

PREFAZIONE

Obiettivo fondamentale di questo lavoro è rappresentare il quadro normativo italiano, comunitario e internazionale della tutela autorale per la fotografia. E' un argomento molto importante e interessante se pensiamo che la fotografia o la semplice immagine è sempre presente nella nostra vita; la fotografia è ricordo, è emozione, ma ciò che a noi interessa è la fotografia intesa come opera dell'ingegno. Ed infatti la Legge n. 633 del 22 aprile 1941 è un punto di partenza necessario per raggiungere l'obiettivo che ci siamo prefissati.

La legge del 1941 non è l'unico nostro punto di riferimento, infatti guardando al di fuori dei confini italiani non possiamo non menzionare la Convenzione di Berna (1886), la Convenzione Universale del diritto d'autore (1952), e più recentemente gli Accordi Trips del 1994: tutti insieme oggi sono il risultato di oltre centosessantanni di diatribe e battaglie, affinché la fotografia giungesse a ricevere la protezione che merita.

Come è facile notare il quadro normativo si è arricchito nel corso del tempo, giungendo al d.p.r. del 8 gennaio 1979 n.19 che ha rivisto le

linee essenziali della legge 633, mantenendone immutata tanto la sostanza quanto il livello di tutela accordato.

Infatti non si può dimenticare che la legge sul diritto d'autore distingue tra fotografia semplice e opera fotografica o fotografia artistica; la fotografia artistica riceve una ampia tutela, dato che solo queste sono da ricondurre tra le opere dell'ingegno (art.1 l.cit.), essendo caratterizzate da compiutezza espressiva e novità.

Le fotografie semplici non sono idonee a fornire un'originale interpretazione dell'autore in grado di determinare una compiuta reazione estetica ed emotiva in chi le osserva, ma possono tuttavia rivelare un elevato grado di professionalità e perizia tecnica: per questo viene loro riconosciuta la tutela dei diritti connessi.

I diritti connessi sono una serie di diritti assai diversi fra di loro sia per l'oggetto che per il contenuto; sono accomunati solo dal fatto di essere in qualche modo collegati al diritto d'autore, avendo ad oggetto creazioni simili a quelle protette dal diritto d'autore. Associare alla fotografia semplice questi diritti significa che anche essa è il frutto di attività intellettuale o imprenditoriale che richiede sforzi e investimenti.

Ciò che fondamentale distingue i due tipi di fotografia è la

creatività; proprio questo requisito ha portato con sé notevoli dubbi perché è necessario darne una definizione che metta d'accordo la giurisprudenza e la dottrina.

Per gran parte della giurisprudenza e della dottrina, la creatività è l'impronta della personalità dell'autore. La creatività va ricercata nella fantasia dell'autore sia nella modalità di realizzazione dell'immagine, identificata con la ricerca cromatica, con la scelta della prospettiva, la capacità di cogliere al volo le espressioni o gli atteggiamenti della persone; sia con elementi in grado di evocare suggestioni che trascendono il comune aspetto della realtà raffigurata.

La legge divide il diritto d'autore in diritto patrimoniale e diritto morale. Il diritto patrimoniale permette all'autore di controllare l'utilizzo della sua opera e di percepire i ricavi derivanti dall'utilizzazione medesima; è un diritto trasmissibile, ed infatti si trasmette agli eredi dell'autore, dopo la sua morte. Esso consiste nel diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale e derivato (art. 12 l.cit.). Per cui in questo diritto è sicuramente da ricondurre il diritto di inedito, il diritto di riproduzione, il diritto di distribuzione, ed infine il diritto di elaborazione.

Il diritto morale prevede il diritto per l'autore di rivendicare la paternità dell'opera, di opporsi a qualsiasi forma di deformazione, mutilazione o altra modificazione, e a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possa essere di pregiudizio al suo onore e alla sua reputazione (art.20 l.cit.). A questo diritto, intrasmissibile dopo la morte dell'autore, sono da ricondurre il diritto all'integrità dell'opera, il diritto alla paternità e quindi il diritto di ritirare l'opera dal commercio.

Non è da meno la tutela penalistica che mostra un'attenzione particolare nei confronti della riproduzione della fotografia su un supporto diverso dall'originale, nonché nei confronti del plagio fotografico. Se ad esempio ci si sofferma sulla riproduzione della fotografia di un quadro, è facile capire che essa non dà mai luogo a plagio, configurandosi solo in un'illecita riproduzione di un'opera dell'ingegno: infatti la fotografia di un quadro mostra che l'immagine è semplicemente una riproduzione di un'opera pittorica cosicché il fotografo non potrà mai attribuirsi la paternità della creazione intellettuale, poiché è evidente che il corpus mechanicum è di diversa natura rispetto alla fotografia.

Il plagio fotografico invece si configura come una vera e propria

violazione del diritto morale e patrimoniale, consistente nell'appropriazione degli elementi creativi dell'opera altrui o nel ricalcare in modo parassitario quanto da altri ideato.

Il primo capitolo si conclude con le libere utilizzazioni delle fotografie protette dal diritto d'autore; esse vengono contemplate nell'art.70 della Legge, introdotto con il semplice scopo di tutela del progresso culturale della collettività. L'art.70 prevede la possibilità di utilizzare le opere senza chiedere il consenso all'autore, ma si tratta di casi specifici che devono rientrare nell'ambito applicativo dello stesso articolo. Anche la giurisprudenza americana ha elaborato il concetto di libere utilizzazioni, riconducendolo con l'uso ragionevole e corretto dell'opera altrui, che esime dalla necessità di ottenere il consenso dell'autore dell'opera che si intende utilizzare. Il Fair use, quindi, non è altro che una elaborazione giurisprudenziale avutasi grazie al Copyright Act statunitense del 1976, che consente la riproduzione di un'opera protetta per scopi di critica, commento, informazione, insegnamento, studio, ricerca subordinatamente alla valutazione, da effettuarsi rigorosamente caso per caso, di quattro fattori fondamentali.

Il secondo capitolo è dedicato alla fotografia dell'opera d'arte e alla

sua riproduzione. Le opere d'arte sono le opere dell'ingegno di carattere creativo qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, dell'incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia e i disegni e le opere dell'architettura. Parlando invece della fotografia di queste opere si parte constatando come il termine riproduzione assume un significato diverso, perché in questo contesto ciò che viene riprodotto non è l'opera, ma la sua immagine.

Per cui la riproduzione non è altro che la ripetizione dell'apparato materiale o dell'azione che comunica agli altri l'opera attraverso i sensi; e la fotografia può essere inclusa tra le fattispecie di riproduzione in base all'art.13 della legge n.633 del 1941.

Ogni riproduzione di una fotografia di un'opera d'arte coinvolge sempre interessi privati, quali gli interessi dell'autore, dei suoi eredi, aventi causa, i quali hanno interesse tanto a controllare lo sfruttamento economico delle immagini, quanto a tutelare la paternità dell'opera, evitando che altri si assumano la qualità di autore della fotografia.

Anche lo Stato o l'ente pubblico territoriale presenta gli stessi interessi di un proprietario privato e pertanto possono avvantaggiarsi della riproduzione come esserne danneggiati. La situazione sarà

differente a seconda che lo Stato sia titolare o meno del diritto di riproduzione. Un'eccezione all'intrasmissibilità tacita del diritto di riproduzione si riconduce alla cessione dei mezzi di riproduzione, quale può essere la cessione del negativo della fotografia, che non preclude affatto la possibilità di effettuare nuove riproduzioni della fotografia; ma la cessione può interessare anche la pura e semplice fotografia. Sostanzialmente in questo caso si tratta di una licenza di riproduzione, con cui il titolare concede per un periodo limitato di tempo a terzi, la facoltà di compiere atti determinati, rientranti nella privata, senza spogliarsi della titolarità della stessa.

Contestualmente è opportuno anche fare un cenno alla riproduzione fotografica in cataloghi e al diritto di esposizione.

La riproduzione in cataloghi interessa in primo luogo le opere pittoriche che sono esposte in gallerie e musei e l'interrogativo a cui si è voluto rispondere è se esiste, in capo al gallerista, il diritto di riprodurre l'opera o se questo diritto permane in capo all'autore dell'opera e cioè al pittore; a ben vedere è possibile individuare una via che permetta al proprietario ovvero al gallerista, una legittima riproduzione fotografica dell'opera.

Si tratta di una soluzione che contempera in modo sufficientemente

ragionevole le ragioni dell'autore con quelle del proprietario e della collettività, conflitto che resta costantemente sullo sfondo di molte questioni in materia di private. Alla luce di ciò sembra plausibile considerare legittimo per il proprietario-commerciante avvalersi di cataloghi contenenti riproduzioni fotografiche delle opere esposte se e fino a quando le fotografie non possano definirsi copie dell'originale. Complementare al diritto di riproduzione in cataloghi è il diritto di esposizione delle stesse opere. Le maggiori difficoltà nell'affermare l'esistenza di tale diritto, nascono dal dovere di conciliare i diritti dell'autore sulla creazione intellettuale con quelli del proprietario del corpus mechanicum, in cui la prima si è estrinsecata.

L'esposizione delle opere non cagiona danno alle stesse, per cui non si vede come il diritto di esposizione possa ledere il diritto morale dell'autore: l'esibizione delle sue opere, anche se di poche opere, nulla ha a che fare con una falsa percezione nei terzi delle realizzazioni artistiche, come invece normalmente previsto dal diritto morale.

Il terzo capitolo è dedicato alla tutela della fotografia in Internet. E' risaputo che Internet, intesa come l'interconnessione di reti pubbliche e private che collega sistemi informatici situati in tutto il mondo, rende estremamente semplice non solo il trasferimento delle

immagini, ma anche e soprattutto la loro riproduzione. Benché l'immagine inserita nella rete sia tecnicamente molto diversa da una fotografia, in quanto derivante da un trattamento di "digitalizzazione" delle immagini, essa trae origine proprio da una fotografia. In questo senso, mentre tradizionalmente la riflessione sul fenomeno riproduttivo è incentrata sulla riproduzione dall'originale, nel caso in esame, non si può che discutere di riproduzione dell'originale da copia. Per quanto concerne l'applicabilità del concetto di riproduzione nell'ambito di Internet, non sembra scorretto considerare "riproduzione" il caricamento di un'immagine su computer, dato che lo stesso art. 13 L.d.A., definisce la riproduzione come una *moltiplicazione in copie con qualsiasi mezzo*, tra i quali sicuramente non può non ricondursi anche la fotografia.

La Commissione Europea è intervenuta nell'ambito della riproduzione e circolazione delle fotografie tramite Internet, attraverso due documenti molto importanti.

Il primo è il "*Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*", pubblicato il 19 luglio 1995; in seguito venne realizzato il *Gruppo Legal Advisory Board- Lab*, creato nel 1985 nell'ambito della stessa Commissione al fine di valutare le proposte

giuridiche ed armonizzare le normative degli stati membri, riguardo la commercializzazione on-line della fotografia dell'opera d'arte.

Il Green Paper e i documenti successivi esprimono nel complesso la convinzione che la normativa europea in materia di diritti d'autore sia sufficiente a disciplinare le comunicazioni digitali, salvo l'adozione di tecniche di monitoraggio e l'esclusione delle utilizzazioni libere, al fine di rafforzare la tutela degli autori.

La rappresentazione digitale è una riproduzione dell'immagine che presenta il vantaggio di mostrare un'opera d'arte da punti e distanze diversi, talvolta insoliti (ad esempio dall'alto), misurandone con precisione le proporzioni e ricostruendone il procedimento creativo mediante un rilevamento accuratissimo dei dettagli che permette anche di risalire allo stato dell'opera prima di eventuali restauri.

La riproduzione virtuale, non alterando le dimensioni e le proporzioni dell'oggetto rappresentato, è molto più fedele all'originale delle fotografie tradizionali e soprattutto consente di evitare le forti limitazioni, la scarsa duttilità e la frequente incapacità di mostrare la «vita» di un'opera, tipiche del disegno su «piano» basato sulla geometria proiettiva. Tuttavia, la riproduzione dell'immagine digitale potrebbe essere ricondotta alla tradizionale categoria delle

riproduzioni fotografiche professionali, a cui è assimilabile sotto diversi profili, ad esempio perché si necessita di molto tempo per preparare l'attrezzatura per le fotografie, per selezionare il punto di vista più appropriato, piuttosto che realizzare delle semplici riprese filmate anche se di qualità superiore e in grado di mostrare aspetti non visibili. Affinché gli autori possano controllare e monitorare l'uso della loro opera sulla rete telematica, il *Green Paper* incoraggia le ricerche volte, da una parte, all'incremento del tracing o "rintracciamento" delle copie distribuite in rete, in grado di individuare le copie circolanti di un documento digitale, dall'altra alla creazione di un meccanismo in grado di verificare se una copia sia stata autorizzata o meno.

Inoltre, prendendo spunto dal fatto che già attualmente alcuni siti richiedono forme di pagamento, appare opportuno realizzare un vero e proprio sistema automatico di pagamento per la visualizzazione del file contenente immagini soggette a diritto d'autore, vale a dire un sistema informatico per la gestione automatica dei diritti, detto *Electronic copyright management systems* (Ecms), che registri gli accessi e riscuota il corrispettivo dagli utenti tramite sistemi di pagamento elettronico, ridistribuendo le *royalties* ai legittimi titolari.

Il quarto e ultimo capitolo invece si sofferma sulla funzione delle immagini in pubblicità. A fini commerciali, le immagini possono rappresentare un mezzo estremamente potente; le immagini permettono al consumatore di ricordare meglio il prodotto da acquistare, ma ciò che ha sollevato maggiori problemi è stato l'utilizzo di immagini di personaggi noti, tenendo ben presente però che la pubblicità è fatta non solo di immagini di persone, ma anche di immagini di edifici, opere architettoniche, animali: non esiste nei loro confronti una vera e propria protezione. L'Italia non ha mai direttamente affrontato il problema relativo alla riproduzione in immagini di cose altrui, tanto che gran parte della dottrina contemporanea si basa sui risultati raggiunti dall'esperienza francese; il nostro sistema giuridico ha posto il dilemma su basi differenti perché ha negato la rilevanza giuridica al problema, sulla constatazione che gli oggetti non godono della tutela che la legge accorda alle immagini delle persone fisiche. Ed infatti la nostra giurisprudenza ha chiuso il discorso sostenendo che le cose vengono tutelate nelle fotografie, in quanto di proprietà del soggetto fisico. Quindi in questo caso ciò che rileva è il legame tra cosa e soggetto, ovvero il diritto di proprietà, inteso quale diritto di godere e disporre

del bene in modo pieno ed esclusivo (art.832 c.c.).

La diffusione pubblicitaria delle immagini di cose può presentare profili di illiceità, che si manifesta con il pregiudizio che a qualsiasi soggetto può derivare dalla pubblicazione della cosa medesima, senza il suo consenso.

I casi in cui si manifesta con maggiore frequenza la illiceità sono da ricercarsi nella lesione di un diritto esclusivo alla riproduzione della cosa, in un atto idoneo ad operare uno sviamento della clientela, in una turbativa alla sfera dell'identità personale e infine nell'ipotesi più frequente della violazione del diritto del proprietario.

La legittimità della pubblicazione delle immagini dipende dalla prestazione del consenso del soggetto raffigurato. L'art. 96 della L.d.a. stabilisce che *il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa.*

Il consenso può essere acquisito senza particolari vincoli di forma; può quindi ritenersi prestato non solo se esplicito, ma anche se prestato implicitamente, o per fatti concludenti; il consenso tacito secondo la Consulta deve essere desumibile dal comportamento dell'interessato in relazione allo scopo che si era prefisso al momento in cui si è fatto ritrarre. L'ultima parte dell'articolo 97 sembra

introdurre una causa di giustificazione, in presenza della quale la pubblicazione della fotografia è legittima senza la necessità del consenso. La causa di giustificazione a cui fa riferimento l'articolo esiste solo in casi particolari che sono ricondotti alla notorietà della persona fotografata, al fatto svoltosi in pubblico o di interesse pubblico e all'utilizzo delle immagini per scopi scientifici.

La illecita pubblicazione della fotografia, fa sorgere un'obbligazione risarcitoria, non solo riguardante il danno patrimoniale, ma anche il danno non patrimoniale. Quantificare il danno non patrimoniale che ne può derivare dalla illecita pubblicazione delle immagini, è molto complesso e non esistono al riguardo sufficienti precedenti giurisprudenziali a cui fare riferimento. Generalmente si suole condannare l'autore dell'illecito a corrispondere una somma di denaro, a titolo di risarcimento del danno; la misura del risarcimento viene individuata con riferimento al c.d. "prezzo del consenso", ossia all'utile economico che il soggetto avrebbe potuto ricavare se avesse prestato il proprio consenso alla pubblicazione. Il prezzo del consenso si è precisato può quantificarsi anche *"in via equitativa, con riferimento alla quotazione pubblicitaria del ritratto per prestazioni equivalenti, rese nel periodo in cui è stato commesso l'illecito"*.

L'abusiva pubblicazione delle immagini è molto frequente nella pubblicità e nella commercializzazione di beni. Le imprese sono ben consapevoli del capitale pubblicitario detenuto dai personaggi celebri e questo ha fatto sì che essi si prestassero dietro compenso, all'utilizzo delle loro fotografie nelle campagne pubblicitarie.

Generalmente quindi, il personaggio acconsente alla utilizzazione della propria immagine, e percepisce un compenso; ma non sempre è così, di modo che ogni qualvolta la fotografia del personaggio venga utilizzata senza il suo consenso, si profila un danno che necessita di risarcimento. La norma a cui si fa riferimento è l'art.10 Cost., che però rinvia alla legge sul diritto d'autore, dove l'art.96 ribadisce che *qualora non ricorrano le cause di giustificazione previste dall'art.97, la liceità della esposizione, riproduzione e messa in commercio del ritratto è subordinata al consenso della persona, tramite cui egli è in grado di controllare meglio la diffusione di una sua fotografia.*

La questione che si pone concretamente nel caso di abusiva utilizzazione economica dell'immagine altrui è costituita proprio dall'individuazione di un danno risarcibile, desumendola dalla possibilità di intravedere un profilo patrimoniale nel diritto di esclusiva della persona sulla propria immagine. In siffatte ipotesi si

configurerebbe l'obbligo per l'autore dell'illecito di restituire il valore obiettivo del bene, da tenere distinto dal danno patito dalla vittima.

nel caso in cui la fotografia del soggetto non sia mai stata sottoposta a sfruttamento commerciale, lo stesso potrebbe escludere anche per il futuro ogni intenzione di sfruttare il valore insito nel proprio ritratto.

Capitolo primo

LA TUTELA AUTORALE PER LA FOTOGRAFIA.

1.1 EVOLUZIONE STORICA DEL DIRITTO D'AUTORE.

Il diritto d'autore nasce nel secolo XVIII in Inghilterra e in Francia, come logica conseguenza della necessità di proteggere le opere letterarie da una indiscriminata riproduzione e utilizzazione economica, avvenuta in seguito alla invenzione della stampa. Successivamente nel secolo XIX, numerosi trattati stipulati a livello internazionale, si pongono come scopo fondamentale la protezione delle opere non solo letterarie, ma anche artistiche e scientifiche.

Il primo trattato, denominato **Convenzione per la creazione di una Unione internazionale per le opere letterarie e artistiche**, meglio conosciuto come Convenzione di Berna, risale al 1886 e gli Stati che vi aderiscono, esprimono la loro volontà di sottostare ad una disciplina il più possibile uniforme sul tema delle opere protette dal diritto

d'autore, in qualunque forma esse siano espresse.¹

Nel 1952 si stipula a Ginevra la **Convenzione Universale del diritto d'autore**; alla Convenzione aderiscono per la prima volta gli Stati Uniti d'America e questo permette agli USA di fare un grande passo in avanti verso una normativa sulla protezione del diritto autorale che fino ad allora, nella legislazione d'oltreoceano, non esisteva. Importanza fondamentale ha l' **accordo TRIPs**, firmato a Marrakech nel 1994 nell'ambito del World Trade Organization e per tale ragione destinata ad essere ratificata da un numero assai ampio di Stati anche in via di sviluppo.² Questa Convenzione prevede alcune disposizioni innovative e vincola gli stati aderenti a conformarsi alle disposizioni della Convenzione di Berna.

Qualsiasi ricostruzione del panorama normativo internazionale in materia di diritto d'autore risulterebbe lacunosa, se non si considerasse l'apporto comunitario che è stato ed è tutt'oggi di fondamentale importanza se si considera che negli ultimi decenni, la Comunità Europea è intervenuta per garantire l'armonizzazione delle legislazioni dei diversi Stati membri e, quindi, eliminare le barriere in grado di

¹ GAUDENZI in *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli ed. 2005.

² CLARK in *The future of copyright in a digital environment*, in The Hague, Kluwer law international.

limitare la libera circolazione delle opere ed ostacolare un sistema economico fondato sul principio della libera concorrenza.

I principi fondamentali contenuti nel Trattato CE in tema di non discriminazione, di libera circolazione dei prodotti e dei servizi e di tutela della concorrenza trovano oggi completa applicazione anche in materia del diritto d'autore.

A partire dal 1991, infine la Comunità ha avviato un processo di armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali, emanando una serie di direttive che hanno toccato tutti gli aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi, dalle opere oggetto di protezione al contenuto e alla durata della protezione, senza però intervenire su un aspetto non meno importante quale è il diritto morale.³

Se si passa ad esaminare la normativa dei singoli Paesi, possiamo notare come in alcuni casi il diritto d'autore viene ricondotto alla nozione di proprietà intellettuale, in altri casi si adotta una terminologia sostanzialmente differente, o come avviene in Germania, il diritto d'autore viene concepito come diritto della personalità e

³ AUTERI in *Le tutele reali in L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè Ed., Milano 2005. La direttiva 2004/48/CE ha avuto come obiettivo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di sanzioni e soprattutto di misure o rimedi giurisdizionali volti ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

quindi ad un diritto di *creazione spirituale*.⁴

1.2 LA FOTOGRAFIA COME OPERA DELL'INGEGNO.

In Italia, la normativa sul diritto d'autore prende in considerazione l'aspetto creativo dell'opera dell'ingegno e la sua protezione; la legge fondamentale in materia di diritto d'autore è la Legge del 21 aprile 1941 n. 633.

Il diritto d'autore ha come oggetto le opere dell'ingegno e quindi *le opere 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.* (art.1 l.aut.). L'elenco di cui all'articolo 1, è stato arricchito nel corso del tempo in modo particolare facendovi comprendere nella tutela, le opere fotografiche (d.lgs. n.19/1979), i programmi per elaboratore (d.lgs. n.518/1992), le banche dati (d.lgs. n.169/1999) e infine le opere del c.d. disegno industriale (d.lgs. n.95/2001).

Ciò che a noi interessa particolarmente in questa sede è la protezione che la nostra disciplina accorda alle opere fotografiche.

⁴ Per il diritto d'autore in Gran Bretagna cfr. STRONG in *Copyright is essentially a system of property* in *The copyright Book*, Cambridge Massachusset 1984. Per la Francia cfr. FRANÇON in *La voie de la codification et systematisation de droit d'auteur*, Munchen 2000. MENOZZI in *Diritto d'autore, proprietà industriale e proprietà intellettuale* in *Riv. Trim. della Siae* 2009.