

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE BARI
14 SETTEMBRE 1999

GIUDICE: SCODITTI
PARTI: PROMAD ITALIA S.N.C.
(Avv. Castellaneta)
ENTE AUTONOMO
FIERA DEL LEVANTE
(Avv. Tedeschi, De Marco)

**Diritto d'autore • Opera di
carattere creativo •
Separabilità dal supporto
materiale • Tutela della
creazione pubblicitaria •
Ammissibilità**

Nel campo della pubblicità, all'opera dell'ingegno di carattere creativo è applicabile la tutela del diritto di autore ove il suo valore artistico sia scindibile dall'applicazione pubblicitaria cui è associata.

Il Giudice istruttore a scioglimento della riserva relativamente al ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto in corso di causa dalla Promad Italia s.n.c. nei confronti dell'Ente Autonomo Fiera del Levante, osserva quanto segue.

Agisce la ricorrente per l'inibitoria in sede cautelare assumendo la violazione del diritto d'autore per l'utilizzo illecito da parte dell'ente convenuto nella creazione pubblicitaria costituita dalla rappresentazione grafica dell'omino che accorcia le distanze tra l'oriente e l'occidente ed il connesso logo «Bari. Dove l'Europa incontra l'oriente». Espone in particolare che con riferimento a tale creazione l'ente convenuto aveva conferito alla ricorrente l'incarico per la campagna pubblicitaria e promozionale per la sessantunesima Fiera del Levante in calendario dal 13 al 21 settembre 1997, e che senza l'autorizzazione dell'autore l'ente medesimo aveva utilizzato anche successivamente la creazione sia per pubblicazioni che messaggi promozionali. Aggiunge che la creazione viene utilizzata anche per la campagna pubblicitaria e promozionale relativa alla sessantatreesima Fiera del Levante in calendario dal 11 al 19 settembre 1999. La domanda cautelare è strumentale sia all'azione inibitoria in via definitiva che ad azione risarcitoria.

Preliminarmente deve valutarsi il profilo della legittimazione attiva, essendo stata l'azione risarcitoria promossa sia per il pregiudizio patrimoniale che per quello morale, quest'ultimo sotto il duplice profilo del diritto morale d'autore (diritto di paternità: art. 20, l. 22/4/1941, n. 633) che del danno morale ai sensi dell'art. 2059 c.c. (sofferenza sul piano psicologico, risarcibile se il fatto lesivo sia configurabile come reato). La ricorrente è una società in nome collettivo per cui, non trovando applicazione l'art. 11, l. 22/4/1941, n. 633 (spettanza del diritto di autore agli enti privati senza scopo di lucro sulle opere create sotto il loro nome ed a loro conto e spese), e dovendosi presumere la creazione dell'opera in adempimento di un contratto di lavoro subordinato, i diritti morali restano in capo all'autore (art. 22, l. 22/4/1941, n. 633), mentre il datore di lavoro acquista in via derivativa, per effetto della realizzazione dell'opera, il relativo diritto patrimoniale. Nel caso di

violazione del diritto morale la legittimazione spetta quindi all'autore, nella specie il lavoratore alle dipendenze della società ricorrente, mentre a quest'ultima compete la legittimazione solo per le facoltà di sfruttamento patrimoniale. Dal *petitum* va quindi sottratta la domanda risarcitoria per i diritti morali dell'autore, restando soltanto quella per le facoltà patrimoniali.

Costituisce punto controverso la titolarità del diritto dedotto in giudizio, sia pure circoscritto alla sua portata patrimoniale. La valutazione va compiuta nei limiti del *fumus* caratterizzante la presente fase cautelare. Due circostanze in particolare consentono allo stato di attribuire la qualifica di titolare del diritto alla società ricorrente. Innanzitutto il contenuto dell'incarico conferito nella nota 3/2/97 inviata all'ente convenuto, da cui emerge in modo chiaro ed inequivoco il richiamo alla proposta grafica, in cui, peraltro, deve essere esaltato il marchio della caravella, ed in tali sensi è il grafico in questione (e nella scelta, comunicata nella successiva nota del 20/3/97, si fa riferimento ad una proposta di campagna « incentrata » sullo *slogan* « Bari. Dove l'Europa incontra l'oriente », il che conferma che la proposta non si esaurisce in tale complesso di parole). In secondo luogo non può valorizzarsi nella presente sede cautelare, a fronte della indubbia rilevanza delle circostanze appena evidenziate, il carattere sia generico della contestazione sul punto della paternità dell'opera (senza fornire alcuna indicazione su quello che dovrebbe essere l'effettivo autore non riconducibile alla società ricorrente), sia la tardività, in quanto resa solo all'esito di una richiesta di chiarimenti da parte del giudice in ordine all'oggetto dell'invocata inibitoria cautelare, laddove invece l'indicazione, nell'indice del fascicolo della parte attrice, delle realizzazioni grafiche come ideate ed eseguite dalla Promad Italia, non aveva dato causa ad alcuna contestazione in sede di comparazione delle parti.

Ciò premesso, deve osservarsi che l'incarico, secondo quanto si legge nella menzionata nota del 3/2/97, aveva ad oggetto « la creatività relativa alle campagne promozionali e pubblicitarie della 61ª Fiera del Levante ». Ove risulti dimostrata la valenza di opera dell'ingegno di carattere creativo, il che costituisce la questione decisiva della presente controversia, dall'oggetto del contratto risulta evidente la limitazione temporale e tematica della cessione dei diritti patrimoniali sull'opera, sicché illegittima sarebbe l'utilizzazione di questa oltre il predetto patto limitativo (cfr. Cass. 7 giugno 1982, n. 3439).

L'inapplicabilità della tutela del diritto di autore è dal convenuto sostenuta facendo riferimento sia alla natura del contratto (di agenzia pubblicitaria e non contratto per la creazione di opere pubblicitarie), che alla non sussumibilità nelle categorie protette dalla l. 22/4/1941, n. 633 dell'idea pubblicitaria; viene inoltre eccepita la tutela del preuso del marchio. Il profilo del tipo negoziale può avere un significato soltanto indiziario, e non determinante, per l'attribuzione della natura di opera dell'ingegno di carattere creativo, per le seguenti ragioni. Il contratto di agenzia pubblicitaria, secondo quanto si evince dagli usi in tema di contratti pubblicitari raccolti dalla C.C.I.A.A. di Bari (prodotti dal convenuto), benché non sia riconducibile sul piano dell'oggetto alla « creazione » di opere pubblicitarie conferita al « creativo », contiene sul piano delle prestazioni quella di « ideazione e progettazione della comunicazione ». In giurisprudenza non a caso si definisce il con-

tratto di pubblicità come contratto atipico, in cui per un verso emerge il profilo della prestazione di opera intellettuale con riferimento all'attività di ideazione, per l'altro la fase realizzativa della campagna pubblicitaria, qualificabile come mandato (Pret. Torino, 5 aprile 1990), oppure, mantenendo il carattere di atipicità, in virtù delle connotazioni evidenziate, viene assimilato all'appalto di servizi (Cass., 16 marzo 1988, n. 2474). La prestazione di un'attività di carattere creativo può essere l'occasione per il concepimento di un'opera meritevole di tutela in termini di diritto di autore in quanto un conto è il regolamento contrattuale (la prestazione cui è obbligato il pubblicitario), altra cosa è la creazione dell'opera, occasionata dalla predetta attività, che appartiene a titolo originario all'autore, quale particolare espressione del lavoro intellettuale. Si deve cioè differenziare l'adempimento di una prestazione avente un certo contenuto e l'acquisto a titolo originario dell'opera, il primo rilevante fra le parti, il secondo avente efficacia *erga omnes*, quali profili qualificatori distinti di una medesima vicenda (altro poi è l'acquisto del diritto patrimoniale da parte del datore di lavoro nel lavoro subordinato, o da parte del committente nel lavoro autonomo nei limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto). Si spiega così perché la giurisprudenza (Cass., 23 gennaio 1969, n. 175) abbia affermato che anche il risultato dell'attività pubblicitaria possa essere protetto dal diritto d'autore laddove si concretizzi non in semplici applicazioni di idee di per sé non creative, ma assuma dei caratteri, pur in misura modesta, di originalità e creatività suscettibili di estrinsecazione nel mondo esteriore. Premessa dunque l'incidenza non determinante del contenuto della prestazione, deve evidenziarsi che nel caso di specie, proprio facendo riferimento all'oggetto dell'incarico (« creatività relativa alle campagne promozionali e pubblicitarie ») si colgono indizi di segno contrario alle deduzioni del convenuto, in quanto vi è un espresso richiamo testuale all'elemento della creatività. Trattasi tuttavia di indizio, in sé insufficiente a sostenere da solo anche il *fumus cautelare*, e bisognoso pertanto di altri elementi. Una prestazione creativa, a prescindere dalla valutazione della controparte in ordine all'adempimento del contratto, di per sé non determina l'insorgenza dei presupposti del diritto d'autore, potendosi avere comunque un atto meramente applicativo, privo dei requisiti di originalità e valutabile in termini di banalità, come quando si abbia un'attività meramente esecutiva di regole predeterminate.

In linea di principio deve affermarsi che la pubblicità, ove connotata dei caratteri di creatività, rientra direttamente nella previsione dell'art. 1 della l. 22/4/1941, n. 633, non essendo sussumibile nell'elencazione, avente portata esemplificativa, contenuta nel successivo art. 2. Con le opere indicate nell'art. 2, n. 4 (opere anche applicate all'industria purché il loro valore artistico sia scindibile dal carattere industriale del prodotto al quale sono associate) ha tuttavia in comune il dato dell'associazione ad un carattere non artistico, l'applicazione cioè ad un campo determinato, che nelle opere elencate nella disposizione citata è quello della produzione industriale, qui è quello dell'attività pubblicitaria. Sussistendo l'identità di *ratio* può assumersi quale criterio di qualificazione quello previsto dall'art. 2, n. 4, e dunque la scindibilità del valore artistico dalla concreta applicazione (industriale o pubblicitaria). La giurisprudenza (Cass., 7 dicembre 1994, n. 10516; Id.; 5 luglio 1990, n. 7077, quest'ultima avente ad oggetto un disegno « divisionista », costi-

tuito da un insieme di quadratini colorati, sparsi su un pezzo di stoffa, che combinandosi anche con variazioni cromatiche determinavano un assetto figurativo originale) ha interpretato la norma nel senso che affinché ricorra la tutela del diritto di autore è necessario un duplice presupposto: la separabilità della creazione dal prodotto nella sua componente utilitaria; le caratteristiche di creatività, originalità e novità proprie dell'opera dell'ingegno. Quanto al primo presupposto si deve distinguere fra prodotto bidimensionale e tridimensionale, atteso che soltanto nel primo l'opera è scindibile dal prodotto industriale (ad esempio un disegno dal tessuto: l'opera d'arte è idealmente scindibile dal prodotto, potendo questo essere diffuso anche se privo del pregio artistico, ed il disegno è pensabile anche su altro supporto), mentre nel secondo, data la dominanza del volume che delimita il modello, l'opera non è pensabile né fruibile separatamente dal contesto (il c.d. *corpus mysticum* non è apprezzabile separatamente dal c.d. *corpus mechanicum*: ad esempio un modello di poltrona, in cui la sagoma non è concepibile indipendentemente dall'oggetto). Soltanto dunque nei confronti del prodotto bidimensionale va compiuta la valutazione del valore artistico. Il criterio non è condiviso da alcuni autori, poiché si rileva che la preminenza del dato estrinseco della bidimensionalità può comportare l'esclusione dalla tutela di opere di alto contenuto artistico, offrendola invece ad altre di minore originalità, sicché si dovrebbe parlare di scindibilità non materiale ma ideale, nel senso che tutto il prodotto industriale è al tempo stesso opera d'arte realizzata in funzione dell'*industrial design*. Di contro si osserva che il criterio della scindibilità, così come elaborato dalla giurisprudenza, può costituire un efficace filtro all'indiscriminata tutela del diritto d'autore.

Adoperando nelle applicazioni pubblicitarie il criterio elaborato dalla giurisprudenza per quelle industriali, data, come si è visto, l'identità di *ratio*, è possibile stabilire una preliminare selezione, prima di accedere alla valutazione del contenuto artistico. Si dovrà dunque accertare se l'opera sia fruibile in modo indipendente dall'uso pubblicitario, se cioè il disegno, la fotografia o la composizione musicale sia separabile dall'oggetto pubblicitario e possa sopravvivere ed essere goduta senza trasmettere il messaggio pubblicitario. L'inscindibilità si ha in pratica allorché l'opera incorpori l'informazione relativa al prodotto in modo che non possa sopravvivere senza recare con sé la promozione pubblicitaria. Ad esempio la rappresentazione grafica con segni di pregio del nome di una ditta in una comunicazione pubblicitaria, un film pubblicitario in cui non vi sia una duplicità tematica e temporale fra opera e pubblicità, la fotografia avente ad oggetto il medesimo prodotto che si intende pubblicizzare ritratto con tutte le caratteristiche che lo individuano. Viceversa si ha scindibilità laddove nella rappresentazione esteriore sia agevolmente separabile (senza pregiudizio per l'opera) la comunicazione pubblicitaria dalla modalità espressiva, il significato promozionale dal segno che lo veicola. Ad esempio una fotografia o rappresentazione grafica che sia scomponibile dagli elementi che la riconducono al prodotto e alla relativa pubblicità, essendo tali dati esteriormente separati dall'opera (si pensi ad una fotografia che abbia al suo esterno il testo che la rende messaggio pubblicitario). Operata la preliminare valutazione di scorponibilità dell'opera dalla pubblicità, senza pregiudizio per essa, deve poi apprezzarsi il suo valore artistico. In conclusione va affermata la regola che nel campo della

pubblicità l'opera dell'ingegno di carattere creativo è compresa nella protezione del diritto di autore se il suo valore artistico sia scindibile dall'applicazione pubblicitaria cui è associata.

Venendo all'apprezzamento del valore artistico, tale valutazione, affinché abbia rilevanza giuridica, non va operata seguendo i criteri tradizionali del giudizio estetico che aspirano ad una nozione di bello in senso universale (i quali celano in realtà di frequente il soggettivismo dell'interprete) oppure quelli più moderni elaborati dalla scienza estetica contemporanea che valorizzano in un'ottica relativistica il significato artistico della produzione con riferimento a contesti particolari, o addirittura per l'uso sapiente dei meri segni all'interno di una espressione grafica, testuale o musicale, ma va parametrata sulla nozione normativa di opera dell'ingegno di carattere creativo. Non si può tuttavia negare, nell'apprezzamento del caso concreto, l'incidenza dei canoni del comune sentire e del gusto estetico corrente, avendo la previsione legislativa il carattere non di fattispecie tipica, ma di clausola generale, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera. Per questa ragione la giurisprudenza, avendo come parametro la nozione di opera quale frutto di un atto creativo, non richiede il rispetto di un astratto concetto di arte, ma ritiene sufficiente (e allo stesso tempo imprescindibile) il requisito oggettivo della creatività, originalità e novità. In definitiva, essendo originalità e novità inclusi nella prima nozione, è all'opera quale frutto della creatività che si deve fare riferimento, il che, peraltro, corrisponde all'esperienza estetica contemporanea la quale concepisce l'arte non come ricerca del sublime ma come manifestazione di libertà e creatività.

Nel caso di specie, sotto il profilo preliminare della scindibilità della produzione d'ingegno dall'uso pubblicitario, è agevolmente separabile la rappresentazione grafica dell'omino che accorcia le distanze tra l'oriente e l'occidente con il connesso logo «Bari. Dove l'Europa incontra l'oriente» dalle altre indicazioni individualizzanti il messaggio pubblicitario, ivi compreso il marchio della caravella. Sussiste pertanto il requisito della separabilità. Quanto all'apprezzamento in ordine al contenuto di creatività, va evidenziato che la rappresentazione grafica mira a visualizzare con una immagine il senso dell'espressione «Bari. Dove l'Europa incontra l'oriente». All'uopo si rappresenta un omino che con un solo passo varca il mare raggiungendo la costa opposta, creando un ponte immaginario; che si tratti poi di un europeo lo si evince dalle stellette dell'Unione Europea sulla giacca che indossa, mentre il senso dell'approdo ad oriente è affidato al particolare del tipo di scarpa che poggia sulla costa orientale (mentre la prima scarpa, di tipo «occidentale», che resta poggiata sulla relativa costa, conferma l'idea del ponte). Questo simbolismo, unito al gradevole tratto grafico, sia nel disegno che nel colore, è indice di originalità del prodotto. Conseguendo da ciò la qualifica di opera dell'ingegno di carattere creativo.

Eccepisce l'ente convenuto, infine, la ricorrenza della tutela del marchio derivante dal preuso. Trattasi però di situazione inopponibile al diritto di autore. Come previsto dall'art. 11 r.d. 21/6/1942, n. 929, non è consentito di usare il marchio in modo da ledere un altrui diritto di autore. La legge risolve preventivamente il conflitto fra il marchio e l'opera dell'ingegno dando prevalenza alla seconda.

Sussiste da ultimo il requisito del *periculum in mora*. La domanda cautelare va apprezzata non sotto il profilo della funzione anticipatoria della domanda inibitoria di merito (essendo estranea alla tutela cautelare atipica la funzione anticipatoria), ma sotto quello della salvaguardia del diritto che si fa valere sia mediante la predetta inibitoria, che mediante la domanda di risarcimento del danno patrimoniale (così come circoscritto il contenuto della domanda risarcitoria), per l'irreparabilità del pregiudizio che potrebbe derivare al diritto in dipendenza del tempo necessario a farlo valere in via ordinaria. Nella specie, avuto riguardo al diritto dedotto ed al tipo di violazione che si allega, gli accertamenti necessari per la verifica del danno effettivamente subito sono di tale complessità, soprattutto considerando il protrarsi della violazione nel corso del giudizio di merito, da determinare uno scarto eccessivo fra danno subito e danno risarcibile, con inevitabile irreparabilità del pregiudizio. Sotto il profilo dello strumento processuale adottato, va infine osservato che, nonostante sia previsto il rimedio tipico del sequestro (art. 161, l. 22/4/1941, n. 633), residua lo spazio per la tutela atipica allorché il sequestro non appaia sufficiente ad evitare il pregiudizio imminente ed irreparabile. Nella specie, data la diffusività che ha avuto la violazione, secondo quanto prospettato dalla ricorrente, il sequestro non pare strumento idoneo per una tempestiva tutela, anche considerando le possibilità di ulteriore diffusione dell'opera, che solo una inibitoria in corso di causa può reprimere.

P.Q.M. — Visto l'art. 700 c.p.c.;

fa divieto all'Ente Autonomo Fiera del Levante, in persona del commissario straordinario dott. Francesco Divella, di utilizzare la rappresentazione grafica dell'omino che accorcia le distanze tra l'oriente e l'occidente ed il connesso logo «Bari. Dove l'Europa incontra l'oriente»,

dispone la rimozione dei manifesti pubblicitari che utilizzano la predetta rappresentazione grafica ed il connesso logo.

**PUBBLICITÀ, CREATIVITÀ
E TUTELA
DEL DIRITTO D'AUTORE**

1. LA FATTISPECIE.

L'omino colorato che accorcia le distanze fra l'Oriente e l'Occidente, emblema della campagna promozionale della Fiera del Levante di Bari, ripetutamente raffigurato su cartelloni pubblicitari, *depliants*, biglietti d'ingresso e *spot* televisivi, giunge innanzi al giudice dell'urgenza. La società organizzatrice della campagna pubblicitaria, creatrice della raffigurazione, ne rivendica l'illecita e perdurante utilizzazione da parte della Fiera del Levante, nonostante la limitata concessione d'uso pattuita con il contratto di conferimento dell'incarico.

Il provvedimento riportato, la cui approfondita motivazione non lascia dubbi sull'interesse della *quaestio iuris* decisa, tocca trasversalmente, si direbbe, alcuni dei nodi più impegnativi in materia di tutela del diritto d'autore. La lettura della decisione, pur scontando la necessaria limitatezza del campo d'indagine propria del provvedimento d'urgenza, consente di individuare le diverse sfaccettature della controversia. Le que-

stioni oscillano da quella della legittimazione attiva alla risarcibilità del danno morale e patrimoniale¹, e ancora al rapporto fra committente ed esecutore dell'opera in relazione all'acquisto della titolarità del diritto², alla qualificazione, infine, del contratto di conferimento dell'incarico tra agenzia e commissione di opere pubblicitarie³.

Il nucleo della decisione, però, è inevitabilmente rappresentato dal problema dell'attribuzione alla figura dell'omino-ponte, del carattere di originalità e creatività da cui far dipendere l'applicazione della tutela riservata alle opere artistiche dalla legge sul diritto d'autore.

Si giunge, così, necessariamente all'esame della possibilità di giustificare l'acquisto del diritto d'autore da parte della società pubblicitaria malgrado l'obbligatorietà della prestazione contrattuale. Ma, soprattutto, occorre soffermarsi sull'indagine relativa al carattere di creatività dell'opera, condotta dal giudice fino all'enunciazione della conclusione giuridica (racchiusa nella massima) che collega la tutela di tale creatività, in termini di diritto d'autore, al principio di separabilità di essa dal prodotto (messaggio pubblicitario) per il quale l'opera è stata creata.

2. CONTRATTO DI PUBBLICITÀ E TITOLARITÀ DELLA CREAZIONE PUBBLICITARIA.

La prima questione affrontata dal tribunale concerne la possibilità di ritenere che, con l'adempimento dell'obbligazione assunta dall'agenzia pubblicitaria (ideazione e attuazione della campagna), si realizzi la definitiva cessione dei diritti di utilizzazione economica della campagna stessa.

¹ La differente legittimazione alla proposizione dell'azione di risarcimento (dell'autore per i diritti morali e dei concessionari o datori di lavoro per i diritti di utilizzazione) è direttamente legata alla eterogeneità del contenuto del diritto, che si connota tanto di facoltà squisitamente patrimoniali (l'utilizzazione economica) quanto di interessi morali e personali dell'autore in relazione all'opera creata (FABIANI, *Autore (diritto di): I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 8-9; ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Milano, 1963, 272 ss.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Milano, 1960, 303; DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 399). Questa dualità concettuale si avverte maggiormente attraverso un approccio comparatistico alla nozione di diritto d'autore. La connotazione tedesca del diritto è concentrata più sugli aspetti personalistici del diritto (fautore di questa teoria concettuale GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, München-Leipzig, 1917, 746, che definisce l'opera creativa quale *Bestandteil der Persönlichkeitssphäre*). Al contrario, la normativa nordamericana privilegia gli aspetti patrimonialistici del diritto, riconoscendo il *monopoly* (diritto di utilizzazione esclusi-

va) solo all'autore che compia gli atti formali per il riconoscimento giuridico del *copyright* (NIMMER, *On Copyright*, New York, 1968, 377), senza il quale l'opera pubblicata non ha diritto alla protezione e costituisce *public domain* (DE FRANCHIS, voce *Copyright*, in *Law Dictionary*, Milano, 1984, 567).

² In generale, relativamente all'acquisto della titolarità del diritto d'autore, FABIANI, cit. 6 ss.; OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale, e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 1 ss.; ID., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 194; DE SANCTIS, cit., 390 ss.; PIOLA-CASELLI, ARIENZO, BILE, *Diritti d'autore*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 683 ss.. In particolare, sull'acquisto del diritto d'autore per la creazione pubblicitaria, FABIANI, *L'opera pubblicitaria nel diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 1990, 238 ss.

³ Sulle diverse tipologie di contratti di pubblicità e, in particolare, sull'agenzia pubblicitaria, recentemente SELVAROLO, *I contratti di pubblicità*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, II, Padova, 1997, 957 s.; ROSSOTTO, ELESTICI, *I contratti di pubblicità*, Milano, 1995, 18 ss.

In altre parole, il quesito è: con il contratto il committente acquista definitivamente il diritto all'utilizzazione economica del materiale creativo ideato dall'agenzia? Oppure quest'ultima rimane titolare del diritto d'autore sulle creazioni poste in essere per la campagna?

La controversia si pone, quindi, sul momento dell'eventuale conflitto fra i contraenti. Infatti, la titolarità del diritto di utilizzazione (e, quindi, la liceità del suo esercizio) giocherà un ruolo fondamentale quando, dopo l'attuazione della campagna, l'utente avrà interesse a utilizzare nuovamente la creazione pubblicitaria (come se ne fosse il definitivo titolare) senza dover onorare i diritti d'autore dell'agenzia creatrice.

La giurisprudenza si è interessata della questione già alcuni decenni addietro⁴, riconoscendo, nelle ipotesi di lacuna del regolamento contrattuale relativamente alla titolarità delle creazioni inerenti la campagna, il diritto del committente alla diffusione pubblicitaria della creazione che già, dopo la prima campagna, sia divenuta strumento proprio della diffusione dei prodotti o dei servizi reclamizzati⁵.

Pertanto, anche la dottrina, in alcuni casi, ha ritenuto che la prestazione oggetto del contratto di agenzia pubblicitaria rechi con sé, quale elemento caratterizzante il tipo sociale, il trasferimento al committente dei diritti di utilizzazione, in quanto la causa del contratto non è diretta alla creazione come attuazione di un interesse artistico dell'agenzia, ma solo alla realizzazione di un servizio per l'utente⁶.

Tuttavia, il riferimento alla rilevanza di patti che riservino all'agenzia creatrice i diritti di utilizzazione è divenuto sempre più determinante nell'esame dei casi giurisprudenziali, sino a condurre la Suprema Corte all'affermazione della limitazione del trasferimento del diritto di utilizzazione in relazione all'oggetto e alle finalità del contratto⁷. E, indubbiamente, il riferimento ad una generale limitazione dei diritti di utilizzazione dell'utente in relazione all'oggetto e alle finalità dell'intero programma contrattuale consente al giudice un'indagine che, al di là di espressi patti di riserva della proprietà intellettuale della creazione, possa essere condotta in base alle regole generali dell'interpretazione dei contratti, avendo anche riguardo al comportamento delle parti successivo alla stipulazione del contratto e ai criteri di interpretazione oggettiva in favore del contraente debole.

L'autonomia contrattuale ha creato un tipo sociale che, al di là delle prestazioni principali e caratterizzanti (come lo stesso conferimento di incarico relativo all'organizzazione di campagna pubblicitaria)⁸, non si

⁴ Cass., 27 maggio 1957, n. 1946, in *Riv. dir. ind.*, 1957, II, 347; Cass., 16 luglio 1963, n. 1938, in *Foro it.*, 1963, I, 2291; Cass., 7 giugno 1982, n. 3439, in *Foro it.*, 1982, I, 1865.

⁵ In particolare, le sentenze meno recenti (Cass., 27 maggio 1957, n. 1946, cit.) sottolineano l'interesse del committente a «riprodurre e diffondere liberamente, in qualsiasi forma, il disegno stesso, poiché esso fa ormai parte del patrimonio della sua azienda come strumento proprio per la diffusione dei suoi prodotti, creato ap-

posta nell'esecuzione di un contratto d'opera».

⁶ DE SANCTIS, *Brevi osservazioni in tema di opera dell'ingegno creata su commissione*, in *Dir. autore*, 1987, 146.

⁷ Cass., 7 giugno 1982, n. 3439, cit.; Cass., 23 dicembre 1982, n. 7109.

⁸ Sulle prestazioni principali del contratto di pubblicità vedi, tra i più recenti, DONADI, *I contratti di agenzia pubblicitaria*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, II, Torino, 1995, 1977

esaurisce nello schema del mandato, sviluppando aspetti caratteristici dell'appalto di servizi, ricollegabili alla notevole autonomia organizzativa dell'agenzia pubblicitaria⁹. E proprio l'autonomia decisionale giustifica la possibilità che l'esecuzione dell'incarico possa rappresentare il momento per l'esecuzione di un'opera creativa. La sorte della titolarità dell'utilizzazione economica del diritto d'autore finirà così per dipendere dall'interpretazione del regolamento di interessi fra i contraenti.

In questo contesto si inserisce la motivazione del provvedimento riportato. Al di là del problema della limitazione temporale della campagna organizzata dalla ricorrente (oggetto del giudizio di merito), il riconoscimento dell'atipicità del contratto di agenzia consente di esulare dallo schematismo tipizzante adottato dai redattori degli usi della CCIAA di Bari¹⁰. La circostanza che i diritti di utilizzazione siano riservati all'autore solo nel c.d. contratto per la « creazione » di opere pubblicitarie non esclude che la creatività possa entrare nello schema contrattuale di agenzia pubblicitaria concretamente predisposto dalle parti.

I risultati degli studi in materia di atipicità conducono a ritenere che, nella qualificazione delle fattispecie contrattuali, tanto più se non immediatamente riconducibili ad un tipo disciplinato nel codice, la vicenda in concreto deve essere ricondotta non solo alla sussunzione nel tipo giudicato prevalente, ma va ricostruita attingendo a norme che, pur dettate per regolare contratti diversi rispetto al tipo prevalente, regolano conflitti nascenti da contratti tipici che mostrano affinità con la fattispecie riconducibile alla volontà concreta dei contraenti¹¹. Con riferimento al caso di specie, il giudizio circa la creatività della prestazione dell'agenzia pubblicitaria non avrebbe potuto essere condizionato dal tentativo di sottrarre al tipo sociale dell'agenzia pubblicitaria l'espressa commissione di opere creative.

3. LA « SCINDIBILITÀ » NELLA TUTELA DELL'OPERA D'ARTE APPLICATA ALL'INDUSTRIA (E ALLA PUBBLICITÀ).

La l. 22 aprile 1941 n. 633 lascia, sulla questione centrale della controversia, ampi margini di problematicità, in conseguenza dell'eterogeneità degli interessi tutelati.

ss.; ROSSOTTO, ELESTICI, *I contratti di pubblicità*, cit., 49 ss.; ZENO-ZENCOVICH, ASSUMMA, *Pubblicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991, 101 ss.; DA MOLO, *I contratti di pubblicità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 270 ss..

⁹ In questo senso, Cass., 16 marzo 1988, n. 2474, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 294 ss.

¹⁰ Gli usi della CCIAA di Bari possono essere letti nell'appendice di ROSSOTTO, ELESTICI, cit., 166 ss.. In essi, suddivisi in capi diversi per ogni tipologia contrattuale, il contratto di agenzia pubblicitaria è presentato come tipo diverso rispetto al contratto per la « creazione » di opere pubblicitarie. Solo in questo secondo « tipo », e

non anche nel contratto di agenzia, è fatto espresso riferimento alla proprietà intellettuale del materiale creativo e alla titolarità dell'autore per l'utilizzazione economica di esso.

¹¹ Ci si riferisce, in particolare, alla teoria del metodo tipologico, varata nel panorama dottrinale italiano da DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974. L'indubbia rilevanza del metodo tipologico è richiamata, tra gli altri e più di recente, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, Torino, 1993, 443 ss. e ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, del *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, 517 ss.

È sin troppo noto che i mezzi espressivi del pensiero, dell'arte e della creatività sono in continua e pressoché quotidiana evoluzione e, dall'entrata in vigore della normativa fondamentale di protezione del diritto d'autore, il comune sentire relativamente al « bello » e al « creativo » è profondamente mutato. Al di là delle tradizionali espressioni artistiche (arti figurative, scultura, letteratura, cinematografia), la produzione industriale non è sufficiente da sola a rappresentare i momenti dell'espressione umana che utilizzano la creatività, l'ingegnosità, l'originalità per la realizzazione di interessi di mercato.

Proprio il campo della pubblicità, invero, testimonia l'emersione di nuove forme di espressione della creatività che, entrando ogni giorno nella nostra percezione sensoriale e intellettuale, contribuiscono a creare la cultura vivente. Dottrina e giurisprudenza, del resto, hanno spesso riconosciuto l'attitudine della pubblicità a rappresentare l'ambiente creativo idoneo alla produzione di opere tutelabili dal diritto d'autore. Così, all'affermazione giurisprudenziale che fa dipendere la tutela del diritto d'autore dall'indagine sui caratteri di originalità e creatività dell'opera pubblicitaria¹², è seguita la riflessione dottrinale che ha riconosciuto ad essa il valore di opera dell'ingegno quando la creatività che essa esprime sia esternata in forma artistica¹³.

A queste caratteristiche — giudizio di creatività ed esternazione in forma artistica — la motivazione del provvedimento riportato aggiunge l'ulteriore requisito della « scindibilità » del valore creativo dell'opera dal prodotto pubblicitario nella sua materialità, mutuando tale criterio dalla disciplina dell'art. 2, n. 4, l. 633/41, relativamente alla tutela del diritto d'autore per le opere d'arte applicate all'industria.

Quest'ultimo requisito, indicato dal legislatore per distinguere le opere d'arte applicate all'industria, tutelabili alla stregua della disciplina sul diritto d'autore, dai modelli ornamentali¹⁴, ha dato luogo ad interpretazioni giurisprudenziali che possono dirsi ormai consolidate (alle quali fa riferimento anche la decisione riportata). In particolare, la distinzione tra espressioni creative bidimensionali e tridimensionali¹⁵ ha reso possi-

¹² In questo senso, la decisione Cass., 23 gennaio 1969, n. 175, in *Dir. autore*, 1969, 215 ss., può essere considerata un *leading case*, in quanto con la sua affermazione (il risultato della attività pubblicitaria è, quindi, protetto dal diritto di autore e fa nascere in capo all'autore dell'opera quel complesso di facoltà esclusive di ordine personale e patrimoniale, per quella parte di essa che può assumere concretizzazione esteriore quando abbia i caratteri, pur in minima misura, di originalità e creatività) ha riconosciuto l'ascrivibilità delle creazioni pubblicitarie tra le forme artistiche di cui all'art. 1, l. 633/41. Una conferma in App. Milano, 2 ottobre 1981, in *Dir. autore*, 1983, 204.

¹³ In questo senso SORDELLI, *Pubblicità (disciplina della)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 12 s.; FABLANI, *L'opera pubblicitaria nel diritto d'autore*, cit., 235

ss.; ID., *Idea pubblicitaria e requisiti di protezione dell'opera dell'ingegno e dei progetti di ingegneria*, in *Dir. autore*, 1983, 204 s.; DONADI, *I contratti di agenzia pubblicitaria*, cit., 1995 ss.

¹⁴ Sulla distinzione concettuale e di disciplina riservata dal nostro ordinamento a modelli ornamentali e arte applicata, DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, cit., 405; SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, IX, 3, 3^a ed., Milano, 1990, 568 ss.

¹⁵ Sul diverso atteggiarsi della tutela del diritto d'autore in relazione alla bidimensionalità o tridimensionalità dell'opera, in giurisprudenza sono esemplari e costantemente richiamate Cass., 5 luglio 1990, n. 7077, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 47 ss. e *Corriere giur.*, 1990, 931 ss. (che associa, nel giudizio di applicazione del drit-

bile agli interpreti il riferimento ad un criterio sufficientemente preciso di scorporabilità dell'idea creativa, in modo da ottenere una sorta di *discrimen* riferibile alla materialità del prodotto industriale che racchiude e supporta l'idea stessa.

Se la dissociabilità della forma artistica dal prodotto industriale poteva essere intesa in senso tanto materiale quanto concettuale¹⁶, il criterio che si fonda sulle dimensioni spaziali del prodotto rende oggettivo il giudizio di scindibilità, rendendo possibile individuare solo nelle opere bidimensionali la scorporabilità dell'idea creativa dal supporto materiale, in quanto solo in questo caso il valore creativo dell'idea ha la capacità di continuare a materializzarsi anche su altri prodotti. Ma, soprattutto, il criterio della scindibilità bidimensionale è funzionale alla distinzione giuridica fra opere d'arte e modelli ornamentali¹⁷.

La decisione riportata associa la disciplina dell'applicabilità della tutela del diritto d'autore per l'*industrial design* alle creazioni pubblicitarie. Come può essere giuridicamente giustificata l'esigenza di rendere oggettivo il giudizio di rilevanza artistica dell'opera pubblicitaria, associando la valutazione circa la sua originalità e creatività alla condizione di separabilità rispetto al prodotto?

La motivazione si riferisce ad ipotesi di grafica pubblicitaria nelle quali il messaggio, che tiene il posto, ragionando in termini di analogia, del prodotto industriale, sia intimamente legato alle trovate pubblicitarie, tanto da non poterne essere dissociato senza che queste perdano il loro pregio creativo.

A ben guardare, allora, il giudizio di scindibilità non si pone in termini sostanzialmente diversi dall'analisi dell'originalità e della rilevanza arti-

to d'autore, il criterio della bidimensionalità alla verifica di creatività) e Cass., 7 dicembre 1994, n. 10516, in *Foro it.*, 1995, I, 810 ss., con nota di BORRELLI, (che esclude la tutela del diritto d'autore alle opere tridimensionali). In dottrina, CARBONE, *Industrial design e diritto d'autore*, in *Corriere giur.*, 1990, 933 ss.; RICOLFI, *Il criterio della scindibilità e l'opera «bidimensionale» dell'arte applicata all'industria*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 47 ss.

¹⁶ La nozione di separabilità di cui all'art. 2, n. 4, l. 633/41 è intesa da alcuni in senso materiale, come scindibilità della forma artistica dal prodotto (GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1974, 142), da altri in senso ideale, come idoneità astratta della creazione ad essere fruita separatamente dal prodotto (ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, cit., 448; BENUSSI, *La tutela del disegno industriale*, Milano, 1975, 143; ID., *Disegno industriale*, in *Digesto disc. priv.*, sez. comm., V, Torino, 1990, 31; MANGINI, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei modelli ornamentali*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja e G. Branca,

artt. 2592-2594, 3^a ed., Bologna-Roma, 1987, 172 s.

¹⁷ È l'affermazione di CARBONE, *op. cit.*, 935, che osserva come «i modelli tridimensionali, che incidono proprio sulla forma del prodotto industriale, portano all'esclusione di ogni ipotesi di protezione del diritto d'autore, in quanto qualunque oggetto, nel suo apparire tridimensionale, difficilmente può consentire la tutela di un'opera d'arte. L'autore, infatti, è vincolato alla forma che è funzione del prodotto industriale o artigianale, per cui il modello estetico è inscindibile dall'oggetto industriale per mancanza di libertà creativa». L'applicazione giurisprudenziale di quest'opinione è ben rappresentata da Pret. Alba, 9 gennaio 1992, in *Dir. autore*, 1992, 291 ss. (che ha distinto tra opera d'arte applicata e modello ornamentale in funzione della scindibilità), con nota di FABIANI, *Opera d'arte applicata e modello o disegno ornamentale*, ivi., 295 ss., e Trib. Belluno, 3 ottobre 1997, in *Dir. ind.*, 1998, 83 s. (che ha escluso la tutela del diritto d'autore alle famose statuine di Lene Thun in quanto, appunto, tridimensionali).

stica della creazione ma, anzi, la integra, costituendo l'indice decisivo della sua concreta verifica. Se è vero che non tutto ciò che sia esteticamente gradevole possa (e debba) essere qualificato come artistico, è pur vero che un forte indizio di artisticità sia rinvenibile proprio nella capacità dell'opera di divenire identificabile in senso artistico per sé stessa, di entrare autonomamente nel comune sentire come momento di identificazione culturale.

Il trattamento riservato al giudizio di creatività della pubblicità si avvicina, in buona sostanza, a quello normativo che utilizza il criterio della scindibilità per distinguere fra arte applicata all'industria e modello ornamentale, tanto intimamente legato al prodotto da non poter essere fruito autonomamente quale creazione artistica.

Eppure, non la sola scindibilità materiale (nel senso della bidimensionalità) può deporre in favore dell'artisticità del prodotto. L'indagine sulla sua godibilità estetica e percettibilità culturale non può essere esclusa dal processo valutativo circa l'applicabilità della tutela del diritto d'autore, perché proprio le manifestazioni artistiche tale normativa intende proteggere.

Fra le tante decisioni giurisprudenziali in materia di diritto d'autore¹⁸, se ne riscontra una — si trattava dell'applicazione pubblicitaria della raffigurazione di Tex Willer — ove si afferma che l'uso pubblicitario di un personaggio dei fumetti, dotato di proprie ben definite e riconoscibili caratteristiche tipiche, integra la violazione del diritto di sfruttamento economico spettante all'autore¹⁹. Il personaggio disegnato, nato quale autonoma forma espressiva, conserva la sua artisticità, e tale originalità rivendica, anche se applicato alla pubblicità. La giurisprudenza, valutata la rilevanza artistica della creazione, ha così applicato la tutela del diritto d'autore allo sfruttamento pubblicitario che ne è stato illecitamente fatto.

Per tornare alla vicenda in esame, il giudizio compiuto sulla creatività dell'omino-ponte rappresenta esattamente il processo valutativo inverso rispetto a quello condotto nel caso di Tex Willer. Un'idea creativa ed originale non perde tali caratteri per il fatto di essere stata concepita nella preparazione di una campagna pubblicitaria e, al contrario, finita la campagna, potrebbe essa stessa divenire personaggio di animazione e continuare a vivere di vita propria perché ne ha tutte le potenzialità.

L'applicazione alle creazioni pubblicitarie delle norme relative alla scindibilità si configura, allora, quale traduzione in termini giuridici del procedimento interpretativo selezionato dal legislatore del '41 per individuare la differenza tra arte applicata al prodotto e modello indu-

¹⁸ La produzione giurisprudenziale citata alle precedenti note è stata volutamente limitata alla più rappresentativa. Un'ampia rassegna può essere letta in CARBONE, *cit.*, 935 ss.; RICOLEFI, *cit.*, 48 ss.; BORRELLI, *cit.*, 811 ss.; COPPI, *Da Como la conferma della dottrina Naj Oleari*, in *Dir. ind.*, 1996, 966 ss.

¹⁹ App. Milano, 21 febbraio 1992, in

Dir. autore, 1993, 265 ss.: « tale raffigurazione racchiude un'idea espressiva che, in questo particolare tipo di letteratura, trova proprio nel disegno la sua particolare valenza, talché non può essere consentito ad altri di appropriarsi del frutto dello studio e dell'ideazione grafica di chi quel personaggio ha creato ».

striale. Lo stesso criterio di scindibilità, rende possibile la distinzione fra l'opera pubblicitaria astrattamente idonea ad essere riconosciuta quale creazione artistica e il mero messaggio pubblicitario.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

L'idea creativa dell'omino-ponte è stata espressa attraverso un disegno ed ha ricevuto il riconoscimento delle sue potenzialità artistiche in ragione della sua originalità e bidimensionalità. Se quest'ultima lo ha salvato, in un certo senso, ci si può domandare, tuttavia, quale sarebbe stato il trattamento riservato a Tex Willer²⁰ se il suo ideatore lo avesse interpretato non in un disegno, bensì in un pupazzo animato o in una statuetta. La sua originalità sarebbe rimasta, forse, senza riconoscimento, così come è accaduto per Topo Gigio²¹ e per gli angeli di Lene Thun²².

Il criterio della scindibilità, selezionato per fungere da filtro all'indiscriminato riconoscimento della tutela del diritto d'autore anche a modelli di chiara ispirazione industriale e commerciale, nella sua specificazione giurisprudenziale di scindibilità materiale bidimensionale raggiunge livelli di selezione fortemente sospetti. L'esame della casistica spinge a questa riflessione: davvero la *chaise longue* di Le Corbusier²³ non può ricevere la stessa tutela giuridica del disegno divisionista del tessuto Naj Oleari?²⁴

Si noti poi che il criterio della scindibilità è stato recentemente oggetto di commento nell'ambito di studi comunitari per la proposta di un regolamento europeo sul *design*²⁵ e anche in quella sede si è rilevato come la scindibilità non sempre sia foriera di un giudizio realmente rispettoso della creatività e originalità del lavoro del *designer*.

Se può essere vero che il legislatore non poteva prevedere e, quindi, disciplinare *a priori* i diversi stadi dell'evoluzione tecnologica dei fenomeni artistici, ipotizzando gli effetti dei consumi di massa che hanno condotto la produzione commerciale ed il suo *marketing* ad un sempre più

²⁰ Ci si riferisce alla sentenza App. Milano, 21 febbraio 1992, cit., 265 ss.

²¹ App. Venezia, 24 agosto 1966, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, 384, non ha riconosciuto al famoso pupazzo televisivo i requisiti di tutelabilità dell'opera dell'ingegno.

²² Trib. Belluno, 3 ottobre 1997, cit., 83 s., che ha escluso la tutela del diritto d'autore alle famose (e oggettivamente belle) statuine d'angeli di Lene Thun in quanto, appunto, tridimensionali, a fronte della loro riproduzione grafica in una campagna pubblicitaria.

²³ Cass., 7 dicembre 1994, n. 10516, in *Foro it.*, cit., 810 ss.

²⁴ Cass., 5 luglio 1990, n. 7077, in *Corriere giur.*, cit., 931 ss.

²⁵ Il commento ufficiale alla proposta di regolamento, riferito da FRANZOSI, *Riforma e controriforma in materia di design*, in

Dir. ind., 1998, 87 ss., si è espresso in questi termini: « In Italy the copyright law subordinates protection to the condition of "scindibilità" (possibility of separating the work of applied art from the product in which the work is embodied). The interpretation given by the case law to this notion has led to the impossibility for modern industrial design to benefit in Italy from copyright protection, even for the most prestigious and authoritative creations by contemporary artists, whilst protection can be recognised to two dimensional ornamental designs even with a very low originality level. The Commission considers appropriate and its felling is indeed supported by the very strong request in this sense expressed by the interested circles, that such a provision should be abolished without waiting the future harmonization ».

elevato grado di raffinatezza di ideazione e realizzazione, è altrettanto indiscutibile che per la sua acquisita centralità — vien fatto di pensare all'introduzione della tutela del *software* con la novella del 1992 — anche la materia del *design* meriterebbe un'attenta considerazione dal punto di vista legislativo.

ROSANNA DE MEO