

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**



**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

Tesi di laurea in Diritto Commerciale

**“CRITICHE ALLA TUTELA D’AUTORE DELL’OPERA
D’ARTE CONTEMPORANEA”**

Relatore:

Chiar. mo Prof. Andrea Ottolia

Candidato:

Luna Spinelli

Anno accademico 2022-2023

INDICE

INTRODUZIONE	6
ARTE CONTEMPORANEA E DIRITTO D'AUTORE	9
1. Premessa. I recenti rapporti fra arte e diritto.....	9
2. Le peculiarità dell'arte contemporanea.....	13
3. Le sfide della contemporaneità al diritto d'autore.	16
4. Il rapporto tra il diritto d'autore e la libertà di espressione.....	18
IL REQUISITO DEL "CARATTERE CREATIVO" E IL RAPPORTO CON LA FORMA ESPRESSIVA NELLE OPERE D'ARTE CONTEMPORANEA	23
1. Premesse storiche.....	23
1.1. La tutela del diritto d'autore dall'invenzione della stampa al Novecento.....	24
1.2. Il passaggio dalla legge italiana sul diritto d'autore del 1925 a quella attualmente in vigore del 1941.....	32
2. L'oggetto della protezione del diritto d'autore.....	35
2.1. Il catalogo delle opere proteggibili	35
2.2. Il rapporto tra forma e contenuto e la dicotomia tra idea ed espressione.	37
2.3. La forma interna e la forma esterna.....	40
2.4. Casi particolari: lo stile dell'autore.	44
2.5. Casi particolari: le opere d'arte contemporanea.....	45
3. I requisiti per la protezione delle opere dell'ingegno.....	47
3.1. Il «carattere creativo» dell'opera	47
3.2. La novità e la non banalità dell'opera	50
3.3. La natura discrezionale dell'opera.	54
3.4. Il valore artistico dell'opera.	56
3.5. L'identificabilità oggettiva dell'opera.	57
3.6. La liceità dell'opera	59
3.7. La creatività nelle opere d'arte contemporanea.	60
4. Le opere originarie e le opere derivate.....	64

4.1. Le opere d'arte contemporanea tra opere originarie e derivate	68
5. Il plagio e la contraffazione delle opere dell'ingegno.	70
5.1. La riproduzione degli elementi creativi dell'opera precedente.	72
5.2. Il criterio dello «scarto semantico» e l'istituto della parodia.	75
5.3. Il «fair use test» dell'opera altrui.....	82
5.4. La citazione.	85
I DIRITTI MORALI D'AUTORE DELLE OPERE D'ARTE CONTEMPORANEA E IL LORO RILIEVO NEL RAPPORTO TRA ARTE CONTEMPORANEA E ARTE TRADIZIONALE.....	89
1. I diritti morali tradizionalmente riconosciuti all'autore di un'opera dell'ingegno 	89
2. La lesione dei diritti morali dell'autore nei casi di utilizzo da parte di artisti contemporanei di opere altrui.....	101
3. Il problema della durata limitata e della deperibilità delle opere d'arte contemporanea per la garanzia della loro integrità.....	104
4. Il ruolo delle previsioni contrattuali nell'evitare danni all'integrità di opere d'arte contemporanea che necessitano di sostituzioni o modifiche parziali.....	108
5. Il restauro come intervento sui diritti morali dell'artista.	112
6. Il disconoscimento di un'opera quale esercizio del diritto alla non paternità di un falso e altri casi d'uso dell'istituto del disconoscimento.....	116
7. Il ruolo dell'Archivio d'Artista per la corretta conservazione delle opere d'arte contemporanea e il certificato di autenticità dell'opera nel mercato.....	119
CONCLUSIONI	124
BIBLIOGRAFIA	128

INTRODUZIONE

L'incontro tra l'arte contemporanea e il diritto d'autore solleva interrogativi che stimolano una riflessione approfondita sul vigente sistema di protezione, il quale – talvolta – appare inadatto a disciplinare le innovative modalità espressive dell'arte contemporanea.

Il punto di partenza di questa riflessione è la ricerca di una definizione di cosa sia l'arte – un passo preliminare necessario per affrontare la definizione specifica dell'arte contemporanea. Tuttavia, già a questo livello, ci si rende subito conto delle difficoltà fattuali, ancor prima che giuridiche, che circondano questo settore.

«Che cos'è l'arte contemporanea? Ce la possiamo cavare rispondendo che è tutto ciò che il suo autore propone come tale. Il problema sorge quando qualcun altro deve condividere questa convinzione, cioè che quel quadro, quella scultura, quell'*happening*, o *performance* o installazione ambientale – tecniche nuove, queste ultime, e quindi meno immediatamente riconoscibili – siano davvero opere d'arte.»¹

Sebbene manchi una nozione univoca e condivisa di arte, e così anche di arte contemporanea, la crescente comparsa delle opere d'arte, soprattutto di natura contemporanea, al centro di controversie giudiziarie sottolinea la necessità di una disciplina chiara in questo ambito.

Muovendo da queste premesse, la presente trattazione si pone l'obiettivo di delineare il quadro dei rapporti tra il diritto d'autore e l'arte contemporanea, con un'attenzione particolare verso quelle correnti artistiche che più di altre hanno posto e continuano a porre interrogativi rilevanti e potenzialmente dirompenti rispetto all'attuale sistema giuridico.

In particolare, infatti, qualora si vogliano tutelare utensili e oggetti d'uso comune, come i *ready made*, oppure opere dell'arte concettuale o dell'arte appropriativa, emerge la necessità di ripensare alle nozioni classiche del sistema del diritto d'autore, che sono messe in discussione da tali nuove forme espressive.

L'analisi condotta in questo elaborato si focalizza, dunque, sulle questioni cruciali relative all'oggetto della protezione del diritto d'autore, approfondendo il rapporto tra forma e contenuto dell'opera, che più di altri viene contestato dai paradigmi della contemporaneità. L'attenzione è poi rivolta all'analisi dei requisiti necessari per la tutela del diritto d'autore, con uno studio dettagliato della nozione di «carattere creativo» dell'opera dell'ingegno. In seguito, si affronta il tema delle opere derivate e delle loro differenze rispetto alle opere

¹ VETTESE, *L'arte contemporanea. Tra mercato e nuovi linguaggi*, il Mulino, Bologna, 2012, 10.

originarie, poiché particolarmente rilevante per all'arte appropriativa. Ed è proprio quest'ultima che offre il collegamento per le riflessioni successive concernenti il plagio, la contraffazione e la parodia, la quale può essere impiegata come giustificazione in caso di accuse di questo tipo.

La ricerca prosegue poi con il tema più specifico del rilievo dei diritti morali d'autore nelle opere d'arte contemporanea, soprattutto con riferimento ai diritti di paternità e di integrità dell'opera. Le questioni trattate sono molteplici e intricate, dalle lesioni causate dall'utilizzo non autorizzato di opere altrui, ai problemi all'integrità dovuti alla volontaria previsione della deperibilità delle opere. Si esplora poi con particolare attenzione il ruolo del contratto come statuto giuridico dell'opera e la possibilità che esso preveda il disconoscimento dell'artista per il mancato o errato adempimento delle istruzioni di restauro o di intervento sull'opera.

Infine, considerando il limitato interesse che la dottrina ha manifestato, per un lungo periodo, in questa materia, si è rivelato fondamentale rivolgere lo sguardo in direzione della giurisprudenza. Quest'ultima, tramite i suoi interventi, ha dato avvio al processo interpretativo del diritto in questo specifico settore e, dunque, l'analisi di tali decisioni ha rivestito un ruolo essenziale per la comprensione del quadro normativo applicabile. D'altra parte, la legislazione, in molte occasioni, appare poco chiara, se non del tutto lacunosa, aggiungendo ulteriori difficoltà a un settore di per sé già complesso come quello dell'arte contemporanea. In questo quadro, emerge chiaramente la necessità di affidarsi all'intervento giurisprudenziale per colmare le lacune e fornire chiarezza ad artisti e giuristi.

PRIMO CAPITOLO

ARTE CONTEMPORANEA E DIRITTO D'AUTORE

INDICE SOMMARIO: 1. Premessa. I recenti rapporti fra arte e diritto; 2. Le peculiarità dell'arte contemporanea; 3. Le sfide della contemporaneità al diritto d'autore; 4. Il rapporto tra il diritto d'autore e la libertà di espressione.

1. Premessa. I recenti rapporti fra arte e diritto.

Negli ultimi decenni, il tema delle relazioni fra l'arte e il diritto è stato oggetto di una crescente e diffusa attenzione. L'esiguo numero di studi prettamente giuridici che alla fine del secolo scorso imponeva al giurista la necessità di attingere al patrimonio di altre discipline ¹, oggi è stato sostituito da una numerosa letteratura giuridica ². Ma non solo, la circolazione di opere d'arte e i problemi ad essa connessi – tra i quali spicca quello dell'autenticità dell'esemplare trasferito – hanno dato origine a interventi giurisprudenziali sul punto, con una frequenza sconosciuta rispetto al passato ³.

La materia si caratterizza per essere particolarmente complessa nel fatto, ancor prima che nel diritto ⁴. Invero, l'arte è un'esperienza umana dai contenuti e dalle forme sfuggenti e difficilmente identificabili a priori ⁵.

Tuttavia, solo a seguito della definizione del «quadro esterno» dell'attività umana che si intende regolare si potrà risalire a un quadro di diritto positivo, che presenti tratti significativi di coerenza, di unità e di omogeneità ⁶.

¹ RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1992, 11.

² Per un approfondimento sulla bibliografia italiana in materia v. BOSETTI, *Arte e diritto privato. Teoria generale e problemi operativi*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, 1-2, nota 1. Tra le opere proposte, per il notevole interesse e l'utilità ai fini di questo elaborato, deve essere sottolineato il riferimento all'opera di NEGRI-CLEMENTI, *Il diritto dell'arte – L'arte, il diritto e il mercato*, Vol. 1, Skira, Milano, 2012, proseguita con NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte – La circolazione delle opere d'arte*, Vol. 2, Skira, Milano, 2013 e NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte – La protezione del patrimonio artistico*, Vol. 3, Skira, Milano, 2014. Ancora, tra i contributi monografici deve essere segnalata la fondamentale opera di DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2012.

³ BOSETTI, op. cit., 3.

⁴ *Ivi*, 3 ss..

⁵ *Ivi*, 8 ss..

⁶ *Ivi*, 6 ss.. L'Autore sottolinea che per addivenire ad una partizione autonoma di questa disciplina giuridica, se così vogliamo chiamarla, è necessario percorrere quella strada che si fonda sul quadro «esterno» dell'attività umana regolata. Infatti, solo dal rilievo oggettivo di un'esperienza umana si potrà risalire ad un quadro di diritto positivo. Pertanto, è centrale e necessario comprendere cosa si intenda con il concetto di «arte», che rappresenta, appunto, l'esperienza umana da regolare.

La letteratura giuridica propone diverse definizioni di «diritto dell'arte»⁷, ma – pur delineando un sistema funzionale delle relazioni tra arte e diritto – nessuna giunge a una corretta identificazione né a una qualificazione giuridica del fatto e degli interessi tutelabili. In un impulso tendenzialmente omnicomprensivo, il tentativo di censire nella vicenda artistica le più diverse manifestazioni dell'attività umana dissolve la possibilità di stabilire un confine preciso al riferimento fattuale del discorso giuridico. L'esito è anche, per molti aspetti, tautologico⁸: è oggetto del diritto dell'arte «ogni rapporto che abbia a che fare con l'opera d'arte»⁹.

Questi sforzi per delineare un generale diritto dell'arte risultano inefficaci in quanto cercano di racchiudere una congerie di fatti eterogenei al di sotto di un denominatore comune, ossia il concetto di «arte», il quale però non è definibile a priori¹⁰. Tale concetto, infatti, non è ricollegabile ad un'ideale nozione univoca – ancora meno qualora ci si riferisca all'arte contemporanea e soprattutto all'arte concettuale¹¹ – ed è proprio con questa

⁷ Una prima proposta definitoria afferma che «Il “diritto dell'arte” è un neologismo che vuole indicare un sistema giuridico complesso: si interessa della disciplina di ogni rapporto che abbia a che fare con l'opera d'arte e la sua circolazione o con l'artista o con le varie vicende che possono riguardare tali oggetti o tali soggetti» (NEGRI-CLEMENTI, *L'arte nel sistema giuridico*, in NEGRI-CLEMENTI, *Il diritto dell'arte – L'arte, il diritto e il mercato*, Vol. 1, Skira, Milano, 2012, 8). Una successiva definizione recita che «Il “diritto dell'arte” si propone di regolare, proteggere e facilitare l'esistenza dell'opera creata, e la creazione in sé, come anche la circolazione e il godimento dell'oggetto artistico» (*Ibidem*). Si consideri ancora un'ulteriore definizione, per la quale «Il diritto dell'arte è una branca del diritto che disciplina i rapporti giuridici aventi ad oggetto un'opera d'arte e la sua circolazione. Per il suo carattere di specialità si interseca con altre branche del diritto, in particolare con il diritto industriale, con il diritto delle opere intellettuali, nonché con il diritto commerciale e tributario, e chiaramente con il diritto penale, laddove venga commesso un reato» (la citazione è menzionata da BOSETTI, op. cit., 6, il quale afferma di averla richiamata in quanto è oggi doveroso tener conto anche di quanto appare sul *web*, in particolare si tratta di una definizione tratta da *aidanews.it*, pubblicata il 23.02.2019, v. <https://www.aidanews.it/2019/02/23/diritto-dellarte-cose-e-di-cosa-si-occupa-questa-disciplina>).

⁸ BOSETTI, op. cit., 10.

⁹ NEGRI-CLEMENTI, op. cit., 8.

¹⁰ VETTESE, *L'arte contemporanea. Tra mercato e nuovi linguaggi*, il Mulino, Bologna, 2012, 10 ss. Secondo l'Autrice rispondere alla domanda «che cos'è l'arte?» è quasi impossibile. E ricorda che «nella storia l'uomo ha chiamato arte cose molto diverse, come disse l'estetologo Dino Formaggio in un suo saggio del 1976, concludendo che «l'arte è tutto ciò che gli uomini chiamano arte». Né ci viene in aiuto la storia delle parole: «arte» è la traduzione latina del greco *téchne* ed entrambi i termini si riferiscono al mondo del fare, ad abilità manuali che sono parenti della tecnica e della capacità dell'uomo di accostare e migliorare la natura con l'artificio. Ma in questa accezione qualsiasi fare bene sarebbe anche un fare arte. Anche i migliori studiosi del settore si sono arresi, lasciando la questione in sospeso. Ludwig Wittgenstein non ha mai trovato una soluzione al problema; Ernst Gombrich afferma che l'arte in sé non esiste, esistono soltanto gli artisti con le loro opere; Larry Shiner è convinto che la storia dell'arte abbia iniziato a esistere nel XVII secolo, mentre non solo nel Medioevo, ma persino nel Rinascimento, gli artisti erano considerati solo dei buoni artigiani; Morris Weitz afferma che qualsiasi definizione di arte renderebbe impossibile la creatività artistica».

¹¹ BOSETTI, op. cit., 12. Parlare genericamente di «diritto dell'arte» si rivela ancor meno attendibile rispetto all'arte contemporanea qualora si consideri che «non sia alieno, nelle manifestazioni della contemporaneità, un afflato nichilistico o negazionista della stessa possibilità del gesto artistico in quanto tale, o come si voglia negare il rilievo di una qualsiasi forma oggettiva esteriore percepibile, dematerializzando il dato esperienziale. [...] Ciò appare tanto più vero, quando si fa riferimento a quei prodotti (o non-prodotti) dell'arte concettuale che si incanalano perfettamente in una trama nichilistica, rinnegando la stessa possibilità dell'arte e di un suo possibile oggetto».

mancanza di confini definiti che si scontrano gli intenti di costruire una materia giuridica omogenea ¹².

Premesso questo, va poi osservato che il sistema delle fonti contiene alcuni riferimenti a ciò che si intenderebbe per «arte», i quali – coerentemente a quanto affermato sinora – rifuggono dal tentativo di fornire una definizione generale e astratta di cosa possa considerarsi arte ¹³. Così il richiamo dell'articolo 33 Cost., affermando il principio per cui «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento», determina semplicemente le condizioni di possibilità della vicenda artistica, connesse indissolubilmente alla libertà di espressione ¹⁴.

Allo stesso modo, si può notare che pure al rango delle fonti primarie la penetrazione del valore (indefinito di) arte è assai consolidata ¹⁵. Così nelle disposizioni contenute nel Codice dei beni Culturali e del Paesaggio, in cui la «cosa d'arte» è la premessa materiale della fattispecie «bene culturale» e ove è rinvenibile un regime specifico per determinati beni che rilevano solo in quanto beni aventi interesse artistico ¹⁶; così pure nella disciplina relativa al diritto d'autore, in cui si ritrovano espressi richiami e tipizzazioni oggettuali di varie tipologie artistiche ¹⁷; così ancora nella l. 29 luglio 1949, n. 717, si fa riferimento al problema dell'integrazione degli edifici pubblici con opere d'arte.

Questo elenco evidenzia che l'ordinamento, in numerose circostanze, presuppone il riferimento a un fatto artistico piuttosto che definirlo, al più limitandosi a enunciazioni di categorie fattuali del tutto eterogenee ¹⁸.

Tuttavia, proprio basandosi sugli interessi e sui principi alla base di quel preventivo riconoscimento normativo di cosa si intenda come bene espressione d'arte, è possibile individuare la *ratio* del diritto vigente così da poterla applicare per ammettere nuove espressioni a quella qualificazione ¹⁹.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ivi*, 13.

¹⁴ ««L'arte è libera» [...] non significa soltanto che lo Stato ne afferma la libera manifestazione [...] Lo Stato non garantisce solo generosamente la libertà di espressione (che riguarda non solo l'arte, ma l'opinione, la comunicazione, la critica), ma promuove e difende, come uno dei suoi compiti essenziali, l'espressione della libertà [...] che è la realtà stessa dell'arte, della poesia, che è sostanza stessa del linguaggio in tutte le sue forme comuni a un popolo nella sua vita [...]», si veda LEVI, *L'arte contemporanea*, in *Per la salvezza dei beni culturali in Italia*, I, Roma, 1967, 382-383; cito da BOSETTI, op. cit., 13-14.

¹⁵ *Ivi*, 14.

¹⁶ Sul punto, si vedano gli articoli 64 e 178 del D.Lgs. 42/2004.

¹⁷ L'articolo 2, n. 4, della l. 22 aprile 1941, n. 633 afferma che sono protette «le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia»

¹⁸ BOSETTI, op. cit., 15.

¹⁹ *Ivi*, 23.

Quello che emerge è che il legislatore, quando procede a una qualificazione ontologica e preventiva di determinate tecniche o espressioni nei termini di opere d'arte, si basa sull'acquisizione, storicamente consolidata, che esse – socialmente e culturalmente – costituiscono forme espressive riconosciute indiscutibilmente come opere d'arte²⁰.

Da ciò deriva che, qualora l'interprete si trovi di fronte ad un'assenza di questa preventiva valutazione, dovrà risalire a ciò che si intende tradizionalmente, ad esempio, per pittura, scultura o arte figurativa e similari per poi verificare la possibilità di un'interpretazione estensiva delle stesse²¹.

Sul punto, una dottrina convincente²² ha suggerito di richiamare uno schema generale elaborato dalla giurisprudenza per la qualificazione di un bene quale dotato di «valore artistico»²³. Si tratta di una serie di parametri, non necessariamente concorrenti, quali «il riconoscimento, da parte degli ambienti culturali ed istituzionali, circa la sussistenza di qualità estetiche ed artistiche, l'esposizione in mostre o musei, la pubblicazione su riviste specializzate, l'attribuzione di premi, l'acquisto di un valore di mercato così elevato da trascendere quello legato soltanto alla sua funzionalità ovvero la creazione da parte di un noto artista»²⁴.

²⁰ *Ivi*, 33 ss..

²¹ *Ivi*, 36.

²² Il riferimento è alle riflessioni elaborate da BOSETTI, op. cit., 33 ss.. L'Autore ritiene che per individuare gli elementi necessari alla qualificazione giuridica di un bene quale bene artistico si debba fare riferimento alla percezione sociale e culturale, storicamente determinatasi, di ciò che per la collettività è un'opera d'arte. All'interno di questo tema, egli sottolinea le difficoltà che sorgono, in particolare, con riferimento ai «prodotti del nuovo atto creativo», ossia alle nuove espressioni dell'arte contemporanea. Proprio per questi motivi, l'Autore richiama gli orientamenti giurisprudenziali in tema di «qualificazione in senso artistico o meno dei prodotti del c.d. *industrial design*, ai fini dell'applicazione delle tutele preordinate dalla L. 633/1941». Secondo l'Autore, «il riferimento a quest'area è assai significativo, perché, a differenza dei casi nei quali si può discutere della *entità* o della *misura* del valore artistico, dato come fondamento (come per i casi previsti nelle tutele ex D.Lgs. 42/2004), qui è in discussione la *mera qualificazione ex se* del bene come bene d'arte: è questione cioè di *essenza*, non di *misura* della qualificazione o degli interessi incorporati alla cosa». Ancora, il riferimento a questa linea giurisprudenziale viene esaltato perché interpretato nel senso di una rinuncia del «tentativo di individuare una definizione omnicomprensiva di valore artistico, ritenendo più opportuna l'individuazione di una serie di parametri oggettivi su cui l'interprete possa far riferimento per accertare in concreto la sussistenza del discusso presupposto, quest'ultimo destinato ad essere saggiato sulla base di una valutazione [...] da effettuare comunque caso per caso» [osservazione che l'Autore cita da FITTANTE, *L'interpretazione del valore artistico dell'industrial design*, in nota a Trib. Milano, Sez. Impresa, 15 giugno 2017, in *ilsocietario.it*]. In particolare, poi, la Corte di Cassazione non ha solo recepito questo atteggiamento di metodo, del resto già diffuso da tempo anche presso le corti di merito, ma ha anche «fornito un generale schema attinente ai parametri che dovrebbero essere tenuti nel dovuto conto, per la qualificazione di un bene in quanto artistico». L'Autore è consapevole e ribadisce che i canoni enunciati sono funzionali alla tutela del diritto dell'autore dei prodotti di *industrial design*, ma sostiene che «non sembr[i] fuor di luogo porsi almeno il problema, se quella criteriologia possa essere valida in generale, in vista della peculiare qualificazione dei beni che nella nostra ipotesi interessano».

²³ *Ivi*, 39.

²⁴ Si veda Cass. 23 marzo 2017 n. 7477, in *Mass. Giust. Civ* 2017; ma la compiuta organizzazione della trama dei requisiti necessari si ha in una decisione di poco anteriore: Cass. 13 novembre 2015 n. 23292, in *Foro it.* 2016, 562.

Nonostante tale enunciazione sia avvenuta in funzione della tutela del diritto d'autore dei prodotti dell'*industrial design*, quel che conta di più è che in questo orientamento si attesta il rilievo preminente della necessità di un apprezzamento sociale e culturale del bene ai fini della configurazione di una sua essenza o identità artistica ²⁵.

Quanto si è detto riveste un significato decisivo soprattutto nella valutazione delle espressioni della contemporaneità, le quali, da un lato, non possono essere ricomprese in modo pacifico all'interno delle enunciazioni preventive formulate dal legislatore; e, dall'altro lato, non hanno neppure acquisito quel consolidamento temporale quali prodotti artistici nell'interpretazione sociale e culturale ²⁶. Questo, dunque, solleva interrogativi critici in merito alla possibilità e alle modalità attraverso le quali offrire una tutela giuridica a tali manifestazioni artistiche.

2. Le peculiarità dell'arte contemporanea.

L'arte e, dunque, anche l'arte contemporanea, corre parallela al susseguirsi degli eventi della storia. Pertanto, si comprende perché l'arte contemporanea non abbia pari in quanto a mutamenti nelle attitudini e nei linguaggi, essendosi essa sviluppata in corrispondenza ai cambiamenti senza precedenti che, in ambito scientifico, intellettuale ed estetico, si sono verificati dal Novecento in avanti ²⁷.

²⁵ BOSETTI, op. cit., 39.

²⁶ *Ivi*, 48 ss.. Quello che all'Autore importa constatare è come, dall'orientamento giurisprudenziale sopra esaminato «sia ormai attestato in pieno il rilievo assolutamente preminente della necessaria apprezzabilità sociale e culturale del bene, ai fini della configurazione di una sua essenza o identità artistica». Quanto affermato, secondo chi scrive, è «la sostanza della stessa *ratio* che presiede anche alle evidenze del diritto positivo, quando fornisce le ricordate indicazioni – che [sono state] ricondott[e] a una funzione presuntiva – a proposito di tecniche consolidate». In pratica, la questione centrale è che quei canoni elaborati dalla giurisprudenza per l'individuazione dell'essenza artistica di un bene «non possono disgiungersi da un almeno relativo consolidamento temporale, che ne attesti il reale, concreto rilievo per la storia della cultura, della società, della civiltà». Questa conclusione, secondo l'Autore, riveste un significato decisivo soprattutto in merito alla possibilità di «dipanare la questione relativa all'ammissione di talune espressioni materiali (verso le quali sole, in primo luogo si dirige la [sua] proposta) dell'arte contemporanea nel novero delle arti figurative». D'altra parte, «se il rilievo deciso è dato dal consolidamento temporale dell'interpretazione sociale (ed obiettiva) di un'espressione, in quanto opera d'arte, ci si fa chiaro che ogni tentativo di innovazione degli strumenti, delle tecniche e dei linguaggi non può che attendere il giudizio della storia. E, probabilmente, il critico o il giurista non possono che esprimersi nel senso negativo, ove non sia dimostrata l'acquisizione di quelle forme espressive, per la consolidata *communis opinio*, ad un concetto di arte». In altre parole, «la novità dell'espressione si alimenta certo dell'intangibile principio di libertà, [...] ma l'atto creativo, nel quale si realizza il gesto che si intende come innovativo, è un evento contingente ed istantaneo, e resta sincronicamente confinato nella sfera delle ipotesi, della congettura, della *scommessa* riguardo al suo possibile rilievo storicamente definitivo. Questo potrà essere attestato in modo certo, se l'apprezzamento sociale, pur inizialmente contingente e limitato, si traduca in un'interpretazione generalmente e stabilmente condivisa in quegli ambienti che anche la giurisprudenza ha indicato come luoghi sintomatici del riconoscimento artistico». Si comprendono, allora, «i dubbi di rilevanza, l'esigenza divulgativa o persuasiva della critica e degli artisti rispetto alle forme innovative della contemporaneità: nella società aperta e pluralista, la battaglia per ciò che è arte è ridotta a battaglia per il consenso».

²⁷ VETTESE, op. cit., 24 e 97.

L'epoca delle avanguardie è nata proprio agli inizi del secolo scorso con il Cubismo di Pablo Picasso, ove si reclamava l'assoluta autonomia estetica dei dati formali e la forma, pressoché monocroma, era la protagonista. Al Cubismo si è sovrapposto il Futurismo e molte forme di astrattismo, in un passaggio che ha visto un rovesciamento delle posizioni di partenza: dal concreto all'astratto (o informale)²⁸. Ben presto, poi, si è sviluppato il movimento Dada, a sua volta seguito dal Surrealismo, entrambi sovvertitori e polemici contro tutto ciò che prima era stato²⁹.

Dal secondo dopoguerra, con il rinascere delle pratiche più sperimentali, iniziò una fase artistica caratterizzata da una larga messe di tendenze, tra le quali spiccano quelle del New Dada e della Pop Art³⁰.

L'evoluzione della produzione artistica si è poi spostata verso un'arte performativa, caratterizzata da *happening* e *performance*, così come da installazioni (spesso) da riattivare³¹. Sempre più frequentemente chi guarda non è più solo il destinatario dell'opera, ma anche l'artefice, insieme all'artista³². Il cammino è proseguito nella direzione dell'arte concettuale,

²⁸ Ivi, 32. «L'astrattismo geometrico ha radici classiche e deriva dall'idea pitagorica secondo cui alla base delle strutture che reggono la natura ci sarebbero complessi elementi geometrici. [...] In età moderna fu Cézanne a rinvigorire questo lascito: come noto, l'artista francese amava scomporre la natura in una serie di solidi geometrici, il cilindro, la sfera, il cono; Pablo Picasso e Georges Braque raccolsero e riconsiderarono la sua eredità inventando il Cubismo. Soltanto con i costruttivisti russi, tuttavia, il geometrismo delle forme raggiunse la piena astrazione e oggettività. Da qui la sperimentazione astratta ha attraversato il secolo, passando, tra gli altri, per Vassilij Kandinskij, Joseph Albers, Piet Mondrian, Ellsworth Kelly, Max Bill e la Scuola di Ulm, gli aderenti al movimento Arte Concreta (Milano, 1948), gli argentini nella Nueva Visión, la Op Art».

²⁹ CALVESI, *Le due avanguardie. Dal futurismo alla Pop Art*, Laterza, Bari, 2008, 30 ss.

³⁰ Ivi, 40 ss..

³¹ CALDAROLA, *Filosofia dell'arte contemporanea: installazioni, siti, oggetti*, Quodlibet Studio, Macerata, 2020, 17 ss.. «L'*installation art* è una pratica affermata internazionalmente a partire dalla fine degli anni '50 fra artisti sin dal principio animati da interessi diversi, come Allan Kaprow negli Stati Uniti e Lucio Fontana in Italia. Kaprow realizzò *ambienti* – spazi ricavati in contesti estranei alle gallerie d'arte commerciali e riempiti di oggetti d'uso quotidiano – con l'obiettivo d'immergere il pubblico in situazioni reali, prive di contenuto rappresentativo, a differenza, per esempio, che negli spettacoli teatrali tradizionali. Fontana, con i suoi *Ambienti spaziali*, presentò spazi espositivi prevalentemente vuoti, dove installò luci al neon che, riempiendoli di colore, provocavano nel pubblico intense esperienze percettive. Nonostante le grandi differenze a livello d'aspetto, di materiali utilizzati e di esperienze prodotte nel pubblico – iper-stimolato e coinvolto direttamente da Kaprow, immerso in quieti spazi luminosi da Fontana – i loro ambienti hanno in comune il fatto di presentare spazi che il pubblico è invitato a esplorare dall'interno. Queste considerazioni valgono per tutta la produzione ascritta alla categoria dell'*installation art* in ambito critico-artistico».

³² VETTESE, op. cit., 17 ss.. «Eliminare la distanza tra opera e osservatore, abolendo il divieto del «non toccare», era già stato uno dei traguardi delle avanguardie storiche. Risale al gennaio 1910 la prima «serata» che Filippo Tommaso Marinetti e compagni organizzarono al Politeama Rossetti di Trieste, a cui seguirono una serie di altri show irriverenti in cui i futuristi intendevano scuotere il pubblico. Sulla stessa scia si mosse il Dadaismo zurighese, che, tra il 1916 e il 1919, organizzò al Cabaret Voltaire, a partire dal *poème simultané*, eventi e spettacoli simili a opere teatrali «totali», cioè *Gesamtkunstwerke* in cui andavano in scena fatti, azioni, gesti prolungati nel tempo e nello spazio. [...] Dagli anni Novanta, le pratiche partecipative hanno ottenuto nuovo fervore e privilegiato l'aspetto politico, auspicando un risveglio dell'operare comune in direzione di questioni nodali come l'identità, l'etica, gli effetti che un mondo sempre più medializzato provoca sull'individuo e sulla collettività, la convivenza a livello locale e globale, la solitudine urbana».

ossia di un'arte in cui il risultato oggettuale è messo in secondo piano, a favore dell'idea, che può restare immateriale ³³.

Da questa breve ricostruzione emerge in modo limpido che l'arte contemporanea non ha una maniera univoca di espressione e anzi è un campo molto aperto, ove è consentito «esprimere tematiche personali oppure sociali, di scivolare nel diario come nella protesta, di rimanere ancorati alle tecniche tradizionali o di prendere spunto dall'attivismo» ³⁴.

L'arte contemporanea si caratterizza per le forme innovative dell'atto creativo e in particolare, per «l'utilizzo di materiali non canonici, per le inusitate combinazioni tra materiali e strumenti nuovi, per l'applicazione di espressioni classiche delle arti figurative a supporti inusuali o, ancora, per la destinazione dichiaratamente effimera di prodotti realizzati con tecniche pur consolidate» ³⁵. L'arte contemporanea non ha un unico linguaggio e anzi «è il regno del molteplice e riflette il correre verso il nuovo del sapere scientifico» ³⁶.

Nonostante ciò, occorre comunque soffermarsi in modo più specifico su alcune inclinazioni e correnti artistiche peculiari. *In primis*, mi pare debba essere richiamata la pratica che si basa sull'utilizzo di utensili e di oggetti della vita quotidiana spostati dai luoghi a loro consoni a musei e gallerie dove vengono presentati quali vere e proprie opere d'arte, così come per primi fecero Georges Braque, Pablo Picasso e Marcel Duchamp. I cosiddetti *ready made* sono stati fondanti per l'arte del secolo scorso, grazie all'idea di trascinare deliberatamente oggetti qualsiasi da un contesto a un altro si è mossa una critica e si è colpita l'idea tradizionale di monumento celebrativo ³⁷.

Non si può, poi, non menzionare l'orientamento alla riduzione del valore della componente materiale dell'opera a favore dell'idea. L'opera viene apprezzata e si ritiene

³³ *Ivi*, 34. L'Autrice riporta quanto espresso da Lucy Lippard e John Chandler, nel 1968, in merito alla smaterializzazione dell'arte: essi affermano che si tratta di «un'arte ultra-concettuale che enfatizza il processo di pensiero in modo quasi esclusivo. Così come sempre più spesso il lavoro è concepito nello studio ma realizzato altrove da artigiani professionisti, mentre l'oggetto diviene il prodotto meramente finale e una quantità di artisti stanno perdendo interesse nell'evoluzione fisica dell'opera».

³⁴ *Ivi*, 9. In merito all'impegno sociale degli artisti dell'arte contemporanea l'Autrice afferma che «ciascun artista assume una posizione indipendente riguardo al suo modo di intervenire nel mondo: molti si staccano completamente dai problemi sociali e li guardano con occhio di semplici osservatori, altri invece difendono un loro ruolo *engagé*». Tra questi ultimi si colloca l'artista Emily Jacir, che, nel progetto *Where We Come From* (2001-2003), «ha chiesto a trenta palestinesi: «Se potessi fare qualcosa per te, ovunque in Palestina, cosa vorresti che io facessi?» e ha cercato di trasformare in una vasta performance il compimento di quei desideri».

³⁵ BOSETTI, op. cit., 37.

³⁶ VETTESE, op. cit., 11.

³⁷ *Ivi*, 36 ss.. L'Autrice ricorda come, nonostante l'enfasi della critica, Duchamp fece pochissimi *ready made*, solo tra il 1914 e il 1917, e che molti degli oggetti che riteniamo essere *ready made* per l'artista erano *aidé*, cioè «assistiti», modificati, aiutati a diventare significativi. Questo per evidenziare che per Duchamp non si trattava solamente di trascinare gli oggetti da un contesto a un altro, bensì di una composizione di elementi in modo deliberato e progettato, come testimonia quello che viene considerato il suo primo *ready made*: una ruota di bicicletta montata al contrario su uno sgabello.

completa già a livello di progetto, di concetto o di idea. Infatti, LeWitt sosteneva che «[q]uando un artista usa una forma concettuale nel fare arte significa che tutta la progettazione e le decisioni avvengono prima e l'esecuzione è una questione accessoria»³⁸. L'opera ha perso la sua tangibilità fisica e si è tramutata in *performance*, idea, intenzione concettuale³⁹.

Ancora, si registra la fine dell'opera unica come strada privilegiata in favore, anche, della riproducibilità. Come aveva previsto Walter Benjamin⁴⁰, i mezzi di registrazione meccanica dell'immagine sono entrati a far parte del fare artistico, così modificando le opere in sé, la maniera con cui si diffondono e l'aura che le connota. Una critica al «consumo bulimico»⁴¹ di immagini è stato assunto, per esempio, da Warhol e dagli artisti dell'area pop degli anni Sessanta.

Un ulteriore portato della ricerca artistica contemporanea, che merita di essere preso in considerazione, è quello della cosiddetta arte appropriativa, una corrente che fa dell'atto di prendere in prestito dal lavoro altrui il fulcro della sua tecnica espressiva. Nonostante sia innegabile che ogni artista abbia guardato a quelli che lo precedevano, qui sembra che ci si allontani dal concetto di ispirazione per avvicinarsi notevolmente al concetto di copia, così mettendo in crisi la nozione di creatività e originalità artistica.

Ad ogni modo e al di là di ogni singolo gruppo di artisti e di ogni singola novità, ciò che deve essere chiaro è che viviamo in un periodo caratterizzato da un flusso di idee che porta frequentemente alla nascita di nuove tecniche artistiche. Queste, come tutte le innovazioni, portano con sé vari problemi, tra cui la difficoltà di collocarle all'interno di uno schema classificatorio previgente. Occorre, pertanto, essere consapevoli che il mutamento richiede sempre uno sforzo di adattamento⁴².

3. Le sfide della contemporaneità al diritto d'autore.

All'interno del più ampio quadro dei rapporti tra arte e diritto e delle peculiarità dell'arte contemporanea, si colloca lo specifico tema della relazione intercorrente fra l'arte contemporanea e il diritto d'autore.

La rapidità dell'evoluzione dei materiali e dei linguaggi insieme al moltiplicarsi esponenziale dei mezzi tecnici a disposizione rende l'arte contemporanea imprevedibile

³⁸ LEWITT, *Paragraphs on conceptual art*, Artforum, 1967, 79, cito da CALDAROLA, op. cit., 132.

³⁹ VETTESE, op. cit., 41.

⁴⁰ Nel suo saggio «L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica» pubblicato nel 1936.

⁴¹ VETTESE, op. cit., 53.

⁴² *Ivi*, 63.

nelle sue manifestazioni⁴³. Questo incessante vortice di cambiamenti e innovazioni sfida ed erode quel concetto di arte che si era ormai consolidato e positivizzato in (pre)determinate categorie espressive⁴⁴. Per questo, dunque, l'arte contemporanea è stata descritta come un agire «ontologicamente denotato da una semanticità non normativizzabile *a priori*»⁴⁵.

Nonostante ciò, il diritto non può voltare lo sguardo a questa realtà, la quale, tra l'altro, si trova spesso al centro di dispute giuridiche. Pertanto, le opere d'arte contemporanea, anche se hanno natura peculiare, hanno bisogno di essere collocate all'interno del sistema giuridico, così da offrire certezze sia agli artisti che agli operatori del diritto⁴⁶.

In questa prospettiva, il punto di riferimento principale si trova nella legge del 22 aprile 1941, n. 633 (di seguito, l.a.), la quale contiene la disciplina sul diritto d'autore. Infatti, la protezione offerta dal diritto d'autore comprende la tutela delle opere d'arte, sicuramente di quella tradizionale o classica. L'articolo 1 l.a. indica proprio fra le opere protette le «opere delle arti figurative», poi elencate in via esemplificativa nell'articolo 2, comma 4, l.a., quali «le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia»⁴⁷.

Tuttavia, per le caratteristiche innovative delle forme della contemporaneità, non è sempre possibile ricondurre quelle espressioni nell'alveo delle preventive valutazioni tipiche di un bene in quanto opera d'arte operate dal legislatore. In questi casi, l'assenza di «indici normativi impone perciò l'adozione di un processo di verifica più complesso quanto alla sussistenza dei requisiti dell'opera d'arte, dovendosi risalire ad un'identificazione, sulla base di una modalità sostanzialmente estensiva, di ciò che è pittura, scultura o, comunque, espressione di arte figurativa “similare”»⁴⁸. È proprio l'utilizzo dell'aggettivo «similare» da

⁴³ BOSETTI, op. cit., 37.

⁴⁴ VETTESE, op. cit., 11 ss.. «In preda al senso di perdita che deriva dal non ritrovare più ciò che credevano assodato, non resistendo al fenomeno che gli psicologi chiamano «dissonanza cognitiva», molti studiosi sono arrivati a dire che l'arte non esiste più: per chi è schiavo delle proprie certezze, la distanza tra ciò che si vede nei musei d'arte antica e ciò che viene definito «arte contemporanea» crea ansia e insicurezza».

⁴⁵ RIMOLI, op. cit., 11.

⁴⁶ Secondo MONTEL, *Tempo e luogo. Opera d'arte e norma giuridica come prodotti collettivi*, in NEGRI-CLEMENTI, *Il diritto dell'arte – L'arte, il diritto e il mercato*, Vol. 1, Skira, Milano, 2012, 18, «fenomenologia artistica e fenomenologia giuridica sono intimamente connesse, sia sotto l'aspetto individuale-privatistico, sia in relazione alla partecipazione e alla fruizione sociale». Si tratta di due sistemi complessi e potenzialmente in conflitto per i limiti che la legge pone alla libertà di espressione degli artisti. Nel tentare un confronto e una mediazione tra i due, l'opera d'arte e la norma «devono essere trattati come prodotti di una collettività [...] in grado di legittimarne o delegittimarne i produttori e gli attori (con i loro processi)».

⁴⁷ GIUDICI, *Arte e diritto (d'autore): alcuni spunti di riflessione*, in CASTELLI e GIUDICI, *Conversazioni in arte e diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, 18.

⁴⁸ BOSETTI, op. cit., 37.

parte del legislatore che sembra avvallare tale operazione esegetica a favore delle novità in campo artistico.

Tuttavia, questo non basta a considerare risolti i problemi che le varie correnti dell'arte contemporanea pongono al diritto d'autore.

Infatti, le – già menzionate – opere «dematerializzate» dell'arte concettuale, caratterizzandosi per la preminenza dell'idea rispetto al risultato formale/estetico dell'opera sfidano un principio fondamentale del diritto d'autore, ossia quello della dicotomia tra idea ed espressione, secondo cui la privativa riguarda solo la forma/espressione dell'opera creativa, ma non ne tutela l'idea ⁴⁹.

Così pure le realizzazioni proprie del *ready made* sollevano problemi giuridici in merito all'opportunità della loro tutelabilità, poiché il riconoscimento in capo a queste di diritti esclusivi *erga omnes* potrebbe condurre a esiti monopolistici paradossali ⁵⁰. E ancora, le opere dell'arte appropriativa, in cui le forme sono create dall'artista «appropriandosi», appunto, delle forme di opere di artisti precedenti prestano il fianco alle accuse di plagio degli autori di queste ultime.

Queste riflessioni pongono interrogativi a cui il diritto d'autore non può non rispondere, tenendo a mente che le soluzioni adottate incideranno altresì sullo sviluppo del panorama artistico delle future generazioni.

4. Il rapporto tra il diritto d'autore e la libertà di espressione.

Il diritto d'autore svolge una funzione cruciale nella promozione del progresso culturale e artistico della società. In particolare, grazie alla prospettiva di una ricompensa economica derivante dall'utilizzo delle loro opere ⁵¹ e del riconoscimento di una serie di

⁴⁹ BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 105; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 698; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974, 37 ss.; BUCCIANI, *La Cassazione su plagio artistico e arte informale*, Sentenze annotate, I, NGCC 7-8/2018, 988.

⁵⁰ SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in nota a Trib. Milano, 29 giugno 2011, in *IDA* 2011, 570, secondo il quale le opere proprie del *ready made* sollevano dubbi in relazione alla sussistenza di quella creatività richiesta dalla legge per potersi parlare di opera dell'ingegno e pone la questione relativa alla possibilità che l'attribuzione «ad un singolo soggetto [di] uno *jus excludendi* rispetto a *forme artistiche* oftalmicamente indistinguibili da *forme del reale*» possa produrre «insopportabili effetti monopolistici». Si veda anche MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Zanichelli, Bologna, 2008, 69 ss..

⁵¹ BERTANI, op. cit., 64-65. L'Autore afferma che la combinazione delle regole del diritto d'autore assicura «agli autori una possibilità di remunerazione equa del loro lavoro creativo, nonché un incentivo efficace a generare nuove opere dell'ingegno». Si veda anche la nota 131 in cui l'Autore fa riferimento a ASCARELLI, op. cit., 309, secondo il quale «il diritto d'autore protegge l'interesse del titolare alla “probabilità di guadagno” conseguibile a seguito dell'utilizzazione economica della risorsa protetta nei rapporti con i terzi».

diritti assoluti esercitabili per un lungo periodo di tempo ⁵², gli artisti sono incoraggiati a sviluppare la loro creatività e a condividere il loro lavoro.

Affinché il sistema continui a funzionare è, tuttavia, necessario evitare orientamenti iper-protezionisti che tendono ad ampliare l'ambito di protezione a qualsiasi tipologia di opera ⁵³. L'applicazione della tutela del diritto d'autore influisce direttamente sulla possibilità di sviluppo artistico e per questo una sua estensione eccessiva potrebbe costituire un ostacolo significativo per il futuro dell'arte ⁵⁴. Gli artisti, infatti, per il timore che le loro opere possano violare diritti d'autore altrui, potrebbero sentirsi scoraggiati a fare il loro ingresso nel panorama creativo.

Nell'ambito della presente trattazione, dunque, non si deve sottovalutare l'impatto che può derivare dall'estensione della privativa alle opere d'arte contemporanea. Molte sue correnti, infatti, pongono notevoli sfide al sistema tradizionale del diritto d'autore, mettendo in discussione alcuni dei suoi principi fondamentali ⁵⁵. È, quindi, imperativo che, nella valutazione sull'opportunità di tutelare tali opere, gli interpreti considerino attentamente che queste rispettino i requisiti previsti dal sistema del diritto d'autore; senza che il giudizio sia dettato dalla paura di venire meno ai dichiarati principi di promozione del progresso culturale e artistico ⁵⁶.

⁵² I diritti di utilizzazione economica dell'opera si estendono, ai sensi dell'articolo 25 l.a. (come modificato dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52), per tutta la vita dell'autore e sino al settantesimo anno solare dopo la sua morte. Secondo MUSSO, op. cit., 426 ss., «la progressiva elevazione dei termini, tuttavia, non può non destare preoccupazione sul piano tanto teorico, quanto pratico: l'aumento della protezione – giustificato con la «foglia di fico» del corrispondente aumento medio della vita di due generazioni – risulta infatti unilateralmente funzionale agli interessi delle imprese culturali, ormai sempre più esclusive titolari dei diritti d'autore per via di trasferimenti legali o volontari e perciò interessate a prolungare altrettanto indefinitamente la durata patrimoniale dei loro *assets*». Tuttavia, «se si considera il necessario equilibrio fra la legittima remunerazione dell'autore (o delle due generazioni successive di eredi) e l'interesse degli autori presenti o futuri a potere rielaborare ed utilizzare opere del passato – ormai divenute pure di fatto un comune sostrato culturale – non si può non condividere seriamente il pericolo di un'appropriazione, indefinita nel tempo, della cultura stessa, equiparata più o meno esplicitamente a qualsiasi altro prodotto o bene oggetto di proprietà materiale».

⁵³ *Ivi*, 5 ss..

⁵⁴ BERTANI, op. cit., 64 ss. e 108 ss.; PETRUZZELLI, *Copyright Problems in Post-Modern Art*, Vol. 5, in DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law, 1995, su: <https://via.library.depaul.edu/jatip/vol5/iss1/5>, 116, secondo cui «artists would be able to have a monopoly on ideas that would forestall entire avenues of creative expression, such as certain colors o geometric shapes» e conclude che «if the Act were overhauled to accommodate post-modernism's unique problems, the essence of copyright protection, the fostering of original expression, would be seriously undermined and our national culture would suffer».

⁵⁵ *V. supra*.

⁵⁶ SPEDICATO, op. cit., 571, qui l'Autore sottolinea la necessità che il diritto provi a indagare e risolvere il problema, «se, infatti, si finisce con il concludere che, giusta le preoccupazioni monopolistiche sopra ricordate, il diritto d'autore dovrebbe astenersi dal proteggere talune espressioni dell'arte contemporanea, ci si potrebbe legittimamente domandare se esso non stia mancando i propri obiettivi dichiarati».

Posta in questi termini, la sfida tra la protezione dei diritti d'autore e la promozione dell'innovazione può essere letta anche come il conflitto tra due diritti fondamentali: il diritto d'autore e la libertà di espressione ⁵⁷.

Anche sotto questa lente, l'«interferenza permanente»⁵⁸ che si crea fra i diritti in contesa deve essere risolta utilizzando un metodo fondato su «criteri obbiettivi individuati nell'ambito dell'ordinamento» ⁵⁹. E, poiché non è possibile stabilire gerarchie assiologiche univoche e definitive fra i due diritti ⁶⁰, né rinvenire un generale obiettivo superiore da massimizzare ⁶¹, il metodo più idoneo sembra essere quello di un giudizio di bilanciamento ⁶².

In particolare, vista la natura che i diritti confliggenti assumono all'interno del nostro ordinamento ⁶³, essi paiono «diritti che l'interprete dovrebbe bilanciare, attraverso un giudizio ad hoc, individuando la soluzione che ne determini il minimo sacrificio» ⁶⁴. Nel nostro ordinamento ⁶⁵, infatti, non è possibile rinvenire, in linea generale, un unico meta interesse da massimizzare ⁶⁶. Di conseguenza, in mancanza di criteri basati su disposizioni

⁵⁷ OTTOLIA, *L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione Europea: una proposta di bilanciamento*, in *AIDA* 2016, 157 ss.. L'Autore svolge le sue riflessioni adottando l'accezione più ampia della libertà di espressione, intesa non solo come libertà di esprimere opinioni, ma anche come principio generale di accesso all'espressione altrui e alla conoscenza, anche nei rapporti interprivati. Infatti, «mentre storicamente le interferenze con i diritti fondamentali sono derivati da iniziative c.d. verticali poste in essere dall'autorità nei confronti del cittadino, la storia recente dei diritti fondamentali illustra l'importanza di questi strumenti di difesa nei rapporti interprivati, c.d. orizzontali».

⁵⁸ *Ivi*, 159, ove l'Autore afferma che «La tesi di questo lavoro è che proprietà intellettuale e libertà di espressione sono diritti fondamentali che si trovano in interferenza permanente».

⁵⁹ *Ivi*, 183.

⁶⁰ *Ivi*, 179 ss.. L'Autore approfondisce ampiamente la questione e conclude che, in ragione del fatto che i diritti qui in contesa sono diritti che occupano il più alto ruolo del sistema delle fonti, non è possibile risolvere l'interferenza permanente che si crea fra essi attraverso una gerarchia strutturale (ove una norma è prodotta secondo le modalità indicate dall'altra) o materiale (ove una delle due norme non può essere in contrasto con l'altra pena la sua invalidità). Piuttosto, sarebbe possibile provare a individuare una gerarchia assiologica, ove la prevalenza di una delle due norme è sancita dalla maggiore importanza rispetto all'altra, ma né a livello positivo né a livello giurisprudenziale si riesce a desumere tale gerarchia valoriale. Per questo l'Autore giunge alla soluzione per cui sia necessario effettuare un giudizio di bilanciamento tra i due diritti da parte di un interprete.

⁶¹ V. *infra* nota 14 e 15.

⁶² OTTOLIA, op. cit., 183-185.

⁶³ *Ivi*, 179, ove l'Autore definisce tali diritti come diritti che occupano il «medesimo livello apicale» all'interno del sistema.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Al contrario di quanto avviene invece nel sistema nordamericano. Quest'ultimo permette senza dubbio limitazioni alla privativa al fine di ottenere la massimizzazione del risultato innovativo, ma ciò dipende dalla diversa natura che i diritti in contesa ricoprono in tale sistema. Per un approfondimento sull'impostazione dell'ordinamento nordamericano *ivi*, 186 (in particolare, note 123 e 124); si veda anche il paragrafo dedicato al *fair use* in questa tesi: cap. II, par. 5.3.

⁶⁶ OTTOLIA, op. cit., 183. Tale tipo di bilanciamento è «quello che si pone tra due entità rispetto alle quali è individuabile un obiettivo superiore». In base a ciò, si può identificare la combinazione più adatta a valorizzare il meta-interesse attraverso un meccanismo che si basa sull'effetto complessivo e prescinde dalla valutazione sul quantum di compressione di quello tra i due elementi in contesa che viene sacrificato. Così impostato, «il bilanciamento tra la tutela della privativa e la tutela dell'espressione dovrebbe essere condotto per garantire,

giuridiche sui quali condurre un giudizio di massimizzazione, al giudice non dovrebbe essere consentito seguire questa impostazione, poiché «comprimere un diritto soggettivo sulla base di un preteso interesse generale [...] laddove non giuspositivamente fondato e delimitato si pone come un'ingerenza autoritativa arbitraria»⁶⁷.

Nonostante ciò, si devono richiamare due note ordinanze⁶⁸ in cui i giudici hanno ammesso alla tutela del diritto d'autore due diverse opere d'arte appropriativa proprio utilizzando un bilanciamento di massimizzazione, seppur in modo occulto⁶⁹.

L'interprete, invece, dovrebbe essere vincolato alla costruzione di un procedimento di interpretazione basato sulle fonti formali dell'ordinamento, senza rischiare che l'ampia discrezionalità e i poteri di eterointegrazione gli consentano di assumere arbitrari giudizi di valore. Solo attraverso l'adozione del giudizio di bilanciamento di minimizzazione si può ottenere questo risultato e così garantire un equilibrio tra i due diritti fondamentali qui confliggenti⁷⁰.

D'altronde, poi, tale approccio interpretativo consente comunque all'interprete la possibilità di un'integrazione che si fondi, però, su principi propri dell'ordinamento⁷¹. Infatti, è possibile che la valutazione delle caratteristiche specifiche del caso concreto porti a una soluzione differente da quella che deriverebbe da una stretta interpretazione della legge; giungendo così a una soluzione che costituisce «una sintesi tra certezza del diritto e necessità di ovviare alla rigidità del sistema»⁷².

A questo quadro, la presente trattazione non intende aggiungere considerazioni sulle modalità con cui attuare tali bilanciamenti, poiché ciò richiede la valutazione di molteplici variabili dipendenti dal caso concreto. Tale responsabilità, dunque, rimane esclusivamente in capo al giudice, il quale è l'unico che abbia a disposizione l'insieme completo degli elementi relativi alla fattispecie.

ad esempio, la maggiore innovazione, oppure la maggiore circolazione delle opere esistenti, il maggior beneficio degli utenti attuali o il maggior beneficio delle future generazioni».

⁶⁷ *Ivi*, 190, nota 142. Un ordinamento che permette un giudizio di massimizzazione

⁶⁸ Il riferimento è all'ordinanza del Tribunale di Milano, del 13 luglio 2011 e a quella del Tribunale di Venezia del 17 novembre 2015 che verranno esaminate *infra* al cap. II, par. 5.2.

⁶⁹ L'espressione è intesa nel senso di una interpretazione tipicamente riconducibile a casi di bilanciamento sebbene questo tipo di giudizio non emerga esplicitamente dall'argomentazione, così come effettuato da OTTOLIA, op. cit., 167.

⁷⁰ *Ivi*, 189.

⁷¹ *Ivi*, 189, nota 139.

⁷² *Ivi*, 190.

SECONDO CAPITOLO

IL REQUISITO DEL “CARATTERE CREATIVO” E IL RAPPORTO CON LA FORMA ESPRESSIVA NELLE OPERE D’ARTE CONTEMPORANEA

INDICE SOMMARIO: 1. Premesse storiche; 1.1. La tutela del diritto d’autore dall’invenzione della stampa al Novecento; 1.2. Il passaggio dalla legge italiana sul diritto d’autore del 1925 a quella attualmente in vigore del 1941; 2. L’oggetto della protezione del diritto d’autore; 2.1. Il catalogo delle opere proteggibili; 2.2. Il rapporto tra forma e contenuto e la dicotomia tra idea ed espressione; 2.3. La forma interna e la forma esterna; 2.4. Casi particolari: lo stile dell’autore; 3. I requisiti per la protezione delle opere dell’ingegno; 3.1. Il «carattere creativo» dell’opera; 3.2. La novità e la non banalità dell’opera; 3.3. La natura discrezionale dell’opera; 3.4. Il valore artistico e l’utilità dell’opera; 3.5. L’identificabilità oggettiva dell’opera; 3.6. La liceità dell’opera; 3.7. La creatività nelle opere d’arte contemporanea; 4. Le opere originarie e le opere derivate; 4.1. Le opere d’arte contemporanea tra opere originarie e derivate; 5. Il plagio e la contraffazione delle opere dell’ingegno; 5.1. La riproduzione degli elementi creativi dell’opera precedente; 5.2. Il criterio dello «scarto semantico» e l’istituto della parodia; 5.3. Il «fair use test» dell’opera altrui; 5.4. La citazione.

1. Premesse storiche.

L’espressione «diritto d’autore» designa le tecniche di appropriazione delle forme espressive generate dalla creatività umana. Nei diversi tempi e luoghi queste tecniche sono state variamente modulate per contemperare una pluralità di interessi almeno parzialmente contrastanti, quali soprattutto quelli individuali dell’autore a diffondere i frutti del proprio lavoro intellettuale ed a godere in esclusiva gli esiti del loro sfruttamento economico; gli interessi individuali degli intermediari nella circolazione delle opere a fruire dei risultati dei loro investimenti e degli altri utilizzatori professionali a valersene quali fattori produttivi nella propria attività imprenditoriale; gli interessi della collettività a conoscere ed usare gli esiti della creatività umana a fini di godimento intellettuale, di crescita culturale, di ricerca scientifica, di critica e libera manifestazione del pensiero.

Per comprendere e ricostruire questa esperienza giuridico-culturale è anzitutto necessario procedere da una rappresentazione sintetica del suo sviluppo storico, senza dimenticare che nei diversi sistemi ed ordinamenti giuridici d'Europa essa ha conosciuto elementi di differenziazione non secondari ¹.

1.1. La tutela del diritto d'autore dall'invenzione della stampa al Novecento.

L'analisi dei requisiti necessari per ottenere la protezione legale delle opere dell'ingegno svolge un ruolo cruciale nella comprensione del confine tra i beni intellettuali di pubblico dominio e le opere soggette ai diritti esclusivi dell'autore. Attrarre un'opera nel sistema del diritto d'autore comporta implicazioni significative per il suo creatore, consentendogli di escludere terze parti dalla condivisione e dallo sfruttamento commerciale di tale risorsa immateriale, che altrimenti sarebbe liberamente utilizzabile da chiunque.

Attualmente, l'articolo 1 della legge sul diritto d'autore (in seguito, l.a.) tutela le opere dell'ingegno appartenenti a un elenco esemplificativo di settori tradizionali letterari e artistici ², ma a condizione che tali opere siano dotate di «carattere creativo». Lo stesso criterio di creatività si trova ribadito anche all'articolo 2575 del codice civile ³.

Tuttavia, è importante notare che il concetto di creatività, oggi essenziale per la tutela delle opere dell'ingegno, non ha sempre occupato un ruolo centrale nello sviluppo del diritto d'autore, soprattutto nelle prime fasi della sua evoluzione. In realtà, si tratta di un requisito dalle origini recenti ⁴.

Nel corso della storia, l'ambito di protezione offerto dal diritto d'autore ha subito una significativa evoluzione, comportando modifiche sostanziali nei requisiti richiesti per la sua concessione. È particolarmente sorprendente il fatto che sia stato necessario molto tempo prima che fosse riconosciuto agli autori delle opere tutelate il diritto esclusivo di utilizzazione economica, tuttavia, questa peculiarità può essere ragionevolmente giustificata ⁵.

La nascita del diritto d'autore è tradizionalmente collocata nella metà del XV secolo in Europa, in concomitanza con l'invenzione della stampa a caratteri mobili. Questa

¹ BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 1.

² Per approfondimenti in merito alla non tassatività delle elencazioni di cui agli articoli 1 e 2 l.a. si veda *infra* par. 2.1.

³ Articolo 2575 c.c.: «Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.»

⁴ PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, II ed., Marghieri-UTET, Napoli-Torino, 1927, 1 ss.

⁵ GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974, 2 ss.

innovazione ha rivoluzionato il panorama culturale preesistente, in cui i libri erano considerati beni di lusso per via del loro elevato costo e la loro circolazione era conseguentemente limitata. Al contrario, con l'avvento dell'editoria e della produzione seriale, si è osservata una diffusione sempre più ampia di tali opere ⁶.

In questa fase iniziale, la produzione libraria era prevalentemente dedicata a opere antiche di origine greca e romana. Di conseguenza, gli autori contemporanei non trassero immediati benefici da questo cambiamento. Questo derivava anche dal fatto che, all'epoca, l'obiettivo principale dei governi era la promozione di quell'innovativo processo che era la stampa. Pertanto, non sorprende che gli interventi politici si siano manifestati attraverso l'assegnazione di concessioni temporanee ai tipografi, al fine di mitigare i rischi da loro assunti e prevenire i problemi legati alla concorrenza ⁷.

In breve tempo, tuttavia, i privilegi non ebbero più ad oggetto l'attività della stampa in sé, ma della stampa di singole opere o di categorie di opere. Tale evoluzione era però ancora giustificata dalla necessità di proteggere gli investimenti economici, effettuati o previsti, dai tipografi e rivendicati da loro stessi. Attraverso la concessione dei cosiddetti «privilegi librari» da parte dei governatori, i tipografi e gli editori ottenevano il monopolio temporaneo sulla produzione e sulla commercializzazione dell'opera.

In questo periodo, si afferma il concetto secondo cui il valore economico delle opere intellettuali è distinto dall'oggetto fisico singolo che ne costituisce il supporto materiale, e questo valore viene tutelato proprio tramite i «privilegi librari» ⁸. Tuttavia, in un'età in cui l'attenzione era principalmente rivolta alla promozione e alla protezione delle attività

⁶ PIOLA CASELLI, op. cit., 2 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, 334 ss.

⁷ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 2 ss.; PIOLA CASELLI, op. cit., 4 ss., in cui si afferma che «I più antichi privilegi librari che si ricordano furono quelli accordati dalla Repubblica veneta, nel 1469 a Giovanni da Spira che introdusse la stampa in Venezia; nel 1492 a Pier Francesco da Ravenna; nel 1493 a Daniele Barbaro, e, poi, sullo scorcio di detto secolo e sul principio del seguente, ai Manuzi ed a molti altri stampatori.»; R. FRANCESCHELLI, op. cit., 342 ss..

⁸ ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 684, in cui si afferma che «È solo con l'invenzione della stampa [...] che viene a porsi la [...] disciplina giuridica dell'opera oggettivamente considerata, disciplina distinta dalla cosa materiale nella quale si era estrinsecata l'opera [...]»; GRECO e VERCELLONE, op. cit., 3 ss., ove gli Autori affermano che «[...] i privilegi librari iniziarono a distinguersi dalle patenti per inventori, delineandosi così anche il concetto che «bene protetto» era la singola opera dell'ingegno, quale costante contenuto che si riproduceva immutato nelle migliaia di esemplari.»; R. FRANCESCHELLI, op. cit., 336 ss., il quale scrive che «In secondo luogo, la possibilità della rapida moltiplicazione delle copie, portò alla luce un valore nuovo, che prima era importante sì, ma in certo senso sommerso in quello del costo del materiale scrittorio e dell'opera di scritturazione: il valore del contenuto. [...] Ed è di qui che, dapprima indistintamente, poi in modo sempre più consapevole, si manifestò l'esigenza di una protezione che si distingueva da quella del sostegno materiale o da quella del mezzo tecnico cui ad esso si perveniva. E questa esigenza si espresse nella richiesta di un privilegio. I quali privilegi, per avere ad oggetto il libro e i rapporti intorno ad esso sono appunto chiamati *privilegi librari* o *di stampa*».

editoriali relative a opere già edite in precedenza, è evidente che il carattere creativo o innovativo delle opere non era ancora considerato rilevante.

Nel contesto dei «privilegi librari», è possibile distinguere due categorie sulla base del loro contenuto: i privilegi di natura commerciale e i privilegi di natura letteraria. Quelli di cui abbiamo discusso sinora rientrano nella prima categoria e si caratterizzano per il loro unico obiettivo che, indipendentemente dal livello inventivo o ideativo, è la protezione, sul terreno meramente commerciale, del loro titolare contro «la perfida e rabiosa concorrenza, la quale regna et destruzze questa calamitosa arte»⁹. In origine, questa categoria era la più numerosa e significativa.

Sotto la denominazione di «privilegi letterari», invece, si fa riferimento a quei privilegi mediante i quali veniva accordata una protezione diretta agli autori delle opere. A costoro, o a chi essi avessero scelto, veniva garantito «il diritto esclusivo di stampare o ristampare un'opera nuova, o un rifacimento importante o una raccolta con apporto elaborativo da parte dell'autore, ecc.». È proprio da questa categoria di privilegi che ha avuto origine il moderno diritto d'autore¹⁰.

Inoltre, è importante notare che i privilegi letterari non si limitavano esclusivamente a proteggere opere letterarie, bensì si estendevano anche alla concessione di privilegi nelle arti figurative, come riproduzioni, incisioni e stampe di opere pittoriche, disegni o creazioni artistiche realizzate su misura¹¹. Tra i numerosi casi degni di nota, meritano di essere segnalati quelli concessi da Venezia al Tiziano nel 1567 «per certi sui rami», così come quelli accordati da Norimberga al Dürer e in Francia al Rubens¹².

D'altronde, questo passaggio si verifica proprio all'interno del periodo rinascimentale, un'era in cui la letteratura e l'arte conoscono una fiorente espansione. Nel medesimo periodo, inoltre, il mercato delle opere classiche e religiose, in precedenza molto richieste, ha raggiunto la sua saturazione. È in questa fase che, gradualmente, gli stampatori iniziano a introdurre al pubblico nuove opere di autori contemporanei¹³.

⁹ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 342.

¹⁰ *Ivi*, 343 ss., «Di questo tipo, e con questo contenuto, si ebbero privilegi a protezione non solo di opere storiche, tecniche, mediche o di traduzioni come abbiamo visto, ma anche per trascrizioni di opere [...], o per edizioni critiche di testi greci, e infine per opere di fantasia, come il famoso privilegio concesso nel 1516 da Leone X a Ludovico Ariosto per la stampa dell'*Orlando Furioso* apparso, com'è noto, in quell'anno in Ferrara, nella prima redazione in 40 canti.»

¹¹ BERTANI, op. cit., 5 ss., l'Autore riporta che, in questo periodo di «straordinaria fioritura delle età umanistica e rinascimentale», non solo le creazioni letterarie, ma accanto a queste «iniziano ad essere protette anche quelle delle arti figurative, quali specialmente disegni, stampe ed incisioni»; si veda anche R. FRANCESCHELLI, op. cit., 360.

¹² *Ibidem*.

¹³ BERTANI, op. cit., 224.

Questo cambiamento, tuttavia, non segna una trasformazione nelle ragioni per cui i privilegi c.d. «letterari» venivano concessi dalla classe politica. Essi continuano a rappresentare un diritto esclusivo a carattere temporaneo volto a premiare e proteggere gli investimenti degli autori ¹⁴. Non siamo ancora giunti a una fase in cui la tutela riguarda intrinsecamente la natura creativa delle opere.

Per secoli ancora, gli autori non sono stati i soggetti principali a beneficiare dei privilegi sulle loro opere, rimasti in mano agli stampatori o ai librai. In molti casi, gli autori stessi non si sono avvalsi di questa possibilità, o perché non ne erano a conoscenza, oppure perché preferivano rivolgersi alle cure e alla protezione di mecenati e committenti ¹⁵.

Segue un periodo in cui emerge la formulazione di un quadro normativo che finalmente regola la concessione dei «privilegi letterari» sulla base di norme generali ¹⁶. Prima di quel momento, era sorta una complessa varietà di esclusive diverse e dai contenuti vari, le quali avevano costituito un ostacolo allo sviluppo dell'impresa culturale ¹⁷.

A Venezia, varie «parti in materia di stampe» furono promulgate per affrontare questa situazione. Tra queste, la parte del 1° agosto 1517 cercò di porre rimedio al problema dell'eccessivo numero di privilegi che erano stati concessi fino ad allora e che aveva costretto molti ad emigrare dallo Stato. Questa parte stabiliva che le grazie precedentemente accordate «agli stampatori di libri o altri» sarebbero state revocate e che «nuove grazie sarebbero state concesse solo per libri od opere nuove», mai stampate in precedenza ¹⁸.

Tuttavia, questa legge non definiva con precisione cosa si intendesse per «novità» dell'opera, poiché il termine poteva essere ambiguo e portare a qualificare come nuova anche un'opera già edita, ma leggermente modificata o con poche correzioni rispetto alle pubblicazioni precedenti. Pertanto, il Senato veneto intervenne con una nuova parte il 4 giugno 1537, specificando che nei casi precedentemente descritti, il requisito della «novità»,

¹⁴ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 351 ss..

¹⁵ *Ivi*, 360 ss., il quale riporta che «[...] a lungo, nel Cinquecento, nel Seicento e ancora nel Settecento, durò il costume di ricorrere alla protezione di qualche più o meno illustre personaggio. A costui, o veniva dedicata, con epistole a stampa, piene d'ogni genere d'elogi, l'opera in sé; o veniva inviato, con invio autografo di uno dei non molti esemplari dell'edizione che l'autore riusciva ad ottenere gratis dallo stampatore.»

¹⁶ BERTANI, op. cit., 6, in cui l'Autore sottolinea che in questo periodo «L'assegnazione ai privati del potere di sfruttamento esclusivo dell'opera dipende ancora dalla volontà del sovrano, seppure in un quadro di regole (quali ad esempio quelle previste dalla parte veneziana del 1603, ovvero dal Licensing Act inglese emanato da Carlo II nel 1662) che rimettono sempre meno la concessione del privilegio alla mera discrezionalità dei pubblici poteri, ai quali residua tuttavia un'ampia facoltà di censura per ragioni di carattere politico e religioso.»

¹⁷ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 363 ss.

¹⁸ *Ivi*, 364 ss.. Si veda anche BERTANI, op. cit., 6 ss., in cui l'Autore precisa che «Sul piano dell'oggetto il privilegio viene progressivamente concentrato sopra un'unica opera, che deve risultare in qualche modo nuova, in quanto non precedentemente edita (ovvero non più edita da un determinato numero di anni) oppure non ancora assoggettata a privilegio nel territorio di protezione.»

previsto per la concessione e validità del privilegio, non sarebbe stato soddisfatto¹⁹. In questo periodo l'accezione della «novità» dell'opera fu interpretata nel senso della sua natura inedita (o non più edita da un determinato numero di anni²⁰).

La fase che segue si colloca tra la fine del XVII secolo e la prima parte del XIX secolo ed è caratterizzata dalla convergenza delle rivendicazioni giusnaturalistiche e delle aspirazioni di matrice liberale. Da un lato, prendono avvio quei moti rivoluzionari che portano alla riforma degli Stati assoluti, che travolgono le istituzioni dell'economia mercantile, ponendo le basi per superarle ed avviare la transizione verso il capitalismo di mercato. Dall'altro lato, si sviluppano le teorie giusnaturalistiche tra le quali un ruolo apicale è svolto dalle teorie di John Locke, le quali avevano ad oggetto il pensiero secondo cui ogni uomo ha un diritto naturale sui risultati del suo lavoro, anche creativo²¹.

L'aspirazione è quella ad ottenere un titolo di sfruttamento esclusivo dell'opera svincolato dalla discrezionalità del principe e più in generale a sperimentare una liberalizzazione dei mercati dei prodotti e servizi culturali.

Questa fase ha luogo in un contesto particolarmente favorevole sia sul piano culturale che politico. Rispettivamente, infatti, l'individualismo illuministico tende a valorizzare sempre più i meriti della creatività intellettuale e al contempo i governanti sono maggiormente disponibili a prendere in considerazione queste istanze nell'ambito di più ampi disegni di incentivo del progresso culturale dei governati²². Infatti, le motivazioni che giustificano la tutela fornita dal diritto d'autore si distaccano dalla prospettiva commerciale centrata sulla protezione degli investimenti, per spostarsi invece verso la salvaguardia del lavoro intellettuale creativo.

Pur con diversa intensità questi motivi ispiratori stimolano così l'abbandono del sistema dei privilegi a favore dell'assegnazione all'autore di un diritto esclusivo sullo sfruttamento economico dei frutti della propria creatività intellettuale²³.

¹⁹ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 365, il quale riporta che «perché alcuna volta si da anchora gratia, et privilegio de libri altre fiata impressi, che è contra le lege nostre, et contra ogni dovere, *che per poche correctioni che si aggiungono ad un libro, c'era commune con tutti*, sia data gratia di farlo speciale ad uno solo, il che fa poi, che quelli, che l'hanno, sapendo di non poter haver concorrenza d'altri, la qual acuisse l'industria in tutte l'arte, stampano gli libri in quella carta et in quel modo, che à loro viene meglio. Sia di novo preso, che la parte del 1517 che vole che non si possa dar gratia ad alcuno de libri, et d'opere, che non siano nove, et se fusse data, si intenda esser di nessun valore, sia in tutto et per tutto confermata.»

²⁰ Si veda, ad esempio, la parte veneziana del 1603 pubblicata in STOLFI, *La proprietà intellettuale*, UTET, Torino, 1915, I, 32, nota 3, cito da BERTANI, op. cit., 6.

²¹ Il ruolo svolto dalle teorie giusnaturalistiche ai fini dell'emersione del diritto d'autore varia in ragione del contesto storico-politico e giuridico-culturale. Si tratta di un fenomeno complesso per cui si rimanda agli approfondimenti svolti *ivi*, 14, nota 44.

²² *Ivi*, 9-10.

²³ *Ivi*, 10.

Da questo momento in avanti, infatti, la legislazione attribuisce in via originaria agli autori il diritto esclusivo non appena essi creino un'opera. Questo principio fu sancito per la prima volta nello Statuto della Regina Anna del 1709, laddove si stabiliva in maniera inequivocabile che solo l'autore o i suoi aventi causa avrebbero avuto il diritto esclusivo («the sole liberty of printing and reprinting such book or books») per un periodo di 14 anni dalla data della prima pubblicazione, e che nessun altro avrebbe avuto tale facoltà salvo il previo consenso scritto del detentore del diritto ²⁴.

Inoltre, a seguito della rivoluzione industriale in Inghilterra e delle rivoluzioni francese e americana, il diritto d'autore ottenne anche i primi riferimenti costituzionali ²⁵. Negli Stati Uniti d'America, la costituzione conferisce al Congresso l'incarico e il potere di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, fornendo agli autori e agli inventori un periodo di tempo durante il quale possono esercitare il loro diritto esclusivo sulle loro opere e scoperte ²⁶. Già nel 1790, il Congresso approva il *Patent Act*, una legislazione che si conformava alle disposizioni costituzionali ²⁷.

In Francia, la prima legge generale sui diritti di proprietà intellettuale fu elaborata dalla Convenzione Nazionale nel luglio del 1793 ²⁸. Questa legge stabiliva, tra le altre cose, che il diritto esclusivo veniva riconosciuto agli autori e aveva una durata che si estendeva per l'intera vita dell'autore e per ulteriori dieci anni dopo la sua morte ²⁹. Sul punto, Le

²⁴ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 373 ss., il quale specifica che «L'importanza di questa legge non può certo essere negata, quantunque non pochi germi o principi, in essa sviluppati o enunciati, si trovino già altrove. Ma quello che c'è di specifico è la consapevolezza e l'enunciazione delle fondamentali ragioni giuridiche e morali che militano a favore degli autori o loro aventi causa, e che sono così espressi nel preambolo dell'atto: «poiché stampatori e librai... si sono di recente presa frequentemente la libertà di stampare, ristampare e pubblicare, o far stampare o ristampare e pubblicare libri e altri scritti senza il consenso degli autori o dei proprietari di tali libri o scritti, con grande detrimento di questi e troppo spesso con rovina loro e delle loro famiglie...»; si veda anche BERTANI, op. cit., 10.

²⁵ All'articolo 1.8 della costituzione federale statunitense si legge che il Congresso avrà il potere di promuovere il progresso della scienza assicurando agli autori il diritto esclusivo sui loro scritti («promote tra Progress of Science»).

²⁶ U. S. Const. Art. I § 8.

²⁷ Per approfondire il contenuto della legge v. R. FRANCESCHELLI, op. cit., 379 ss.; si veda anche BERTANI, op. cit., 10.

²⁸ *Ibidem*, ove l'Autore riporta che, in particolare, la Francia aveva disciplinato, con il decreto rivoluzionario del 13 gennaio 1791, le opere drammatiche e, con quello del 19 luglio 1793, su tutte le altre opere dell'ingegno.

²⁹ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 391 ss., il quale riporta che la legge stabiliva altresì che sono protetti gli autori di scritti di qualsiasi genere, i compositori di musica, i pittori e disegnatore che faranno incidere quadri o disegni; che il contenuto del diritto consiste nel «*droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages*» e di cederne «*la propriété en tout ou en partie*»; che a carico dei contraffattori è disposta la confisca degli esemplari impressi o incisi senza il loro permesso; che una multa è disposta così a carico dei contraffattori che dei *débitants* di edizioni contraffatte; che la legittimazione ad agire contro i contraffattori sarà condizionata al fatto che siano stati depositati due esemplari delle opere stampate o incise alla biblioteca nazionale o al gabinetto delle stampe: di tale deposito «*il (l'autore) recevra un recu signé par le bibliothécaire, faute de quoi il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs*».

Chapelier scriveva che «La più sacra, la più legittima, la più inattaccabile, e, [...], la più personale di ogni proprietà, è l'opera, frutto del pensiero d'uno scrittore»³⁰.

Anche in Italia si assiste al superamento del sistema dei privilegi e i diversi Stati preunitari emanano leggi sul diritto d'autore analoghe a quelle appena esaminate, sancendo il principio per cui le opere dell'ingegno sono di proprietà dei loro autori. In particolare, tra queste leggi figurano la legge della Repubblica Cisalpina del 1801³¹, il decreto del Regno delle Due Sicilie del 1828, le regie patenti del Regno di Sardegna nel 1826, la legge austriaca del 1846 adottata nel Lombardo-Veneto e l'editto dello Stato Pontificio del 1826, solo per citarne alcune³². È importante sottolineare una peculiarità del diritto d'autore dell'Italia preunitaria: l'emergere di una forma di diritto comune tra vari Stati, grazie all'adesione al trattato stipulato tra il Piemonte e l'Austria nel 1840³³.

Tuttavia, bisogna attendere fino al 1865 per l'approvazione della prima legge organica sul diritto d'autore dell'Italia unita, che fu promulgata con il regio decreto del 25 giugno 1865, n. 2337 e rimase in vigore fino al 1925. Lo scopo principale di questa legge era la tutela dei diritti patrimoniali riconosciuti agli autori delle opere dell'ingegno, i quali comprendevano le «facoltà esclusive di pubblicare, riprodurre e tradurre le opere da loro create e di spacciarne le riproduzioni»³⁴.

In conclusione, è possibile affermare che, seppure con qualche variante, le tecniche di appropriazione dei risultati della creatività umana elaborate nei diversi sistemi giuridici dell'esperienza occidentale presentano in questa fase un carattere di omogeneità. Queste

³⁰ THIOLLIÈRE, *Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rapport n. 308, 2006, su <https://www.senat.fr/rap/105-308/105-3084.html>. *Ove si legge che* «Les considérations qui inspiraient les législateurs ont été exposées par les défenseurs de ces deux textes: Le Chapelier pour la loi de 1791 et Lakanal pour celle de 1793. Ainsi, Le Chapelier regardait l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain comme «la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle des propriétés.»».

³¹ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 455 ss., che afferma che tale legge riporti una traduzione letterale della legge francese del 1793.

³² BERTANI, op. cit., 11-12.

³³ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 456 ss.

³⁴ PIOLA CASELLI, op. cit., 22 ss.; GIANNINI, *Il diritto d'autore*, La nuova Italia, Firenze, 1946, 1 ss., il quale afferma che «La prima legge italiana sul diritto d'autore si connette al movimento avviato, subito dopo la formazione del Regno, per l'unificazione legislativa dello Stato. Falliti i primi progetti presentati dai ministri Pepoli (18 novembre 1862) e Manna (1 giugno 1863) – quest'ultimo aveva dato luogo alla celebre relazione del sen. Antonio Scialoja – il Pisanelli comprese infatti anche la proprietà letteraria nei provvedimenti da predisporre per l'unificazione amministrativa e legislativa del Regno, che il Governo era autorizzato ad emanare (Legge 2 aprile 1865, n. 2215). Ripreso, ridiscusso ed emendato il progetto Manna, il provvedimento fu emanato col R. D. 5 giugno 1865 n. 2337 all. G, col titolo «Legge sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno». Il regolamento esecutivo venne emanato con R. D. 25 giugno 1865 n. 2338, cioè lo stesso giorno della pubblicazione della legge. Intanto veniva adottato il cod. civile, il quale, all'articolo 437, dichiarava che «le produzioni dell'ingegno appartengono ai loro autori, secondo le norme stabilite da leggi speciali». Tale norma è rimasta in vigore fino all'entrata in vigore del libro del lavoro del nuovo codice civile, che ha adottato un diverso sistema».

tecniche, per reazione al sistema dei privilegi, sono strutturate in forma di diritti soggettivi, quali poteri assegnati al titolare da una legge generale e astratta, esercitabili nei confronti sia dello stato che dei privati. Soprattutto nell'esperienza continentale queste tecniche sono costruite prendendo a modello la proprietà sulle cose corporali, che affrancata dal sistema feudale appare in questa età come l'archetipo dei diritti soggettivi conquistati dalla borghesia liberale³⁵. Il pensiero giuridico che emerge è principalmente orientato verso la creazione di norme che stabiliscano a quali soggetti può essere attribuito il diritto esclusivo di autore.

Tuttavia, in tali legislazioni non compare quasi alcuna traccia di riflessioni relative ai requisiti specifici per l'accesso alla tutela autoriale, poiché le leggi si limitano a riconoscere questa tutela ai soggetti (autori, per l'appunto), che abbiano dato vita ad un'opera tramite un loro atto creativo³⁶.

Il dibattito sui requisiti necessari per ottenere la tutela dell'opera dell'ingegno emerge chiaramente solo durante il periodo delle grandi convenzioni internazionali, in particolare nel testo della Conferenza di Berna (CUB)³⁷ del 1886. Infatti, l'articolo 10 della convenzione originaria riserva esplicitamente all'autore dell'opera «originale» una serie di facoltà, tra cui sono compresi gli adattamenti e le trasformazioni che sono considerate illecite se realizzate da altri senza il suo consenso. Tuttavia, queste azioni diventano lecite e garantiscono la protezione dell'opera così creata se, a sua volta, essa presenta le caratteristiche di una nuova opera «originale»³⁸.

³⁵ BERTANI, op. cit., 21, il quale precisa che «Quanto all'archetipo dominicale giova peraltro ricordare che il trapasso dalla teoria medioevale del dominio alla concezione moderna della proprietà a quel tempo non è ancora compiuto, cosicché esso permane un contenitore capace di ospitare figure strutturalmente assai eterogenee. Per conseguenza questa collocazione dogmatica tra le proprietà non incide sulla ricostruzione strutturale della nuova privativa, che dai diversi formanti viene ovunque disegnata traslando in forma di diritto soggettivo il medesimo potere sull'opera assegnato a suo tempo dalla titolarità dei privilegi. Precisamente il diritto d'autore viene conformato quale potere temporalmente limitato di controllare in via esclusiva (non tutte, ma soltanto) alcune forme di sfruttamento economico dell'opera, tassativamente individuate dal legislatore».

³⁶ *Ivi*, 17-18. «A partire da questo momento il piano delle regole di appartenenza vede ovunque quale titolo d'acquisto del diritto d'autore l'atto creativo, al quale per completare la fattispecie costitutiva (o semplicemente come condizione d'esercizio del diritto) sono normalmente affiancati diversi generi di formalità, tra le quali spicca spesso la pubblicazione dell'opera; mentre la titolarità originaria spetta tipicamente all'autore, ai suoi discendenti o aventi causa».

³⁷ *Ivi*, 43. «Questo trattato internazionale è nato [...] quale accordo destinato soprattutto a garantire l'applicazione agli autori cittadini degli stati membri ed agli editori ivi operanti del medesimo "trattamento nazionale" riservato ai *ressortissants* del paese di protezione. E tuttavia nelle revisioni successive (a partire da quella di Berlino del 1908) il suo carattere di convenzione di diritto materiale uniforme è stato costantemente accentuato, mediante la disciplina sempre più intensa di una protezione minimale da garantire a tutte le opere ricadenti nella sua sfera di applicazione, proposta ai diversi legislatori nazionali e da questi accolta quale modello ispiratore (e per conseguenza quale strumento di uniformazione) degli ordinamenti particolari dei sempre più numerosi paesi membri».

³⁸ R. FRANCESCHELLI, op. cit., 496, «le caractère d'une nouvelle oeuvre originale».

Al di fuori di questi discorsi relativi alle facoltà di elaborazione e alle opere derivate, la questione dei requisiti di tutela rimane sullo sfondo. Le attenzioni principali si concentrano sulla revisione delle diverse tipologie di opere dell'ingegno che possono essere inserite negli elenchi delle convenzioni nazionali e internazionali³⁹.

Emerge dunque una prospettiva che propone di offrire tutela giuridica principalmente alle opere che possono essere facilmente e inequivocabilmente ricondotte a specifiche categorie artistiche o letterarie ben definite. Questo approccio, che si può definire come "statico", cerca di stabilire una connessione diretta tra un'opera creativa e una categoria di appartenenza già consolidata, come la pittura, la scrittura, la musica o la scultura. Al contrario, non abbraccia una visione "dinamica" in cui la protezione non dipenderebbe tanto dalla categoria artistica di appartenenza, ma piuttosto da una serie di requisiti oggettivi che possono essere concretamente riscontrati nell'opera stessa.

1.2. Il passaggio dalla legge italiana sul diritto d'autore del 1925 a quella attualmente in vigore del 1941.

Il regio decreto legge del 7 novembre 1925, n. 1950, successivamente convertito nella legge del 18 marzo 1925, n. 582, segnò la conclusione di un lungo percorso che aveva l'obiettivo di una riforma radicale della preesistente normativa. Questa legge fu accolta con grande entusiasmo e riscosse l'apprezzamento della dottrina sia in ambito nazionale che ed estero, poiché veniva considerata all'avanguardia.

Per la prima volta, il legislatore italiano inserisce all'interno della legge sul diritto d'autore un catalogo delle opere tutelabili. In base al testo della nuova legge, si forniva protezione alle opere dell'ingegno appartenenti ad una delle tipologie previste, qualunque ne fosse «il merito e la destinazione». Fondamentalmente, sotto la vigenza di questa legge, era sufficiente che un'opera fosse considerata come un'«opera dell'ingegno» per poter essere protetta dal diritto d'autore, ma tale concetto risultava troppo ampio.

Tuttavia, in questa legge, così come avveniva ovunque nelle legislazioni contemporanee, non si trovano riferimenti espliciti sulle caratteristiche richieste per la tutela delle opere. Pertanto, è la dottrina che si occupa di formulare alcune riflessioni sui requisiti

³⁹ *Ivi*, 495, da cui emerge che la convenzione si intitola alle opere letterarie e artistiche, ma la protezione originaria riguardava anche le opere drammatiche o drammatico-musicali, nonché alle opere musicali. Con la convenzione di Roma si aggiunge la protezione rispetto alla radiodiffusione o la ritrasmissione o la comunicazione pubblica per altoparlanti o altrimenti dell'opera radiodiffusa. Già dalla convenzione di Berlino, invece, l'opera cinematografica era protetta come opera originaria.

necessari per la tutela, anche se spesso tali riflessioni si riducevano a «concetti generici ed imprecisi e ad una grande esemplificazione di casi pratici»⁴⁰.

Risale a questo periodo, però, l'importante studio di Piola Caselli sul diritto d'autore e particolarmente interessanti sono le osservazioni che riguardano nello specifico le opere delle arti figurative⁴¹. Piola Caselli osservava che le «opere dell'ingegno» sono caratterizzate dal requisito del «carattere rappresentativo»⁴², che rappresenta il risultato dell'attività creatrice dell'artista. Affinché un'opera sia tutelabile, è richiesto un lavoro intellettuale dell'artista che sfoci in una creazione materiale. L'autore riflette anche sull'entità dell'elemento creativo, rilevando che può essere anche minima, purché non sia insignificante. Questa interpretazione aiuta a comprendere le intenzioni della legge quando, nell'inciso che si legge all'articolo 1, stabiliva che un'opera dell'ingegno potesse ottenere tutela «qualunque ne [fosse] il merito»⁴³.

In breve tempo, comunque, questa legge cominciò a mostrare segni di invecchiamento e, dopo la conferenza internazionale per la revisione della convenzione di Berna (Roma, 1928), si avviò un nuovo processo legislativo che portò alla sua modifica. Nel 1936, fu costituita una prima commissione incaricata di elaborare un progetto di riforma che presentò tre anni dopo davanti ai Ministri, alla Camera e al Senato. Dopo numerosi emendamenti il testo così riformulato fu approvato ed emanato con la legge del 22 aprile 1941, n. 633, recante «Protezione del diritto d'autore e degli altri diritti connessi al suo esercizio»⁴⁴.

A breve distanza di tempo, ed in particolare nell'aprile del 1942 quando entrò in vigore il nuovo codice civile italiano, tra le novità di quel testo legislativo è importante sottolineare l'inserimento di un gruppo di norme (composto da otto articoli in totale) dedicate al diritto d'autore. Queste disposizioni sono frutto della medesima fonte da cui ha avuto

⁴⁰ PIOLA CASELLI, op. cit., 65 ss.

⁴¹ *Ivi*, 181, in cui si legge che «Il gruppo delle opere figurative o delle arti figurative, terzo gruppo principale delle opere tutelabili, abbraccia tutti quei lavori nei quali la concezione mentale viene esternata mediante qualcuna delle varie arti figurative, ossia mediante una rappresentazione materiale ottenuta col disegno in piano (disegno, incisione, pittura e simili), o col disegno plastico o in rilievo (scultura, bassorilievo, architettura e simili). Anche in questo gruppo il carattere distintivo è costituito, non già dalla natura o scopo del contenuto dell'opera, ma unicamente dalla natura del mezzo esterno che serve a rappresentare il contenuto medesimo.».

⁴² *Ivi*, 77 ss.. «Volendo riassumere in una definizione il risultato al quale siamo pervenuti, noi possiamo considerare come tutelabili quelle creazioni intellettuali che rappresentano alla mente, in forma originale o individuale, un contenuto di fatti, di idee o di sentimenti, mediante la veste sensibile fornita dalla parola, dalla musica o dalle arti figurative, e che costituiscono prodotti concreti e determinati, atti ad essere pubblicati e riprodotti.».

⁴³ *Ivi*, 184 ss.

⁴⁴ GIANNINI, op. cit., 1-16.

origine la nuova legge sul diritto d'autore e quindi garantiscono l'armonia delle prescrizioni previste nei due testi ⁴⁵.

La nuova legge sul diritto d'autore, comunque, si caratterizza per l'intenzione di fornire una «più dettagliata e minuta disciplina di tutta la materia», come dimostrato dal passaggio dai 74 articoli della legge del 1925 ai 206 dell'attuale normativa.⁴⁶

Ai fini dell'analisi sui requisiti di tutela, vanno segnalati i dibattiti che emergono dai documenti preparatori della nuova, nonché attuale, legge ⁴⁷. È qui che compare per la prima volta in modo esplicito all'interno di un testo legislativo il riferimento al requisito del «carattere creativo», superando così la precedente formula che prevedeva la protezione dell'opera «qualunque ne sia il merito e la destinazione». Allo stesso tempo, il requisito del «carattere creativo» veniva previsto anche all'articolo 2575 del codice civile.

L'inserimento di questo requisito fu oggetto di discussione in Senato, con il senatore Columba che chiedeva la sua eliminazione in ritenuto di difficile analisi e configurazione, come, a suo parere, dimostrava il fatto che proprio l'articolo successivo prevedesse un elenco di tipologie artistiche protette. A sostegno della sua inclusione, invece, si sostenne l'opinione per cui il requisito in questione servisse a consolidare in maniera esplicita il principio per cui «l'opera deve avere un merito, sia pur modesto» che le conferisca originalità e ne giustifichi la protezione, anche dal punto di vista morale ⁴⁸.

Si capisce, quindi, che dietro l'espressione del «carattere creativo» dell'opera ci fosse la volontà di introdurre il requisito di originalità del prodotto dell'ingegno, rimasto implicito fino ad allora.

L'introduzione dell'enunciata clausola sulla creatività segna l'inizio delle analisi successive, con l'obiettivo di comprendere cosa debba intendersi per «carattere creativo» della forma espressiva e se e quali siano gli ulteriori requisiti necessari affinché un'opera dell'ingegno possa rientrare nella tutela prevista a norma del diritto d'autore.

⁴⁵ *Ivi*, 14 ss., il quale sottolinea come le norme del nuovo codice «figurano non nelle norme concernenti la proprietà, come faceva il vecchio codice, bensì nel libro del lavoro» e spiega che «se la legge è del 4 aprile, il libro del lavoro figura in un supplemento alla *Gazzetta Ufficiale* del 5 febbraio, ma pubblicato e diffuso in realtà intorno alla metà di luglio. Fu quindi possibile coordinare i due provvedimenti legislativi».

⁴⁶ *Ivi*, 17-26, in cui si riporta che quest'aumento non era eccessivo, infatti, «nel complesso la nuova legislazione italiana sul diritto d'autore non appare affetta dalla malattia dell'inflazionismo», anzi si tratta di una disciplina che ha innovato trovando delle soluzioni tanto ai problemi vecchi quanto a quelli nuovi, pur tenendo fermi alcuni principi fondamentali.

⁴⁷ *Ivi*, 33. I lavori parlamentari completi della legge del 1941 si leggono in PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, UTET, Torino, 1943, 9 ss..

⁴⁸ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 145 ss.; ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966, 374 ss..

2. L'oggetto della protezione del diritto d'autore.

L'articolo 1 l.a. non fornisce una definizione esplicita delle opere dell'ingegno, ma – analogamente a quanto previsto dall'articolo 2575 c.c. – si limita a sancire che queste, per godere della protezione della legge, da un lato, devono avere carattere creativo e dall'altro che esse devono appartenere «alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alla architettura, al teatro e alla cinematografia», precisando «qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. A sua volta, l'articolo 2 l.a. individua poi distintamente alcune opere dell'ingegno protette, tuttavia procedendo in via esemplificativa ⁴⁹.

Definire che cosa siano queste «opere dell'ingegno» non è un compito agevole. Si tratta di un concetto a prima vista molto esteso che, in termini assoluti, potrebbe comprendere ogni risultato ottenuto attraverso l'impiego prevalente delle facoltà della mente umana ⁵⁰.

La legge presuppone l'opera dell'ingegno protetta dalla legge sul diritto d'autore, anziché definirla. Sebbene l'opera dell'ingegno rientri nel più vasto ambito delle creazioni intellettuali, il termine acquista un'accezione più specifica rispetto a quella puramente lessicale (perché lessicalmente ogni creazione intellettuale potrebbe dirsi opera dell'ingegno), in quanto coordinato con la speciale protezione del diritto d'autore. Pertanto, è in relazione a questa più precisa accezione che devono identificarsi le opere dell'ingegno così da individuare chiaramente l'oggetto dell'esclusiva ⁵¹.

2.1. Il catalogo delle opere proteggibili

Al fine di ottenere una comprensione chiara di ciò che si intende ai sensi della legge sul diritto d'autore con l'espressione «opere dell'ingegno» è possibile elaborare una prima determinazione basandosi sull'esemplificazione fornita dalle citate norme legislative ⁵².

In particolare, quindi, all'articolo 1 l.a. si trova una prima elencazione per ampi generi di forme di espressione secondo la quale «Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno [...] che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia». A sua volta, l'articolo 2 l.a. menziona distintamente una serie di opere dell'ingegno protette, procedendo in via esemplificativa ⁵³. Per completezza, infine, si deve aggiungere anche il riferimento all'art. 2575 c.c. il quale

⁴⁹ ASCARELLI, op. cit., 697-698.

⁵⁰ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 35-36.

⁵¹ ASCARELLI, op. cit., 698.

⁵² GRECO e VERCELLONE, op. cit., 36.

⁵³ *Ivi*, 55 ss.; ASCARELLI, op. cit., 697 ss..

prevede che vadano protette le opere «che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, al teatro ed alla cinematografia».

La necessità di queste elencazioni, che definiscono con sufficiente rigore tipologico l'ambito delle opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore, è finalizzata a evitare che non ogni creazione intellettuale possa essere soggetta a protezione giuridica. In sostanza, le categorie servono *in primis* all'interprete, che porrà alla base delle sue indagini la possibilità di ricondurre l'opera in una di tali categorie specifiche.

In effetti, come sostenuto da Musso⁵⁴, la menzionata elasticità delle categorie elencate non dovrebbe essere interpretata in senso «iper-protezionista», cioè tale da ampliare e includere nell'ambito di tutela qualsiasi opera «creativa» che non rientri nelle previste tipologie artistico-letterarie. Il legislatore, attentamente bilanciando gli interessi coinvolti, ha disciplinato in modo esplicito l'apparato normativo del diritto d'autore per specifiche tipologie di opere artistiche o letterarie, sia pure interpretabili in maniera elastica od evolutiva. In altre parole, quindi, rifiutare la classificazione della legge come criterio determinante per la tutelabilità di una produzione intellettuale quale opera dell'ingegno non vuol significare il superamento in toto di quella classificazione. Sebbene i campi letterari e artistici non costituiscano frontiere invalicabili per la tutelabilità delle opere dell'ingegno, determinano pur sempre i vari generi espressivi nel cui ambito si svolge l'attività creativa che dà origine all'opera dell'ingegno⁵⁵.

È stato poi anche rilevato che queste enumerazioni «hanno scarso valore giuridico» e sono «di dubbia utilità»⁵⁶. Questa dottrina sostiene che il ruolo delle elencazioni si esaurisce nell'aver incluso «talune specie di opere della cui protezione si è dubitato», quali, soprattutto, la fotografia, la cinematografia, l'architettura, le opere coreografiche e pantomimiche⁵⁷.

⁵⁴ MUSSO, *Diritti di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Zanichelli, Bologna, 2008, 5 ss., il quale afferma che «Se si deve quindi respingere un'interpretazione restrittiva delle categorie indicate dalla norma in commento [l'art. 2575 c.c.] – secondo una concezione estetica troppo legata alla tradizione delle belle arti o della letteratura classica con finalità di puro godimento contenutistico, con la conseguenza che anche la poesia sperimentale, la musica elettronica o la pittura astratta, ma altresì i trattati scientifici ed i manuali tecnici possono pienamente annoverarsi nel contesto normativo – occorre contestare, altrettanto fondatamente, un opposto orientamento iper-protezionista, tendente a svincolare le opere dell'ingegno dal giudizio di meritevolezza del legislatore per ampliarne l'ambito ad ogni altra tipologia «creativa» (sulla base di una pretesa discriminazione verso tali realizzazioni ulteriori) e per applicarvi così tutto il conseguente apparato normativo del diritto d'autore, elaborato invece appositamente tanto in sede convenzionale, quanto in sede attuativa interna, per le specifiche tipologie delle opere artistiche o letterarie, sia pure interpretate in maniera elastica od evolutiva, come ogni altra nozione giuridica ed *a fortiori* meta-giuridica».

⁵⁵ VITT. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 72.

⁵⁶ PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, op. cit., 114.

⁵⁷ *Ivi*, 113 ss. dove si legge una critica alla legge del 1925, che è la prima a contenere una enumerazione delle opere protette dal diritto di autore: «Codeste definizioni-enumerazioni come quelle altre, più o meno analoghe,

Dalle osservazioni che precedono, si può dedurre che il valore delle elencazioni delle opere dell'ingegno sia significativo ogni qual volta vi siano incertezze riguardo la proteggibilità (astratta) di un'opera appartenente ad uno di quei generi artistici espressamente menzionati, poiché la questione si risolverebbe in modo automatico. Inoltre, poiché tali enumerazioni devono essere considerate come non esaurienti e quindi non tassative (difatti, l'articolo 2 l.a. inizia con la formula «In particolare»⁵⁸), esse lasciano ampio spazio all'interpretazione, consentendo all'interprete di riconoscere ad altre forme di espressione la qualifica di opera dell'ingegno, se meritevoli di protezione in conformità al diritto d'autore.

A riprova di ciò, questo principio della non tassatività dell'enumerazione ha già dimostrato la sua utilità in passato, permettendo di risolvere le questioni sollevate dall'avvento di nuove invenzioni tecniche e di nuovi mezzi di espressione, tra cui la fotografia, la cinematografia, la fonografia, la radio, la televisione, etc. È molto probabile che l'importanza di questo criterio sarà confermata anche in futuro, poiché è inevitabile che l'evoluzione della scienza e della tecnologia, così come i cambiamenti sociali, porteranno alla creazione di nuove forme artistiche e di espressione⁵⁹.

Ad ogni modo però è doveroso segnalare che, sia che si tratti di un'opera artistico-letteraria espressamente menzionata sia che si tratti di un'opera non legislativamente prevista, non è la sola qualificazione dell'opera come «opera dell'ingegno» a determinare la sua proteggibilità ai sensi del diritto d'autore. Infatti, tale protezione è accordata esclusivamente a quelle opere dell'ingegno che soddisfino il requisito della creatività⁶⁰.

2.2. Il rapporto tra forma e contenuto e la dicotomia tra idea ed espressione.

Il sistema di norme che stabilisce come individuare le entità protette dal diritto d'autore (e cioè, le opere dell'ingegno di carattere creativo) è ispirato al principio secondo il quale sono proteggibili le sole forme espressive, mentre non lo sono il contenuto ideativo ed informativo sottostante alle stesse⁶¹. Pertanto, ai fini della tutela del diritto d'autore,

che troviamo nelle leggi degli altri Stati, appaiono ispirate allo scopo, anzitutto, di descrivere il campo delle opere protette nel modo più estensivo, adottando così delle espressioni più o meno generiche ed imprecise», «in secondo luogo si cerca di fare l'inventario, per così dire, delle opere comprese nel campo così descritto».

⁵⁸ ASCARELLI, op. cit., 698.

⁵⁹ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 55.

⁶⁰ Si veda *infra* par. 3.1.

⁶¹ BERTANI, op. cit., 105.

l'espressione assume una posizione autonoma e rappresenta l'oggetto stesso della tutela del diritto d'autore e cioè l'opera dell'ingegno ⁶².

Da ciò emerge, dunque, che l'opera venga individuata e tutelata esclusivamente in quanto espressione. In altre parole, la creazione intellettuale protetta non riguarda l'argomento in sé considerato, né gli insegnamenti che possono essere impartiti attraverso l'opera, ma si concentra solo sull'espressione di questi. Di conseguenza, l'esclusiva cade su detta espressione e non invece sull'utilizzazione dell'argomento o dell'insegnamento ⁶³.

Ancora, il diritto d'autore protegge le forme in cui l'idea è espressa, ma non l'idea stessa ⁶⁴: si tratta di un corollario della dicotomia di origine fichtiana tra la forma, che è oggetto di diritto esclusivo, e il contenuto, che non è suscettibile di appropriazione ⁶⁵.

Questo principio è codificato nella sua formulazione più ampia nelle disposizioni di diritto internazionale, in particolare agli articoli 9.2 dell'Accordo TRIPs ⁶⁶ e all'articolo 2 WCT ⁶⁷, in base al quale gli Stati membri devono garantire la protezione del diritto d'autore

⁶² ASCARELLI, op. cit., 700.

⁶³ *Ivi*, 698.

⁶⁴ BUCCIANTI, *La Cassazione su plagio artistico e arte informale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 988; BERTANI, op. cit., 108 ss., il quale afferma che «Questa regola di non proteggibilità dei contenuti ideativi ed informativi pur nuovi (o addirittura dotati di carattere creativo) va peraltro a collocarsi in un sistema più generale che prevede di escludere l'applicabilità delle tecniche di appropriazione della proprietà intellettuale a tutto il sapere meramente teorico (o *rectius*: a tutte le idee ed informazioni che per essere prive di diretta applicabilità industriale risultino emarginate dall'area del brevettabile).»; GRECO e VERCELLONE, op. cit., 37 ss..

⁶⁵ Per un approfondimento storico sul tema si veda BERTANI, op. cit., 18, nota 48, ove si precisa che «In maniera inequivoca la necessità di limitare la tutela d'autore alla sola forma dell'opera è teorizzata da FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit der Büchernachdrucks*, 1791, 446-452, il quale distingue anzitutto un aspetto "corporale" (il supporto materiale, di proprietà dell'acquirente del singolo esemplare) da un aspetto "spirituale", a sua volta separabile in "materia" (le idee che l'autore rappresenta) e "forma" (la connessione di queste idee ed i segni che le palesano). Dopo la pubblicazione del libro per Fichte la "materia" diviene proprietà comune anche del lettore. Mentre soltanto la "forma" rimane «*ausschliessendes Eigentum*» dell'autore.». L'Autore precisa altresì che anche Hegel aderisce implicitamente alla distinzione proposta da Fichte, v. HEGEL, *Grundlinie der Philosophie des Rechts*, Nicolaischen Buchandlung, Berlin, 1821; tra gli altri giuristi che hanno contribuito allo studio della distinzione tra forma proteggibile e contenuto in dominio pubblico troviamo KOHLER, *Das Autorrecht*, Gustav Fischer Verlag, Jena, 1880.

⁶⁶ L'Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Accordo TRIPs) rappresenta «un disegno parallelo di disciplina sovranazionale (della proprietà intellettuale, e così tra l'altro) dei diritti d'autore e connessi che è stato realizzato nell'ambito del sistema GATT/WCT» a Marrakesh nel 1994. «L'accordo TRIPs è stato ratificato dall'Italia a mezzo della l. 25 dicembre 1994, n. 747, ed è entrato in vigore (anche per il nostro paese) l'1 gennaio 1996. Il sistema di protezione internazionale dei diritti d'autore delineato dal TRIPs si affianca e si coordina con il sistema di protezione fondato sulla CUB e gestito dall'OMPI. In particolare il modello di tutela adottato dal TRIPs si basa sul principio del trattamento nazionale (art. 3), integrato dalla clausola della nazione più favorita (art. 4)». Per ulteriori approfondimenti, si veda *ivi* 46, nota 102.

⁶⁷ *Ivi*, 45, nota 101. Si tratta del WIPO Copyright Treaty (WCT) adottato, insieme al WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), a Ginevra il 20 dicembre 1996 in una conferenza internazionale organizzata dall'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI). Questi trattati sono entrati in vigore per il nostro paese il 14 marzo 2010 e hanno natura di accordi particolari ai sensi dell'articolo 20 CUB (nel caso del WCT) e dell'articolo 22 CR (nel caso del WPPT). Intervengono infatti tra un numero ristretto di paesi membri dell'unione di Berna e rispettivamente della convenzione di Roma per stabilire un livello di protezione più intenso del *minimum* previsto *iure conventionis*.

esclusivamente «to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such». La dicotomia tra idea ed espressione, inoltre, è sottintesa e implicitamente ricavabile dalla disciplina del diritto d'autore europeo, nella quale ha trovato altre specificazioni sebbene limitate ad alcuni settori della creatività umana. Ad esempio, ciò emerge dall'articolo 1.2 e dal considerando 11 della direttiva 250/91/CE (così come dall'articolo 2, n. 8 l.a.) i quali dichiarano esclusi dalla tutela d'autore i principi alla base del software. Allo stesso modo vengono presi in considerazione anche l'articolo 3.2 ed il considerando 46 della direttiva 9/1996 (analogamente agli articoli 10.2 TRIPs e 2, n. 9 l.a.) che dichiarano l'estraneità all'oggetto del diritto d'autore delle informazioni raccolte nelle banche dati ⁶⁸.

La forma espressiva può essere definita «come la particolare struttura conferita dall'autore al proprio pensiero o alle proprie emozioni» e quindi, più genericamente, «come la particolare struttura conferita ad un determinato *contenuto ideale*, tale da rendere quest'ultimo percepibile all'esterno» ⁶⁹. L'autore si esprime tramite la creazione, cioè dando una forma a quelle idee che se rimanessero nella sua mente sarebbero inidonee a ottenere la privativa autoriale.

Nel compiere questa attività creativa l'autore gode di grande libertà, che non si limita alla possibilità di scegliere se esprimere o meno un contenuto, ma si estende ai mezzi e alle forme con cui lo può fare: la forma espressiva è quindi il risultato della libera scelta dell'autore ⁷⁰.

Dalla somma di questi due assunti, cioè che (i) la forma espressiva deve porsi in relazione ad un contenuto ideale, e che (ii) tale forma è relativa «al modo particolare in cui l'autore «interpreta» il contenuto in questione attraverso la propria personale *innere Anschauung*», si può concludere affermando che la forma espressiva è relativa al significato che l'oggetto espresso assume per l'autore ⁷¹. Ed è in questo senso che si dice che di un'opera non vediamo solo «quel che l'artista ha visto, ma il suo stesso modo di vedere» ⁷².

La principale giustificazione del fatto che le idee non possono essere oggetto di privativa si può ricondurre «ad un principio generale di libertà di circolazione delle

⁶⁸ *Ivi*, 106.

⁶⁹ SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in nota a Trib. Milano, 29 giugno 2011, in *IDA* 2011, 572.

⁷⁰ *Ivi*, 573.

⁷¹ *Ivi*, 574.

⁷² DANTO, *La trasfigurazione del banale*, Laterza, 2021, 200.

informazioni»⁷³. Questo principio è fondamentale nel diritto d'autore, il quale persegue lo scopo di stimolare la circolazione delle opere e dei prodotti culturali⁷⁴.

Per fare ciò, la disciplina del diritto d'autore è costantemente orientata verso l'individuazione di un equilibrio tra due interessi contrapposti: quello dell'autore, da un lato, a cui si permette di appropriarsi nel modo più intenso possibile delle utilità ricavabili dalla forma espressiva della sua opera; e quello della collettività, dall'altro lato, perché chiunque deve essere libero di utilizzare le idee e le informazioni espresse dalla forma dell'opera tutelata. Questo meccanismo che permette una libertà di diffusione delle idee e delle informazioni incentiva la creazione di nuove opere e crea un assetto dedito all'innovazione e al progresso culturale⁷⁵.

L'equilibrio di cui si parla è perseguito dai legislatori di ogni epoca, i quali cercano di calibrare le variabili che gli si pongono di fronte tramite frequenti aggiornamenti dei testi di legge. È indubbio che, tra le altre, una variabile da tenere in costante considerazione sia quella dell'evoluzione tecnologica. L'ingresso di nuove tecnologie nella società determina, di volta in volta, il compimento di scelte sulla loro tutelabilità o meno attraverso gli istituti propri del diritto d'autore⁷⁶.

In conclusione alle analisi svolte in questo paragrafo, è opportuno evidenziare che esiste un consenso generale sul fatto che, nell'ambito del diritto d'autore, la protezione si concentri esclusivamente sulla forma dell'opera dell'ingegno, e non sul suo contenuto. Quello che viene tutelato in maniera esclusiva è l'espressione individuale e creativa di un'idea e non l'idea in sé.

2.3. La forma interna e la forma esterna.

Nel dibattito nato intorno al principio della divisione tra il contenuto e la forma o, che è lo stesso, tra l'idea e la sua espressione, occorre ricordare che, prima la dottrina tedesca e poi quella italiana, hanno individuato un terzo elemento da tenere in considerazione, il quale anch'esso dovrebbe essere protetto dal diritto esclusivo: la «forma interna»⁷⁷.

⁷³ BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004, 49.

⁷⁴ *Ivi*, 20 ss..

⁷⁵ *Idem*, *Diritto d'autore europeo*, op. cit., 64 ss. e 108 ss..

⁷⁶ *Ivi*, 64 ss., una seconda variabile è quella politica, che sotto le spinte economiche o socio-culturali, determina la crescita o la decrescita della sensibilità verso «gli interessi individuali degli autori o degli intermediari culturali piuttosto che per gli interessi della collettività e determina l'accesso più o meno libero alle opere protette.».

⁷⁷ VITT. DE SANCTIS, op. cit., 52, il quale scrive che «come è noto l'«innere Form», «Formgebung», l'individualità sintetica del Gierke, costituita dal modo di raggruppamento, di successione e intreccio dell'idea,

Secondo la dottrina giuridica, la «forma interna» è il modo personale dell'autore di «raggruppare, sviluppare e intrecciare idee»⁷⁸, è la «struttura espositiva dell'opera»⁷⁹. Ancora, la «forma interna» è la struttura rappresentativa del contenuto, caratterizzata dagli originali criteri di disposizione o di selezione di tale contenuto. Si tratta della concatenazione creativa del contenuto e cioè dell'«organica concatenazione di fatti, dati, nozioni, idee o concetti» sottostanti la conformazione strutturale dell'opera⁸⁰.

La «forma interna», concettualmente, si pone in mezzo alla divisione tra idea, «l'intima sostanza dell'opera», e forma (esterna), «la sua veste esteriore, data dalla parola, dal disegno, dai colori o dai toni musicali»⁸¹.

Questa tripartizione è stata sviluppata inizialmente con riferimento alle opere letterarie. Si prenda ad esempio un romanzo: è possibile affermare che il romanzo si contrapponga al libro nel quale è stato stampato e che si distingua anche dal proprio argomento (il «fatto») ⁸². Nell'opera letteraria, quindi, la «forma interna» consiste «nell'organizzazione del discorso, nella sequenza e scelta degli argomenti e dei punti di vista»⁸³.

Il punto saliente di questa dottrina è quello che sostiene che la «forma interna» sarebbe proteggibile al pari della forma esterna perché entrambe si differenziano dall'idea o contenuto su cui è fondata l'opera dell'ingegno e che sarebbe, invece, l'unico elemento su cui non è possibile ottenere il diritto di esclusiva.

Nonostante questa divisione abbia avuto molto successo in dottrina e giurisprudenza, essa è stata anche oggetto di critiche da molti che non l'hanno considerata idonea a fondare un apprezzabile criterio distintivo per definire l'oggetto e i limiti della tutela d'autore⁸⁴. In

dei concetti e delle immagini, identificherebbe l'individualità dell'opera sia ai fini dell'attribuzione di questa ad un determinato autore sia a quelli della sua tutelabilità».

⁷⁸ BUCCIANI, op. cit., 988.

⁷⁹ ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 1963, 142.

⁸⁰ MUSSO, op. cit., 16-17.

⁸¹ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 72; VITT. DE SANCTIS, op. cit., 52, il quale afferma che sulla base della dottrina tedesca: «Essa [la forma interna] si porrebbe tra l'argomento su cui si esercita l'attività creatrice dell'autore (lo «Stoff» della dottrina tedesca), cui non sarebbe esteso il riconoscimento del diritto d'autore, e la sua veste esteriore (la «ausserliche Form») che essendo anch'essa frutto di un'attività di ordine creativo, sarebbe al contrario tutelabile».

⁸² ASCARELLI, op. cit., 699 ss..

⁸³ ARE, op. cit., 142 ss., secondo l'Autore, poi, la «forma interna» è rappresentata, nell'opera artistica, dalle linee e proporzioni essenziali e, nell'opera musicale, dai passaggi essenziali del discorso musicale e nelle note determinanti la linea della melodia.

⁸⁴ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 77 ss.; ALGARDI, op. cit., 317, per cui: «l'obiezione principale che può farsi a questa teoria è che la distinzione tra forma interna ed esterna non si presenta, sul piano pratico, così facile come può apparire nella logica astratta: la demarcazione tra l'una e l'altra forma non è mai nitida e sicura, poiché l'idea ed espressione si confondono e compenetrano, e la sostanza dell'opera si realizza nella forma esterna».

sostanza, si sostiene che non sia possibile tracciare una precisa linea di demarcazione tra la forma esterna, la forma interna e il contenuto dell'opera⁸⁵.

Nel contesto delle opere letterarie, «la composizione della veste esteriore della parola» rappresenta il risultato di una serie di fasi distinte e successive che costituiscono uno sforzo di attività intellettuale creatrice. «La scelta delle parole, la proposizione, la frase, il periodo, la costruzione ed il concatenamento delle proposizioni, frasi, periodi» costituiscono operazioni difficili ed importanti che coinvolgono sia la forma esterna sia quella interna, in un intreccio spesso intricato. Anche in questa categoria di opere, tuttavia, la forma interna «è qualche cosa di intimamente connesso e confuso coll'intimo contenuto»⁸⁶.

Se poi si volge lo sguardo ad altre tipologie di opere dell'ingegno, emerge con maggiore chiarezza l'inaffidabilità della distinzione in esame. «La nozione di forma interna così come elaborata dalla dottrina sfuma in quella di contenuto per le opere cosiddette di fantasia e per quelle musicali. Parimenti, la nozione di forma esterna può confondersi con quella di tecnica del mezzo espressivo o addirittura con quella di materiale estrinsecazione dell'opera nel campo delle arti figurative»⁸⁷.

In particolare, per quel che riguarda le opere musicali è impossibile scindere tra contenuto e forma interna⁸⁸ ed infatti la giurisprudenza ha elaborato dei criteri diversi, basati sulla scomposizione dell'opera in melodia, armonia e ritmo per la valutazione della sussistenza o meno dei requisiti di tutela⁸⁹.

Se, invece, si prendono in considerazione le opere dell'arte figurativa emerge come in esse «la individualità artistica ed il valore intimo dell'opera» convergano quasi

⁸⁵ ALGARDI, op. cit., 379, secondo il quale: «La distinzione tra forma e sostanza, che ha tanto interessato taluni giuristi, non può in realtà porsi nettamente, poiché l'una si confonde con l'altra e l'autore di un'opera dello ingegno, quando crea compie un atto unitario: fino a che l'idea ispiratrice non si sia organizzata e articolata nella mente dell'autore, e finché essa non abbia preso forma sensibilmente, l'opera dell'ingegno tutelabile dalla legge non può esistere. I concetti di forma e sostanza dell'opera dell'ingegno furono magistralmente espressi da Antonio Scialoja nella famosa relazione alla legge del 1865: «*il concetto della mente si investe in una forma*»; il che è diverso dal dire che l'autore crea un'opera e poi la veste, «sicché possa dirsi che la forma sia la pura veste del concetto che è opera della mente». La forma non è se non il pensiero che si forma, *l'opera è il pensiero formato*. In questa definizione è racchiuso non soltanto il concetto chiaro e completo dell'opera e del suo procedimento formativo, ma anche la più esplicita ed efficace condanna delle teorie che, muovendo dalla netta distinzione tra forma e contenuto, ritenevano doversi rintracciare nella forma come elemento distinto, l'elemento tutelabile dell'opera. Pensiero formato e pensiero esternato procedono parallelamente: il pensiero diventa un fatto per mezzo della forma, la quale *individua l'opera e la distingue da un'altra*».

⁸⁶ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 75.

⁸⁷ VITT. DE SANCTIS, op. cit., 53-54.

⁸⁸ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 76.

⁸⁹ MUSSO, op. cit., 60 ss.; GRECO e VERCELLONE, op. cit., 63 ss.; ARE, op. cit., 377 ss.; VITT. DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005, 128 ss., il quale afferma che: «armonia e ritmo sono soprattutto il risultato di una tecnica, seppure artistica, e pertanto non sempre possono considerarsi di carattere creativo. La melodia, oggi soprattutto nella musica popolare, è invece la sede della forma individuale di rappresentazione della realtà o dei propri sentimenti con linguaggio musicale».

indistintamente nella forma esterna ⁹⁰. In realtà, nelle opere d'arte figurativa nessuno tra gli elementi della tripartizione qui in esame trova una tutela costante. «Ad esempio, in un ritratto dipinto o scolpito, il contenuto, e cioè l'immagine del ritrattato, non rientra nell'esclusiva dell'artista; né può essere protetta di per sé la forma esterna, e cioè lo stile di scultura o pittura dell'autore (la paletta dei colori, il materiale usato per la scultura o l'opera di scalpello). Infine, neppure la posizione del ritrattato e cioè la forma interna dell'opera è tutelabile a favore dell'artista. Peraltro, il ritratto nel suo insieme è certamente protetto dalla legge sul diritto di autore. Sarà, quindi, nella sintesi di tutti gli elementi presenti nell'opera che la creatività dell'autore dovrà essere individuata e potrà essere protetta, sintesi alla cui individuazione dovrà procedere il giudice chiamato ad accertare un plagio» ⁹¹

È importante notare che il concetto di «forma interna» deriva da analisi filosofiche e non è mai stato positivizzato né a livello nazionale né a livello internazionale, «tra il concetto logico e filosofico e il concetto giuridico vi è un vuoto, che non è stato colmato mai intieramente dalla dottrina» ⁹².

Pertanto, ai fini dell'indagine sull'oggetto tutelabile dal diritto d'autore, è possibile attribuire un'importanza limitata alla tripartizione tra contenuto, forma interna e forma esterna. Se è vero che si tratta di una distinzione che assegna un *nomen*, forma interna, ad un'entità particolare della forma dell'opera, la quale può essere utile per una analisi teorica dell'oggetto della tutela d'autore, è pur vero che sul piano pratico si scontra con difficoltà applicative a volte insuperabili, soprattutto nel campo delle opere musicali e delle arti figurative ⁹³.

Alla luce di queste considerazioni e visto che il discorso si concentrerà principalmente sulle opere dell'arte contemporanea, è possibile ritenere che sia sufficiente fare riferimento alla distinzione classica tra forma (esterna) e contenuto, evitando di complicare ulteriormente la questione con tripartizione comprendente anche la forma interna.

⁹⁰ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 76; ARE, op. cit., 395 ss., il quale afferma che: «prendendo le mosse dall'osservazione dei connotati esterni delle opere figurative, segnatamente della pittura e della scultura, si nota che queste produzioni sono caratterizzate dal loro estrinsecarsi in un mezzo costituito dalla materia corporea in cui viene impressa la loro forma».

⁹¹ VITT. DE SANCTIS, op. ult. cit., 131.

⁹² ALGARDI, op. cit., 317; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 115.

⁹³ *Ivi*, 116, il quale afferma che: «nella sua applicazione pratica [la forma interna] si è rivelata equivoca e poco rigorosa».

2.4. Casi particolari: lo stile dell'autore.

Lo stile di un artista non gode della protezione del diritto d'autore. Lo stile costituisce uno dei veicoli primari attraverso cui si esprime l'abilità creativa di un artista, si tratta «di un carattere individuale» ed è direttamente proporzionale a quanto è «spiccata la sua personalità»⁹⁴.

Lo stile non è tutelato dal sistema del diritto d'autore perché costituisce «soltanto il mezzo di espressione del contenuto intellettuale»⁹⁵. Tale esclusione trova la sua giustificazione nella necessità di evitare che le idee siano oggetto di diritti esclusivi, in conformità con il principio cardine della separazione tra idea e forma⁹⁶. D'altronde, lo «stile» o la «maniera» non sono forme espressive di per sé, bensì rappresentano metodologie tramite le quali possono essere create un vasto numero di opere, ed è per questo che devono rimanere liberamente accessibili, così da promuovere il progresso artistico e culturale⁹⁷.

L'influenza dello stile di un artista può estendersi ad altri artisti, i quali lo prendono ad ispirazione e lo imitano. Quando si afferma che un artista fa scuola, si intende che un gruppo di suoi allievi o di altri artisti sono soliti trarre ispirazione dai suoi gusti, dalle forme e dai tipi preferiti dal caposcuola, così come anche dal suo modo di interpretare. Questo al fine di creare opere che, pur presentando somiglianze, sono meritevoli di tutela di per se stesse. Si tratta, dunque, di un processo che non porta alla realizzazione di una copia servile e illecita di una specifica opera dell'autore con l'intento di ingannare il pubblico. Al contrario, si tratta dell'imitazione «di un genere, di un personaggio o di un'idea»⁹⁸.

Tuttavia, risulta interessante esaminare la giurisprudenza francese, che in alcuni contesti ha concesso tutela legale all'ideazione originale e allo stile innovativo degli artisti. Un esempio significativo è rappresentato dal caso Paradis, in cui i giudici parigini e poi la Cour de Cassation hanno attribuito lo status di opera d'arte all'iscrizione in lettere dorate della parola «Paradis» realizzata dall'artista Jakob Gautel sopra la porta della toilette di un decadente ricovero per artisti alcolisti. In questa situazione, hanno ritenuto un atto di plagio

⁹⁴ ALGARDI, op. cit., 478.

⁹⁵ *Ivi*, 478-479; sulla nozione di stile si veda MORPURGO TAGLIABUE, *Il concetto dello stile*, Bocca, Milano, 1951, 298, in cui si afferma che si tratta della tecnica inerente all'inventare: «Lo stile è un certo lessico, una certa sintassi, una certa retorica [...] opera come lo schema che seleziona e corregge e provoca le emozioni e le forme»; ARE, op. cit., 68 e 151, nota 202; MUSSO, op. cit., 14.

⁹⁶ Si veda *infra* par. 2.2.

⁹⁷ ARE, op. cit., 151, il quale afferma che lo stile e la maniera «possono indubbiamente portare con sé l'impronta dell'autore che per primo li ha adottati, ma quando siano imitati da altri non sono più elementi dell'espressione, bensì «regole» di questa, rispetto alla quale, proprio in quanto «regole» (attinenti peraltro al rivestimento esterno, a differenza del metodo che concerne l'organizzazione interna dell'opera), si pongono in posizione estranea di carattere strumentale».

⁹⁸ ALGARDI, op. cit., 478-479.

l'utilizzo di tale contesto da parte della fotografa Bettina Rheims come sfondo per uno dei suoi ritratti. Quel che qui rileva sono gli argomenti che hanno portato i giudici francesi a riconoscere i diritti di Gautel. È stato rilevato e valorizzato l'approccio concettuale dell'artista, in quanto l'atto di dare una specifica qualificazione a uno spazio ha conferito allo stesso una valenza di «idea». L'elemento chiave in questo caso è stato l'aspetto relazionale della scritta sulla porta in quel particolare luogo, in altre parole, lo «stile» e di conseguenza l'idea tipica dell'artista che ha ricevuto riconoscimento giuridico ⁹⁹.

Nonostante la soluzione di questo caso non possa considerarsi un orientamento giurisprudenziale consolidato, si ricava comunque un insegnamento rilevante. La giurisprudenza svolge un ruolo preponderante nell'evoluzione e nella soluzione della tensione tra arte e diritto, soprattutto quando l'arte è arte concettuale e potrebbe non ottenere tutela attraverso gli schemi tradizionali ¹⁰⁰.

Questa impostazione viene accolta con approvazione dalla critica, che guarda con favore all'apertura dei giudici sul tema controverso della tutela delle nuove opere d'arte contemporanea, il tutto per non tradire gli obiettivi di progresso artistico e culturale propri del diritto d'autore ¹⁰¹.

Tuttavia, è importante ricordare che lo «stile», la «maniera» e il «genere» sono fondati su un'idea e se non vengono attuati non possono essere protetti dal diritto d'autore, poiché questa non è la sua funzione. E questo vale soprattutto per le nuove espressioni artistiche le quali, nonostante l'acclamazione da parte del pubblico, è dubbio che possano essere classificate fra le opere figurative. Piuttosto, invece, dovrebbero essere descritte come «idee» o «trovate» e quindi per essere considerate delle «opere» devono realizzarsi ¹⁰².

Non è chiaro se l'idea di Fontana di fare dei tagli su una tela possa assimilarsi ad altre idee di base della pittura astratta e figurativa e, così come i colli allungati di Modigliani e le bottiglie di Morandi che hanno trovato una loro forma rappresentativa in più di un'opera di arte plastica, essere considerati delle opere dell'ingegno ¹⁰³.

2.5. Casi particolari: le opere d'arte contemporanea.

A partire dalle avanguardie artistiche del Novecento, gli artisti hanno criticato il formalismo proprio dell'arte tradizionale sostituendolo con oggetti prefabbricati e immagini

⁹⁹ DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2012, 40-41.

¹⁰⁰ *Ivi*, 41.

¹⁰¹ *Ivi*, 41; SPEDICATO, op. cit., 571.

¹⁰² VITT. DE SANCTIS, *Il diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 2012, 59-60.

¹⁰³ *Ivi*, 59.

presi dalla cultura di massa con i quali trasmettono messaggi e riflessioni di critica sociale¹⁰⁴. L'operazione estetica dell'artista contemporaneo non consiste, quindi, nella creazione di nuove forme ma, piuttosto, nell'appropriazione di oggetti, immagini o altri elementi preesistenti, variamente ricombinati o ricontestualizzati.

Il crescente interesse degli artisti contemporanei per gli oggetti d'uso quotidiano trova la sua massima espressione nei *ready made* di Duchamp, quali, ad esempio, una ruota di bicicletta, uno scolabottiglie e un orinatoio. Questi oggetti vengono estratti dal proprio contesto abituale ed esibiti in uno spazio artistico come opere d'arte¹⁰⁵, così attribuendo loro un valore concettuale grazie a quella che è stata efficacemente definita una «trasfigurazione del banale»¹⁰⁶.

A seguito di queste ricerche artistiche si sviluppa un'arte definita comunemente arte concettuale, cioè un'arte in cui le idee rivestono un ruolo centrale. Ancora, un'arte in cui la rilevanza della dimensione materiale si riduce al minimo per lasciar spazio all'idea in un fenomeno denominato «dematerializzazione» dell'arte.

Ciò che qui interessa porre in evidenza sono i problemi giuridici che queste tendenze artistiche possono creare. In particolare, qui la domanda a cui bisogna rispondere è se le opere appartenenti a queste correnti contemporanee possano essere ricomprese nella categoria delle opere dell'ingegno e quindi possano – quantomeno in astratto – essere protette dal diritto d'autore.

Sul punto, qualora si prendano in considerazione le opere delle avanguardie così come i *ready made*, mi pare si possa affermare che qualora un'opera d'arte sia caratterizzata come per una forma espressiva che sia frutto di una creazione intellettuale, poco importa che tali forme siano stravaganti o non convenzionali o prefabbricate. Ciò che importa è che vi sia un'espressione. D'altra parte, poi, lo stesso articolo 2, n. 4, l.a. sembra avvallare questa interpretazione, poiché afferma espressamente di proteggere non solo le opere «delle arti figurative», ma altresì opere «similari».

Per questi motivi, dunque, un'opera dell'arte contemporanea dotata di forma espressiva dovrebbe essere qualificata come opera dell'ingegno e la valutazione sulla sua concreta tutelabilità dovrà essere assunta a seguito della valutazione sul carattere creativo.

¹⁰⁴ CALVESI, *Le due avanguardie. Dal futurismo alla Pop Art*, Laterza, Roma-Bari, 26.

¹⁰⁵ TOPPI, *I ready made di Marcel Duchamp: teoria dell'indifferenza visiva*, in ITINERA 2002, su: [Il «ready made» di Marcel Duchamp \(unimi.it\)](#), 1.

¹⁰⁶ Cfr. DANTO, op. cit..

Tuttavia, queste riflessioni si complicano quando si sposti l'attenzione sulle opere dell'arte concettuale. Rispetto alle quali è controverso se si possano ricomprendere tra opere dell'ingegno poiché non è sempre chiaro se vi sia una forma espressiva.

L'interprete, pertanto, in questi casi dovrà valutare se l'opera effettivamente si sia arrestata al piano delle mere idee o se, nonostante l'apprezzamento dell'opera si basi esclusivamente su un'idea, vi sia comunque una forma d'espressione. Come osserva Davide Dal Sasso, molti hanno sottolineato che, benché l'arte concettuale riduca al minimo la presenza di oggetti, «la riduzione all'essenziale non equivale al completo abbandono delle entità materiali o al loro declassamento, ma a nuovi modi di usarle»¹⁰⁷.

3. I requisiti per la protezione delle opere dell'ingegno

L'indagine svolta fin qui ha riguardato l'identificazione dei diversi generi di opere dell'ingegno che, in astratto, rientrano nell'ambito di protezione del diritto d'autore. Tuttavia, in concreto, il sistema del diritto d'autore limita tale protezione a quelle soltanto tra le entità comprese nei generi tutelabili che presentino determinati requisiti¹⁰⁸.

In particolare, la protezione è riservata alle sole forme espressive dotate di «carattere creativo», come stabilito dall'articolo 1 l.a. Tuttavia, questa nozione – allo stesso modo di quanto visto per quella di «opere dell'ingegno» – non è espressamente definita dal legislatore, per cui è necessario volgere lo sguardo alle teorie della dottrina e alle decisioni della giurisprudenza per poter riempire di contenuto tale concetto.

3.1. Il «carattere creativo» dell'opera

L'articolo 1 l.a., come già evidenziato, introduce per la prima volta in modo esplicito il requisito secondo il quale un'opera dell'ingegno deve possedere un «carattere creativo» per essere ammessa alla tutela del diritto d'autore¹⁰⁹. Tale carattere deriva dall'attività «poietica» dell'ingegno ed esprime l'essenziale requisito soggettivo che affianca il requisito oggettivo dell'appartenenza alle categorie precedentemente analizzato¹¹⁰. Nonostante la

¹⁰⁷ DAL SASSO, *Nel segno dell'essenziale. L'arte dopo il concettualismo*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2020, 132; cito da CALDAROLA, *Filosofia dell'arte contemporanea: installazioni, siti, oggetti*, Quodlibet Studio, Macerata, 2020, 134.

¹⁰⁸ BERTANI, op. cit., 122.

¹⁰⁹ ASCARELLI, op. cit., 705.

¹¹⁰ MUSSO, op. cit., 21 ss..

fondamentale importanza di questo requisito, tanto nella disciplina italiana quanto in altri ordinamenti, non si trova una definizione legislativa della creatività ¹¹¹.

La dottrina e la giurisprudenza italiane hanno cercato di identificare gli elementi caratteristici della creatività utilizzando concetti astratti che variano a seconda delle diverse definizioni, ad esempio, si possono menzionare: la novità, l'originalità, il valore artistico e la personalità.

Secondo un'impostazione tradizionale, la creatività deve essere interpretata come l'emergere dell'«impronta personale» dell'autore all'interno dell'opera ¹¹² o, in altri termini, che l'opera debba riportare l'espressione della personalità dell'artista. L'idea è quella per cui l'opera dell'ingegno sia un oggetto speciale in cui è stata fissata la personalità dell'artista tramite un intervento concreto di modifica della materia ¹¹³.

Tuttavia, affidare la selezione delle opere proteggibili a questo criterio pare assai problematico. In particolare, infatti, è difficile attribuire ad un criterio così soggettivo un contenuto precettivo univoco: risulta quantomeno complesso definire un metro di misura quantitativo per valutare entità astratte quali sono la personalità e la sua relazione con la creatività espressiva. Pertanto, non sorprende che la giurisprudenza, escluse le rituali dichiarazioni di principio, abbia finora tipicamente evitato di utilizzare questa nozione di carattere creativo come regola di giudizio per selezionare gli artefatti culturali da proteggere con il diritto d'autore ¹¹⁴.

In aggiunta a queste motivazioni, questa teoria è stata altresì criticata perché non giustifica la tutelabilità di intere categorie di opere «minori», le quali non possono avere la capacità (proprio per il loro livello minimo di apporto intellettuale) di rivelare la personalità del loro autore ¹¹⁵, e comunque non per questo vengono escluse dalla tutela del diritto

¹¹¹ Come osservato da PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 63, nota 1, che dalle sue ricerche comparate all'epoca aveva rinvenuto solo all'articolo 6 della legge della Colombia (26 ottobre 1886) una definizione del requisito dell'originalità nel senso di «un lavoro o uno sforzo personale di intelligenza, di immaginazione o di arte».

¹¹² MUSSO, op. cit., 22 ss.; SPEDICATO, op. cit., 573; ARE, op. cit., 63 ss..

¹¹³ DONATI, *“Art as Idea as Idea”*. *Diritto e creazione artistica contemporanea*, in BARSOTTI, *Arte e diritto*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, 13.

¹¹⁴ BERTANI, op. cit., 125 ss..

¹¹⁵ SPEDICATO, op. cit., 566 ss., afferma che nell'evoluzione pratica della disciplina degli ultimi decenni si è assistito ad un progressivo abbassamento del livello di tutela e ciò ha avuto come conseguenza l'aver ricompreso nell'ambito dell'esclusiva del diritto d'autore anche «opere caratterizzate da un gradiente di creatività estremamente basso (*Kleinen Münzen*)». Complice di questo livellamento verso il basso dei requisiti di accesso alla tutela autoriale è il dato proveniente da numerose decisioni giurisprudenziali, nelle quali i giudici hanno ritenuto e ritengono sufficiente un atto creativo minimo, sostenendo che «la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia». E infatti, la giurisprudenza è pacificamente assestata su una nozione di carattere creativo che «non coincide con quella di creazione, originalità o novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'articolo 1 della legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceve protezione a

d'autore ¹¹⁶. È evidente infatti che le difficoltà di applicazione del criterio qui considerato emergono, non in presenza di livelli di creatività particolarmente intensi, ma soprattutto quando sia necessario marcare la soglia di proteggibilità verso il basso.

Questa critica trova riscontro nelle argomentazioni di Are, il quale sostiene che è sufficiente che nell'opera sia rinvenibile un «*quid novi* atto a distinguere l'opera dalle altre» affinché sia meritevole di tutela. A suo parere, qualora l'impronta personale dell'artista esista essa rende effettivamente tutelabile l'opera, ma si tratta di una caratteristica rara e, infatti, «non è vero l'inverso che, nell'assenza di essa, l'opera non sia suscettibile di protezione» ¹¹⁷.

Ulmer, a sua volta, non si spinge fino a richiedere che l'opera debba rispecchiare in modo oggettivo l'impronta personale del suo autore. Egli ritiene che, quando ciò accada, si sia di fronte al grado più elevato di individualità, ma ciò non esclude l'esistenza di una individualità di livello inferiore, la quale non rispecchia la personalità dell'autore, ma si manifesta attraverso la capacità dell'opera di distinguersi dalle altre produzioni (lo stesso concetto che Are definisce «originalità oggettiva») ¹¹⁸.

È importante notare, però, che il considerando 17 della direttiva CEE n. 93/98 (abrogata ma sostanzialmente trasfusa nella direttiva CE 2006/116), che si occupa dell'armonizzazione dei termini di durata del diritto d'autore, afferma che un'opera

condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore, con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia», si veda *ex multis* Cass. 9 gennaio 2023 n. 1107, in *Nuova Giurisprudenza Ligure* 2023, I, 14 ss.; Cass. 27 luglio 2017 n. 18633, in *Riv. dir. ind.* 2017, II, 567 ss., con nota di LA ROCCA; Cass. 12 ottobre 2017 n. 24062, in *AIDA* 2018, I, 565; Cass. 17 febbraio 2010 n. 3817, in *AIDA* 2011, 1391, con nota di SANNA; Cass. 12 gennaio 2007 n. 581, in *Foro it.* 2007, I, 3167 ss. con nota di CASABURI; Cass. 27 ottobre 2005 n. 20925, in *AIDA* 2007, 1134, con nota di ROVATI; Cass., 12 marzo 2004, n. 5089, *ivi* 2005, 1018, con nota di ZUDDAS; Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953, in *Riv. dir. ind.* 1994, II, 157 ss., con nota di FRASSI.

¹¹⁶ MUSSO, *op. cit.*, 22, nota 10; VITT. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, *op. cit.*, 40, secondo cui «è noto che lo studio della personalità creativa dei vari autori è valido ausilio della critica letteraria e artistica. La conoscenza di quegli elementi individuali insiti in ogni produzione di uno stesso autore (la sua maniera, il suo stile) spinge infatti sovente il critico ad attribuire la paternità di un'opera ad un determinato autore. Recentemente si è tuttavia escluso, che l'impronta personale dell'autore nell'opera costituisca, almeno per il diritto positivo italiano, l'essenza del carattere creativo menzionato nella legge speciale, contestandosi in particolare la riconoscibilità in concreto di un siffatto requisito all'infuori delle opere di sommo pregio e di personalità di sicuro genio, cosicché la maggior parte della opere dell'ingegno, peraltro sicuramente tutelate dalle varie leggi sul diritto di autore, non presenterebbero siffatti connotati»; ARE, *op. cit.*, 66, afferma che «Non si può infatti limitare la protezione di diritto di autore a quelle opere, invero molto poche, che presentino connotati tali da consentire di per sé l'individuazione dell'autore».

¹¹⁷ *Ivi*, 68-73: «Invero, molti autori e buona parte della giurisprudenza, mentre indicano in linea astratta il «carattere» o l'«impronta personale» o l'«individualità» soggettiva quali requisiti dell'opera, si contentano poi del fatto che questa «personalità» od «individualità» ponga capo, puramente e semplicemente, ad un *quid novi* atto a distinguere l'opera dalle altre» ed ancora «molto spesso, si è parlato di *personalità* dell'opera riferendosi concettualmente alla persona dell'autore, ma in pratica alla individualità oggettiva dell'opera», quest'ultima da lui intesa come l'«attitudine dell'opera a distinguersi dalle altre produzioni».

¹¹⁸ *Ivi*, 69, nota 77.

dev'essere «considerata originale se è il risultato di creazione intellettuale dell'autore e rispecchia la personalità di quest'ultimo»¹¹⁹.

Ciò si verifica «se l'autore ha potuto esprimere le sue capacità creative nella realizzazione dell'opera effettuando scelte libere e creative», in base a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia dell'UE nel caso Painer¹²⁰. In quell'occasione, si discuteva della proteggibilità di un ritratto fotografico e la Corte concluse che l'autore di tali opere è in grado di esprimere il suo «tocco personale» qualora effettui le proprie scelte libere e creative «in molti modi e in diverse fasi durante la sua realizzazione»¹²¹. Spetterà comunque al giudice nazionale verificarlo in ogni caso di specie.

Da queste riflessioni si può ricavare che la personalità dell'autore ha un suo valore nella determinazione di quando un'opera dell'ingegno sia suscettibile di protezione a norma del diritto d'autore, anche se è importante sottolineare che questa qualità non è fondamentale per la presenza del «carattere creativo» come stabilito dell'articolo 1 l.a..

3.2. La novità e la non banalità dell'opera

Un approccio più pragmatico richiede piuttosto di tener conto che l'espressione «carattere creativo» rimanda all'idea che la forma espressiva di un'opera si distingua, nei suoi caratteri distintivi, da qualsiasi altra precedentemente conosciuta. Questo perché, già secondo il senso comune, «è creativo qualsiasi atto dal quale tragga origine quanto prima non esisteva»¹²². In altri termini, l'attività dell'autore dà luogo ad una “creazione” ogni volta che da questa attività si giunga ad un qualcosa di nuovo, cioè qualcosa che prima dell'atto creativo non esisteva¹²³.

È partendo da questo ragionamento che si discute della novità come requisito per ottenere la protezione legale di un'opera.

¹¹⁹ MUSSO, op. cit., 23, nota 10; SPEDICATO, op. cit., 578, nota 68.

¹²⁰ CGUE 1 dicembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard Verlags GmbH e altri*, in causa C-145/10, in *AIDA* 2012, 486 ss..

¹²¹ In particolare, al punto 91 della sentenza, la CGUE specifica che: «Durante la fase preparatoria l'autore potrà scegliere lo sfondo, la messa in posa della persona da fotografare o l'illuminazione. Nel fotografare potrà scegliere l'inquadratura, l'angolo di ripresa o ancora l'atmosfera creata. Infine, al momento dello sviluppo, l'autore potrà scegliere tra diverse tecniche esistenti quella da adottare, o ancora procedere, eventualmente, all'impiego di programmi informatici».

¹²² BERTANI, op. cit., 126 ss..

¹²³ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 46; PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 67, ove l'Autore afferma che «non si può disconoscere essere principalmente necessario che il contenuto intellettuale di un'opera tutelabile si presenti come il risultato di un lavoro di creazione, cioè, di un'attività mentale che abbia posto in essere elementi che prima non esistevano; ossia, come dice il Kohler, occorre che la forza creatrice della mente abbia portato fuori un prodotto prima non esistente»; ARE, op. cit., 49.

Una parte della dottrina, condivide l'impostazione sopra richiamata e, pertanto, ritiene che un'opera debba essere nuova per poter accedere alla tutela del diritto d'autore. Tale nozione di novità si basa su una connotazione oggettivamente nuova che la forma dell'opera deve presentare. L'argomento principe è quello per cui non appare possibile al lato pratico concepire un'opera che abbia carattere creativo senza che sia anche nuova. D'altronde, attribuire diritti d'autore a opere identiche ad altre, seppur autonomamente create, creerebbe un'incoerenza logico-giuridica nel sistema e questo sia quando le opere precedenti sono ancora protette da diritti d'esclusivi, sia quando invece sono già cadute in pubblico dominio. Qualora si verificassero tali «incontri fortuiti» tra opere indipendenti essi saranno risolti sacrificando il *posterior in tempore* ¹²⁴.

È interessante rilevare che queste ipotesi di «incontri fortuiti» non possono essere ridotte a mere ipotesi scolastiche ¹²⁵, infatti, il dato pratico riporta che, al contrario, vi è una concreta possibilità di «coincidenze creative» ¹²⁶, soprattutto quando si prendano in considerazione le opere informatiche e compilative o la musica di consumo ¹²⁷, caratterizzate da un basso livello di originalità ¹²⁸.

Ad ogni modo, qualora si adotti la nozione di novità oggettiva sopra richiamata, ciò non significa richiedere che l'autore crei opere le cui forme differiscano da tutte quelle realizzate in precedenza, poiché ciò aggraverebbe eccessivamente la sua attività ¹²⁹. Infatti,

¹²⁴ BERTANI, op. cit., 127.

¹²⁵ VITT. DE SANCTIS, op. ult. cit., 62 ss..

¹²⁶ MUSSO, op. cit., 28. L'Autore qui ricorda che addirittura la giurisprudenza anglo-americana attenua il principio di novità ammettendo il riconoscimento, in un famoso *obiter dictum*, dei diritti di *copyright* a chi scrivesse la stessa «Ode ad un'urna greca» di J. Keats senza conoscerne l'esistenza (così il giudice Learned Hand nel caso «Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.» concluse che «others might not copy that poem, though they might, of course copy Keats's»), oppure, in modo più realistico, tramite reminiscenze inconsce.

¹²⁷ Secondo Cass. 26 novembre 1958 n. 3791, in *AIDA* 1959, 229 ss., «nella cosiddetta “musica leggera” in genere valgono a dare il carattere creativo tanto gli elementi quanto la sensazione melodica; anzi, è proprio all'elemento melodico che deve farsi riferimento per giudicare della originalità della composizione e per identificare gli elementi della contraffazione, non potendosi ritenere, in tale genere di musica, che il mutamento di ritmo, di tonalità e di altri elementi rielaborativi, che non alterano nella sostanza il motivo, aggiungano un'impronta personale degna di essere tutelata». Nella giurisprudenza di merito si vedano da ultimo App. Milano 18 marzo 2021 n.899, in *AIDA* 2021, I, 831. Si veda anche Trib. Milano 16 febbraio 2012, in *IDA* 2012, III, 366.

¹²⁸ *Ivi*, 47. «L'effetto è quello solito della quantità che deprime la qualità e determina tali miscele e confusioni di motivi, spesso assai scarsamente originali, da rendere oltremodo difficile stabilire se l'uno ha copiato dall'altro o se piuttosto tutti hanno, salvo varianti, copiato da una terza fonte, spesso anch'essa difficilmente identificabile» e ancora «È innegabile, poi, che la maggior parte delle opere di minor valore sono, in un certo ambiente culturale, di stampo sostanzialmente uniforme, ricalcano uno schema comune».

¹²⁹ ALGARDI, op. cit., 382 ss., secondo il quale: «è difficile che un'opera sia completamente originale: la sua creatività raramente può essere oggettiva, se non in parte modesta, poiché l'autore, rendendosi più o meno conto, attinge a un fondo comune, imita opere altrui, riproduce ed elabora, amalgamando con la forza della ispirazione personale un materiale al quale imprime un aspetto nuovo, individuale. Scriveva Ugo Foscolo che «l'arte non consiste nel rappresentare cose nuove, bensì nel rappresentare con novità. Così l'arte ordinò la natura, l'universa natura che riproducendo perpetuamente gli stessi enti, li rende mirabili per le minime e infinite varietà con che li accompagna».

bisogna prendere atto del fatto che, anche in opere artistico-letterarie di livello elevato, potrà sempre ravvisarsi l'ombra di creazioni precedenti. Gli autori sono influenzati, anche inconsciamente, dal proprio patrimonio culturale e dalle proprie esperienze come percipienti di opere precedenti altrui. In base a questa tesi è ammissibile che un'opera possa far ricordare sensazioni provate anche dinnanzi ad altre opere, tuttavia, è comunque indispensabile che l'opera successiva stimoli reazioni emotive diverse da quelle provate in precedenza ¹³⁰.

Altra parte della dottrina, invece, si contrappone alla tesi della novità oggettivamente intesa. I sostenitori della tesi della cosiddetta novità soggettiva dichiarano che, ai fini della protezione dell'opera, per il diritto d'autore sia sufficiente l'«autonomia dello sforzo generatore» dell'opera stessa ¹³¹. Si ritiene cioè che sia sufficiente che l'attività creativa dell'autore venga posta in essere attraverso forme espressive non copiate da altri ¹³².

L'obiezione prevalente che la tesi della novità soggettiva muove contro quella della novità oggettiva si basa sull'argomento *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Infatti, si contesta il fatto che quando il legislatore ha voluto subordinare la tutela di un prodotto dell'intelletto al requisito della novità (intesa in senso oggettivo) lo ha sempre previsto esplicitamente: così accade per i marchi, che ai sensi dell'articolo 12 c.p.i. devono essere nuovi e dotati di capacità distintiva, così accade per i brevetti, per i quali all'articolo 46 c.p.i. si richiede che le invenzioni siano nuove e dotate di attività inventiva e così accade per i disegni e i modelli, che ai sensi dell'articolo 32 c.p.i. per essere registrati devono essere nuovi e dotati di carattere individuale. E così, invece, non è accaduto per le opere dell'ingegno protette dalla legge sul diritto d'autore.

Nonostante queste critiche, la corrente di pensiero prevalente, sia nella dottrina che nella giurisprudenza attuali, è orientata a favore della tesi della novità oggettiva ¹³³.

In questo contesto, resta ancora da capire quale grado di novità sia necessario affinché una forma possa ottenere la tutela. Più precisamente, quindi, rimane la questione relativa al *quantum* di diversità richiesto ad una forma espressiva successiva ad una già nota per poter accedere alla protezione offerta dal diritto d'autore ¹³⁴.

¹³⁰ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 45 ss..

¹³¹ OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, I, 195-197; cito da BERTANI, op. cit., 127, nota 230.

¹³² GRECO e VERCELLONE, op. cit., 45 ss.; ARE, op. cit., 51.

¹³³ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 45 ss.; ASCARELLI, op. cit., 705 ss.; MUSSO, op. cit., 27 ss.. La giurisprudenza italiana tende ad aderire alla tesi della novità oggettiva, si vedano *ex multis* Cass. 30 aprile 2020 n. 8433, in *AIDA* 2020, I, 532; Cass. 28 novembre 2011 n. 25173, in *Foro it.* 2012, I, 74; Cass. 23 novembre 2005 n. 24594, in *IDA* 2006, II, 213, con nota di MARI.

¹³⁴ BERTANI, op. cit., 128.

Dall'osservazione della giurisprudenza prevalente, sembra che il requisito del carattere creativo sia assente quando l'opera sia preceduta da un'altra identica, quanto meno nei tratti distintivi che caratterizzano il genere a cui appartiene. Così come è ritenuto assente anche nel caso in cui l'opera abbia una forma espressiva tanto banale da apparire ricavabile senza sforzo dallo stato dell'arte. La novità, dunque, va esclusa non solo nel caso in cui sia concretamente provata la preesistenza di un'opera sostanzialmente non diversa, ma anche quando, a causa della banalità dell'opera stessa, il giudice possa, sulla base di massime di comune esperienza, ritenere che certamente già qualche altro uomo abbia dato vita a una espressione sostanzialmente identica ¹³⁵.

Questa impostazione suggerisce così di ritenere proteggibili tutte le opere che si distinguano dalle precedenti per il fatto di contenere novità espressive idonee a superare un mero test di non banalità ¹³⁶.

A questo giudizio di novità oggettiva/non banalità vanno sottoposti i tratti caratteristici delle opere i quali sono scelti sulla base delle peculiarità dei diversi generi creativi ¹³⁷. Inoltre, questo giudizio deve poi essere ragionevolmente condotto assumendo quale parametro di valutazione le conoscenze e la sensibilità di un esperto del genere di opere al quale appartiene quella da valutare ¹³⁸.

Peraltro, il livello minimo di novità necessario per ottenere la protezione può variare da genere a genere, sulla scorta del maggiore o minore «tasso di affollamento». Di conseguenza, il gradiente di novità richiesto per opere appartenenti a campi del sapere umano nei quali le possibilità di scelta e disposizione dei segni sono particolarmente numerose e in buona parte inesplorate sarà più elevato rispetto al *minimum* preteso per generi di opere che rientrano in settori caratterizzati da minori spazi di libertà o che siano più affollati. Ricadono tra le prime ad esempio le opere della letteratura, della musica e delle arti

¹³⁵ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 51. Gli Autori affermano che, alcuni casi in cui «il giudice potrà e dovrà escludere l'esistenza di una creazione potendo presumere, senza quindi necessità di indagini relative ad una concreta antecedenza», siano, ad esempio, quelli di un disegno stilizzato di un cavallo, quale quello che sono capaci di fare i bambini, o quello di una breve composizione poetica che si basi su sfruttatissime metafore o giochi sul suono di rime usuali (amore-cuore).

¹³⁶ BERTANI, op. cit., 128 ss..

¹³⁷ *Ivi*, 129. L'Autore fa alcuni esempi: «per le opere letterarie questi tratti sono rappresentati dalla struttura sintattica della frase, dalle scelte lessicali, dagli esiti semantici e fonetici generali dall'accostamento tra le diverse parole; per quelle musicali sono invece costituiti dalla sequenza dei suoni componenti la melodia, dall'armonia e dal ritmo; per quelle della pittura consistono nelle linee del disegno, nella disposizione dei volumi, nella scelta e nella combinazione dei colori; per quelle coreografiche sono rappresentati dalla sequenza dei gesti compiuti dal corpo di ballo e dal loro coordinamento complessivo; per quelle della fotografia sono costituiti dalla scelta dell'inquadratura, della luce, della disposizione dei soggetti e/o degli oggetti da ritrarre; e così via».

¹³⁸ *Ibidem*.

figurative, a cui quindi verrà chiesto un livello più elevato di novità, al contrario, invece, di opere quali traduzioni, manuali tecnici o opere didattiche ¹³⁹.

È chiaro, comunque, che l'elasticità del criterio di valutazione in questione presupponga pur sempre un rispetto rigoroso del principio di uguaglianza. Da ciò deriva, da un lato, il divieto di applicare gradienti minimi differenziati per opere del medesimo genere e, dall'altro, la necessità di calibrare in modo equilibrato le differenze di trattamento tra l'uno e l'altro genere ¹⁴⁰.

3.3. La natura discrezionale dell'opera.

Anche qualora siano dotate di novità oggettiva, le forme espressive sono protette dal diritto d'autore soltanto a condizione che abbiano natura discrezionale, e cioè a condizione che non costituiscano un mezzo necessario per esprimere un determinato significato ideativo o informativo ¹⁴¹.

Le ragioni di questa affermazione si ricavano come corollario dal principio della dicotomia tra forma e contenuto delle opere dell'ingegno ¹⁴². Infatti, se si escludono dalla protezione le idee e le informazioni sottostanti all'opera, allora, da ciò segue che non si debbano tutelare quelle forme per la cui rappresentazione si ricorra a modalità espressive necessitate, e questo perché altrimenti sarebbe come proteggere il contenuto e non la forma di tali opere ¹⁴³.

Pertanto, l'opera dell'ingegno che può essere protetta dal diritto d'autore è quella che nella rappresentazione del proprio contenuto utilizza forme discrezionali, cioè «non necessitate rispetto al messaggio che essa vuole trasmettere». E reciprocamente, la tutela è

¹³⁹ *Ivi*, 131.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ivi*, 134.

¹⁴² *Ivi*, 105 ss.. Secondo l'Autore, le nozioni di «forma» e di «contenuto» che emergono dagli indici normativi propri del sistema di diritto d'autore vigente possono essere così espresse: (i) si intende per «contenuto» qualsiasi idea ed informazione, ossia qualsiasi significato «inteso come frazione del sapere umano semanticamente autosufficiente ed espressa in modo non ridondante»; e (ii) si intende per «forma» «una combinazione di segni appartenenti ad una qualsiasi tra le diverse lingue che rendono possibile la comunicazione intersoggettiva».

¹⁴³ *Ivi*, 111, nota 199. In cui si legge anche di come questo stesso principio si ritrovi nell'ordinamento statunitense sotto il nome di «merger doctrine» e si ricavi dalla section 10 (b) del title 17 USC per cui «in no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work». Si veda anche SPEDICATO, op. cit., 573 e ARE, op. cit., 116, il quale osserva come «in questo caso non può proteggersi l'espressione, dato che l'esclusiva sulla forma si tradurrebbe in una esclusiva sul contenuto», dovendosi ritenere che rimanga «al di fuori della tutela del diritto di autore, non ciò che è *collegato all'oggetto*, ma solo ciò che costituisce – nel campo dell'espressione – la *conseguenza necessaria* di questo».

esclusa quando la forma dell'opera esprime idee o informazioni per rappresentare le quali non siano possibili varianti espressive ¹⁴⁴.

Una conferma di questa interpretazione si può ricavare da osservazioni sul piano sistematico, poiché vi sono alcune disposizioni che stabiliscono espressamente la non tutelabilità di forme espressive necessitate. Si tratta di opere o di parti di opere che, per la particolare funzione culturale a loro assegnata, sono incapaci di variazioni espressive, nel senso che devono essere ripetute senza alterazioni per poter svolgere le loro funzioni. È questo il caso delle sequenze del *software* che è necessario riprodurre in altri programmi per assicurarne l'interoperabilità prevista dall'articolo 6 della direttiva 24/2009 (nonché dall'articolo 64-*quater* l.a.). Lo stesso può dirsi rispetto agli atti normativi, amministrativi e giudiziari, per i quali l'articolo 2, comma 4 CUB assegna la facoltà agli ordinamenti nazionali (sfruttata dal legislatore italiano nell'articolo 5 l.a.) di prevederne l'esclusione dall'area delle forme proteggibili ¹⁴⁵.

A ulteriore conferma dell'approccio qui delineato milita anche un'argomentazione *ab inconvenienti*, in base alla quale è preferibile escludere dalla tutela d'autore le forme espressive necessitate perché diversamente la disciplina a protezione della creatività intellettuale potrebbe sortire l'effetto di ostacolare le libertà di manifestazione del pensiero, della scienza e dell'arte, costituzionalmente garantite dagli articoli 9, 21 e 33 ¹⁴⁶.

Un contributo rilevante a queste riflessioni si deve a Giorgio Spedicato, secondo il quale ogni forma espressiva che sia frutto di una scelta dell'autore si caratterizzi come «forma *intenzionale*», in contrapposizione ad una «forma di espressione [che] sia in tutto o in larga parte necessitata» e pertanto insuscettibile di protezione ¹⁴⁷.

Per comprendere quando un'opera rispetti il requisito della discrezionalità è necessario verificare se le sequenze di segni che la compongono possano o meno essere sostituite da altre sequenze differenti ma ugualmente in grado di rappresentare le stesse informazioni ¹⁴⁸.

¹⁴⁴ BERTANI, op. cit., 111-112.

¹⁴⁵ *Ivi*, 113.

¹⁴⁶ *Ivi*, 114.

¹⁴⁷ SPEDICATO, op. cit., 573 ss.. Le cui considerazioni in tema di arte contemporanea verranno riprese anche in seguito.

¹⁴⁸ BERTANI, op. cit., 134-135. Il funzionamento di questo test richiede la definizione di un livello minimo di discrezionalità espressiva necessario affinché una sequenza di segni possa beneficiare della tutela del diritto d'autore. Inoltre, è altresì necessario diversificare tale requisito di discrezionalità in base ai diversi ambiti applicativi nei quali opera l'ingegno umano.

Secondo la ricostruzione proposta finora, quindi, i requisiti del carattere creativo intesi come novità oggettiva/non banalità e discrezionalità dell'opera appaiono tanto necessari quanto sufficienti per accedere alla tutela d'autore ¹⁴⁹.

3.4. Il valore artistico dell'opera.

Tra i requisiti di protezione previsti dal sistema del diritto d'autore non rientrano né il valore artistico né l'utilità o una qualche destinazione funzionale dell'opera. Questa irrilevanza rappresenta un principio generale spesso espressamente enunciato nella tradizione normativa dei diversi ordinamenti nazionali ¹⁵⁰.

Tale impostazione, in Italia, è implicitamente ricavabile qualora si pensi alla dichiarazione di irrilevanza del «merito e della destinazione» dell'opera effettuata (implicitamente) dall'attuale testo dell'articolo 1 l.a. che, a differenza della legge previgente, non contiene più tale inciso, ritenuto talmente ovvio da risultare inutile ¹⁵¹.

E d'altra parte, ammettere l'applicazione di criteri di «valore» significherebbe aprire le porte a giudizi di apprezzamento soggettivo da parte dell'interprete, che in ciò potrebbe essere influenzato da interessi individuali così come da interessi di carattere sociale e contingente ¹⁵². In ogni caso, comunque, ammettere dei criteri di «valore» comporterebbe necessariamente di riferirsi a parametri di natura e di finalità da determinarsi a priori sulla base di profili ideologici e sociali. Non mi pare che tali profili possano aver rilevanza sul piano della qualifica dell'opera dell'ingegno tutelata nel sistema positivo italiano ¹⁵³.

¹⁴⁹ *Ivi*, 137.

¹⁵⁰ *Ivi*, 141, nota 259. Per la Francia v. l'art. L 112-1 del Code de la propriété intellectuelle del 1992, che dichiara protette «toutes les oeuvres de l'esprit, quel qu'en soient [...] le mérite ou la destination». L'irrilevanza «della qualità o del valore estetico» dell'opera è poi dichiarata per le (sole) banche dati dal considerando 16 della direttiva 9/1996.

¹⁵¹ *Ibidem*. Si veda anche VITT. DE SANCTIS, op. ult. cit., 30, il quale afferma che la vigente legge italiana del 1941 ha soppresso l'espressione propria della legge del 1925 («qualunque ne sia il merito») per riprendere il testo della Convenzione di Berna («qualunque ne sia il modo e la forma di espressione»). E se è vero che la relazione al progetto ministeriale della legge del 1941 afferma che «occorre che l'opera abbia un merito se pur modesto; si eviterà così, sempre secondo la predetta relazione, che (fondandosi sulla espressione «qualunque ne sia il merito») si continuino a proteggere oggetti di triviale uso e valore». Ciononostante però l'elemento del valore non si rinviene affatto nel testo di legge.

¹⁵² *Ivi*, 28, nota 61. Ove l'Autore approfondisce il tema dei criteri di valore nel sistema sovietico e, in particolare, riporta che nell'ordinamento sovietico i criteri di «valore» hanno una peculiare applicazione. Infatti, nonostante da un lato si stabilisca che le opere vengono tutelate «qualunque sia il loro fine e il loro merito», il legislatore sovietico ha posto il valore dell'opera (nel senso della sua ortodossia ideologica e rispondenza agli interessi della società sovietica) quale criterio base per giudicare dell'opportunità di una divulgazione dell'opera stessa da parte della società. «Così la valutazione dei fini e della idoneità dell'opera a «contribuire all'elevazione culturale della nazione e all'educazione comunista» interviene non sul piano dell'oggetto del diritto, ma su quello contrattuale dell'esercizio del diritto di pubblicazione che, tuttavia, nel sistema sovietico ha una rilevanza particolarmente determinante».

¹⁵³ *Ivi*, 28-29.

Inoltre, alla medesima impostazione si arriva guardando a diverse disposizioni che dichiarano di voler proteggere opere che sono palesemente prive di un qualche valore artistico o utilitario. Un esempio è fornito dai programmi per elaboratore espressi in codice oggetto, che non sono ragionevolmente assoggettabili ad alcun tipo di giudizio estetico. Così come svariati tipi di creazioni artistiche sono assolutamente refrattarie a qualsiasi valutazione di utilità/funzionalità, quali, ad esempio, le opere letterarie a carattere creativo o quelle delle arti figurative ¹⁵⁴.

Tuttavia è da segnalare che il principio generale sin qui ricordato sembrerebbe puntualmente derogato dall'articolo 2, n. 10, l.a., che a seguito della novella del 2001 menziona espressamente – in aggiunta al carattere creativo – il valore artistico quale requisito di protezione per le (sole) opere del disegno industriale. Questa divergenza potrebbe però essere solo apparente. Infatti, secondo ampia parte della dottrina e della giurisprudenza ¹⁵⁵, il requisito menzionato non dovrebbe essere interpretato nel senso di un riferimento al particolare merito estetico dell'opera. Tale interpretazione rischierebbe di sottoporre la valutazione di tutelabilità a un giudizio di valore fortemente condizionabile dal gusto estetico del giudice e quindi a un giudizio arbitrario, aprendo il campo a gravi problemi di incertezza del diritto. Piuttosto, un'interpretazione alternativa proporrebbe di subordinare la tutela del diritto d'autore alle opere di design solo in presenza di un gradiente di creatività particolarmente qualificato, superiore a quello tipicamente richiesto per gli altri generi di opere. Questo sulla base di un modello di cumulo tra le privative d'autore e per design analogo a quello già applicato nell'ordinamento tedesco ¹⁵⁶.

3.5. L'identificabilità oggettiva dell'opera.

Rimane ancora da analizzare il requisito dell'identificabilità oggettiva dell'opera. In base ad esso, la tutela d'autore è subordinata alla possibilità di identificare con precisione

¹⁵⁴ BERTANI, op. cit., 141 ss..

¹⁵⁵ *Ivi*, 143, nota 262. Ove l'Autore richiama per questa impostazione la seguente dottrina e giurisprudenza. Per la dottrina si vedano AUTERI, *Industrial design e opere d'arte applicata all'industria (dialogo tra Paolo Spada e Paolo Auteri commentato da Gustavo Ghidini)*, in *Riv. dir. civ.* 2002, II, 272-276; FABIANI, *La protezione dell'opera d'arte applicata alla nuova disciplina del disegno industriale*, in *IDA* 2002, 206; SARTI, *Tutela dei disegni e modelli comunitari tra imitazione servile e protezione del diritto d'autore*, in *IDI* 2008, 172. Mentre, in giurisprudenza regole operative riconducibili a questa linea interpretativa paiono ricavabili da Trib. Venezia, 4 febbraio 2004, in *AIDA* 2005, 1032; Trib. Torino, ord., 17 dicembre 2004, *ivi*, 1055; Trib. Milano, ord., 29 marzo 2005, *ivi*, 1064; Trib. Roma, 26 marzo 2008, *ivi* 2009, 1288.

¹⁵⁶ *Ivi*, 144, nota 263. Il quale fa riferimento a LOEWENHEIM, *Werke der bildenden Kunst*, in SCHRICKER, *Urheberrecht – Kommentar*, C.H. Beck, Munchen, 2006, 117, per la dottrina che ricostruisce questi lineamenti del diritto tedesco.

l'oggetto dei diritti esclusivi. Si tratta di un requisito nato in ambito unitario a partire dalla sentenza emessa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Levola Hengelo* ¹⁵⁷.

Il caso posto all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea riguardava una richiesta di tutela del sapore di un alimento. Tale richiesta è stata negata proprio in quanto non è stato possibile identificare con sufficiente precisione l'oggetto in cui l'opera si esprimeva.

Le opere che sono destinate ad essere percepite attraverso i sensi della vista e dell'udito generalmente non pongono particolari problemi sotto il profilo della loro identificabilità. L'estrinsecazione obiettiva dell'opera, infatti, non equivale a richiedere che essa sia necessariamente fissata su un supporto materiale. Nel nostro ordinamento, infatti, non è stata adottata l'opzione consentita dalla convenzione di Berna di limitare, la quale permette agli Stati di limitare la protezione del diritto d'autore esclusivamente alle opere realizzate su di un supporto materiale. Al contrario, la materialità o «fixation» è richiesta sia nel Regno Unito ¹⁵⁸ che negli Stati Uniti d'America ^{159 160}.

¹⁵⁷ CGUE 13 dicembre 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, in causa C-310/17, in *AIDA* 2019, 1879.

¹⁵⁸ DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., 43 ss.. L'Autrice riferisce che la nozione di «fixation» costituisce una caratteristica costantemente richiamata dalle corti come presupposto per l'applicazione della tutela del diritto d'autore. Anche se il Chapter I Section 3 e 4 del Copyright, Design and Patents Act (CDPA) del 1988 richiede esplicitamente la «fixation» per le sole opere musicali e letterarie (§ 3.2), ma non menziona mai le opere d'arte visive, che pertanto, stando alla lettera della legge, sembrerebbero poterne fare a meno. Il legislatore inglese, comunque, ha previsto un elenco tassativo di generi di opere degne di tutela al CDPA Pat. 1 Chap. 1 Sect. 1, mentre alla Sect. 3 vengono specificate le tipologie di opere che ogni genere comprende e riguardo alle opere d'arte circoscrive l'ambito di applicazione a: «a) a graphic work, photograph, sculpture or collage, irrespective of artistic quality; b) a work of architecture being a building or a model for a building, or c) a work of artistic craftsmanship».

¹⁵⁹ *Ibidem*. L'Autrice afferma che negli Stati Uniti, secondo il Copyright Act del 1976, la protezione è concessa solo all'opera che sia espressa in un «tangible medium», che non abbia «utilitarian aspects» e che sia «fixed» in maniera permanente o stabile. In linea con questa normativa, il criterio per riconoscere l'esistenza di una creazione è quello della estrinsecazione dell'idea su un supporto materiale (17 USC § 101). Il legislatore nordamericano, ha poi previsto un elenco esemplificativo dei vari tipi di supporti attraverso i quali l'artista può esprimersi, similmente a quanto avviene nei paesi di civil law. In particolare, la legge contempla le tradizionali quattro tipologie di discipline artistiche, cioè la pittura, il disegno, la stampa e la scultura, alle quali si aggiunge la fotografia, ma tutte solo a condizione che siano prodotte in un numero limitato di copie («200 or fewer»).

¹⁶⁰ DONATI, «*Art as Idea as Idea*». *Diritto e creazione artistica contemporanea*, op. cit., 19-20. In cui l'Autrice scrive che nei sistemi di common law, è imperativo che l'opera sia fissata su di un supporto materiale e per un periodo di tempo significativo. Questo procedimento di «fixation» deve essere connotato da un intervento personale e diretto dell'artista sull'opera. Inoltre, i mezzi di espressione artistica sono previsti in elencazioni inadeguate per la tutela dei linguaggi contemporanei. Le categorie più flessibili sono quelle del collage e della scultura, il collage è inteso come «collection of unrelated things». Mentre, la scultura prevede un articolato procedimento denominato «multifactorial approach» per la sua qualificazione, il quale dal 2011 sostituisce il precedente criterio basato sull'assoluta evidenza. Questo nuovo procedimento si concentra sulla ricostruzione dell'intenzione dell'artista nella definizione dell'opera. Si veda anche DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, cit., 46-47. Qui l'Autrice rileva che, in via più generale, entrambi gli ordinamenti di common law prevedono che l'opera d'arte debba possedere le caratteristiche del bene materiale. La normativa statunitense specifica, poi, che nessuna «idea» potrà essere fatta valere e quindi essere protetta come opera d'arte. Il Copyright Act, infatti, esclude ogni tutela a «any idea, procedure, process, system, method of operation, concept principle or discovery» (§ 102 b). Inoltre, da questa impostazione discende che l'opera

Il fatto che nel nostro ordinamento non sia richiesta la materialità si deduce sia dall'assenza di menzione esplicita di tale requisito sia attraverso un'interpretazione a contrario dell'articolo 2, n. 3, l.a., il quale, in modo eccezionale, richiede che per la protezione delle opere coreografiche e pantomimiche queste siano fissate «per iscritto o altrimenti».

Ad ogni modo, la questione dell'identificabilità obiettiva dell'opera, sebbene non comporti la necessità della materialità, è centrale ai fini della tutela di profumi e sapori, i quali sono destinati a essere percepiti con i diversi sensi dell'olfatto e del gusto.

Tuttavia, allo stato attuale del progresso tecnologico, non vi sono i presupposti che permettano di garantire l'identificazione di tali creazioni con un grado sufficiente di precisione ¹⁶¹.

3.6. La liceità dell'opera

Per completezza, bisogna infine menzionare il dibattito che riguarda il requisito della liceità dell'opera dell'ingegno. È da sempre oggetto di discussione la questione sulla necessità che l'opera dell'ingegno superi un vaglio di «moralità» per poter accedere alla tutela del diritto d'autore. Ad oggi, comunque, la problematica è ormai pacificamente risolta nel senso di non ritenere che la liceità costituisca un requisito d'accesso alla protezione delle opere dell'ingegno ¹⁶².

Questa conclusione è sostenuta da più argomenti, un primo argomento può desumersi dall'articolo 529 c.p., il quale esclude che l'opera d'arte o l'opera di scienza possa considerarsi oscena, salvo per il caso in cui venga offerta in vendita, venduta o comunque procurata a minore di anni diciotto. È vero che una cosa è l'illecito penale e altra cosa è l'illecito civile e che l'esclusione dagli estremi di un reato non comporta la riconoscibilità «di un diritto soggettivo e di una tutela civile», tuttavia è pur vero che rimane «il valore presuntivo di un orientamento generale del legislatore» ¹⁶³.

Tale presunzione è corroborata dal rilievo del silenzio che sia la legge speciale sia il codice civile mantengono sul punto. Ciò rileva se si considera che, invece, per le invenzioni

d'arte protetta non solo non può essere effimera, ma non può neppure essere un'opera in divenire, come nel caso di opere consistenti in oggetti che si modificano nel tempo.

¹⁶¹ MUSSO, op. cit., 53.

¹⁶² GRECO e VERCELLONE, op. cit., 52 ss.; ASCARELLI, op. cit., 709 ss.; MUSSO, op. cit., 34 ss.; PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 83 ss..

¹⁶³ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 53.

industriali e per i segni distintivi la necessità che l'opera non contrasti con la legge, l'ordine pubblico e il buon costume è esplicitamente richiesto ¹⁶⁴.

Ancora, un altro argomento prende le mosse dal principio costituzionale della libertà di espressione ai sensi dell'articolo 21 Cost., il quale deve essere interpretato nel senso di non potersi introdurre deroghe nemmeno per il caso dell'attribuzione del diritto d'autore ad un'opera dell'ingegno seppur dal contenuto «immorale» ¹⁶⁵.

Ciò che potrà essere limitato o vietato, semmai, è la possibilità di diffusione dell'opera (pur qualificata come opera dell'ingegno ai fini della tutela autoriale), così come si evince anche dall'articolo 17 della convenzione di Berna, la quale afferma che non è l'espressione ad essere qualificabile come lecita o illecita bensì la sua diffusione ¹⁶⁶.

3.7. La creatività nelle opere d'arte contemporanea.

I requisiti richiesti dal diritto d'autore per la tutela delle opere dell'ingegno fanno riferimento a nozioni idonee ad adeguarsi all'evoluzione delle tecniche espressive. Lo si può ricavare dal carattere esemplificativo dei cataloghi delle tipologie artistico-letterarie protette e dall'ampiezza della nozione di creatività, la quale, in sostanza, richiede all'autore la realizzazione di opere oggettivamente individuabili, che abbiano una forma espressiva discrezionale, che non copino opere altrui e che esprimano un valore minimo di originalità.

Il diritto d'autore ben si adattava all'arte classica e moderna, quando la creatività si esprimeva tramite «oggetti, statue, quadri, «cose» prodotte e poi esposte, vendute, collezionate» ¹⁶⁷ e la linea di demarcazione tra forma e contenuto era facile da individuare. Questa nozione di creatività viene messa a dura prova da alcune correnti dell'arte contemporanea nelle quali la separazione tra la forma e il contenuto non è agevole e appare dunque complicato identificare su quale dei due elementi ricada il carattere creativo ¹⁶⁸.

L'arte contemporanea ha trasformato le modalità espressive: non è più la bravura tecnica a caratterizzare un buon artista ¹⁶⁹, poiché spesso prevale la dimensione delle

¹⁶⁴ Per i brevetti si veda l'articolo 50 c.p.i. mentre per i marchi l'articolo 10 c.p.i.

¹⁶⁵ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 54.

¹⁶⁶ ASCARELLI, op. cit., 709.

¹⁶⁷ DONATI, op. ult. cit., 2.

¹⁶⁸ CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili esecutivi (specie in riferimento alla prova dell'arte contemporanea)*, in *Foro it.* 2017, 3783; SPEDICATO, op. cit., 569.

¹⁶⁹ *Ivi*, 578, il quale ritiene che la perdita di centralità della *téchné* artistica nell'arte contemporanea non costituisca un ostacolo insormontabile rispetto al riconoscimento della tutelabilità di tali opere da parte del diritto d'autore. E a sostegno di questa tesi riporta l'esempio delle opere fotografiche che si distinguono dalla semplice fotografia non in base alla bravura tecnica del fotografo bensì «nella sua capacità di informare l'opera della propria personale visione della realtà».

informazioni su quella di manufatto. L'arte contemporanea si caratterizza per un radicale rifiuto dei canoni estetici tradizionali e questo ha condotto molti artisti «verso un'arte fatta di puro intelletto, di pura intenzionalità»¹⁷⁰.

In questo senso, il pensiero di Sol LeWitt erigeva ad atto qualificante dell'artisticità l'idea e la fase progettuale dell'opera, mettendo in secondo piano l'esecuzione che spesso veniva delegata ad altri¹⁷¹. Egli usava il linguaggio per impartire istruzioni su come realizzare materialmente l'opera che lui aveva creato sotto forma di idea, proprio perché «ideas alone can be art»¹⁷². Lo stesso artista, infatti, nei suoi «Paragraphs on Conceptual Art», scriveva che «the idea itself, even if it is not made visual, is as much a work of art as any finished product»¹⁷³.

Coerentemente a ciò, la forma, in una parte significativa dell'arte contemporanea, va incontro a una violenta contestazione e spesso essa viene negata¹⁷⁴, presa in prestito dalla realtà¹⁷⁵, oppure soppressa¹⁷⁶. Pertanto, risulta agevole comprendere le ragioni della crisi con il diritto d'autore, si pensi solamente al fatto che l'oggetto protetto dall'esclusiva è proprio la forma espressiva dell'opera¹⁷⁷.

Dalle avanguardie artistiche del primo Novecento, i profili contenutistici prevalgono su quelli esecutivi e formali¹⁷⁸: «l'idea creativa fa «aggio» sull'esecuzione materiale».

¹⁷⁰ Ivi, 569; DANTO, *Oltre il Brillo Box. Il mondo dell'arte dopo la fine della storia*, Marinotti, Milano, 2010, il quale osserva come, in generale, «[l]a storia del modernismo [...] è la storia dello smantellamento del concetto di arte che evolveva da oltre mezzo millennio. L'arte non doveva essere bella, né doveva sforzarsi di fornire all'occhio una serie di sensazioni equivalenti a quelle procurategli dal mondo reale; non doveva avere un soggetto iconografico, né sviluppare le sue forme all'interno di uno spazio pittorico; e non doveva neanche più essere necessariamente il prodotto magistrale del tocco dell'artista».

¹⁷¹ V. la descrizione dell'artista Sol LeWitt nel sito del Castello di Rivoli, su <https://www.castellodirivoli.org/artista/sol-lewitt/>.

¹⁷² V. il paragrafo su «Language and Art» all'interno della la definizione di «Conceptual art» nel sito del Museum of Modern Art di New York, su <https://www.moma.org/collection/terms/conceptual-art>. Qui si legge che «Conceptual artists also used language in the form of instructions detailing how an artwork should be made. Sol LeWitt was among the principal originators of this strategy, which his peers widely embraced. Arguing that ideas alone can be art, he allowed for a measure of separation between the artist and the physical execution of his or her artwork. His work exemplifies this: he would generate ideas for artworks and write instructions on how to make them, which other people – sometimes whole teams working days or weeks – would then carry out».

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Come accade nelle opere monocromatiche di Yves Klein o di Robert Ryman.

¹⁷⁵ Come nell'Appropriation Art o come nei ready-made di Marcel Duchamp o nei tableaux-pièges di Daniel Spoerri (i quadri-trappola sono tavole sulle quali l'artista prese ad incollare, a partire dal 1960, oggetti trovati casualmente, in ordine o in disordine).

¹⁷⁶ Come nell'opera di Robert Rauschenberg intitolata «Erased De Kooning», realizzata cancellando (con il consenso dell'autore) un dipinto dell'artista olandese.

¹⁷⁷ SPEDICATO, op. cit., 568.

¹⁷⁸ BUCCIANTI, *Recenti questioni in tema di diritti privato dell'arte*, in *Aedon* 2018, secondo cui «La storia dell'arte è densa di fenomeni imitativi e i movimenti artistici nel novecento hanno implementato questa tendenza, spostando la propria attenzione più che sul contenuto dell'espressione in sé considerato, sul significato o sul senso che quest'ultimo assume per l'autore». In questo senso anche CARLIN, *Culture Vultures: Artistic Appropriation and Intellectual Property Law*, Colum.-VLA J. L. & Arts, 1988, 103, il quale sottolinea

L'osservazione dell'opera d'arte contemporanea non è più sufficiente per la sua comprensione: dalla forma esteriore non traspare l'idea, eppure è proprio l'idea a completare l'opera e ad attribuirle un significato, il quale poi è ciò che le permette di distinguersi da altre opere con forme molto simili o identiche ¹⁷⁹.

Tuttavia, è importante ricordare che l'idea non basta, essa deve essere concretizzata nel mondo reale in una forma espressiva che è destinata, se provvista dei requisiti, a divenire l'oggetto tutelato dal diritto d'autore; solo così si rispetta il principio fondamentale della dicotomia tra idea ed espressione ¹⁸⁰.

Al contrario, il movimento dell'arte concettuale elabora e mette in pratica la sottrazione di importanza del livello formale e stilistico dell'opera. Emblematico in tal senso è il foglio bianco, vuoto, esposto da Rauschenberg: esso «assume una valenza espressiva in quanto attribuitogli intenzionalmente, con atto per ciò stesso creativo, da Rauschenberg» stesso ¹⁸¹. Il valore creativo di queste opere risiede quasi esclusivamente in un elemento di carattere concettuale ¹⁸².

Tuttavia, anche se l'arte contemporanea si schiera in modo aperto «*contro* la forma», essa comunque «non [ne] può essere *priva*», essendo le opere pur sempre esteriorizzate ¹⁸³. Pertanto, la sfida che queste correnti artistiche pongono risiede nella possibilità di riuscire o meno a riconoscere nelle forme da loro utilizzate il «carattere creativo» ed in particolare la novità soggettiva e il livello minimo di originalità ¹⁸⁴.

che «appropriation art is one of the most important conceptual strategies on late twentieth-century art because it underscores the role of the artist as the manipulator or modifier of existing material, rather than as the inventor or creator of new forms».

¹⁷⁹ CASABURI, op. cit., 3783 ss..

¹⁸⁰ DONATI, «*Art as Idea as Idea*». *Diritto e creazione artistica contemporanea*, op. cit., 15, la quale riporta come il giudice ritenga «di essere chiamato e tenuto all'accertamento della forma creativa originale: il carattere di originalità si riferisce all'impronta materiale [...] direttamente incisa dall'artista sul prodotto opera»; MUSSO, op. cit., 69 ss.

¹⁸¹ CASABURI, op. cit., 3789.

¹⁸² SPEDICATO, op. cit., 577, il quale rileva come: «anche una tela completamente vergine potrebbe qualificarsi come «forma espressiva» laddove essa costituisca il *medium* che l'autore utilizza per esprimere, ad esempio, lo straniamento dell'artista nella società contemporanea: come commentò l'artista Robert Rauschenberg in occasione della mostra *Sixteen Americans* organizzata nel 1959 dal Museum of Modern Art di New York, «*a canvas is never empty*»».

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ D'altronde, in un momento in cui il dato estetico-formale dell'opera rappresentava la caratteristica principale dell'arte, PIOLA CASELLI, *Del diritto d'autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, UTET, Torino, 1907, 272, osservava come non si possa «esigere che nelle opere tutelabili, la forma riassuma in sé tutta l'importanza dell'opera» perché «la tutela del diritto d'autore è possibile e giustificata ogni qualvolta l'opera, obiettivamente considerata, presenti i caratteri di una rappresentazione, anche se la forma ne sia elemento secondario o non sia stata condotta a quella delicata e complicata perfezione che si trova nei lavori d'arte».

Per alcuni movimenti, questo appare più agevole che per altri, a volte infatti è sufficiente l'interpretazione estensiva della legge per aprire le porte del diritto d'autore. Dalla tutelabilità delle opere che si esprimono in forma orale, ammessa dall'articolo 2, n. 1 l.a., si ricava il dato per cui la forma espressiva dell'opera protetta non richiede che essa sia permanente e stabile nel tempo né che essa sia materiale. È quindi proteggibile anche una forma espressiva «destinata ad esaurirsi con l'atto (e nell'atto) di espressione».

Sulla base di queste considerazioni è possibile ricomprendere nel novero delle opere tutelabili dal diritto d'autore anche quelle espressioni che vanno sotto il nome di «performance art»¹⁸⁵ o di «happening»¹⁸⁶. Queste, infatti, sono caratterizzate da una forma espressiva transitoria¹⁸⁷. Si consideri, ad esempio, i Tiri o Shooting paintings di Niki De Saint Phalle che nei primi anni sessanta divenne celebre per «una serie di azioni durante le quali il pubblico o l'artista stessa sparava con la carabina su dei rilievi di gesso, celati dal quale si trovano dei sacchetti di pittura che esplodevano all'impatto»¹⁸⁸.

Maggiori difficoltà derivano, piuttosto, dalle realizzazioni proprie del ready-made, laddove la scelta dell'artista di selezionare un oggetto di uso comune e di farne un'opera d'arte solleva dubbi in relazione al superamento del vaglio del test di non banalità necessario affinché si possa parlare di creatività e pone la questione relativa alla possibilità che l'attribuzione «ad un singolo soggetto [di] uno *jus excludendi* rispetto a *forme artistiche*

¹⁸⁵ Tra gli artisti che si possono annoverare come parte di questa corrente artistica vi sono Marina Abramović la quale nel 2010 ha realizzato la famosa performance «The Artist is Present» caratterizzata dalla presenza dell'artista seduta immobile per ore al MoMa di New York che guardava negli occhi ogni visitatore che prendeva posto di fronte a lei. «The work was inspired by her belief that stretching the length of a performance beyond expectations serves to alter our perception of time and foster a deeper engagement in the experience. Seated silently at a wooden table across from an empty chair, she waited as people took turns sitting in the chair and locking eyes with her. Over the course of nearly three months, for eight hours a day, she met the gaze of 1,000 strangers, many of whom were moved to tears», su: https://www.moma.org/learn/moma_learning/marina-abramovic-marina-abramovic-the-artist-is-present-2010/.

¹⁸⁶ Il termine fu coniato dall'artista Allan Kaprow negli anni quaranta del Novecento: «he chose the word happening to suggest 'something spontaneous, something that just happens to happen'». Tra i suoi eventi più famosi va ricordato «Household» (1964) durante il quale un gruppo di donne ha leccato dalla carrozzeria di una macchina della marmellata. Nonché la serie «18 Happenings in 6 Parts» che si è svolta alla Reuben Gallery a New York nel 1959 in cui l'artista coinvolgeva il pubblico in una serie di azioni e situazioni apparentemente casuali all'interno di uno spazio espositivo. «Despite their name, happenings were actually tightly planned and participative. Rather than being passive observers, the audience were participants – invitations to the event said 'you will become part of the happenings; you will simultaneously experience them'». Per approfondimenti sulle modalità di realizzazione cfr. <https://www.tate.org.uk/art/art-terms/h/happening/happening>. Per la documentazione di 14 dei 18 happening cfr. <https://www.moma.org/collection/works/associatedworks/173008>.

¹⁸⁷ SPEDICATO, op. cit., 575-576 il quale aggiunge che è «salva, in ogni caso, la facoltà di «immortalare» la *performance* stessa su un supporto stabile, a futura memoria» e nota come con riferimento alle opere coreografiche e pantomimiche si tratti di un requisito di proteggibilità in senso stretto e non di una mera facoltà dell'autore, circostanza di cui si deve tenere conto poiché l'opera di *performance art* ben potrebbe essere assimilata a quelle.

¹⁸⁸ CASABURI, op. cit., 3784.

oftalmicamente indistinguibili da *forme del reale*» possa produrre «insopportabili effetti monopolistici»¹⁸⁹. È questo che ostacola l'attribuzione di tutela all'opera di Marcel Duchamp «Fountain», poiché la realtà preesistente comprendeva senz'altro «orinatoi oftalmicamente indistinguibili da Fountain»¹⁹⁰. Ma questo discorso può riprendersi anche in relazione ad opere come il «Cadeau» di Man Ray, il «Soap bubble set» di Joseph Cornell o «Le Déjeuner en fourrure» di Meret Oppenheim.

Anche i rapporti con l'arte appropriativa sono complessi, si tratta di una corrente artistica che similmente alla pop-art utilizza «preesistenti oggetti reali, immagini o opere d'arte altrui introducendovi solo modeste (o modestissime) modifiche». Si pensi alla lattina di zuppa Campbell o agli altri oggetti di uso comune «ossessivamente quanto iperealisticamente riprodotti da Warhol»¹⁹¹, o alle opere di Jeff Koons che riprendono le fotografie di altri artisti¹⁹².

Qualora un artista si appropri della forma espressiva di un'opera altrui per la creazione di una sua opera, quest'ultima si troverà ad oscillare in bilico tra la possibilità di essere qualificata come plagiaria, o come elaborazione creativa oppure ancora come opera originale. Ciò dipende dalla distinzione tra mere riproduzioni, opere derivate e opere solo ispirate da altre, differenza che in via di principio può apparire semplice, ma che nel nostro ordinamento diventa assai complessa nell'applicazione pratica.

Infatti, da un lato, non ci sono dei criteri normativi che individuino le modalità da seguire per arrivare alla corretta qualificazione dell'opera e, dall'altro lato, la giurisprudenza non ha avuto molte occasioni per affrontare la questione. Pertanto, non stupisce che le poche decisioni che hanno affrontato il tema dell'identificazione dei criteri atti a stabilire la qualificazione giuridica delle opere appartenenti all'arte appropriativa non siano riuscite ad arrivare a delle soluzioni condivise in maniera solida¹⁹³.

4. Le opere originarie e le opere derivate.

La distinzione tra opere originarie e opere derivate si ricava dall'articolo 4 l.a., il quale dispone che: «Senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali le traduzioni in altra

¹⁸⁹ SPEDICATO, op. cit., 570; MUSSO, op. cit., 69 ss. il quale mette in dubbio la possibilità di riconoscere diritti esclusivi *erga omnes* sopra utensili o altri oggetti di uso comune perché ciò avrebbe conseguenze paradossali.

¹⁹⁰ SPEDICATO, op. cit., 582.

¹⁹¹ CASABURI, op. cit., 3784.

¹⁹² BUCCIANI, *La Cassazione su plagio artistico e arte informale*, op. cit., 990.

¹⁹³ Per l'analisi di queste sentenze e ordinanze si veda *infra* par. 5.2.

lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale».

Questa norma deve essere posta in relazione con i diritti esclusivi di cui gode l'autore dell'opera originaria tra i quali si annoverano anche i diritti di elaborazione e di traduzione ai sensi dell'articolo 18 l.a.. In concreto, quindi, l'elaboratore dovrà richiedere e ottenere il consenso dell'autore dell'opera originaria ai fini di un corretto esercizio delle facoltà che l'articolo 4 l.a. gli concede ¹⁹⁴.

La nozione di «opera derivata» ricomprende, quindi, quelle opere dell'ingegno di carattere creativo in cui «una precedente opera risulti «riconoscibile» nella sua personale individualità creativa di espressione o di rappresentazione» ¹⁹⁵.

L'autore dell'opera derivata con la sua attività creativa può avere mantenuto la medesima forma dell'originaria opera oppure averla trasformata in una forma artistica diversa. Se l'elaboratore ha mantenuto la stessa forma espressiva può aver dato luogo alla creazione di un'opera in una «versione modificata, nuova edizione, traduzione in altra lingua, variazione musicale non originale, *remake*, compendio, ecc.», qualora, invece, avesse trasformato l'opera in una diversa forma potrebbe aver proceduto ad «adattamenti o riduzioni teatrali di opere letterarie, trasformazioni da fumetto a opera cinematografica, ecc. » ¹⁹⁶.

Il fenomeno derivativo può portare, nella pratica, a derivazioni plurime tra le quali si possono distinguere le derivazioni «a catena» da quelle «in parallelo». Le derivazioni «a catena», si verificano quando più opere derivano da quella precedente e il vincolo si mantiene solo fino a quando è possibile riconoscere l'opera anteriore in quelle successive con la stessa «individualità rappresentativa» ¹⁹⁷. Le derivazioni «in parallelo», invece, sono

¹⁹⁴ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 83 ss..

¹⁹⁵ MUSSO, op. cit., 39; GRECO e VERCELLONE, op. cit., 83, per i quali le opere derivate presentano sicuramente una propria originalità, ma giuridicamente non sono originarie, «nel senso che riconoscibilmente ed anzi ostensibilmente mostrano la loro derivazione da altra e precedente opera dell'ingegno», infatti, esse «non si limitano ad ispirarsi all'opera precedente, ma si esplicano nell'ambito di essa, direttamente ed immediatamente basandosi sulle sue essenziali strutture rappresentative».

¹⁹⁶ MUSSO, op. cit., 39. Per approfondimenti sulle tipologie di opere derivate v. GRECO e VERCELLONE, op. cit., 84-92.

¹⁹⁷ MUSSO, op. cit., 46: «come un videogioco tratto da un'opera cinematografica, a sua volta tratta dalla sceneggiatura che costituisca l'adattamento di un romanzo». Se il videogioco è tratto da un film «ma non vi sia identificabile la specifica trama, né i personaggi formalmente individualizzati nel romanzo all'origine della catena creativa, tra la prima e l'ultima opera non si offre una derivazione in senso giuridico (che sussiste invece tra la prima e la seconda), bensì un'eventuale ispirazione o comunanza di situazioni».

quelle che avvengono partendo da una medesima opera originaria e si sviluppano in via indipendente l'una dall'altra non comportando una reciproca derivazione tra loro ¹⁹⁸.

Il regime giuridico a cui è sottoposto l'elaboratore è piuttosto semplice: egli gode dei medesimi diritti assicurati all'autore di un'opera originaria. Infatti, «la durata del diritto d'autore dell'opera derivata è indipendente da quella del diritto dell'autore dell'opera originaria (che addirittura può già essere caduta in pubblico dominio quando viene creata l'opera derivata)». Inoltre, l'autore della seconda opera è tutelato dai terzi contraffattori, anche qualora questi abbiano ricevuto il previo consenso dell'autore dell'opera originaria per un'elaborazione del medesimo tipo ¹⁹⁹.

Nonostante ciò, i problemi nascono quando si deve accertare la presunta violazione dei diritti di elaborazione spettanti all'autore di un'opera da lui definita «originaria» in relazione ad un'opera «derivata» non autorizzata. In questi casi, per prima cosa bisogna compiere un'indagine per l'accertamento del carattere creativo dell'opera che si assume derivata. Qualora l'esito sia negativo, e quindi l'opera fosse priva di un proprio carattere creativo, quantomeno questo risultato sarebbe risolutivo della questione sulla derivazione poiché, invece, sposterebbe il giudizio sul piano della contraffazione. Ma se la seconda opera si configurasse come creativa si avrebbe il primo indice rilevante ai fini della ricerca sull'esistenza o meno di una relazione di derivazione tra le due opere ²⁰⁰.

Una volta accertata la creatività della presunta opera derivata, il passaggio successivo è quello che serve a stabilire se sia ravvisabile o meno il rapporto derivativo con la supposta opera originaria. Per fare ciò, un criterio, autorevolmente sostenuto in dottrina ²⁰¹ e ripreso in alcune sentenze ²⁰², è quello del c.d. «carattere rappresentativo dell'opera dell'ingegno» ²⁰³.

¹⁹⁸ *Ibidem*, ove l'Autore riporta l'esempio delle due diverse rappresentazione della *Monna Lisa* realizzate da J.-M. Basquiat e M. Duchamp.

¹⁹⁹ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 84.

²⁰⁰ BROCK, *Osservazioni in tema di elaborazione dell'opera dell'ingegno e di riproduzione*, in *Riv. Dir. Ind.* 1954, II, 6-7, il quale sostiene che «l'accertamento del carattere di novità e creatività dell'opera che si assume derivata, in definitiva, anziché risolvere il problema dell'elaborazione, lo pone».

²⁰¹ Il carattere rappresentativo è stato designato dal Piola Caselli quale connotato comune delle opere dell'ingegno, e come «ragion d'essere unica» dell'opera; mentre la funzione del diritto di autore «consiste e si esaurisce nel tutelare e regolare questa rappresentazione ed i mezzi [...] i quali servono a realizzarla e a renderla nota» v. PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, op. cit., 77.

²⁰² Si tratta delle sentenze del Tribunale di Torino, della Corte di Appello di Torino e della Corte di Cassazione che nei primi anni '50 hanno trattato del tema dell'elaborazione dell'opera dell'ingegno e che sono state commentate da BROCK, op. cit., 4-30.

²⁰³ *Ivi*, 11-12. Ove si legge che «Il Tribunale di Torino osserva che per potersi parlare di elaborazione, «la modificazione della forma interna o esterna dell'opera, in che essa consiste, deve lasciare almeno quel tanto della forma rappresentativa per cui l'opera conserva il suo valore originale». Analogamente la sentenza della Corte d'Appello indica la caratteristica dell'elaborazione nel fatto che nell'opera elaborata, pur essendovi «una unità rappresentativa, se anche non originale, frutto della distinta individualità dell'elaboratore», questa unità

Questo criterio, individuando nel carattere rappresentativo un unicum di ciascuna opera dell'ingegno, afferma che quando questo carattere resta riconoscibile in un'opera successiva allora essa si pone in rapporto derivativo con la prima. Affinché, invece, un'opera possa qualificarsi originale e originaria è necessario che abbia «un contenuto ideologico rappresentativo inconfondibile»²⁰⁴.

Tuttavia, questo criterio è insufficiente da solo a individuare nella pratica quando ci si trovi di fronte ad un'opera derivata od originale. E neppure offre un aiuto concreto la tradizionale distinzione tra contenuto, forma interna e forma esterna dell'opera. Infatti, definire l'elaborazione di un'opera come l'utilizzazione, parziale o totale, della forma interna dell'opera originaria trasfusa in una forma esterna totalmente o parzialmente nuova; così come dire che se le modifiche colpiscono sia la forma interna sia la forma esterna si ha un'opera originaria (anche qualora il contenuto fosse identico), non coglie nel segno: quando si parla di opere d'arte figurativa va tenuto a mente che la forma esterna, la forma interna e il contenuto tendono a sfumare l'uno nell'altro e a essere indistinguibili.

Alla stessa conclusione si arriva anche se si prende atto di un altro fatto, noto e pacifico, cioè che ci sono degli elementi dell'opera che possono essere liberamente appropriati da ogni terzo²⁰⁵ e che «l'opera di un autore concorre naturalmente a formare in vario modo gli elementi di opere successivamente create da altri autori»²⁰⁶. E pertanto, «coloro che si danno, a loro volta, alla creazione di opere dell'ingegno, possono ricavare dall'opera [precedente] elementi di forma o di sostanza da impiegare nei propri lavori»²⁰⁷.

Alla luce di queste riflessioni è chiaro che la necessità di una forma rappresentativa «inconfondibile» rende la qualificazione di un'opera come originaria in un numero esiguo di casi. Inoltre, questa formula non tiene conto di quei casi in cui l'ordinamento ammette piena tutela a opere che riprendono in larga parte la forma espressiva di opere altrui, un esempio lampante è la parodia, dove l'opera è tanto più creativa, e perciò originaria, quanto più essa è esplicita nel riferirsi all'opera parodiata²⁰⁸. Infatti, non sorprende che la parodia

rappresentativa abbia un carattere «dipendente e accessorio dell'opera onde fu tratta, che rimane perciò chiaramente riconoscibile nella sua impronta generica, e nel suo nucleo vitale».

²⁰⁴ *Ivi*, 12, il quale riporta testualmente le parole con cui si è espressa la Corte di Cassazione sul punto.

²⁰⁵ *Ivi*, 13.

²⁰⁶ GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948, 355.

²⁰⁷ PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, op. cit., 611, il quale afferma che: «questa maniera di utilizzazione» discende «dalle leggi fondamentali del progresso umano. La civiltà si svolge, infatti, a grado a grado, per una serie di successive stratificazioni, basando, cioè, i nuovi veri su quelli già rinvenuti onde le generazioni non abbiano a rifare il cammino delle precedenti ma solo a proseguirlo».

²⁰⁸ MUSSO, op. cit., 44.

sia un istituto che viene utilizzato proprio come ombrello entro cui ricomprendere, e proteggere, le opere d'arte contemporanea appropriate.

Ad ogni modo, senza dubbio vi è difficoltà nell'individuare un criterio idoneo ed efficace atto a distinguere un'opera derivata da un'opera solamente ispirata o simile ad una precedente, soprattutto in determinati campi artistici. La possibilità di marcare con sicurezza il confine tra derivazione e ispirazione è assai complesso: «la casistica soffre di difficoltà interpretative soprattutto nelle fattispecie *borderline*»²⁰⁹. Il nodo cruciale risiede nel fatto che anche in quelle opere dell'ingegno che appaiono di assoluta originalità, uno sguardo attento riesce a svelare che «l'originalità non è mai assoluta», bensì dipende dall'eredità culturale dell'autore che influenza, magari anche inconsciamente, la sua attività²¹⁰.

Il discorso tende a complicarsi ulteriormente se si osserva il dato attuale della c.d. società dell'informazione: è innegabile che la facilità con cui si può accedere a opere tutelate e a mezzi di rielaborazione tecnicamente agevoli postuli la necessità di superare un'interpretazione eccessivamente rigida di «opera originaria»²¹¹. Questa evoluzione potrebbe portare ad escludere la sussistenza del vincolo derivativo ogni qual volta la «ripresa di materiali protetti sia caratterizzata da una sufficiente strumentalità funzionale per un diverso effetto artistico o comunque estetico»²¹². Così facendo, le porte della tutela come opere originarie si aprirebbe per un numero elevato di opere che oggi oscillano in un limbo di incertezza sulla loro natura giuridica.

4.1. Le opere d'arte contemporanea tra opere originarie e derivate

Spesso nelle opere d'arte contemporanea, o in alcune sue correnti innovative, è facile ritrovare forme, colori e soggetti che assomigliano, in maniera maggiore o minore, a quelli di opere di altri artisti, sia loro contemporanei sia dell'arte classica. In particolare, l'arte

²⁰⁹ *Ivi*, 41, il quale prende come esempio le opere cinematografiche derivate da opere letterarie e riporta alcuni casi emblematici tra cui: il restauro di «Per un pugno di dollari» da parte della Cineteca Nazionale chiaramente ispirato alla «Sfida del samurai» di A. Kurosawa; il film «Un maledetto imbroglio» di Pietro Germi tratto da «Quer pasticciaccio brutto de via Merulana» di Gadda; e i mutamenti cinematografici di Jane Campion apportati all'opera «Portrait of a Lady» di H. James.

²¹⁰ *Ibidem*. In senso analogo, si veda ARE, op. cit., 40, per il quale «il necessario rapporto, tra qualsiasi opera dell'ingegno ed il precedente patrimonio culturale comune, comporta come logica conseguenza che non possa escludersi la tutelabilità di un'opera per il solo fatto che essa non sia originale in ogni sua parte, nel suo contenuto e nella sua forma, nell'oggetto espresso e nella forma di espressione di esso. Diversamente non esisterebbe opera alcuna che possa ritenersi tutelabile». Così anche VITT. DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, op. cit., 173, afferma che «si tende, molto spesso, ad accusare di plagio un'opera che appare, più o meno, analoga ad altra pubblicata in precedenza anche quando, in realtà, accusato e accusatore sono entrambi, coscientemente o meno, debitori in relazione ad una o più opere dello stesso genere, semmai di pubblicazione non recente, ma che sono presenti nel *background* culturale nel quale i due autori rivali si muovono».

²¹¹ MUSSO, op. cit., 42.

²¹² *Ivi*, 42-43.

appropriativa fa di questo il suo carattere distintivo. Infatti, come si evince dal nome stesso, la corrente appropriazionista ricomprende al suo interno le opere di artisti che si appropriano di materiale creativo già esistente e noto che viene da loro rielaborato.

Dal punto di vista della loro collocazione nel sistema giuridico, a prima vista sembra logico presumere che siano riconducibili alla categoria sopra esaminata delle opere derivate, ai sensi dell'articolo 4 l.a.. D'altronde, sia nelle opere dell'arte appropriativa sia nelle opere derivate è chiaramente riconoscibile un'opera preesistente originaria dalla quale l'artista secondario ha attinto per riungere ad un risultato che non potrebbe caratterizzarsi come originario. L'*appropriationist* si appropria della forma esterna di un'opera altrui e poi la manipola per il tramite di un'attività più o meno intensa.

Tuttavia, se si analizzano i casi in cui il giudice italiano è stato chiamato ad esprimersi in merito alla natura e alla liceità dell'attività degli artisti appartenenti alla corrente dell'arte appropriativa, si scopre che la giurisprudenza non accoglie l'interpretazione appena proposta e non fa riferimento alla categoria delle opere derivate. Tanto nel caso Baldessari ²¹³ quanto nel caso Sanguinetti ²¹⁴ i giudici, rispettivamente milanese e veneziano, ragionano sul significato veicolato dalle opere accusate di violazione dei diritti d'autore, mettendo in secondo piano la questione relativa alla forma.

Si eleva a originaria quell'opera che, nonostante la somiglianza o l'identità con un'altra, «se ne discosti per trasmettere un messaggio artistico diverso». Quindi, nel caso in

²¹³ CASABURI, op. cit., 3786-3787. Il quale riporta che si tratta di una controversia radicata di fronte al Tribunale di Milano nel 2011 e sorta su ricorso della fondazione Giacometti contro la fondazione Prada e l'artista, concettuale/appropriazionista, da questa commissionato per la realizzazione di un'esposizione in occasione di una mostra-evento. L'artista John Baldessari «è l'autore delle «The Giacometti Variations», nove sculture in resina e acciaio, spruzzate di bronzo, ciascuna alta quattro metri e mezzo, palesemente ispirate all'opera dell'artista elvetico, in particolare alle celebri *Grandes Femmes*, ma che presentavano elementi di abbigliamento. Da qui appunto il ricorso della fondazione Giacometti, che lamentava la violazione dei diritti d'autore di cui era titolare. Il giudice milanese muove dal rilievo che l'opera di Baldessari è appunto riconducibile all'arte appropriativa, «realizzando opere artistiche che reinterpretano immagini preesistenti tratte dall'arte e dalla cultura di massa, cambiandone totalmente il significato». Il tribunale riconosce dignità creativa, e quindi rilevanza giuridica, a tale impostazione (e alle realizzazioni conseguenti). L'illecito autorale va allora escluso allorché la nuova opera, al di là della sua somiglianza o anche identità con quella originale, cui comunque almeno si ispira, se ne discosti per trasmettere un messaggio artistico diverso»; in diritto, l'ovvio riferimento è alle rielaborazioni creative al punto da assurgere, a loro volta, ad originali (sicché non richiedono il consenso del titolare dei diritti sull'originale)».

²¹⁴ *Ibidem*. L'Autore riporta altresì il più recente caso del 2015 sottoposto all'attenzione del Tribunale di Venezia. La controversia sorge nell'ambito della Biennale di Venezia, è lì che «un artista africano, Kambalu Samson, aveva esposto l'installazione «Sanguinetti Breakout Area», che riprendeva – mediante la loro riproduzione fotografica ed esposizione – scritti, disegni, fotografie o parti di opere di Gianfranco Sanguinetti, tra i più noti esponenti [del movimento artistico-letterario situazionista] (materiale proveniente dal suo archivio, di recente venduto per 650.000 euro – ma senza cessione dei diritti d'autore- all'Università di Yale). Da qui appunto il ricorso cautelare per l'inibitoria di Sanguinetti. Il giudice, di contro, ha escluso il plagio, ritenendo che l'installazione di Kambalu non si riduca ad una mera esposizione delle opere di Sanguinetti, ma si faccia veicolo di un messaggio creativo, originale ed autonomo».

cui vi sia una «rivisitazione, una variazione, una trasformazione dell'opera originale mediante un riconoscibile apporto creativo», anche a fronte di un apporto formale minimo, questo «stravolgimento dei contenuti concettuali dell'opera ed il radicale ribaltamento del suo significato» permettono alla nuova creazione di assurgere ad opera originaria.

Si tratta di quello di cui parla Spedicato quando tratta del concetto di «forma espressiva» come di una forma «relativa ad un contenuto ideale» e più propriamente relativa al particolare «senso» che essa assume per l'autore. Partendo da questo assunto, allora, si può affermare che la forma è forma espressiva quando trasmette un significato preciso. Di conseguenza, se cambia tale significato cambia anche la forma espressiva dell'opera e quindi viene alla luce una nuova opera, originaria ²¹⁵.

Il lato positivo di concepire in questa maniera la natura giuridica delle opere dell'arte appropriativa è sicuramente la maggiore tutela che gli artisti di questa corrente ottengono. Altrimenti, se fossero ricondotti alla dimensione di artisti di opere derivate, dipenderebbero dal consenso a loro accordato dall'autore dell'opera originaria. Certo, l'artista derivativo non è privo di diritti, ma gode di un'esclusiva limitata alla propria elaborazione, rimanendo comunque sempre legato all'artista originario. Nella struttura che il rapporto di derivazione tra opere disegna tra gli autori, l'autore originario viene posto in una posizione privilegiata rispetto all'autore derivativo, che invece non può emanciparsi dal primo.

Il costo di queste riflessioni, tuttavia, è forse quello di mettere in discussione il rapporto che nel diritto d'autore assumono la forma e il significato delle opere. Mi pare infatti che, di fronte a due opere caratterizzate dalla medesima forma (o quasi), il riconoscimento di autonomi e pieni diritti esclusivi al secondo autore basandosi solamente su una diversa interpretazione concettuale strida con il principio di non tutelabilità delle idee.

5. Il plagio e la contraffazione delle opere dell'ingegno.

Molte leggi e in particolare la nostra, agli articoli 171 e seguenti, contengono delle elencazioni più o meno particolareggiate dei comportamenti che costituiscono violazione dei diritti d'autore. Tuttavia, l'enumerazione non deve ritenersi esauriente. Più in generale, infatti, si intende quale violazione dei diritti d'autore ogni atto che, non essendo stato autorizzato dall'autore o dai suoi aventi causa né essendo consentito per legge, in qualche modo pregiudica questi diritti ²¹⁶.

²¹⁵ SPEDICATO, op. cit., 574-575.

²¹⁶ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 355 ss..

La violazione dei diritti d'autore si denomina tradizionalmente come plagio-contraffazione e, sebbene sussista una certa surrogabilità dei due termini anche nel linguaggio giuridico, essi sono diversi e portano a conseguenze diverse. Per questa ragione, quindi, va preliminarmente chiarito cosa si intende con plagio e con contraffazione e perché non sia corretto utilizzarli in alternativa l'uno all'altro, quasi fossero sinonimi. Questa operazione è resa difficile dal fatto che l'ordinamento non prevede una definizione legislativa delle due fattispecie ²¹⁷.

Ad ogni modo, si è soliti affermare che il plagio si configuri come «l'usurpazione del diritto morale di paternità contro cui si rivolge l'azione di rivendicazione sancita dal secondo comma [dell'articolo 2577 c.c.]» ²¹⁸. La contraffazione, invece, riguarda i casi di violazione dei diritti di utilizzazione economica di un'opera altrui ²¹⁹.

Le due fattispecie possono ma non devono sussistere contemporaneamente: un'opera contraffatta può riprodurre abusivamente un'altra opera continuando comunque ad attribuirla al vero autore e quindi senza ledere il diritto morale di paternità. Quando, invece,

²¹⁷ ALGARDI, op. cit., 197 ss., il quale riporta che «il limite di demarcazione tra plagio e contraffazione non è facile da identificare, in quanto l'uno e l'altro illecito si intrecciano e si confondono. La giurisprudenza non sempre rivela concetti chiari e sicuri e i due termini sono spesso usati promiscuamente. Essa ha rilevato a volte il carattere essenziale della contraffazione nella violazione del diritto di utilizzazione dell'opera, e quello del plagio nella usurpazione della paternità, mentre altre volte ha distinto la prima dal secondo in quanto essa sussisterebbe quando il plagio è dissimulato con maliziose alterazioni nei particolari dell'opera, non sufficienti tuttavia ad escludere la confusione, mentre il secondo consisterebbe nella imitazione servile. Al contrario, secondo la interpretazione generale della dottrina – e della stessa giurisprudenza – il termine «contraffazione» designa la riproduzione riconoscibile, compiuta illecitamente, mentre il termine «plagio» si riferisce a una riproduzione che può anche essere lecita in quanto utilizzazione economica, ma che diviene illecita per la usurpazione della paternità, indipendentemente dalla maggiore o minore riconoscibilità dell'opera, la quale può anche essere sottoposta ad alterazioni e camuffamenti che ne dissimulano abilmente l'origine». Sul punto, si veda anche quanto affermato da DI BENEDETTO, *Il plagio-contraffazione di opere dell'ingegno nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. Industriale* 2022, V, 489. L'Autore riporta che la nozione di «plagio-contraffazione» è stata elaborata in dottrina e che non si riviene nei principali testi normativi sul diritto d'autore italiano, UE o internazionale. In particolare, rispetto al diritto d'autore italiano afferma che «Il testo attuale della legge italiana sul diritto d'autore (L. n. 633/1941, o l. aut.) non include la parola “plagio”. L'art. 156 l. aut. concede al titolare rimedi inibitori in caso di “violazione di un diritto di utilizzazione economica” e con il suo wording si pone in sostanziale continuità storica sia con l'art. 68, R.D. n. 1950/25 che si riferisce alle “violazioni dei diritti riconosciuti dal presente decreto” sia con l'art. 41 TRIPS e la Dir. CE 48/2004. Il medesimo riferimento alla “violazione” appare in pressoché tutte le norme del Capo III del Titolo III sulle “difese e sanzioni giudiziarie” della legge d'autore. Il diverso termine “contraffazione” è usato invece in alcune norme del medesimo capo come sinonimo di “violazione”, con la medesima ambiguità terminologica già presente nel testo italiano della Dir. CE 48/2004. [...] Altre disposizioni della l.a. più risalenti nel tempo utilizzano il termine “contraffazione” ma secondo un significato diverso e più comune nel diritto penale, ossia di alterazione o falsificazione di un atto o di un documento».

²¹⁸ MUSSO, op. cit., 262, nota 1, per approfondimenti sugli altri diritti morali (come il diritto d'integrità o d'inedito).

²¹⁹ ALGARDI, op. cit., 344. Ove l'Autore ricorda che «Con sentenza del 23 febbraio 1932 la Corte di Cassazione tentò una definizione affermando che «il contraffattore mira soltanto a far proprio il bene commerciale, lasciando il merito e il nome all'autore» mentre «il plagiatario si appropria delle fatiche e del contenuto intellettuale, totale o frammentario, dell'opera altrui... dandola al pubblico sotto il nome di un altro» e che «dal punto di vista etimologico la riproduzione totale o parziale dell'opera altrui, senza menzione del nome del vero autore, non può ritenersi vera e propria contraffazione, ma plagio»».

vengano violati il diritto di paternità e i diritti patrimoniali allora si dà origine alla fattispecie del plagio-contraffazione ²²⁰.

Nonostante questi tentativi di distinzione, all'atto pratico è possibile affermare che i due termini vengano utilizzati in modo promiscuo ²²¹.

5.1. La riproduzione degli elementi creativi dell'opera precedente.

Queste violazioni vengono in rilievo trattando del tema delle opere dell'arte contemporanea e, soprattutto, dell'arte appropriativa poiché queste non pongono problemi solamente circa la possibilità di qualificarle come opere originarie (e cioè solo eventualmente ispirate da opere precedenti) oppure come opere derivate (la cui liceità deriva dall'autorizzazione dell'autore dell'opera originaria), ma spesso si trovano anche ad affrontare l'accusa di essere opere illecite: plagiarie e/o contraffatte.

Secondo la giurisprudenza, il plagio «si realizza con l'attività di riproduzione – si parla perciò di «appropriazione» – totale o parziale degli elementi creativi di un'opera altrui, così da ricalcare in modo «parassitario» quanto da altri ideato e quindi espresso in una forma determinata e identificabile» ²²².

Il plagio «consiste nella simulazione di una creazione inesistente: la creazione è in realtà una sola, quella dell'opera originaria, ma il plagiario, attraverso la riproduzione dell'opera o della sua elaborazione, ovvero attraverso una elaborazione che egli stesso esegue col suo lavoro – aggiungendo o meno una personale creatività – presenta al pubblico l'opera come se fosse un'opera completamente nuova» ²²³.

Nonostante questi interventi della giurisprudenza volti a delineare una nozione di plagio, non si è ancora giunti ad una soluzione condivisa e sicura. Soprattutto è dubbio il confine tra plagio e ispirazione nei casi di appropriazione parziale ²²⁴, perché «l'illecito autorale si configura non solo quando l'opera originaria è copiata integralmente (riproduzione abusiva in senso stretto), ma anche nel caso di plagio/contraffazione, che implica differenze oltre che somiglianze» ²²⁵.

²²⁰ MUSSO, op. cit., 262.

²²¹ *Ibidem*. ALGARDI, op. cit., 197 ss..

²²² BUCCIANTI, op. ult. cit., 988. Cfr. Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 983 ss.. Anche DI BENEDETTO, op. cit., 490, richiama questa pronuncia e afferma che «Secondo l'opinione comune e largamente condivisa nella giurisprudenza italiana il plagio sussiste in caso di riproduzione nell'opera successiva delle forme espressive dell'opera anteriore dotate di carattere creativo».

²²³ ALGARDI, op. cit., 213.

²²⁴ CASO, *Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche*, in CASO, *Plagio e creatività un dialogo tra diritto e altri saperi*, Università degli Studi di Trento, Trento, I, 2011, 19.

²²⁵ CASABURI, op. cit., 3780.

Un caso di particolare interesse ai fini di questo discorso è quello affrontato dalla Cassazione nel 2018 in cui erano contrapposti la fondazione E. e A. Vedova e il pittore P. De Lutti accusato di aver plagiato alcuni dipinti dell'artista Emilio Vedova. La sentenza tocca varie questioni di notevole importanza, tra cui il labile confine tra lecito e illecito nei casi di appropriazionismo e le regole per il giudizio comparativo tra le opere d'arte ai fini dell'individuazione di un'opera plagiaria.

La corte precisa che si deve porre particolare attenzione al cosiddetto plagio «camuffato» o «mascherato», esso sussiste quando l'autore plagiario ha inserito «varianti solo apparenti», in modo tale, appunto, da mascherare e così nascondere l'appropriazione illecita. Ma non è sufficiente un'«originalità di mero dettaglio» per escludere la fattispecie criminosa ²²⁶. Il giudizio circa la sussistenza del plagio «deve seguire una valutazione complessiva e sintetica, non analitica», «dovendosi cioè valutare il risultato globale o l'effetto unitario». Poiché si tratta di analisi complesse, in quanto le opere di arte contemporanea si caratterizzano per l'impiego «di materiali, forme, concezioni relativamente agevoli da riprodurre», il giudizio dovrà essere affidato ad un consulente tecnico nominato dal giudice tra gli esperti del settore ²²⁷.

In una sentenza dello stesso anno, la Cassazione ha individuato un'ulteriore tipologia di plagio, il c.d. plagio «evolutivo». In sostanza, si integra questa fattispecie qualora il plagiario non dia luogo a una riproduzione pedissequa dell'opera anteriore, bensì ad una sua rielaborazione non autorizzata dall'autore originario ²²⁸.

Ancora, parte della dottrina distingue tra «plagio formale (esterno) e sostanziale (interno); il primo si caratterizza per la pedissequa, indebita ripresa delle soluzioni formali già adottate dall'opera plagiata; il secondo si caratterizza per la ripetizione della medesima

²²⁶ BUCCIANTI, op. ult. cit., 990-991. A sostegno di questa impostazione, si vedano *ex multis* Cass. 15 giugno 2012 n. 9854, in *IDA* 2012, III, 350; Cass. 28 novembre 2011, n. 25173, in *Foro it.* 2012, I, 74; Cass. 27 ottobre 2005, n. 20925, in *Giur. it.* 2007, III, 625; Cass. 10 marzo 1994 n. 2345, in *IDA* 1995, 146, con nota di CAROSONE; Cass. 10 maggio 1993 n. 5346, in *IDA* 1994, 70, con nota di FABIANI. In particolare, Cass. 15 giugno 2012, n. 9854, riguardava un caso di asserito plagio musicale e la Corte in questa occasione ha riconosciuto che «l'esistenza di differenze di dettaglio tra le due opere non è sufficiente ad escludere il plagio, laddove i tratti essenziali dell'opera anteriore siano riconoscibili in quella successiva: trentatré note su quaranta erano uguali al testo previgente, così come il modello della progressione e non potevano essere sufficienti ad escludere il plagio le differenze di dettaglio tra le due canzoni (come, ad esempio, la differenza di ritmo)». Nella sentenza del 2005 richiamata sopra, invece, la Cassazione ha escluso il plagio, ritenendo che le differenze tra le due opere fossero essenziali: si trattava di due fotografie di Venezia, l'autore della seconda aveva apportato varie modifiche, infatti, l'aveva riprodotta in senso bidimensionale invece che tridimensionale ed in bianco e nero invece che a colori.

²²⁷ Cfr. Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 986.

²²⁸ Cfr. Cass. 6 giugno 2018 n. 14635, in *AIDA* 2018, I, 893, si trattava della controversia che ha visto coinvolto il «Gabibbo» accusato di plagio evolutivo in quanto elaborazione non autorizzata della *mascotte* «Big Red» della squadra di basket della Western Kentucky University.

struttura complessiva, della selezione e del collegamento logico, non solo temporale, delle varie fonti»²²⁹.

Alla luce della ricostruzione appena effettuata della fattispecie di plagio è possibile distinguerla chiaramente da quella realizzata dalla corrente dell'arte appropriativa. In quest'ultima, infatti, l'artista non nasconde di essersi ispirato a materiale preesistente e sovente lo richiama espressamente nel titolo della propria creazione. E ancora, qualora non lo faccia, la sua attività si distingue comunque da quella del plagiario poiché, a differenza di quest'ultimo, egli non persegue un intento ingannatorio²³⁰.

Spostando il discorso sul piano della fattispecie di contraffazione, la quale abbiamo visto essere distinta da quella di plagio (sebbene spesso venga usata in modo alternativo alla stessa²³¹), è possibile tracciare, anche in questo caso, una linea di separazione tra questa e l'attività svolta dagli artisti dell'arte appropriativa. Infatti, se nell'opera contraffatta non è possibile rilevare un'autonoma «impronta creativa» poiché le somiglianze o l'identità con l'opera precedente tradiscono un procedimento meramente riproduttivo e non derivante da un autonomo processo creativo²³², ciò invece non si può dire per le opere d'arte appropriativa, rispetto alle quali proprio l'autonomia del procedimento creativo attribuisce loro un carattere creativo originale e diverso rispetto a quello dell'opera antecedente tale da meritare la protezione del diritto d'autore.

Tuttavia, la questione se un'opera dell'arte appropriazionista sia o meno lecita o illecita, o meglio se si tratti di opera originaria, derivata, plagaria o contraffatta, è un giudizio che non avviene in via preventiva, ma è il frutto di un'interpretazione nata a seguito di un contrasto sollevato, prevalentemente, dall'autore da cui – nel migliore dei casi – si è tratta ispirazione. «Gli scarni riferimenti normativi utilizzabili nei casi di plagio hanno aumentato il grado di conflittualità e affidato un ruolo preponderante ai giudici nell'individuazione dei casi nei quali è rinvenibile un'attività parassitaria»²³³. A tal fine, la giurisprudenza ha elaborato una serie di indici da utilizzare per il confronto delle due opere.

In primo luogo, l'impostazione metodologica da seguire nel compimento del giudizio di comparazione tra le opere deve preferire al modello atomistico una visione maggiormente

²²⁹ CASABURI, op. cit., 3780.

²³⁰ BRICEÑO MORAIA, "Arte appropriativa", *elaborazioni creative e parodia*, in *Riv. Dir. Ind.* 2011, 360.

²³¹ MUSSO, op. cit., 262.

²³² *Ivi*, 263-264. Nella prassi giuridica anglo americana si distingue tra *taking*, corrispondente alla mera riproduzione, e *making of*, corrispondente all'autonomo processo creativo.

²³³ AVETA, *L'opera d'arte figurativa: recenti sviluppi nella giurisprudenza italiana e statunitense*, *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2021, 914.

olistica, anche qualora la riproduzione riguardi una mera porzione dell'opera altrui²³⁴. Il giudizio deve seguire una «valutazione complessiva e sintetica, non analitica, concentrata sull'esame comparativo degli elementi essenziali delle opere», giungendo così a una valutazione del risultato globale. D'altronde, «è esclusa la sussistenza del plagio, allorché la nuova opera si fondi sulla stessa idea ispiratrice, ma si differenzi negli elementi essenziali che ne caratterizzano la forma espressiva»²³⁵.

Chiarito questo, il punto di partenza del giudizio di plagio è l'analisi dell'opera che si assume plagiata. Pertanto, prima di accertare se un'opera possa costituire plagio di un'altra, il giudice deve verificare nel merito se quest'ultima abbia o meno i requisiti per beneficiare della protezione richiesta. Sostanzialmente, quindi, bisogna verificare se nell'opera antecedente sia riscontrabile un carattere creativo, pur minimale²³⁶. Qualora questo primo passaggio si concluda con una valutazione positiva, l'attenzione si sposterà sull'analisi dell'altra opera, quella accusata di plagio²³⁷.

5.2. Il criterio dello «scarto semantico» e l'istituto della parodia.

A seguito del riconoscimento della protezione autoriale all'opera anteriore, il giudizio sulla sussistenza del plagio prevede che si debba passare alla valutazione dell'opera successiva. L'oggetto di questa valutazione, secondo la giurisprudenza degli ultimi anni, è volto a stabilire la presenza o l'assenza di un cosiddetto scarto semantico. Qualora l'opera sia priva di tale scarto semantico allora si potrà concludere nel senso della sua natura di opera plagiaria²³⁸.

In particolare, la giurisprudenza ritiene sussistente il plagio quando la seconda opera è priva dello scarto semantico per non avere «un proprio e diverso significato artistico, in quanto abbia dall'opera plagiata mutuato il c.d. nucleo individualizzante o creativo»²³⁹.

²³⁴ MUSSO, op. cit., 266; così anche VITT. DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, op. cit., 127, per cui le opere devono «essere valutate nella loro complessità, mediante la sintesi dei loro elementi di contenuto e di forma».

²³⁵ Cfr. Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, in *Nuova Giurisprudenza Commentata Civile* 2018, 986.

²³⁶ MUSSO, op. cit., 265, nota 12; DI BENEDETTO, op. cit., 490.

²³⁷ MUSSO, op. cit., 60 ss.. Per la musica leggera, oggetto frequente di vicende giudiziarie e settore in cui non è possibile tracciare il confine tra forma e contenuto, la giurisprudenza ha elaborato una serie specifica di criteri utili alla valutazione sulla sussistenza del plagio. La dottrina ha proposto di guardare all'opera musicale come composta da tre elementi: melodia, armonia e ritmo, precisando che l'elemento principale da cui desumere la creatività è la melodia. Per cui nei casi di plagio che abbiano ad oggetto due brani di musica leggera l'illecito si potrà dire compiuto qualora vi sia la ripresa dell'elemento melodico, a prescindere da differenze armoniche o ritmiche. Questa tesi è confermata anche da: GRECO e VERCELLONE, op. cit., 63 ss.; ARE, op. cit., 377 ss.; VITT. DE SANCTIS, op. ult. cit., 128 ss..

²³⁸ BUCCIANTI, op. ult. cit., 988.

²³⁹ Cfr. Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, in *Nuova Giurisprudenza Commentata Civile* 2018, 985-986.

Questo criterio dello scarto semantico viene giustificato dalla dottrina attraverso un'applicazione estensiva dell'istituto della parodia, utilizzato come avamposto a tutela della libertà di espressione ²⁴⁰.

La parodia consiste nella trasformazione dell'opera di un altro autore per il tramite della lente dell'ironia e dell'umorismo. Nonostante l'assenza, per lungo tempo, di alcun riferimento normativo esplicito che la disciplinasse ²⁴¹, l'orientamento giurisprudenziale sul punto è antico e molto diffuso ²⁴². Questa mancanza è stata colmata dal legislatore che, in attuazione della Dir. UE 790/2019, ha introdotto l'eccezione di parodia, anche se limitatamente alle utilizzazioni su piattaforme online ²⁴³.

La parodia consiste nella «ripresa di un'opera altrui precedente, per finalità comiche o satiriche, attraverso la conservazione – più o meno ampia – della forma esteriore, ma con il contestuale stravolgimento del senso dell'opera parodiata» ²⁴⁴. Le riflessioni in materia si sono sviluppate principalmente con riguardo alla parodia nelle opere letterarie, ma quegli stessi principi sono facilmente estensibili anche al campo dell'arte figurativa.

La questione preliminare concerne la riconducibilità o meno della parodia all'interno del quadro dell'articolo 4 l.a. e quindi, in altri termini, determinare se dalla rielaborazione di un'opera esistente in chiave comica o satirica si dia luogo ad un'opera derivata. In tal caso, l'uso commerciale dell'opera successiva senza il consenso dell'autore di quella precedente sarebbe considerato illecito. Mentre, qualora si concludesse per l'originalità dell'opera parodistica non sarebbe necessario un previo consenso dell'autore dell'opera antecedente.

²⁴⁰ BUCCIANI, op. cit., 989.

²⁴¹ Addirittura, quando la Direttiva InfoSoc (Dir. 2001/29/CE) è stata recepita con il D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il legislatore italiano – pur avendone facoltà – non ha provveduto ad integrare il titolo della l.a. relativo alle «eccezioni e limitazioni» con la disciplina sulla parodia. La Direttiva richiamava espressamente la parodia tra le possibili limitazioni ai diritti autorali che gli Stati membri avrebbero potuto liberamente inserire nelle legislazioni nazionali. All'articolo 5, par. 3, lett. k), infatti, si prevedeva la facoltà di rendere libera la riproduzione, la comunicazione al pubblico e la distribuzione di un'opera «quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche». Sul punto si veda CASABURI, op. cit., 3788, nota 27, il quale rileva che «in ogni caso Corte Giust. 3 settembre 2014, causa C-201/13, *Foro it.*, Rep. 2014, voce Unione europea, n. 1491 enuncia l'unitarietà della nozione di parodia nell'ordinamento dell'UE. Inoltre, la liceità della parodia è riconosciuta dalla Corte del Lussemburgo con maggior larghezza rispetto a quanto elaborato dalla giurisprudenza italiana».

²⁴² DI BENEDETTO, op. cit., 491.

²⁴³ Ivi, 492. Tale eccezione è ora prevista all'articolo 102-*nonies*, comma 2, l.a., in base al quale «Gli utenti, quando caricano e mettono a disposizione contenuti da loro generati tramite un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online, possono avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi: a) citazione, critica, recensione; b) utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche».

²⁴⁴ CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili esecutivi (specie in riferimento alla prova dell'arte contemporanea)*, cit., 3788.

Nel famoso caso «Scarpetta»²⁴⁵, il Tribunale di Napoli ha definito la parodia come il «travestimento burlesco di [un']opera seria», che si ponga in antitesi sostanziale con un'opera precedente, e la cui finalità è «l'imitazione, a modello, dell'opera altrui, anzi la più fedele imitazione è pregio tanto più alto della parodia, imperocchè più geniale e più faticoso è l'intento del parodista, quando provoca il riso e fa apparire il ridicolo, servendosi di quegli stessi elementi, di quelle stesse situazioni, di quelle medesime forme, che ad altri sono serviti per destare sentimenti di dolore e commozioni di terrore»²⁴⁶.

La maggiore o minore somiglianza con l'opera di riferimento non integra un illecito, bensì rende l'opera così creata meritevole di tutela in via autonoma. L'utilizzo della stessa forma espressiva dell'opera antecedente non realizza un'imitazione servile, perché la parodia «ne trasforma l'anima»²⁴⁷.

Appare chiaro quindi come la parodia venga pacificamente ritenuta un'opera autonomamente tutelata e non una rielaborazione creativa, da qui la sua liceità a prescindere dall'autorizzazione del titolare dei diritti sull'opera antecedente²⁴⁸. Tale interpretazione giuridica della parodia pone in primo piano il contenuto dell'opera e mette sullo sfondo la forma della stessa, «nel senso che la ripresa della forma dell'opera altrui, anche se minimamente alterata (e del resto l'originale – pena l'inconfigurabilità della parodia – deve restare riconoscibile) non dà luogo all'illecito autorale», sempre che il significato dell'opera successiva sia diversa. Uno stesso «significante» si sdoppia, nel senso che alla medesima forma espressiva si attribuiscono significati diversi, dove l'uno è irriducibile all'altro, a prescindere dalla somiglianza o identità esteriore²⁴⁹.

Un esempio recente di quanto appena affermato si ritrova in una sentenza della Cassazione del 2015 concernente un caso di plagio musicale²⁵⁰. In particolare, la causa riguardava la canzone di Francesco De Gregori intitolata “Prendi questa mano, zingara” la quale avrebbe costituito plagio della canzone “Zingara” scritta da Riccardi e Albertelli e cantata da Iva Zanicchi. Oltre al titolo, la somiglianza tra le due è vistosa. L'inizio della canzone di De Gregori recita, infatti, “Prendi questa mano, zingara; dimmi pure che futuro avrò” e quella della Zanicchi “Prendi questa mano zingara; dimmi pure che destino avrò”.

²⁴⁵ Il punto di riferimento giurisprudenziale risale alla sentenza del Tribunale di Napoli del 27 maggio 1908 che si occupò del caso «Scarpetta» dal nome dell'autore della commedia «Il figlio di Jorio» accusata di contraffazione della tragedia pastorale «La figlia di Jorio» di Gabriele D'Annunzio.

²⁴⁶ Cfr. Trib. Napoli, 27 maggio 1908, in *Giur. it.*, 1909, II, 1, con nota di FERRARA, “*La protezione giuridica della parodia*”.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ CASABURI, op. cit., 3788.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ Cfr. Cass. 19 febbraio 2015 n. 3340, in *Foro it.* 2015, 2031.

Nonostante ciò, secondo la Cassazione «la coincidenza della forma espressiva, parziale ma comunque riferita ad una parte significativa dell'opera anteriore, non è sufficiente per affermare il plagio, occorrendo invece anche che il “significato artistico” del frammento ripreso non sia mutato per effetto del trapianto»²⁵¹. Questa valutazione deve guardare al significato complessivo delle due opere al fine di determinare se, oltre all'identità delle parole (e cioè della forma dell'opera), si manifesti anche un'identità di idee, di sentimenti e di emozioni trasmessi (e cioè un'identica rappresentazione). Pertanto, proprio in base a tale valutazione la Corte ha escluso il plagio, dato che De Gregori avrebbe cambiato completamente significato alle parole del testo²⁵².

L'analisi svolta finora in merito all'istituto della parodia deve tenere conto altresì di una distinzione propria della dottrina anglosassone che differenzia tra «target parody» e «weapon parody»²⁵³. Nel primo caso, le opere parodistiche hanno come bersaglio diretto l'opera di cui si fa la parodia, la quale diventa il contenuto della parodia stessa. Nel caso della weapon parody, invece, l'opera altrui non è l'oggetto diretto della parodia, bensì diventa il mezzo (l'arma, appunto) utilizzato al fine di svolgere una critica più generale, ad esempio, alla società²⁵⁴. La differenza è rilevante perché la prima categoria è considerata lecita, mentre la seconda no: le opere di target parody si giustificano, infatti, con il principio della libertà di espressione, mentre qualora un artista voglia rivolgere una critica generale alla società e ai valori che promuove può e dovrebbe trovare modi diversi dall'appropriarsi dell'opera di un altro autore²⁵⁵.

²⁵¹ COGO, *Il plagio d'opera musicale tra identità del testo e diversità del contesto*, in *Giur. it.* 2016, 110.

²⁵² *Ivi*, 111. Secondo l'Autore la decisione commentata presenta analogie con la parodia. «Simile è infatti la fattispecie, che consiste per l'appunto nel riuso di una forma esistente per esprimere contenuti diversi a mezzo della loro ricontestualizzazione. Simile è anche la disciplina, che si risolve in entrambi i casi nella completa autonomia dell'opera citante da quella citata, per lo meno se si ritiene ancora attuale l'orientamento maggioritario nella dottrina e nella giurisprudenza italiane ed al contempo si segue la regola espressa nella decisione che si annota». Si veda anche OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 29 ss., che cita la sentenza quale esempio di utilizzo di un argomento a favore della valorizzazione della funzione dell'opera al fine di escludere in concreto la natura contraffattiva di alcune utilizzazioni in ragione di un contesto ritenuto decisamente differente da quello cui quest'ultima era stata originariamente destinata.

²⁵³ BUCCIANI, op. ult. cit., 990.

²⁵⁴ CASABURI, op. cit., 3788, nota 28.

²⁵⁵ SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritto d'autore*, nota a Trib. Milano, 13 luglio 2011, in *Giurisprudenza commerciale* 2013, I, 127 ss. Sul punto è rilevante la definizione di Appropriation Art offerta da LANDES, *Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: an Economic Approach*, Vol. 9, Mason L. Rev., 2000, 1, secondo il quale: «appropriation art borrows images from popular culture, advertising, the mass media, other artists and elsewhere, and incorporates them into new works of art. Often, the artist's technical skills are less important than his conceptual ability to place images in different settings and, thereby, change their meaning. Appropriation art has been commonly described as getting the hand out of art and putting the brain in».

Esempi di opere appartenenti alla weapon parody sono, tra le altre, l'opera L.H.O.O.Q. di Marcel Duchamp la cui critica dissacrante non è indirizzata di per sé all'opera di Leonardo Da Vinci, ma piuttosto si rivolge all'arte «retinica» in generale per il tramite di un'opera che è considerata un simbolo proprio di quella tipologia di arte. Allo stesso modo, la scultura «String of puppies» dell'artista Jeff Koons proprio perché esprime una critica alla società borghese in generale non si è potuta difendere dalle accuse di plagio sollevate da Rogers, l'autore della fotografia «Puppies». Secondo la teoria in commento, queste critiche generali dovrebbero e potrebbero essere ottenute attraverso mezzi espressivi diversi e non possono essere giustificate tramite l'istituto della parodia ²⁵⁶.

Questi sono solo due casi emblematici, ma in materia di Arte appropriativa accade spesso che il nuovo approccio concettuale che l'artista vuole attribuire all'opera si caratterizzi per una critica a questioni varie che esulano dal contenuto proprio dell'opera di cui si appropriano ²⁵⁷. Pertanto, se si accogliesse la distinzione inglese appena analizzata non ci sarebbe spazio per la tutela di molte delle opere che invece potrebbero ottenere protezione appellandosi alla tutela che nel nostro ordinamento viene garantita alle opere parodistiche in generale.

Tuttavia, deve essere ulteriormente specificato che, sebbene i ragionamenti della giurisprudenza italiana si possano adattare bene ad alcune opere dell'arte contemporanea appropriazionista, le quali certamente lanciano un messaggio riconducibile alla parodia, si tratta di una giustificazione che non può essere generalizzata fino a ricomprendere la liceità di tutte le opere che appartengono a quella corrente. Spesso il messaggio che vuole lanciare l'artista contemporaneo prescinde totalmente dall'opera appropriata e, lungi dal voler suscitare una risata, mira a svolgere una critica generale su vari temi sociali.

E non convincono i tentativi che alcuni giudici hanno posto in campo atti a dare un'interpretazione estensiva della parodia in modo tale da applicare gli stessi principi e ragionamenti anche in situazioni che non hanno intenti sarcastici. Questo è accaduto nel caso delle Giacometti Variations, quando il Tribunale di Milano ha sostenuto che non è necessario che l'opera susciti ironia e induca il riso, potendo anche ispirare messaggi diversi, addirittura tragici ²⁵⁸.

²⁵⁶ U. S. Court of Appeals for the Second Circuit, [USA], Rogers v. Koons, 1992.

²⁵⁷ AVETA, op. cit., 908. Secondo il quale, il ricorso ad immagini iconiche tratte dalla cultura di massa, infatti, viene utilizzata in chiave antisistema come simbolo del depauperamento dei valori e critica ai modelli imposti dalla società contemporanea.

²⁵⁸ CASABURI, op. cit., 3788.

Il caso sopra menzionato fa parte di una serie di casi, decisi recentemente dalle corti di merito italiane, nei quali è stato utilizzato l'istituto della parodia a fondamento del criterio dello scarto semantico, seguendo quella tendenza giurisprudenziale accennata in apertura di questo paragrafo. Appare opportuno, pertanto, ripercorrere tali decisioni, rilevanti anche in quanto concernenti opere dell'arte appropriativa. Si tratta dei casi *Giacometti c. Baldessari* e *Sanguinetti c. Kambalou*.

È del Tribunale di Milano la prima storica decisione sull'appropriazionismo. Il giudice, in quell'occasione, ha escluso il plagio tra alcune opere scultoree delle *Grandes Femmes* di Alberto Giacometti e nove figure femminili di grandi dimensioni, denominate *The Giacometti Variations*, realizzate dall'artista appropriazionista John Baldessari. Nell'ordinanza del 13 luglio 2011, infatti, si legge che il giudice milanese ha ritenuto sussistente uno scarto semantico tra le due opere in quanto portatrici di significati completamente diversi, tra l'altro citando a sostegno della sua tesi il precedente concernente l'asserito plagio musicale da parte di una celebre canzone di Francesco De Gregori²⁵⁹. L'opera di Giacometti rappresentava le tragiche condizioni della donna nel dopoguerra: defedata ed angosciata. Baldessari, invece, rappresentava i rigidi ed eccessivi parametri che la moda impone al corpo femminile²⁶⁰. La Corte, pertanto, ha superato la forte somiglianza delle forme espressive delle opere confrontate riponendo l'attenzione sul messaggio artistico di cui si facevano portatrici. E lo ha fatto proprio adducendo l'applicabilità in via estensiva dell'istituto della parodia²⁶¹.

Il secondo caso segue la strada inaugurata dal precedente, si tratta anche qui di un'ordinanza con cui un Tribunale, in particolare quello di Venezia, ha escluso la sussistenza di plagio tra le opere di due artisti contemporanei. La questione prende avvio a seguito della Biennale di Venezia del 2015, in cui era collocata l'installazione dell'artista Samson Kambalou denominata *Sanguinetti Breakout Area*, composta da fotografie delle opere di Gianfranco Sanguinetti scattate da un archivio acquistato ad un'asta, senza aver richiesto alcun permesso. Tuttavia, anche in questo caso, il giudice non ravvisa il plagio mettendo in primo piano il significato critico, provocatorio e parodistico dell'opera, nella decisione si legge che: «l'installazione si fa veicolo di un messaggio creativo, originale ed autonomo chiaramente percepibile e che nel suo complesso, utilizzando il linguaggio del movimento

²⁵⁹ Il riferimento è a Cass. 19 febbraio 2015 n. 3340, in *Foro it.* 2015, 2031, già analizzata *supra* in questo stesso paragrafo.

²⁶⁰ BUCCIANI, op. ult. cit., 989.

²⁶¹ CASABURI, op. cit., 3788.

situazionista in ragione dell'uso del *détournement*, dello scandalo e della beffa, ha evidenziato la contraddizione tra la teorizzata lotta alla mercificazione dell'opera dell'intelletto propria di Sanguinetti e la messa in vendita delle opere da parte di quest'ultimo»²⁶².

Nonostante le decisioni ora analizzate, da cui parrebbe ricavabile un indirizzo univoco adottato dai magistrati, il criterio dello scarto semantico non gode ancora di un'interpretazione univoca e pertanto genera incertezze difficilmente sanabili. Sebbene il criterio dello scarto semantico nasca con l'opposta finalità di risolvere l'incertezza sulla tutelabilità di opere che riprendano immagini preesistenti cambiandone totalmente il significato non si è ancora arrivati ad un risultato generalmente condiviso. È possibile, infatti, osservare impostazioni oscillanti che risentono della diversa sensibilità sul tema propria dei giudici che se ne occupano. Un esempio lampante è rinvenibile nella sentenza Isgro c. Waters.

Di nuovo davanti al Tribunale di Milano, veniva affrontato il caso che ha visti contrapposti l'artista siciliano Emilio Isgro, padre della corrente artistica della «cancellatura», e l'ex componente dei Pink Floyd Roger Waters. La questione riguardava la copertina del nuovo album del famoso cantante, la quale mostrava le parole del titolo dell'album cancellando tutto il resto, il che ricordava inequivocabilmente l'opera «Cancellatura» realizzata da Isgro nel 1964. Tuttavia, a differenza di quanto fatto pochi anni prima, il giudice milanese ha ravvisato il plagio nella ripresa della forma espressiva personale dell'artista, prescindendo dalle differenze di significato che le due opere chiaramente mostravano a livello della loro portata concettuale. In questa occasione, pertanto, sembra che il Tribunale abbia chiuso gli occhi di fronte ad una chiara ipotesi di scarto semantico. Questa decisione dimostra proprio che tale criterio non è in grado di risolvere le incertezze che derivano dalle opere dell'arte appropriativa, in quanto suscettibile di interpretazioni troppo arbitrarie da parte dei giudici nei vari casi concreti che possono verificarsi²⁶³.

Mi pare, tuttavia, che l'uso del criterio dello scarto semantico nelle prime sentenze esaminate rispecchi un malessere delle corti di fronte alla difficoltà di venire incontro e tutelare un fenomeno, quello, appunto, delle nuove correnti artistiche dell'arte contemporanea, che è presente nella società e che qualora lasciato sprovvisto di protezione, potrebbe scomparire. Questo significherebbe portare ad un arresto del progresso culturale e

²⁶² BUCCIANI, op. ult. cit., 989.

²⁶³ *Ivi*, 989-990.

artistico, che invece rappresenta uno dei principi fondamentali su cui si basa il diritto d'autore ²⁶⁴.

Tenendo a mente le considerazioni precedenti, si può spiegare il richiamo all'istituto del «fair use» proprio dell'ordinamento giuridico statunitense operato dal giudice milanese nella vicenda delle Giacometti Variations. Tale richiamo offre lo spunto per le osservazioni che seguono.

5.3. Il «fair use test» dell'opera altrui.

Come accennato in chiusura del paragrafo precedente, al fine di comprendere quando la ripresa di un'opera d'arte altrui potesse essere considerata un'opera creativa lecita, i giudici milanesi hanno anche menzionato quanto elaborato nell'ordinamento statunitense in tema di «fair use».

D'altronde, «le problematiche connesse all'utilizzazione e alla riproduzione dell'opera d'arte figurativa hanno trovato anche negli Stati Uniti un ampio terreno di dibattito» e in tale contesto «il fair use resta al centro delle dispute sulla legittimità dell'operato degli artisti che, desacralizzando l'opera d'arte, il suo valore percettivo ed estetico, si appropriano di elementi creativi preesistenti per attribuirgli un nuovo significato, per riproporli al pubblico in un contesto diverso e con linguaggi differenti» ²⁶⁵.

Tuttavia, le considerazioni che seguono vanno lette tenendo a mente che il giudizio di proteggibilità delle opere dell'ingegno basato sul «fair use» nordamericano nasce in un ordinamento caratterizzato da un modello di proprietà intellettuale diverso da quello del nostro ordinamento. Tale giudizio, infatti, si caratterizza per operare un bilanciamento di «massimizzazione dell'interesse a favorire il maggiore risultato innovativo garantito tramite la valorizzazione del requisito della trasformatività dell'utilizzo interferente» ²⁶⁶. Ciò si spiega in ragione della diversa natura e limitazione apicale dei diritti, poiché lì si tratta del rapporto tra gli interessi alla tutela della privativa e all'accesso. Non si tratta, invece, del rapporto tra proprietà intellettuale e libertà di espressione, necessariamente intesi nella loro qualità di diritti fondamentali, rispetto ai quali il giudice italiano, così come il giudice

²⁶⁴ SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in nota a Trib. Milano, 29 giugno 2011, op. cit., 571. In questo senso si veda anche KRIEG, *Copyright, Free Speech, and the Visual Arts*, J. Arts Managem. & L., 1986, 15 (VIII), 59-80, il quale rileva come «the absence of a definitive legal standard for appropriation of visual images results in a chilling of freedom of speech interests. Artists will hesitate to experiment with creative modes if such experimentation may result in liability for copyright infringement».

²⁶⁵ AVETA, op. cit., 907.

²⁶⁶ OTTOLIA, op. cit., 190.

europeo, deve effettuare un bilanciamento ²⁶⁷. Bilanciamento questo che, tra l'altro, all'opposto di quanto detto per il sistema statunitense, deve essere di «minimizzazione», ossia volto a determinare il minimo sacrificio tra i due diritti fondamentali coinvolti (proprietà intellettuale e libertà di espressione, appunto) ²⁶⁸.

È qui possibile, comunque, delineare i tratti essenziali della dottrina nordamericana del «fair use». Innanzitutto, si deve partire dal dato normativo: la legge statunitense sul diritto d'autore ha introdotto, infatti, alla sec. 107 U.S.C., il c.d. fair use test, ci sono alcune tipologie di utilizzo o riproduzione di un'opera protetta che non costituiscono un'appropriazione illegale. Il testo elenca quattro fattori che permettono di individuare gli usi che non integrano «copyright infringement», nello specifico: «(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work» ²⁶⁹.

Questi quattro fattori non sono tassativi ma sono necessari, ciò significa che nel giudizio sul «fair use» essi devono essere presi in considerazione, ma a loro se ne possono aggiungere di ulteriori ²⁷⁰. Inoltre, da una lettura complessiva della norma è evidente il carattere flessibile della stessa che «lascia ai giudici ampi margini di discrezionalità nel definirne i limiti applicativi. Una caratteristica che, mentre ha assicurato l'adattabilità del «fair use test» alle evoluzioni dell'arte contemporanea, ha anche permeato il sistema di un certo grado di instabilità, rendendo non sempre facile la prevedibilità dei giudicati» ²⁷¹.

Nel corso degli anni, si è registrata un'evoluzione in relazione all'interpretazione di questi fattori, in particolare, se fino agli anni Novanta il primo veniva considerato prevalentemente nel senso per cui se l'uso aveva fine commerciale allora non era «fair», a seguito delle critiche espresse dal giudice Leval in un articolo pubblicato all'Harvard Law Review l'importanza di questo fattore subì un cambiamento drastico. Egli, infatti, riteneva che a rilevare veramente fosse, non tanto la considerazione sull'uso commerciale, l'uso

²⁶⁷ *Ivi*, 190, nota 42.

²⁶⁸ *Ivi*, 190, nota 43.

²⁶⁹ Per una traduzione v. BUCCIANI, op. ult. cit., 989, il quale afferma che i fattori presi in considerazione sono: «(a) la finalità e la natura dell'uso dell'opera altrui (inclusa la valutazione se viene fatta per uso commerciale o, invece, per scopo educativo non lucrativo); (b) la natura dell'opera; (c) la quantità e l'estensione dell'opera protetta utilizzata e ripresa; (d) l'effetto realizzato e cioè se l'opera successiva svilisca quella originale sul mercato».

²⁷⁰ SCHAUMANN, *Fair use and appropriation art*, in *Cybaris* 2015, su: http://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol6/iss1/5_125.

²⁷¹ AVETA, op. cit., 910.

trasformativo dell'opera. E questa osservazione dottrinale entrò a far parte della legge in seguito alla sentenza della Corte Suprema nel caso *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* che, appunto, utilizzò il sub-fattore della «transformation» per individuare od escludere il fair use. Da questa sentenza in avanti il valore dell'uso trasformativo dell'opera ottenne sempre maggior incidenza ²⁷².

Per determinare che cosa integri un «transformative use» non vi è un percorso chiaro che la Corte possa seguire. Si devono prendere in considerazione le modifiche materiali apportate alla forma espressiva dell'opera originaria, ma non solo, può rilevare anche il mutamento di contesto in cui si inserisce l'opera o, ancora, la diversa finalità perseguita dall'autore successivo ²⁷³.

Anche in questo ordinamento, una posizione privilegiata è assicurata alla parodia, a cui viene ricollegato sempre un certo livello di «transformativeness». E anzi, prima che si diffondesse la rilevanza di quest'ultimo fattore, la difesa migliore che potesse essere posta in essere era proprio l'affermazione dello scopo parodistico dell'opera ²⁷⁴. Ad ogni modo, il riconoscimento del «transformative use» o della parodia non basta ad indicare la sussistenza di un uso corretto.

Il secondo fattore riguarda la natura dell'opera che viene appropriata: vengono preferite alle opere originarie di natura creativa o artistica quelle che hanno una natura fattuale, dato che non milita a favore del riconoscimento del fair use nelle opere dell'arte appropriativa ²⁷⁵. E lo stesso può dirsi per il terzo fattore, in base al quale minore è la quantità

²⁷² SCHAUMANN, op. cit., 127, il quale scrive che «After Campbell, transformation was at the heart of fair use». Cfr. anche il caso *Cariou*, 714, F.3d, 708, dove si evidenzia la necessità di un confronto side-by-side tra le opere oggetto di causa. Dal confronto è emerso, secondo il giudice, che «Prince's images give Cariou's photographs a new expression, and employ new aesthetics with creative and communicative results distinct from Cariou's. Our conclusion should not be taken to suggest, however, that any cosmetic changes to the photographs would necessarily constitute fair use. A secondary work may modify the original without being transformative. For instance, a derivative work that merely presents the same material but in a new form, such as a book of synopses of television shows, is not transformative».

²⁷³ *Ibidem*. L'Autore riporta quanto segue. «How does a court determine whether a use is transformative? One obvious approach is to assess the changes made to the original work by the secondary user. But courts have also considered the context in which the original work appears in the secondary work. More broadly, the “composition, presentation, scale, color palette, and media” of the secondary work, as well as its “expressive nature” (compared with the original) could be seen as transformative. Most broadly, each author's purpose in creating work is important to determining transformation, and thus, fair use. Even if the second work is not transformative, the use may be fair if the author's purpose is transformative».

²⁷⁴ *Ivi*, 128-129. Infatti, nel caso *Rogers v. Koons*, quando ancora non si era diffusa l'applicazione dell'uso trasformativo, l'autore appropriazionista si era difeso sostenendo il carattere di parodia della sua opera. Anche se in quel caso il tentativo fu vano.

²⁷⁵ *Ivi*, 129-130. «Many works of appropriation art copy expressive works, which are close to the core of copyright protection. We might expect that courts would weigh that factor against fair use in appropriation art cases, and so they did, before Campbell. As transformation has become a crucial concept in fair use, however, the significance of the second factor—the nature of the copyrighted work—seemed to decline».

di materiale sottratto dall'opera originaria e maggiore è la probabilità che il giudizio ritenga l'uso corretto. Ma entrambi questi fattori non assumono rilevanza determinate qualora sia rilevabile l'uso trasformativo della seconda opera ²⁷⁶.

Il quarto fattore, infine, riguarda l'analisi del danno che il mercato dell'opera originaria ha subito a causa dell'opera successiva. Quello che conta è che non si crei la condizione per cui la seconda opera «usurpi» la domanda di mercato di quella antecedente, sottraendole pubblico. Si tratta di un fattore che, come il primo, va a favore della riconoscibilità dell'uso corretto delle opere di parodia: non possono che rivolgersi ad un pubblico diverso, quasi opposto. Questo vale anche per il rapporto sussistente tra opere dell'arte appropriativa e opere da cui traggono ispirazione, anche in tale situazione il mercato proprio dei due gruppi di opere è diverso e ben distinto ²⁷⁷.

Nonostante questa panoramica sul fair use test sembri riportare l'immagine di un sistema molto più funzionale e sicuro nella tutela delle opere d'arte appropriativa, in realtà si deve ricordare come le valutazioni relative a questi fattori ed in particolare al sub-fattore dell'uso trasformativo devono essere effettuate caso per caso e siano pertanto meno prevedibili ²⁷⁸. L'incertezza sull'esito di una causa ed i costi che ne derivano fungono da deterrenti per gli artisti che non possono permettersi tali rischi, con l'ovvia conseguenza in termini di abbandono di tale corrente artistica. Risultato, quest'ultimo, che, a prescindere da valutazioni di merito, segna una sconfitta per l'obiettivo costituzionale di «progress of science».

5.4. La citazione.

Per completezza, è utile verificare se sia possibile riconoscere tutela alle opere di arte contemporanea che riprendono opere altrui precedenti sulla base della libertà di citazione:

²⁷⁶ Ivi, 131. «Like the other factors, the third factor seems to have diminished in importance with the ascendancy of “transformation” in fair use analysis. The inquiry regarding “transformation” may have completely subsumed this factor, much as it appears to have subsumed the second factor. That is, if the use is highly transformative, the fact that a lot was copied from the original work will not deter a finding of fair use; in fact, sufficient transformation has led some courts to conclude that this factor weighed in favor of fair use—even when the whole underlying work has been copied».

²⁷⁷ Ivi, 132. «It is not the suppression of demand for the original work that matters, it is usurpation of the demand for the original work».

²⁷⁸ OTTOLIA, *The Public Interest and Intellectual Property Models*, Giappichelli, Torino, 2010, 120, secondo cui dalle considerazioni svolte in tema di fair use emerge un elevato rischio di squilibrio nell'ambito del sistema della proprietà intellettuale degli Stati Uniti d'America. Ciò è dovuto alle tensioni interne che emergono dal ruolo del potere giudiziario, sia a livello di equilibrio costituzionale che a livello di corti minori e di interpretazione del diritto sostanziale.

d'altronde essa altro non è che la ripresa di un'opera altrui ²⁷⁹. Tale facoltà discende dalla tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero ai sensi dell'articolo 21 Cost. e si ricollega inoltre anche ad una funzione culturale pubblica ²⁸⁰.

La citazione è disciplinata all'articolo 70 l.a., il quale prevede una serie di condizioni da rispettare ai fini della legittimità della ripresa di un'opera altrui. In primis, è necessario che sussista una finalità di critica o di discussione, d'insegnamento o di ricerca scientifica ²⁸¹. Infatti, «una citazione può ritenersi lecita solo quando sia diretta alla realizzazione di una seconda opera, che si ponga in funzione critica rispetto a quella originaria, inserendola nello svolgimento di un'opera più ampia» ²⁸².

In secondo luogo, la facoltà di citare un'opera di altri soggiace ad un limite di carattere funzionale, tale per cui la citazione non deve eccedere quanto giustificato dalle finalità sopra analizzate. La norma infatti fa esplicito riferimento a «brani o parti» di opera e la giurisprudenza ritiene vietata la riproduzione integrale dell'opera, a prescindere dalla finalità. Anche se quest'impostazione restrittiva negherebbe ogni possibilità di applicare la norma alle opere d'arte figurativa, le quali dovrebbero riprodurre integralmente l'opera citata ²⁸³. Nonostante ciò, la dottrina ha elaborato la possibilità di ammettere dei casi in cui la riproduzione integrale di un'opera integri una citazione lecita, questo potrebbe avvenire anche per le opere d'arte figurativa qualora la loro finalità fosse meramente «illustrativa»,

²⁷⁹ L'articolo è stato modificato a seguito del recepimento della Direttiva InfoSoc (2001/29/CE) al fine di ricomprendere anche gli usi per fini di insegnamento o di ricerca scientifica conformemente all'articolo 5, par. 3, lett. a) della Direttiva.

²⁸⁰ Sono altresì rilevanti altre norme costituzionali quali gli articoli 9 e 33 Cost. sulla promozione della cultura e della ricerca e sulla libertà dell'arte e della scienza, v. MUSSO, op. cit., 226; VITT. DE SANCTIS, op. ult. cit., 224.

²⁸¹ CASABURI, op. cit., 3781, ove rileva che il legislatore italiano ha adottato un atteggiamento più restrittivo rispetto sia alla già nominata direttiva InfoSoc che lasciava agli Stati la libertà di prevedere ulteriori finalità ulteriori alla critica o rassegna. E di ancora maggior rilievo è il confronto con l'articolo 10 della convenzione di Berna che non prevede limitazioni agli scopi della citazione, richiedendo solo che tali citazioni siano fatte «conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo», ferma comunque la necessità di menzionare la fonte. I limiti di questa norma attengono unicamente alla presenza della conformità ai buoni usi e alla coerenza con lo scopo, ciò significa che «la citazione non deve arrecare pregiudizio agli interessi legittimi del titolare dell'opera citata».

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ MUSSO, op. cit., 227, nota 3, il quale rileva che nonostante la tradizione vuole che la citazione si riferisca alle sole opere letterarie, è stata ammessa anche la possibilità di citazione grafica per le opere cinematografiche e per i fumetti. Tuttavia, afferma che per quel che riguarda la citazione in relazione alle opere d'arte figurativa l'ammissibilità è più difficile in quanto dovrebbe portare alla realizzazione di una copia integrale dell'opera e quindi inciderebbe sullo sfruttamento economico della stessa. Si veda anche GRECO e VERCELLONE, op. cit., 172, dove si dice che la citazione in relazione alle opere figurative non sembra configurabile a causa della loro fruibilità necessariamente «per intero».

cioè di pubblico interesse, e venisse rispettato il requisito di assenza di concorrenza economica ²⁸⁴.

Sempre ai fini della liceità della citazione è necessario, come appena menzionato, che questa non si ponga in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica propri dell'autore dell'opera citata. Ed infine, vi è l'obbligo di citare chiaramente l'autore e il titolo dell'opera originale, in modo tale da garantire la tutela il diritto alla paternità dell'opera ²⁸⁵.

A seguito di questa ricostruzione, a cui si aggiunge il dato per cui l'opinione maggioritaria ritiene che la norma integri un'eccezione al regime ordinario previsto dagli articoli 2577 c.c. e 12 l.a. e pertanto non sia interpretabile in via estensiva ²⁸⁶, l'articolo 70 l.a. non appare idoneo a giustificare la liceità dell'appropriazione artistica. Innanzitutto perché nelle opere dell'arte appropriativa il richiamo ad altre opere avviene tramite un uso integrale dell'opera altrui, e non di un estratto della stessa che appare difficile da immaginare. Ma anche qualora si ammettesse la possibilità di una citazione integrale dell'opera figurativa, come sopra prospettato, il requisito dell'assenza di concorrenza economica spesso non potrebbe essere rispettato (seppure con qualche eccezione, come nel caso di *Egouttoir* di Duchamp in cui l'artista non si pone in concorrenza con i produttori di scolabottiglie). Tantomeno, poi, potrebbero essere rispettati i requisiti della finalità (sovente gli artisti mirano ad una reinterpretazione dell'opera che al limite, forse, potrebbe ricondursi ad uno scopo di critica) e della menzione della fonte.

²⁸⁴ MUSSO, op. cit., 228, il quale afferma che «la funzione «illustrativa» della citazione può estendersi a tutte le riproduzioni o comunicazioni al pubblico che, sebbene apparentemente riproduttive dell'opera nella sua interezza, presentino soltanto siffatta finalità, con esclusione di ogni equivalente funzione estetica tale da attuarne altresì una effettiva concorrenza all'utilizzazione economica e a porsene perciò come suo succedaneo in senso tanto «fruizionale», quanto patrimoniale».

²⁸⁵ In conformità al comma terzo dell'articolo 70 l.a. per cui: «Il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta».

²⁸⁶ In senso contrario v. MUSSO, op. cit., 226 ss., il quale ritiene che l'articolo 70 l.a. non costituisca «affatto norma da interpretare restrittivamente» in ragione delle sopra richiamate funzioni culturali nonché per il richiamato fondamento culturale.

TERZO CAPITOLO

I DIRITTI MORALI D'AUTORE DELLE OPERE D'ARTE CONTEMPORANEA E IL LORO RILIEVO NEL RAPPORTO TRA ARTE CONTEMPORANEA E ARTE TRADIZIONALE

INDICE SOMMARIO: 1. I diritti morali tradizionalmente riconosciuti all'autore di un'opera dell'ingegno; 2. La lesione dei diritti morali dell'autore nei casi di utilizzo da parte di artisti contemporanei di opere altrui; 3. Il problema della durata limitata e della deperibilità delle opere d'arte contemporanea per la garanzia della loro integrità; 4. Il ruolo delle previsioni contrattuali nell'evitare danni all'integrità di opere d'arte contemporanea che necessitano di sostituzioni o modifiche parziali; 5. Il restauro come intervento sui diritti morali dell'artista; 6. Il disconoscimento di un'opera quale esercizio del diritto alla non paternità di un falso e altri casi d'uso dell'istituto del disconoscimento; 7. Il ruolo dell'Archivio d'Artista per la corretta conservazione delle opere d'arte contemporanea e il certificato di autenticità dell'opera nel mercato.

1. I diritti morali tradizionalmente riconosciuti all'autore di un'opera dell'ingegno

La concezione moderna del diritto di autore vede il contenuto del diritto come diviso in due parti. Una prima parte è costituita dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno e, accanto a questi, il codice civile e la legge sul diritto d'autore riconoscono anche una serie di diritti morali, questi ultimi mirano a tutelare in via diretta e immediata la personalità dell'autore ¹.

Il legame che esiste fra la persona dell'autore e la sua opera è paragonabile ad una sorta di «filiazione intellettuale» ² e ciò giustifica, anche dal punto di vista morale, il riconoscimento di una paternità protetta da usurpazioni altrui, con la conseguenza che il plagio di un'opera viene condannato, ancora prima che sul piano giuridico, sul piano etico.

¹ MUSSO, *Diritti di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Zanichelli, Bologna, 2008, 144.

² Per vari esempi su questo rapporto di «filiazione intellettuale», v. ROSE, *Authors and Owners: the Invention of Copyright*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.)-Londra, 1993, 38 ss..

L'intuizione che il rapporto giuridico intercorrente tra l'autore e l'opera da lui creata non si arresti alla dimensione meramente patrimoniale, ma incida anche sugli interessi della personalità, ha origini antiche³. Tuttavia, solo durante l'Illuminismo questo bisogno di offrire protezione alla personalità dell'autore comincia a venire recepito a livello giuridico. Infatti, l'aspetto morale del diritto d'autore era intravisto ed in qualche modo ne era implicata la protezione nel rapporto di Le Chapelier alla fondamentale legge rivoluzionaria francese sul diritto d'autore del 1793 in cui egli affermava che «La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain»⁴.

Ad ogni modo, comunque, bisogna attendere il Novecento perché queste riflessioni giungano a compimento e siano riconosciute nel diritto moderno d'autore⁵. Nei congressi letterari ed artistici dei primi anni del secolo si discuteva largamente della tutela di questi interessi, ipotizzando proposte più o meno giuridicamente e praticamente realizzabili. Nel 1908, alla conferenza di Berlino per la revisione della Convenzione di Berna, furono fatti alcuni tentativi per includere alcune regole dirette a proteggere l'autore contro le manomissioni della sua opera⁶.

³ Secondo il PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, UTET, Torino, 1943, 1 ss., è sostenibile che durante il diritto romano, sebbene non vi sia stato un riconoscimento effettivo del diritto d'autore come un diritto esclusivo di utilizzazione economica, è stato riconosciuto il diritto d'autore quale diritto della personalità. Tale diritto, infatti, trovava protezione attraverso l'esercizio dell'*actio iniuriarum*. L'autore fa riferimento all'opinione dello Jhering e la collega con l'opinione di un altro illustre romanista, Vittorio Scialoja, il quale era favorevole all'idea del diritto d'autore come diritto di proprietà incorporale. Egli ha richiamato l'opinione dello Jhering nelle discussioni della conferenza diplomatica di Roma del 1928 per la revisione della convenzione di Berna, da lui presieduta. Nell'ultima seduta del 1° giugno 1928 nella quale fu sanzionato il riconoscimento internazionale del diritto morale di autore, Vittorio Scialoja, infatti, così si espresse: «Nous avons proclamé un des plus grands principes, celui du droit moral. Si ce principe a été inséré dans la Convention après un grand nombre d'autres dispositions, cela ne signifie pas qu'il ne soit le plus important, étant donné les conséquences qui en découlent. De profession, je suis romaniste. On dit souvent que le droit romain ingorait le droit connu sous le nom de Copyright. Mais il reconnaissait parfaitement le droit moral. Vous avez certainement tous lu un étude célèbre d'un des grands jurisconsultes du dernier siècle, Jhering. Dans son mémoire sur l'*Actio iniuriarum aestimatoria*, Jhering a brillamment soutenu que l'on trouvait là le moyen par lequel les Romains défendaient le droit moral, le droit primordial de l'auteur. Nous revenons donc à nous abreuver aux sources anciennes en reconnaissant que le droit d'auteur est une conséquence du droit moral de l'auteur». Si veda anche l'evoluzione storica proposta da ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978, 341 ss., il quale riporta che il termine di «*plagiarius*» inteso come ladro di schiavi o rapitore di figli, fu usato per primo da MARZIALE, *Epigrammi*, I, 52, nel senso traslato del ladro di testi scritti.

⁴ GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974, 103, nota 1.

⁵ Gli studi italiani di Piola Caselli hanno cominciato a teorizzare i diritti morali dell'inventore e degli autori già alla fine dell'Ottocento, sul punto si veda PIOLA CASELLI, *Le ragioni del secolare dissenso sulla natura e sul nome dei diritti degli autori e inventori*, in *Foro it.* 1901, I, 1294 ss.; cito da L.C. UBERTAZZI, *La disciplina UE dei diritti morali d'autore*, in *AIDA* 2016, 349. Si veda anche L.C. UBERTAZZI, *Falsi d'autore e proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2018, 412.

⁶ PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, II ed., Marghieri-UTET, Napoli-Torino, 1927, 517.

Tuttavia, è solo con la revisione di Roma del 1928 della Convenzione di Berna che si arriva alla tipizzazione specifica del diritto morale di paternità dell'autore nella disciplina delle opere dell'ingegno, sancendolo all'articolo 6-*bis* della stessa ⁷. Le leggi promulgate nel continente europeo, successivamente a quella data, si sono generalmente conformate a questa disposizione della convenzione, così infatti la legge austriaca, quella francese e quella della Germania occidentale ⁸.

Per quanto concerne, in particolare, l'esperienza italiana, si registra un anticipo di qualche anno sull'introduzione di norme sulla protezione della paternità e dell'integrità dell'opera dell'ingegno. Infatti, le discussioni relative al tema erano sfociate in disposizioni positive già nel testo della legge sul diritto d'autore del 1925 ⁹.

Nell'ambito di tale dibattito sulla questione della tutelabilità degli interessi personali dell'autore, un contributo di grande rilievo è offerto dal Piola Caselli. Nelle sue riflessioni, infatti, egli pone in rilievo lo stretto rapporto esistente tra il tema menzionato e quello sui, più generali, «diritti della personalità, o diritti individuali». Egli ricorda che lo sviluppo della difesa della personalità umana anche ai sensi delle norme di diritto civile, e non più solo del diritto pubblico, ha avuto riflessi positivi altresì sul sistema dei diritti di autore, «nel senso di far comprendere in questo diritto o di far accedere al diritto stesso la tutela degli interessi personali dell'autore» ¹⁰.

Il pensiero giuridico è maturato anche grazie alle discussioni sulla questione della natura giuridica del diritto d'autore. Infatti, nonostante sul punto si annoverino tre teorie tradizionalmente contrastanti, esse sono concordi «nel ritenere che la personalità dell'autore, come tale, debba essere protetta dal diritto, anche indipendentemente dalla tutela della fortuna commerciale dell'opera» ¹¹.

Prima di passare all'analisi dei singoli diritti ricompresi all'interno della nozione classica di diritti morali dell'autore, è utile soffermarsi brevemente sulle tre teorie, sopra

⁷ MUSSO, op. cit., 144 ss.; GRECO e VERCELLONE, op. cit., 103, nota 1, in cui viene riportato il testo dell'articolo: «l'autore, indipendentemente dai diritti patrimoniali ed anche dopo la cessione di questi, conserva il diritto di rivendicare la paternità e di opporsi ad ogni deformazione dell'opera che sia pregiudizievole al suo onore ed alla sua reputazione». Sul punto si veda anche PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, op. cit., 320, nota 1, il quale ricorda che il riconoscimento della protezione internazionale di questo nuovo diritto è avvenuto grazie agli sforzi della Delegazione Italiana (rappresentata dallo stesso autore) la quale ha formulato la proposta per la tutela morale in questione. Si veda anche L.C. UBERTAZZI, *La disciplina UE dei diritti morali d'autore*, op. cit., 349 e *Idem*, *Falsi d'autore e proprietà intellettuale*, op. cit., 412.

⁸ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 103 ss..

⁹ Insieme al peculiare diritto di ritirare l'opera dal commercio per gravi ragioni morali, v. GRECO e VERCELLONE, op. cit., 103, nota 1.

¹⁰ PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, op. cit., 518.

¹¹ *Ivi*, 518-519.

menzionate, che trattano del tema della natura dei diritti d'autore¹². Le prime due sono dette comunemente teorie monistiche: l'una riconduce il diritto d'autore esclusivamente al genere dei diritti patrimoniali¹³; l'altra, all'opposto, riconduce il diritto d'autore al genere dei diritti della personalità¹⁴.

La concezione «patrimonialistica» della natura del diritto d'autore vede in esso un diritto soggettivo il cui oggetto risiede esclusivamente nel particolare bene immateriale che è l'opera dell'ingegno. Questa dottrina non nega la necessità di proteggere anche gli interessi morali dell'autore, tuttavia ritiene che tali interessi non abbiano la loro fonte nell'opera e

¹² GRECO e VERCELLONE, op. cit., 175, nota 1, i quali riportano che alcuni autori sono pervenuti, addirittura, a contarne ben quattordici e per altri sarebbero ancora di più. Sul punto, il riferimento è fatto a GOLDBAUM, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht*, Baden-Baden, 1961, 13 ss..

¹³ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 178-179. Così come ricorda il PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, op. cit., 320 ss., fino alla prima metà del Novecento, in Francia ha primeggiato «il concetto che il diritto di autore miri soltanto alla speculazione commerciale che ha per base il libro, l'opera musicale o drammatica, il quadro o la statua, lasciandosi *en dehors*, come diceva il Renouard, «*les questions susceptibles sculement d'interéresser l'amour propre de l'auteur, sa gloire, littéraire, le plus ou moins de succès réservé à ces idées, ou la rapidité dans leur propagation*». Non è, dunque, la legge, stando al Renouard, che può proteggere questa sorta di interessi. Lo può, invece, il magistrato il quale dovrebbe, è vero, limitarsi ad interpretare la legge, ma può anche ispirarsi a concetti di ordine morale per tutelare questi interessi *praeter legem* nei singoli casi pratici, evitando, tuttavia, generalizzazioni pericolose che potrebbero provocare le recriminazioni del pubblico o degli editori. [...] Nel diritto anglo-sassone, cristallizzato nello stesso senso di una protezione strettamente economica dei privilegi di riproduzione degli autori e degli editori – come già risulta dalla denominazione di *copyright* o diritto di riproduzione in copie, attribuita al diritto di autore – non poteva evidentemente farsi strada una direttiva essenzialmente diversa da quella francese. Tuttavia, in codesto diritto troviamo qualche accenno ad una protezione giuridica degli interessi della personalità dell'autore, fornita agli autori da quel diritto *comune* consacrato da precedenti giudiziari, che è la *common law*».

¹⁴ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 177 ss., i quali affermano che questa dottrina, autorevolmente sostenuta, nacque come reazione ad un risalente indirizzo legislativo che era rivolto pressoché interamente alla disciplina degli interessi economici dell'autore. Un'analisi approfondita di questa teoria si legge nelle pagine del PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 322 ss., in quanto lui stesso sosteneva questa tesi. Quest'ultima ha tra i suoi sostenitori alcuni autorevoli giuristi. Infatti, «Kant aveva proclamato che il libro è un discorso che l'autore fa al pubblico, [...] che esso è un mezzo di estrinsecazione della propria libertà e della personalità *ed è come tale che va protetto*». In seguito, il Gierke, grande civilista tedesco, realizzò giuridicamente l'idea di Kant. «Partendo dal concetto iniziale che il diritto di autore sorga da un atto intimamente personale, come quello della creazione dell'opera dell'ingegno, e che tutte le facoltà che il diritto riconosce a favore dell'autore si ricolleghino in sostanza al diritto originario dell'autore di tener segreta o di comunicare al pubblico l'opera da lui creata, il Gierke costruisce il diritto di autore, non come diritto patrimoniale che cada sopra un bene economico, ma come un diritto della personalità dell'autore. I diritti esclusivi, che la legge concede all'autore, non alterano questa figura fondamentale perché non hanno necessariamente un fine economico, servendo anche alla difesa della personalità; né può alterarla la trasferibilità di questi diritti perché non è assoluta, e pertanto non esclude il mantenimento della signoria generale dell'autore». Questa teoria però era troppo ardita, «in realtà il diritto di autore è rappresentato da un unico rapporto giuridico fra l'autore e l'opera che comprende facoltà di natura patrimoniale, e facoltà di natura personale, le seconde rimanendo, come le prime, alle quali sono intimamente connesse, legate all'opera quale particolare estrinsecazione della personalità dell'autore». In Italia, il contenuto personale del diritto d'autore era stato messo in luce dall'illustre Scialoja ai tempi della formazione della legge de 1925. E fu poi il Piola Caselli a sollevare alcune osservazioni sul contenuto dell'allora articolo 16, da lui ritenuto troppo generico. Per l'Autore era necessario che si dicesse che «indipendentemente dai diritti patrimoniali esclusivi riconosciuti dagli articoli precedenti, l'autore avrà sempre il diritto di agire in giudizio per impedire che la paternità della sua opera sia disconosciuta o che l'opera sia modificata, alterata o deturpata in guisa da recare grave ed ingiusto pregiudizio ai suoi interessi personali». Questa osservazione fu quasi testualmente trasfusa nel nuovo testo dell'articolo 16 in cui però si parlava di interessi *morali* anziché di interessi personali.

che, pertanto, non vi sia motivo di comprenderli nel sistema dei diritti di autore poiché già previsti nel campo dei diritti comuni della personalità. Questa dottrina domina nei paesi anglosassoni, ma nel nostro ordinamento non ha avuto seguito in quanto non attribuisce il debito peso ai diritti morali spettanti all'autore ¹⁵.

All'opposto, lo schema logico sotteso alla teoria che risolve il diritto d'autore in un diritto solo della personalità vede l'opera dell'ingegno quale entità strettamente dipendente dalla persona dell'autore, «di cui è e rimane sempre il riflesso» ¹⁶. A ciò consegue che, se si tutela l'autore rispetto alla sua opera, quello che si tutela non è altro che un attributo immanente alla sua persona, e quindi proprio l'oggetto tipico dei diritti della personalità. Certamente, da tale attributo possono derivare anche interessi economici per l'autore, ma ciò resterebbe compatibile con un diritto della personalità. Il difetto di questa teoria risiede nel fatto di non rendersi conto di come «l'opera, una volta creata, diventa un *quid* a se stante, che esiste e circola al di fuori della persona dell'autore e al di là della sua vita». Inoltre, risulta avulso dall'esperienza reale ridurre gli interessi economici ad un mero riflesso di quelli morali ¹⁷.

La terza teoria, invece, è dualistica ed afferma che «la protezione dell'autore costituisce un sistema binario di diritti soggettivi ben distinti e diversi, in quanto l'uno avente il carattere dei diritti della personalità, l'altro quello dei diritti patrimoniali, pur presentanti, nell'unità del sistema, correlazioni ed interferenze» ¹⁸.

Dal primo Novecento ad oggi, infatti, la maggior parte delle altre legislazioni si sono sviluppate tenendo distinta, da un lato, la tutela degli interessi morali dell'autore e, dall'altro lato, la tutela degli interessi economici. Questa è la via percorsa anche dalle convenzioni internazionali. La teoria dualistica riconosce al diritto morale e a quello economico due nature diverse e, pertanto, due discipline e possibili vicende separate ¹⁹. Nonostante ciò, comunque, questa dottrina prende atto del fatto che i due diritti siano collegati e quindi interferiscano tra loro, in quanto entrambi hanno il medesimo riferimento nella stessa opera

¹⁵ GRECO e VERCELLONE, op. cit., 178.

¹⁶ *Ivi*, 177.

¹⁷ *Ivi*, 178.

¹⁸ *Ivi*, 175.

¹⁹ *Ivi*, 182, secondo i quali «Dalla netta distinzione delle due sfere seguono le logiche conseguenze sul piano della disciplina. Come si è visto il diritto morale è perpetuo, inalienabile, irrinunciabile ed insuccessibile almeno secondo i principi di diritto comune che reggono la successione *mortis causa*. Il diritto patrimoniale, invece, è soggetto a durata limitata, è – entro certi limiti – alienabile per atto tra vivi e comunque rinunciabile, ricade nella normale successione *mortis causa*. Perciò la titolarità dei due diritti può essere soggetta a vicende diverse e per effetto di queste dissociarsi».

dell'ingegno. In sostanza, questi diritti rappresentano due parti di uno stesso sistema speciale di diritti soggettivi, quale è il sistema dei diritti d'autore ²⁰.

Il doppio carattere dell'interesse dell'autore, uno patrimoniale e uno morale, dipende dalla doppia natura del bene che è oggetto di tale interesse. «Questo bene è un bene immateriale, e precisamente è il risultato dell'attività creatrice dell'autore, della elaborazione e della forma da lui data alle idee, di quel *quid* di nuovo che l'autore reca come contributo all'arte, alla letteratura, alla scienza, alla musica». Tale bene trova la sua origine dalla persona dell'autore, ma poi se ne distacca: l'opera dell'ingegno, una volta creata, diviene «un *quid* indipendente e separato dalla persona dell'artista». Nonostante ciò, l'opera, seppur exteriorizzata, conserva sempre il carattere di «emanazione della personalità intellettuale», in quanto fra essa e il suo autore rimarrà sempre un legame a doppio filo ²¹.

Prima di analizzare i diritti che ricadono nella nozione classica dei diritti morali dell'autore occorre premettere che l'individuazione delle facoltà personali da concedere all'autore è un'operazione delicata. L'interesse personale tutelato cambia a seconda delle varie situazioni in cui l'autore può trovarsi rispetto alla sua opera, ed è ovvio che «un certo atto per un certo genere di opere e per un certo autore possa offendere l'interesse personale e non offenderlo per tal altro autore o per tal altro genere di opere». Ad ogni modo, in via generale, queste facoltà possono essere raggruppate sotto il nome di «diritto di paternità intellettuale», poiché la loro giustificazione risiede nel fatto che, a prescindere dalle vicende giuridiche del corpus mechanicum dell'opera dell'ingegno e dei diritti esclusivi di carattere patrimoniale, tale opera «resta sempre l'opera *propria* del suo creatore rimanendo costantemente inerente alla sua soggettiva sfera personale» ²².

²⁰ Ivi, 179-182. Secondo PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 322 ss., fu il Kohler a introdurre la teoria dualistica (*dualistische Theorie*) e la stessa trovò notevole diffusione in Germania. «Il diritto d'autore, osservò il Kohler, benché non sia assimilabile al diritto di proprietà, è certamente un diritto patrimoniale ma di natura speciale; è un diritto patrimoniale su cosa immateriale (*Immaterialegüterrecht*). L'esercizio di questo diritto può, quindi, essere accompagnato e sussidiato dall'esercizio di facoltà personali, costituenti un altro separato diritto (*Individualrecht*), che compete all'autore, non per la protezione dell'opera, bensì per proteggere la personalità di detto autore».

²¹ VALERIO e ALGARDI, *Il diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1943, 87-88, i quali affermano che «tra l'autore e l'opera c'è un vincolo che è personale, inalienabile e perpetuo. Da questo legame e dall'interesse relativo personalissimo, derivano norme giuridiche che, riconoscendolo, stabiliscono l'attribuzione dell'opera al suo autore, l'esclusivo diritto di pubblicarla, modificarla e ritirarla dal commercio spettante all'autore. Questi diritti soggettivi hanno carattere personale perché riguardano esclusivamente la persona dell'autore e sono come il vincolo da cui sorgono, inalienabili e perpetui».

²² PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, op. cit., 523.

La legge riconosce all'autore questa «paternità intellettuale», intesa come diritto autonomo²³, ed in particolare gli attribuisce sia un diritto alla paternità intellettuale *stricto sensu*, sia un diritto all'intangibilità della sua opera. In base al primo, l'autore ha il diritto di agire per rivendicare la paternità di una sua opera. In altri termini, all'autore viene garantito che «la sua opera sia pubblicata e riprodotta, nel suo tutto come nelle sue parti, quale un'opera che egli e non altri ha creata»²⁴. Grazie al secondo, invece, l'autore si vede riconosciuto il diritto a che l'opera sia pubblicata e riprodotta senza modificazioni che portino nocimento al suo onore o alla sua reputazione. Per questo motivo è possibile affermare che spetti all'autore «sempre ed inalienabilmente, un diritto di paternità intellettuale, il quale consiste nel diritto di tutelare la rappresentazione della propria personalità intellettuale nell'opera creata»²⁵.

Dal punto di vista pratico, la protezione della paternità e la protezione dell'integrità dell'opera rappresentano le principali sfere di rapporti giuridici dell'ambito dei diritti morali d'autore. Esse sono regolate anche sul terreno internazionale con la, già menzionata, disposizione dell'articolo 6-*bis* della convenzione di Roma di revisione della convenzione di Berna. Nell'ambito del diritto d'autore italiano sono invece disciplinate nell'articolo 20 l.a.²⁶.

Nella parte iniziale di tale ultimo articolo viene sancito il diritto dell'autore di rivendicare la paternità della propria opera. Esso rappresenta un diritto assoluto, cioè un diritto azionabile erga omnes e per cui la legge non ammette che limitazioni o rinunce possano seguire per accordo delle parti. Si tratta di un corollario inevitabile della modalità di acquisto e della stessa ragione etico-morale e politica del diritto di autore. Il diritto d'autore viene attribuito all'artista a titolo originario a seguito della creazione dell'opera, come previsto dall'articolo 6 l.a., e il legislatore non permette che possa essere alienato perché «esso è basato [proprio] sul vincolo della creazione, che unisce l'opera soltanto e sempre al suo autore»²⁷.

Conformemente alla natura più strettamente personale del diritto d'autore, il diritto di rivendicare la paternità dell'opera dell'ingegno è assai più intensamente tutelato

²³ *Ibidem*, ove il Piola Caselli sostiene che questa «paternità intellettuale» possa rivolgersi in due direzioni diverse: (i) in connessione con i diritti esclusivi di carattere patrimoniale o (ii) indipendentemente da tali diritti, e quindi come diritto autonomo. Qui si affrontano i temi relativi alla seconda ipotesi.

²⁴ *Ivi*, 526.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Idem*, *Codice del diritto di autore*, op. cit., 328-329.

²⁷ VALERIO e ALGARDI, op. cit., 133; PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 331; GIANNINI, *Il diritto d'autore*, La nuova Italia, Firenze, 1946, 42.

dell'analogo diritto pure riconosciuto all'inventore o all'autore di disegni o modelli. E infatti, i soggetti indicati all'articolo 23 l.a. possono far valere la paternità dell'autore senza alcun limite di tempo ²⁸.

A livello pratico, siccome la paternità dell'opera si manifesta comunemente con l'apporre sulla stessa il nome dell'autore, la sua rivendicazione assume la forma della rivendicazione del diritto di apporre sull'opera il proprio nome, diritto consequenziale che si trova disciplinato nell'articolo successivo ²⁹. A questo proposito, alcuni individuano nella l.a. un principio in base al quale l'autore avrebbe diritto di essere indicato quando ciò è previsto dagli usi. In alcuni casi, infatti, la legge prevede espressamente che l'autore debba essere menzionato nelle forme d'uso, si tratta degli articoli 40, 126 e 138 l.a.. È da queste norme che alcuni traggono il principio generale secondo cui l'autore ha il medesimo diritto in tutti i casi in cui l'indicazione sia usuale ³⁰. Da questo principio deriva allora la necessità di verificare quando vi sia l'uso di indicare l'autore e a tali fini soccorre in aiuto un censimento elaborato da Ubertazzi di situazioni in cui l'autore tipicamente non è menzionato ³¹.

Il diritto alla protezione dell'integrità dell'opera, invece, pur essendo anch'esso un diritto assoluto e pertanto azionabile erga omnes, non prevede tuttavia un rispetto assoluto e incondizionato dell'integrità dell'opera, bensì limitato al verificarsi di determinate circostanze. Le istanze del commercio intellettuale e artistico non consentirebbero questa seconda accezione di absolutezza e infatti l'assunto per cui nessuna possibilità di modifica dell'opera sarebbe consentita non trova alcun riscontro nel dato normativo. Nonostante si tratti di un riconoscimento limitato, rappresenta comunque una notevole conquista del moderno diritto d'autore. L'integrità dell'opera è garantita ogni qualvolta essa venga riprodotta, diffusa, eseguita, adattata o utilizzata altrimenti ³².

Come anticipato, però, tale protezione dipende dal verificarsi di determinati presupposti che nel tempo si sono modificati. La nostra legge del 1925, infatti, garantiva l'autore nel caso in cui l'opera fosse modificata, alterata o deturpata in modo da «recare

²⁸ MUSSO, op. cit., 169.

²⁹ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 331.

³⁰ SERVANZI, 88 *Casi italiani sul diritto dell'autore all'integrità dell'opera*, in *AIDA* 2018, 435, nota 15.

³¹ L.C. UBERTAZZI, *La disciplina UE dei diritti morali d'autore*, op. cit., 386 ss. In cui indica in un elenco di 26 categorie esempi di opere dell'ingegno in cui di fatto non è uso indicare il nome dell'autore. A titolo di esempio ne riporta solo alcune: «un numero non piccolo di opere musicali (specie pop) comunicate al pubblico»; «molte sculture posizionate sulle pubbliche piazze»; «molte opere di street art»; «un numero non piccolo di foto pubblicate da siti»; «un numero non piccolo di opere postate sui social network».

³² PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 331-332.

grave ed ingiusto pregiudizio agli interessi morali dell'autore». La legge attuale, invece, richiede che si procuri un pregiudizio «all'onore o alla reputazione dell'autore».

Pertanto, da un lato, è stata abbandonata la necessità che il pregiudizio sia grave e ingiusto e, dall'altro lato, è stato sostituito il pregiudizio degli interessi morali dell'autore, col pregiudizio all'onore o alla reputazione. Quest'ultima modifica mira a correggere il difetto dell'aver portato la questione giuridica della difesa del diritto morale sul campo dell'etica, la coscienza interiore dell'individuo non può essere oggetto di controllo da parte del diritto. Senza considerare che quella formulazione obbligava il giudice ad apprezzamenti eccessivamente arbitrari. E infine, che così delineato il diritto vedeva la propria portata eccessivamente ristretta. In merito a ciò, il Piola Caselli sottolineava che «[l']autore che reclama contro la indiscreta rivelazione dell'intreccio del romanzo o della sua commedia non ancora pubblicata, o agisce per una pubblicazione o una traduzione o altra elaborazione non autorizzata, o contro l'adattamento non autorizzato al cinema o al disco, o si duole che l'opera sia stata modificata nella pubblicazione od esecuzione o nell'adattamento cinematografico, o che la scultura sia stata dall'acquirente manomessa e deturpata – non agisce solo per reazione intima del sentimento e della coscienza e cioè per conseguire quello che i tedeschi chiamano *Schmerzgeld* o moneta del dolore, ma per il danno che egli ne può soffrire, nella sua fama, autorità, prestigio e carriera, ossia a cagione di un pregiudizio che spesso ha riflessi più o meno indirettamente o potenzialmente patrimoniali nella sua carriera e nella vita esterna, di relazione sociale»³³. Ad ogni modo, rispetto alla formulazione attuale che fa riferimento alla lesione dell'onore o della reputazione dell'autore, pare opportuno rilevare che la giurisprudenza prevalente sembra trascurare gli elementi dell'onore e della reputazione di per sé considerati. La maggior parte delle decisioni, infatti, non dà luogo a una motivazione distinta su ciascuno dei due, ma tende a effettuare di una valutazione congiunta di onore e reputazione, quasi considerandoli un'endiadi³⁴.

L'articolo 20 l.a. è stato poi ulteriormente modificato per conformarsi al dettato della convenzione di Berna, come revisionata a Parigi nel 1971, e, pertanto, prevede oggi il diritto dell'autore di opporsi oltre che alle deformazioni, mutilazioni o ogni altra modifica dell'opera, anche a qualsiasi ulteriore «atto a danno dell'opera stessa». In tutte queste ipotesi,

³³ *Ivi*, 332. Si veda anche MUSSO, op. cit., 173, nota 2, il quale fa riferimento alla sentenza Trib. Torino, 29 giugno 1987, in *Dir. Autore*, 1989, 180, per cui l'apposizione di insegne pubblicitarie al *neon* ad un'opera architettonica non è lesiva del diritto morale dell'autore dell'opera, a meno che le insegne, per caratteristiche macroscopicamente spregevoli o intrinsecamente estranee alla struttura obiettiva dell'opera, siano idonee a recare pregiudizio alla reputazione artistica e professionale dell'autore o alla sua pubblica estimazione, cit. da.

³⁴ SERVANZI, op. cit., 438.

comunque, l'illecito viene integrato unicamente qualora tali azioni (od omissioni ³⁵) siano lesive dell'onore e della reputazione dell'autore ³⁶. Nell'applicazione pratica della disposizione, pertanto, sarà necessario esaminare caso per caso, se e fino a che punto, la personalità artistica dell'autore sia stata offesa ³⁷.

I diritti morali dell'autore comprendono, oltre che le due sfere giuridiche del diritto alla paternità e del diritto all'integrità appena analizzate, anche altri diritti che sono previsti agli articoli da 21 a 24 l.a..

Il già menzionato articolo 21 l.a., costituisce un'innovazione puramente sistematica, il suo contenuto, infatti, corrisponde al contenuto dell'articolo 14 della legge precedente. La norma oggi, invece, viene raggruppata in questa sezione in modo da formare, insieme alle altre, il regolamento del «diritto morale d'autore». Dopo la fondamentale disposizione che garantisce il diritto di paternità intellettuale, il legislatore prosegue dichiarando che qualora l'autore abbia preferito nascondere la paternità delle sue prime pubblicazioni, facendo pubblicare l'opera come anonima o come pseudonima, non perde con ciò il diritto di rivelarsi. Egli, infatti, può sempre rivelarsi e se la paternità dell'opera è stata da altri usurpata o è da altri contestata, può sempre agire in giudizio e far riconoscere la sua qualità di autore ³⁸. Questa forma di rivelazione, inoltre, non è legata dalla legge ad alcuna formalità.

Poiché l'autore conserva questo diritto malgrado la cessione del diritto esclusivo di utilizzazione agli editori o ad altri pubblicatori dell'opera, la rivelazione che egli voglia fare della paternità diventa imperativa per loro. In altri termini, i pubblicatori devono

³⁵ Ivi, 461, in cui l'Autore riporta l'ordinanza del Tribunale di Pavia, del 22 dicembre 2001. In quella decisione è stato affermato che gli «atti a danno dell'opera» comprendono anche «la perdita dell'opera per il mancato tempestivo restauro», in questo caso quindi l'attività illecita di colui che non provvede al restauro è un'attività omissiva.

³⁶ MUSSO, op. cit., 173 ss., il quale afferma che «tutte le fattispecie del diritto d'integrità devono, quindi, presentare modalità squalificanti verso l'onore o verso la reputazione dell'autore, come la terminologia di «deformazione» o «mutolazione» del resto implica: soprattutto nell'attuale realtà informatica o nella «società dello spettacolo» risulta perciò eccessiva la giurisprudenza che ha per es. ravvisato la violazione del diritto in esame ad opera della rielaborazione in chiave *techno-dance* di un brano di musica leggera, considerandosi, per di più, l'ormai usuale prassi di *remix* o *sampling* e perfino di *karaoke* di opere musicali – senza che l'utente medio vi attribuisca alcuna diminuzione di rispettabilità autoriale – mentre si deve coerentemente condividere l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, tendente ad escludere che l'impiego di brani celebri o classici nella pubblicità sia di per sé lesivo della reputazione del compositore. [...] fra gli altri potenziali atti dannosi, perciò, anche lo spostamento di un'opera d'arte figurativa dal luogo individuato per la sua collocazione può dare luogo a lesione del diritto all'integrità soltanto se dal trasferimento in un altro sito possa derivare danno per l'opera stessa o pregiudizio all'onore e alla reputazione dell'artista, anche in relazione al contesto della nuova collocazione».

³⁷ VALERIO e ALGARDI, op. cit., 140.

³⁸ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 341. Ove l'Autore riporta che tale accertamento non è legato ad alcuna forma particolare: varranno le norme comuni e potrà essere dall'autore invocata la presunzione di legge indicata nell'art. 8 e secondo la quale è reputato autore dell'opera, salvo prova contraria, chi è in essa indicato come tale, nelle forme di uso, ovvero è annunciato come tale nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o radiodiffusione dell'opera stessa.

sottomettersi alla volontà dell'autore il quale intenda rivelarsi ³⁹. «La legge parte dal principio che è l'autore solo che deve decidere se intende rivelarsi, ma, una volta che si sia rivelato, nessuno può menomare o metter nel nulla la volontà da lui manifestata» ⁴⁰.

La legge prosegue con l'articolo 22 l.a., il quale afferma che: «I diritti indicati nei precedenti articoli sono inalienabili. Tuttavia l'autore che abbia conosciute ed accettate le modificazioni della propria opera non è più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione». Si tratta di una disposizione di importanza capitale per il sistema del diritto morale d'autore. La relazione della Commissione ministeriale che illustra la disposizione sostiene che «[l]a soluzione semplice e rettilinea che risulta da questa disposizione, è che se è vero che questi diritti, come strettamente personali, sono inalienabili, non è meno vero che come ogni altro diritto personale possono trovare limite e fine nel loro stesso esercizio» ⁴¹. In altri termini, la legge dichiara quei diritti come inalienabili, ma non illimitati nel loro esercizio, e pertanto non consente che di tale diritto si abusi ⁴².

I successivi articoli 23 e 24 l.a., anch'essi per unità sistematica, sono stati inseriti in questa sezione in quanto regolano, l'uno, l'esercizio del diritto morale dopo la morte dell'autore e, l'altro, i diritti degli eredi in rapporto alle opere postume, «cioè due problemi che si connettono alla difesa della personalità dell'autore» ⁴³.

In particolare, l'articolo 23 l.a. si occupa dell'estensione della protezione del diritto morale previsto al precedente articolo 20 l.a., il quale «può essere fatto valere senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli, e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e dai discendenti diretti; mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti» ⁴⁴. Questo articolo risolve un tema non sempre trattato dalle leggi nazionali. Infatti, sebbene non ci siano dubbi sul fatto che giuridicamente alla morte dell'autore il suo diritto morale si estingua proprio perché diritto personale, potrebbe comunque persistere un qualche interesse alla sua tutela. Su quest'ultimo punto, le poche legislazioni che prevedono tale protezione del diritto morale dell'autore anche dopo la sua

³⁹ *Ivi*, 339-340, secondo l'Autore, per comprendere l'importanza di questo diritto, bisogna ricordare che secondo una dottrina antica gli editori o altri pubblicatori acquistavano un diritto quesito a continuare a pubblicare l'opera, come anonima o sotto pseudonimo, se così nel contratto era convenuto, malgrado la posteriore contraria volontà dell'autore.

⁴⁰ GIANNINI, op. cit., 43.

⁴¹ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 341.

⁴² GIANNINI, op. cit., 43.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ivi*, 43-44, secondo l'Autore, è evidente che con questa norma la legge sul diritto di autore si sia voluta allontanare dalle norme che regolano la successione legittima e ha preferito che questo personalissimo fra i diritti dell'autore venisse, dopo la sua morte, affidato alle persone che si presume più possano essergli spiritualmente vicine.

morte, lo fanno sotto l'influenza di concezioni diverse ⁴⁵. E, in particolare, il nostro legislatore ritiene che sopravviva un interesse giuridico sia familiare che statale verso la difesa della fama dell'autore ed è per questi motivi, dunque, che lo attribuisce ad alcuni parenti dell'autore ed al Ministero per i beni e le attività culturali quando finalità pubbliche lo esigano ⁴⁶.

A conclusione della sezione dedicata al diritto morale dell'autore, l'articolo 24 l.a. si occupa di sancire e di disciplinare il diritto alla pubblicazione delle opere inedite, il quale spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, sempre sul presupposto che questi siano i soggetti spiritualmente più vicini all'autore e quindi i più idonei a prendere tali decisioni. Ad ogni modo, qualora la volontà del defunto risulti da uno scritto deve sempre essere rispettata, come nel caso in cui egli abbia fissato un termine per la pubblicazione delle sue opere inedite, che, quindi, non potranno essere pubblicate prima della sua scadenza ⁴⁷.

Tuttavia, è importante menzionare un ulteriore diritto che viene comunemente ricompreso all'interno della categoria dei diritti morali nonostante non si rinvenga nella sezione appositamente dedicata agli stessi. Il riferimento è agli articoli 142 e 143 l.a., i quali disciplinano il diritto dell'autore di ritirare la propria opera dal commercio. Infatti, anche successivamente alla pubblicazione e/o alla cessione della sua opera, il legislatore ha ritenuto che all'autore spettasse il diritto di ritirare l'opera che non rispondesse più alle sue convinzioni, o la cui diffusione fosse divenuta di danno anziché di vantaggio alla sua reputazione ⁴⁸.

Tali disposizioni, nonostante il loro collocamento, tutelano un diritto che, pur avendo conseguenze economiche, è di natura essenzialmente morale e personale. A conferma di ciò, il commento del Piola Caselli alla relazione del disegno di legge afferma che: «[l]a facoltà del *ritiro dell'opera dal commercio* è propria del diritto italiano e fu introdotta dalla legge Rocco del 1925 come una ulteriore espressione della protezione del *diritto morale*». Oggi,

⁴⁵ PIOLA CASELLI, op. ult. cit., 343-344. Secondo l'Autore, talune legislazioni hanno considerato come prevalenti gli interessi che si possono riconoscere agli aggruppamenti sociali, intellettuali o politici di cui l'autore fece parte, nonché nello Stato in quanto le opere create dall'autore defunto fanno parte del patrimonio intellettuale della Nazione. In questi Paesi è stato riconosciuto allo Stato o ad enti pubblici culturali il diritto di rivendicare al cittadino defunto la paternità dell'opera, e soprattutto di difendere l'integrità dell'opera.

⁴⁶ *Ivi*, 343. Il quale prende in considerazione il comma secondo della disposizione in oggetto il quale afferma che: «L'azione, qualora finalità pubbliche lo esigano, può altresì essere esercitata dal Ministro della cultura popolare, sentita l'associazione sindacale competente».

⁴⁷ *Ivi*, 344. In senso analogo anche GIANNINI, op. cit., 43-44; VALERIO e ALGARDI, op. cit., 123, i quali affermano che: «Con questa disposizione la legge ha voluto impedire sia che, morto l'autore, l'opera sua, la cui pubblicazione può essere desiderabile, tanto per perpetuare la memoria dell'autore quanto per l'utilità del pubblico, dovesse necessariamente restare inedita; sia che, viceversa, questa potesse venire da chiunque pubblicata, violando così un sacro diritto che si riannoda alla personalità dell'autore».

⁴⁸ *Ivi*, 146.

la legge attualmente in vigore, concede all'autore il diritto di ritirare la sua opera dal commercio subordinandolo al rispetto di due condizioni: (i) che venga accertata la potenziale offesa della sua personalità e (ii) che siano risarciti i danni di coloro che hanno acquistato il diritto di trarre profitto dall'opera medesima. Questa duplice condizione è finalizzata al contemperamento dell'interesse dell'autore con quello degli aventi causa, i quali non devono vedere lese le proprie ragioni sulla base di meri capricci e senza alcun compenso economico⁴⁹.

2. La lesione dei diritti morali dell'autore nei casi di utilizzo da parte di artisti contemporanei di opere altrui.

Nell'ambito artistico contemporaneo, alcune correnti si caratterizzano per la pratica di riprendere opere di artisti precedenti e utilizzarle ai fini della creazione di nuove opere d'arte. Questo fenomeno pone diverse questioni rilevanti in merito alla qualificazione giuridica delle nuove opere risultanti da questa pratica. È già stato evidenziato come la difficoltà maggiore riguardi la determinazione della presenza o assenza del carattere creativo nelle forme espressive della seconda opera, tale da differenziarla dalla precedente⁵⁰. Solo qualora da questa operazione si ricavi la sussistenza di una creatività autonoma nell'opera la stessa potrà essere considerata meritevole della tutela del diritto d'autore. Tuttavia, le valutazioni sul piano giuridico in relazione a queste opere possono variare notevolmente, dando luogo a tre differenti scenari di possibile interpretazione da parte del giudice. In particolare, il giudice – in base al caso concreto – può ritenere che l'opera sia qualificabile come opera originale oppure derivata o ancora come plagiaria.

La giurisprudenza italiana, nelle rare pronunce in cui ha affrontato il tema, ha cercato di estendere la tutela giuridica anche a queste espressioni artistiche. Tuttavia, questo sforzo ha comportato una notevole dilatazione della nozione di creatività, al di là dei confini del suo originario ambito di applicazione. Infatti, si è spesso accordata la tutela a opere accusate di plagio basandosi su una concezione della creatività intesa come necessità di una diversità di significato fra le opere confrontate⁵¹. In altri termini, la tutela del diritto d'autore è stata

⁴⁹ *Ivi*, 147-148.

⁵⁰ Si vedano al cap. II i paragrafi 4 e 5.

⁵¹ BUCCIANI, *La Cassazione su plagio artistico e arte informale, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 989-990. L'Autore prende in considerazione l'ordinanza del Tribunale di Milano del 13 luglio 2011 in cui si è ritenuto sussistente lo scarto semantico tra le opere di Baldessari e quelle di Giacometti poiché il significato tra le due sculture era completamente diverso: nelle opere del Giacometti la magrezza delle forme rappresentava le condizioni tragiche del dopoguerra, mentre nelle opere del Baldessari la magrezza rappresentava i rigidi parametri che la moda impone al moderno corpo femminile. Allo stesso modo, l'ordinanza del Tribunale di Venezia del 7 novembre 2015 ha escluso il plagio nell'installazione dell'artista

concessa all'opera di arte contemporanea quando era rinvenibile un messaggio differente rispetto all'opera precedente. In questi casi, pertanto, ciò che si è protetto sono state le idee che si celavano dietro alle opere, le quali però riprendevano, senza dubbio, le forme di altre opere precedenti. Tuttavia, questo risultato può nascondere potenziali contrasti con il rispetto del principio della non tutelabilità delle idee, il quale rappresenta un principio cardine della disciplina del diritto d'autore.

La motivazione alla base di queste pronunce rispondeva alla logica della promozione dello sviluppo culturale ed artistico, ulteriore principio su cui si fonda il diritto d'autore. Tuttavia, è importante riconoscere che la dimensione dell'arte e la dimensione del diritto non sempre sono sovrapponibili e il fatto che determinate opere siano opere d'arte non implica che siano anche opere dell'ingegno proteggibili ai sensi del diritto d'autore.

Alla luce di queste considerazioni, risulta pertinente analizzare la questione concentrandosi, in particolare, sui riflessi che questa situazione genera nell'ambito dei diritti morali d'autore, con un'attenzione specifica al diritto alla paternità e al diritto all'integrità dell'opera.

Per quanto concerne il primo dei diritti menzionati, esso viene in rilievo quando un autore riproduca, in tutto o in parte, un'opera altrui e la presenti come propria. In tale circostanza, si configura una chiara violazione del diritto di paternità dell'autore originario dell'opera⁵². Questa forma di illecito è tradizionalmente inclusa nella categoria del plagio, anche se il legislatore non ne fornisce una definizione esplicita⁵³.

Un caso emblematico di plagio artistico che è utile ricordare è quello realizzato da Pierluigi De Lutti con la sua opera «Oltre la tela» nella quale ha ripreso, in maniera «quasi del tutto sovrapponibile», l'opera «Ciclo '62-BB9» di Emilio Vedova. Tra le due opere, infatti, le somiglianze erano molte, con una identità di posizione dei piani, di uso delle masse cromatiche e delle proporzioni. Le diversità, invece, come le minori dimensioni, apparivano il risultato di semplificazioni dettate da esigenze commerciali. Inoltre, entrambe le opere facevano uso della medesima tecnica, con la ripetizione di moduli stilistici privi di significato artistico diverso. Sulla base di questa analisi, la Cassazione ha confermato la decisione emessa dalla corte territoriale che aveva riconosciuto l'esistenza di un caso di plagio⁵⁴.

Kambalou rispetto alle opere di Sanguinetti, perché nell'installazione l'artista ha trasmesso un messaggio artistico differente, critico e provocatorio.

⁵² ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966, 336.

⁵³ Per un approfondimento sulla definizione di plagio e sulla differenza tra plagio e contraffazione, *ivi*, 197 ss..

⁵⁴ Cfr. Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 986.

La rilevanza di questa sentenza risiede principalmente nel fatto che le opere dell'ingegno confrontate appartenevano entrambe alla corrente dell'arte informale⁵⁵. È dunque evidente che in tali ipotesi, e più in generale con riferimento all'arte contemporanea, il giudizio sul plagio artistico diventa ancora più delicato. Si tratta di controversie in cui si realizza un intricato reticolo di valutazioni estetiche e giuridiche, il che di regola porta il giudice a richiedere l'espletamento di una relazione tecnica ad un consulente, alle cui risultanze egli si allineerà⁵⁶.

Il caso analizzato è interessante anche sotto un ulteriore punto di vista. Tra i motivi di impugnazione, infatti, si legge che il ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione, tra gli altri, degli articoli 20 e 23 l.a.. Questa doglianza derivava dal fatto che l'azione contro il De Lutti non era stata esercitata direttamente dall'autore del quadro che si riteneva plagiato bensì, essendo l'artista scomparso da poco, dalla fondazione Vedova. Sul punto il ricorrente sosteneva che, visto il disposto dell'articolo 23 l.a. il quale «riserva a soggetti tassativamente indicati l'esercizio morale d'autore» e visto che tra tali soggetti non compaiono le fondazioni, ne derivava la mancanza della legittimazione attiva in capo alla fondazione Vedova. Tuttavia, in questo caso, come rilevato dalla corte del merito e confermato dalla Cassazione, la legittimazione attiva della fondazione non risiedeva sull'esercizio del diritto morale d'autore, coerentemente non menzionato dalla stessa, bensì su un autonomo diritto «alla propria immagine», in quanto soggetto preposto a custodire l'opera e a diffonderne la corretta conoscenza. «È noto, infatti, che la persona giuridica e l'ente collettivo in genere ha titolo al risarcimento del danno non patrimoniale qualora l'altrui condotta ne leda i diritti della personalità, [...] quali sono i diritti alla reputazione e all'identità, determinando una diminuzione della considerazione e della stima di cui il soggetto gode nell'ambito sociale ed economico di appartenenza»⁵⁷.

Per quanto concerne il diritto all'integrità dell'opera, invece, nelle fattispecie di plagio esso può venire violato qualora l'opera plagiaria abbia apportato modifiche all'opera plagiata tali da recare pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'autore di quest'ultima⁵⁸.

⁵⁵ BUCCIANI, op. cit., 988. Secondo l'Autore, l'arte cosiddetta informale si è sviluppata in Italia negli anni '50 del secolo scorso in cui prevale nella tela il gesto istintivo e il segno violento, tanto da essere definito dallo storico d'arte Giulio Carlo Argan «fratello minore» di Pollock. Ricordava lo stesso artista: «Chissà che cosa si registra alla fine sulla tela: sgorbi, lava, sesso, impossibilità, sbarre, segni... un territorio imprevedibile che mi cambia in continuazione davanti agli occhi come fosse abitato da un animismo tremendo».

⁵⁶ *Ivi*, 988 e 991.

⁵⁷ Cfr. Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 984-985.

⁵⁸ SERVANI, op. cit., 432 ss. e 463. Nella scheda relativa alla decisione del Tribunale di Venezia, Sezione IP, del 19 ottobre 2009, si riporta il caso di A, autore di gioielli dotati di valore artistico, che si era lamentato delle riproduzioni di qualità inferiore effettuate da B (il quale le aveva esposte in una fiera). Il giudice ha qualificato le opere di B come opere contraffatte che violano il diritto morale di A.

Ciò che determina la violazione del diritto all'integrità, infatti, non è tanto l'ampiezza delle modifiche, quanto la loro incisività nello stravolgere e nell'alterare il significato e il valore dell'opera, in modo tale da recare pregiudizio alla reputazione dell'autore. Inoltre, tale «vulnus all'onore, al prestigio dell'autore ed all'integrità dell'opera non può ricondursi in astratto ma va verificato in concreto»⁵⁹.

In tema di diritti morali d'autore, quindi, abbiamo già avuto modo di rilevare che l'assunto secondo cui nessuna possibilità di modifica dell'opera sarebbe consentita non trova alcun riscontro nel dato normativo. Piuttosto, questo assunto sembra potersi applicare al diritto di utilizzazione economica dell'opera, come contemplato dall'articolo 18 l.a., il quale conferisce all'autore il diritto di impedire qualsiasi modificazione dell'opera. Tuttavia, a differenza del diritto quello morale, il diritto di utilizzazione economica è alienabile ai terzi, che pertanto potranno effettuare le modifiche desiderate, purché sempre rispettando l'onore e la reputazione dell'autore originario⁶⁰.

3. Il problema della durata limitata e della deperibilità delle opere d'arte contemporanea per la garanzia della loro integrità.

Rispetto alle opere di scultura e pittura classica, gran parte della produzione artistica contemporanea ha spesso assunto una dimensione temporale frammentata, caratterizzata da una materialità intermittente, in divenire e non di rado priva dell'impronta della mano dell'artista che ne caratterizzava e conferiva unicità, originalità e autenticità. Queste opere si distinguono per avere una durata di tempo limitata, quella, ad esempio, «dell'esposizione per la quale sono realizzate, oppure si tratta di opere la cui vita è circoscritta nel tempo di esecuzione della performance: realizzazioni destinate ad essere smantellate o smontate e poi, eventualmente, reificate, riattivate o riattualizzate per un ulteriore e successivo evento»⁶¹.

Sempre più spesso gli artisti creano opere in cui la possibilità di danni alla struttura diventa un elemento intrinseco delle opere stesse. Questo fenomeno segna l'emergere di un

⁵⁹ Cfr. Cass. 4 settembre 2013 n. 20227, in *Guida al diritto* 2013, 60. Si veda anche la medesima sentenza, in *Foro it.* 2013, 11, I, 3189, con nota di CASABURI, il quale propone la seguente massima: «[n]on ogni modifica dell'opera dell'ingegno, per quanto estesa, costituisce violazione del diritto morale d'autore all'integrità dell'opera, rilevando a tal fine solo quelle modifiche tanto incisive da stravolgere ed alterare la coerenza narrativa, il significato complessivo ovvero il pregio artistico dell'opera medesima, elementi questi da accertarsi in concreto, così recando pregiudizio alla reputazione dell'autore (la Suprema corte ha pertanto confermato la sentenza di merito che aveva escluso l'illecito in oggetto a fronte dei tagli, pur consistenti, apportati dal produttore ad un'opera filmica televisiva, che però ne avevano lasciata inalterata la struttura e la coerenza del racconto, così come il messaggio sociale che il regista intendeva proporre)».

⁶⁰ Cfr. Cass. 4 settembre 2013 n. 20227, in *Guida al diritto* 2013, 60.

⁶¹ DONATI, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, 163.

nuovo attributo distintivo proprio delle opere d'arte contemporanea, quello della loro durata. Queste opere, definite come effimere o precarie, presentano un'innovazione significativa per questa tipologia di creazioni intellettuali, tradizionalmente caratterizzate da un'aspirazione all'eternità⁶².

Di particolare rilevanza per la garanzia del diritto alla tutela dell'integrità delle opere d'arte contemporanea è la questione relativa all'accettazione da parte degli artisti del rischio di deterioramento delle proprie opere. Infatti, un elemento ricorrente nella contemporaneità si può individuare «nella natura volutamente effimera dei materiali e, quindi, nella funzione peritura e transitoria dell'opera d'arte, nel suo «quoziente autodistruttivo» e nel «pathos della sua dissolvenza», che costituiscono i segni di una svolta radicale rispetto al passato»⁶³.

L'installazione «Sculpture sortier station» di Thomas Hirshhorn racchiude in 10 metri altrettante vetrine, nelle quali rappresenta un inventario, in chiave critica e umoristica, della storia della scultura moderna e contemporanea. L'opera è composta da materiali come legno riciclato, cartone, alluminio, sacchetti di plastica, collages di immagini pubblicitarie e frammenti di testi storici delle avanguardie. Tale opera è lasciata volutamente «all'ingiuria ed usura del tempo e destinata a degradare»⁶⁴.

La deperibilità dell'opera diventa una sua caratteristica peculiare, come testimonia il fatto che l'artista ha imposto all'acquirente della stessa, il Museo G. Pompidou, l'accettazione di tale rischio. Nel contratto di cessione dell'opera sono state specificamente individuate le eventuali sostituzioni che possono essere attuate, differenziandole in base a chi ha diritto a realizzarle: il museo o l'artista. Il fatto che il supporto materiale dell'opera degradi non costituisce una questione problematica nel caso dell'opera di Hirshhorn, è «una qualità intrinseca dell'opera, così concepita dall'artista e così accettata dal museo acquirente»⁶⁵.

Oltre ai casi in cui l'oggetto artistico è deteriorabile e precario, sovente l'opera consiste in installazioni da riattivare realizzate anche con materiali degradabili di uso comune e soggette ad adattamenti espositivi che ne modificano, di volta in volta, la struttura⁶⁶. Prevalentemente per ragioni espositive, ma a volte anche per impulso dell'artista, è

⁶² DONATI, op. cit., 160-161; STERPI, *Restauro dell'arte contemporanea e diritto: ruoli, limiti e conseguenze*, in MUNDICI e RAVA, *Cosa cambia. Teorie e pratiche del restauro nell'arte contemporanea*, Skira, 2013, 167.

⁶³ *Ibidem*, 167.

⁶⁴ DONATI, op. cit., 160.

⁶⁵ *Ivi*, 160-161.

⁶⁶ Si prenda in considerazione, a titolo di esempio, le grandi e complesse installazioni appositamente concepite per determinati eventi espositivi o fieristici. Queste opere sono spesso soggette, per motivi prevalentemente logistici, alla necessità di essere smontate per essere successivamente spostate o persino distrutte interamente per essere poi ricostruite in altra sede e, magari, in un secondo momento.

necessario apportare delle variazioni alle installazioni al momento della loro riattivazione per mano del proprietario o del curatore. A tali fini, la sequenza delle variazioni deve essere concordata con l'artista e da lui consentita o quantomeno prevista. Inoltre, la ricostruzione deve essere adeguatamente documentata e conservata ⁶⁷.

In sostanza, quindi, da questo quadro emerge come «le modalità dell'effimero potranno variare, comprendendo ora un intervento attivo dell'autore, ora procedimenti di autodistruzione (meccanica, chimica), ora semplicemente il ricorso a media fragili, destinati ad un rapido decadimento» ⁶⁸.

Nelle opere di Félix González Torres, l'artista realizza delle creazioni che si compongono di beni destinati al consumo da parte dello spettatore. Possono essere cumuli di cioccolatini o di caramelle oppure di pile di fogli di carta che il pubblico è invitato, rispettivamente, a consumare o ad asportare. Pertanto, la materialità di tali opere è intrinsecamente destinata a dissolversi, riducendosi attraverso l'interazione del pubblico. Tuttavia, per intenzione dell'artista, una volta che l'opera si è conclusa, ossia quando tutte le caramelle sono state tutte consumate o i fogli sono stati rimossi, l'opera può essere riattivata e iniziare così un nuovo ciclo di vita ⁶⁹.

Dalle considerazioni precedenti risulta che l'intenzione e quindi le idee dell'artista nel contesto delle opere d'arte contemporanea abbiano un ruolo di rilievo nel campo dei diritti morali d'autore. Da questo, pertanto, discende la necessità di adottare una prospettiva diversa e più articolata del modo di concepire le modalità attraverso le quali tutelare il diritto dell'artista all'integrità della propria opera ⁷⁰. D'altronde, il campo d'azione dei diritti morali era stato designato pensando ad un autore ideale che si opponesse ad interventi distruttivi sull'opera, in un'epoca in cui il paradigma era quello opposto volto alla conservazione nel tempo dei manufatti ⁷¹.

Gli artisti contemporanei, invece, manifestano l'intenzione opposta, quella di sfidare il principio di conservazione e durabilità, con l'obiettivo di contrastare l'«imbalsamazione» delle opere d'arte. Questa concezione appare chiaramente nelle parole di Gustav Metzger, il quale sostiene che: «The artist does not want to give the work to a society as foul as this one. So, autodestructive art becomes a kind of boycott. The artist refuses to embody his finest

⁶⁷ DONATI, op. cit., 165.

⁶⁸ EADEM, *Il restauro dell'arte contemporanea: la prospettiva del diritto*, in *Centro di dir. Comp. e Transnaz.*, 2012, 5.

⁶⁹ EADEM, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, op. cit., 163.

⁷⁰ *Ivi*, 161.

⁷¹ DONATI, *Il restauro dell'arte contemporanea: la prospettiva del diritto*, op. cit., 15.

values in permanent works, to be bought, enjoyed, and appropriated by the class whom he detest»⁷².

Un esempio di questa sfida è certamente rappresentato dalla cosiddetta Eat Art di Janine Antoni e, in particolare, dall'opera denominata «Gnaw». L'opera era composta da due massicci cubi dal peso di duecentosettanta chili di cioccolato e di lardo, rispettivamente «Chocolate Gnaw» e «Lard Gnaw». L'artista morse questi cubi e utilizzò i resti per creare dei cuoricini di cioccolato e dei rossetti. Un altro esempio è rappresentato dalle opere di Dieter Roth il quale, al fine di compiere una ricerca sul tema della metamorfosi, si avvale di materiali commestibili che, nel corso del tempo, sono divorati da insetti o microorganismi, dando luogo a un processo di trasformazione che costituisce un elemento chiave della sua produzione artistica⁷³.

Se si prende in considerazione l'intenzione di questi artisti di prevedere e accettare, espressamente o implicitamente, il decadimento delle proprie opere, allora, si deve anche affrontare il complesso impatto che questa impostazione ha sul piano del diritto all'integrità dell'opera di cui gode l'autore. Infatti, ammettere questa possibilità dà luogo a interrogativi in relazione alle conseguenze di eventuali interventi di manutenzione o restauro su tali opere. In sostanza, ci si domanda se interventi manutentivi non voluti e non autorizzati dall'artista possano integrare quella «deformazione, mutilazione o altra modificazione» o comunque un «atto a danno dell'opera» a cui egli avrebbe diritto di opporsi affermando la violazione del proprio diritto morale⁷⁴.

Dal punto di vista pratico, se è vero che il tema trova un'assenza pressoché totale di riscontri in ambito giudiziario⁷⁵, è pur vero che questo non indica che il problema non esista. Piuttosto, invece, apre uno spiraglio verso un ulteriore fenomeno che necessita di essere analizzato e approfondito. Si tratta del fatto che, a fronte di una lacuna del diritto, «i protagonisti del rapporto che ruota intorno all'opera, quando mossi da volontà di cooperare, riescono a prevenire conflitti tramite la raccolta, diretta od indiretta, di documenti ed informazioni»⁷⁶.

⁷² *Ivi*, 4.

⁷³ STERPI, op. cit., 167.

⁷⁴ DONATI, op. ult. cit., 9.

⁷⁵ Sebbene la speculare questione del restauro come dovere nei confronti dell'autore e del rispetto del suo diritto alla paternità sia stato affrontato in una sentenza del tribunale di Milano, cfr. Trib. Milano, 20 gennaio 2005, in *Dir. Industriale* 2005, 523: «Il degrado di un'opera dell'arte figurativa, causato dal trascorrere del tempo, può integrare una violazione del diritto morale alla paternità dell'opera, in quanto lesiva della reputazione dell'artista, qualora il proprietario non abbia provveduto al suo restauro». E precedentemente il tema era stato affrontato anche da Trib. Pavia, 22 dicembre 2001, in *Nuova giur. Civ.* 2002, I, 775.

⁷⁶ DONATI, op. ult. cit., 10.

È evidente allora l'affermarsi di un carattere contrattuale per queste tipologie di opere d'arte, «per le quali il contratto viene a costituire lo statuto giuridico dell'opera prevedendone caratteristiche e modalità espositive e conservative o di dismissione»⁷⁷.

4. Il ruolo delle previsioni contrattuali nell'evitare danni all'integrità di opere d'arte contemporanea che necessitano di sostituzioni o modifiche parziali

La garanzia del rispetto dei diritti morali degli autori di opere d'arte contemporanea si caratterizza per una forte componente contrattuale. Attraverso le previsioni contrattuali, l'artista prospetta la disciplina che ritiene adeguata per gestire la natura precaria della propria opera e si assicura che l'acquirente si conformi alla sua volontà. La definizione di un quadro relazionale pattizio, infatti, ha l'obiettivo di «contemperare ed evitare o addirittura prevenire la tensione che dovrebbe o potrebbe crearsi tra artista, interessato a tutelare la propria creazione così come è stata da lui concepita – incluso, il carattere di precarietà dell'opera –, e il proprietario dell'opera, normalmente ed economicamente interessato alla conservazione dell'oggetto collezionato»⁷⁸.

Queste modalità espressive, in cui la forma è legata a una temporalità limitata o a potenziali modifiche e riattivazioni, conducono alla creazione di cosiddette «opere complesse»⁷⁹. Rispetto a tali opere, il diritto d'autore non si limita a proteggere solo la manifestazione concreta dell'attività creativa dell'artista, bensì comprende anche il certificato, cioè le istruzioni fornite dall'artista per la definizione della sua «opera-idea». L'opera complessa assume questa denominazione perché essa non è «percepibile esclusivamente mediante l'osservazione dell'oggetto e mediante la riflessione sulla sua

⁷⁷ EADEM, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, op. cit., 161.

⁷⁸ *Ivi*, 162. Si veda anche EADEM, *Il restauro dell'arte contemporanea: la prospettiva del diritto*, op. cit., 16, la quale afferma che: «ad esempio, già nel caso dell'opera di Liz Magor, “Time and Mrs Tiiber” (1976), una collezione di vasi di alimenti conservati, posti su scaffali di legno, mostrate nell'atto di deteriorarsi, la chiara intenzione dell'artista era che le opere potessero essere mostrate sino al momento della decomposizione finale, per poi essere “dequalificate” quali creazioni artistiche, ed eliminate dalla collezione museale. Il compromesso raggiunto fra i curatori della National Gallery di Ottawa e l'artista condusse alla ricollocazione dell'opera, ormai “morta” per l'artista, nella collezione di studio e ricerca del medesimo Museo».

⁷⁹ EADEM, *“Art as Idea as Idea”. Diritto e creazione artistica contemporanea*, in BARSOTTI, *Arte e diritto*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, 23. Secondo l'Autore, nella qualificazione proposta da Nelson Goodman si tratterebbe, invece, di «opere allografe», distinte dalle «opere autografe». In queste ultime l'esecuzione si esaurisce in un'unica fase. Per quanto riguarda le «opere allografe» invece si debbono distinguere una fase di esecuzione e una fase di implementazione. Quando l'opera allografa vuole conservare l'autenticità anche nella fase di implementazione e dunque di riattivazione ha bisogno della presenza dell'artista, soggetto unico a ciò legittimato, o di una specifica delega. La delega avviene attraverso il contratto o il certificato di autenticità.

compiutezza formale», si tratta di un'opera che per essere definita e delineata ha bisogno di una «ricostruzione per documenti ed istruzioni dell'intenzione dell'artista»⁸⁰.

Verrebbe da pensare alle istruzioni per l'uso che comunemente accompagnano la vendita di qualsiasi bene e che rispondono all'ottica del diritto all'informazione del cittadino consumatore da decenni protetto da norme sia in Europa sia negli Stati Uniti. Tuttavia, mentre le istruzioni del consumatore sono volte prevalentemente a limitare la responsabilità del produttore venditore in caso di danni derivanti dalla loro mancata osservanza, le istruzioni dell'artista integrano «una assunzione negoziale di obblighi di adempimento duraturi nel tempo a carico del proprietario dell'opera stessa, con una permanenza di tali obblighi idonei ad integrare, seppure nella problematicità della qualificazione, l'ipotesi del tipo di contratto ad esecuzione continuata»⁸¹.

Attraverso la configurazione di queste istruzioni nel certificato dell'opera, l'artista esprime le sue idee e tale documento, pertanto, acquista il ruolo di portatore dell'aura dell'opera, «perché il documento entra a far parte del processo di produzione dell'opera stessa e ne costituisce elemento essenziale». Si tratta di una conseguenza che si lega a doppio filo con la perdita di aura della singola opera considerata nella sua dimensione formale e questo vale tanto per le opere concettuali, quanto per le opere effimere e le installazioni da riattivare. «A seguito della facile riproducibilità dell'opera concettuale l'artista, affinché l'opera permanga in concreto auratica e irripetibile, si industria di instaurare per ogni creazione una individuale relazione documentale e negoziale con il collezionista acquirente, relazione che entra a far parte dell'opera in quanto unica garante della sua unicità e autenticità: l'aura dell'opera si sposta nella documentazione dell'esclusiva e personalizzata relazione tra artista e collezionista»⁸².

Riconsiderando l'approccio di Félix González Torres, le sue opere non si materializzano direttamente nell'oggetto fisico, bensì nel certificato che le accompagna. All'interno di questo documento, l'artista fornisce le istruzioni per la realizzazione materiale dell'opera stessa, a cura e per atto dell'utente. Nel processo di cessione, l'acquirente non diventa proprietario dell'installazione materiale, dei singoli fogli di carta o dei cioccolatini

⁸⁰ EADEM, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, op. cit., 162.

⁸¹ *Ivi*, 165, in cui l'Autrice afferma che tra i possibili effetti giuridici conseguenti alla qualificazione del contratto nel tipo dei contratti ad esecuzione continuata potrebbe essere sollevata la «domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467 c.c., quando l'obbligo di conservazione da parte del proprietario comporti l'uso di materiali divenuti praticamente inaccessibili per il variare dei prezzi del mercato per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, sempreché tale clausola non sia esclusa dal contratto di cessione e l'oneroso bisogno di conservazione assunto incondizionatamente dal collezionista».

⁸² EADEM, *"Art as Idea as Idea". Diritto e creazione artistica contemporanea*, op. cit., 23-24.

rimanenti, ma gli viene trasferito il documento di istruzioni. Una volta acquistato questo documento, il proprietario ha la possibilità di realizzare l'opera di Gonzàalez Torres un numero specifico di volte e nei luoghi autorizzati ed indicati dall'artista. Nell'ottica di preservare l'unicità dell'opera d'arte, l'acquirente potrà realizzare un solo esemplare per volta, che non potrà essere rimosso dal luogo designato fino a quando la forma artistica non si sarà completamente esaurita ⁸³.

Il certificato instaura una relazione negoziale esclusiva tra l'artista e l'acquirente. La natura personale di questo rapporto, che si riflette giuridicamente nella nominatività del titolo non trasferibile, implica che, in caso di successiva cessione dell'opera, sia necessario annullare l'originario certificato di autenticità per predisporne uno nuovo destinato al nuovo proprietario.

È per tutti questi motivi che è possibile affermare che l'arte contemporanea abbia assunto una marcata connotazione contrattualistica o, più genericamente, negoziale. La definizione dell'oggetto-opera si basa su una serie di scambi di consenso tra l'artista e il proprietario dell'opera, stabiliti ed accettati con l'atto di acquisto. Questi accordi possono avere ad oggetto continue trasformazioni, aggiustamenti e varianti dell'opera stessa e delle sue riattivazioni ⁸⁴.

In altri termini, questo fenomeno conduce spesso all'instaurarsi di una relazione particolare tra l'artista e la sua creazione, alla quale questi rimane legato e collegato seguendone le successive riattivazioni e modifiche. Tale connessione si estende anche al rapporto tra artista e collezionista, che permane nel tempo e si protrae oltre al momento della stipulazione del contratto e del trasferimento consensuale del bene o al suo venir in essere ⁸⁵.

In un contesto artistico in cui l'oggetto-opera è sempre meno definitivo, anche a seguito della cessione dell'opera da parte dell'artista continua a sopravvivere la necessità del suo intervento. Installazioni, opere realizzate con materiali che si degradano rapidamente, opere in continuo divenire chiamano l'artista ad un ricorrente intervento del suo momento creativo. Il mutamento della sostanza dell'opera determina pertanto una modifica anche della relazione e della connotazione del rapporto giuridico tra artista e proprietario dell'opera. In questi casi sembra che il diritto reale di proprietà attenui la sua caratteristica di absolutezza

⁸³ EADEM, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, op. cit., 163-164.

⁸⁴ *Ivi*, 164.

⁸⁵ EADEM, "Art as Idea as Idea". *Diritto e creazione artistica contemporanea*, op. cit., 25, in cui l'Autrice definisce il rapporto tra artista e collezionista affermando che: *The Artist is Present*, riprendendo il titolo dell'omonima opera di Marina Abramovich realizzata al MoMa nel 2010.

e che quindi si esca dalla tipologia dei contratti caratterizzati da efficacia reale per attingere alla natura dei contratti con aspetti di esecuzione differita.

In questo nuovo e complesso sistema di creazione delle opere d'arte, molto della loro tutela è lasciato da costruire all'autonomia delle parti, caso per caso. E molto è lasciato all'attivazione dell'artista stesso e al ricorso da parte sua a strumenti che ne sanciscano l'intento vincolante di salvaguardia dell'opera, primo tra tutti il contratto. «Il contratto scritto, e quindi fruibile quale efficace se non definitivo mezzo di prova, diviene peraltro, nel caso delle nuove pratiche dell'arte contemporanea, anche veicolo di condivisione di informazione e responsabilità»⁸⁶.

D'altronde, il diritto d'autore non riconosce un diritto al rispetto assoluto dell'integrità dell'opera, ma piuttosto il diritto al rispetto dell'onore e della reputazione dell'artista quando essi possano essere pregiudicati dalle «deformazioni, mutilazioni, altre modificazioni o ogni atto a danno dell'opera stessa», così come sancito all'articolo 20 l.a.. Rimane quindi un ampio spazio affidato alla libera determinazione delle parti e di loro responsabilità.

Questo principio normativo è ampiamente riconosciuto nell'ambito della cultura e della tradizione europea continentale. Al contrario, invece, altri sistemi giuridici, come quello canadese e quello statunitense, escludono la tutelabilità dell'integrità dell'opera in relazione a interventi di conservazione e restauro o modifiche apportate all'opera durante le fasi di allestimento ed esposizione. È fatto salvo, comunque, il caso di mala fede o di *gross negligence* imputabili all'esecutore. La legislazione statunitense⁸⁷, in particolare, stabilisce che le modifiche causate «of the passage of time or the inherent nature of the materials» non costituiscono «a distortion, mutilation, or other modification»⁸⁸.

⁸⁶ EADEM, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, op. cit., 169. Si veda anche quanto la stessa ha affermato in EADEM, “*Art as Idea as Idea*”. *Diritto e creazione artistica contemporanea*, op. cit., 24, in particolare: «non più *scripta* come narrazione storico-culturale dell'opera – *peregrina* – come nel caso di opere d'arte oggettivamente definitive, alla comprensione del cui messaggio concorre anche l'interpretazione dello storico e del curatore, ma documentazione dell'ideazione – intenzione dell'artista e del suo atto creativo, e quindi opera sistematicamente accompagnata da un suo manifesto – *ergon* – parte integrante dell'opera stessa e della sua identità».

⁸⁷ EADEM, *Il restauro dell'arte contemporanea: la prospettiva del diritto*, op. cit., 12. L'Autrice riporta che il Visual Artists Rights Act (VARA), legge federale adottata nel 1990 per attuare gli impegni assunti con l'adesione (1989) alla Convenzione di Berna, pone esplicitamente, al par. 106A (c)(2), una eccezione di rilievo ai diritti dell'autore: «The modification of a work of visual art which is the result of conservation, or of the public presentation, including lighting and placement, of the work is not a destruction, distortion, mutilation, or other modification described in subsection (a)(3) unless the modification is caused by gross negligence».

⁸⁸ EADEM, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, op. cit., 170.

5. Il restauro come intervento sui diritti morali dell'artista.

Il rispetto dei diritti morali dell'artista solleva ulteriori questioni di rilievo legate al restauro, alla conservazione e alla manutenzione delle opere d'arte ⁸⁹. Infatti, il mantenimento delle opere d'arte contemporanea presenta problematicità più spiccate rispetto alle opere appartenenti a epoche passate. Questo perché molti artisti impiegano, spesso deliberatamente, materiali facilmente deteriorabili e poco adatti a una conservazione a lungo termine ⁹⁰.

In questa dinamica emerge una tensione fra l'intenzione dell'autore dell'opera e il mandato di conservazione delle istituzioni museali o dei collezionisti privati. Questo contrasto deriva dal fatto che le fondamenta teoriche dell'approccio al restauro sono solidamente ancorate all'idea di conservazione del manufatto ⁹¹. L'intero percorso metodologico relativo alla conservazione e al restauro è stato tradizionalmente orientato verso il «rispetto dell'opera», in una sorta di «ossessione per l'originale» ⁹².

Appare evidente come tale approccio si scontri con un'arte contemporanea di natura concettuale, spesso caratterizzata da una materialità intermittente, da riattivare e modificare. Infatti, in presenza di opere che prevedono un costante rifacimento del loro mezzo espressivo, come è possibile pensare di restaurare tali opere seguendo una teoria che enfatizza la necessità di preservare l'originale?

La problematica in questione pone nuovi e diversi limiti in ordine ai possibili interventi di restauro. Questi limiti possono essere delineati prendendo in considerazione due concetti fondamentali ma spesso confliggenti: da un lato, la necessità di rispettare la volontà e l'intenzione dell'artista e, dall'altro, la necessità di rispettare gli interessi del proprietario dell'opera.

⁸⁹ Per un approfondimento sulla metodologia del restauro nell'ambito della museologia si veda EADEM, *Il restauro dell'arte contemporanea: la prospettiva del diritto*, op. cit., 3 ss..

⁹⁰ *Ivi*, 3. In senso analogo, si veda anche STERPI, op. cit., 168; BRAMBILLA BARCILON, *Le tecniche di Lucio Fontana nelle loro alterazioni e i problemi di restauro*, in MUNDICI e RAVA, *Cosa cambia. Teorie e pratiche del restauro nell'arte contemporanea*, Skira, 2013, 53, qui l'autrice sottolinea dal punto di vista del restauratore che: «Notevole è il divario di soluzioni esistente tra i problemi di conservazione dell'arte tradizionale, basata su una tecnica che rifuggiva il concetto di effimero, e quelli di certi linguaggi del nostro tempo. L'ottica del restauratore deve quindi modificarsi profondamente, poiché diverso è appunto il tempo di "durata" richiesto dall'artista alla sua opera».

⁹¹ DONATI, op. ult. cit., 5. L'autrice riporta che, in Italia, la teoria e la metodologia del restauro sono elaborate da Brandi già negli anni '40 del secolo scorso e sintetizzate nella definizione di restauro come «momento metodologico del riconoscimento dell'opera d'arte, nella sua consistenza fisica e nella sua duplice polarità estetica e storica, in vista della sua trasmissione al futuro». L'egemonia della posizione di Brandi, del tutto coerente con l'approccio del diritto classico, era centrata su un presupposto, l'unità di metodologia, secondo il quale i principi teorici del restauro devono valere universalmente per tutte le discipline artistiche. la scuola di Brandi ha ritardato «la possibilità di riconoscere anche all'arte contemporanea una propria identità conservativa».

⁹² *Ivi*, 4 ss..

Il diritto all'integrità dell'opera garantito all'autore, per come è stato concepito e applicato, non offre una soluzione esplicita al problema della tutela in caso di intervento di conservazione o restauro dell'opera che ne modifichino il significato. Tale diritto offre, piuttosto, di una tutela indiretta, che passa attraverso il riconoscimento dell'esistenza di un pregiudizio all'onore e alla reputazione dell'artista, il quale può sì derivare da un intervento conservativo o da un restauro ma che rimane ancorato alla necessità di una lesione specificamente riferita all'onore e alla reputazione ⁹³.

Chiaramente questo non risolve i casi in cui l'artista abbia espressamente o implicitamente previsto il decadimento della propria opera o il deterioramento della materia che la compone. In particolare, non risolve l'interrogativo legato alla qualificazione delle azioni volte a contrastare il deperimento o la distruzione dell'opera. Non si può stabilire in via generale che quelle attività integrino una opposizione all'atto creativo e all'intenzione dell'artista tale da rappresentare una «deformazione, mutilazione o altra modificazione» o comunque un «atto a danno dell'opera» a cui l'artista ha diritto di opporsi affermando la violazione del proprio diritto morale, perché comunque è necessario che ciò si accompagni alla verifica dell'esistenza di un pregiudizio all'onore e alla reputazione ⁹⁴.

Dato che il quadro normativo non fornisce una risposta definitiva e mancano orientamenti giurisprudenziali specifici sulla questione, la prevenzione dei conflitti si basa su un approccio caso per caso ⁹⁵, che necessita della stretta cooperazione tra conservatori e artisti. Tenendo anche in considerazione il fatto che la legge prevede che quando l'autore «abbia conosciute ed accettate le modificazioni della propria opera non è più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione» ⁹⁶.

Pertanto, al fine di evitare controversie, sarebbe sempre opportuno coinvolgere l'artista o i suoi aventi causa in ogni eventuale operazione di restauro o, se possibile, ottenere, fin dal momento dell'acquisto dell'opera istruzioni dall'artista quanto alle modalità di restauro, ai materiali da utilizzare, alla eventuale sostituibilità di determinate parti con parti più moderne, nel caso quelle da sostituire non siano più in produzione. Sotto quest'ultimo aspetto, va evidenziato che le opere d'arte contemporanea sono spesso costituite

⁹³ STERPI, op. cit., 170. L'Autore riferisce che, parte della dottrina è favorevole a un'interpretazione estensiva anche alle opere non architettoniche dell'art. 20, comma 2, l.a., e ritiene che il proprietario sia legittimato a eseguire quelle modifiche che siano, però, necessarie per evitare il decadimento dell'opera.

⁹⁴ DONATI, op. ult. cit., 7 ss..

⁹⁵ BRAMBILLA BARCILON, op. cit., 53. Ove l'Autrice riporta che anche l'intervento del restauratore, vista la struttura delle opere, non può seguire principi teorici, ma deve risolvere i problemi caso per caso. L'operatore, a tal fine, deve pertanto individuare con esattezza le tecniche e i processi messi in atto dal pittore.

⁹⁶ STERPI, op. cit., 170, tale affermazione viene fatta dall'Autore prendendo in considerazione la disposizione dell'articolo 22, comma 2, l.a..

dall'assemblaggio di materiali industriali o di uso comune (come neon fluorescenti ⁹⁷ o pagliette di ferro ⁹⁸) che però, al momento del loro restauro, potrebbero non essere più sul mercato o non costituire più oggetti di uso comune e ciò potrebbe essere fonte di problemi legati alla modificazione dell'originario messaggio artistico.

Per evitare i possibili (e probabili) conflitti tra il proprietario e l'artista, nei paesi di common law, qualora si stipuli un contratto di compravendita o di prestito dell'opera, è solitamente inserita una clausola che disciplina l'eventualità del restauro ⁹⁹. Si prevede, in sostanza, un obbligo per il titolare dell'opera di consultare l'artista prima di ogni restauro, concedendo una sorta di prelazione all'artista nell'effettuare l'attività conservativa. Altri accordi, invece, prevedono in dettaglio chi debba effettuare il restauro e con quali modalità ¹⁰⁰.

Ad ogni modo, anche nel nostro sistema giuridico, i rapporti intercorsi negli ultimi decenni fra i gestori delle opere e gli artisti creatori di opere d'arte contemporanea hanno condotto al raggiungimento di notevoli risultati. La «cultura della comunicazione» si è radicata attraverso l'adozione di buone pratiche condivise dai più importanti curatori di musei (e, in misura minore, dai collezionisti) ¹⁰¹. Questo ha portato ad assicurare una significativa distanza dagli interventi grossolani sull'opera deperibile, quale, ad esempio,

⁹⁷ *Ivi*, 168. L'Autore si riferisce alle opere di Dan Flavin esposte a New York presso il Solomon R. Guggenheim Museum. Queste opere sono composte, appunto, da neon fluorescenti degli anni Sessanta, alcuni dei quali presentano colori e modelli ormai fuori produzione. Ci si è quindi chiesti se sia possibile sostituire tali lampade con modelli attuali o se invece si dovessero utilizzare delle riproduzioni di lampade dell'epoca. Entrambe le alternative, tuttavia, presentano delle problematiche: nel primo caso si modificherebbe il *corpus mechanicum* dell'opera, rendendolo differente rispetto a quello voluto dall'autore, ma anche nel secondo caso, si verrebbe comunque a influenzare il corpus misticum, poiché l'artista aveva scelto tali lampade proprio perché all'epoca costituivano oggetti di uso comune. Con riferimento al proprio lavoro, Dan Flavin affermava che: «One has no choice but to accept the fact of temporary art. Permanence just defies everything».

⁹⁸ *Ibidem*. L'Autore fa riferimento ad alcune opere di Pino Pascali tra cui «Liane», «Trappola chiusa» e «Ponte», realizzate con pagliette di ferro. In questo caso l'intervento di restauro ha previsto la sostituzione delle pagliette deteriorate con delle copie. Questo perché il restauro delle pagliette originali avrebbe alterato la povertà del materiale originale e, quindi, l'intenzione dell'artista. Problematiche simili riguardano anche le opere d'arte appartenenti alla cosiddetta Media Art, poiché anche in questo caso la tecnologia cambia velocemente e rapidamente escono dal mercato i macchinari in grado di leggere determinati supporti..

⁹⁹ *Ivi*, 173. L'Autore riporta a titolo di esempio la seguente formulazione: «If the Work is damaged, purchaser will consult Artist before any restoration and must give Artist first opportunity to restore it, if practicable».

¹⁰⁰ *Ivi*, 172. A titolo di esempio, l'Autore ricorda il contratto stipulato fra gli artisti Claes Oldenburg e Coosje van Bruggen e il Comune di Milano in relazione alla scultura «Ago, filo e nodo».

¹⁰¹ PUGLIESE e FERRIANI, *Arte contemporanea, conservazione e mercato*, in MUNDICI e RAVA, *Cosa cambia. Teorie e pratiche del restauro nell'arte contemporanea*, Skira, 2013, 157. Secondo gli Autori, «I problemi conservativi dell'arte contemporanea sono affrontati in ambito museale in modo ormai sostanzialmente organico, attraverso metodologie e prassi condivise quali le interviste agli artisti, la conservazione preventiva e l'approccio multidisciplinare nei confronti dell'intervento di restauro. Nel mercato invece la conservazione è priva di regole tanto per l'artista quanto per il collezionista ed entrambi non sono protetti dalle controversie che possono derivare da questa ambigua situazione. mentre infatti l'artista non ha garanzia che una sua opera posseduta in collezione privata sia conservata in modo corretto, il collezionista che compra opere a rischio dal punto di vista conservativo non ha garanzie in merito a ciò che compra e a come si debba intervenire in caso di necessità».

l'episodio che alla fine degli anni Settanta del secolo scorso aveva coinvolto lo Stedelijk Museum di Amsterdam in relazione a un'opera di Beuys ¹⁰².

Tuttavia, la complessità del rapporto fra artista, opere e museo/collezionista richiede un approccio condiviso tramite la promozione a livello normativo di un certificato per il restauro e la documentazione dell'identità dell'opera. Infatti, non è pensabile che tutte le possibili tensioni possano essere ricondotte alla presunzione di una comunicazione cooperativa fra artista e proprietari dell'opera. Il momento è maturo perché vengano esplicitate delle linee guida nelle quali sia affrontato in modo dettagliato e seguendo uno schema-tipo il ruolo della documentazione, in modo da garantire un'adozione generalizzata di queste prassi da parte dei musei e non lasciarla più alla casualità della presenza di direttori particolarmente sensibili alla questione ¹⁰³.

In conclusione di questo paragrafo è possibile affermare che al principio deontologico di salvataggio dell'opera si sostituisce sempre più spesso l'accettazione del rischio del deperimento e degrado quale elementi costitutivi dell'opera. Di conseguenza, è emersa la rilevanza del criterio soggettivo dell'artista nella valutazione del danno all'integrità dell'opera e ciò ha ripercussioni anche sulla valutazione della necessità e delle modalità degli interventi di restauro. Per far fronte a questo nuovo paradigma, spesso nei contratti di cessione delle opere si prevede quando e come sia richiesto l'intervento dell'artista in caso sia necessario procedere ad un restauro dell'opera. L'obiettivo di queste disposizioni contrattuali è quello di evitare conflitti e di ridurre la possibilità di disconoscimento dell'opera da parte del suo autore ¹⁰⁴.

¹⁰² Si tratta di un noto esempio riportato da DONATI, op. ult. cit., 10. La situazione riguardava l'opera «Fettecke in Kartonschachtel» (1963) di Joseph Beuys. L'opera consisteva in una scatola di cartone con un angolo riempito di feltro, coperto da uno strato di grasso animale, ma nel corso del tempo, a causa del processo di decomposizione e scioglimento del grasso, aveva subito un deterioramento significativo. Nel 1977, il Stedelijk Museum di Amsterdam, proprietario dell'opera, decise di intraprendere un intervento di restauro, senza però consultare l'artista né condurre analisi approfondite sulla natura del grasso. Il processo comportò la sostituzione del grasso animale con una miscela di starina, olio di semi lino e cera, assai meno soggetta a deterioramento. In qualche modo, l'aspetto dell'opera fu conservato ma lo stesso non può dirsi in relazione al suo significato che è stato irrimediabilmente alterato. Soprattutto considerando il valore simbolico del grasso animale nell'opera di Beuys e l'apprezzamento dell'artista per i processi di degrado fisico e trasformazione delle proprie opere. Questo, infatti, a distanza di alcuni decenni, ha portato il museo stesso a dichiarare il proprio pentimento per l'intervento.

¹⁰³ *Ivi*, 10 e 17.

¹⁰⁴ EADEM, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, op. cit., 175.

6. Il disconoscimento di un'opera quale esercizio del diritto alla non paternità di un falso e altri casi d'uso dell'istituto del disconoscimento

Il disconoscimento di cui si parla in chiusura del paragrafo precedente fa riferimento ad una tipologia di disconoscimento caratterizzato da una valenza sanzionatoria, connessa all'inadempimento delle istruzioni prescritte dall'artista nel contratto di cessione. Tuttavia, nell'attuale contesto del mercato dell'arte contemporanea, l'azione di disconoscimento assume ulteriori e diversi significati ¹⁰⁵.

In primo luogo, il disconoscimento può assumere la valenza del diritto dell'autore alla «non paternità» di un'opera falsa. Tale diritto non è esplicitamente contemplato nel quadro normativo della legge sul diritto d'autore. Non è presente, infatti, una norma ad hoc che preveda la possibilità per l'autore di inibire l'attribuzione del proprio nome a opere delle quali non sia il creatore. Nonostante questa lacuna legislativa, in dottrina si registra un lungo dibattito sul fondamento giuridico dell'azione di disconoscimento per falsa attribuzione di paternità. Il dibattito si divide in due correnti interpretative a seconda che si ritenga possibile o meno ricondurre l'azione in questione all'interno dell'articolo 20 l.a.. In Italia, la dottrina maggioritaria è contraria a questa interpretazione estensiva del diritto morale di paternità, in quanto ritiene che la norma presupponga un legame con un'opera effettivamente creata dall'autore. Secondo questa dottrina, piuttosto, l'ipotesi di falsa attribuzione della paternità all'autore sarebbe ascrivibile alla lesione del suo più generale diritto all'identità personale e in particolare del diritto al nome ¹⁰⁶. Altra parte della dottrina, invece, ritiene possibile e corretto interpretare l'articolo 20 l.a. in maniera estensiva e così ricomprendere al suo interno anche il diritto alla non paternità di un'opera falsa. Tuttavia, come accennato, l'opinione prevalente è quella che ritiene l'azione di disconoscimento della paternità quale esercizio di un generale diritto al proprio nome, nell'ambito più ampio dei diritti della personalità ¹⁰⁷.

Ad ogni modo, non è questo il significato del termine disconoscimento su cui è più interessante porre l'attenzione, piuttosto rilevano due sue ulteriori e differenti valenze, rispetto alle quali esso assume un valore sanzionatorio. Alla luce della prima, il disconoscimento viene inteso quale sanzione per l'inadempimento delle istruzioni prescritte dall'artista nel contratto di cessione dell'opera in merito alla riattivazione, all'esposizione o

¹⁰⁵ *Ivi.*, 171.

¹⁰⁶ FABIANI, *Disconoscimento di paternità intellettuale e tutela della personalità*, in *IDA*, 1968, 131.

¹⁰⁷ DONATI, op. ult. cit., 171-172. L'Autrice segnala che in Gran Bretagna e negli Stati Uniti questa problematica è stata risolta direttamente dal legislatore, rispettivamente agli articoli 84 del Copyrights, Designs and Patents Act 1988 e § 106 del VARA. La tutela contro «false attribution of work» è qualificata come diritto attinente alla sfera della generale tutela del diritto morale dell'autore. In particolare, l'articolo 84 inglese riconosce all'artista il diritto a non vedersi «attributed to him as author» un'opera di cui non sia autore.

alla circolazione della stessa. Alla luce della seconda, il disconoscimento è inteso come sanzione per la lesione dell'integrità dell'opera causata da modifiche o danni alla struttura della stessa. La peculiarità di entrambe queste interpretazioni risiede nel fatto che l'oggetto del disconoscimento è un'opera effettivamente realizzata dall'artista, il quale però, per diverse motivazioni, non la riconosce più come appartenente alla sua produzione artistica ¹⁰⁸.

Nel primo caso, pertanto, il disconoscimento dell'opera realizza una conseguenza patologica del rapporto tra artista e proprietario instauratosi a seguito della stipula del contratto di cessione dell'opera. Il disconoscimento dell'autenticità dell'opera e quindi il suo venir meno concettuale, in tali casi, è clausola negoziale che sanziona l'inadempimento per il mancato rispetto delle indicazioni fornite dall'artista nel documento e, dunque, delle prescritte modalità di circolazione o di riattivazione. Queste opere, soprattutto quelle da riattivare, sono soggette a controlli continui da parte dell'artista e la loro autenticità sconta continuamente il rischio di disconoscimento per mancanza di conformità dell'oggetto realizzato rispetto alle indicazioni fornite inizialmente dallo stesso artista.

In assenza di specifiche previsioni normative o linee guida generalmente condivise, le previsioni contrattuali sono affidate alle scelte dell'autonomia negoziale delle parti. Tuttavia, alcuni modelli contrattuali diffusi possono essere presi come riferimento. Questi modelli prevedono diversi obblighi che il collezionista assume in sede di acquisto dell'opera e dal cui inadempimento discende il disconoscimento della stessa. Un esempio è il modello di contratto proposto da Seth Siegelau che è stato adottato da Hans Haacke in tutte le sue transazioni ¹⁰⁹. Un altro modello è quello predisposto dall'avvocato americano Jerald Ordovery per Leo Castelli, nel quale venivano affrontati in modo specifico i problemi inerenti la vendita di opere concettuali. Rilevante è anche l'esempio francese dell'«Avertissement», adottato da Daniel Buren per la cessione delle sue opere e nel quale si prevedeva che solo il rispetto integrale di tutte le condizioni richieste assicurava il permanere dell'autenticità dell'opera ¹¹⁰.

Nel secondo caso, invece, la dichiarazione di disconoscimento dell'opera è conseguenza di una lesione all'integrità dell'opera, la quale non deriva necessariamente dal

¹⁰⁸ *Ivi*, 172.

¹⁰⁹ PUGLIESE e FERRIANI, op. cit., 157. Gli autori riportano che: «nel 1971 Seth Siegelau propose e pubblico nel catalogo di Documenta V (1972) l'adozione di un contratto di vendita che proteggesse l'artista negli ambiti che possono portare a conflitti quali: "il diritto dell'artista al possesso, alla non distruzione (danno, alterazione, modifica, cambio), riparazioni, perdite e conseguenti riproduzioni"».

¹¹⁰ DONATI, op. ult. cit., 173, nota 21. L'Autrice riporta quanto previsto alla lettera f) dell'Avertissement: «tout manquement aux clauses du present avertissement entraine immédiatement et automatiquement l'interdiction absolue d'attribuer l'oeuvre qui y est décrite à Daniel Buren».

mancato rispetto di previsioni contrattuali. Come più volte notato, la precarietà e il carattere effimero di molte delle opere artistiche contemporanee portano l'artista a esercitare un controllo quasi ossessivo sull'integrità della propria opera, la cui lesione può portare proprio a un disconoscimento della stessa. Paradigmatici i casi che vedono protagonista l'artista Cady Noland il quale ha fatto spesso ricorso alla dichiarazione di disconoscimento delle proprie opere: così per l'opera «Cowboys Milking», a parere dell'artista modificata e danneggiata da un restauro, con pretesa nei confronti della casa d'aste Sotheby's di ritirarlo dalla vendita all'asta. L'artista sosteneva che i suoi «honor and reputation would be prejudiced if the work were offered for sale with her name associated with it»¹¹¹. Allo stesso modo, per il «Log Cabin», l'artista disconosce l'opera perché restaurata senza il suo preventivo parere e consenso.

Infine, l'azione di disconoscimento può assumere una valenza quasi unicamente concettuale alla quale l'artista ricorre per escludere opere da lui create che però non ritiene più riferibili alla sua creatività a prescindere da danni causati da terzi. Si tratta di mere dichiarazioni di disconoscimento che possono avere rilevanti conseguenze nel mercato. È quanto successo, ad esempio, alle opere di Gerard Richter quando nel 2015 l'artista decise di non inserire nel proprio catalogo ragionato le opere da lui realizzate nel periodo iniziale della sua attività¹¹². Talvolta poi questa valutazione discrezionale viene tenuta in considerazione anche a livello contrattuale attraverso la predisposizione di clausole, qualificabili come risolutive espresse o come condizioni risolutive o presupposti di recesso, che prescindono dall'accertamento oggettivo di danni o modifiche non autorizzate.

In merito a quest'ultima azione, è utile fare un paragone con il contenuto degli articoli 142 e 143 l.a.. Essi disciplinano il diritto dell'autore di ritirare la propria opera dal commercio. Tuttavia, per il loro utilizzo la legge prevede il rispetto di due condizioni: (i) che

¹¹¹ *Ivi*, 173-174. L'Autrice riporta che a ciò seguì una controversia tra la casa d'aste e la Marc Jancou Contemporary Gallery, proprietaria dell'opera, che chiedeva il risarcimento per il danno subito dal ritiro dal commercio dell'opera. La galleria sosteneva, forte anche della dichiarazione del restauratore, che l'opera fosse in ottime condizioni. Va comunque detto che il contratto tra la galleria e la casa d'aste conteneva la clausola che riconosceva alla casa d'aste la facoltà, immotivata, di ritirare l'opera dal commercio in ogni momento. È significativo che la Corte d'appello di New York prescinda comunque dall'accertamento dell'effettivo danno all'integrità dell'opera, non chieda all'artista di provare la lesione del proprio onore e reputazione, ma consideri la dichiarazione dell'artista di disconoscimento dell'opera sufficiente a giustificare il ritiro dal commercio. Questo dato mette in luce la crescente considerazione per la valutazione soggettiva del danno da parte dell'artista propria anche delle corti.

¹¹² *Ivi*, 175. L'Autrice qui riporta che, nel luglio 2015, infatti, Gerard Richter, le cui opere hanno quotazioni altissime, annuncia che non inserirà nel proprio catalogo ragionato opere da lui realizzate tra il 1962 e il 1968, periodo iniziale della sua attività, trascorso nell'allora Germania dell'ovest, durante il quale sperimenta una pittura figurativa realistica, modalità espressiva che poi abbandona e contesta radicalmente. Le ricadute di questo gesto si sono riflesse sul valore di tali opere nel mercato.

venga accertata la potenziale offesa della personalità dell'autore e (ii) che siano risarciti i danni di coloro che hanno acquistato il diritto di trarre profitto dall'opera. All'opposto, invece, l'atto di cui si è discusso sopra, per come delineata, può essere realizzato a prescindere da qualsiasi requisito e pertanto si ritaglia un suo spazio autonomo all'interno delle potenziali fattispecie concrete.

7. Il ruolo dell'Archivio d'Artista per la corretta conservazione delle opere d'arte contemporanea e il certificato di autenticità dell'opera nel mercato.

In questo contesto, caratterizzato dalla necessità di cooperazione tra artista e proprietario e dalla centralità dei contratti in cui si disciplinano le modalità di conservazione, di esposizione e di restauro dell'opera e dove l'inadempimento viene sanzionato con il disconoscimento dell'opera, assume un ruolo centrale l'Archivio d'Artista.

Infatti, dalla fine degli anni Sessanta, in concomitanza con l'inizio della tendenza artistica alla dematerializzazione dell'opera, l'Archivio d'Artista assume una nuova dimensione: non più ente specificamente preposto alla conservazione del passato, ma imprescindibile soggetto di riferimento anche per il presente, per la determinazione della consistenza e della riferibilità della creazione ¹¹³. Accanto all'idea di Archivio come «guardiano passivo di un'eredità», comincia a imporsi l'idea di un Archivio quale «agente attivo che dà forma all'identità personale e alla memoria sociale e culturale» ¹¹⁴.

Il nuovo ampio ventaglio di possibilità creative che si è aperto con lo sgretolamento e la dematerializzazione dei codici classici dell'arte e dei materiali artistici ha portato con sé anche nuove incertezze riguardo all'autorialità e alla durata dell'opera ¹¹⁵. È su questo che

¹¹³ *Ivi*, 178. Secondo l'Autrice, in questo senso, è importante il sistema di archiviazione realizzato dalla Tate Modern Gallery di Londra e denominato Time-based art e Time-based media art.

¹¹⁴ BALDACCI, *Archivi impossibili: un'ossessione dell'arte contemporanea*, Johan & Levi Editore, Cremona, 2016, 10 ss.. L'Autrice, parlando delle peculiarità degli archivi delle opere d'arte contemporanea in cui la classificazione non è quasi mai sistematica, sostiene che: «Più che di archivi in senso stretto, i sistemi ideati dagli artisti sono metafore della memoria e della documentalità, *displays* archivistici che sovvertono i tradizionali criteri di classificazione delle nostre conoscenze e che si precisano come dispositivi processuali e partecipativi, come strumenti strategici di resistenza esistenziale e sociopolitica». Pertanto, secondo l'autrice, in questo contesto artistico è più corretto parlare di «anarchivi, antiarchivi e controarchivi, dove il primo termine è preferibile, perché il prefisso “-ana”, applicato alla maniera di Francois Lyotard, non implica «investigarne le vestigia in direzione archeologica», bensì «ripensarne i fondamenti e soprattutto le derive». L'archivio, seguendo questa impostazione, non è dunque «luogo di stoccaggio, ma un dispositivo [...] processuale che da un lato negozia, contesta e avvalora il potere sociale, dall'altro modella e ri-modella di continuo la memoria».

¹¹⁵ *Ivi*, 9.

interviene l'Archivio d'Artista, il quale svolge un ruolo di particolare autorevolezza proprio nella certificazione della effettiva paternità dell'opera ¹¹⁶.

Gli Archivi d'Artista sono organizzati normalmente in forma di associazione o di fondazione ¹¹⁷ e si propongono come scopi importanti quello della catalogazione e dell'archiviazione esaustiva delle opere di un determinato artista e, di conseguenza, anche quello del riconoscimento (o del rifiuto) dell'attribuzione di un'opera all'artista, spesso assicurato tramite il rilascio di certificati di autenticità ¹¹⁸. Questi Archivi, inoltre, proprio perché svolgono un'attività molto intensa di riconoscimento o disconoscimento della paternità delle opere l'hanno autonomamente disciplinata attraverso l'adozione di regole statutarie o di codici deontologici ¹¹⁹.

Di solito, questa attività di certificazione offerta dagli Archivi si manifesta o direttamente, attraverso il rilascio di attestati di autenticità ¹²⁰, oppure indirettamente, ma con eguale efficacia per il mercato, attraverso l'inclusione dell'opera nel catalogo delle opere di produzione dell'artista ¹²¹.

Il rilascio della certificazione di autenticità assicura un elevato grado di certezza in merito alla riferibilità di un'opera ad un determinato artista, che diventa sempre più necessaria a seguito della maggiore diffusione di falsi e illecite riproduzioni che si registrano sul mercato attuale ¹²². Inoltre, l'Archivio può essere utilizzato come strumento di verifica

¹¹⁶ DONATI, op. ult. cit., 178. Si veda anche BALDACCI, op. cit., 9, in cui si afferma che «[C]ollezionare e archiviare sono diventati gesti artistici fondamentali, almeno da quando, con Marcel Duchamp e il ready-made, ha cominciato a farsi strada la regola del «presentare al posto di rappresentare»».

¹¹⁷ L.C. UBERTAZZI, *Falsi d'autore e proprietà intellettuale*, op. cit., 423.

¹¹⁸ *Ivi*, 423, nota 70. Il quale riporta che solitamente questi Archivi si propongono di svolgere, in relazione ad un determinato artista, un'attività a 360 gradi: che comprende anche quelle volte ad «autenticare e documentare l'opera» di un autore; «raccolgere, catalogare e archiviare tutta la documentazione relativa alla sua opera»; «tutelare la figura dell'artista e difendere il suo patrimonio artistico dalle contraffazioni e dagli illeciti» (Cosi in particolare l'art. 2 dello statuto della «Associazione per Filippo de Pisis» su <http://www.filippodepisis.org/statuto-associazione.html>).

¹¹⁹ Infatti, nonostante l'importanza del ruolo che gli Archivi d'Artista sono chiamati a svolgere, la loro attività di autenticazione non è ancora stata regolamentata attraverso una specifica disciplina legale. Pur caratterizzati da autorevolezza, rigore e autonomia è necessario che gli Archivi strutturino la loro attività su prassi deontologicamente rassicuranti e condivise. Un esempio virtuoso deriva dalle modalità di gestione recentemente codificate dalla Associazione Italiana degli Archivi d'Artista – AitArt – che assicurano il rispetto dei principi di trasparenza e collegialità delle valutazioni e prevedono che i giudizi di autenticità siano motivati e che la motivazione sia annotata e conservata. Si veda il sito dell'Associazione su <http://www.aitart.it/> e in particolare la scheda dedicata alle «buone pratiche dei soci».

¹²⁰ PUGLIESE e FERRIANI, op. cit., 158. Gli Autori fanno un approfondimento relativamente ad un progetto in cui i certificati di autenticità delle opere d'arte contemporanea sono stati protagonisti. Si trattava di un progetto che ha testato l'efficacia dell'inserimento al loro interno delle informazioni necessarie per la conservazione futura dell'opera nel tentativo di ovviare all'insorgere di controversie tra artista e proprietario (e restauratore). Sono state coinvolte due importanti gallerie italiane e una rosa di artisti di loro scelta con cui collaborare, tra cui figure di rilievo nazionale e internazionale, così come alcuni giovani artisti a inizio carriera.

¹²¹ DONATI, op. ult. cit., 176.

¹²² CARRAFFA, *La circolazione delle opere di arte contemporanea: consigli pratici e problemi (non risolvibili?)*, in *Feder Notizie. Notariato, innovazione, società* 2016, su <https://www.federnotizie.it/la-circolazione-opere->

della persistenza dell'identità dell'opera nel tempo, soprattutto in relazione a opere effimere, in divenire, da riattivare e facilmente riproducibili ¹²³. Questo aspetto deve essere posto in evidenza alla luce delle riflessioni svolte in merito ai vari casi di disconoscimento precedentemente analizzati ¹²⁴.

Le attività di disconoscimento o riconoscimento della paternità di un'opera, compiute dagli Archivi e sopra delineate, possono essere collocate nell'ambito delle perizie stragiudiziali. All'interno di questa categoria rientrano anche i giudizi espressi dai musei, dai galleristi, dalle case d'asta, dal proprietario dell'opera e da chiunque altro. Diversamente, quando la questione dell'autenticità arriva in giudizio, la valutazione dei fatti e delle prove è affidata tipicamente ad una consulenza tecnica d'ufficio, e così ad un esperto nominato dal giudice che opera in contraddittorio con i tecnici di parte ¹²⁵.

Tra le questioni che possono essere affrontate in giudizio, mi pare interessante menzionare quelle in cui la decisione sull'autenticità dell'opera trae origine da un precedente rifiuto sul punto espresso dall'Archivio d'Artista e di cui il proprietario mira a dimostrare l'erroneità. In merito, si registra una decisione recente della Corte d'Appello di Milano che ha confermato l'autenticità, già riconosciuta dal giudice di primo grado, di un'opera del Maestro Lucio Fontana la cui autenticazione e catalogazione, invece, era stata precedentemente rifiutata dalla Fondazione dell'artista ¹²⁶.

La sentenza appena richiamata riporta l'attenzione su una questione di grande rilievo pratico, ma dalla soluzione controversa e che infatti era stata risolta in senso opposto da

[arte-contemporanea-consigli-pratici-problemi-non-risolvibili/](#). L'Autore riporta il dato per cui, nel 2014, in Italia sono state sequestrate 1687 opere d'arte false per un mercato complessivo di 427 milioni di euro. Il Nucleo di tutela del patrimonio culturale dei carabinieri afferma che il fenomeno della falsificazione è in netta espansione ed interessa principalmente l'arte contemporanea per motivi tecnici e pratici, vista la maggior facilità delle tecniche dell'arte contemporanea e il diffondersi delle vendite e aste on-line.

¹²³ DONATI, op. ult. cit., 177. Infatti, è stato evidenziato che le creazioni artistiche contemporanee comprendono al loro interno anche la documentazione che le affianca. Tale documentazione è cruciale per la prevenzione e l'eventuale risoluzione dei conflitti che possono sorgere tra artista e proprietario dell'opera. Altrettanto cruciale, quindi, è la necessità di registrazione di queste opere a cui procedono proprio gli Archivi d'Artista, i quali conservano gli elenchi delle opere e i trasferimenti di proprietà delle stesse.

¹²⁴ *Ivi*, 176-177.

¹²⁵ L.C. UBERTAZZI, *Falsi d'autore e proprietà intellettuale*, op. cit., 424.

¹²⁶ SERVANZI, *Cataloghi d'arte e accertamento dell'autenticità*, *Giur. it.* 2023, 1104. Il caso riguardava un dipinto a olio con squarcio e graffiti cm 55/46 di proprietà di M.G., da lei acquistata da G.S. che a sua volta l'aveva acquistata da C.S. il quale affermava di aver ricevuto il dipinto nella metà degli anni '60 dal Maestro Fontana. Nel 2013, l'allora proprietario aveva presentato richiesta alla Fondazione Lucio Fontana per ottenere l'autenticazione e la catalogazione dell'opera. La Fondazione, pur riconoscendo che la base pittorica dell'opera era attribuibile al Maestro Fontana, aveva respinto la richiesta, affermando che il dipinto era stato irrimediabilmente compromesso da un incidente, che ne aveva provocato la connessione con un telaio estraneo quando il colore era ancora fresco. Tale commistione accidentale rendeva l'opera non rispondente alla volontà del Maestro Fontana che infatti l'aveva scartata. A riprova di ciò, la Fondazione evidenziava che l'opera, a differenza delle altre originali, risultava priva di data e firma.

precedenti decisioni. È incerto se la Fondazione d'artista possa o meno essere obbligata ad inserire l'opera autenticata dal giudice nel proprio catalogo, senza che con ciò si leda il diritto costituzionale alla libertà d'espressione.

Nel giudizio di primo grado del medesimo caso, il Tribunale di Milano aveva ritenuto di disattendere la richiesta della proprietaria di far inserire l'opera nel catalogo ufficiale gestito dalla Fondazione Lucio Fontana. Secondo il giudice, la non coercibilità dell'obbligo di archiviare l'opera nel catalogo che l'ente morale gestisce deriverebbe dall'insindacabilità del giudizio di quest'ultimo sull'autenticità delle opere richieste dai proprietari, in quanto valutazione riconducibile all'alveo costituzionale della libertà di espressione ¹²⁷.

A questa interpretazione si era conformata, qualche anno dopo, anche la Corte d'Appello di Milano in un caso simile ¹²⁸. In particolare, la corte aveva affermato che l'accertamento sull'autenticità dell'esemplare «non incide in alcun modo sulla libera manifestazione del pensiero degli esponenti dell'ente, che da nessuna sentenza potrebbero essere condannati ad emettere certificati di autenticità, bensì permette al proprietario del bene di esercitare il suo diritto di proprietà erga omnes, vedendo riconosciuta, ove la domanda fosse accolta, una caratteristica essenziale del bene» ¹²⁹.

Contrariamente a queste pronunce, invece, la decisione della Corte d'Appello di Milano menzionata all'inizio ha concluso che la libertà di espressione degli enti certificatori non viene compromessa dall'obbligo di inserire l'esemplare dichiarato autentico nei loro cataloghi. Infatti, tale libertà può sempre essere esercitata, attraverso una «apposita nota di commento» ¹³⁰, con cui l'ente dia conto della sua valutazione diversa da quella ottenuta tramite l'accertamento giudiziale.

Tuttavia, la corte non specifica le ragioni del diritto del proprietario e questo rende difficile l'individuazione della sua fonte, che vista l'assenza di precedenti conformi non può essere dedotta dalla giurisprudenza italiana. È insufficiente anche la serie eterogenea di caratteristiche dell'ente a cui allude la corte nella sua motivazione, poiché non individua da quale né per quali motivi discenda l'obbligo dell'ente di catalogare l'esemplare autentico ¹³¹.

¹²⁷ Cfr. Trib. Milano, 15 febbraio 2018 n. 4754, in *Dir. Famiglia e Persone* 2019, 2, I, 660.

¹²⁸ Il caso riguardava una scultura in bronzo di proprietà di F.B. il quale affermava che l'autore dell'esemplare fosse Lucio Fontana. La Fondazione dell'artista, al contrario, l'aveva ritenuta una riproduzione abusiva di altra opera del Maestro e si era quindi rifiutata di autenticarla manifestando l'intenzione di porre in essere iniziative volte ad impedirne la circolazione. L'esito del giudizio di primo grado, confermato in appello, ha confermato la tesi della Fondazione. Per approfondimenti si veda nota a App. Milano, 4 maggio 2020 n. 1054, in *Dir. Famiglia e Persone* 2022, 1, I, 138.

¹²⁹ Cfr. App. Milano, 4 maggio 2020, n. 1054, in *Dir. Famiglia e Persone* 2022, 1, I, 138.

¹³⁰ SERVANZI, op. ult. cit., 1106.

¹³¹ *Ivi*, 1108.

CONCLUSIONI

L'evoluzione dell'arte contemporanea rappresenta una sfida costante al tradizionale sistema del diritto d'autore. La dematerializzazione dell'opera, il trasferimento della creatività dal prodotto al gesto e l'incertezza sulla paternità rappresentano alcuni dei nodi problematici affrontati in questa tesi.

Dalle avanguardie storiche in avanti, tutte le correnti artistiche hanno cercato di distaccarsi dalle categorie estetiche tradizionali mediante l'adozione di tecniche sempre nuove. Questo continuo cambiamento ha complicato i rapporti con il diritto d'autore, le cui categorie non riescono a stare al passo con le innovative modalità espressive dell'arte contemporanea.

Il diritto appare in ritardo rispetto all'evoluzione artistica ma attraverso uno sforzo interpretativo esso può adattarsi e offrire protezione anche a queste nuove forme espressive, così da non venir meno all'obiettivo fondamentale di promuovere e incentivare il progresso culturale e artistico.

La presente dissertazione ha mosso i primi passi dalla presa di coscienza che proprio l'indeterminatezza delle nozioni di opera dell'ingegno e di carattere creativo e, quindi, dell'oggetto e dei requisiti del diritto d'autore, è ciò che permette l'apertura a interpretazioni che favoriscono l'inclusione delle innovazioni artistiche.

In primis, la non tassatività degli elenchi di opere contenuti negli articoli 1 e 2 l.a. lascia ampio spazio al riconoscimento della qualifica di opera dell'ingegno anche a forme artistiche non preventivamente considerate. Così, infatti, dalla tutela garantita alle opere che si esprimono in forma orale si è ricavato il dato per cui la forma non deve essere necessariamente permanente, stabile nel tempo o materiale, e da ciò è stato possibile riconoscere la proteggibilità anche degli *happening* e delle opere di *performance art*.

Così, invece, non si è risolto il problema della tutelabilità delle opere dell'arte concettuale. Le difficoltà derivano in questo caso dalla violenta contestazione a cui la forma va incontro e che minaccia il rispetto del fondamentale principio in base al quale il diritto d'autore tutela l'espressione ma non il concetto. Tuttavia, l'analisi svolta ha dimostrato che sebbene tali opere si schierino in modo aperto contro la forma spesso non ne sono prive, pertanto spetta all'interprete valutare caso per caso se l'opera possa beneficiare della tutela.

Per quanto riguarda la nozione del requisito del carattere creativo, l'individuazione degli elementi necessari a definirlo è stata oggetto di una approfondita ricerca sulle opinioni

di dottrina e giurisprudenza. La necessità che dall'opera emergesse l'impronta personale dell'artista è stata subito esclusa, sia perché difficilmente quantificabile sia perché contrastante con il dato reale che ammette la tutela anche per le cosiddette opere minori. Un approccio più pragmatico, invece, ha evidenziato che devono ritenersi proteggibili tutte le opere che si distinguono dalle precedenti per il fatto di contenere novità espressive idonee a superare un test di non banalità.

Oltre a ciò, tuttavia, l'opera può godere della tutela del diritto d'autore solo a condizione che abbia anche una natura discrezionale, cioè che non costituisca un mezzo necessario per esprimere il suo significato ideativo, in conformità con il principio della dicotomia tra forma e contenuto.

Sul punto, suscitano particolare interesse le riflessioni sui *ready made*, i quali, nonostante superino con difficoltà il test di non banalità, posseggono una natura discrezionale che dipende dall'impiego delle loro forme in un contesto non pertinente rispetto a quello comune.

Dopo aver concluso le riflessioni sull'oggetto e i requisiti del diritto d'autore, l'attenzione si è rivolta all'analisi delle opere derivate, tra le quali sono ricomprese quelle opere dell'ingegno di carattere creativo in cui si riconosca l'individualità espressiva di una precedente opera. Nonostante sembrasse molto probabile inserire nell'ambito di questa categoria le opere dell'arte appropriativa, lo studio della giurisprudenza ha evidenziato la propensione a considerarle come opere originarie, valorizzando il diverso significato che esse veicolano. Quest'ultimo, nell'ambito delle controversie su plagio e contraffazione, è stato interpretato dai giudici come la presenza di uno scarto semantico rispetto all'opera precedente. Si tratta di un criterio di recente introduzione, giustificato attraverso una lettura estensiva dell'istituto della parodia.

L'impiego di questi strumenti sembra manifestare un certo disagio da parte di alcuni giudici di fronte alla sfida di garantire protezione alle opere degli artisti attuali. Questo disagio, tuttavia, li porta a trascurare il fatto che il significato proprio dell'arte appropriativa non è sempre di natura parodistica, rischiando di aprire la porta a tutele fondate su idee e concetti che però non possono ricondursi agli schemi del diritto d'autore.

Dopodiché, la trattazione si amplia per includere i diritti morali dell'autore, con particolare attenzione a quelli di paternità e integrità. Le opere dell'arte contemporanea assumono spesso una dimensione temporale frammentata, caratterizzata da una materialità intermittente o in divenire. Oltre ai casi in cui l'oggetto artistico è volutamente deteriorabile o precario, si registrano anche opere consistenti in installazioni da riattivare, magari soggette

ad adattamenti espositivi che ne modificano, di volta in volta, la struttura. Questi meccanismi hanno un impatto significativo sul piano del diritto all'integrità dell'opera. Gli interventi manutentivi non voluti e non autorizzati dall'artista possono integrare quelle modificazioni o atti a danno dell'opera a cui egli può opporsi affermando la violazione del suo diritto morale.

Nella considerazione di questo aspetto, assume un ruolo cruciale il contratto, che si configura come lo statuto giuridico dell'opera. In maniera sempre più frequente, gli artisti si servono del contratto per dettare istruzioni precise sulle modalità e sui materiali di restauro e per delineare le circostanze in cui è permesso apportare modifiche o adattamenti senza richiedere il suo intervento, nonché quelle in cui il suo parere è essenziale. L'importanza di tali clausole appare evidente anche qualora si pensi alla severità delle sanzioni previste in caso di mancato rispetto delle stesse; quando ciò accade, l'artista può persino disconoscere la propria opera.

All'interno di questo contesto, gli Archivi e le Fondazioni d'artista emergono come protagonisti di rilievo, svolgendo un ruolo di particolare autorevolezza nella certificazione dell'effettiva paternità di un'opera. Le implicazioni sul valore economico dell'opera sono così rilevanti che nel caso di mancato riconoscimento da parte dell'ente morale, è probabile che il proprietario si rivolgerà ai giudici per ribaltarne il risultato. Qualora effettivamente il giudizio si concluda confermando l'autenticità dell'opera, si apre la questione relativa all'obbligo della Fondazione di inserire nel proprio catalogo l'opera così autenticata. Sul punto, la giurisprudenza è contrastante; da ultimo si è espressa a favore di tale obbligo in un giudizio che vedeva coinvolta la Fondazione Lucio Fontana, contrariamente a quanto avvenuto in simili decisioni precedenti.

L'assenza di soluzioni consolidate e, anzi, la presenza di ampie divergenze giurisprudenziali nei diversi settori analizzati in questa trattazione sottolinea l'importanza di proseguire la ricerca di un equilibrio nella tensione tra il diritto d'autore e l'arte contemporanea.

BIBLIOGRAFIA

- ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978.
- ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966.
- ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 1963.
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960.
- AVETA, *L'opera d'arte figurativa: recenti sviluppi nella giurisprudenza italiana e statunitense*, Actualidad Juridica Iberoamericana, 2021, 898 ss..
- BALDACCI, *Archivi impossibili: un'ossessione dell'arte contemporanea*, Johan & Levi Editore, Cremona, 2016.
- BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004.
- BOSETTI, *Arte e diritto privato. Teoria generale e problemi operativi*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021.
- BRAMBILLA BARCILON, *Le tecniche di Lucio Fontana nelle loro alterazioni e i problemi di restauro*, in MUNDICI e RAVA, *Cosa cambia. Teorie e pratiche del restauro nell'arte contemporanea*, Skira, 2013, 53 ss..
- BRICEÑO MORAIA, "Arte appropriativa", *elaborazioni creative e parodia*, in *Riv. Dir. Ind.* 2011, 357 ss..
- BROCK, *Osservazioni in tema di elaborazione dell'opera dell'ingegno e di riproduzione*, in *Riv. Dir. Ind.* 1954, II, 4 ss..
- BUCCIANTI, *La Cassazione su plagio artistico e arte informale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 987 ss..
- BUCCIANTI, *Recenti questioni in tema di diritti privato dell'arte*, in *Aedon* 2018, 1 ss..
- CALDAROLA, *Filosofia dell'arte contemporanea: installazioni, siti, oggetti*, Quodlibet Studio, Macerata, 2020.
- CALVESI, *Le due avanguardie. Dal futurismo alla Pop Art*, Laterza, Bari, 2008.

CARRAFFA, *La circolazione delle opere di arte contemporanea: consigli pratici e problemi (non risolvibili?)*, in *Feder Notizie. Notariato, innovazione, società* 2016, su <https://www.federnotizie.it/la-circolazione-opere-arte-contemporanea-consigli-pratici-problemi-non-risolvibili/>, 1 ss..

CASO, *Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche*, in *CASO, Plagio e creatività un dialogo tra diritto e altri saperi*, Università degli Studi di Trento, Trento, I, 2011, 5 ss..

CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili esecutivi (specie in riferimento alla prova dell'arte contemporanea)*, in *Foro it.* 2017, I, 3779 ss..

COGO, *Il plagio d'opera musicale tra identità del testo e diversità del contesto*, in *Giur. it.* 2016, 109 ss..

DANTO, *La trasfigurazione del banale*, Laterza, 2021.

DANTO, *Oltre il Brillo Box. Il mondo dell'arte dopo la fine della storia*, Marinotti, Milano, 2010.

DE SANCTIS VITT., *Il diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 2012.

DE SANCTIS VITT., *I soggetti del diritto d'autore*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005.

DE SANCTIS VITT., *La protezione delle opere dell'ingegno*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2003.

DE SANCTIS VITT., *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971.

DI BENEDETTO, *Il plagio-contraffazione di opere dell'ingegno nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. Industriale* 2022, V, 489 ss..

DONATI, "Art as Idea as Idea". *Diritto e creazione artistica contemporanea*, in *BARSOTTI, Arte e diritto*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, 11 ss..

DONATI, *La tutela giuridica dell'identità e dell'integrità dell'opera d'arte contemporanea*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, 160 ss..

DONATI, *Il restauro dell'arte contemporanea: la prospettiva del diritto*, in *Centro di dir. Comp. e Transnaz.*, 2012, 1 ss..

DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2012.

- FABIANI, *Disconoscimento di paternità intellettuale e tutela della personalità*, in *IDA*, 1968, 131 ss..
- FRANCESCHELLI R., *Trattato di diritto industriale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1960.
- GIANNINI, *Il diritto d'autore*, La nuova Italia, Firenze, 1946.
- GIUDICI, *Arte e diritto (d'autore): alcuni spunti di riflessione*, in CASTELLI e GIUDICI, *Conversazioni in arte e diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, 17 ss..
- GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948.
- GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Torino, 1974.
- MONTEL, *Tempo e luogo. Opera d'arte e norma giuridica come prodotti collettivi*, in NEGRI-CLEMENTI, *Il diritto dell'arte – L'arte, il diritto e il mercato*, Vol. 1, Skira, Milano, 2012, 15 ss..
- MORPURGO TAGLIABUE, *Il concetto dello stile*, Bocca, Milano, 1951.
- MUSSO, *Diritti di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Zanichelli, Bologna, 2008.
- NEGRI-CLEMENTI, *L'arte nel sistema giuridico*, in NEGRI-CLEMENTI, *Il diritto dell'arte – L'arte, il diritto e il mercato*, Vol. 1, Skira, Milano, 2012, 8 ss..
- OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- OTTOLIA, *L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione Europea: una proposta di bilanciamento*, in *AIDA* 2016, 157 ss..
- OTTOLIA, *The public interest and intellectual property models*, Giappichelli, Torino, 2010.
- PETRUZZELLI, *Copyright Problems in Post-Modern Art*, Vol. 5, in *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 1995, su: <https://via.library.depaul.edu/jatip/vol5/iss1/5>, 115 ss..
- PIOLA CASELLI, *Del diritto d'autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, UTET, Torino, 1907.
- PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, UTET, Torino, 1943.

PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, II ed., Margheri-UTET, Napoli-Torino, 1927.

PUGLIESE e FERRIANI, *Arte contemporanea, conservazione e mercato*, in MUNDICI e RAVA, *Cosa cambia. Teorie e pratiche del restauro nell'arte contemporanea*, Skira, 2013, 157 ss..

RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1992.

SCHAUMANN, *Fair use and appropriation art*, in *Cybaris* 2015, su: <http://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol6/iss1/5>, 113 ss..

SERVANZI, *88 Casi italiani sul diritto dell'autore all'integrità dell'opera*, in *AIDA* 2018, 432 ss..

SERVANZI, *Cataloghi d'arte e accertamento dell'autenticità*, *Giur. it.* 2023, 1106 ss..

SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in nota a Trib. Milano, 29 giugno 2011 n. 8650, in *IDA*, 2011, 563 ss..

SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritto d'autore*, in nota a Trib. Milano, 13 luglio 2011, in *Giur. commerciale*, 2013, I, 118 ss..

STERPI, *Restauro dell'arte contemporanea e diritto: ruoli, limiti e conseguenze*, in MUNDICI e RAVA, *Cosa cambia. Teorie e pratiche del restauro nell'arte contemporanea*, Skira, 2013, 167 ss..

THIOLLIÈRE, *Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rapport n. 308, 2006, su <https://www.senat.fr/rap/105-308/105-3084.html>.

TOPPI, *I ready made di Marcel Duchamp: teoria dell'indifferenza visiva*, in *ITINERA* 2002, su [Il «ready made» di Marcel Duchamp \(unimi.it\)](http://unimi.it), 1 ss..

UBERTAZZI L.C., *La disciplina UE dei diritti morali d'autore*, in *AIDA* 2016, 349 ss..

UBERTAZZI L.C., *Falsi d'autore e proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2018, 400 ss..

VALERIO e ALGARDI, *Il diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1943.

VETTESE, *L'arte contemporanea. Tra mercato e nuovi linguaggi*, il Mulino, Bologna, 2012.

GIURISPRUDENZA

CGUE 13 dicembre 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, in causa C-310/17, in *AIDA* 2019, 1879.

CGUE 1 dicembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri*, in causa C-145/10, in *AIDA* 2012, 486 ss..

U. S. Court of Appeals for the Second Circuit, [USA], *Rogers v. Koons*, 1992.

Cass. 9 gennaio 2023 n. 1107, in *Nuova Giurisprudenza Ligure* 2023, I, 14 ss..

Cass. 30 aprile 2020 n. 8433, in *AIDA* 2020, I, 532.

Cass. 6 giugno 2018 n. 14635, in *AIDA* 2018, I, 893.

Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2018, 983 ss..

Cass. 12 ottobre 2017 n. 24062, in *AIDA* 2018, I, 565.

Cass. 27 luglio 2017 n. 18633, in *Riv. dir. ind.* 2017, II, 567 ss., con nota di LA ROCCA.

Cass. 23 marzo 2017 n. 7477, in *Mass. Giust. Civ* 2017.

Cass. 13 novembre 2015 n. 23292, in *Foro it.* 2016, 562.

Cass. 19 febbraio 2015 n. 3340, in *Foro it.* 2015, 2031.

Cass. 4 settembre 2013 n. 20227, in *Foro it.* 2013, 11, I, 3189, con nota di CASABURI.

Cass. 15 giugno 2012 n. 9854, in *IDA* 2012, III, 350.

Cass. 28 novembre 2011 n. 25173, in *Foro it.* 2012, I, 74.

Cass. 17 febbraio 2010 n. 3817, in *AIDA* 2011, 1391, con nota di SANNA.

Cass. 12 gennaio 2007 n. 581, in *Foro it.* 2007, I, 3167 ss. con nota di CASABURI.

Cass. 23 novembre 2005 n. 24594, in *IDA* 2006, II, 213, con nota di MARI.

Cass. 27 ottobre 2005 n. 20925, in *AIDA* 2007, 1134, con nota di ROVATI.

Cass. 12 marzo 2004, n. 5089, in *AIDA* 2005, 1018, con nota di ZUDDAS.

Cass. 10 marzo 1994 n. 2345, in *IDA* 1995, 146, con nota di CAROSONE.

Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953, in *Riv. dir. ind.* 1994, II, 157 ss., con nota di FRASSI.

Cass. 10 maggio 1993 n. 5346, in *IDA* 1994, 70, con nota di FABIANI.

Cass. 26 novembre 1958 n. 3791, in *AIDA* 1959, 229 ss..

App. Milano 19 marzo 2021 n.899, in *AIDA* 2021, I.

App. Milano, 4 maggio 2020, n. 1054, in *Dir. Famiglia e Persone* 2022, 1, I, 138.

Trib. Milano, 15 febbraio 2018 n. 4754, in *Dir. Famiglia e Persone* 2019, 2, I, 660.

Trib. Milano 16 febbraio 2012, in *IDA* 2012, III.

Trib. Roma, 26 marzo 2008, in *AIDA* 2009, 1288.

Trib. Milano, ord., 29 marzo 2005, in *AIDA* 2005, 1064.

Trib. Milano, 20 gennaio 2005, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 523.

Trib. Torino, ord., 17 dicembre 2004, in *AIDA* 2005, 1055.

Trib. Venezia, 4 febbraio 2004, in *AIDA* 2005, 1032.

Trib. Pavia, 22 dicembre 2001, in *Nuova giur. Civ.*, 2002, I, 775.

Trib. Napoli, 27 maggio 1908, in *Giur. it.*, 1909, II, 1, con nota di FERRARA.