

ANCORA SULLA TUTELA DELLA CREATIVITA'

Fiammetta Malagoli

L'opera dell'ingegno, che rientri tra quelle espressamente e tassativamente elencate dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, meglio conosciuta come Legge sul diritto d'autore (si tratta delle opere che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro, alla cinematografia, i programmi per elaboratore, le banche dati, le opere del disegno industriale aventi carattere creativo e valore artistico), riceve una tutela amplissima.

Innanzitutto, l'autore ha il "diritto esclusivo" di pubblicare l'opera, escludendo pertanto chiunque altro dalla facoltà di pubblicarla senza il suo consenso. Egli, inoltre, ha il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera, in ogni forma, sia essa originale o derivata.

Accanto ai diritti di carattere patrimoniale, l'autore gode del cosiddetto diritto morale, che gli permette di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o modifica della sua opera, oltre, ovviamente, al diritto di vedersi riconosciuta la paternità dell'opera stessa.

Per essere protette ai sensi della legge sul diritto d'autore, le opere dell'ingegno, oltre ad appartenere alle categorie sopra indicate, devono avere carattere creativo.

La creatività pubblicitaria (a torto) non è ricompresa nel novero delle opere protette.

A torto, si diceva: infatti il messaggio pubblicitario si può certamente considerare un'opera dell'ingegno di carattere creativo, e sotto tale profilo rientrerebbe nella normativa, ma tale opera dell'ingegno di carattere creativo non è indicata tra le categorie di opere alle quali la protezione si estende, che sono enumerate negli articoli 1 e 2 della L. 633/1941. Questa è la ragione per la quale essa è esclusa dalla fortissima tutela del diritto d'autore.

Un semplice esame delle opere protette, ci fa capire come il messaggio pubblicitario possieda alcuni aspetti che, a ben vedere, potrebbero rientrare nell'ambito di protezione della legge: i *jingles*, ad esempio, quando sono originali e creativi, potrebbero appartenere al gruppo delle opere musicali; la parte grafica potrebbe rientrare tra le opere della pittura, del disegno, delle arti figurative simili; le immagini fotografiche potrebbero, sempre in presenza dei necessari requisiti di originalità e creatività, essere considerate opere fotografiche o, quanto meno fotografie (alle quali la legge riconosce una tutela meno rafforzata, ma pur sempre presente).

L'insieme del messaggio pubblicitario, quando non è uno spot (che allora potrebbe trovare la propria collocazione tra le opere dell'arte cinematografica), potrebbe essere identificato come un'opera collettiva, un'opera, cioè, costituita dalla riunione di opere o di parti di opere, che hanno carattere di creazione autonoma.

Le opere collettive, però, sono protette dalla legge quando la scelta o il coordinamento delle varie parti ha un fine "letterario, scientifico, didattico, religioso, politico o artistico", ma non viene contemplato lo scopo "pubblicitario", cioè l'operazione finalizzata alla promozione della vendita dei prodotti e dei servizi.

Il grosso problema, quindi, non è quello di trovare, nel messaggio pubblicitario, un'aspetto di carattere creativo, che generalmente gli appartiene, ma una sua collocazione tra le opere protette.

Poiché un'interpretazione analogica della legge sul diritto d'autore non è, per giurisprudenza consolidata, consentita, per poter vedere estesa anche alla creatività pubblicitaria la tutela del diritto d'autore, non resta che una modifica legislativa. In fin dei conti, la legge del 1941 è stata numerosissime volte modificata ed estesa (si pensi all'inserimento dei programmi per elaboratore, delle banche dati, delle opere del disegno industriale avvenuti rispettivamente nel 1992, nel 1999 e nel 2001, così come alle numerose modifiche a protezione dalla pirateria, dalla duplicazione non consentita, ecc.). E ciò non appare strano, se si tiene in considerazione che si tratta di una legge che ha compiuto già sessanta anni di età, in un mondo che è radicalmente mutato dagli anni '40 al Duemila.

Certamente è grave che il legislatore non abbia esteso anche alla creatività pubblicitaria la protezione del diritto d' autore. Questo può essere stato determinato da due diversi elementi: dallo scarso peso che le leggi hanno sempre riservato al comparto o dalla voce troppo flebile dei suoi operatori.

Il primo punto parrebbe oggi piuttosto superato: il nostro legislatore ha iniziato a legiferare in materia di pubblicità tardi, nel 1992, quando, in grave ritardo, con il D.Lgs n. 74/92 ha recepito la direttiva comunitaria sulla pubblicità ingannevole (direttiva 1984/450), ma, da allora, ha proseguito nei più vari settori: dall' estensione delle competenze dell' autorità antitrust alle materie della pubblicità ingannevole e comparativa, alle molteplici norme in materia di etichettatura degli alimenti, solo per fare due tra i più macroscopici esempi, dando così dimostrazione che la pubblicità commerciale è uno degli ambiti da regolamentare, in relazione alla sua importanza economica e sociale.

Per altro, ormai nessuno più condivide l' assunto di identificare la pubblicità come un costo, ma la individua come un investimento, che, in maggiore o minore misura deve essere affrontato per incrementare la diffusione del bene o del servizio prodotto.

Se il legislatore, allora, si è mosso, non lasciando più solo alla competenza autodisciplinare la materia, allora si può ipotizzare che la mancata estensione della normativa del diritto d' autore alla creatività pubblicitaria dipenda dal silenzio del comparto, dalla sua mancanza di pressione, dall' assenza di richieste in proposito.

Bisogna, allora, forse, domandarsi del perché di questo silenzio.

La ragione principale si può ravvisare nel fatto che molti, erroneamente, ritenono che la creatività pubblicitaria sia in effetti tutelata dalla legge e, quindi, non si rendono conto della necessità che, invece, il legislatore riempi una lacuna.

La gravità di tale vuoto si può appieno soppesare se si pensa ai casi in cui il cliente si appropria della campagna e la diffonde, al di là degli ambiti contrattualmente previsti, o la modifica, senza interpellare l' agenzia che l' ha ideata, o ai casi di imitazione pubblicitaria (gravi, soprattutto, quando una delle parti non riconosce il Codice di autodisciplina pubblicitaria e non si può, quindi, invocare la tutela del suo art. 13).

Anche sotto il profilo morale di vedersi riconosciuti come gli autori del messaggio pubblicitario si realizzano talvolta degli abusi, sia nel caso in cui il committente pretenda che l' annuncio non sia firmato dall' agenzia, sia nel caso in cui un' agenzia concorrente si appropri del messaggio, siglandolo con il proprio nome.

Se la creatività pubblicitaria fosse ricompresa nel novero delle opere protette dalla legge sul diritto d' autore, tutte queste vicende troverebbero la loro naturale soluzione davanti ad un giudice togato, che non farebbe che applicare la legge.

Oggi, in assenza di una precisa disposizione normativa, una causa intentata contro il cliente malfidato o contro il concorrente disonesto è una causa in salita, nella quale lo scoglio principale è costituito dal fornire prova che il messaggio pubblicitario è un' opera creativa e che la sua utilizzazione è indebita, ai sensi del principio stabilito dall' art. 2045 del codice civile (*neminem laedere*) o delle norme sulla concorrenza sleale (art. 2598 cod. civ.), qualora ne sussistano i presupposti.

Secondo la normativa attualmente vigente, poi, è praticamente intutelabile il progetto pubblicitario, che, proprio per essere un progetto, quindi non ancora tradotto in un' opera concreta, non è neppure ipoteticamente collocabile in una delle categorie di opere protette dalla normativa sul diritto d' autore. Tale normativa, infatti, protegge, al più, l' estrinsecazione del progetto in un' opera, ma non la sola idea, fin tanto che essa rimane tale, cioè astratta e non tradotta in concreto.

La situazione è di grande interesse, in particolare adesso. Di recente, infatti, il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legislativo che riordina le norme sulla proprietà intellettuale, il c.d. Codice dei diritti di proprietà industriale. La Commissione attività produttive della Camera ha auspicato che si pervenga al più presto al completamento della disciplina in materia di proprietà industriale ed intellettuale, includendo nel nuovo Codice anche la materia del diritto d' autore.

Indubbiamente l' auspicio della Commissione è condivisibile, in modo che tutte le opere dell' intelletto vengano ricomprese in un testo unico, che unitariamente le regoli. Sarebbe davvero interessante che la materia del diritto d' autore, al momento di venire inclusa nel nuovo Codice, potesse annoverare tra le opere tutelate anche quelle che fanno capo alla creatività pubblicitaria.

BOX NORMATIVO:

Legge 22 aprile 1941, n. 633 – Protezione del diritto d' autore e di altri diritti connessi al suo esercizio

Art. 13 Codice di autodisciplina pubblicitaria

Art. 2043 cod. civ. – Risarcimento per fatto illecito

Art. 2598 cod. civ. – Atti di concorrenza sleale