

MICHELE RAFFI

LA TUTELA GIURIDICA  
DELL'IDEA PUBBLICITARIA

Elemento di profonda e marcata differenziazione tra l'ordinamento statale e ordinamento autodisciplinare è rappresentato dalla differente disciplina repressiva delle ipotesi di imitazione pubblicitaria illecita.

L'ordinamento giuridico statale non tutela, infatti, l'idea pubblicitaria come tale, non ritenendola sussumibile nell'alveo di protezione di cui agli articoli 1 e 2 della legge n. 633 del 22 aprile 1941 (legge sul diritto d'autore)<sup>1</sup>. La protezione dell'idea pubblicitaria, pertanto, può attuarsi in via indiretta, solo allorché ricorrano i presupposti applicativi dell'art. 2598 c.c.. In altri termini, la normativa statale sanziona l'imitazione pubblicitaria servile mediante l'applicazione della disciplina della concorrenza sleale, qualora tale pratica concerna prodotti concorrenti e sia idonea a creare confusione sul mercato fra le imprese, le rispettive attività e i relativi prodotti reclamizzati.

In conformità all'orientamento giurisprudenziale prevalente, infatti, l'imitazione pubblicitaria assume rilievo, nei termini sopra esposti, se è suscettibile di ingenerare pericolo di confusione con i concorrenti o con i loro prodotti.

A tal proposito, la giurisprudenza dominante appare concorde nel ricondurre tale fattispecie al disposto del n. 1 dell'art. 2598 c.c..

Più segnatamente, la Corte di Cassazione, in una sua celebre massima, ha chiarito che quando una pubblicità, costituita da certe immagini, da certi "slogans", da certe associazioni di idee o connotata da un particolare modo di presentare i pregi di un prodotto, identifica immediatamente ed unicamente il prodotto di una determinata impresa, costituisce atto di concorrenza sleale l'uso da parte di terzi della medesima pubblicità per reclamizzare un prodotto concorrente diverso, in quanto ciò potrebbe ingenerare confusione nel pubblico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Trib. Milano 1 marzo 1979, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1979, p. 1171; Trib. Milano 5 maggio 1994, in *Il diritto industriale*, 1995, p. 289.

<sup>2</sup> Cfr. Cass. 28 maggio 1980 n. 3501, in *Rep. Foro It.*, 1980, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 203, p. 518; in senso conforme vedi anche Trib. Milano 19 settembre 1985, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1985, p. 1948; Trib. Bergamo 12 settembre 1985 in

Tale impostazione, però, postula un rapporto di concorrenzialità tra imprese e la confondibilità tra i prodotti o servizi delle stesse, in guisa da trarre in inganno la clientela sull'identità della fonte produttiva. Tuttavia, come è noto, detti presupposti non si rinvergono comunemente nella sfera della pubblicità, posto che non sempre sussiste un rapporto di concorrenzialità tra l'ideatore della réclame e l'impresa produttrice dei prodotti reclamizzati, così come una medesima idea pubblicitaria potrebbe essere utilizzata per promuovere commercialmente beni "non concorrenti", cioè non destinati ad una medesima fascia di clientela o al soddisfacimento di identici bisogni dei consumatori.

Evidenti, pertanto, risultano i limiti che si frappongono ad un'efficace tutela nei confronti delle imitazioni pubblicitarie servili. La Corte di Cassazione ha escluso, infatti, la sussistenza di un atto di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 1 c.c., allorché all'identità dello slogan pubblicitario si contrappone una marcata differenza nei caratteri tipografici, che ne connotano la rappresentazione esteriore, e nelle modalità di diffusione dello stesso, tali da escludere la possibilità di confusione dei prodotti pubblicizzati<sup>3</sup>.

Del resto, anche nella giurisprudenza di merito, si sottolinea l'irrelevanza, ai fini della tutela contro l'imitazione servile, del contenuto artistico e creativo dell'idea pubblicitaria.

È sufficiente, all'uopo, per escludere tale tutela, che il messaggio pubblicitario nel suo insieme (pratico, lessicale, sonoro), si distacchi dalla banale descrizione del prodotto o del servizio offerto, così da essere idoneo a richiamare nel pubblico, con immediatezza di percezione visiva od uditiva, e con reazione a livello inconscio, l'idea di quella determinata impresa che nel messaggio pubblicitario viene quasi ad identificarsi<sup>4</sup>.

In applicazione di tali principi, una campagna pubblicitaria può essere attuata in spregio all'art. 2598 n. 1 c.c., nella misura in cui può indurre in inganno il pubblico dei consumatori circa l'esatta provenienza dei prodotti o dei servizi reclamizzati.

Per contro, si registra anche un filone giurisprudenziale ormai risalente e minoritario, tendente a reprimere l'imitazione pubblicitaria me-

---

*Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1985, p. 1944; App. Torino 23 ottobre 1984, *ibidem*, 1984, p. 1801.

<sup>3</sup> Cfr. Cass. n. 1842 del 1971.

<sup>4</sup> Cfr. App. Torino 23 ottobre 1984, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1984, p. 687.

dianche l'applicazione dell'art. 2598 n. 3 c.c., se attuata con mezzi non conformi alla correttezza professionale<sup>5</sup>.

Secondo l'impostazione preferibile seguita dalla più recente giurisprudenza di merito, al riguardo, è da escludersi, invece, l'applicabilità dell'art. 2598 n. 3 cod. civ., al fine di sanzionare l'imitazione pubblicitaria servile intesa come indebita appropriazione di un lavoro altrui. Il preteso principio, che vieterebbe genericamente tale condotta, pecca, infatti, quanto meno di indeterminatezza. Nella sua completa formulazione esso manifesta solo una generica e vaga esigenza di ordine etico. In mancanza di un puntuale e preciso riscontro nell'ambito dell'ordinamento positivo, tale esigenza non può certo essere elevata a principio giuridico generale, posto che l'ordinamento attribuisce una specifica ed espressa tutela al lavoro altrui, solo in quanto detto lavoro dia luogo ad una privativa industriale. In altri termini, è prevista una tutela espressa soltanto quando il risultato del lavoro, per la presenza dei requisiti richiesti *ex lege*, è riconducibile al sistema delle privative industriali, che attribuiscono diritti di utilizzazione esclusiva. Pertanto, al di fuori degli ambiti delimitati dalla privativa stessa, si deve considerare vigente il regime generale che prevede anche la libertà di appropriarsi dei risultati del lavoro altrui<sup>6</sup>.

Né è possibile ricondurre l'idea pubblicitaria al campo delle invenzioni industriali brevettabili, talché la giurisprudenza di merito aveva correttamente escluso l'applicabilità del R.D. 29 giugno 1939 n. 1127 e successive modifiche, nonché degli articoli da 2584 a 2591 del codice civile all'idea pubblicitaria. Ciò sul presupposto che, in materia di brevetti per invenzioni industriali, rilevano, ai fini del rilascio del brevetto, unicamente le creazioni intellettuali oggetto di attuazione e non di specifica destinazione rappresentativa, di guisa che la tutela giuridica è circoscritta ad entità che siano suscettibili di sfruttamento industriale, cioè atte a fornire un apporto al patrimonio dei mezzi tecnici utilizzabili nell'attività di produzione dei beni e dei servizi<sup>7</sup>. Né la recente entrata in vigore del codice della proprietà industriale (D.Lgs. 10-02-2005 n. 30) ha alterato i termini della questione. L'art. 45 2° comma lettera b) del codice della proprietà industriale, infatti, esclude

<sup>5</sup> Cfr. Trib. Catania 15 aprile 1980, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1980, p. 1302; Trib. Monza 14 ottobre 1974, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1974, p. 631.

<sup>6</sup> Cfr. Pretura di Conegliano 22 maggio 1991, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1991, p. 2670.

<sup>7</sup> Cfr. Trib. Milano 1 marzo 1979, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1979, p. 1172.

espressamente la brevettabilità come invenzioni industriali dei piani, principi e metodi per attività intellettuali, per gioco o per attività commerciale e i programmi di elaboratore.

Sotto altro profilo, è d'uopo evidenziare che l'ordinamento statale non postula come oggetto della tutela l'idea pubblicitaria in sé considerata, ma, in ipotesi, consente l'estensione della disciplina del diritto d'autore ad essa con specifico riguardo alla forma esteriore, all'espressione formale e alla peculiare realizzazione dell'idea creativa originale<sup>8</sup>.

Pertinente appare, al riguardo, il richiamo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, tendente a distinguere l'idea pubblicitaria in sé, non proteggibile giuridicamente e da chiunque utilizzabile, e l'opera caratterizzata dalla rappresentazione dell'idea stessa nel suo contenuto e come tale oggetto di tutela. Più segnatamente, per "forma o destinazione rappresentativa" dell'opera tutelabile ai sensi della normativa sul diritto d'autore, si intende la sua attitudine ad esprimere e comunicare a terzi quell'insieme di contenuti interiori, fantastici, drammatici ed anche meramente conoscitivi dell'autore, che legittimano la protezione giuridica della sua opera<sup>9</sup>. Talché, pur non avendo l'elencazione delle opere protette dal diritto d'autore, contenuta nell'art. 2575 c.c. e nell'art. 2 della legge 22 aprile 1941 n. 633, carattere tassativo, ma semplicemente esemplificativo<sup>10</sup>, l'idea pubblicitaria non rileva, sia sotto il profilo contenutistico, sia sotto il profilo teleologico, ai fini dell'inquadramento sistematico nelle categorie delle opere protette. A tali fini, infatti, rileva non l'idea come tale, ma l'opera in cui essa si materializza e la estrinsecazione della stessa in una forma o rappresentazione esterna riconducibile ad una delle categorie protette dalla normativa sul diritto d'autore. Sulla base di tali argomentazioni, la giurisprudenza ha, dunque, ritenuto non tutelabili le idee prive di una forma espressiva adeguata<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Trib. Roma 5 luglio 1994 in *Il Diritto industriale*, 1995, p. 290. Secondo la Corte di Cassazione, il risultato dell'attività pubblicitaria è tutelato dal diritto d'autore limitatamente a quella parte di essa che può assumere concretizzazione esteriore, quando abbia i caratteri, pur in minima misura, di originalità e di creatività (Cfr. Cass. 23 gennaio 1969 n. 175, in *Il diritto industriale*, 1969, p. 215).

<sup>9</sup> Cfr. Trib. Milano 1 marzo 1979, *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1979, p. 1172; App. Milano 2 ottobre 1981, in *Dir. Aut.* 1983, p. 204.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. 19 luglio 1990 n. 7397; Cass. 2 dicembre 1993 n. 11953.

<sup>11</sup> Cfr. App. Torino 8 aprile 1960, in *Dir. Aut.* 1960, p. 443, in tema di un'idea non elaborata di spettacolo televisivo; Trib. Milano 27 giugno 1968 in *Dir. Aut.* 1969, p. 251, che non ha ravvisato i presupposti applicativi della legge sul diritto d'autore in relazione all'idea di un gioco enigmistico.

Ne consegue che l'idea pubblicitaria viene in considerazione, ai fini della nostra indagine, non per l'esaltazione dei pregi dei prodotti reclamizzati, ma in ragione dell'adeguato sviluppo formale dell'idea stessa, di guisa che quest'ultima, in quanto tale, potrà essere utilizzata da chiunque liberamente.

Ulteriore terreno di analisi è, inoltre, offerto dall'inquadramento della problematica nell'ambito dell'Autodisciplina pubblicitaria, che altro non è che un codice di autoregolamentazione della pubblicità, atto a disciplinare fenomeni ed istituti che abbiano assunto rilevanza in ambito pubblicitario.

A mente dell'art. 13 del codice di autodisciplina pubblicitaria, infatti, "deve essere evitata qualsiasi imitazione pubblicitaria servile, anche se relativa a prodotti non concorrenti, specie se idonea a creare confusione con altra pubblicità". Dal punto di vista ermeneutico, si arguisce *de plano* che tale disposizione non si limita a vietare l'imitazione pubblicitaria per i riflessi di confondibilità che essa produce nel mercato, ma vieta l'imitazione pubblicitaria, anche a prescindere del tutto da qualsiasi effetto confusorio. Ne consegue, come corollario, che nell'ordinamento autodisciplinare, l'ideazione pubblicitaria è protetta come creazione intellettuale per sé stessa considerata<sup>12</sup>.

Il Giurì di Autodisciplina pubblicitaria<sup>13</sup> ha ulteriormente chiarito che il divieto di imitazione non è una regola di lealtà concorrenziale, ma strumento di protezione dell'opera dell'ingegno pubblicitario<sup>14</sup>. Il divieto di imitazione pubblicitaria ex art. 13, comma 1, c.a. opera solo allorché la pubblicità imitata persista nel ricordo dei consumatori come veicolo promozionale dei prodotti reclamizzati per primi. Ciò presuppone che il pubblico, destinatario della pubblicità e potenziale soggetto passivo dell'inganno, sia effettivamente a conoscenza degli elementi caratterizzanti il messaggio pubblicitario.

La prioritaria pubblicazione del messaggio pubblicitario che si as-

---

<sup>12</sup> Cfr. Giurì di Autodisciplina pubblicitaria 25 giugno 1991, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1992, p. 50.

<sup>13</sup> Giurì di Autodisciplina pubblicitaria: organo arbitrale istituito sulla base di un accordo tra gli operatori del settore pubblicitario, che è deputato tra l'altro a decidere in merito alla conformità o meno del messaggio reclamistico alle norme del codice di autodisciplina. Quest'ultimo è un codice deontologico avente natura negoziale e sottoscritto da tutte le associazioni ed enti che costituiscono l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (IAP).

<sup>14</sup> Cfr. Giurì di Autodisciplina pubblicitaria 20 ottobre 1992, pronuncia 115/92, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1993, p. 159.

sume imitato deve, quindi, consentire un'adeguata conoscenza dello stesso da parte del pubblico dei consumatori cui è indirizzato<sup>15</sup>, di guisa che essi ne conservino il ricordo come mezzo di promozione dei prodotti pubblicizzati per primi dal punto di vista cronologico. Diversamente opinando, il divieto sancito dall'art. 13 del codice di Autodisciplina pubblicitaria assumerebbe una connotazione di totale gratuità, in contrasto con l'esigenza di applicare restrittivamente qualsiasi vincolo che ostacoli la libera esplicazione della concorrenza e il dinamismo del mercato concorrenziale<sup>16</sup>.

Come ha ulteriormente chiarito il Giurì di Autodisciplina pubblicitaria, in una sua esemplare decisione, la priorità si valuta diversamente a seconda che la campagna pubblicitaria sia tutelabile contro l'imitazione confusoria oppure come opera dell'ingegno applicata al campo della comunicazione pubblicitaria. Nel primo caso, infatti, la protezione è diretta unicamente ad evitare l'inganno del pubblico dei consumatori circa l'origine dei prodotti e dei servizi pubblicizzati, postulando la priorità, come si è detto, un'effettiva notorietà degli elementi caratterizzanti la campagna promozionale presso quello stesso pubblico di cui si vuole evitare la persuasione ingannevole, non potendosi prescindere, in tale fattispecie, dall'effetto di adeguata conoscenza del messaggio. Nel secondo caso, invece, la priorità, che costituisce titolo della protezione, presuppone unicamente l'esistenza anteriore della creazione intellettuale e si risolve nella data certa di tale creazione<sup>17</sup>.

La protezione offerta dall'art. 13 del codice di Autodisciplina, in ipotesi di campagna promozionale intesa come opera dell'ingegno, postula, infatti, unicamente la priorità non già dell'ideazione, quanto piuttosto della sua pubblicazione<sup>18</sup>. Del resto, nella pratica pubblicitaria sono diffusi ormai da tempo i c.d. annunci civetta o pre-emption: comunicazioni pubblicitarie isolate che vengono diffuse allo scopo precipuo di ottenere, proprio attraverso e a motivo della loro pubblicazione, la protezione che l'art. 13 c.a. accorda ai messaggi pubblicitari contro la loro imitazione, ancor prima della realizzazione e divulgazio-

---

<sup>15</sup> Cfr. Giurì di Autodisciplina pubblicitaria, pronuncia 21/87, in *Foro Pad.*, 1988, I, p. 78 ss..

<sup>16</sup> Giurì, decisione 115/92, in *AIDA*, 1993, p. 159.

<sup>17</sup> Giurì, decisione 21/87, in *Giur. Pubbl.*, I, 1986-1987, Milano 1988, p. 412.

<sup>18</sup> Giurì, decisione 49/83, in *Giurisprudenza completa del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria*, a cura di UBERTAZZI, Milano, 1986, p. 628 ss, 630.

ne della relativa campagna pubblicitaria<sup>19</sup>. Essi sono disciplinati dall'art. 44 del codice di autodisciplina pubblicitaria e sono funzionali a dirimere le possibili controversie relative alla paternità di una determinata ideazione pubblicitaria. Attraverso i messaggi pre-emption è, infatti, possibile attribuire data certa alla creazione pubblicitaria, ponendola al riparo da eventuali imitazioni successive.

A seguito della pubblicazione dell'annuncio civetta e al suo deposito presso la segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, è fatto divieto a chiunque di fare uso del messaggio protetto o dall'imitarne o mutuarne aspetti ideativi e creativi nella propria pubblicità, anche se relativa a prodotti non concorrenti. Tale divieto opera in via provvisoria per la durata del periodo di protezione previsto dall'art. 44 del codice di autodisciplina pubblicitaria. Qualora, invece, l'idea pubblicitaria sia poi seguita da una successiva campagna promozionale, di cui l'annuncio civetta dovrebbe contenere gli elementi essenziali e qualificanti in chiave prodromica, essa trova definitiva protezione nell'art. 13 c.a..

---

<sup>19</sup> Cfr. *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di MARCHETTI e UBERTAZZI, Padova, 1997, p. 690.