comments and concerns. Bellucci agreed in his deposition that Solano was a "primetime sexy young star" as those words were used in the cover headline, but denied that the editors used Solano's photograph and the cover headlines falsely to imply that Solano appeared nude in the magazine.

[6] According to Playgirl, Spiezio worked for the magazine for only three and a half months before she was fired.

[5] Even if, as Playgirl asserts, Chiaramonte and Bellucci were the final decisionmakers as to the content of the cover, the testimony of O'Rourke and Spiezio serve to prove that during the editorial process *someone* raised concerns about the use of Solano's photograph alongside the suggestive headlines; both Bellucci and Chiaramonte were aware of some staffers' concerns that the cover might falsely imply that Solano appeared nude inside the magazine. Given that awareness and the evidence that Bellucci wanted to "sex up" the magazine to imply nudity, plainly to promote magazine sales, a jury could conclude Playgirl's editors knowingly or recklessly published the misleading cover. Such evidence is sufficient to satisfy the actual malice standard. *See Kaelin*, 162 F.3d at 1042 (holding actual malice inferable from editor's mild concern about ambiguous headline, undisputed absence of belief that Kaelin was a murder suspect and pecuniary motive to sell papers); *Eastwood*, 123 F.3d at 1256 (finding from totality of editors' choices that they intended to convey impression, known to be false, that Eastwood wilfully submitted to interview by Enquirer).

This case is unlike *Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.*, 255 F.3d 1180 (9th Cir. 2001). There, actor Dustin Hoffman brought a misappropriation claim when a magazine featured Hoffman and other celebrities, many of whom were then deceased, in digitally altered photographs depicting scenes from famous movies. Hoffman objected to the use of an altered still photograph of himself from the movie "Tootsie" in a layout featuring the year's spring fashions. The wellknown picture of Hoffman had been altered to show him modeling new designer clothing. We held that the magazine had not acted with malice because "[a]ll but one of the references to the article in the magazine make it clear that digital techniques were used to substitute current fashions for the clothes worn in the original stills. . . ." *Id*. at 1188. Further, we concluded that "[w]hile [the magazine] never explicitly told its readers that the living actors did not pose for the altered photographs in the article, there is certainly no clear evidence in the magazine that [the magazine] intended to suggest the opposite . . . ." *Id*. Here the evidence suggests Playgirl may have knowingly or recklessly used its cover to mislead readers about Solano's true state of dress in the magazine.

Cher v. Forum Int'l, Ltd., 692 F.2d 634 (9th Cir. 1982), does not assist Playgirl either. There entertainer Cher gave an 8573 SOLANO v. PLAYGIRL, INC. interview to a freelance reporter with the understanding that it would be used in a specific magazine, Us. Cher later asked Us not to use the story and the reporter then sold the story to Star, a tabloid,

and Forum, a pocket-sized magazine, both of which ran the interview as an "exclusive." Cher argued that the publication of the interview and the "exclusive" headlines on the covers created the impression that she voluntarily gave the interviews to, and thereby endorsed, Star and Forum. We granted judgment in favor of Star because its headlines truthfully conveyed the contents of its magazine. *Id*. at 637-38. On the other hand, we affirmed liability as to Forum because it went beyond the "honest exploitation of the fact that it possessed some pictures of Cher and an interview that she had given a writer," instead falsely advertising in a subscription "tear out" that Cher told Forum "things that she 'would never tell Us' " — which, of course, Cher had told Us originally. *Id*. at 639. As we emphasized, "no matter how carefully the editorial staff of Forum may have trod the border between the actionable and the protected, the advertising staff engaged in the kind of knowing falsity that strips away the protection of the First Amendment." *Id*. at 640. Whether that barrier was crossed here is for the jury to decide.

It is neither surprising nor fatal to Solano's case that there is conflicting, circumstantial evidence that Playgirl entertained serious doubt whether the magazine cover would create the false impression that Solano appeared nude inside the magazine. "As we have yet to see a defendant who admits to entertaining serious subjective doubt about the authenticity of an article it published, we must be guided by circumstantial evidence. By examining the editors' actions we try to understand their motives." *Eastwood*, 123 F.3d at 1253. *See Kaelin*, 162 F.3d at 1042 ("The editors' statements of their subjective intention are matters of credibility for a jury."); *cf. Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coalition of Life Activists*, ___ F.3d ___, 2002 WL 992667, at *7-*9 (9th Cir. May 16, 2002) (en banc) (discussing deference accorded credibility determinations in court's postjudgment independent assessment of actual malice); *Eastwood*, 123 F.3d at 1252 (same). Viewing the evidence in the light most favorable to Solano and taking into account the typical Playgirl content, we believe Solano at this stage of the proceedings raises a genuine issue as to whether Playgirl's editorial staff produced the January 1999 cover knowing, or with reckless disregard for whether, Solano's bare-chested photograph and various suggestive headlines would falsely imply that he voluntarily posed for and appeared nude inside the magazine.

C.
Damages

The final element necessary to prove a case for false light is damages. A plaintiff may collect actual damages and general damages for humiliation and mental anguish and suffering. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1974). Playgirl argues that Solano cannot prove any damages. Solano admitted in his deposition that he did not seek therapy or any other type of treatment from any medical professional, although he did seek spiritual counseling from his father, a minister. He testified to both personal and familial humiliation and embarrassment because of the publication of his picture in the magazine. He claimed that several possibilities for appearing on various television programs failed to materialize after the publication of the Playgirl issue, yet he was unable to provide evidence that any lost job was related to his appearance in the magazine. Solano's current and previous agent and previous manager all stated that no one ever has mentioned the Playgirl issue to them — especially in relation to a job for Solano. Solano also argues that his invitations to charity events declined after the publication of the Playgirl issue, but again he admitted that he could only speculate — and had no proof — that there is a connection between the two events.

[6] In *Eastwood*, we rejected the contention that the jury's award of $150,000 was unsupported by a record that detailed Eastwood's extensive efforts to maintain his privacy. 123 8575 SOLANO v. PLAYGIRL, INC. F.3d at 1256. There we held that a jury finding that "fans would think him (1) a hypocrite for giving the Enquirer an 'exclusive interview' about his private life (plus access to an 'exclusive' baby picture), and/or (2) essentially washed up as a movie star if he was courting publicity in a sensationalist tabloid . . . would have been sufficiently damaging to Eastwood's reputation to support an award of this magnitude." *Id.* Previously, we concluded that a jury's award of $75,000 in compensatory damages to singer Tom Waits was sufficiently supported where "the jury could have inferred from the evidence that the commercial created a public impression that Waits was a hypocrite for endorsing Doritos." *Waits v. Frito- Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093, 1104 (9th Cir. 1992). Waits had a strict policy against doing commercials and the company produced a commercial using an imitation of Waits' voice. Similarly, comedienne Carol Burnett's testimony of personal and familial humiliation and embarrassment resulting from a false National Enquirer gossip column item which portrayed her as drunk, combined with her public image (which included her endeavors to raise awareness about alcoholism) and the tabloid's sizeable readership, was enough to support a damage award of $50,000. *Burnett v. Nat'l Enquirer, Inc.*, 193 Cal.

Rptr. 206, 222 (Ct. App. 1983). In light of this precedent, Solano's testimony regarding his humiliation and embarrassment is sufficient to establish a genuine issue with respect to damages and precludes summary judgment. (We make no predictions about whether this evidence alone will suffice to sustain the damages element at trial.)

II.
The Misappropriation Claims

Solano alleges statutory misappropriation of his right of privacy under California Civil Code § 3344 as well as common law commercial misappropriation invasion of privacy. Under § 3344(a), a plaintiff has a cause of action when "any person . . . knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods . . . without such person's prior consent . . . ." The statute also provides protection for certain uses, however, such that "a use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a)." Cal. Civ. Code § 3344(d) (1997). To prove a claim of common law commercial misappropriation of privacy, a plaintiff must establish the defendant's use of plaintiff's identity, the appropriation of plaintiff's name or likeness to defendant's advantage, commercially or otherwise, a lack of consent and resulting injury. *See Downing v. Abercrombie & Fitch*, 265 F.3d 994, 1001 (9th Cir. 2001). Similar to the statutory public affairs protection, the common law misappropriation cause of action also recognizes a public interest protection. *See Dora v. Frontline Video, Inc.*, 18 Cal. Rptr. 2d 790, 794-95 (Ct. App. 1993).

The district court found that the public affairs/public interest newsworthiness protections exempted Playgirl from liability for using the photographs of Solano and thereby granted summary judgment for Playgirl on these claims. Even though the exceptions are to be broadly construed, the newsworthiness privileges do not apply where a defendant uses a plaintiff's name and likeness in a knowingly false manner to increase sales of the publication. The First Amendment does not protect knowingly false speech. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964). "[W]e do not believe that the Legislature intended to provide an exemption from liability for a knowing or reckless falsehood under the canopy of 'news.' We therefore hold that Civil Code section 3344, subdivision (d), as it pertains to news, does not provide

an exemption for a knowing or reckless falsehood." *Eastwood v. Superior Court*, 198 Cal. Rptr. 342, 352 (Ct. App. 1983)[7]. As discussed above, we believe Solano has established a genuine issue regarding whether Playgirl acted with actual malice in using Solano's photograph on the cover of the magazine. Therefore, it was premature for the district court to address the applicability of the newsworthiness exceptions to Solano's claims, and summary judgment was inappropriate[8]. Playgirl argues that summary judgment nevertheless was appropriate because Solano cannot prove the elements of lack of consent and damages for his misappropriation causes of action. We think otherwise. There is enough disputed evidence to require a jury resolution. As to consent, Playgirl purchased Solano's cover photograph from Retna, Ltd., a photograph stock house; the sale invoice for the photograph included language stating that Solano had not executed a release for the use of the image. Additionally, Solano testified in his deposition that his representatives previously had been approached by Playgirl to do a "spread" in the magazine and he had immediately declined the offer. On the other hand, Playgirl argues that Solano voluntarily posed for the photographer to garner free publicity and knew that the photographs would be sold to magazines for publication.

As for damages, the measure of damages available for misappropriation claims includes the economic value of the use of an individual's name and likeness. *See Zacchini v. Scripps- Howard Broad. Co.*, 433 U.S. 562, 575 (1977). Section 3344 specifically provides that a plaintiff may recover "any profits from the unauthorized use" in addition to actual damages or the $750 minimum statutory damage amount and punitive

---

[7] When Eastwood v. Superior Court was decided in 1983, section 3344 applied only to an unauthorized use "for purposes of advertising products, merchandise, goods or services, or for purposes of solicitation of products . . . ." A 1984 amendment to section 3344 eliminated the requirement that the misappropriation must occur in a product advertisement, endorsement or solicitation. See KNB Enter. v. Matthews, 92 Cal. Rptr. 2d 713, 717 n.5 (Ct. App. 2000) (discussing amendment to section 3344)."

[8] We do not accept Solano's argument that Playgirl is not a news magazine and thus cannot contain content that may be deemed newsworthy. "[E]ven 'vulgar' publications are entitled to such guarantees . . . . Courts are, and should be, reluctant to define newsworthiness." Lerman v. Flynt Distrib. Co., Inc., 745 F.2d 123, 138-39 (2d Cir. 1984). "[N]ewsworthiness is not limited to 'news' in the narrow sense of reports of current events. It extends also to the use of names, likenesses or facts in giving information to the public for purposes of education, amusement or enlightenment, when the public may reasonably be expected to have a legitimate interest in what is published." Shulman v. Group W Prod., Inc., 955 P.2d 469, 483 (Cal. 1998) (citations and internal quotation marks omitted).

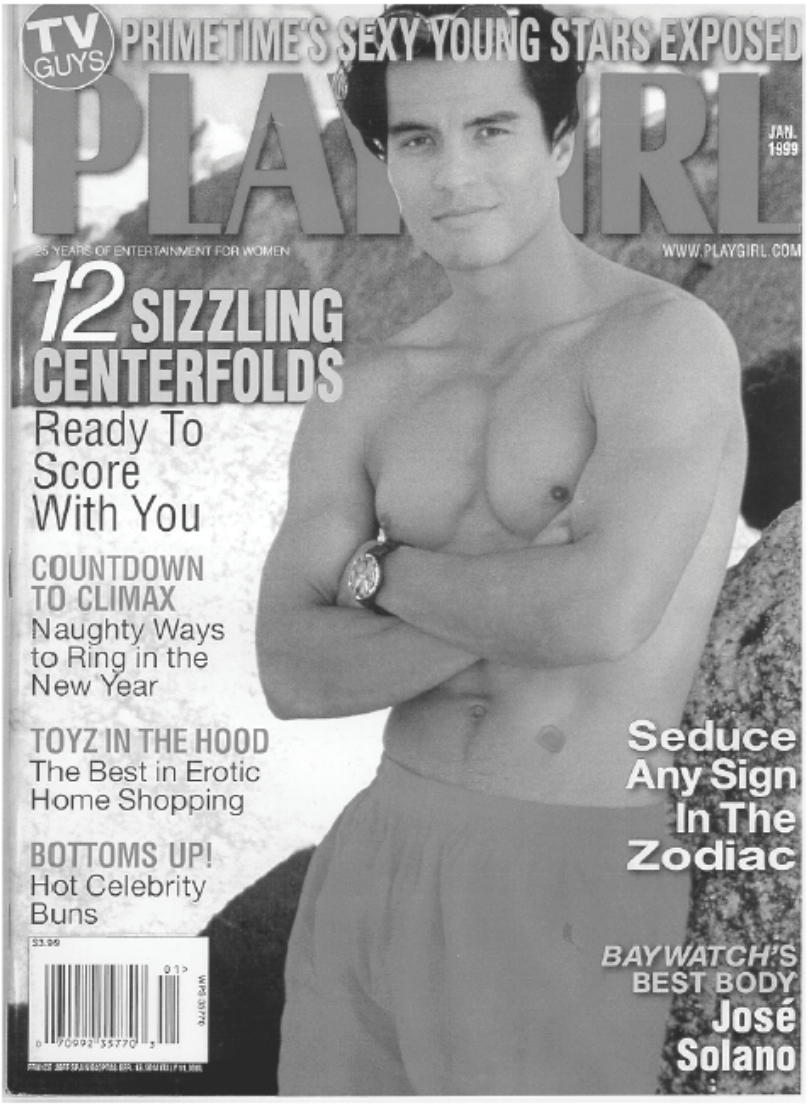
damages. Cal. Civ. Code § 3344(a) (1997). Solano has established genuine issues with respect to both of these elements.

CONCLUSION

[7] For the reasons stated, we reverse the district court's grant of summary judgment to Playgirl and remand for further proceedings.
REVERSED and REMANDED.
8579 SOLANO v. PLAYGIRL, INC.
01-55443
ADDENDUM A
8580 SOLANO v. PLAYGIRL, INC.
8581 SOLANO v. PLAYGIRL, INC.

01-55443

ADDENDUM A



978 F.2d 1093 1992 Copr.L.Dec. P 26,950 **(Cite as: 978 F.2d 1093)**
United States Court of Appeals, Ninth Circuit.
Tom WAITS, Plaintiff-Appellee,
v. FRITO-LAY, INC.; Tracy-Locke, Inc., Defendants-Appellants.
No. 90-55981.

Argued and Submitted Dec. 3, 1991. Decided Aug. 5, 1992. As Amended on Denial of Rehearing and Rehearing En Banc Oct. 6, 1992. As Amended Oct. 22, 1992.
1096 Lionel S. Sobel, Liebig & Kulzick, LosAngeles, Cal., Robert M. Callagy, Satterlee, Stephens, Burke & Burke, New York City, for defendants- appellants. Howard King, Gang, Tyre, Ramer & Brown, Los Angeles, Cal., for plaintiff- appellee. Appeal from the United States District Court for the Central District of California. Before: BROWNING, BOOCHEVER, and REINHARDT, Circuit Judges.

ORDER

The opinion in the above-entitled case, No. 90-55981, slip op. 9429 (9th Cir. Aug. 5, 1992), is amended by deleting footnote 4 on page 9449, and substituting in its place the following: With this amendment the panel has voted to deny the petition for rehearing. Judges Browning and Reinhardt reject the suggestion for rehearing en banc and Judge Boochever recommends rejection of the suggestion for rehearing en banc. The full court has been advised of the suggestion for rehearing en banc and no active judge has requested a vote on whether to rehear the matter en banc. (Fed.R.App.P. 35.) The petition for rehearing is denied and the suggestion for rehearing en banc is rejected.

OPINION BOOCHEVER,

Circuit Judge: Defendants Frito-Lay, Inc., and Tracy-Locke, Inc., appeal a jury verdict and award of $2.6 million in compensatory damages, punitive damages, and attorney's fees, in favor of singer Tom Waits. Waits sued the snack food manufacturer and its advertising agency for voice misappropriation and false endorsement following the broadcast of a radio commercial for SalsaRio Doritos which featured a vocal performance imitating Waits' raspy singing voice. On appeal, the defendants mount attacks on nearly all aspects of the judgment. In challenging the judgment on Waits' voice misappropriation claim, the defendants first contend that our decision in *Midler v. Ford Motor Co.,* 849 F.2d 460 (9th Cir.1988), *cert. denied,* 503 U.S. 951, 112 S.Ct. 1513, 1514, 117 L.Ed.2d 650 (1992), recognizing voice misappropriation as a California tort, is no longer good law. Next, they

contend that the district court erred in instructing the jury on the elements of voice misappropriation. Finally, the defendants urge us to vacate portions of the jury's damage award, arguing that several types of compensatory damages as well as punitive damages are unavailable as a matter of law, and in any event lack evidentiary support. In challenging the judgment on Waits' false endorsement claim under section 43(a) of the Lanham Act, the defendants contend that Waits lacks standing to sue because he is not in competition with the defendants. They also argue that Waits did not establish his claim at trial, and that damages and attorney's fees were improperly awarded. Because it is duplicative, we vacate the award of damages under the Lanham Act. We affirm in all other respects.

1097 BACKGROUND

Tom Waits is a professional singer, songwriter, and actor of some renown. Waits has a raspy, gravelly singing voice, described by one fan as "like how you'd sound if you drank a quart of bourbon, smoked a pack of cigarettes and swallowed a pack of razor blades...late at night. After not sleeping for three days." Since the early 1970s, when his professional singing career began, Waits has recorded more than seventeen albums and has toured extensively, playing to sold-out audiences throughout the United States, Canada, Europe, Japan, and Australia. Regarded as a "prestige artist" rather than a musical superstar, Waits has achieved both commercial and critical success in his musical career. In 1987, Waits received *Rolling Stone* magazine's Critic's Award for Best Live Performance, chosen over other noted performers such as Bruce Springstien, U2, David Bowie, and Madonna. *SPIN* magazine listed him in its March 1990 issue as one of the ten most interesting recording artists of the last five years. Waits has appeared and performed on such television programs as "Saturday Night Live" and "Late Night with David Letterman," and has been the subject of numerous magazine and newspaper articles appearing in such publications as *Time, Newsweek,* and the *Wall Street Journal.* Tom Waits does not, however, do commercials. He has maintained this policy consistently during the past ten years, rejecting numerous lucrative offers to endorse major products. Moreover, Waits' policy is a public one: in magazine, radio, and newspaper interviews he has expressed his philosophy that musical artists should not do commercials because it detracts from their artistic integrity. Frito-Lay, Inc. is in the business of manufacturing, distributing, and selling prepared and packaged food products, including Doritos brand corn chips. Tracy-Locke, Inc. is an advertising agency which counts Frito-Lay among its clients. In

developing an advertising campaign to introduce a new Frito-Lay product, SalsaRio Doritos, Tracy-Locke found inspiration in a 1976 Waits song, "Step Right Up."Ironically, this song is a jazzy parody of commercial hucksterism, and consists of a succession of humorous advertising pitches.

[FN1] The commercial the ad agency wrote echoed the rhyming word play of the Waits song. In its presentation of the script to Frito-Lay, Tracy-Locke had the copywriter sing a preliminary rendition of the commercial and then played Waits' recorded rendition of "Step Right Up" to demonstrate the feeling the commercial would capture. Frito-Lay approved the overall concept and the script. FN1. Waits characterizes the song as an indictment of advertising. It ends with the line, "What the large print giveth, the small print taketh away." *See Murray Ohio Mfg. Co. v. Continental Ins. Co.,* 705 F.Supp. 442, 444 (N.D.Ill.1989) (quoting "Tom Waits' noted maxim" in interpreting insurance contract).

The story of Tracy-Locke's search for a lead singer for the commercial suggests that no one would do but a singer who could not only capture the feeling of "Step Right Up" but also imitate Tom Waits' voice. The initial efforts of the ad agency's creative team, using a respected professional singer with a deep bluesy voice, met with disapproval from executives at both Tracy- Locke and Frito-Lay. Tracy-Locke then auditioned a number of other singers who could sing in a gravelly style. Stephen Carter was among those who auditioned. A recording engineer who was acquainted with Carter's work had recommended him to Tracy-Locke as someone who did a good Tom Waits imitation. Carter was a professional musician from Dallas and a Tom Waits fan. Over ten years of performing Waits songs as part of his band's repertoire, he had consciously perfected an imitation of Waits' voice. When Carter auditioned, members of the Tracy-Locke creative team "did a double take" over Carter's near-perfect imitation of Waits, and remarked to him how much he sounded like Waits. In fact, the commercial's musical director warned Carter that he probably wouldn't get the job because he sounded too much like Waits, which ***1098** could pose legal problems. Carter, however, did get the job. At the recording session for the commercial David Brenner, Tracy-Locke's executive producer, became concerned about the legal implications of Carter's skill in imitating Waits, and attempted to get Carter to "back off" his Waits imitation. Neither the client nor the members of the creative team, however, liked the result. After the session, Carter remarked to Brenner that Waits would be unhappy with the commercial because of his publicly avowed policy

against doing commercial endorsements and his disapproval of artists who did. Brenner acknowledged he was aware of this, telling Carter that he had previously approached Waits to do a Diet Coke commercial and "you never heard anybody say no so fast in your life." Brenner conveyed to Robert Grossman, Tracy-Locke's managing vice president and the executive on the Frito-Lay account, his concerns that the commercial was too close to Waits' voice. As a precaution, Brenner made an alternate version of the commercial with another singer. On the day the commercial was due for release to radio stations across the country, Grossman had a ten-minute long-distance telephone consultation with Tracy-Locke's attorney, asking him whether there would be legal problems with a commercial that sought to capture the same feeling as Waits' music. The attorney noted that there was a "high profile" risk of a lawsuit in view of recent case law recognizing the protectability of a distinctive voice. Based on what Grossman had told him, however, the attorney did not think such a suit would have merit, because a singer's style of music is not protected. Grossman then presented both the Carter tape and the alternate version to Frito-Lay, noting the legal risks involved in the Carter version. He recommended the Carter version, however, and noted that Tracy-Locke would indemnify Frito-Lay in the event of a lawsuit. Frito-Lay chose the Carter version. The commercial was broadcast in September and October 1988 on over 250 radio stations located in 61 markets nationwide, including Los Angeles, San Francisco, and Chicago. Waits heard it during his appearance on a Los Angeles radio program, and was shocked. He realized "immediately that whoever was going to hear this and obviously identify the voice would also identify that [Tom Waits] in fact had agreed to do a commercial for Doritos."In November 1988, Waits sued Tracy-Locke and Frito-Lay, alleging claims of misappropriation under California law and false endorsement under the Lanham Act. The case was tried before a jury in April and May 1990. The jury found in Waits' favor, awarding him $375,000 compensatory damages and $2 million punitive damages for voice misappropriation, and $100,000 damages for violation of the Lanham Act. The court awarded Waits attorneys' fees under the Lanham Act. This timely appeal followed.

DISCUSSION I.
Voice Misappropriation

In *Midler v. Ford Motor Co.,* 849 F.2d 460, 463 (9th Cir.1988), *cert. denied,* 503 U.S. 951, 112 S.Ct. 1513, 1514, 117 L.Ed.2d 650 (1992), we held that "when a distinctive voice of a professional singer is widely known and is deliberately imitated in order to sell a product, the sellers have appropriated what is not theirs and have committed a tort in California."The *Midler* tort is a species of violation of the "right of publicity," the right of a person whose identity has commercial value--most often a celebrity--to control the commercial use of that identity. *See Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.,* 498 F.2d 821, 824-25 (9th Cir.1974). *See generally* J.T. McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy* (1987) (hereafter *Publicity and Privacy*). We recognized in *Midler* that when voice is a sufficient indicia of a celebrity's identity, the right of publicity protects against its imitation for commercial purposes without the celebrity's consent. *See Midler,* 849 F.2d at 463. The jury found that the defendants had violated Waits' right of publicity by broadcasting a commercial which featured a deliberate imitation of Waits' voice. In doing ***1099** so, the jury determined that Waits has a distinctive voice which is widely known. On appeal, the defendants attack the legal underpinnings of voice misappropriation, arguing that *Midler* is no longer an accurate statement of California law. They also find fault with the court's formulation of the elements of voice misappropriation in its instructions to the jury. Finally, they attack both the compensatory and punitive damages awarded by the jury as legally inappropriate and unsupported by the evidence. We address each contention in turn.

A. *Continuing Viability of Midler*

[1] As a threshold matter, the defendants ask us to rethink *Midler,* and to reject it as an inaccurate statement of California law. *Midler,* according to the defendants, has been "impliedly overruled" by the Supreme Court's decision in *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.,* 489 U.S. 141, 109 S.Ct. 971, 103 L.Ed.2d 118 (1989). Additionally, they argue that the *Midler* tort is pre-empted by the federal Copyright Act. We review these questions of law *de novo. See Kruso v. International Tel. & Tel. Corp.,* 872 F.2d 1416, 1421 (9th Cir.1989), *cert. denied,* 496 U.S. 937, 110 S.Ct. 3217, 110 L.Ed.2d 664 (1990). *Bonito Boats* involved a Florida statute giving perpetual patent-like protection to boat hull designs already on the market, a class of

manufactured articles expressly excluded from federal patent protection. The Court ruled that the Florida statute was pre-empted by federal patent law because it directly conflicted with the comprehensive federal patent scheme. In reaching this conclusion, the Court cited its earlier decisions in *Sears Roebuck & Co. v. Stiffel Co.,* 376 U.S. 225, 84 S.Ct. 784, 11 L.Ed.2d 661 (1964), and *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting,* 376 U.S. 234, 84 S.Ct. 779, 11 L.Ed.2d 669 (1964), for the proposition that "publicly known design and utilitarian ideas which were unprotected by patent occupied much the same position as the subject matter of an expired patent," *i.e.,* they are expressly unprotected. *Bonito Boats,* 489 U.S. at 152, 109 S.Ct. at 978.

The defendants seize upon this citation to *Sears* and *Compco* as a reaffirmation of the sweeping preemption principles for which these cases were once read to stand. They argue that *Midler* was wrongly decided because it ignores these two decisions, an omission that the defendants say indicates an erroneous assumption that *Sears* and *Compco* have been "relegated to the constitutional junkyard." Thus, the defendants go on to reason, earlier cases that rejected entertainers' challenges to imitations of their performances based on federal copyright preemption, were correctly decided because they relied on *Sears* and *Compco. See Sinatra v. Goodyear Tire & Rubber Co.,* 435 F.2d 711, 716-18 (9th Cir.1970), *cert. denied,* 402 U.S. 906, 91 S.Ct. 1376, 28 L.Ed.2d 646 (1971); *Booth v. Colgate-Palmolive Co.,* 362 F.Supp. 343, 348 (S.D.N.Y.1973); *Davis v. Trans World Airlines,* 297 F.Supp. 1145, 1147 (C.D.Cal.1969). This reasoning suffers from a number of flaws. *Bonito Boats* itself cautions against reading *Sears* and *Compco* for a "broad pre-emptive principle" and cites subsequent Supreme Court decisions retreating from such a sweeping interpretation. "[T]he Patent and Copyright Clauses do not, by their own force or by negative implication, deprive the States of the power to adopt rules for the promotion of intellectual creation." *Bonito Boats,* 489 U.S. at 165, 109 S.Ct. at 985 (citing, *inter alia, Goldstein v. California,* 412 U.S. 546, 552-61, 93 S.Ct. 2303, 2307-08, 37 L.Ed.2d 163 (1973) and *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.,* 416 U.S. 470, 478-79, 94 S.Ct. 1879, 1885, 40 L.Ed.2d 315 (1974)). Instead, the Court reaffirmed the right of states to "place limited regulations on the use of unpatented designs in order to prevent consumer confusion as to source." *Id. Bonito Boats* thus cannot be read as endorsing or resurrecting the broad reading of *Compco* and *Sears* urged by the defendants, under which Waits' state tort claim arguably would be preempted. Moreover, the Court itself recognized the authority of states to protect entertainers' "right of publicity" in *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.,* 433 U.S. 562, 97 S.Ct. 2849, 53

L.Ed.2d 965 (1977). In ***1100** *Zacchini,* the Court endorsed a state right-ofpublicity law as in harmony with federal patent and copyright law, holding that an unconsented-to television news broadcast of a commercial entertainer's performance was not protected by the First Amendment. *Id.* at 573, 576-78, 97 S.Ct. at 2856, 2858-59. The cases Frito asserts were "rightly decided" all predate *Zacchini* and other Supreme Court precedent narrowing *Sears*' and *Compco* 's sweeping preemption principles. In sum, our holding in *Midler,* upon which Waits' voice misappropriation claim rests, has not been eroded by subsequent authority. The defendants ask that we rethink *Midler* anyway, arguing as the defendants did there that voice misappropriation is preempted by section 114 of the Copyright Act. Under this provision, a state cause of action escapes Copyright Act preemption if its subject matter "does not come within the subject matter of copyright ... including works or authorship not fixed in any tangible medium of expression." 17 U.S.C. § 301(b)(1). We rejected copyright preemption in *Midler* because voice is not a subject matter of copyright: "A voice is not copyrightable. The sounds are not 'fixed.' " *Midler,* 849 F.2d at 462. As a three-judge panel, we are not at liberty to reconsider this conclusion, and even if we were, we would decline to disturb it.

[2] Waits' claim, like Bette Midler's, is for infringement of voice, not for infringement of a copyrightable subject such as sound recording or musical composition. Moreover, the legislative history of section 114 indicates the express intent of Congress that "[t]he evolving common law rights of 'privacy,' 'publicity,' and trade secrets ... remain unaffected [by the preemption provision] as long as the causes of action contain elements, such as an invasion of personal rights ... that are different in kind from copyright infringement." H.R.Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 132, *reprinted in* 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5748. Waits' voice misappropriation claim is one for invasion of a personal property right: his right of publicity to control the use of his identity as embodied in his voice. *See Midler,* 849 F.2d at 462- 63 ("What is put forward as protectable here is more personal than any work of authorship.... A voice is as distinctive and personal as a face.") The trial's focus was on the elements of voice misappropriation, as formulated in *Midler:* whether the defendants had deliberately imitated Waits' voice rather than simply his style and whether Waits' voice was sufficiently distinctive and widely known to give him a protectable right in its use. These elements are "different in kind" from those in a copyright infringement case challenging the unauthorized use of a song or

recording. Waits' voice misappropriation claim, therefore, is not preempted by federal copyright law.

B. *Jury Instructions*

[3][4][5] The defendants next contend that the district court committed prejudicial error by rejecting their proposed jury instructions on three elements of the *Midler* tort: the deliberate misappropriation for commercial purposes of (1) a voice, that is (2) distinctive and (3) widely known. We consider jury instructions as a whole to determine if they are misleading or inadequate. *United States v. Beltran- Rios,* 878 F.2d 1208, 1214 (9th Cir.1989). We review challenges to the formulation of jury instructions for abuse of discretion. *Id.* Whether a jury instruction misstates the elements that must be proved at trial, however, is a question of law which we review *de novo. United States v. Spillone,* 879 F.2d 514, 525 (9th Cir.1989), *cert. denied,* 498 U.S. 864, ----, 111 S.Ct. 173, 210, 112 L.Ed.2d 137, 170 (1990).

(1) *"Voice" vs. "Style"* The defendants argued at trial that although they had consciously copied Tom Waits' style in creating the Doritos commercial, they had not deliberately imitated his voice. They accordingly proposed a jury instruction, which distinguished in detail between voice, which is protected under *Midler,* and style, which is not. [FN2] The district ***1101** court rejected this instruction. Instead, its instructions on voice misappropriation track closely the elements of the tort as formulated in *Midler.* The court's instruction directed the jury to decide whether Waits' voice is distinctive, whether his voice is widely known, and whether the defendants had deliberately imitated his voice.

FN2. The proposed instruction read in pertinent part: Style is the way, manner or method of carrying out an activity.... In contemporary music, there are a great many styles or "sounds," for example ... blues, dixieland, country and western, rock, rap, rhythm and blues, etc. Style is *how* a song is sung, how the music is delivered, how the words of a song are expressed. Style includes mood, phrasing, and timing, whether a selection is performed loudly or quietly, whether the song is expressed in singing, talking, or a combination of the two. Style is not subject to ownership. No singer can appropriate for himself any style and exclude others from performing in the same style. Any singer is free to sing in the same style as any other singer. That is why we have a great many opera singers, blues singers, country-western singers, etc. Defendants could not be held liable to plaintiff merely because the singer in their commercial performed in the same style as plaintiff has performed in.

The defendants argue that their proposed "style" instruction was crucial because of the deliberate stylistic similarities between the Doritos commercial and "Step Right Up" and because in instructing the jury on Waits' Lanham Act claim, the court told the jury that it could consider Waits' singing style, songwriting style, and manner of presentation. In failing to give their proposed instruction, the defendants contend, the court misled the jury into believing that it could also consider the defendants' admitted imitation of Waits' style in determining liability for voice misappropriation. [6] We disagree because, read as a whole, the instructions were not misleading. In charging the jury, the court repeatedly noted that two claims were presented for determination and gave separate instructions on each claim. The court's voice misappropriation instructions limited the jury's consideration to voice, and in no way implied that it could consider style. Indeed, in addressing the jury in closing argument, Waits' attorney agreed with the defendants that style was not protected. Moreover, the court included an additional instruction that effectively narrowed the jury's focus to Waits' voice and indicated that style imitation alone was insufficient for tort liability. For the defendants to be liable for voice misappropriation, the court stated, the imitation had to be so good that "people who were familiar with plaintiff's voice who heard the commercial *believed plaintiff performed it.* In this connection it is not enough that they were reminded of plaintiff or thought the singer sounded like plaintiff...."

[FN3] (Emphasis added.) Even if the jury were initially confused about whether the defendants could be liable simply for imitating Waits' style, this instruction would have disabused them of this notion. FN3. This instruction effectively added an additional element to *Midler* 's formulation of voice misappropriation: actual confusion. The validity of this instruction is not before us in this appeal and we express no opinion on this issue.

(2) *Definition of "Distinctive"*

The defendants next argue that the court's instruction concerning the meaning of "distinctive" was an unfair and inaccurate statement of the law because it confuses the "distinctiveness" of a voice with its identifiability or recognizability. The instruction given states in part: "A voice is distinctive if it is distinguishable from the voices of other singers.... if it has particular qualities or characteristics that identify it with a particular singer." At trial the defendants' experts testified that identifiability depends, not on distinctiveness, but on the listener's

expectations; that distinctiveness and recognizability are not the same thing; and that recognizability is enhanced by style similarity. The defendants argue that these theories were inadequately dealt with by the court's instruction and that because *anyone's* voice is identifiable by someone, it was error for the court not to make clear the difference between distinctiveness and identifiability. We disagree. ***1102** The defendants' technical argument that distinctiveness is a separate concept from identifiability, while supported by their experts' testimony, has no basis in law. Identifiability is properly considered in evaluating distinctiveness, for it is a central element of a right of publicity claim. *See Publicity and Privacy* § 3.4[A] & n. 1 (citing cases). Our *Midler* holding is premised on the fact that a person is as identifiable by voice as by any other indicia of identity previously recognized as protectable. Although we did not define "distinctiveness" in *Midler,* we stated: "A voice is as *distinctive* and personal as a face. The human voice is one of the most palpable ways *identity is manifested.* We are all aware that a friend is at once *known* by a few words on the phone.... [T]hese observations hold true of singing...." *Midler v. Ford,* 849 F.2d at 463 (emphasis added). *See also Motschenbacher,* 498 F.2d at 826-27 (rejecting trial court's ruling that because plaintiff's face was not recognizable in advertisement photograph, his identity had not been misappropriated, and finding that plaintiff was identifiable from distinctive decorations on race car). [7] The court's "distinctiveness" instruction informed the jury that it could consider the recordings of Waits' voice introduced into evidence and the testimony of expert and other witnesses. The court thus invited members of the jury to use their common sense in determining whether Waits has a distinctive enough voice to warrant protection, and to consider as well what the experts had to say. This was entirely appropriate. *See Publicity and Privacy,* § 3.4 [C] (jury must use "common sense ... guided by the weight of the evidence" in determining minimum threshold of identifiability in right of publicity actions). The court was not required to formulate instructions endorsing expert opinions, which lacked legal foundation. Finally, we are unpersuaded by the defendants' argument that the court's instruction would have allowed the jury to hold them liable for imitation of a voice that was identifiable by only a small number of people, inasmuch as *Midler* also requires that the plaintiff's voice be "widely known." (3) *Definition of "Widely Known"* [8] The defendants next object to the district court's instruction concerning the element of "widely known" on the ground that it was too vague to guide the jury in making a factual determination of the issue. The court instructed the jury: "A professional singer's voice is widely known if it is known to a *large number* of people

throughout a *relatively large* geographic area." (Emphasis added.) The court rejected an instruction proposed by the defendants, which reflected their contention at trial that Tom Waits is a singer known only to music insiders and to a small but loyal group of fans: "A singer is not widely known if he is only recognized by his own fans, or fans of a particular sort of music, or a small segment of the population." The legal underpinnings of this proposed instruction are questionable. The defendants assert that because Waits has not achieved the level of celebrity Bette Midler has, he is not well known under the *Midler* standard. We reject this crabbed interpretation of *Midler.* The defendants' proposed instruction would have excluded from legal protection the voices of many popular singers who fall short of superstardom. "Well known" is a relative term, and differences in the extent of celebrity are adequately reflected in the amount of damages recoverable. *See Motschenbacher,* 498 F.2d at 824 n. 11 ("Generally, the greater the fame or notoriety of the identity appropriated, the greater will be the extent of the economic injury suffered."). Moreover, even were these instructions inadequate in some regard the error would be harmless, for we agree with the district court that the "great weight of evidence produced at trial indicates that Tom Waits is very widely known." In sum, we find no error in the instructions given to the jury on Waits' voice misappropriation claim. 978 F.2d 1093 1992 Copr.L.Dec. P 26,950

C. *Compensatory Damage Award*

The jury awarded Waits the following compensatory damages for voice misappropriation: ***1103** $100,000 for the fair market value of his services; $200,000 for injury to his peace, happiness and feelings; and $75,000 for injury to his goodwill, professional standing and future publicity value. The defendants contest the latter two awards, disputing both the availability of such damages in a voice misappropriation action and the sufficiency of the evidence supporting the awards.

1. *Injury to Peace, Happiness and Feelings*

[9] The defendants argue that in right of publicity actions, only damages to compensate for economic injury are available. We disagree. Although the injury stemming from violation of the right of publicity "may be largely, or even wholly, of an economic or material nature," we have recognized that "it is quite possible that the appropriation of the identity of a celebrity may induce humiliation, embarrassment, and mental

distress." *Motschenbacher,* 498 F.2d at 824 & n. 11. Contrary to the defendants' assertions, *Midler* neither discussed nor limited the damages recoverable in a voice misappropriation action. *Midler* makes reference to the market value of Midler's voice solely to support its conclusion that her voice has economic value and, therefore, is a protectable property right. *See* 849 F.2d at 463.

[10] In assessing the propriety of mental distress damages, our focus is properly directed to the nature of the infringement and its embarrassing impact on the plaintiff. *Publicity and Privacy* § 4.2[A]. Often the objectionable nature of the use will cause mental distress. *Id.* § 4.2[B], [C], [D] (discussing cases). In *Grant v. Esquire, Inc.,* 367 F.Supp. 876 (S.D.N.Y.1973), for example, the court found that the mere use of a celebrity's identity could cause embarrassment for which mental distress damages would be available. The case involved a suit by Cary Grant against *Esquire* magazine for publishing a photograph in which Grant's head was superimposed on a clothing model's torso. Like Waits, Grant had taken a public position against reaping commercial profits from the publicity value of his identity. *Id.* at 880. The court, after finding that Grant had a protectable right of publicity, noted that "[i]f the jury decides in plaintiff Grant's favor he will of course be entitled to recover for any lacerations to his feelings that he may be able to establish" in addition to the fair market value of use of his identity. *Id.* at 881. Given the evidence that the commercial use of his voice was particularly offensive to Waits, we conclude that Waits' prayer for mental distress damages was properly submitted to the jury. The defendants argue, however, that merely taking offense is an insufficient basis for awarding mental distress damages, and that under California law the evidence was insufficient to support the award. In California, mental distress damages may be recovered for "shame, humiliation, embarrassment, [and] anger." *Young v. Bank of America,* 141 Cal.App.3d 108, 114,190 Cal.Rptr. 122 (1983); *see also Moore v. Greene,* 431 F.2d 584, 591 & n. 3 (9th Cir.1970) (damages available for anxiety, humiliation and indignity). Waits testified that when he heard the Doritos commercial, "this corn chip sermon," he was shocked and very angry. These feelings "grew and grew over a period of a couple of days" because of his strong public opposition to doing commercials. Waits testified, "[I]t embarrassed me. I had to call all my friends, that if they hear this thing, please be informed this is not me. I was on the phone for days. I also had people calling me saying, Gee, Tom, I heard the new Doritos ad." Added to this evidence of Waits' shock, anger, and embarrassment is the strong inference that, because of his outspoken public stance

against doing commercial endorsements, the Doritos commercial humiliated Waits by making him an apparent hypocrite. This evidence was sufficient both to allow the jury to consider mental distress damages and to support their eventual award.

2. *Injury to Goodwill and Future Publicity Value*

The defendants next argue that reputational damages are available only in defamation ***1104** actions and that since Waits did not allege or prove defamation, they were unavailable here. Further, they argue, there was no evidence to support the award of such damages because Waits did not show that his career had suffered. Again, we reject these contentions.

[11][12] We have no doubt, in light of general tort liability principles, that where the misappropriation of identity causes injury to reputation, compensation for such injury is appropriate. *See* Cal.Civ.Code § 3333 (available damages are those "which will compensate for all of the detriment" caused by defendant's tortious conduct). Reputational damages, moreover, have been awarded in right of publicity cases. *See Clark v. Celeb Publishing, Inc.,* 530 F.Supp. 979, 984 (S.D.N.Y.1981) (applying California law); *Hirsch v. S.C. Johnson & Son, Inc.,* 90 Wis.2d 379, 280 N.W.2d 129, 138 (1979). The central issue is not whether these damages were available, but whether the evidence was sufficient to establish injury to Waits' reputation. As we noted above, the jury could have inferred from the evidence that the commercial created a public impression that Waits was a hypocrite for endorsing Doritos. Moreover, it also could have inferred damage to his artistic reputation, for Waits had testified that "part of my character and personality and image that I have cultivated is that I do not endorse products." Finally, from the testimony of Waits' expert witness, the jury could have inferred that if Waits ever wanted to do a commercial in the future, the fee he could command would be lowered by $50,000 to $150,000 because of the Doritos commercial. This evidence was sufficient to support the jury's award of $75,000 for injury to Waits' goodwill and future publicity value.

D. *Punitive Damage Award*

The jury awarded Waits a total of $2 million in punitive damages for voice misappropriation: $1.5 million against Tracy-Locke and $500,000 against Frito- Lay. The defendants ask that we vacate this award,

arguing that punitive damages are unavailable as a matter of law, and alternatively, that the evidence was insufficient to support their award.

[FN4] FN4. Beyond arguing that the issue should not have been submitted to the jury in the first instance, the defendants do not challenge the sufficiency of the court's jury instructions on punitive damages. Because we affirm the jury's conclusion that the defendants acted in conscious disregard of Waits' rights, we reject defendants' claim that the award of punitive damages violated their due process rights because they lacked notice that their conduct would violate Waits' rights.

[13] In California, exemplary or punitive damages are available "where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice." Cal.Civ.Code § 3294(a). The statute defines "malice" in pertinent part as "despicable conduct which is carried on by the defendant with a *willful and conscious disregard of the rights* or safety of others." *Id.* § 3294(c)(1) (emphasis added). The defendants contend that because *Midler* was so recently decided and so imprecise in the scope of its holding, they could not have been aware of the rights they were infringing upon in broadcasting the commercial. Thus, they reason, their conduct was not in "conscious disregard" of Waits' property right in his voice.

[14] Where an issue is one of first impression or where a right has not been clearly established, punitive damages are generally unavailable. *See, e.g., Morgan Guar. Trust Co. v. American Sav. & Loan Ass'n,* 804 F.2d 1487, 1500 (9th Cir.1986), *cert. denied,* 482 U.S. 929, 107 S.Ct. 3214, 96 L.Ed.2d 701 (1987); *Bartling v. Glendale Adventist Medical Center,* 184 Cal.App.3d 961, 229 Cal.Rptr. 360, 364 (1986). The right of a well-known professional singer to control the commercial use of a distinctive voice, however, was not an "issue of first impression" in this case. The right had been established clearly by *Midler.* The evidence was unequivocal that, although *Midler* was decided just three months before the conduct at issue, Tracy-Locke personnel responsible for making the Doritos commercial were familiar with the *Midler* decision. Tracy-Locke was concerned ***1105** enough that the commercial could result in voice misappropriation liability that it cautioned Frito-Lay of the legal risks in choosing the Carter version. At the same time, however, Tracy- Locke stated its readiness to indemnify Frito-Lay against damages. Frito-Lay, reassured by the indemnification, chose to proceed with the Carter version. In going forward with the commercial, the defendants

knowingly took a calculated risk, thereby consciously disregarding the effect of these actions on Waits' legally recognized rights. The defendants argue, however, that although they may have been aware that legal risks were involved, they had a good faith belief that Waits' rights would not be infringed because they read the legal precedents differently. This argument leaves us unpersuaded. Good faith cannot be manufactured by looking to the law of other jurisdictions to define the rights of California residents. *Midler* could not be more clear that, in California at least, a well-known singer with a distinctive voice has a property right in that voice. Waits is a California resident, a fact of which Tracy-Locke personnel were aware. The defendants made a conscious decision to broadcast a vocal performance imitating Waits in markets across the country, including San Francisco and Los Angeles. This evidence is sufficient to raise at least a prima facie showing that defendants acted in conscious disregard of rights recognized in California.

[15][16] Even if punitive damages are available, the defendants argue, the award must be vacated because it is not supported by clear and convincing evidence, as required by California law. Cal.Civ.Code § 3294(a). Clear and convincing evidence means evidence sufficient to support a finding of "high probability." *Mock v. Michigan Millers Mutual Ins. Co.,* 4 Cal.App. 4th 306, 5 Cal.Rptr.2d 594, 610 (1992). On appeal, we must determine whether, viewing the evidence in the light most favorable to Waits, any rational jury could have found a high probability that the defendants acted with malice, *i.e.,* despicably and with willful and conscious disregard of Waits' rights. *See Transgo, Inc. v. Ajac Transmission Parts Corp.,* 768 F.2d 1001, 1013-14 (9th Cir.1985) (evidence supports civil jury verdict if there is "such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion"), *cert. denied,* 474 U.S. 1059, 106 S.Ct. 802, 88 L.Ed.2d 778 (1986); *cf. United States v. Juvenile Male,* 864 F.2d 641, 647 (9th Cir.1988) (evidence supports criminal conviction if, viewed in light most favorable to prosecution, any rational jury could find elements of crime beyond a reasonable doubt). The evidence the jury heard included testimony that Carter, the Waits' impersonator, told Brenner that Waits had a policy against doing commercials and would not like this one. Brenner knew of Waits' policy because he had tried unsuccessfully to hire him for another commercial. In the face of Brenner's warnings that the commercial sounded too much like Waits and presented serious legal concerns, Grossman called a lawyer. Although the lawyer thought the scenario Grossman painted him did not present a colorable legal

problem, Grossman had not told the lawyer that the commercial featured a voice that sounded like Waits--only that the "feeling" of the music was the same. Grossman urged Frito-Lay to choose the Carter version over one that did not sound like Waits. Moreover, at the same time Grossman disclosed the legal risk involved with the Carter version, he stated that Tracy-Locke would indemnify Frito-Lay in the event of a lawsuit. The responsible Frito-Lay executive, who was also familiar with Waits and his background, chose to go with the Carter version. The effect of their actions on Waits, according to his testimony, was to tarnish the artistic integrity, which he had striven to achieve. We believe that, viewed most favorably to Waits, this evidence was adequate to support a finding of high probability that Tracy-Locke and Frito- Lay acted with malice. Despicability reflects a moral judgment, "conscious disregard" a state of mind. A rational jury could have found the defendants' conduct despicable because they knowingly impugned Waits' integrity in the public eye. A rational jury also ***1106** could have found that the defendants, in spite of their awareness of Waits' legal right to control the commercial use of his voice, acted in conscious disregard of that right by broadcasting the commercial. We therefore affirm the award of punitive damages.

II. *Lanham Act Claim*

[17] Section 43(a) of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1125(a), prohibits the use of false designations of origin, false descriptions, and false representations in the advertising and sale of goods and services. *Smith v. Montoro,* 648 F.2d 602, 603 (9th Cir.1981). Waits' claim under section 43(a) is premised on the theory that by using an imitation of his distinctive voice in an admitted parody of a Tom Waits song, the defendants misrepresented his association with and endorsement of SalsaRio Doritos. The jury found in Waits' favor and awarded him $100,000 in damages. The district court also awarded him attorneys' fees under section 35 of the Lanham Act. On appeal, the defendants argue that Waits lacks standing to bring a Lanham Act claim, that Waits' false endorsement claim fails on its merits, that the damage award is duplicative, and that attorneys' fees are improper. Before we address these contentions, however, we turn to the threshold issue of whether false endorsement claims are properly cognizable under section 43(a) of the Lanham Act,

[FN5] a question of first impression in this circuit.

[FN6] FN5. Although we agree with the defendants that the damage award is duplicative and vacate it, the underlying issues of the cognizability of false endorsement actions, Waits' standing to sue, and the merits of his Lanham Act claim are not moot, inasmuch as the judgment on this claim also supports an award of attorneys' fees. FN6. In *Cher v. Forum Int'l, Ltd.,* 692 F.2d 634, 637 n. 1 (9th Cir.1982), *cert. denied,* 462 U.S. 1120, 103 S.Ct. 3089, 77 L.Ed.2d 1350 (1983), we expressly declined to decide whether the Lanham Act provides relief for such a claim, and based our decision instead on state unfair competition law.

A. *False Endorsement*

[18] At the time of the broadcast of the Doritos commercial, section 43(a) provided in pertinent part: Any person who shall affix, apply, or annex, or use in connection with any goods or services ... a false designation of origin, or any false designation or representation ... shall be liable to a civil action ... by any person who believes that he is or is likely to be damaged by the use of any such false designation or representation.

15 U.S.C. § 1125 note (Amendments) (1988). Courts in other jurisdictions have interpreted this language as authorizing claims for false endorsement. *E.g., Better Business Bureau v. Medical Directors, Inc.,* 681 F.2d 397 (5th Cir.1982); *Jackson v. MPI Home Video,* 694 F.Supp. 483 (N.D.Ill.1988); *Wildlife Internationale, Inc. v. Clements,* 591 F.Supp. 1542 (S.D.Oh.1984); *Geisel v. Poynter Prods., Inc.,* 283 F.Supp. 261, 267 (S.D.N.Y.1968). Moreover, courts have recognized false endorsement claims brought by plaintiffs, including celebrities, for the unauthorized imitation of their distinctive attributes, where those attributes amount to an unregistered commercial "trademark." *See Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.,* 604 F.2d 200, 205 (2d Cir.1979) (recognizing claim under § 43(a) because uniform worn by star of X-rated movie was confusingly similar to plaintiffs' trademark uniforms, falsely creating impression that plaintiffs "sponsored or otherwise approved the use" of the uniform); *Allen v. Men's World Outlet, Inc.,* 679 F.Supp. 360, 368 (S.D.N.Y.1988) (celebrity states a claim under § 43(a) by showing that advertisement featuring photograph of a look-alike falsely represented that advertised products were associated with him); *Allen v. National Video, Inc.,* 610 F.Supp. 612, 625-26 (S.D.N.Y.1985) (recognizing celebrity's false endorsement claim under § 43(a) because celebrity has commercial investment in name and face tantamount to interests of a trademark

holder in distinctive mark); *see also Lahr v. Adell Chemical Co.,* 300 F.2d 256, 258 (1st Cir.1962) (imitation of unique voice actionable as common law unfair competition); *cf.* ****1107***Sinatra v. Goodyear Tire & Rubber Co., 435 F.2d 711, 716 (9th Cir.1970) (rejecting common law unfair competition claim because plaintiff's voice not sufficiently unique to be protectable), *cert. denied,* 402 U.S. 906, 91 S.Ct. 1376, 28 L.Ed.2d 646 (1971). The persuasiveness of this case law as to the cognizability of Waits' Lanham Act claim is reinforced by the 1988 Lanham Act amendments. *See* Trademark Law Revision Act of 1988, Pub.L. 100-667, § 132, 102 Stat. 3935, 3946. The legislative history states that the amendments to section 43(a) codify previous judicial interpretation given this provision. S.Rep. No. 515, 100th Cong., 2d Sess., at 40, *reprinted in* 1988 U.S.C.C.A.N. 5577, 5603. Although these amendments did not take effect until November 1989, approximately a year after the broadcast of the defendants' Doritos commercial, as a codification of prior case law and in the absence of controlling precedent to the contrary, they properly inform our interpretation of the previous version of section 43(a). Specifically, we read the amended language to codify case law interpreting section 43(a) to encompass false endorsement claims. Section 43(a) now expressly prohibits, *inter alia,* the use of any symbol or device which is likely to deceive consumers as to the association, sponsorship, or approval of goods or services by another person.

[FN7] Moreover, the legislative history of the 1988 amendments also makes clear that in retaining the statute's original terms "symbol or device" in the definition of "trademark," Congress approved the broad judicial interpretation of these terms to include distinctive sounds and physical appearance. *See* S.Rep. No. 101-515 at 44, 1988 U.S.C.C.A.N. at 5607. In light of persuasive judicial authority and the subsequent congressional approval of that authority, we conclude that false endorsement claims, including those premised on the unauthorized imitation of an entertainer's distinctive voice, are cognizable under section 43(a). FN7. Section 43(a), as amended in 1988, now reads in pertinent part: Any person who, on or in connection with any goods or services ... uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation or origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which-- (1) *is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person,* or

(2) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act. 15 U.S.C. § 1125(a) (1988) (emphasis added).

B. *Standing*

According to the defendants, however, Waits lacks standing to sue for false endorsement. They assert that because he is not in competition with the defendants, he cannot sue under the Lanham Act. Common sense contradicts this argument, for the purported endorser who is commercially damaged by the false endorsement will rarely if ever be a competitor, and yet is the party best situated to enforce the Lanham Act's prohibition on such conduct. Our circuit precedent, however, throws into question whether such a plaintiff must be a competitor of the defendant's in order to sue under section 43(a). In *Smith v. Montoro,* 648 F.2d 602 (9th Cir.1981), we declined to restrict standing under the Lanham Act to competitors. The plaintiff in *Smith,* an actor who had played a starring role in a movie, sued a film distributor when it replaced his name with another actor's name in the movie's credits and advertising. *Id.* at 603. We characterized the section 43(a) claim there as a "reverse passing off" claim, because the plaintiff's "mark"--his name--had been removed and another's substituted. We analogized this conduct to trademark infringement, because the injury involved was "of the same economic nature." *See id.* at 606- 07 (quoting *Truck Equipment Serv. Co. v. Fruehauf Corp.,* 536 F.2d 1210, 1216 (8th Cir.), *cert. denied,* 429 U.S. 861, 97 S.Ct. 164, 50 L.Ed.2d 139 (1976)). Like trademark infringement, the film distributor's ***1108** conduct was "an attempt to misappropriate or profit from [the plaintiff's] talents and workmanship." *Id.* at 607 (citations omitted). To have standing under the Lanham Act, we declared, "the plaintiff need not be in actual competition with the alleged wrongdoer." *Smith,* 648 F.2d at 607. Rather, the "dispositive question" in determining standing is whether the plaintiff "has a reasonable interest to be protected against false advertising." *Id.* at 608 (quoting 1 R. Callman, *Unfair Competition, Trademarks and Monopolies,* § 18.2(b), at 625 (3d ed. 1967) and citing *New West Corp. v. NYM Co. of Calif., Inc.,* 595 F.2d 1194, 1198 (9th Cir.1979)). We concluded that, like a trademark holder, an actor has a "reasonable interest" in having his work product properly identified with his name, and therefore the plaintiff had standing under section 43(a). *See id.* On the other hand, in *Halicki v. United Artists Communications,*

Inc., 812 F.2d 1213 (9th Cir.1987), we dismissed the plaintiff's claim because he had failed to show competitive injury. The plaintiff, a movie producer, had entered into a contract with a film distributor under which the plaintiff's movie would be advertised with a "PG" rating. Instead, it was advertised with an "R" rating, thus curtailing its market among young audiences. *Id.* at 1213. The gravamen of the complaint was that the defendant had misrepresented the film's content in advertising it. We rejected the plaintiff's contention that to state a claim under the Lanham Act, all he need do was "show that the defendants made a false representation about his film and that he was injured by the representation." *Id.* at 1214. Rather, the plaintiff must also show that type of injury sustained is one the Lanham Act is intended to prevent. We noted that an express purpose of the Lanham Act is to protect commercial parties against unfair competition. *Id.* Thus, we held that "[t]o be actionable, [the defendant's] conduct must not only be unfair but must in some discernible way be competitive." *Id.* The misrepresentation as to the film's rating, we concluded, while possibly actionable as breach of contract, was not actionable under the Lanham Act inasmuch as the plaintiff had not been injured by a competitor. *Id.* at 1214-15. This result, we stated, accords with congressional intent, for if such a limitation were not in place the Lanham Act would become a "federal statute creating the tort of misrepresentation." *Id.* at 1214. To interpret *Halicki* as suggested by the defendants, for the broad proposition that only competitors have standing under section 43(a) regardless of the type of claim asserted, would create an impermissible conflict with *Smith,* where we held that actual competition is unnecessary. *See Smith,* 648 F.2d at 607-08. Where circuit precedent appears in conflict, we must attempt to reconcile it; if we cannot do so consideration en banc is appropriate. *See Atonio v. Wards Cove Packing Co.,* 810 F.2d 1477, 1478-79 (9th Cir.1987) (en banc). We find that *Smith* and *Halicki* may be reconciled, and we begin with the basic principle both embody: that standing under section 43(a) exists where the interest asserted by the plaintiff is a commercial interest protected by the Lanham Act. Its drafters wrote the purposes of the Lanham Act, two of which are relevant here, into the statute itself: to make "actionable the deceptive and misleading use of marks in ... commerce" and "to protect persons engaged in ... commerce against unfair competition." 15 U.S.C. § 1127 (1988). Section 43(a) reflects both of these purposes, providing two bases of liability: (1) false representations concerning the origin, association, or endorsement of goods or services through the wrongful use of another's distinctive mark, name, trade dress, or other device ("false association"), and (2)

false representations in advertising concerning the qualities of goods or services ("false advertising"). *See, e.g.,* 2 J. Thomas McCarthy, *Trademarks and Unfair Competition* § § 27:2-27:4, at 344-68 (2d ed. 1984) (discussing two prongs of section 43(a)); *U-Haul Int'l, Inc. v. Jartran, Inc.,* 681 F.2d 1159, 1160 (9th Cir.1982) (discussing trademark infringement and false comparative advertising as two distinct causes of action under § 43(a)); ***1109** *Spring Mills, Inc. v. Ultracashmere House, Ltd.,* 532 F.Supp. 1203, 1220 (S.D.N.Y.) (discussing false association and false advertising), *rev'd on other grounds,* 689 F.2d 1127 (2d Cir.1982). *Halicki* and *Smith* are distinguishable, because they involve different prongs of section 43(a) liability and implicate distinct interests. *Cf. Halicki,* 812 F.2d at 1214 (distinguishing *Smith* on the basis of type of claim asserted).

[19] We have recognized that simple claims of false representations in advertising are actionable under section 43(a) when brought by competitors of the wrongdoer, even though they do not involve misuse of a trademark. *See U-Haul,* 681 F.2d at 1160-61. The plaintiff's claim in *Halicki* was exclusively such a "false advertising" claim, for it sought redress for a simple misrepresentation as to a product's quality, the content of a movie. [FN8] We were at pains to point out that the plaintiff's injury was not related to the Lanham Act's purpose of preventing the "deceptive and misleading use of marks," 15 U.S.C. § 1127, declaring that the statute's purposes with regard to the use of trademarks were irrelevant to his claim. *See Halicki,* 812 F.2d at 1214. Rather, where the misrepresentation simply concerns a product's qualities, it is actionable under section 43(a) only insofar the Lanham Act's other purpose of preventing "unfair competition" is served. *See U-Haul,* 681 F.2d at 1162 (noting congressional intent to allow false advertising suits by competitors "to stop the kind of unfair competition that consists of lying about goods or services"). In such cases, *Halicki* counsels that a discernibly competitive injury must be alleged. We take an example close to *Halicki* s facts, assuming for purposes of this hypothetical only that producers may rate their own films. If a film's distributor wrongfully indicates that a film is "PG"- rated when in reality it should be "R"-rated, a competitor with a PG-rated film would have standing: the misrated film theoretically draws young audiences away from the competitor's film because of the misrepresentation concerning the suitability of its content. In *Halicki,* however, the plaintiff lacked a discernibly competitive interest: he and the distributor were not independent actors in the marketplace, but rather had a contractual relationship in which the distributor agreed to act in the marketplace on

the plaintiff's behalf. The interests asserted, therefore, were solely contractual and not within the zone of interests protected by the Lanham Act.

FN8. Although *Halicki* in passing characterizes the plaintiff's claim as one for "false designation" it does not use this term as a term of art to indicate the misuse of a trademark which falsely designates the film's origin or the association of the trademark's owner with the film. Instead, the term is used in its generic sense to refer to the use of a rating designation which falsely represents the film's content.

[20][21][22] The plaintiff's claim in *Smith,* on the other hand, was a type of false association claim stemming from the misuse of a mark, for it alleged the wrongful removal of the plaintiff's name and the wrongful substitution of another's name. *Smith* teaches that where such a claim is presented, the plaintiff need not be a competitor, for the Lanham Act also grants a cause of action to certain noncompetitors who have been injured commercially by the "deceptive and misleading use of marks." *See* 15 U.S.C. § 1127; *see also Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.,* 467 F.Supp. 366, 374 (S.D.N.Y.1979) (owner of a mark has right to exploit mark commercially by having consumers associate mark only with owner's goods or services, regardless of whether misappropriator deals in competing or noncompeting goods or services). Those with standing to bring such a claim include parties with a commercial interest in the product 978 F.2d 1093 1992 Copr.L.Dec. P 26,950 **(Cite as: 978 F.2d 1093)** wrongfully identified with another's mark, as in *Smith,* or with a commercial interest in the misused mark.

[FN9] *See* ***1110***Dovenmuehle v. Gilldorn Mortgage Midwest Corp.,* 871 F.2d 697, 700-01 (7th Cir.1989) (only those with present commercial interest in trade name have standing to sue for its wrongful use under § 43(a)); *Berni Int'l Gourmet Restaurants of America, Inc.,* 838 F.2d 642, 648 (2d Cir.1988) (plaintiff must have commercial or ownership interest in mark to have standing under § 43(a)); *cf. Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co.,* 316 U.S. 203, 205, 62 S.Ct. 1022, 1024, 86 L.Ed. 1381 (1942) ("If another poaches upon the commercial magnetism of the symbol he has created, the owner can obtain legal redress."). FN9. We do not mean to imply that competition between the parties is irrelevant, for it is one factor examined by courts in analyzing the merits of a false association claim. A false association claim requires that the misuse ofa trademark or other distinguishing device confuse consumers as to the origin, approval, or

endorsement of the product. *See International Order of Job's Daughters v. Lindeburg & Co.,* 633 F.2d 912, 919-20 (9th Cir.1980) (limiting infringement claims under section 43(a) to those where use of trademark leads to confusion over endorsement or sponsorship), *cert. denied,* 452 U.S. 941, 101 S.Ct. 3086, 69 L.Ed.2d 956 (1981). Consumer confusion may be demonstrated by the use of similar or identical trademarks on competing goods, but may also be established in other ways. *See Lindy Pen Co. v. Bic Pen Corp.,* 796 F.2d 254, 255 (9th Cir.1986) (competition between parties not automatically required to prevail on trademark infringement claim, but is one factor in determining likelihood of consumer confusion). Our conclusion that competition is unnecessary relates only to the determination of standing under section 43(a); analysis of the merits of such a claim is a separate inquiry. *See infra,* section II.C. [23] A false endorsement claim based on the unauthorized use of a celebrity's identity is a type of false association claim, for it alleges the misuse of a trademark, *i.e.,* a symbol or device such as a visual likeness, vocal imitation, or other uniquely distinguishing characteristic, which is likely to confuse consumers as to the plaintiff's sponsorship or approval of the product. Standing, therefore, does not require "actual competition" in the traditional sense; it extends to a purported endorser who has an economic interest akin to that of a trademark holder in controlling the commercial exploitation of his or her identity. *See Allen v. National Video,* 610 F.Supp. at 625, 628 (celebrity's interest in the marketing value of his identity is similar to that of a trademark holder, and its misuse through evocation of celebrity's persona that creates likelihood of consumer confusion as to celebrity's endorsement is actionable under Lanham Act). Moreover, the wrongful appropriator is in a sense a competitor of the celebrity, even when the celebrity has chosen to disassociate himself or herself from advertising products as has Waits. They compete with respect to the use of the celebrity's name or identity. They are both utilizing or marketing that personal property for commercial purposes. Accordingly, we hold that a celebrity whose endorsement of a product is implied through the imitation of a distinctive attribute of the celebrity's identity, has standing to sue for false endorsement under section 43(a) of the Lanham Act.

[FN10] Tom Waits, therefore, need not be a competitor in the traditional sense to sue under the Lanham Act for the imitation of his voice on the theory that its use falsely associated him with Doritos as an endorser. Rather, his standing was sufficiently established by the likelihood that the wrongful use of his professional trademark, his unique voice, would injure him commercially. FN10. In reaching this conclusion, we are

mindful that *Midler,* on facts similar to those involved here, disapproved the plaintiff's unfair competition claim because she "did not do television commercials. The defendants were not in competition with her." *Midler,* 849 F.2d 460, 462-63. *Midler,* however, did not involve a Lanham Act claim, but rather a common law unfair competition claim. Nor were we called upon there to examine standing in the specific context of a false endorsement claim, for *Midler* had not grounded her unfair competition claim on such a theory. Notably, Midler had sought in the district court to amend her complaint to include a claim under section 43(a) of the Lanham Act on a theory of false endorsement. The district court denied her request, not because she lacked standing as the defendants there had argued, but because her delay in seeking to amend was prejudicial. *See Midler v. Ford Motor Co.,* No. 86-2683 (C.D.Cal.), Record at 7, 43, 48. Our statement in *Midler,* therefore, is dicta as it relates to Lanham Act standing and is not controlling here.

C. *Merits*

The defendants next argue that Waits' false endorsement claim must fail on its merits because the Doritos commercial "did not represent that ... [Waits] sponsored or endorsed their product." We disagree. The court correctly instructed the jury that ***1111** in considering Waits' Lanham Act claim, it must determine whether "ordinary consumers ... would be confused as to whether Tom Waits sang on the commercial ... and whether he sponsors or endorses SalsaRio Doritos." The jury was told that in making this determination, it should consider the totality of the evidence, including the distinctiveness of Waits' voice and style, the evidence of actual confusion as to whether Waits actually sang on the commercial, and the defendants' intent to imitate Waits' voice. *See generally, Clamp Mfg. Co. v. Enco Mfg. Co.,* 870 F.2d 512, 517 (9th Cir.) (discussing factors to be considered in determining likelihood of confusion, including strength of mark, similarity of marks, evidence of actual confusion, marketing channels used, and intent in selecting marks), *cert. denied,* 493 U.S. 872, 110 S.Ct. 202, 107 L.Ed.2d 155 (1989).

[24] At trial, the jury listened to numerous Tom Waits recordings, and to a recording of the Doritos commercial in which the Tom Waits impersonator delivered this "hip" endorsement of SalsaRio Doritos: "It's buffo, boffo, bravo, gung-ho, tally-ho, but never mellow.... try' em, buy 'em, get 'em, got ' em." The jury also heard evidence, relevant to the likelihood of consumer confusion, that the Doritos commercial was

targeted to an audience which overlapped with Waits' audience, males between the ages of 18 to 35 who listened to the radio. Finally, there was evidence of actual consumer confusion: the testimony of numerous witnesses that they actually believed it was Tom Waits singing the words of endorsement. This evidence was sufficient to support the jury's finding that consumers were likely to be misled by the commercial into believing that Waits endorsed SalsaRio Doritos. *See Allen v. Men's World Outlet,* 679 F.Supp. at 368-69 (likelihood of consumer confusion established where advertiser intentionally used a look-alike of well-known celebrity and where audience to whom commercial was directed intersected with celebrity's audience); *Allen v. National Video,* 610 F.Supp. at 626-27 & n. 8 (use of celebrity look-alike in pose of product spokesperson sufficient to indicate endorsement). The jury's verdict on Waits' Lanham Act claim must therefore stand. D. *Damages* The defendants urge us to vacate the damage award on Waits' Lanham Act claim as duplicative of those damages awarded for voice misappropriation representing the fair market value of Waits' services. Waits does not contest this point. Standing by the representations he made to the jury at trial that he was not seeking a double recovery, he asserts on appeal that he "does not oppose a reduction of the final judgment in the amount of $100,000 based on the overlapping Lanham Act award." In instructing the jury on Waits' Lanham Act claim, the court stated that it could award damages for the fair market value of Waits' services. The jury awarded Waits $100,000 on this claim. It also awarded Waits $100,000 for the fair market value of his services on his voice misappropriation claim. The damages awarded under the Lanham Act, therefore, are duplicative. Accordingly, we vacate this portion of the judgment.

E. *Attorneys' Fees*

[25][26] Section 35 of the Lanham Act authorizes attorneys' fee awards for prevailing plaintiffs in "exceptional cases." 15 U.S.C. § 1117. Exceptional cases include those in which the defendants' conduct is "malicious, fraudulent, deliberate, or wilful." *Sealy, Inc. v. Easy Living, Inc.,* 743 F.2d 1378, 1384 (9th Cir.1984) (citing S.Rep. No. 1400, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), *reprinted in* 1974 U.S.C.C.A.N. 7132); *see Transgo,* 768 F.2d at 1026. We review attorneys' fee awards under the Lanham Act for abuse of discretion. *Transgo,* 768 F.2d at 1026. [27] In awarding punitive damages on Waits' voice misappropriation claim, the jury specifically found that the defendants had acted with oppression, fraud, or malice. That finding qualifies this case as an exceptional one

within the meaning of section 35. The district court was therefore within its ***1112** discretion in awarding Waits reasonable attorneys' fees.

CONCLUSION

Waits' voice misappropriation claim and his Lanham Act claim are legally sufficient. The court did not err in instructing the jury on elements of voice misappropriation. The jury's verdict on each claim is supported by substantial evidence, as are its damage awards. Its award of damages on Waits' Lanham Act claim, however, is duplicative of damages awarded for voice misappropriation; accordingly we vacate it. Finally, the court did not abuse its discretion in awarding attorneys' fees under the Lanham Act. Waits is awarded his costs on appeal.
AFFIRMED in part and VACATED in part.

971 F.2d 1395 23 U.S.P.Q.2d 1583, 20 Media L. Rep. 1457
United States Court of Appeals, Ninth Circuit.

Vanna WHITE,
Plaintiff-Appellant,
v.
SAMSUNG ELECTRONICS AMERICA, INC., a New York corporation, and David Deutsch Associates, Inc., a New York corporation,
Defendants-Appellees.
No. 90-55840.
Argued and Submitted June 7, 1991.
Decided July 29, 1992.
As Amended Aug. 19, 1992.

***1396** Blaine Greenberg, John Genga, Hill Wynne Troop & Meisinger, Los Angeles, Cal., for plaintiff appellant.

Anthony Liebig, Kenneth Kulzick, Liebig & Kulzick, Los Angeles, Cal., for defendants-appellees.

Appeal from the United States District Court for the Central District of California.

Before: GOODWIN, PREGERSON, and ALARCON, Circuit Judges.

GOODWIN, Senior Circuit Judge:

This case involves a promotional "fame and fortune" dispute. In running a particular advertisement without Vanna White's permission, defendants Samsung Electronics America, Inc. (Samsung) and David Deutsch Associates, Inc. (Deutsch) attempted to capitalize on White's fame to enhance their fortune. White sued, alleging infringement of various intellectual property rights, but the district court granted summary judgment in favor of the defendants. We affirm in part, reverse in part, and remand.

Plaintiff Vanna White is the hostess of "Wheel of Fortune," one of the most popular game shows in television history. An estimated forty million people watch the program daily. Capitalizing on the fame which her participation in the show has bestowed on her, White markets her identity to various advertisers.

The dispute in this case arose out of a series of advertisements prepared for Samsung by Deutsch. The series ran in at least half a dozen publications with widespread, and in some cases national, circulation. Each of the advertisements in the series followed the same theme. Each depicted a current item from popular culture and a Samsung electronic product. Each was set in the twenty-first century and conveyed the message that the Samsung product would still be in use by that time. By hypothesizing outrageous future outcomes for the cultural items, the ads created humorous effects. For example, one lampooned current popular notions of an unhealthy diet by depicting a raw steak with the caption: "Revealed to be health food. 2010 A.D." Another depicted irreverent "news"-show host Morton Downey Jr. in front of an American flag with the caption: "Presidential candidate. 2008 A.D."

The advertisement, which prompted the current dispute was for Samsung video- cassette recorders (VCRs). The ad depicted a robot, dressed in a wig, gown, and jewelry, which Deutsch consciously selected to resemble White's hair and dress. The robot was posed next to a game board which is instantly recognizable as the Wheel of Fortune game show set, in a stance for which White is famous. The caption of the ad read: "Longest-running game show. 2012 A.D." Defendants referred to the ad as the "Vanna White" ad. Unlike the other celebrities used in the campaign, White neither consented to the ads nor was she paid.

Following the circulation of the robot ad, White sued Samsung and Deutsch in federal district court under: (1) California Civil Code § 3344; (2) the California common law right of publicity; and (3) § 43(a) of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1125(a). The district court granted summary judgment ***1397** against White on each of her claims. White now appeals.

I. *Section 3344*

[1] White first argues that the district court erred in rejecting her claim under section 3344. Section 3344(a) provides, in pertinent part, that "[a]ny person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, ... for purposes of advertising or selling, ... without such person's prior consent ... shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof." White argues that the Samsung advertisement used her "likeness" in contravention of section 3344. In *Midler v. Ford Motor Co.,* 849 F.2d 460 (9th Cir.1988), this court rejected Bette Midler's

section 3344 claim concerning a Ford television commercial in which a Midler "sound-alike" sang a song which Midler had made famous. In rejecting Midler's claim, this court noted that "[t]he defendants did not use Midler's name or anything else whose use is prohibited by the statute. The voice they used was [another person's], not hers. The term 'likeness' refers to a visual image not a vocal imitation." *Id.* at 463. In this case, Samsung and Deutsch used a robot with mechanical features, and not, for example, a manikin molded to White's precise features. Without deciding for all purposes when a caricature or impressionistic resemblance might become a "likeness," we agree with the district court that the robot at issue here was not White's "likeness" within the meaning of section 3344. Accordingly, we affirm the court's dismissal of White's section 3344 claim.

II. *Right of Publicity*

[2] White next argues that the district court erred in granting summary judgment to defendants on White's common law right of publicity claim. In *Eastwood v. Superior Court,* 149 Cal.App.3d 409, 198 Cal.Rptr. 342 (1983), the California court of appeal stated that the common law right of publicity cause of action "may be pleaded by alleging (1) the defendant's use of the plaintiff's identity; (2) the appropriation of plaintiff's name or likeness to defendant's advantage, commercially or otherwise; (3) lack of consent; and (4) resulting injury." *Id.* at 417, 198 Cal.Rptr. 342 (citing Prosser, Law of Torts (4th ed. 1971) § 117, pp. 804-807). The district court dismissed White's claim for failure to satisfy *Eastwood's* second prong, reasoning that defendants had not appropriated White's "name or likeness" with their robot ad. We agree that the robot ad did not make use of White's name or likeness. However, the common law right of publicity is not so confined. The *Eastwood* court did not hold that the right of publicity cause of action could be pleaded only by alleging an appropriation of name or likeness. *Eastwood* involved an unauthorized use of photographs of Clint Eastwood and of his name. Accordingly, the *Eastwood* court had no occasion to consider the extent beyond the use of name or likeness to which the right of publicity reaches. That court held only that the right of publicity cause of action "may be" pleaded by alleging, *inter alia,* appropriation of name or likeness, not that the action may be pleaded *only* in those terms. The "name or likeness" formulation referred to in *Eastwood* originated not as an element of the right of publicity cause of action, but as a description of the types of cases in which the cause of action had been recognized. The source of this formulation is Prosser,

Privacy, 48 Cal.L.Rev. 383, 401-07 (1960), one of the earliest and most enduring articulations of the common law right of publicity cause of action. In looking at the case law to that point, Prosser recognized that right of publicity cases involved one of two basic factual scenarios: name appropriation, and picture or other likeness appropriation. *Id.* at 401-02, nn. 156-57. Even though Prosser focused on appropriations of name or likeness in discussing the right of publicity, he noted that "[i]t is not impossible that there might be appropriation of the plaintiff's identity, as by impersonation, without the use of either his name or his likeness, and that this would ***1398** be an invasion of his right of privacy." *Id.* at 401, n. 155. [FN1] At the time Prosser wrote, he noted however, that "[n]o such case appears to have arisen." *Id.*

FN1. Under Professor Prosser's scheme, the right of publicity is the last of the four categories of the right to privacy. Prosser, 48 Cal.L.Rev. at 389.

Since Prosser's early formulation, the case law has borne out his insight that the right of publicity is not limited to the appropriation of name or likeness. In *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.,* 498 F.2d 821 (9th Cir.1974), the defendant had used a photograph of the plaintiff's race car in a television commercial.

Although the plaintiff appeared driving the car in the photograph, his features were not visible. Even though the defendant had not appropriated the plaintiff's name or likeness, this court held that plaintiff's California right of publicity claim should reach the jury. In *Midler,* this court held that, even though the defendants had not used Midler's name or likeness, Midler had stated a claim for violation of her California common law right of publicity because "the defendants ... for their own profit in selling their product did appropriate part of her identity" by using a Midler sound-alike. *Id.* at 463-64. In *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.,* 698 F.2d 831 (6th Cir.1983), the defendant had marketed portable toilets under the brand name "Here's Johnny"--Johnny Carson's signature "Tonight Show" introduction--without Carson's permission. The district court had dismissed Carson's Michigan common law right of publicity claim because the defendants had not used Carson's "name or likeness." *Id.* at 835. In reversing the district court, the sixth circuit found "the district court's conception of the right of publicity ... too narrow" and held that the right was implicated because the defendant had appropriated Carson's identity by using, *inter alia,* the phrase "Here's Johnny." *Id.* at 835-37.

[3] These cases teach not only that the common law right of publicity reaches means of appropriation other than name or likeness, but that the specific means of appropriation are relevant only for determining whether the defendant has in fact appropriated the plaintiff's identity. The right of publicity does not require that appropriations of identity be accomplished through particular means to be actionable. It is noteworthy that the *Midler* and *Carson* defendants not only avoided using the plaintiff's name or likeness, but they also avoided appropriating the celebrity's voice, signature, and photograph. The photograph in *Motschenbacher* did include the plaintiff, but because the plaintiff was not visible the driver could have been an actor or dummy and the analysis in the case would have been the same.

Although the defendants in these cases avoided the most obvious means of appropriating the plaintiffs' identities, each of their actions directly implicated the commercial interests which the right of publicity is designed to protect. As the *Carson* court explained:

[t]he right of publicity has developed to protect the commercial interest of celebrities in their identities. The theory of the right is that a celebrity's identity can be valuable in the promotion of products, and the celebrity has an interest that may be protected from the unauthorized commercial exploitation of that identity.... If the celebrity's identity is commercially exploited, there has been an invasion of his right whether or not his "name or likeness" is used.

Carson, 698 F.2d at 835. It is not important *how* the defendant has appropriated the plaintiff's identity, but *whether* the defendant has done so. *Motschenbacher, Midler,* and *Carson* teach the impossibility of treating the right of publicity as guarding only against a laundry list of specific means of appropriating identity. A rule which says that the right of publicity can be infringed only through the use of nine different methods of appropriating identity merely challenges the clever advertising strategist to come up with the tenth.

***1399** Indeed, if we treated the means of appropriation as dispositive in our analysis of the right of publicity, we would not only weaken the right but effectively eviscerate it. The right would fail to protect those plaintiffs most in need of its protection. Advertisers use celebrities to promote their products. The more popular the celebrity, the greater the number of people who recognize her, and the greater the visibility for the product. The identities of the most popular celebrities are not only the most attractive for advertisers, but also the easiest to evoke without resorting to obvious means such as name, likeness, or voice.

Consider a hypothetical advertisement which depicts a mechanical robot with male features, an African-American complexion, and a bald head. The robot is wearing black hightop Air Jordan basketball sneakers, and a red basketball uniform with black trim, baggy shorts, and the number 23 (though not revealing "Bulls" or "Jordan" lettering). The ad depicts the robot dunking a basketball one-handed, stiff-armed, legs extended like open scissors, and tongue hanging out. Now envision that this ad is run on television during professional basketball games. Considered individually, the robot's physical attributes, its dress, and its stance tell us little. Taken together, they lead to the only conclusion that any sports viewer who has registered a discernible pulse in the past five years would reach: the ad is about Michael Jordan.

Viewed separately, the individual aspects of the advertisement in the present case say little. Viewed together, they leave little doubt about the celebrity the ad is meant to depict. The femaleshaped robot is wearing a long gown, blond wig, and large jewelry. Vanna White dresses exactly like this at times, but so do many other women. The robot is in the process of turning a block letter on a game-board. Vanna White dresses like this while turning letters on a game-board but perhaps similarly attired Scrabble-playing women do this as well. The robot is standing on what looks to be the Wheel of Fortune game show set. Vanna White dresses like this, turns letters, and does this on the Wheel of Fortune game show. She is the only one. Indeed, defendants themselves referred to their ad as the "Vanna White" ad. We are not surprised. Television and other media create marketable celebrity identity value. Considerable energy and ingenuity are expended by those who have achieved celebrity value to exploit it for profit. The law protects the celebrity's sole right to exploit this value whether the celebrity has achieved her fame out of rare ability, dumb luck, or a combination thereof. We decline Samsung and Deutch's invitation to permit the evisceration of the common law right of publicity through means as facile as those in this case. Because White has alleged facts showing that Samsung and Deutsch had appropriated her identity, the district court erred by rejecting, on summary judgment, White's common law right of publicity claim.

III. *The Lanham Act*

[4] White's final argument is that the district court erred in denying her claim under § 43(a) of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1125(a). The version of section 43(a) applicable to this case

[FN2] provides, in pertinent part, that "[a]ny person who shall ... use, in connection with any goods or services ... any false description or representation ... shall be liable to a civil action ... by any person who believes that he is or is likely to be damaged by the use of any such false description or designation." 15 U.S.C. § 1125(a). FN2. The statute was amended after White filed her complaint. The amendments would not have altered the analysis in this case however.

To prevail on her Lanham Act claim, White is required to show that in running the robot ad, Samsung and Deutsch created a likelihood of confusion, *Academy of Motion Picture Arts v. Creative House,* 944 F.2d 1446, 1454 (9th Cir.1991); *Toho Co. Ltd. v. Sears Roebuck & Co.,* 645 F.2d 788, 790 (9th Cir.1981)

1400New West Corp. v. NYM Co. of California,* 595 F.2d 1194, 1201 (9th Cir.1979), over whether White was endorsing Samsung's VCRs. *HMH Publishing Co. v. Brincat,* 504 F.2d 713 (9th Cir.1974); *Allen v. National Video, Inc.,* 610 F.Supp. 612 (D.C.N.Y.1985).

[5] This circuit recognizes several different multifactor tests for determining whether a likelihood of confusion exists. *See Academy,* 944 F.2d at 1454, n. 3. None of these tests is correct to the exclusion of the others. *Eclipse Associates Ltd. v. Data General Corp.,* 894 F.2d 1114, 1118 (9th Cir.1990). Normally, in reviewing the district court's decision, this court will look to the particular test that the district court used. *Academy,* 944 F.2d at 1454, n. 3; *Eclipse,* 894 F.2d at 1117-1118. However, because the district court in this case apparently did not use any of the multi-factor tests in making its likelihood of confusion determination, and because this case involves an appeal from summary judgment and we review de novo the district court's determination, we will look for guidance to the 8- factor test enunciated in *AMF, Inc. v. Sleekcraft Boats,*
599 F.2d 341 (9th Cir.1979). According to *AMF,* factors relevant to a likelihood of confusion include:

(1) strength of the plaintiff's mark;
(2) relatedness of the goods;
(3) similarity of the marks;
(4) evidence of actual confusion;
(5) marketing channels used;
(6) likely degree of purchaser care;
(7) defendant's intent in selecting the mark;
(8) likelihood of expansion of the product lines.

599 F.2d at 348-49. We turn now to consider White's claim in light of each factor.

[6] In cases involving confusion over endorsement by a celebrity plaintiff, "mark" means the celebrity's persona. *See Allen,* 610 F.Supp. at 627. The "strength" of the mark refers to the level of recognition the celebrity enjoys among members of society. *See Academy,* 944 F.2d at 1455. If Vanna White is unknown to the segment of the public at whom Samsung's robot ad was directed, then that segment could not be confused as to whether she was endorsing Samsung VCRs. Conversely, if White is well-known, this would allow the possibility of a likelihood of confusion. For the purposes of the *Sleekcraft* test, White's "mark," or celebrity identity, is strong.

In cases concerning confusion over celebrity endorsement, the plaintiff's "goods" concern the reasons for or source of the plaintiff's fame. Because White's fame is based on her televised performances, her "goods" are closely related to Samsung's VCRs. Indeed, the ad itself reinforced the relationship by informing its readers that they would be taping the "longest-running game show" on Samsung's VCRs well into the future.

The third factor, "similarity of the marks," both supports and contradicts a finding of likelihood of confusion. On the one hand, all of the aspects of the robot ad identify White; on the other, the figure is quite clearly a robot, not a human. This ambiguity means that we must look to the other factors for resolution.

The fourth factor does not favor White's claim because she has presented no evidence of actual confusion.

Fifth, however, White has appeared in the same stance as the robot from the ad in numerous magazines, including the covers of some. Magazines were used as the marketing channels for the robot ad. This factor cuts toward a likelihood of confusion.

Sixth, consumers are not likely to be particularly careful in determining who endorses VCRs, making confusion as to their endorsement more likely. Concerning the seventh factor, "defendant's intent," the district court found that, in running the robot ad, the defendants had intended a spoof of the "Wheel of Fortune." The relevant question is whether the defendants "intended to profit by confusing consumers" concerning the

endorsement of Samsung VCRs. *Toho,* 645 F.2d 788. We do not disagree that defendants intended to spoof Vanna White and "Wheel of Fortune." That does not preclude, however, the possibility that defendants also ***1401** intended to confuse consumers regarding endorsement. The robot ad was one of a series of ads run by defendants which followed the same theme. Another ad in the series depicted Morton Downey Jr. as a presidential candidate in the year 2008. Doubtless, defendants intended to spoof presidential elections and Mr. Downey through this ad. Consumers, however, would likely believe, and would be correct in so believing, that Mr. Downey was paid for his permission and was endorsing Samsung products. Looking at the series of advertisements as a whole, a jury could reasonably conclude that beneath the surface humor of the series lay an intent to persuade consumers that celebrity Vanna White, like celebrity Downey, was endorsing Samsung products.

Finally, the eighth factor, "likelihood of expansion of the product lines," does not appear apposite to a celebrity endorsement case such as this.

Application of the *Sleekcraft* factors to this case indicates that the district court erred in rejecting White's Lanham Act claim at the summary judgment stage. In so concluding, we emphasize two facts, however. First, construing the motion papers in White's favor, as we must, we hold only that White has raised a genuine issue of material fact concerning a likelihood of confusion as to her endorsement. *Cohen v. Paramount Pictures Corp.,* 845 F.2d 851, 852-53 (9th Cir.1988). Whether White's Lanham Act claim should succeed is a matter for the jury. Second, we stress that we reach this conclusion in light of the peculiar facts of this case. In particular, we note that the robot ad identifies White and was part of a series of ads in which other celebrities participated and were paid for their endorsement of Samsung's products.

IV. *The Parody Defense*

[7] In defense, defendants cite a number of cases for the proposition that their robot ad constituted protected speech. The only cases they cite which are even remotely relevant to this case are *Hustler Magazine v. Falwell,* 485 U.S. 46, 108 S.Ct. 876, 99 L.Ed.2d 41 (1988) and *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.,* 811 F.2d 26 (1st Cir.1987). Those cases involved parodies of advertisements run for the purpose of poking fun at Jerry Falwell and L.L. Bean, respectively. This case involves a true

advertisement run for the purpose of selling Samsung VCRs. The ad's spoof of Vanna White and Wheel of Fortune is subservient and only tangentially related to the ad's primary message: "buy Samsung VCRs." Defendants' parody arguments are better addressed to non-commercial parodies. [FN3] The difference between a "parody" and a "knock-off" is the difference between fun and profit.

FN3. In warning of a first amendment chill to expressive conduct, the dissent reads this decision too broadly. *See Dissent* at 1407. This case concerns only the market which exists in our society for the exploitation of celebrity to sell products, and an attempt to take a free ride on a celebrity's celebrity value. Commercial advertising which relies on celebrity fame is different from other forms of expressive activity in two crucial ways. First, for celebrity exploitation advertising to be effective, the advertisement must evoke the celebrity's identity. The more effective the evocation, the better the advertisement. If, as Samsung claims, its ad was based on a "generic" game-show hostess and not on Vanna White, the ad would not have violated anyone's right of publicity, but it would also not have been as humorous or as effective. Second, even if some forms of expressive activity, such as parody, do rely on identity evocation, the first amendment hurdle will bar most right of publicity actions against those activities. *Cf. Falwell,* 485 U.S. at 46, 108 S.Ct. at 876. In the case of commercial advertising, however, the first amendment hurdle is not so high. *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n of New York,* 447 U.S. 557, 566, 100 S.Ct. 2343, 2351, 65 L.Ed.2d 341 (1980). Realizing this, Samsung attempts to elevate its ad above the status of garden-variety commercial speech by pointing to the ad's parody of Vanna White. Samsung's argument is unavailing. *See Board of Trustees, State Univ. of N.Y. v. Fox,* 492 U.S. 469, 474-75, 109 S.Ct. 3028, 3031, 106 L.Ed.2d 388 (1988); *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.,* 463 U.S. 60, 67-68, 103 S.Ct. 2875, 2880-81, 77 L.Ed.2d 469 (1983). Unless the first amendment bars all right of publicity actions--and it does not, *see Zachini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.,* 433 U.S. 562, 97 S.Ct. 2849, 53 L.Ed.2d 965 (1977)--then it does not bar this case.

***1402** V. *Conclusion*

In remanding this case, we hold only that White has pleaded claims which can go to the jury for its decision.

AFFIRMED IN PART, REVERSED IN PART, and REMANDED.

ALARCON, Circuit Judge, concurring in part, dissenting in part:

Vanna White seeks recovery from Samsung based on three theories: the right to privacy, the right to publicity, and the Lanham Act. I concur in the majority's conclusions on the right to privacy. I respectfully dissent from its holdings on the right to publicity and the Lanham Act claims.

I.
RIGHT TO PRIVACY (CAL.CIV.CODE § 3344(a))

I agree with the majority's conclusion that no reasonable jury could find that the robot was a "likeness" of Vanna White within the meaning of California Civil Code section 3344(a).

II.
RIGHT TO PUBLICITY

I must dissent from the majority's holding on Vanna White's right to publicity claim. The district court found that, since the commercial advertisement did not show a "likeness" of Vanna White, Samsung did not improperly use the plaintiff's identity. The majority asserts that the use of a likeness is not required under California common law. According to the majority, recovery is authorized if there is an appropriation of one's "identity." I cannot find any holding of a California court that supports this conclusion. Furthermore, the record does not support the majority's finding that Vanna White's "identity" was appropriated.

The district court relied on *Eastwood v. Superior Court,* 149 Cal.App.3d 409, 198 Cal.Rptr. 342, (1983), in holding that there was no cause of action for infringement on the right to publicity because there had been no use of a likeness. In *Eastwood,* the California Court of Appeal described the elements of the tort of "commercial appropriation of the right of publicity" as "(1) the defendant's use of the plaintiff's identity; (2) *the appropriation of plaintiff's name or likeness* to defendant's advantage, ...; (3) lack of consent; and (4) resulting injury." *Id.* at 417, 198 Cal.Rptr. 342. (Emphasis added).

All of the California cases that my research has disclosed hold that a cause of action for appropriation of the right to publicity requires proof of the appropriation of a name or likeness. *See, e.g., Lugosi v. Universal Pictures,* 25 Cal.3d 813, 603 P.2d 425, 160 Cal.Rptr. 323 (1979) ("The so-called right of publicity means in essence that the reaction of the public to name and likeness ... endows the name and

likeness of the person involved with commercially exploitable opportunities."); *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Prods.,* 25 Cal.3d 860, 603 P.2d 454, 457, 160 Cal.Rptr. 352, 355 (1979) (use of name of Rudolph Valentino in fictional biography allowed); *Eastwood v. Superior Court, supra* (use of photo and name of actor on cover of tabloid newspaper); *In re Weingand,* 231 Cal.App.2d 289, 41 Cal.Rptr. 778 (1964) (aspiring actor denied court approval to change name to "Peter Lorie" when famous actor Peter Lorre objected); *Fairfield v. American Photocopy Equip. Co.,* 138 Cal.App.2d 82, 291 P.2d 194 (1955), *later app.* 158 Cal.App.2d 53, 322 P.2d 93 (1958) (use of attorney's name in advertisement); *Gill v. Curtis Publishing Co.,* 38 C.2d 273, 239 P.2d 630 (1952) (use of photograph of a couple in a magazine).

Notwithstanding the fact that California case law clearly limits the test of the right to publicity to name and likeness, the majority concludes that "the common law right of publicity is not so confined." Majority opinion at p. 1397. The majority relies on two factors to support its innovative extension of the California law. The first is that the *Eastwood* court's statement of the elements was permissive rather than exclusive. The second is that Dean Prosser, in describing the common law right to publicity, stated that it might be ***1403** possible that the right extended beyond name or likeness. These are slender reeds to support a federal court's attempt to create new law for the state of California.

In reaching its surprising conclusion, the majority has ignored the fact that the California Court of Appeal in *Eastwood* specifically addressed the differences between the common law right to publicity and the statutory cause of action codified in California Civil Code section 3344. The court explained that "[t]he differences between the common law and the statutory actions are: (1) Section 3344, subdivision (a) requires *knowing* use whereas under case law, mistake and inadvertence are not a defense against commercial appropriation and (2) section 3344, subdivision (g) expressly provides that its remedies are cumulative and in addition to any provided by law." *Eastwood,* 149 Cal.App.3d at n. 6, 198 Cal.Rptr. 342 (emphasis in original). The court did not include appropriations of identity by means other than name or likeness among its list of differences between the statute and the common law.

The majority also relies on Dean Prosser's statement that "[i]t is not impossible that there might be an appropriation of the plaintiff's identity, as by impersonation, without the use of either his name or his likeness, and that this would be an invasion of his right of privacy." Prosser,

Privacy, 48 Cal.L.Rev. 383, 401 n. 155 (1960). As Dean Prosser noted, however, "[n]o such case appears to have arisen." *Id.* The majority states that the case law has borne out Dean Prosser's insight that the right to publicity is not limited to name or likeness. As noted above, however, the courts of California have never found an infringement on the right to publicity without the use of the plaintiff's name or likeness.

The interest of the California Legislature as expressed in California Civil Code section 3344 appears to preclude the result reached by the majority. The original section 3344 protected only name or likeness. In 1984, ten years after our decision in *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Company,* 498 F.2d 821 (9th Cir.1974) and 24 years after Prosser speculated about the future development of the law of the right of publicity, the California legislature amended the statute. California law now makes the use of someone's voice or signature, as well as name or likeness, actionable. Cal.Civ.Code sec. 2233(a) (Deering 1991 Supp.). Thus, California, after our decision in *Motschenbacher* specifically contemplated protection for interests other than name or likeness, but did not include a cause of action for appropriation of another person's identity. The ancient maxim, *inclusio unius est exclusio alterius,* would appear to bar the majority's innovative extension of the right of publicity. The clear implication from the fact that the California Legislature chose to add only voice and signature to the previously protected interests is that it wished to limit the cause of action to enumerated attributes.

The majority has focused on federal decisions in its novel extension of California Common Law. Those decisions do not provide support for the majority's decision. In each of the federal cases relied upon by the majority, the advertisement affirmatively represented that the person depicted therein was the plaintiff. In this case, it is clear that a metal robot and not the plaintiff, Vanna White, is depicted in the commercial advertisement. The record does not show an appropriation of Vanna White's identity.

In *Motschenbacher,* a picture of a well-known race driver's car, including its unique markings, was used in an advertisement. *Id.* at 822. Although the driver could be seen in the car, his features were not visible. *Id.* The distinctive markings on the car were the only information shown in the ad regarding the identity of the driver. These distinctive markings compelled the inference that Motschenbacher was the person sitting in the racing car. We concluded that "California appellate courts would ...

afford legal protection to an individual's proprietary interest in his own identity." *Id.* at 825. (Emphasis added). Because the distinctive markings on the racing car were sufficient to identify Motschenbacher as the driver of the car, ***1404** we held that an issue of fact had been raised as to whether his identity had been appropriated. *Id.* at 827.

In *Midler v. Ford Motor Co.,* 849 F.2d 460 (9th Cir.1988), a singer who had been instructed to sound as much like Bette Midler as possible, sang a song in a radio commercial made famous by Bette Midler. *Id.* at 461. A number of persons told Bette Midler that they thought that she had made the commercial. *Id.* at 462. Aside from the voice, there was no information in the commercial from which the singer could be identified. We noted that "[t]he human voice is one of the most palpable ways identity is manifested." *Id.* at 463. We held that, "[t]o impersonate her voice is to pirate her identity," *id.,* and concluded that Midler had raised a question of fact as to the misappropriation of her identity.

In *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.,* 698 F.2d 831 (6th Cir.1983), the Sixth Circuit was called upon to interpret Michigan's common-law right to publicity. The case involved a manufacturer who used the words, "Here's Johnny," on portable toilets. *Id.* at 832-33. These same words were used to introduce the star of a popular late-night television program. There was nothing to indicate that this use of the phrase on the portable toilets was not associated with Johnny Carson's television program. The court found that "[h]ere there was an appropriation of Carson's identity," which violated the right to publicity. *Id.* at 837. The common theme in these federal cases is that identifying characteristics unique to the plaintiffs were used in a context in which they were the only information as to the identity of the individual. The commercial advertisements in each case showed attributes of the plaintiff's identities which made it appear that the plaintiff was the person identified in the commercial. No effort was made to dispel the impression that the plaintiffs were the source of the personal attributes at issue. The commercials affirmatively represented that the plaintiffs were involved. *See, e.g., Midler* at 462 ("The [Motschenbacher] ad suggested that it was he.... In the same way the defendants here used an imitation to convey the impression that Midler was singing for them."). The proper interpretation of *Motschenbacher, Midler,* and *Carson* is that where identifying characteristics unique to a plaintiff are the only information as to the identity of the person appearing in an ad, a triable issue of fact has been raised as to whether his or her identity as been appropriated.

The case before this court is distinguishable from the factual showing made in *Motschenbacher, Midler,* and *Carson.* It is patently clear to anyone viewing the commercial advertisement that Vanna White was not being depicted. No reasonable juror could confuse a metal robot with Vanna White.

The majority contends that "the individual aspects of the advertisement ... [v]iewed together leave little doubt about the celebrity the ad is meant to depict." Majority Opinion at p. 1399. It derives this conclusion from the fact that Vanna White is "the only one" who "dresses like this, turns letters, and does this on the Wheel of Fortune game show." *Id.* In reaching this conclusion, the majority confuses Vanna White, the person, with the role she has assumed as the current hostess on the "Wheel of Fortune" television game show. A recognition of the distinction between a performer and the part he or she plays is essential for a proper analysis of the facts of this case. As is discussed below, those things which Vanna White claims identify her are not unique to her. They are, instead, attributes of the *role* she plays. The representation of those attributes, therefore, does not constitute a representation of Vanna White. *See Nurmi v. Peterson,* 10 U.S.P.Q.2d 1775 (C.D.Cal.1989) (distinguishing between performer and role).

Vanna White is a one-role celebrity. She is famous solely for appearing as the hostess on the "Wheel of Fortune" television show. There is nothing unique about Vanna White or the attributes which she claims identify her. Although she appears to be an attractive woman, her face and figure are no more distinctive than that of other equally comely women. She performs her ***1405** role as hostess on "Wheel of Fortune" in a simple and straight-forward manner. Her work does not require her to display whatever artistic talent she may possess.

The majority appears to argue that because Samsung created a robot with the physical proportions of an attractive woman, posed it gracefully, dressed it in a blond wig, an evening gown, and jewelry, and placed it on a set that resembles the Wheel of Fortune layout, it thereby appropriated Vanna White's identity. But an attractive appearance, a graceful pose, blond hair, an evening gown, and jewelry are attributes shared by many women, especially in Southern California. These common attributes are particularly evident among game-show hostesses, models, actresses, singers, and other women in the entertainment field. They are not unique attributes of Vanna White's identity. Accordingly, I cannot join in the majority's conclusion that,

even if viewed together, these attributes identify Vanna White and, therefore, raise a triable issue as to the appropriation of her identity. The only characteristic in the commercial advertisement that is not common to many female performers or celebrities is the imitation of the "Wheel of Fortune" set. This set is the only thing which might possibly lead a viewer to think of Vanna White. The Wheel of Fortune set, however, is not an attribute of Vanna White's identity. It is an identifying characteristic of a television game show, a prop with which Vanna White interacts in her role as the current hostess. To say that Vanna White may bring an action when another blond female performer or robot appears on such a set as a hostess will, I am sure, be a surprise to the owners of the show. *Cf. Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Ass'n,* 805 F.2d 663 (7th Cir.1986) (right to publicity in videotaped performances preempted by copyright of owner of telecast). The record shows that Samsung recognized the market value of Vanna White's identity. No doubt the advertisement would have been more effective if Vanna White had appeared in it. But the fact that Samsung recognized Vanna White's value as a celebrity does not necessarily mean that it appropriated her identity. The record shows that Samsung dressed a robot in a costume usually worn by television game-show hostesses, including Vanna White. A blond wig, and glamorous clothing are not characteristics unique to the current hostess of Wheel of Fortune. This evidence does not support the majority's determination that the advertisement was meant to depict Vanna White. The advertisement was intended to depict a robot, playing the role Vanna White currently plays on the Wheel of Fortune. I quite agree that anyone seeing the commercial advertisement would be reminded of Vanna White. *Any* performance by another female celebrity as a game-show hostess, however, will also remind the viewer of Vanna White because Vanna White's celebrity is so closely associated with the role. But the fact that an actor or actress became famous for playing a particular role has, until now, never been sufficient to give the performer a proprietary interest in it. I cannot agree with the majority that the California courts, which have consistently taken a narrow view of the right to publicity, would extend law to these unique facts. III. THE LANHAM ACT Vanna White's Lanham Act claim is easily resolved by applying the proper legal standard. Vanna White seeks damages for violation of section 43(a) of the Lanham Act. To succeed, Vanna White must prove actual deception of the consuming public. *Harper House, Inc. v. Thomas Nelson, Inc.,* 889 F.2d 197, 208 (9th Cir.1989) (claim for damages under section 43(a) requires showing the defendant "actually deceived a significant portion of the consuming public."); *see*

also PPX Enterprises, Inc. v. Audiofidelity Enterprises, Inc., 818 F.2d 266, 271 (2d Cir.1987) ("to establish entitlement to damages for violation of section 43(a): [Plaintiffs] must establish actual confusion or deception resulting from the violation."); J. Gilson, Trademark Protection ***1406** and Practice section 7.02[8] at 7-137 to 7-138 (1991) (plaintiffs must show actual deception to obtain damages under section 43(a)). Vanna White offered no evidence that any portion of the consuming public was deceived. The district court was correct in granting summary judgment on Vanna White's Lanham Act claim.

The majority finds that because a majority of factors set forth in *AMF, Inc. v. Sleekcraft Boats,* 599 F.2d 341 (9th Cir.1979), favor Vanna White, the district court erred in granting summary judgment.

The *AMF* test is designed to aid in determining whether two marks are so sufficiently similar that it is likely that a consumer would confuse them. Where the marks are so obviously different that no confusion could possibly occur, the test is unnecessary. That is the situation in this matter. The attempt to use the Lanham Act to prevent "misappropriations" of which a court does not approve results in the distortion of the law which makes it more difficult to apply the law in appropriate cases. *See* Hanson & Walls, Protecting Trademark Goodwill: Towards a Federal Standard of Misappropriation, 81 Trademark Rep. 480, 511-513 (1991). This case is an example of such distortion.

The majority assumes the conclusion that the *AMF* test is designed to disclose. In repeatedly stating that the robot "identifies" Vanna White, the majority has usurped the fact finding function of the district court. The majority holds that the first factor of the *AMF* test, strength of the mark, weighs in Vanna White's favor. It equates this factor with the strength of Vanna White's fame, citing *Allen v. National Video, Inc.,* 610 F.Supp. 612 (D.C.N.Y.1985). *Allen* involved a celebrity look-alike who bore a remarkable resemblance to Woody Allen. *Id.* at 617. The instant matter involves a robot that bears no resemblance to Vanna White.

It is unclear whether the "mark" for which Vanna White seeks protection is her screen image or the imitation Wheel of Fortune. Although Vanna White is certainly famous for being famous, there is no evidence in the record that consumers identify the specific characteristics at issue, i.e., blond hair and fancy dress, solely with Vanna White. The majority ignores this important distinction.

The majority has glossed over the third *AMF* factor-- similarity of the marks--the most important factor in this case. The majority finds this factor "ambiguous" because the common characteristics "identify" Vanna White. Majority Opinion at p. 1400. We are required, however, to compare marks in their entirety. *California Cooler, Inc. v. Loretto Winery,* 774 F.2d 1451 (9th Cir.1985). In this matter, the consumer is confronted with two entities. One is Vanna White. The other is a robot. No one could reasonably confuse the two.

Certain aspects of a mark may have a greater impact than other aspects. When a mark has certain salient characteristics, they are given greater weight. *Country Floors, Inc. v. Gepner,* 930 F.2d 1056 (3d Cir.1991); *Henri's Food Products Co. v. Kraft, Inc.,* 717 F.2d 352 (7th Cir.1983); *Giant Food, Inc. v. Nations' Foodservice, Inc.,* 710 F.2d 1565 (Fed.Cir.1983). The face of Vanna White and the features of the robot are obviously more important characteristics than their hair, dress, physical proportions, jewelry, or the decoration of the set. Thus, the features of the robot and Vanna White should be given great weight in the analysis. It should be clear to anyone viewing the commercial advertisement that the crude features of the robot are very dissimilar to Vanna White's attractive and human face.

The majority's analysis of the intent or seventh factor in *AMF* is similarly suspect. The question presented here is whether there is any evidence in the record that Samsung intended to confuse consumers. It did not. Where the circumstances are sufficient to eliminate any likelihood of confusion, this court has repeatedly held that there is no claim for a violation of the Lanham Act. *See Toho Co., Ltd. v. Sears, Roebuck & Co.,* 645 F.2d 788 (9th Cir.1981) ("Bagzilla" garbage bags did not infringe "Godzilla" mark); ***1407***Walt Disney Prods. v. Air Pi rates,* 581 F.2d 751 (9th Cir.1978), *cert. denied sub nom O'Neill v. Walt Disney Prods,* 439 U.S. 1132, 99 S.Ct. 1054, 59 L.Ed.2d 94 (1979) ("Silly Sympathies" in adult comic books did not infringe on Disney's "Silly Symphonies"). The use of a robot in the commercial advertisement makes it clear that Vanna White did not endorse Samsung's product.

Although likelihood of confusion may usually be a factual question, "courts retain an important authority to monitor the outer limits of substantial similarity within which a jury is permitted to make the factual determination whether there is a likelihood of confusion." *Warner Bros., Inc. v. American Broadcasting Cos., Inc.,* 720 F.2d 231, 246 (2d Cir.1983). "[S]ummary judgment is appropriate if the court is

satisfied that the products or marks are so dissimilar that no question of fact is presented." *Universal City Studios, Inc. v. Nintendo Co., Ltd.,* 746 F.2d 112 (2d Cir.1984).

"There is no issue for trial unless there is sufficient evidence favoring the nonmoving party for a jury to return a verdict for that party." *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.,* 477 U.S. 242, 249, 106 S.Ct. 2505, 2510, 91 L.Ed.2d 202 (1986). Vanna White has presented no evidence of actual deception. Thus, she has failed to raise a genuine issue of material fact that would support her Lanham Act claim.

IV.
SAMSUNG'S FIRST AMENDMENT DEFENSE

The majority gives Samsung's First Amendment defense short shrift because "[t]his case involves a true advertisement run for the purpose of selling Samsung VCRs." Majority opinion at p. 1401. I respectfully disagree with the majority's analysis of this issue as well.

The majority's attempt to distinguish this case from *Hustler Magazine v. Falwell,* 485 U.S. 46, 108 S.Ct. 876, 99 L.Ed.2d 41 (1988), and *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.,* 811 F.2d 26 (1st Cir.1987), is unpersuasive. The majority notes that the parodies in those cases were made for the purpose of poking fun at the Reverend Jerry Falwell and L.L. Bean. But the majority fails to consider that the defendants in those cases were making fun of the Reverend Jerry Falwell and L.L. Bean for the purely commercial purpose of selling soft-core pornographic magazines.

Generally, a parody does not constitute an infringement on the original work if it takes no more than is necessary to "conjure up" the original. *Walt Disney Prods. v. Air Pirates,* 581 F.2d 751, 756 (9th Cir.1978). The majority has failed to consider these factors properly in deciding that Vanna White may bring an action for damages solely because the popularity of the fame show, Wheel of Fortune.

The effect of the majority's holding on expressive conduct is difficult to estimate. The majority's position seems to allow any famous person or entity to bring suit based on any commercial advertisement that depicts a character or role performed by the plaintiff. Under the majority's view of the law, Gene Autry could have brought an action for damages against all other singing cowboys. Clint Eastwood would be able to sue anyone who plays a tall, softspoken cowboy, unless, of course, Jimmy

Stewart had not previously enjoined Clint Eastwood. Johnny Weismuller would have been able to sue each actor who played the role of Tarzan. Sylvester Stallone could sue actors who play blue- collar boxers. Chuck Norris could sue all karate experts who display their skills in motion pictures. Arnold Schwarzenegger could sue body builders who are compensated for appearing in public.

The majority's reading of the Lanham Act would provide a basis for "commercial" enterprises to maintain an action for section 43(a) violations even in the absence of confusion or deception. May Black and Decker, maker of the "Dustbuster" portable vacuum, now sue "Bust-dusters," the Los Angeles topless cleaning service. Can the Los Angeles Kings hockey team state a cause of action against the City of Las Vegas for its billboards reading "L.A. has the Kings, but we have the Aces."

***1408** Direct competitive advertising could also be affected. Will BMW, which advertises its automobiles as "the ultimate driving machine," be able to maintain an action against Toyota for advertising one of its cars as "the ultimate saving machine"? Can Coca Cola sue Pepsi because it depicted a bottle of Coca Cola in its televised "taste test"? Indeed, any advertisement which shows a competitor's product, or any recognizable brand name, would appear to be liable for damages under the majority's view of the applicable law. Under the majority's analysis, even the depiction of an obvious facsimile of a competitor's product may provide sufficient basis for the maintenance of an action for damages.

V.
CONCLUSION

The protection of intellectual property presents the courts with the necessity of balancing competing interests. On the one hand, we wish to protect and reward the work and investment of those who create intellectual property. In so doing, however, we must prevent the creation of a monopoly that would inhibit the creative expressions of others. We have traditionally balanced those interests by allowing the copying of an idea, but protecting a unique expression of it. Samsung clearly used the idea of a glamorous female game show hostess. Just as clearly, it avoided appropriating Vanna White's expression of that role. Samsung did not use a likeness of her. The performer depicted in the commercial advertisement is unmistakably a lifeless robot. Vanna White has presented no evidence that any consumer confused the robot with her identity. Indeed, no reasonable consumer could confuse the robot

with Vanna White or believe that, because the robot appeared in the advertisement, Vanna White endorsed Samsung's product.

I would affirm the district court's judgment in all respects.

END OF DOCUMENT

IN THE SUPREME COURT OF CALIFORNIA

EDGAR WINTER et al.,

Plaintiffs and Appellants,

v.

DC COMICS et al., Defendants and Respondents

S108751 Ct.App. 2/4 B121021
Los Angeles County Super. Ct. No. BC145670

Celebrities have a statutory right of publicity by which they can prohibit others from using their likeness. (Civ. Code, § 3344.) An obvious tension exists between this right of publicity and the First Amendment to the United States Constitution. (*Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.* (2001) 25 Cal.4th 387, 396 (*Comedy III*).) In *Comedy III*, we considered when constitutional free speech rights may trump the statutory right of publicity. We formulated "what is essentially a balancing test between the First Amendment and the right of publicity based on whether the work in question adds significant creative elements so as to be transformed into something more than a mere celebrity likeness or imitation." (*Id*. at p. 391.) In that case, we concluded that lithographs and T-shirts bearing the likeness of The Three Stooges were not sufficiently transformative to receive First Amendment protection. In this case, we apply the same balancing test to comic books containing characters that evoke musician brothers Johnny and Edgar Winter. We conclude that, in contrast to a drawing of The Three Stooges, the comic books do contain significant creative elements that transform them into something more than mere celebrity likenesses. Accordingly, the comic books are entitled to First Amendment protection.

I. FACTS AND PROCEDURAL HISTORY

In the 1990's, DC Comics published a five-volume comic miniseries featuring "Jonah Hex," a fictional comic book "anti-hero." The series contains an outlandish plot, involving giant worm-like creatures, singing cowboys, and the "Wilde West Ranch and Music and Culture Emporium," named for and patterned after the life of Oscar Wilde. The third volume ends with a reference to two new characters, the "Autumn brothers,"

and the teaser, "Next: The Autumns of Our Discontent." The cover of volume 4 depicts the Autumn brother characters, with pale faces and long white hair. (See append., *post*; the Autumn brothers are the two lower figures.) One brother wears a stovepipe hat and red sunglasses, and holds a rifle. The second has red eyes and holds a pistol. This volume is entitled, Autumns of Our Discontent, and features brothers Johnny and Edgar Autumn, depicted as villainous half-worm, half-human offspring born from the rape of their mother by a supernatural worm creature that had escaped from a hole in the ground. At the end of volume 5, Jonah Hex and his companions shoot and kill the Autumn brothers in an underground gun battle. Plaintiffs, Johnny and Edgar Winter, well-known performing and recording musicians originally from Texas, sued DC Comics and others alleging several causes of action including, as relevant here, appropriation of their names and likenesses under Civil Code section 3344. They alleged that the defendants selected the names Johnny and Edgar Autumn to signal readers the Winter brothers were being portrayed; that the Autumn brothers were drawn with long white hair and albino features similar to plaintiffs'; that the Johnny Autumn character was depicted as wearing a tall black top hat similar to the one Johnny Winter often wore; and that the title of volume 4, Autumns of Our Discontent, refers to the famous Shakespearian phrase, "the winter of our discontent." **1** They also alleged that the comics falsely portrayed them as "vile, depraved, stupid, cowardly, subhuman individuals who engage in wanton acts of violence, murder and bestiality for pleasure and who should be killed." Defendants moved for summary judgment, partly relying on the First Amendment. The trial court granted summary judgment on all causes of action and entered judgment in defendants' favor. The Court of Appeal originally affirmed the judgment. We granted review and held the matter pending our decision in *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th 387. Later, we remanded the matter for the Court of Appeal to reconsider its decision in light of *Comedy III*. This time, the Court of Appeal affirmed the summary adjudication of all causes of action other than the one for misappropriation of likeness. On the misappropriation cause of action, the court concluded that triable issues of fact exist whether or not the comic books are entitled to protection under the test adopted in *Comedy III*. It reversed the judgment and remanded for further proceedings on that cause of action. We granted the defendants' petition for review to decide whether the comic books are protected under the *Comedy III* transformative test.

II. DISCUSSION

Civil Code section 3344 provides as relevant: "(a) Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent . . . shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof." In *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th 387, the registered owner of all rights to the former comedy act known as The Three Stooges sued an artist who, without permission, sold lithographs and T-shirts bearing a likeness of The Three Stooges reproduced from a charcoal drawing the artist had made. "[T]he very importance of celebrities in society means that the right of publicity has the potential of censoring significant expression by suppressing alternative versions of celebrity images that are iconoclastic, irreverent, or otherwise attempt to redefine the celebrity's meaning. [Citations.].'The right of publicity derived from public prominence does not confer a shield to ward off caricature, parody and satire. Rather, prominence invites creative comment.' " (*Ibid.*, quoting with approval *Guglielmi v. Spelling- Goldberg Productions* (1979) 25 Cal.3d 860, 869 (conc. opn. of Bird, C.J.).) **2** *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th 387, involved the celebrities' successor in interest suing under Civil Code former section 990 (now Civ. Code, § 3344.1), rather than the celebrities themselves suing under Civil Code section 3344. (See *Comedy III*, *supra*, at p. 391 & fn. 1.) But, because similar First Amendment concerns exist under both provisions, the test we developed in that case applies equally to claims under Civil Code section 3344.

Accordingly, we held that some, although not all, uses of celebrity likenesses are entitled to First Amendment protection. "When artistic expression takes the form of a literal depiction or imitation of a celebrity for commercial gain, directly trespassing on the right of publicity without adding significant expression beyond that trespass, the state law interest in protecting the fruits of artistic labor outweighs the expressive interests of the imitative artist." (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 405, fn. omitted.) Thus, "depictions of celebrities amounting to little more than the appropriation of the celebrity's economic value are not protected expression under the First Amendment." (*Id*. at p. 400.) "The right-of-publicity holder [may still] enforce the right to monopolize the production of conventional, more or less fungible, images of the celebrity." (*Id*. at p. 405.) "On the other hand, when a work contains significant transformative elements, it is not only especially worthy of First Amendment protection, but it is also less likely to interfere with the

economic interest protected by the right of publicity. [W]orks of parody or other distortions of the celebrity figure are not, from the celebrity fan's viewpoint, good substitutes for conventional depictions of the celebrity and therefore do not generally threaten markets for celebrity memorabilia that the right of publicity is designed to protect." (*Ibid*.) We developed a test to determine whether a work merely appropriates a celebrity's economic value, and thus is not entitled to First Amendment protection, or has been transformed into a creative product that the First Amendment protects. The "inquiry is whether the celebrity likeness is one of the 'raw materials' from which an original work is synthesized, or whether the depiction or imitation of the celebrity is the very sum and substance of the work in question. We ask, in other words, whether a product containing a celebrity's likeness is so transformed that it has become primarily the defendant's own expression rather than the celebrity's likeness. And when we use the word 'expression,' we mean something other than the likeness of the celebrity." (*Comedy III, supra,* 25 Cal. 4th at p. 406.) These "transformative elements or creative contributions that require First Amendment protection are not confined to parody and can take many forms, from factual reporting [citation] to fictionalized portrayal [citations], from heavyhanded lampooning [citation] to subtle social criticism [citation]." (*Ibid*.) "[A]n artist depicting a celebrity must contribute something more than a ' " 'merely trivial' " variation, [but must create] something recognizably " 'his own' " ' [citation], in order to qualify for legal protection." (*Id*. at p. 408.) "[W]hen an artist's skill and talent is manifestly subordinated to the overall goal of creating a conventional portrait of a celebrity so as to commercially exploit his or her fame, then the artist's right of free expression is outweighed by the right of publicity." (*Ibid*.) We made two important cautionary observations. First, "the right of publicity cannot, consistent with the First Amendment, be a right to control the celebrity's image by censoring disagreeable portrayals. Once the celebrity thrusts himself or herself forward into the limelight, the First Amendment dictates that the right to comment on, parody, lampoon, and make other expressive uses of the celebrity image must be given broad scope. The necessary implication of this observation is that the right of publicity is essentially an economic right. What the right of publicity holder possesses is not a right of censorship, but a right to prevent others from misappropriating the economic value generated by the celebrity's fame through the merchandising of the 'name, voice, signature, photograph, or likeness' of the celebrity. [Citation.]" (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 403.) Second, "in determining whether the work is transformative, courts are not to be concerned with the quality of the artistic

contribution—vulgar forms of expression fully qualify for First Amendment protection. [Citations.] On the other hand, a literal depiction of a celebrity, even if accomplished with great skill, may still be subject to a right of publicity challenge. The inquiry is in a sense more quantitative than qualitative, asking whether the literal and imitative or the creative elements predominate in the work." (*Id*. at p. 407.) We also cautioned against "wholesale importation of the fair use doctrine [of copyright law] into right of publicity law," although it provides some guidance. (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 404.) We explained that one factor of the fair use test, " 'the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work' (17 U.S.C. § 107(4)), . . . bears directly on this question. We do not believe, however, that consideration of this factor would usefully supplement the test articulated here. If it is determined that a work is worthy of First Amendment protection because added creative elements significantly transform the celebrity depiction, then independent inquiry into whether or not that work is cutting into the market for the celebrity's images …. appears to be irrelevant." (*Id*. at p. 405, fn. 10.) Moreover, we explained that even if the work's marketability and economic value derive primarily from the fame of the celebrity depicted, the work may still be transformative and entitled to First Amendment protection. However, if the marketability and economic value of the challenged work do *not* derive primarily from the celebrity's fame, "there would generally be no actionable right of publicity. When the value of the work comes principally from some source other than the fame of the celebrity—from the creativity, skill, and reputation of the artist—it may be presumed that sufficient transformative elements are present to warrant First Amendment protection." (*Id*. at p. 407.) We then summarized the rule. "In sum, when an artist is faced with a right of publicity challenge to his or her work, he or she may raise as affirmative defense that the work is protected by the First Amendment inasmuch as it contains significant transformative elements or that the value of the work does not derive primarily from the celebrity's fame." (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 407.) In applying this test in *Comedy III* itself, we viewed the work in question and concluded that the right of publicity prevailed. We could "discern no significant transformative or creative contribution. [The artist's] undeniable skill is manifestly subordinated to the overall goal of creating literal, conventional depictions of The Three Stooges so as to exploit their fame. Indeed, were we to decide that [the artist's] depictions were protected by the First Amendment, we cannot perceive how the right of publicity would remain a viable right other than in cases of falsified celebrity endorsements. [¶] Moreover, the marketability and

economic value of [the artist's] work derives primarily from the fame of the celebrities depicted. While that fact alone does not necessarily mean the work receives no First Amendment protection, we can perceive no transformative elements in [the] works that would require such protection." (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 409.) Application of the test to this case is not difficult. We have reviewed the comic books and attach a copy of a representative page. We can readily ascertain that they are not just conventional depictions of plaintiffs but contain significant expressive content other than plaintiffs' mere likenesses. Although the fictional characters Johnny and Edgar Autumn are less-than-subtle evocations of Johnny and Edgar Winter, the books do not depict plaintiffs literally. Instead, plaintiffs are merely part of the raw materials from which the comic books were synthesized. To the extent the drawings of the Autumn brothers resemble plaintiffs at all, they are distorted for purposes of lampoon, parody, or caricature. And the Autumn brothers are but cartoon characters—half-human and halfworm— in a larger story, which is itself quite expressive. The characters and their portrayals do not greatly threaten plaintiffs' right of publicity. Plaintiffs' fans who want to purchase pictures of them would find the drawings of the Autumn brothers unsatisfactory as a substitute for conventional depictions. The comic books are similar to the trading cards caricaturing and parodying prominent baseball players that have received First Amendment protection. (*Cardtoons v. Major League Baseball Players* (10th Cir. 1996) 95 F.3d 959, discussed in *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 406.) Like the trading cards, the comic books "'are no less protected because they provide humorous rather than serious commentary.'" (*Comedy III*, *supra*, at p. 406, quoting *Cardtoons v. Major League Baseball Players*, *supra*, at p. 969.) Citing *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books* (9th Cir. 1997) 109 F.3d 1394, plaintiffs argue, and the Court of Appeal agreed, that the comic books do not technically qualify as parody of plaintiffs (although the Court of Appeal found they may qualify as parody of Jonah Hex). That case, however, involved alleged copyright and trademark infringement, allegations not involved here. *Comedy III* did not adopt copyright law wholesale. (*Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th at p. 404.) The distinction between parody and other forms of literary expression is irrelevant to the *Comedy III* transformative test. It does not matter what precise literary category the work falls into. What matters is whether the work is transformative, not whether it is parody or satire or caricature or serious social commentary or any other specific form of expression. Plaintiffs also argue, and the Court of Appeal found, that the record contains evidence that defendants were trading on plaintiffs' likenesses and

reputations to generate interest in the comic book series and increase sales. This, too, is irrelevant to whether the comic books are constitutionally protected. The question is whether the work is transformative, not how it is marketed. If the work is sufficiently transformative to receive legal protection, "it is of no moment that the advertisements may have increased the profitability of the [work]." (*Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions*, *supra*, 25 Cal.3d at p. 873 (conc. opn. of Bird, C.J.).) If the challenged work is transformative, the way it is advertised cannot somehow make it nontransformative. Here, as we have explained, the comic books are transformative and entitled to First Amendment protection.**3** Accordingly, we conclude that the Court of Appeal erred in finding the existence of triable issues of fact. "[B]ecause unnecessarily protracted litigation would have a chilling effect upon the exercise of First Amendment rights, speedy resolution of cases involving free speech is desirable." (*Good Government Group of Seal Beach, Inc. v. Superior Court* (1978) 22 Cal.3d 672, 685; see also *Baker v. Los Angeles Herald Examiner* (1986) 42 Cal.3d 254, 269; *Aisenson v. American Broadcasting Co.* (1990) 220 Cal.App.3d 146, 154.) As in *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th 387, courts can often resolve the question as a matter of law simply by viewing the work in question and, if necessary, comparing it to an actual likeness of the person or persons portrayed. Because of these circumstances, an action presenting this issue is often properly resolved on summary judgment or, if the complaint includes the work in question, even demurrer. This is one of those cases.

III. CONCLUSION

The artist in *Comedy III*, *supra*, 25 Cal.4th 387, essentially sold, and devoted fans bought, pictures of The Three Stooges, not transformed expressive works by the artist. Here, by contrast, defendants essentially sold, and the buyers purchased, DC Comics depicting fanciful, creative characters, not pictures of the Winter brothers. This makes all the difference. The comic books here are entitled to First Amendment protection. Accordingly, we reverse the judgment of the Court of Appeal and remand the matter for further proceedings consistent with our opinion.

CHIN, J.

WE CONCUR: GEORGE, C.J. KENNARD, J.
BAXTER, J.
WERDEGAR, J.
BROWN, J.
MORENO, J.

Name of Opinion Winter v. DC Comics

Unpublished Opinion
Original Appeal
Original Proceeding
Review Granted XXX 99 Cal.App.4th 458
Rehearing Granted

Opinion No. S108751
Date Filed: June 2, 2003

Court: Superior
County: Los Angeles
Judge: Ronald E. Cappai

Attorneys for Appellant:
Gipson, Hoffman & Pancione, Julia L. Ross, Corey J. Spivey; Greenberg Traurig and Vincent H. Chieffo for Plaintiffs and Appellants.
Victoria T. Vaught and Steven Springer for National Organization for Albinism and Hypopigmentation as Amicus Curiae on behalf of Plaintiffs and Appellants.

Attorneys for Respondent:
Weissmann, Wolff, Bergman, Coleman & Silverman, Weissmann, Wolff, Bergman, Coleman, Silverman & Holmes, Weissmann, Wolff, Bergman, Coleman, Grodin & Evall, Michael Bergman, Anjani Mandavia and Julie B. Waldman for Defendants and Respondents.
Eugene Volokh; David S. Welkowitz and Tyler T. Ochoa as Amici Curiae on behalf of Defendants and Respondents.
Loeb & Loeb, Douglas E. Mirell and Joseph Geisman for the Motion Picture Association of America, Inc., Association of American Publishers, Inc., Authors Guild, Inc., Publishers Marketing Association, Comic Book Legal Defense Fund, Dramatists Guild of America, Inc., PEN American Center, American Booksellers Foundation for Free Expression and Freedom to Read Foundation as Amici Curiae on behalf of Defendants and Respondents.

Counsel who argued in Supreme Court (not intended for publication with opinion):
Vincent H. Chieffo
Greenberg Traurig
2450 Colorado Avenue, Suite 400 East
Santa Monica, CA 90404
(310) 586-7700
Michael Bergman
Weissmann, Wolff, Bergman, Coleman, Grodin & Evall
9665 Wilshire Boulevard, Suite 900
Beverly Hills, CA 90212-2345
(310) 858-7888

---

1 "Now is the winter of our discontent/Made glorious summer by this sun of York." (Shakespeare, Richard III, act I, scene 1, lines 1-2.) The phrase was also popularized by the John Steinbeck novel, The Winter of Our Discontent.

2 We noted that the right of publicity threatens two purposes of the First Amendment: (1) preserving an uninhibited marketplace of ideas; and (2) furthering the individual right of selfexpression. "Because celebrities take on public meaning, the appropriation of their likenesses may have important uses in uninhibited debate on public issues, particularly debates about culture and values. And because celebrities take on personal meanings to many individuals in the society, the creative appropriation of celebrity images can be an important avenue of individual expression." (*Comedy III*, *supra*, at p. 397.)

3 Plaintiffs also claim that the way the comic books were advertised is itself actionable, for example, by falsely implying plaintiffs endorsed the product. (See *Comedy III, supra*, 25 Cal.4th at p. 396.) This question is beyond the scope of our grant of review and the Court of Appeal's opinion, which focused on whether the comic books are constitutionally protected. We leave it to the Court of Appeal on remand to decide whether plaintiffs have preserved a cause of action based solely on the advertising and, if so, whether that cause of action is susceptible to summary adjudication.