

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO

Dipartimento di Diritto privato e Storia del diritto

Dottorato di ricerca in Diritto Industriale

ciclo XXIX

S.S.D: IUS/04

LA TUTELA GIURIDICA DELLA FORMA
ESPRESSIVA NELL'OPERA D'ARTE
CONTEMPORANEA

Coordinatore Dottorato: Prof. ssa Maria Teresa Carinci

Tutor: Prof.ssa Silvia Giudici

Tesi di Dottorato di : Mattia Pivato

Matricola: R10426

ABSTRACT: il lavoro di ricerca intende indagare una specifica problematica che investe la disciplina autoriale (regolata dalla legge 22 aprile 1941, n. 633) nella tutela apprestata alle opere dell'arte contemporanea (ai sensi in particolare dell'art. 2, comma 1, numero 4 l.d.a.). In particolare si vuole analizzare l'adattabilità della normativa a quelle particolari tipologie di lavori artistici che mutano sensibilmente rispetto al passato la nozione di "forma espressiva", ossia il modo sensibile con cui l'artista/autore esteriorizza la propria idea creativa al pubblico: si tratta nello specifico delle opere d'arte immateriali e appropriative, intendendosi nel primo caso quelle che prescindono da una dimensione concreta per negazione stessa di una forma espressiva materiale e, nel secondo caso, quelle che invece assumono la medesima forma di opere d'arte già tutelate, mutandone tuttavia il significato artistico. L'analisi parte dall'assunto che il sistema di tutela autoriale italiano, pur prevedendo astrattamente la possibilità di riconoscere protezione ad ogni opera dell'ingegno a carattere creativo "*qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*" (art. 1, comma 1, l.d.a.), in realtà appare ancora fortemente ancorato ad una concezione materiale dell'opera d'arte, come dimostra un consolidato orientamento al riguardo. Il lavoro intende dunque valutare la possibilità di ricomprendere nella previsione legislativa simili opere dell'ingegno a carattere creativo e, qualora ciò risulti sostenibile, verificare in che modo ad esse si possano applicare gli istituti tradizionali del diritto civile e d'autore (su tutti la proprietà e la disciplina dei contratti) per la loro circolazione sul mercato.

The dissertation aims at analyzing a specific problem that involves the authorial legislation (regulated by the Law April 22, 1941, n. 633) for what concerns the legal protection of contemporary art works (in application to art. 2, paragraph 1, number 4, L. 633/1941). In particular the thesis focuses on the adaptability of the legislation to those particular types of artistic works that change significantly the notion of "form of expression", which can be defined as the perceptible way in which the artist externalizes his own creative idea to the public: it's the case of not material and appropriation art. In the first case we have conceptual works of art completely without a material form of expression and, in the second case, those which take the same form of expression of an already protected work of art, but changing its artistic significance. Even if the Italian authorial law seems to provide legal protection to any creative intellectual work "*whatever is the mode or form of expression*" (according to art. 1, paragraph 1, L. 633/1941), actually it still appears to be strongly anchored to a material conception of the work of art, as evidenced by a consolidated orientation about. The dissertation thus intended verify the possibility of including in the legislative provision even those works which are not incorporated in material mediums and, after that, check out how they can be applied to the traditional issues of civil and copyright law (especially property and contract law) in their commercial circulation on the economic market.

INDICE

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO 1.	
<i>La tutela giuridica dell'opera d'arte contemporanea tra materialità e dematerializzazione</i>	
1.1. La tutela dell'opera d'arte contemporanea nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme	11
1.2. Requisiti per la tutela giuridica di un'opera d'arte secondo la normativa italiana	16
1.2.1. La creatività quale elemento cardine della protezione autoriale	16
1.2.2. La novità quale requisito ulteriore, tra teorie oggettive e soggettive	20
1.3. Opera d'arte e disegno industriale: il valore artistico quale confine tra generi affini	23
1.4. <i>Fixation</i> e materialità dell'opera tra ordinamenti di <i>common law</i> e di <i>civil law</i>	27
1.5. La sfida dell'arte contemporanea al diritto: dematerializzazione dell'opera e opere d'arte effimere	38
1.6. Dematerializzazione artistica: significato e conseguenze giuridiche	43
CAPITOLO 2.	
<i>La tutela giuridica dell'opera d'arte appropriativa</i>	
2.1. Arte appropriativa: definizione e confini giuridici di un genere artistico	51
2.1.1. Qualificazione della parodia tra genere autonomo ed eccezione al diritto di riproduzione	58
2.2. L'opera d'arte elaborata: regime giuridico e titolarità dei diritti	63
2.2.1. Un tentativo di inquadramento giuridico dell'opera d'arte appropriativa tra parodia ed elaborazione creativa	70
2.2.2. Profili patologici e violazione del diritto d'autore: plagio e contraffazione	75

2.3.	La dottrina del fair use e le condizioni di ammissibilità dell'opera d'arte appropriativa	78
2.4	La giurisprudenza americana in tema di <i>appropriation art</i>	82
2.5.	Le Corti europee a confronto con l'arte appropriativa	88

CAPITOLO 3.

La circolazione dell'opera d'arte contemporanea sul mercato: certificati di autenticità, conflitti di attribuzione e falsi

3.1.	La circolazione dell'opera d'arte contemporanea sul mercato: problematiche e sfide per il diritto	97
3.1.1.	Le opere d'arte effimere ed immateriali: quando il certificato di autenticità surroga l'opera	99
3.1.2.	<i>Segue</i> : quando l'opera d'arte è sprovvista di certificato di autenticità	104
3.2.	I problemi connessi all'attribuzione dell'opera d'arte ad un autore determinato: autentiche, <i>expertise</i> e certificazioni	107
3.3.	Il falso in arte: tipologie e problematiche giuridiche	117
3.3.1.	<i>Segue</i> : i rimedi in caso di acquisto di opera d'arte falsa	122
3.3.2.	<i>Segue</i> : profili di responsabilità: arricchimento ingiustificato e risarcimento del danno da falsa attribuzione	126
3.4.	L'accertamento in sede giudiziaria dell'autenticità dell'opera d'arte	131

CONCLUSIONI	134
--------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	141
---------------------	-----

INTRODUZIONE

Nel 1959 l'artista francese Yves Klein fu invitato ad una mostra collettiva ad Anversa, dal titolo *Vision in Motion*. Pur non avendo inviato nessuna vera e propria opera, presenziò ugualmente al *vernissage* recitando, dinanzi allo spazio espositivo a lui riservato, una frase di Bachelard: "*prima c'è il nulla, poi c'è un nulla profondo, infine una profondità blu*"¹. Agli organizzatori della mostra che gli chiesero se vi fosse un prezzo per la sua opera (performativa), Klein rispose chiedendo per essa un lingotto da un chilo d'oro. Da qui nacque il protocollo di vendita delle "Zones de Sensibilité Picturale Immaterielle", le quali venivano dunque pagate in oro in cambio di una ricevuta d'acquisto che il compratore era in seguito obbligato a bruciare, in presenza di testimoni, al fine di possedere una vera opera immateriale. In questo modo proprio l'immateriale, che diviene a tal punto qualcosa di reale da costituire l'oggetto di una regolare compravendita, irrompe nell'arte quale modalità espressiva per trasmettere il messaggio artistico.

Quella di ricercare nuovi strumenti espressivi è in verità un'attitudine connaturata all'agire dell'arte e forse ne rappresenta finanche un compito suo proprio: molti sono infatti gli esempi storici e i casi in cui gli artisti hanno saputo anticipare ed interpretare la realtà attraverso creazioni complesse e pionieristiche, realizzate sovente con ingegnosi ricorsi alla tecnica, alla tecnologia o a *medium* innovativi.

Non deve stupire allora che il tratto distintivo di simili pratiche sia proprio quello di spostare in avanti, lentamente ma inesorabilmente, il confine del "consentito", riducendo ad un tempo quello dell'"inesplorato". La forma espressiva di un'opera d'arte, ossia la sua exteriorizzazione sensibile, è certamente uno fra gli aspetti maggiormente interessati da questa sfida concettuale. La volontà di ricercare nuove modalità di espressione artistica e,

¹ Cfr. RIOUT, *L'arte del ventesimo secolo*, Einaudi, 2002, p. 274.

ad un tempo, di lanciare una provocazione al tradizionale assioma “opera d’arte-manufatto”, ha condotto numerosi artisti a ripensare le categorie tradizionali dell’espressione creativa.

Due tra i fenomeni che si sono imposti con forza negli ultimi anni, pur essendo noti al mondo dell’arte già da alcuni decenni, riguardano l’arte cosiddetta effimera o dematerializzata e l’appropriazionismo artistico. Nel primo caso si tratta di creazioni in cui la forma espressiva dell’opera viene in qualche modo meno: o nel senso che svanisce col tempo a motivo dei mezzi e supporti utilizzati per la sua creazione (ne sono tipici esempi la *land art* e la *body art*) o nel senso che radicalmente non esiste, per negazione della sua dimensione oggettuale *ab origine* (è il caso delle *Zones* di Klein citate in apertura). In entrambi i casi si verifica dunque la scomparsa, o comunque la compromissione, di uno degli elementi tradizionalmente caratterizzanti la nozione di opera dell’arte figurativa così come intesa nel senso comune e, soprattutto, come implicitamente delineata anche nel nostro ordinamento: la sua incorporazione su un supporto materiale.

L’arte appropriativa consiste invece in lavori in cui la forma espressiva, al contrario delle precedenti, è sì di tipo materiale, ma viene mutuata e presa a prestito da opere preesistenti o da oggetti d’uso comune, tipicamente tratti dal mondo della comunicazione pubblicitaria, dalla cartellonistica o da altre espressioni popolari della società dei consumi (basti pensare alla corrente artistica della Pop Art, con artisti quali Warhol, Lichtenstein, Oldenburg, Segal e Rosenquist).

Tanto nell’uno quanto nell’altro caso simili pratiche artistiche, pur se pienamente legittime e ormai del tutto accreditate nel variegato mondo dell’arte, fanno emergere rilievi problematici di non poco conto dal punto di vista del diritto. Nonostante, come si diceva, taluni esempi di opere immateriali o appropriate abbiano fatto la loro comparsa già da tempo, è tuttavia da un lato la loro recente rivalutazione, soprattutto sotto il profilo commerciale, e dall’altro lo svilupparsi di forme espressive sempre nuove ad

averle imposte all'attenzione del giurista, tanto per ciò che concerne un loro possibile inquadramento normativo, quanto per regolarne la circolazione sul mercato. Se infatti, come autorevolmente sostenuto da certa dottrina, "*l'opera [...] esiste, come originale, solo se incorporata nel suo supporto materiale*"², appare opportuno domandarsi quale sia la reazione dell'ordinamento nei confronti di creazioni che prescindano da tale dimensione o che se ne appropriino da una preesistente e molto spesso già tutelata.

Il presente lavoro intende dunque svolgere un'analisi delle ricadute giuridiche dell'evoluzione delle modalità a cui l'autore di un'opera d'arte figurativa contemporanea ha sottoposto la rappresentazione della forma espressiva di essa, proponendosi due obiettivi principali: per un primo aspetto, verificare se ed in quale misura tali lavori possano trovare tutela nella disciplina autoriale vigente³ (in assenza tuttora di una loro precipua definizione normativa); in secondo luogo, delineare quali strumenti possano risultare idonei a regolamentare i negozi giuridici tipici della circolazione sul mercato di opere di tal genere.

Il confine entro cui si muove la ricerca è triplice: costituisce anzitutto una base d'avvio dell'analisi condotta la normativa di settore, in primo luogo autoriale, della quale si cercherà di mettere in evidenza i punti di forza e le fragilità inerenti alla possibilità di riconoscimento e di tutela delle tipologie di opere d'arte qui prese in esame. In secondo luogo fungerà da fonte argomentativa la letteratura scientifica finora prodotta sul tema (della quale si renderà conto nell'apparato bibliografico in chiusura di lavoro), in verità più matura con riguardo al fenomeno della dematerializzazione della forma dell'opera d'arte, mentre ancora esigua nei confronti dell'appropriazionismo, quanto meno con riguardo alla produzione italiana, e comunque piuttosto recente in entrambe le ipotesi. Nell'un caso come nell'altro saranno dunque

² Così FABIANI, *Il falso letterario, artistico o musicale*, in *Il diritto di autore*, 2013 (originariamente pubblicato nella medesima rivista nel 1992), p. 243.

³ Così come regolata dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 e da altre norme di settore.

presi a sostegno espositivo, in ottica perlopiù comparatistica, anche testi e teorie elaborati oltre confine, con particolare attenzione a quei Paesi nei quali i fenomeni artistici anzidetti mostrano un maggiore e più consolidato sviluppo (Stati Uniti e Francia su tutti). Il terzo ancoraggio alla trattazione è costituito dall'evoluzione giurisprudenziale sul tema, molto spesso suppletiva di un vuoto normativo, in una compensazione tra le scarse pronunce dei tribunali nazionali e le più consistenti (anche sul piano del ragionamento giuridico) sentenze delle corti europee e statunitensi.

In dettaglio, nel primo capitolo si intende focalizzare l'indagine con riguardo particolarmente alle creazioni artistiche contemporanee di tipo effimero e dematerializzato, dopo aver richiamato i requisiti generali di tutela di un'opera d'arte figurativa ai sensi della regolamentazione autoriale e verificato la misura della loro adattabilità a simili lavori, anche alla luce dell'esegesi dottrinale e giurisprudenziale sul punto e ad una comparazione tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*.

Segue al secondo capitolo un tentativo di inquadramento normativo delle forme d'arte appropriativa tra la sussunzione in fattispecie giuridicamente note (su tutte l'elaborazione di carattere creativo e la parodia) e l'individuazione di uno spazio autonomo di tutela ad esse attribuibile. A tal fine sosterrà le argomentazioni proposte un richiamo tanto alla giurisprudenza nazionale (con particolare riferimento al caso "Giacometti Variations" del 2011, considerato il *leading case* italiano sul tema) ed internazionale, quanto all'elaborazione della dottrina statunitense del *fair use*, strumento ampiamente utilizzato oltreoceano per l'individuazione delle condizioni di liceità ed ammissibilità dell'*appropriation art*.

Dopo aver delineato staticamente i tratti distintivi dei due generi artistici da una prospettiva giuridica, si procederà ad una verifica dinamica della loro idoneità a costituire validamente oggetto di negozi giuridici, attraverso un'analisi delle principali problematiche che pone la circolazione di queste creazioni sul mercato, in primo luogo relative all'attribuzione di

paternità e all'accertamento dell'autenticità, con un approfondimento inerente alla validità dei certificati che ne attestano l'originalità, nonché ai soggetti legittimati al loro rilascio, per concludere con una disamina relativa al tema dei falsi d'autore e all'esercizio del diritto di disconoscimento dell'opera ritenuta non autentica da parte del suo legittimo autore.

CAPITOLO PRIMO

LA TUTELA GIURIDICA DELL'OPERA D'ARTE CONTEMPORANEA TRA MATERIALITÀ E DEMATERIALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1.1 La tutela dell'opera d'arte contemporanea nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme - 1.2. Requisiti per la tutela giuridica dell'opera d'arte secondo la normativa italiana - 1.2.1 La creatività quale elemento cardine della protezione autoriale - 1.2.2. La novità quale requisito ulteriore, tra teorie oggettive e soggettive - 1.3. Opera d'arte e disegno industriale: il valore artistico quale confine tra generi affini - 1.4 *Fixation* e materialità dell'opera tra ordinamenti di *common law* e di *civil law* - 1.5 La sfida dell'arte contemporanea al diritto: dematerializzazione dell'opera e opere d'arte effimere - 1.6 Dematerializzazione artistica: significato e conseguenze giuridiche

1.1 La tutela dell'opera d'arte contemporanea nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme

La disciplina giuridica delle forme in cui si esprime l'arte contemporanea trova garanzia nell'ordinamento italiano in particolare nel dettato del Codice Civile⁴ e nella normativa posta a tutela del diritto d'autore e diritti connessi, legge 22 aprile 1941 n. 633⁵, la quale protegge

⁴ In particolare agli artt. 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*") e seguenti.

⁵ Naturalmente l'opera d'arte, in quanto forma di manifestazione creativa del pensiero, trova protezione anche al più alto rango costituzionale, in particolare all'art. 21, laddove si sancisce che "*tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*", ponendo quale unico limite il rispetto del buon

espressamente, tra le altre, l'opera d'arte quale opera dell'ingegno a carattere creativo.

Va sin d'ora detto, in via preliminare, che il sistema autoriale italiano, come nella maggior parte dei casi in cui si è in presenza di un ordinamento di *civil law*, è particolarmente imperniato sulla tutela della figura del soggetto-artista, diversamente da quanto di norma accade negli ordinamenti di *common law*, che mostrano una maggiore focalizzazione sulla protezione sull'oggetto-opera d'arte. Tale distinzione, che in apparenza potrebbe sembrare meramente classificatoria, in realtà produce differenze non marginali in ordine all'orientamento generale della normativa, specificamente con riguardo all'oggetto di tutela: un impianto maggiormente incentrato sulla protezione dell'autore, infatti, tenderà a focalizzare sull'operato di questi, e non tanto sul prodotto dell'attività creativa, lo strumento della tutela autoriale. Con ciò determinando una flessibilità più pronunciata in merito all'interpretazione della nozione stessa di "opera dell'ingegno a carattere creativo" e, conseguentemente, una predisposizione maggiore, almeno in via generale, alla tutela di forme espressive anche non materialmente connotate.

Diverso e più restrittivo è invece l'approccio da parte degli ordinamenti, quali quelli anglosassoni, che insistono più strenuamente sull'oggetto-opera dell'ingegno più che sul suo autore o sul processo creativo che l'ha generata: essi difficilmente abbandonano una dimensione di stretta materialità dell'opera, considerandola al contrario un requisito necessario e

costume (peraltro declinato nella norma dell'art. 528 c.p., che punisce le pubblicazioni e gli spettacoli osceni). Ciononostante, il successivo art. 33 Cost., prevedendo espressamente che "*l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*", pare sdoganare l'attività artistica da qualsivoglia vincolo espressivo, compreso quello del buon costume. E tale privilegio, riconosciuto testualmente dalla Carta fondamentale, si riverbera nella particolare disciplina dell'art. 529 c.p., nella misura in cui viene prevista una causa di esclusione della punibilità proprio con riguardo all'opera d'arte c.d. oscena (ex art. 529: "*agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza*"). Ulteriori e più specifici riferimenti si rinvencono inoltre nel Codice dei Beni Culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) e in altra normativa di settore, sui quali si avrà modo di tornare più avanti.

imprescindibile per l'insorgere della protezione autoriale. Su questa dicotomia tra soggetto autore e oggetto tutelato e sulle ricadute che ha prodotto in relazione alla configurazione giuridica delle opere d'arte cosiddette effimere o dematerializzate, si tornerà più avanti.

Venendo alla normativa italiana, la disciplina autoriale pone specificamente ad oggetto della protezione giuridica l'opera d'arte in quanto prodotto del processo espressivo creativo del soggetto artista⁶, nonché quest'ultimo quale titolare dei diritti morali e di utilizzazione economica che da tale creazione derivano⁷, non includendo invece nell'ambito di tutela l'idea creativa in sé, da cui origina l'opera, né tantomeno la valenza o gradiente artistico di questa⁸. Tale assunto è efficacemente evidenziato in apertura del testo normativo, laddove l'art. 1.1 precisa che la legge protegge l'opera "*qualunque ne sia il modo e la forma di espressione*"⁹.

⁶ Naturalmente per autore si intende colui che all'atto della creazione si qualifichi come tale, anche nel caso in cui lo stesso si manifesti con uno pseudonimo, ovvero anche all'anonimo che però, per sollecitare l'attivazione della tutela in questione, è obbligato a rivelare la propria identità.

⁷ Tale è la cosiddetta struttura dualistica del diritto d'autore, riconosciuta e seguita da dottrina e giurisprudenza maggioritarie. Ad essa si oppone la teoria della struttura cosiddetta monistica della normativa autoriale, secondo la quale esso risulterebbe quale espressione di un omogeneo ed unico diritto della persona dell'autore, sia pure con rilievi di natura patrimoniale (cfr., tra gli altri, DE SANCTIS, *Il diritto d'autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche, Commentario agli artt. 2575-2583 c.c.*, Milano 2012); SPADA, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Ed. Giappichelli, Torino, 2012.

⁸ Per una panoramica sui diritti morali e di utilizzazione economica derivanti dalla tutela autoriale si veda, tra i molti, GUTIERREZ, *La tutela del diritto di autore*, Giuffrè Editore, Torino, 2008; MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del Codice Civile* (a cura di Francesco Galgano), Zanichelli/Il Foro italiano, Roma, 2008; NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte - L'arte, il diritto e il mercato*, Ed. Skira, 2012 (in particolare NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *L'arte e il diritto d'autore*, pp. 61 ss.).

⁹ Tale formulazione è stata adottata a partire da quella contenuta nella Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche (entrata in vigore 2 dicembre 1886), da ultimo riformata ad opera dell'Atto di Parigi del 24 luglio 1971, ratificato in Italia con Legge 20 giugno 1978 n. 399. L'art. 2 della Convenzione prevede infatti che "*l'espressione opere letterarie ed artistiche comprende tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*". A tale enunciazione di carattere generale segue poi un'elencazione di opere, da considerarsi a carattere meramente esemplificativo, che trovano espressa tutela nella normativa citata. Per un approfondimento sul punto si veda, *ex pluribus*, GALTIERI, *La protezione internazionale*

La scelta del legislatore, dunque, ben lungi dall'articolarsi in complesse classificazioni di tipo valoriale o soggettivo in merito al prodotto artistico (classificazioni che, evidentemente, avrebbero implicato valutazioni di tipo extra-giuridico sul concetto di artisticità, valore estetico e stile o gusto creativo¹⁰), ha inteso procedere ad una elencazione di natura oggettiva delle forme e tipologie attraverso cui può manifestarsi l'espressione artistica.

In particolare, nel novero delle opere protette dalla normativa autoriale sono espressamente ricomprese quelle appartenenti all'ambito delle arti figurative (art. 1.1 l.d.a.¹¹), che, secondo un'elencazione esemplificativa (art. 2 n. 4 l.d.a.), sono quelle *“della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e di altre arti figurative similari, compresa la scenografia”*.

La peculiarità della normativa autoriale è la tendenza ad accreditare l'opera nella sua dimensione compiuta¹², con la naturale conseguenza che la relativa tutela viene paradigmata non già in ragione dell'idea artistica, bensì del risultato finale, ossia dell'opera finita.

Ciò che risulta godere della protezione del diritto d'autore non è allora l'idea creativa in sé intesa, per quanto possa manifestare un sia pur elevato

delle opere letterarie ed artistiche e dei diritti connessi, CEDAM, Padova, 1989. Sull'interpretazione e sul processo redazionale che ha condotto all'adozione della formula di cui all'art. 1 l. 633/1941 si rimanda alla bibliografia sub. nota 5.

¹⁰ Per una recente ricognizione in ordine alla nozione di arte e opera d'arte in chiave filosofica ed estetica, si veda ANDINA, *Filosofia dell'arte*, Ed. Carocci, Roma, 2012.

Per un'interpretazione giuridica del concetto di "arte" si rimanda a GRISOLIA, voce *Arte*, in *Enciclopedia del Diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1958 (e successivi *addenda*), pp. 96 ss.

¹¹ Ai sensi dell'art. 1 Legge 22 aprile 1941, n. 633 *“Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.*

Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore”. Per un'analisi sull'inquadramento normativo autoriale dell'opera d'arte figurativa, si veda ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, CEDAM, Padova, 2003. Per uno studio più risalente, in ottica di ricostruzione storica dell'evoluzione dottrinale sul tema, cfr. SORDELLI, *L'opera d'arte figurativa nel diritto d'autore*, in *Il diritto d'autore*, 1-2, 1978, pp. 14-35.

¹² Cfr., *ex pluribus*, Cass. civ., 23 novembre 2005, n. 25494, in *Diritto di autore*, 2006, n. 2, pp. 213 ss..

grado di originalità, bensì l'esteriorizzazione di essa, la quale, per poter essere tutelata, deve in certo modo consolidarsi nel mondo esterno in un'espressione nuova in grado di trasmettere un autonomo significato artistico¹³.

La normativa richiede e ritiene sufficiente ai fini della protezione giuridica dell'opera d'arte l'espressione dell'ideazione creativa, concepita quale manifestazione dell'opera stessa. Ciò premesso, la forma e il modo di esteriorizzazione della creazione possono assumere i connotati più differenti, non prescrivendo il dettato normativo alcun tipo di esternalizzazione specifica o particolari modalità attraverso cui realizzare il risultato creativo.

La protezione autoriale è dunque tutela della forma attraverso cui l'idea originale dell'artista viene pubblicamente comunicata e portata a conoscenza dei terzi¹⁴.

Come detto, all'autore viene riconosciuta a titolo originario e, soprattutto, senza alcun bisogno di espletare formalità di tipo costitutivo né tanto meno la necessità di incorporazione dell'opera su un supporto oggettuale, una serie di posizioni giuridiche soggettive attive di natura tanto morale quanto patrimoniale. Tale è pertanto il principio primo e generale della materia: è la realizzazione dell'opera dell'ingegno a carattere creativo (e segnatamente, per quanto qui ci riguarda, l'opera d'arte), dunque un fatto, a

¹³ In tal senso NEGRI CLEMENTI e STABILE in *L'arte e il diritto d'autore*, in *Il diritto dell'arte*, vol. I, Skira, 2012

¹⁴ Un simile impianto concettuale trova peraltro riscontro anche nell'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale - TRIPS, nella misura in cui si ribadisce esplicitamente che la protezione del diritto d'autore riguarda le opere dell'ingegno a carattere creativo, le forme espressive e non le mere idee. L'accordo TRIPS (acronimo per *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) è un trattato internazionale promosso dalla World Trade Organization, firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1995. Esso reca norme riguardanti l'esistenza, la portata e l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale: si tratta perlopiù della definizione di requisiti generali cui le legislazioni dei Paesi aderenti sono tenute ad uniformarsi con specifico riguardo, tra gli altri, alla tutela autoriale. L'art. 9, punto 2, in particolare stabilisce che *"la protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali"*. La formulazione chiara e l'identificazione esplicita del confine tra l'oggetto di tutela e ciò che invece ricade al di fuori della copertura normativa pare suggerire una lettura piuttosto restrittiva, ancora in via generale ancorata al principio della necessaria materialità dell'opera creativa.

determinare l'insorgere della protezione giuridica assicurata dalla normativa autoriale. Per converso, l'idea che non si realizza in un'opera d'arte creativa non potrà trovare tutela giuridica.

È allora il fatto creativo, nella misura in cui esso riguarda la forma espressiva del bene artistico e non la mera idea che pure ne sta a fondamento, a costituire il fattore identificativo tanto dell'oggetto del diritto quanto del titolo originario d'acquisto dell'esclusiva riconosciuta all'artista autore dell'opera¹⁵.

1.2. *Requisiti per la tutela giuridica dell'opera d'arte secondo la normativa italiana*

1.2.1. *La creatività quale elemento cardine della protezione autoriale*

La disciplina italiana sul diritto d'autore annovera, come anticipato, all'interno della previsione normativa tutte le forme di espressione artistica, qualunque ne sia la modalità o la forma, purché si tratti di un prodotto dell'ingegno a carattere creativo. E ciò evidentemente assume particolare significato nel caso dell'opera d'arte figurativa. La protezione giuridica offerta dal dettato legislativo, in altri termini, scaturisce al verificarsi di determinati requisiti in capo al bene oggetto di tutela.

¹⁵ Così, tra gli altri. FABIANI, *Disumanizzazione dell'arte e diritto d'autore*, in *Il diritto di autore*, 1970, p. 10.; AUTERI, *Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009; GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè Editore, Milano, 2001. Per un'analisi più risalente, ma sostanzialmente invariata quanto ad impianto generale, si rimanda a ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Giuffrè Editore, Milano, 1963. Va peraltro evidenziato che l'individuazione del carattere creativo quale requisito centrale e inderogabile per la tutelabilità dell'opera risulta una costruzione indipendente da parte della normativa italiana rispetto al modello offerto dalla citata Convenzione di Berna, della quale invece appare ricalcata dal nostro legislatore l'elencazione delle tipologie di opere dell'ingegno che godono di tutela.

Anzitutto, perché sussista tale riconoscimento normativo, occorre che l'opera d'arte presenti il carattere della creatività¹⁶.

Se agevole è l'individuazione di massima di tale requisito, meno pacifica ne è la definizione e l'estensione del contenuto, trattandosi di un concetto con implicazioni semantiche di natura extragiuridica che involve competenze e sensibilità ulteriori rispetto a quelle proprie del giurista. Lungi dall'addentrarsi in questa sede in un tentativo definitorio della nozione di creatività in senso assoluto, giova tuttavia compiere una sia pur breve ricognizione dei confini interpretativi riscontrabili nel territorio proprio del diritto, assunto che una sua chiara definizione non è rinvenibile né nella normativa codicistica né in ambito di legislazione speciale, così come non è possibile riscontrare un'unanime impostazione dottrinale al riguardo¹⁷.

È allora attraverso l'accertamento di fatto, condotto di volta in volta sulla singola opera, che viene elaborato un criterio sufficientemente affidabile per il riconoscimento dell'esistenza del carattere creativo.

Gli estremi tra cui occorre operare per rinvenire il grado di creatività necessaria e sufficiente per determinare la tutela dell'opera sono quelli dell'originalità totale ed assoluta dell'opera da una parte¹⁸ e la banalità ordinaria o forma standardizzata, necessitata da ragioni tecnico-operative del bene, dall'altra¹⁹.

¹⁶ Ciò è ribadito dall'art. 1 l.d.a., laddove si esplicita che "sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo [...]".

¹⁷ A titolo esemplificativo, si veda il commento all'art. 1 l.d.a., in MARCHETTI e UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2012, p. 1330; SPADA, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, op. cit.; MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del Codice Civile*, op. cit..

¹⁸ Si tratta in questo caso, quasi più che originalità, di vera e propria genialità creativa (si può al riguardo applicare analogicamente l'analisi proposta da Fabiani a proposito dei testi normativi in FABIANI, *Sul "minimum" di creatività richiesto per la protezione di testi normativi commentati* (Nota a Cass. 2 dicembre 1993 n. 11953), I.D.A. 1994, p. 600.

¹⁹ Come affermato, tra le altre, dalla Corte d'Appello di Torino, ai fini della tutela autoriale un'opera "deve evidenziare un sia pur minimo apporto di gratuità espressiva, riconoscibile dai terzi quale libera modalità esteriore dell'oggettività (reale o immaginaria) rappresentata. Tale estrinsecazione [...] non deve essere strettamente necessitata né dalla natura stessa dell'opera, né dall'uso tipico del prodotto economico in cui essa si sostanzia" (così Corte di

Due sono gli impianti definitivi contrapposti: secondo un primo orientamento, senza dubbio maggioritario, non sarebbe richiesto, al fine della protezione giuridica di un'opera d'arte, un livello particolarmente alto di creatività. Si tratta della cosiddetta "creatività semplice", presente allorché l'autore abbia manifestato una sia pur minima scelta arbitraria e personale nella realizzazione dell'opera scegliendo, fra le varie possibilità espressive della stessa, quella che più risponde al proprio gusto e alla propria personalità²⁰. Cioè a dire che, per manifestare ed esteriorizzare un'idea o anche semplicemente un'informazione, l'autore deve aver compiuto una qualche operazione selettiva del modo attraverso cui realizzarla, tra i molti possibili a disposizione. La forma esterna in cui si identifica e si mostra l'atto creativo deve perciò portare con sé una traccia dell'artista in grado di rifletterne l'individualità espressiva²¹. Il concetto giuridico di creatività va

App. Torino, 7 aprile 2006, in I.D.A. 2006, p. 565). Nel caso specifico la sentenza riconosce carattere creativo (e dunque protezione giuridica), ad una mappa cittadina con annesso stradario, secondo l'orientamento maggioritario che ritiene necessario e sufficiente il requisito di una creatività semplice ai fini della tutela.

²⁰ Secondo quanto ribadito da una recente pronuncia di merito, *"la creatività, quindi, non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia. La creatività, nell'ambito di tali opere dell'ingegno, non è costituita dall'idea in sé, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende, e che in quanto tale rileva per l'ottenimento della protezione"* (così Trib. Napoli, sez. specializzate, sentenza 27 febbraio 2014, n° 3085; in senso analogo Cass., 12 marzo 2004, n. 5089, in *Riv. Dir. Ind.*, 2005, fasc. VI, parte II, p. 327).

²¹ Il bisogno di un'interpretazione di natura soggettiva della nozione di creatività è stato molte volte ribadito dalla Cassazione, per cui *"il concetto giuridico di creatività [...] non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi per converso alla personale ed individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della Legge citata (n. 633/1941, ndr), di modo che un'opera dell'ingegno riceve protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, sia pur 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"* (Cass. 23 aprile 2013 n. 9757, in *Riv. Dir. Ind.* 2014, II, p. 207). Una simile impostazione ha trovato ulteriore conferma in una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la quale, in riferimento alla fotografia artistica, ha affermato che una *"creazione intellettuale appartiene al suo autore se rispecchia la personalità di quest'ultimo"* e ciò *"si verifica se l'autore ha potuto esprimere le sue capacità creative nella realizzazione dell'opera effettuando scelte libere e creative"*

dunque riferito non tanto al contenuto esposto, quanto alla forma interna ed esterna della esposizione²².

Vi è poi che sostiene, a corollario di tale principio, che il maggiore o minore ampliamento di tutela riconosciuta dalla normativa all'opera d'arte creativa possa essere ritenuto direttamente proporzionale al gradiente di apporto personale e singolare dell'autore al bene artistico²³.

Per converso, là dove non sia ravvisabile nel bene artistico un'estrinsecazione della personalità dell'artista o, quanto meno, un suo intervento attivo nella realizzazione di essa, non potrà essere riconosciuta in via generale creatività.

A tale orientamento se ne contrappone un secondo, in verità minoritario rispetto al precedente, in base al quale non basterebbe un livello di creatività minima o semplice a determinare l'insorgere della protezione giuridica dell'opera, ma è richiesto, ai fini di tutela, un gradiente di creatività cosiddetta "qualificata": differentemente da quanto detto nel primo caso, in questa ipotesi l'autore deve essere in grado di trasmettere la propria personalità, nella realizzazione dell'opera d'arte, secondo un interesse apprezzabile da un punto di vista artistico e culturale. In altri termini non sarebbe sufficiente che l'artista intervenga sull'esecuzione del bene artistico semplicemente limitandosi a scegliere una modalità espressiva dell'idea creativa tra le molte possibili (magari connotata da un apporto personale

(così Corte di Giustizia UE, 1 dicembre 2011, causa C 145/10, in www.curia.eu, punti 88-89).

²² Così Trib. Torino, Sez. I spec. impresa, 14 marzo 2014, secondo cui "Se è da considerare la forma e non l'idea di un'opera, il criterio della creatività richiesto dall'art. 1 l.d.a. dovrà essere valutato proprio in relazione alla predetta forma: costituisce opera dell'ingegno qualsiasi opera espressa, purché creativa. Il criterio della creatività non risponde a indici di bellezza o di artisticità, di per sé soggettivi e, per alcune tipologie di opere, difficilmente riscontrabili, ma è integrato da un atto creativo dell'autore, seppur minimo, in grado di personalizzare e/o di rilevare il personale apporto di quest'ultimo sull'opera".

²³ Nel senso, ad esempio, che variazioni del tutto minime potranno escludere la contraffazione di un'opera d'arte nella misura in cui la creatività preesistente nell'opera originaria (che si suppone plagiata) non sia percepibilmente elevata (in questo senso si esprimono NEGRI CLEMENTI e STABILE in *L'arte e il diritto d'autore*, in *Il diritto dell'arte*, vol. I, Skira, 2012, richiamando, tra gli altri, MALKAN, *What is a copy?*, in *Cardozo Arts & Entertainment L. J.*, vol. 23, 2005, p.427).

minimamente apprezzabile), ma deve, per così dire, imprimere all'opera un valore distintivo forte, oggettivamente riconosciuto e riconoscibile quale *quid pluris* di significato da parte dell'osservatore.

1.2.2. *La novità quale requisito ulteriore, tra tendenze oggettive e soggettive.*

Nonostante la lettera della legge sia chiara nel definire la creatività della realizzazione artistica quale requisito necessario e, al tempo stesso, sufficiente per l'acquisizione della protezione autoriale, acceso è il dibattito dottrinale in merito alla sussistenza di aspetti ulteriori affinché l'opera possa giovare della tutela offerta dalla legge.

Fra essi particolare attenzione è rivolta alla nozione di novità. Se la creatività originale è il risultato di un'attività dell'ingegno umano non banale che costituisce il risultato di una elaborazione intellettuale capace di rivelare la personalità dell'autore, la novità va invece intesa come la presenza di elementi caratterizzanti ed essenziali tali da distinguere l'opera da quelle precedenti.

Non sarebbe sufficiente allora, secondo un orientamento ormai assolutamente dominante²⁴, che l'opera dell'ingegno di stampo artistico presenti solamente un aspetto creativo, ma occorre anche che realizzi qualcosa che in precedenza non c'era, senza limitarsi a ripetere ciò che è già stato creato da altri artisti. Si tratta di una novità di tipo oggettivo, che verrebbe meno nella misura in cui l'opera realizzata ne ricalchi un'altra

²⁴ Sulla scia di tale orientamento PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore: commentario della nuova legge 22 aprile 1941 - XIX, n.633*, Ed. UTET, Torino, 1943, p.249 (dello stesso autore, benché più risalente, ma ugualmente utile ai fini di una ricostruzione in chiave storica del pensiero in merito a tali istituti: *Del diritto di autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, Ed. UTET, Torino, 1907; *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel diritto interno italiano comparato col diritto straniero*, Ed. UTET, Torino, 1927); ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 705; GRECO, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 1974, vol. XI, p. 46-48.

preesistente²⁵. Tale aspetto, nient' affatto marginale, viene particolarmente in evidenza in quelle forme d' arte di tipo appropriativo, delle quali ci occuperemo più avanti, in cui l' opera consiste nella sostanziale riproposizione di un' opera preesistente della quale viene tuttavia radicalmente cambiato il contenuto semantico. Per tale tipologia di opere, infatti, altro è considerarle quale semplice duplicazione di un bene artistico già realizzato, nelle quali lo stravolgimento di significato nulla aggiunge alla creatività impressa dall' artista che ha realizzato l' opera originaria; altro è invece elevarle al rango di opere creative esse stesse, meritevoli di tutela autoriale nella misura in cui il cambiamento semantico non è valutato quale mera aggiunta posticcia, ma come contributo originale, pienamente ed autonomamente rappresentativo dell' unicità della personalità dell' artista e del suo estro creativo.

Va però chiarito, in tema di anteriorità, quali siano le opere realmente opponibili alla nuova creazione artistica: se cioè soltanto le opere che godono di una notorietà indiscutibile (oggettivamente verificabile attraverso, ad esempio, pubblicazioni ed esposizioni) o se invece indiscriminatamente tutte quelle realizzate prima di quella in esame. Pur ravvisandosi elementi di giustificazione a sostegno di entrambe le ipotesi, va tuttavia preferita la prima, non foss' altro per una ragione di più agevole semplicità probatoria.

Alla novità oggettiva taluni contrappongono una novità intesa invece unicamente quale proiezione dell' impegno creativo dell' autore sull' opera d' arte realizzata: è ad esso soltanto (e dunque alla persona dell' artista) che viene ricondotta la protezione autoriale, in quanto già la manifestazione espressiva del genio soggettivo costituisce quel qualcosa di nuovo richiesto dalla norma.

Il perno attorno a cui ruoterebbe la tutela, secondo tale impostazione soggettiva della nozione di novità, non è allora tanto rappresentato

²⁵ In questo senso UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2012, in cui viene particolarmente fatto richiamo alla sentenza Trib. Milano 18 dicembre 1997 (commentata anche in AIDA, 1998, p. 551).

dall'essere un *unicum* non precedentemente esistente dell'opera d'arte protetta, quanto piuttosto il fatto di comunicare un valore che incorpora l'individualità dell'artista, con ciò avvalorando ancora una volta la centralità dell'elemento creativo²⁶.

A titolo meramente esemplificativo, la rilevanza della diversa impostazione interpretativa si può ben cogliere, sul piano applicativo, in quelle particolari forme espressive dell'arte contemporanea, oltre alla già menzionata arte appropriativa, che ricadono nella categoria dei cosiddetti *ready-made*, ossia opere artistiche che consistono in utensili ed oggetti di uso comune (perlopiù tratti dalla pubblicità, dal mondo della comunicazione e dalla cultura di massa) prelevati dal loro contesto di origine ed inseriti in uno spazio e contesto artistico (sia esso un museo, una galleria d'arte od un altro luogo espositivo) e che dunque, per ciò stesso, divengono opere d'arte²⁷.

Con riferimento a tale tipologia di creazioni, un ancoraggio all'orientamento interpretativo della novità cosiddetta oggettiva potrebbe determinare un ulteriore e gravoso ostacolo ad un loro riconoscimento nei termini della tutela autoriale, poiché imporrebbe di non rinvenire

²⁶ L'oscillazione interpretativa tra una nozione di tipo oggettivo ed una soggettiva del concetto di novità non è scevra di ricadute sul piano applicativo, ad esempio per ciò che concerne la disciplina dei c.d. incontri fortuiti o coincidenze creative, che si manifestano allorquando "due o più autori, all'insaputa l'uno dell'altro, senza conoscere l'uno l'opera dell'altro, creino, contemporaneamente o in tempi successivi, opere se non identiche [...], quanto meno simili in modo tale che null'una possa riconoscersi l'apporto intellettuale dell'altra" (cfr. tra i molti, ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, CEDAM, Padova, 1978, p. 131).

²⁷ Si pensi, tra i molti esempi possibili, alle celeberrime opere di Marcel Duchamp (*Fontaine*, orinatoio di ceramica, originariamente esposto in una galleria newyorkese nel 1917, dopo essere stata rifiutata dalla Società degli Artisti indipendenti di New York e successivamente perduta. Copie autorizzate dell'opera si trovano oggi esposte al Centre Georges Pompidou di Parigi e alla Galleria Nazionale di Arte Moderna di Roma), di Andy Warhol (*Lavender Marilyn*, 1962, serigrafia e acrilico su tela preparata. Stoccarda, Collezione Uli Knecht) o di Piero Manzoni (*Merda d'artista*, 1961, barattolo in latta da conserva con escrementi d'autore. Milano, Museo del Novecento). In tali opere l'artista prende a prestito dalla realtà oggetti e utensili di uso comune o tipici del mondo della pubblicità, del marketing e della comunicazione per farne delle vere e proprie opere d'arte grazie ad un'operazione di tipo squisitamente concettuale, che molto spesso non ne altera minimamente le caratteristiche fisiche, ma incide esclusivamente su una loro particolare contestualizzazione nello spazio o relazione con il pubblico/spettatore.

un'antiorità dell'opera medesima. Il che è evidentemente ossimorico con riguardo proprio al *ready-made*, dato che l'essenza stessa di questi lavori è data dal riproporre tal quale un oggetto già esistente, confinandosi la dimensione creativa su un piano quasi totalmente concettuale. Si giungerebbe allora all'estrema conseguenza di negare protezione giuridica a questa tipologia di opere solo perché da un punto di vista meramente materiale non sono in grado di avere (*rectius*: l'artista esplicitamente non vuole che esse abbiano) alcun nuovo elemento rispetto all'oggetto che rappresentano.

L'impianto soggettivo del requisito della novità appare allora non solo meno restrittivo sul piano interpretativo, ma anche più coeso alla formula ampia della previsione normativa dell'art. 1 l.d.a. la quale, con non scontata lungimiranza, ricomprende all'interno della protezione autoriale qualunque opera che dimostri creatività, esplicitamente consentendo all'autore-artista di esprimerla con piena libertà di mezzi, modi o forme.

1.3. Opera d'arte e disegno industriale: il valore artistico quale confine tra generi affini

Tornando all'elencazione delle opere oggetto della tutela autoriale ai sensi della l. 633/1941, va detto che, prima dell'attuale formulazione, l'art. 2 n. 4 faceva menzione, tra le opere dell'arte figurativa, anche di quelle applicate all'industria, la cui protezione era subordinata alla verifica di una scindibilità del valore artistico dal carattere ed uso industriale del prodotto cui risultano associate. Tale separabilità richiesta dalla lettera della legge era da intendersi di tipo ideale e non materiale, cioè a dire che il valore artistico ben poteva risultare concretamente incorporato nel manufatto industriale, ma appariva necessario riuscire ad identificarlo come un qualcosa di concettualmente diverso rispetto ad esso. Il maggiore problema interpretativo di ricomprendere queste opere industriali all'interno dell'ambito delle opere

d'arte figurativa era dato dall'elevato tasso di confondibilità che essi presentavano con i modelli e disegni ornamentali, regolati dall'art. 5 del R.D. 25 agosto 1940, n. 1411²⁸. Questi ultimi costituivano, in base al dettato normativo, decorazioni volte a conferire a determinati prodotti industriali uno speciale ornamento per la forma, una particolare combinazione di linee, colori o altri elementi. L'art. 5 prevedeva specificamente che a questo tipo di decorazione dei prodotti industriali non si applicassero le disposizioni inerenti al diritto d'autore²⁹. La protezione giuridica conferita a tali disegni era infatti di tipo esclusivamente brevettuale³⁰ e condizionata pertanto all'esistenza dei caratteri di novità e originalità del prodotto cui si riferivano, i quali dovevano essere verificati all'atto del deposito della domanda di registrazione³¹.

²⁸ In base al quale *“possono costituire oggetto di registrazione i disegni e modelli che siano nuovi ed abbiano carattere individuale. Per disegno o modello s'intende l'aspetto dell'intero prodotto o di una sua parte quale risulta, in particolare, dalle caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale e/o dei materiali del prodotto stesso e/o del suo ornamento [...]”*. L'articolo è stato modificato dall'art. 9, comma 2, l. 14 febbraio 1987, n. 60 e, successivamente, sostituito dall' art. 1, comma 1, D. lgs. 2 febbraio 2001, n. 95 in attuazione della direttiva n. 98/71/CE del 13 ottobre 1998 sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli.

²⁹ Il citato art. 5 della l. 1411/1940, così come modificato dall'art. 9 della l. 60/1987, prevedeva infatti che *“possono costituire oggetto di brevetto per modelli e disegni ornamentali i nuovi modelli o disegni atti a dare, a determinati prodotti industriali, uno speciale ornamento, sia per la forma, sia per una particolare combinazione di linee, di colori o di altri elementi. Ai modelli e disegni suddetti non sono applicabili le disposizioni sul diritto di autore, nonché le disposizioni di cui all'articolo 27-ter del R.D. 29 giugno 1939, n. 1127, e successive modificazioni”*.

³⁰ L'art. 38 del Codice di Proprietà Industriale (c.p.i.) afferma che *“i diritti sui disegni e modelli sono attribuiti con la registrazione”*. L'art. 11 del Regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001 su disegni e modelli comunitari (RDC) apporta un'eccezione a tale regola poiché statuisce che *“il disegno o modello che possieda i requisiti di cui alla sezione 1 è protetto come disegno o modello comunitario non registrato per un periodo di tre anni decorrente dalla data in cui il disegno o modello è stato divulgato al pubblico per la prima volta nella Comunità”*. Detta norma introduce l'istituto dell'*unregistered design* e il relativo contenuto consente di dire che è opera del disegno industriale non solo quella che viene depositata presso i competenti registri come tale, ma anche quella che presenta *“i requisiti di cui alla sezione 1”* del RDC, ossia, oltre alla novità ed al carattere individuale, anche il fatto di essere un *“prodotto”* od una *“sua parte”* (cfr. BALBONI, *La tutela d'autore del delle opere di design: questioni di coordinamento normativo*, reperibile online a http://www.bugnion.it/approfondimenti/documenti/Balboni_La%20tuteladautoreDelleOpereDiDesign.pdf).

³¹ Sul punto si veda PELLEGRINO-D'AMMASSA, *Le opere dell'ingegno industriale*, in *Diritto d'autore*, 2014, pp. 2 ss.; DI CATALDO-SARTI-SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul*

Il problema ermeneutico ed applicativo era dunque la separazione che il legislatore aveva compiuto tra le opere del design industriale, accorpate nella formulazione normativa originaria alle opere d'arte figurativa di cui all'art. 2, n. 4 l.d.a., e i disegni e modelli ornamentali, esclusi *tout court* dalla protezione autoriale³². La questione si poneva con maggior peso proprio in relazione alla possibilità di ricomprendere questi ultimi nel diritto d'autore, alla luce soprattutto di una non marginale ambiguità definitoria del genere e della varietà di tipologie di casi pratici non nettamente inquadrabili nell'una o nell'altra categoria. Ciononostante, trovando ancoraggio proprio nella richiamata formulazione dell'art. 2 l.d.a., si era preferito adottare il criterio della scindibilità del valore artistico della decorazione dal prodotto industriale ad essa unito per distinguere tra opera d'arte, protetta dalla normativa d'autore, e disegno ornamentale, tutelato in ambito brevettuale.

Ad armonizzare la disciplina è intervenuta la direttiva n. 98/71/CE del 13 ottobre 1998 sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, attuata in Italia con il d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 95³³, il quale ha modificato l'art. 2 l.d.a. eliminando il riferimento alle opere applicate all'industria ed ha aggiunto l'art. 12 *ter*³⁴ specificamente inerente ai disegni industriali. È stato poi modificato l'art. 5 R.D. 1411/1940 nella parte in cui vietava l'estensione della protezione autoriale anche ai modelli e disegni ornamentali. All'elenco contenuto nell'art. 2 è stato inoltre aggiunto il n. 10, il quale ricomprende

Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee sulla tutela giuridica dei disegni industriali, in *Riv. Dir. Ind.*, 1993, I, p. 55. Il tema della verifica dei requisiti di creatività, originalità e novità si è posto anche in relazione ai software: si veda sul punto Cass., 12 gennaio 2007, n. 581, in *A.I.D.A.*, 2008, p. 462.

³² Cfr. sul punto MAURI, *Il disegno industriale: tutela delle opere e dei progetti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011, n. 1, II, pp. 22 ss..

³³ Cfr. CHIMIANTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore - V Edizione - Aggiornato con le recentissime disposizioni sul Contrassegno SIAE (D.P.C.M. 338/2001) e con la nuova disciplina sul Disegno industriale, (D.lgs. 95/2001 e D. lgs. 164/2001)*, Giuffrè, 2002; AUTERI, *La futura disciplina europea del design fra tutela del diritto d'autore e repressione della concorrenza*, in *Contr. e Impr./Eur.*, 1998, p. 229.

³⁴ Stabilisce l'art. 12 *ter* l.d.a. che "Salvo patto contrario, qualora un'opera di disegno industriale sia creata dal lavoratore dipendente nell'esercizio delle sue mansioni, il datore di lavoro è titolare dei diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera".

testualmente nella tutela autoriale “*le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico*”. La formulazione attuale subordina pertanto la protezione autoriale delle opere del disegno industriale alla sussistenza di un *quid pluris* rispetto alle altre opere dell’ingegno, per le quali è puramente richiesto che esse siano di carattere creativo (art. 1 l.d.a.). Questo elemento ulteriore è appunto dato dal valore artistico, che dunque costituisce terreno di confine rispetto all’opera d’arte *tout court*. Con la conseguenza che, laddove un bene sia riconosciuto quale opera del disegno industriale, il sindacato in ordine alla sua proteggibilità ai sensi della normativa autoriale risulterà più severo rispetto a quello previsto per le altre opere dell’ingegno a carattere creativo. Oltre a tale aggiunta, il d.lgs. 95/2001 ha provveduto ad eliminare, al n. 4 dell’art. 2, il riferimento alle opere delle arti figurative applicate all’industria: esse sono dunque oggi protette quali opere dell’ingegno, a condizione che presentino carattere creativo, senza la necessità di ricorrere all’elaborazione interpretativa dell’elemento della scindibilità tra valore artistico e prodotto industriale, con ciò ulteriormente avvicinandole alla categoria dei disegni e modelli ornamentali³⁵.

La legge di attuazione della direttiva ha peraltro introdotto anche nella normativa italiana la possibilità di cumulo, prima espressamente vietata, tra tutela del bene con la registrazione come disegno o modello e protezione autoriale³⁶. Tale regola non vale però indiscriminatamente per tutti i disegni e modelli, bensì solo per quelli che mostrano i requisiti del “carattere creativo” e del “valore artistico” (così come riportato all’art. 2, n. 10, l.d.a.)³⁷, con ciò

³⁵ Proprio a seguito dell’eliminazione, all’art. 5 del R.D. 1411/1940, del divieto di applicazione ai disegni e modelli della tutela autoriale essi, se mostrano carattere di creatività, divengono dunque proteggibili ai sensi della l.d.a. dal momento della creazione fino a settanta anni dopo la morte dell’autore, senza la necessità di particolari formalità costitutive dei diritti di esclusiva.

³⁶ Al riguardo si veda, tra i molti, VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, 2012, pp. 533 ss.; FLORIDIA, *I disegni e modelli ornamentali*, in *Diritto industriale – proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2001, pp. 277 ss..

³⁷ Il requisito della creatività è, come già evidenziato (cfr. *supra*, par. 1.2.1.), condizione generale di accesso alla tutela autoriale e richiede che l’opera tutelata riverberi in qualche modo l’impronta del suo autore. Il requisito del valore artistico indica invece la volontà

derogando ai parametri generali del diritto d'autore secondo cui viene riconosciuta tutela ad ogni opera dell'ingegno a carattere creativo ricompresa nell'elenco di cui all'art. 2 l.d.a., a prescindere da una valutazione in ordine al livello artistico di essa.

1.4. *Fixation e materialità dell'opera tra ordinamenti di common law e di civil law*

Stanti dunque i presupposti in virtù dei quali opera la protezione offerta dal diritto d'autore nei confronti dell'opera d'arte creativa, giova ora soffermarsi sul carattere che più d'ogni altro risulta essere messo in discussione dalle recenti evoluzioni delle forme espressive dell'arte contemporanea, ossia la materialità del manufatto artistico.

Guardando alle fonti normative su cui poggia, a livello sovranazionale, la normativa autoriale, tra esse compare senza dubbio la Convenzione di Berna del 1886 per la protezione delle opere letterarie e artistiche, la quale prevede la facoltà in capo a ciascun legislatore nazionale di vincolare la tutela delle opere dell'ingegno a carattere creativo alla loro trasposizione su un supporto materiale³⁸.

Come già rilevato, il legislatore italiano non ha inteso avvalersi di tale facoltà, preferendo invece affidare la formulazione dell'art. 1 l.d.a. ad una clausola ampia ed ellittica che includa nella protezione autoriale le opere dell'ingegno a carattere creativo a prescindere dalla modalità espressiva e, dunque, da una loro connotazione materiale.

del legislatore di riservare protezione ad una "fascia alta" delle opere di *design*, ossia a quelle che presentino un particolare gradiente estetico (così VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, op. cit., p. 533).

³⁸ Prevede l'art. 2.2 della Convenzione che "E' tuttavia riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di prescrivere che le opere letterarie ed artistiche oppure che una o più categorie di tali opere non sono protette fintanto che non siano state fissate su un supporto materiale".

Oggetto della tutela autoriale, giova ribadirlo, non è l'incorporazione necessariamente materiale dell'idea creativa su un supporto concreto, quanto invece l'espressione del processo e dell'attività originale del soggetto artista, quale che sia la modalità in cui ciò avviene. L'opera d'arte nasce dunque all'atto stesso della creazione, da intendersi come il momento in cui diviene conoscibile e percepibile da terzi³⁹, anche se il processo attraverso cui tale percezione si realizza sia del tutto effimero o dematerializzato.

Non altrettanto è però avvenuto nell'esperienza giuridica di altri Paesi, europei e non, che hanno invece optato per l'individuazione di un vincolo oggettuale alla tutela delle opere creative.

In particolar modo nei Paesi di *common law*, Inghilterra e Stati Uniti su tutti⁴⁰, l'approccio alla protezione giuridica di manifestazioni d'arte concettuali o comunque prive di un supporto materiale che le incorpori si è manifestato molto scettico e problematico. E ciò non soltanto per una diffidenza pregiudiziale nei confronti di linguaggi espressivi nuovi difficilmente inquadrabili nelle categorie tradizionali, tanto dell'arte quanto del diritto; piuttosto la ragione va ricercata nell'impianto generale dell'ordinamento giuridico autoriale di tali Paesi, maggiormente incentrato, come si diceva, sul bene giuridico tutelato piuttosto che sul soggetto autore.

Non deve allora stupire che un sistema giuridico focalizzato sull'oggetto-opera dell'ingegno mostri una naturale propensione alla materialità di esso ai fini dell'individuazione dei confini che delimitano la tutela prevista.

La cosiddetta *fixation*, ossia l'incorporazione dell'idea creativa su un supporto materiale, risulta dunque essere un requisito necessario, che si

³⁹ In base all'art. 6 l.d.a., "il titolo originario d'acquisto del diritto d'autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale".

⁴⁰ Per una ricognizione in merito alla letteratura inglese e americana sul tema della protezione autoriale delle nuove forme espressive dell'arte contemporanea, si vedano, tra i molti, BARRON, *Copyright Law and the Claims of Art*, in *Intellectual Property Quarterly*, 4:368, 2002; HEYMANN, *How to write a life: some thoughts on fixation and the Copyright/Privacy divide*, in *William & Mary Law Review*, 2009, 51, pp. 825 ss.; LEE, *The evolution of intellectual infrastructure*, in *Washington Law Review*, 2009, 83, pp. 39 ss..

affianca alla creatività ed originalità dell'opera, per determinare la protezione autoriale. Essa rappresenta la modalità con cui l'ordinamento inglese ha scelto di declinare la facoltà, riconosciuta dalla Convenzione di Berna ai singoli Paesi aderenti, di subordinare il riconoscimento della tutela al requisito della materialità dell'opera di cui si richiede protezione.

Non sorprenderà, del pari, rinvenire nell'ordinamento statunitense un'impostazione ancora più restrittiva dei requisiti richiesti ai fini di tutela: è lo stesso Copyright Act a riconoscere l'esclusiva alle sole opere che siano espresse in una modalità tangibile, incorporata (torna qui la nozione inglese di *fixation*) su un supporto materiale definitivo e stabile⁴¹. Di più: la normativa precisa che non può essere accordata protezione giuridica ad un'opera che presenti "aspetti di utilizzo", ossia che non consista o prenda a prestito la propria forma espressiva da oggetti od utensili di uso comune⁴².

Se la materialità dell'opera dell'ingegno, e dunque anche dell'opera d'arte, costituisce il discrimine per il riconoscimento da parte della normativa autoriale tipica dei Paesi di *common law*, ne consegue che il momento in cui la protezione sorge non è più quello, come avviene nell'ordinamento italiano, della pura e semplice creazione intesa quale passaggio dell'idea creativa dalla sfera soggettiva dell'artista ad una forma percepibile al pubblico, quale che ne sia la modalità espressiva. O, per meglio dire, la tutelabilità dell'opera rimane pur sempre ancorata alla sua esternazione rispetto alla persona dell'autore, a patto però che tale esternazione si traduca nell'incorporazione su un supporto

⁴¹ In base al par. 102, punti *a)* e *b)*, del Copyright Act del 1976, "*copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. [...] 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*".

⁴² Il che, come sottolinea giustamente DONATI, appare quanto meno curioso se si considera che larga parte della corrente artistica della Pop Art, da Warhol in poi, la quale ha fatto ampio ricorso proprio all'utilizzo di ready-made e di opere prese a prestito da oggetti di vita quotidiana (un esempio su tutti è la celeberrima confezione di zuppa Campbell Soup) è nata e si è sviluppata proprio negli Stati Uniti (cfr. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè Editore, 2015, p. 44).

materiale⁴³ e non rimanga un pura operazione intellettuale priva di connotazione oggettuale.

Tuttavia, nel passaggio dall'enunciazione di principio in merito ai requisiti generali che un'opera dell'ingegno deve possedere per godere della protezione autoriale, si ravvisa una sostanziale differenza tra la normativa statunitense e quella inglese nella tecnica adottata dai due legislatori in merito all'individuazione delle categorie di opere tutelate. Se il testo inglese infatti preferisce individuare un'elencazione chiusa e tassativa di tali tipologie⁴⁴, il Copyright Act opta invece per una formulazione aperta, concentrandosi piuttosto sull'elencazione di varie tipologie di mezzi materiali con cui l'artista può manifestare la propria idea creativa⁴⁵, salvo poi però racchiuderle essenzialmente in quelle tradizionalmente note (pittura, scultura, fotografia, disegno e stampa), con ciò avvalorando ancora una volta l'esclusione delle forme d'arte contemporanea che si esprimono attraverso un *medium* non convenzionale.

Tutte quelle opere che dunque fanno capo ad un processo creativo meramente concettuale e che non si traducono in un oggetto visibile e tangibile risultano pertanto condannate, secondo gli ordinamenti di *common law*, a rimanere su un terreno non normato e sprovvisto di tutela⁴⁶.

⁴³ Ciò è ben rimarcato dal par.101 del Copyright Act, il quale identifica il momento creativo dell'opera con la sua fissazione materiale: "a work is "created" when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time". Conseguentemente ideazione, espressione e realizzazione materiale dell'opera d'arte divengono tre momenti distinti, non solo dal punto di vista squisitamente artistico, ma anche per ciò che riguarda l'insorgere della protezione giuridica.

⁴⁴ In base a quanto previsto dall'art. 1, part. 1 del Copyright, Designs and Patents Act del 1988, "copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work a) original literary, dramatic, musical or artistic works, b) sound recordings, films (or broadcasts), and c) the typographical arrangement of published editions".

⁴⁵ Cfr. il già citato Copyright Act, par. 102, lett. a).

⁴⁶ Va detto che qui il riferimento non è soltanto alle opere d'arte cosiddette effimere o dematerializzate, ma anche a quelle incompiute, quelle che mutano nel tempo (come in alcuni esempi di Land Art o di arte che fa ricorso all'utilizzo di beni deperibili) o quelle che implicano un coinvolgimento attivo dello spettatore (cfr. SLAVITT, *Fixation of derivative works in a tangible medium: technology forces a reexamination*, in 46, IDEA, 2005, p. 37; TORSÉN, *Behind oli on canvases: new media and presentation formats challenge international*

Ma, come si è accennato e si vedrà meglio in seguito, le forme nuove attraverso cui l'arte contemporanea si esprime prescindono sempre più massicciamente, in tutto o in parte, dalle tipologie tradizionali con cui si è soliti identificarle e dunque non è pensabile che un sistema di protezione giuridica, quale quello inglese e statunitense, pur se con differenze metodologiche, escluda un riconoscimento di tutela nei confronti di queste. Tanto più che la nettezza della previsione normativa si trova inevitabilmente a scontrarsi con un'effettività operativa che non può essere sempre assicurata a livello giurisprudenziale, posto che sempre più numerose sono le vicende giudiziarie incentrate sulla richiesta di protezione giuridica ad opere d'arte dematerializzate, effimere o comunque sprovviste del requisito della *fixation*.

L'auspicio pertanto è che, non tanto in via interpretativa quanto piuttosto attraverso un intervento legislativo che operi un ripensamento inclusivo delle categorie di opere protette, si possano superare le rigide previsioni vigenti, garantendo agli artisti una piena tutela dei propri lavori e alla disciplina autoriale la possibilità di svolgere del tutto il compito al quale è chiamata, adattandosi alle forme espressive nuove che la contemporaneità impone con sempre maggior frequenza.

Se nelle esperienze giuridiche di *common law*, come si è visto, risulta particolarmente ridotta l'apertura della normativa alla tutela delle forme artistiche contemporanee, è nei Paesi di *civil law* che è possibile rinvenire una maggiore disponibilità a ricomprendere nell'alveo della protezione autoriale anche le opere d'arte effimere o dematerializzate.

Tra gli ordinamenti anglosassoni, che richiedono la necessaria incorporazione dell'opera d'arte su un supporto materiale ai fini della sua identificazione come bene tutelato dal diritto d'autore, e l'ordinamento italiano che, stando alla lettera della legge appare sino ad ora il più favorevole a ricomprendere all'interno della protezione giuridica anche le forme

copyright law's ability to protect the interest of the contemporary artist, in Script-ed., 2006, vol. 3, p. 45).

espressive concettuali che prescindono totalmente da una dimensione strettamente materiale⁴⁷, si colloca l'esperienza giuridica francese, la quale desta particolare interesse per il percorso evolutivo che l'interpretazione del concetto di opera d'arte ha avuto negli ultimi anni.

In Francia infatti, oltre ad una nutrita schiera di precedenti giurisprudenziali⁴⁸ in cui le corti di merito si sono trovate ad affrontare la questione della proteggibilità o meno di forme espressive nuove, particolarmente vivace risulta anche il dibattito dottrinale sul tema⁴⁹.

In apparenza l'impostazione generale della normativa autoriale francese ricalca quella statunitense, prevedendo e richiedendo, ai fini della tutela giuridica, che l'opera d'arte sia esteriorizzata in una forma materiale percepibile al pubblico⁵⁰.

⁴⁷ La tesi che prevede la possibilità di ricomprendere le opere d'arte prive di materialità all'interno della previsione normativa autoriale, sia pure evidenziandone i limiti definitori, è sostenuta, oltre che da Donati, anche da AJANI (*Diritto classico e arte contemporanea*, in *I diritti dell'arte contemporanea*, op. cit., pp. 11 ss.); DETHERIDGE (*Quali diritti per l'arte contemporanea?*, in *I diritti dell'arte contemporanea*, op. cit., pp. 25 ss.); STERPI (*La trasformazione dell'opera d'arte: problematiche giuridiche*, in *I diritti dell'arte contemporanea*, op. cit., pp. 177 ss.); NEGRI-CLEMENTI e STABILE (*L'arte e il diritto d'autore*, in *Il diritto dell'arte - L'arte, il diritto e il mercato*, op. cit., pp. 61).

⁴⁸ Sul punto si vedano, a titolo esemplificativo, il caso *Porte du Paradis*, sul quale si rimanda *infra*, sub nota 42 (Cass. 1° sez. civ., 13 novembre 2008, n. 06-19.021, in *Juris-Data* n. 2008-045778; JCP G 2009, II 10204); la sentenza sul caso *Spoerri* (Cass. Civ., sez. I, 5 febbraio 2002, in *Bull. Civ.*, 2002, n.46); il caso *Pinoncelli*, Trib. Grande Instance Tarascon, 20 novembre 1998, in *Dalloz*, 2000, jurisp, pp. 128-129, il caso *Pont Neuf di Christo*, Cour d'Appel di Parigi, 13 marzo 1986, in *Dalloz*, 1987, *Somm.*, p. 150.

⁴⁹ Per un'analisi sul tema cfr., a titolo esemplificativo, TREPPOZ, *Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain?*, in *Revue internationale de droit d'auteur*, 2006, 209, pp. 51 ss; ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'oeuvre d'art: une analyse de l'art contemporain*, tesi diretta da REVET, Parigi, I, 2009; EDELMAN, *De l'urinoir de Duchamp comme un des beaux-arts: de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly*, in *Recueil Dalloz*, 2000, 6, pp. 98 ss. (dello stesso autore si veda anche *La création dans l'art contemporain*, in *Recueil Dalloz*, 2009, I, pp. 37 ss.); VIVANT, *Les métamorphoses de l'oeuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques*, in *Dalloz*, 2010, p. 776 (dello stesso autore si veda anche *Les créations immatérielles et le droit*, Ed. Ellipses, Parigi, 1997).

⁵⁰ Va detto che, in base a quanto stabilito dal Code de la propriété intellectuelle, la definizione generale di opera tutelata ai sensi della normativa è particolarmente ampia e neutrale (cfr. art. 111-1: "L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous" e art. 112-1: "Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination"). Tuttavia

E una simile impostazione non rappresenta certamente un *unicum* tra le legislazioni nazionali, poiché lo stesso assunto di partenza si ritrova anche in altri ordinamenti europei di *civil law*: quello tedesco costituisce un ulteriore esempio di legislazione che, se da un lato si impernia su un'ampia formulazione circa l'oggetto di tutela del diritto d'autore con riguardo alle opere creative (tanto da lasciar supporre che anche di quelle prive di incorporazione materiale possano essere ricomprese nella protezione giuridica), per altro verso limita, con riguardo alle opere d'arte, il confine dell'esclusiva alle sole espressioni dell'arte figurativa, che tradizionalmente prevedono una connotazione materiale⁵¹.

Ma se la lettera della legge francese parrebbe suggerire la stessa rigidità normativa già riscontrata nel Copyright Act, è con particolare riferimento alla prassi giurisprudenziale che si assiste ad un'evoluzione di tale assunto, la quale ha col tempo imposto un'interpretazione delle disposizioni del *Code de la propriété intellectuelle* più elastica, in grado di meglio adattarsi all'evoluzione espressiva delle correnti artistiche contemporanee, sfumando sempre più la necessità dell'incorporazione dell'opera d'arte su un supporto tangibile. Il fuoco dell'attenzione dell'interprete, in altre parole, si è spostato dalla forma intrinseca dell'opera a fattori altri che connotano la sua manifestazione, a partire dai caratteri

un'impostazione dottrinale e giurisprudenziale tradizionale si sono radicate attorno all'assunto della necessaria materialità dell'opera ai fini della sua proteggibilità autoriale. Si veda sul punto CARON, *L'art conceptuel au paradis de la Cour supreme, in Communication - Commerce électronique*, 1:23, 2009.

⁵¹ Se infatti l'art. 1 della legge tedesca sul diritto d'autore e sui diritti connessi stabilisce che "sono protetti, ai sensi di questa legge, gli autori di opere letterarie, scientifiche e artistiche, così come le opere stesse" ed anche l'art. 11 prevede che "il diritto d'autore protegge l'ingegno e la creatività espressi dall'autore nella sua opera" (e dunque senza fare alcuna menzione al carattere necessariamente materiale o meno che l'opera dell'ingegno deve possedere ai fini della protezione autoriale), l'art. 2 precisa invece che "in particolare, fanno parte delle opere letterarie, scientifiche ed artistiche tutelate: [...] le opere delle arti figurative, incluse le opere dell'architettura, delle arti applicate e gli abbozzi di tali opere". Per un'analisi della normativa autoriale tedesca, anche in relazione all'applicabilità degli istituti tradizionali del diritto alle opere d'arte contemporanea, si rimanda a COGO, *Diritto d'autore e autonomia negoziale negli ordinamenti italiano e tedesco*, reperibile online a <http://docplayer.it/2754354-Alessandro-cogo-diritto-d-autore-ed-autonomia-negoziale-negli-ordinamenti-italiano-e-tedesco.html>.

identitari che essa assume, così come voluti e infusi dall'artista, e dall'ambito in cui si palesa rispetto alla sfera personale dell'autore⁵².

Un esempio in tal senso è fornito emblematicamente dall'arte ambientale o *land art* in cui, più che il contenuto in sé dell'opera d'arte, rileva il contesto in cui essa è inserita e le modalità attraverso le quali si relaziona con il paesaggio circostante e con lo spettatore/fruitore⁵³.

In riferimento a tali opere, all'interprete è richiesto il compito di rinvenire quale sia un confine opportuno tra la possibilità di concedere tutela ad un'opera che consiste in un'operazione strettamente concettuale e il poter fruire di un valore identitario, in un simile contesto, dello stile personale dell'artista nell'intendere e manifestare tale operazione intellettuale. In altre parole occorre chiedersi se la modalità realizzativa dell'opera scelta dall'autore possa essa stessa venir protetta a livello autoriale pur consistendo, in molti casi, in un intervento del tutto comune o ripetitivo⁵⁴.

In via di principio i giudici francesi, chiamati ad esprimersi su casi di questo tipo, hanno affermato che, da un lato, non è possibile proteggere quale opera dell'ingegno a carattere creativo una particolare modalità dell'agire artistico (per quanto ideato in modo singolare ed originale da parte dell'artista); dall'altro lato però può essere riconosciuta quale opera d'arte il

⁵² Per una disamina delle fasi che hanno caratterizzato tale processo ermeneutico cfr. FERRY-MACCARIO, LANDAU, EVRARD, CARO (a cura di), *La dématérialisation dans les medias, l'art et la création*, in *Cahier de Recherche du Groupe HEC*, n. 946/2011.

⁵³ Si pensi, a proposito di *land art*, alla recente opera "The Floating Piers" realizzata dall'artista bulgaro Vladimirov Yavachev Christo a Montisola, piccolo comune sul Lago d'Iseo, consistente in una passerella galleggiante poggiata sulla superficie del lago e calpestabile da parte dei turisti visitatori, la quale è stata esposta e fruibile da parte del pubblico solo per sedici giorni complessivi.

⁵⁴ Facendo riferimento al caso della *performance* artistica, ad esempio, l'interrogativo da porre all'interprete è se un'azione di per sé banale, come può essere per ipotesi l'atto del camminare, possa divenire oggetto di tutela autoriale per il solo fatto che un dato artista abbia inteso realizzarlo o rappresentarlo in un modo specifico, in un determinato ambiente con un particolare allestimento o con ulteriori elementi, anche immateriali, che concorrono a renderlo unico e originale. E' il caso dell'opera di Bruce Nauman, *Walking in an exaggerated manner around the perimeter of a square*, performance realizzata dall'artista nel 1967 e registrata su video in bianco e nero, 10 min, New York, MoMA.

prodotto materiale che da tale azione derivi, nel momento in cui si manifesti in un qualcosa di concreto⁵⁵.

Il rischio che si vuole evitare è l'eccessiva estensibilità interpretativa della nozione di opera d'arte, giungendo a ricomprendere nell'ambito di tutela anche la sola idea creativa dell'artista.

Ma, come accennato in precedenza, la vicenda francese offre lo spunto per andare oltre una simile prospettazione e superare il confine imposto dalla necessaria materialità dell'opera, poiché sempre più frequentemente nella giurisprudenza d'oltralpe in tema di tutelabilità autoriale dell'opera d'arte effimera o dematerializzata⁵⁶ la dicotomia tra idea e forma espressiva⁵⁷ è venuta riducendosi, pur senza determinare ancora un orientamento maggioritario che riconosca tutela piana alle opere d'arte concettuale. Secondo questa evoluzione interpretativa ciò che acquista valore, e dunque protezione giuridica, nell'arte priva di materialità non è tanto la connotazione

⁵⁵ È quanto avvenuto con il caso dell'artista bulgaro Christo nella nostra sentenza del Trib. di Grande Istanza Parigi, 3 giugno 1988, in *Gaz. Pal.* 1998, *Somm.*, pp. 689 ss.. Lo stesso principio è stato peraltro esteso dalle corti francesi anche alle opere *readymade*, i quali di per sé non possono trovare tutela ai sensi della normativa autoriale. Potrà semmai essere protetta giuridicamente la specifica modalità, pensata e realizzata dall'artista, con cui tali oggetti comuni possono essere fra loro assemblati, accostati e variamente composti per formare l'opera d'arte definitiva (che dunque costituirà un *unicum* nuovo e distinto rispetto a tali oggetti). È il caso, a titolo meramente esemplificativo, dell'artista francese Armand Pierre Fernandez e, in particolare, delle sue accumulazioni di oggetti di uso comune (e, in alcuni casi, addirittura di rifiuti organici) all'interno di solidi di formaldeide.

⁵⁶ Ciò è avvenuto in particolar modo a partire dal noto caso *Paradis* (che può a pieno titolo essere considerato il *leading case* della giurisprudenza francese sul tema). Il nome deriva dal titolo di un'opera del 2006 dell'artista francese Jakob Gautel, consistente nell'aver appeso al muro esterno di una toilette la scritta, a caratteri dorati, "Paradiso"; la quale opera è stata poi ripresa in uno scatto fotografico, quale sfondo di un ritratto, dalla fotografa Bettina Rheims (cfr. Cass. 1° sez. civ., 13 novembre 2008, n. 06-19.021, in *Juris-Data* n. 2008-045778; JCP G 2009, II 10204). Per un'analisi più approfondita del caso si rimanda a DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., pp. 39 ss. e ivi bibliografia).

⁵⁷ In merito alla contrapposizione tra idea creativa e forma espressiva materiale, con particolare riguardo alla giurisprudenza statunitense, si veda DRESSINOWER, *A rights-based view of the Idea/Expression dichotomy*, in *Copyright Law. Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 16:1, 2003; COHEN, *Copyright Law and the myth of objectivity: the Idea/Expression dichotomy and the inevitability of artistic value judgements*, in *Indiana Law Journal*, 66: 175, 1990.

del lavoro artistico come qualcosa di reale (intendendo qui *reale* in quanto riferito alla *res*), ma la capacità dell'opera intellettuale posta in essere dall'artista di incidere sulla realtà imprimendole un segno personale e singolare, capace di far trasparire e trasmettere allo spettatore il gusto estetico dell'autore e la sua relazione particolare con l'ambiente in cui è immersa.

Va detto, per completezza, che l'impostazione generale fin qui esaminata tanto nei Paesi di *common law* quanto in quelli di *civil law*, pur con le distinzioni più sopra richiamate, secondo cui la necessaria materialità costituisce molto spesso un requisito insormontabile alla tutela dell'opera d'arte creativa, trova eco anche in larga parte della normativa comunitaria in tema di diritto d'autore. Nonostante infatti talune direttive europee sull'argomento si limitino a richiedere la necessaria esteriorizzazione dell'atto creativo rispetto alla sfera soggettiva dell'artista, senza prescrivere l'esigenza della sua incorporazione su supporti materiali, il riferimento che pare sotteso a molti istituti in merito ai quali si sono registrati interventi normativi comunitari sembra rimanere fortemente ancorato al requisito della *fixation*⁵⁸.

Lo sforzo di venire incontro alle nuove forme espressive dell'arte contemporanea è stato tuttavia avviato nel 2010 nel progetto di *European Copyright Code*⁵⁹, un documento che ha per scopo l'armonizzazione, seppur

⁵⁸ Un esempio su tutti è dato dal cosiddetto *droit de suite*, ossia il diritto dell'autore di opere delle arti figurative e dei manoscritti a percepire una percentuale sul prezzo di vendita degli originali delle proprie opere in occasione delle vendite successive alla prima, disciplinato dal d.lgs n.118 del 13 febbraio 2006 in attuazione della direttiva 2001/84/CE. La lettera della legge fa infatti espresso riferimento alle sole opere dell'arte figurativa (pertanto materiali), escludendo dal novero della previsione normativa tutte quelle espressioni artistiche concettuali ed effimere che non sono fissate su un supporto materiale. Sul punto si veda, *ex pluribus*, SAVINI, *Il diritto di seguito dopo il d.lgs. 13 febbraio 2006*, n. 118, in *Aedon- Rivista di arti e diritto*, 2006, n. 2; NIVARRA, *Il diritto di seguito tra esclusiva ed equo compenso*, in *Aedon- Rivista di arti e diritto*, 2006, n. 3.

⁵⁹ Lo *European Copyright Code* è il risultato dei lavori svoltisi all'interno del Progetto Wittem, istituito nel 2002 come forma di collaborazione tra giuristi ed esperti di diritto d'autore di tutta Europa, interessati ad elaborare delle linee-guida sovranazionali che avessero lo scopo di costituire una piattaforma di istituti e di disciplina normativa condivisa tra i Paesi. Per uno studio sui principi generali di protezione autoriale a livello europeo cfr. MUSSO, *Ground of protection: how far does the Incentive Paradigm carry?*, in *Common Principles of European intellectual property law*, Tubingen, Mohr Siebeck, 2011.

non normativamente cogente e collocata invece su un piano più propriamente programmatico, della disciplina dell'esclusiva autoriale a livello europeo.

Senza qui passare in rassegna il dettaglio della normativa, basti rilevare che la formulazione utilizzata dai redattori per identificare l'oggetto della protezione giuridica è quella ampia ed inclusiva già incontrata all'art. 1 della legge 633/1941, nella misura in cui viene riconosciuta protezione a qualunque opera dell'ingegno, purché rappresenti una *qualunque* espressione creativa dell'artista appartenente alla letteratura, all'arte o alla scienza⁶⁰. Cioè a dire: a prescindere dall'incorporazione materiale o meno dell'opera, escludendo tuttavia la possibilità di riconoscere tutela alla semplice idea creativa che non sia in alcun modo esternalizzata e, dunque, fruibile al pubblico⁶¹.

L'impostazione generale sulla quale si fonda il progetto ruota dunque attorno alla facoltà, già riconosciuta e garantita dalla Convenzione di Berna, di svincolare la tutelabilità di un'opera creativa dalla sua necessaria fissazione su un supporto concreto, senza però sconfinare, come appare ragionevole, nel terreno delle mere idee: ancora una volta viene in rilievo il ruolo centrale che assume il soggetto autore dell'opera d'arte nel definire il confine tra ciò che può ricadere nelle maglie della protezione autoriale e ciò che invece ne rimane escluso. Solo quell'opera che autenticamente rifletterà, anche se attraverso un procedimento esclusivamente intellettuale, la personalità e l'estro creativo dell'artista, estrinsecandosi in un risultato percepibile ed apprezzabile da parte dell'osservatore, potrà rientrare nella previsione normativa.

⁶⁰ Stabilisce testualmente l'art. 1.1, punto 1, del progetto di *Code* che "*Copyright subsists in a work, that is to say, any expression within the field of literature, art or science in so far as it constitutes its author's own intellectual creation*".

⁶¹ È quanto afferma in particolare la lettera *b*) dell'art. 1.1, punto 3, del progetto, laddove precisa che "*The following are not, in themselves, to be regarded as expressions within the field of literature, art or science within the meaning of this article: a) Facts, discoveries, news and data; b) Ideas and theories; c) Procedures, methods of operation and mathematical concepts*".

Un simile punto di vista nell'interpretazione dell'oggetto del diritto d'autore con riguardo all'arte contemporanea, laddove venisse adottato anche da parte degli ordinamenti che ancora risentono di un'impostazione oggettuale del concetto di opera d'arte consentirebbe, se non forse una completa copertura giuridica delle variegate espressioni artistiche della contemporaneità, quanto meno una maggiore duttilità della disciplina autoriale nell'adattarsi all'evoluzione delle forme d'arte.

1.5. *La sfida dell'arte contemporanea al diritto: dematerializzazione dell'opera e opere d'arte effimere*

Ritornando al panorama normativo nazionale, come si è visto, la pur elastica clausola generale contenuta nell'art. 1 l.d.a. si è trovata nel corso del tempo a fare i conti con le sempre più mutevoli modalità espressive dell'arte contemporanea.

L'incessante bisogno di esprimere il genio artistico in forme sempre nuove ha condotto verso una crescente contaminazione tra generi, portando sovente alla scomparsa di una riferibilità materiale dei lavori artistici, verso tipologie fino ad oggi sconosciute e difficilmente inquadrabili nelle categorie classiche (si pensi agli *happening*, alla *performance art*, fino alle più radicali estremizzazioni dell'arte concettuale): forme che sfidano gli strumenti tradizionali messi a disposizione dal diritto per tutelarle⁶². Tutto sembra entrare a far parte della forma dell'opera d'arte, che si tratti di elementi

⁶² Si veda, in merito alle nuove forme espressive dell'arte contemporanea, BAUDRILLARD, *La sparizione dell'arte*, Ed. Politi, Milano 1988; DANTO, *Oltre il Brillo Box. Il mondo dell'arte dopo la fine della storia*, Ed. Martinotti, Milano 2010; DORFLES, *Ultime tendenze nell'arte di oggi. Dall'informale al Neo-oggettuale*, XXI ed., Feltrinelli Editore, Milano, 2004; VETTESE, *L'arte contemporanea, tra mercato e nuovi linguaggi*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2012; MENEGUZZO, *Breve storie della globalizzazione in arte (e delle sue conseguenze)*, Johan & Levi, Milano, 2012.

spaziali, temporali, gestuali o, per l'appunto, completamente impercettibili e immateriali.

Qualcuno ha parlato a ragione di opere d'arte nell'era della loro (ir)riproducibilità tecnica⁶³, caratterizzate per un verso da una concezione quasi "esperienziale" del lavoro artistico, irriducibile al solo godimento estetico e passivo da parte del visitatore-collezionista, e per altro verso dall'unicità, o meglio irripetibilità, del suo contenuto⁶⁴. Come ricordato, in queste manifestazioni d'arte l'attenzione si sposta dal contenuto in sé (e dal soggetto autore) al processo creativo che ha concepito l'opera e al contesto nel quale essa prende forma.

Volendo rifarsi alle categorie convenzionali del diritto d'autore, si potrebbe argomentare che nelle forme effimere dell'arte contemporanea si assiste ad uno scorporo tra il cosiddetto *corpus mysticum* e il *corpus mechanicum* dell'opera, intendendosi nel primo caso l'idea creativa del soggetto autore e nel secondo il prodotto artistico incorporato su un supporto materiale.

Nelle forme tradizionali di opera dell'ingegno, tali *corpi* costituiscono due entità distinte e differentemente individuate, la prima delle quali rappresenta un presidio di tutela appannaggio dell'artista, mentre la seconda può ben diventare bene circolante sul mercato e oggetto di separate transazioni giuridiche, in quanto si tratta di qualcosa di essenzialmente diverso dall'idea artistica in sé. Ma nel momento in cui l'opera si fonde con il

⁶³ Il riferimento è qui alla nota opera di BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Einaudi (tra le molte edizioni, questa presenta un corposo apparato introduttivo e bibliografico), Torino, 2011.

⁶⁴ L'individuazione dell'opera d'arte in qualcosa di materiale è operazione relativamente agevole se si pensa alle forme artistiche tradizionali come pittura, scultura, architettura. Più complicata diventa la classificazione nel momento in cui il lavoro artistico consiste in un'idea, un'azione, una promessa, una porzione di tempo o un'istruzione fornita all'acquirente per la realizzazione dell'opera stessa. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ad artisti come Lewitt, Chong o Nassiri Tabibzadeh, per i quali le opere consistono in istruzioni rivolte al collezionista per la realizzazione di un dipinto murales o nella rivelazione da parte dell'artista all'acquirente dell'opera di un segreto personale o ancora in un lasso di tempo passato in silenzio.

processo creativo che la genera ed anzi diventa essa stessa una manifestazione intangibile del genio dell'autore, una mera operazione intellettuale, il corpo meccanico cessa di esistere come *quid* separato dal corpo mistico, al contrario identificandosi con esso e costituendo dunque un *unicum* artistico, nel quale non appare più possibile una scissione tra valore artistico e prodotto estetico⁶⁵.

Simili forme espressive mettono in crisi anzitutto il tradizionale rapporto tra artista-soggetto e opera d'arte-oggetto⁶⁶, fino a giungere alle più pragmatiche questioni inerenti alla loro tutelabilità giuridica e alla disciplina della loro circolazione sul mercato.

Per quanto riguarda un loro inquadramento giuridico, tali lavori si pongono in qualche misura come beni giuridici *borderline* e i loro autori sono stati talvolta identificati come veri e propri *copyrights criminals*⁶⁷. In effetti l'arte concettuale, minimalista e dematerializzata, poiché fa venir meno (parzialmente o totalmente) l'identità concreta dell'opera o la sussume a mera idea creativa, rappresenta un terreno che pare situarsi al di fuori dei confini del diritto d'autore, o quanto meno all'esterno di una sua interpretazione classica, che vorrebbe imperniare la protezione giuridica sui soli manufatti artistici.

Proprio la sensazione di creare forme d'arte in certo modo "illegali" ha portato alcuni artisti a trovare una sorta di correttivo per cercare di restituire materialità concreta ai loro lavori, pur senza snaturarne la matrice intellettuale. È quanto avviene, a titolo esemplificativo, per quelle opere che risultano per così dire assimilate in un certificato che ne attesta per un verso

⁶⁵ Sul punto si veda, tra gli altri, GUTIERREZ, *La tutela del diritto d'autore*, Giuffrè Editore, op. cit., pp. 48 ss., che offre un'approfondita analisi della teoria della scissione o dissociazione del valore artistico dal prodotto finale artistico di un'opera dell'ingegno a carattere creativo.

⁶⁶ Ne propone un'accurata analisi DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit.

⁶⁷ Lo fa notare sempre DONATI, richiamando uno scritto di McLEOD, *Freedom of Expression? Oversealous Copyright Bozos and Other Enemies of Creativity*, in Iowa Research Online, 2005.

l'originalità e autenticità e, d'altro canto, ne descrive le modalità esecutive al collezionista/compratore imponendo determinate istruzioni di realizzazione⁶⁸. Di queste forme d'arte incorporate nel documento di originalità e dei rilievi giuridici che la loro circolazione sul mercato pone alla normativa autoriale si parlerà più avanti.

Tornando ai movimenti artistici dematerializzati, tra le espressioni più rilevanti di questa forma espressiva, senza dubbio l'insieme di correnti che ricadono sotto la definizione di "arte concettuale" riveste un ruolo di prim'ordine per ciò che riguarda la sfida giuridica della loro proteggibilità. Naturalmente, quando si parla di arte concettuale, si fa riferimento in verità ad una molteplicità di forme espressive differenti, ciascuna delle quali ha inteso l'operazione intellettuale, quale perno della creatività, in modo proprio.

Non essendo questa la sede opportuna per passare in rassegna tali tipologie da un punto di vista storico-artistico⁶⁹, ciò che qui importa soprattutto rilevare è il fatto che sta a fondamento dell'operazione smaterializzante del manufatto artistico e come essa si ponga in apparente contrasto rispetto ai requisiti classici di protezione previsti dalla normativa autoriale. Nella misura in cui gli artisti concettuali depauperano l'opera

⁶⁸ È quanto avviene, ad esempio, con le opere dell'artista statunitense Sol Lewitt, le quali di norma consistono in un certificato autenticato e registrato dall'artista, nel quale sono riportate le istruzioni di realizzazione di *wall drawings*, ad opera del compratore. In altre parole è il collezionista, ad un tempo primo fruitore ed esecutore materiale del murales, a dar vita all'opera di Lewitt, la quale potrà superare il vaglio di originalità solo nella misura in cui sarà stata realizzata secondo le scrupolose indicazioni che l'artista avrà consegnato al compratore all'atto di acquisto dell'opera stessa.

⁶⁹ L'espressione "arte concettuale" compare per la prima volta nel titolo di uno scritto di Herry Flynt, artista appartenente al movimento *Fluxus*, "Essay: Concept Art", mentre la prima esposizione di arte concettuale in senso proprio fu quella del 1969 a New York, intitolata "0 Objects, 0 Painters, 0 Sculptures". Riprendendo una nota definizione di Osborne, "l'arte concettuale è arte incentrata sull'atto culturale del definire (in maniera emblematica, ma non certo esclusiva) che cosa sia arte" (cfr. OSBORNE, *Arte Concettuale*, Phaidon Press Limited, Londra, 2006, p. 17). In merito a come l'arte contemporanea si sia evoluta in forme espressive sempre più concettuali e dematerializzate, cfr. DANTO, *Dopo la fine dell'arte. L'arte contemporanea e il confine della storia*, Mondadori, Milano, 2008; BOURRIAUD, *POSTPRODUCTION, Come l'arte riprogramma il mondo*, Ed. Postmedia, Milano, 2004; WARBURTON, *La questione dell'arte*, Einaudi, Torino, 2004.

materiale e la tramutano nella sola idea, evidentemente desiderano incentrare il prodotto del loro lavoro proprio in quella creatività che, come si è detto in precedenza, da sé sola non è in grado di assurgere al grado minimo di riconoscibilità per poter godere della tutela autoriale.

Non solo: nella maggior parte dei casi, proprio in virtù della sostituzione del bene artistico con un procedimento intellettuale, si perde anche la possibilità di riferire una certa opera ad un dato artista (ossia un manufatto al suo autore), posto che quest'ultimo non è uso firmare, o comunque apporre un suo segno tangibile, su di essa (e, con ogni probabilità, ciò non sarebbe nemmeno possibile nella maggior parte dei casi, a causa della mancanza di un supporto materiale da siglare).

Se poi ci si spinge ancora oltre, si può giungere anche a scardinare il concetto di durevolezza dell'opera d'arte nel tempo, generando così opere temporanee, caratterizzate dal fatto di durare soltanto un determinato tempo e poi esaurirsi (è sempre il caso delle *performance*, degli *happening*, della *land art* o della *body art*, le quali si concludono, spesso senza mai più essere ripetute nel tempo, con l'esibizione dell'artista in un dato tempo ed in un dato luogo).

Orbene, da un punto di vista giuridico, va detto che tanto il dibattito dottrinale quanto la giurisprudenza si sono avvicinati piuttosto di recente al tema dell'idoneità o meno da parte della normativa autoriale a tutelare le nuove forme d'espressione artistica, per quanto non infrequenti siano stati i casi in cui la questione si è posta nella prassi, in particolare dei soggetti che operano professionalmente nel settore⁷⁰.

⁷⁰ Uno tra i convegni più recenti e maggiormente focalizzati sul tema, intitolato "I diritti dell'arte contemporanea", si è tenuto nel 2011 presso la Galleria di Arte Moderna di Torino e ha raccolto numerosi operatori del mondo e mercato dell'arte, nonché accademici e professionisti del diritto, a discutere degli strumenti che la normativa vigente, autoriale e non, è in grado di offrire a protezione, tra le altre, delle opere d'arte effimere o dematerializzate e, più in generale, della adeguatezza a riconoscerle quali opere dell'ingegno a carattere creativo, al pari di quelle incorporate su un supporto materiale. Gli atti del convegno sono confluiti nel volume AJANI e DONATI, *I diritti dell'arte contemporanea*, Umberto Allemandi & C., Torino, 2011. Tra i contributi contenuti

Ciò tuttavia non ha trovato del tutto impreparato il nostro impianto normativo: al contrario la formulazione lungimirante e l'utilizzo di clausole generali ed aperte del legislatore del '41 consentono, quanto meno astrattamente, di applicare estensivamente anche alle opere dematerializzate la protezione giuridica offerta a quelle fissate su supporto materiale.

Altro però è prevedere in via definitiva una formulazione sufficientemente ampia quanto ai requisiti che l'opera deve possedere per godere della protezione autoriale, così da ricomprendere al suo interno anche le forme espressive d'arte più "estreme", altro è invece tradurre sul piano dell'effettività un simile disposto.

Il sistema italiano, da questo punto di vista, soffre una tensione non marginale tra un'impostazione teorica formale elastica ed una prassi di circolazione e tutela giuridica dei manufatti artistici che è stata sempre storicamente improntata alla materialità dell'opera stessa, sia che si parli della loro individuazione che del trasferimento di diritti ad essi inerenti⁷¹.

1.6. *Dematerializzazione artistica: significato e conseguenze giuridiche*

Assunto che la protezione autoriale assicura tutela giuridica all'opera d'arte purché essa sia esternalizzata rispetto alla sfera personale dell'artista e comunicata, quale ne sia la modalità, al pubblico, appare evidente che tale

nell'opera, si segnalano in particolare AJANI e DONATI, *Diritto classico e arte contemporanea*; CHIANALE, *Diritto e identità dell'opera d'arte contemporanea*; STERPI, *La trasformazione dell'opera d'arte: problematiche giuridiche*.

⁷¹ Al riguardo è noto il cosiddetto caso Beuys, in cui il giudice italiano si è trovato a doversi esprimere in merito all'artisticità di un'opera, di matrice spiccatamente concettuale, dell'artista tedesco, intitolata *Olivestone*, consistente in alcune vasche di pietra riempite di olio in un modo e secondo le particolari istruzioni dell'artista, concludendo per la negazione del riconoscimento di tutela di essa secondo la normativa autoriale per mancanza del requisito di novità e di materialità dell'operazione concettuale posta in essere da Beuys (cfr. Cass. 12 dicembre 1991, n. 13399, testo completo in DeJure).

manifestazione e, ad un tempo, la sua riferibilità al soggetto autore, si verifichi anche in tutti quei casi in cui prescinde da un'oggettività materiale. Se è indubbio che un'idea creativa trasposta ad esempio su tela, su bronzo o attraverso qualsivoglia altra realizzazione concreta, rientri a pieno titolo nel novero delle tipologie di opere comprese nell'elenco previsto dalla norma, non meno deve esserlo quella medesima idea che venga però manifestata attraverso una *performance*, un *happening* o in un documento che surroga e circola al posto dell'opera stessa⁷².

Le stesse pronunce delle corti di merito e di legittimità, come richiamato in precedenza, pur non addentrandosi nella definizione dei confini giuridici della nozione di opera d'arte dematerializzata, offrono una definizione minima del concetto di creatività, cosiddetta semplice, che risulta necessaria e sufficiente a determinare la protezione giuridica dell'opera. Ed è dunque consequenziale a tale assunto che il livello di creatività richiesto dalla norma è certamente soddisfatto anche in assenza di una sua estrinsecazione materiale, essendo sufficiente che rappresenti in modo originale la personale capacità dell'artista di trasmettere al pubblico la sua visione sulla realtà.

Ciò tanto più è evidente quanto più si considera che l'arte del XX secolo e, per ciò che è dato ad oggi vedere, anche numerose correnti artistiche del XXI secolo, hanno imperniato la propria espressività proprio attorno alla nozione di "forma", in modi sempre nuovi e talora del tutto antitetici. Si passa infatti da una radicale negazione concettuale e soppressione materiale della forma ad una sua sostituzione di essa con quella propria di altri oggetti

⁷² Come ricorda Donati, un ulteriore elemento che suggerisce l'estensione interpretativa della nozione di opera d'arte all'interno della normativa italiana proviene peraltro anche dall'art. 64 del Codice dei Beni Culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modifiche), secondo cui l'attestato di autenticità di un'opera d'arte consiste in "una dichiarazione che, ove possibile in relazione alla natura dell'opera o dell'oggetto, è apposta su copia fotografica". Appare evidente che la locuzione "ove possibile" ammetta la possibilità di un'opera che non sia di per sé fotografabile (come ad esempio un evento performativo o un happening, dei quali potranno semmai restare tracce scritte, visive o audioregistrate, ma non la vera e propria copia fotografica del bene artistico) (cfr. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., p. 32).

o prodotti, con ciò implicitamente sottolineando l'inconsistenza di un'autonoma esistenza oggettiva dell'opera.

Se dunque quella concettuale viene frequentemente definita dagli stessi artisti come *non-arte*, la forma che caratterizza molte delle opere che appartengono a tale corrente è più propriamente una *non-forma*, al punto che si può giungere a parlare di una vera arte anti-formale, dal momento che il valore estetico ed artistico risiede, come detto, nell'idea e nell'azione realizzativa di essa, prescindendo dal tipo di prodotto che ne scaturisce⁷³.

La smaterializzazione dell'opera d'arte comporta il venire meno della cosiddetta *idea/expression dichotomy*, nella misura in cui idea e sua espressione cessano di essere qualcosa di diverso e concettualmente si fondono in un unico prodotto artistico.

La forma espressiva costituisce la particolare e singolare struttura che l'artista conferisce al proprio estro creativo, al contenuto ideale che, con essa, diventa trasferibile dal foro interno della sua personalità al foro esterno percepito dal pubblico. Meglio: la forma espressiva rappresenta, tra i molti possibili, esattamente il senso e significato voluti dall'artista per manifestare la propria idea creativa.

Tuttavia, anche quando l'opera d'arte contemporanea appare dichiaratamente anti-formale, non può essere del tutto priva di forma (non a caso si parla pur sempre di forma immateriale). Al contrario, è l'atto creativo dell'artista che imprime significato proprio alla forma (indipendentemente dal fatto che sia oggettuale o meno), rendendola espressiva e manifesta.

Proprio in quanto attività di natura eminentemente intellettuale, piuttosto che tecnica, l'operazione dell'artista insiste sul rapporto di

⁷³ In questo senso parla Spedicato, oltre che di arte anti-formale, anche di *forma impertinente* dell'opera d'arte contemporanea, intendendo con ciò il venir meno di un rapporto di pertinenza della forma espressiva rispetto al significato che veicola (cfr. SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore* (commento a Trib. Milano, 29 giugno 2011), in *Dossier DIRITTO E NAZIONI - Temi di diritto, letteratura e altre arti* (a cura di M. Paolo MITTICA), Atti del secondo convegno nazionale 2010, Italian Society for Law and Literature.

pertinenza esistente tra una data forma e il suo significato comune (nel caso dei *ready-made* o dell'arte appropriativa) o tra la forma significativa e il contenuto espressivo che specificamente l'autore ha voluto trasmettere (come nelle opere d'arte effimere).

Inserendosi in questo spazio esistente tra il messaggio che si intende veicolare e la forma scelta dal soggetto per veicolarlo, viene a qualificarsi l'espressività della forma assunta dall'opera d'arte come un *quid* creativo, unico ed originale e, per tali ragioni, tutelabile quale bene giuridico autonomo ai sensi della normativa autoriale.

In altri termini è proprio nel momento in cui il processo creativo si manifesta (cioè qualora l'operazione artistica concettuale si realizza, indipendentemente dalle modalità con cui ciò avviene) che l'opera che ne scaturisce diviene percepibile, non solo da parte del pubblico ma anche da parte del diritto, e pertanto proiettata nel terreno della tutela autoriale.

Certamente non mancano taluni rilievi critici, per non dire problematici, che l'estensione della protezione giuridica alle opere d'arte anti-formali pone.

In primo luogo, con riguardo alle opere che prendono a prestito la loro forma dalla realtà, il rischio è quello di giungere all'eccesso di riconoscere tutela, con il relativo novero di diritti morali e di utilizzazione economica in capo all'autore, anche ad oggetti ed utensili di uso comune, per il solo fatto di essere assurti al rango di opera d'arte grazie all'operazione intellettuale dell'artista.

All'estremo opposto si potrebbe giungere a legittimare un vero e proprio monopolio delle idee, in cui tutelare, per il solo fatto di essere state in qualche modo individuate e per così dire consacrate dal lavoro di un dato artista, alcune categorie del pensiero (quali ad esempio i colori, i numeri, le lettere, gli stati dell'animo, ...)⁷⁴.

⁷⁴ A tal proposito Petruzzelli, con apprezzabile lungimiranza, in uno scritto che data ad una ventina di anni or sono, già paventava simili rischi e problematiche connesse alle

Probabilmente una soluzione interpretativa va rinvenuta tra gli opposti che emergono da simili impostazioni: se infatti paiono del tutto legittimi i timori legati a possibili conseguente monopolistiche connesse al riconoscimento dell'esclusiva a opere che, in tutto e per tutto, appaiono quali astrazioni del pensiero, d'altro canto non è pensabile escludere *tout court* larga parte delle forme di arte contemporanea semplicemente sostenendo che esse operano una forzatura sul confine di tutelabilità individuato dalla norma.

Occorrerebbe invece tentare di identificare una linea di demarcazione, certamente non agevole, tra le opere d'arte che possono costituire oggetto di protezione autoriale e forme artistiche che invece, pur manifestando un qualche gradiente di espressività creativa, non riescono a raggiungere la soglia minima sufficiente richiesta dalla legge, con un'attenzione specifica anche ad aspetti di operatività effettiva della tutela nella prassi dei traffici giuridici e della circolazione di tali opere sul mercato.

E una tale operazione di discernimento definitorio non può che provenire, in via preferenziale, dal legislatore onde evitare, come in taluni casi è avvenuto nell'esperienza giurisprudenziale nazionale così come in quella di altri Paesi (lo si è visto *supra*, par. 1.3), di demandare al giudice un sindacato di artisticità sull'opera, con l'unico risultato atteso di pronunce spesso barocche e fra loro contraddittorie⁷⁵.

sfide che il diritto d'autore si trova ad affrontare nell'era dell'arte contemporanea dematerializzata ed effimera (cfr. PETRUZZELLI, *Copyright Problems in Post-Modern Art*, 5 De Paul-LCA J. Art & Ent. L. 115, 1995).

⁷⁵ Su tutti può essere qui menzionato il caso che ha probabilmente rappresentato il *leading case* della giurisprudenza statunitense sul tema, ma che ben può essere considerato un riferimento anche per l'esperienza giuridica nazionale: si tratta della nota vicenda giudiziaria che ha coinvolto l'artista romeno Costantin Brancusi in relazione alla sua scultura *Uccello nello spazio*, non riconosciuta dalla dogana americana come opera d'arte ed invece scambiata per un utensile da cucina e, come tale, assoggettata al relativo dazio d'ingresso nello Stato (per un'analisi della vicenda e, più in generale, dell'opera di Brancusi, si rimanda, tra i molti, a AA.VV., *Constantin Brancusi nel XXI secolo. Nuovi studi*, Verso l'Arte Edizioni, 2010).

Ciò detto, le ricadute sul piano giuridico del processo di dematerializzazione dell'opera d'arte non si apprezzano però soltanto in relazione alla identificazione dell'oggetto di tutela autoriale. Esse infatti dispiegano i loro effetti anche in merito alla circolazione di tali opere sul mercato, a partire dall'identificazione della proprietà di simili beni artistici, fino all'applicazione ad essi degli istituti tradizionali del diritto, perlopiù civile, quali compravendita, noleggio, possesso, donazione e numerosi altri.

Si faceva cenno al fenomeno per cui numerosi artisti concettuali, proprio per tentare una compensazione del carattere effimero delle loro opere nell'ottica di ancorarne l'esistenza giuridica ad un supporto tangibile, focalizzano la loro attenzione su certificati e documenti che, in diversa misura, contengono caratteristiche e ed elementi realizzativi delle opere stesse.

Ma il documento non è soltanto un valido *escamotage* per aggirare l'ostacolo imposto dalla smaterializzazione del prodotto artistico alla sua circolazione: esso costituisce uno strumento utile, molto spesso l'unico possibile, che attesti l'esistenza dell'opera medesima, la sua autenticità, la registrazione presso l'archivio dell'artista e, soprattutto, costituisce sovente l'unica garanzia possibile della sua riproducibilità⁷⁶.

Se infatti il collezionismo è stato sin dall'antichità il principale motore propulsore del mercato dell'arte, non sarà certamente il mutare delle

⁷⁶ Si pensi ancora una volta al caso dei *wall drawings* di Sol Lewitt: tali opere, nel momento in cui consistono, all'atto di vendita dall'artista al collezionista, solo in un certificato che racchiude le istruzioni per la loro esecuzione, evidentemente non potrebbero venir riprodotte se non proprio in virtù di quel documento che dunque, in qualche misura, già contiene in potenza l'opera dell'artista. Sarà poi il compratore/collezionista, in un secondo momento rispetto a quello creativo dell'autore, a decidere se dare vita o meno all'opera (e, in caso affermativo, a realizzarla esattamente secondo il volere e le coordinate di questi). Ciò naturalmente non lo rende autore di tale creazione, ma solo un esecutore tecnico-materiale delle volontà dell'artista, il quale anzi potrà esercitare il proprio diritto di disconoscimento dell'opera nel caso in cui venga realizzata in modo difforme rispetto a quanto contenuto nel certificato suo proprio. Per un approfondimento sui lavori artistici di Lewitt cfr., tra le molte pubblicazioni di carattere generale, MERZ, *Sol Lewitt*, Ed. Hopefulmonster, 2009; ZEVI, *L'Italia nei wall drawings di Sol Lewitt*, Electa, 2012 (dello stesso autore, più risalente ma con un più diffuso apparato critico, cfr. *Sol Lewitt. Testi critici*, Ed. Incontri Internazionali d'Arte, 1994).

tendenze artistiche, per quanto rivoluzionario, o il venir meno di una dimensione oggettuale dell'arte contemporanea a fermare lo spirito di raccolta e catalogazione di tali forme espressive: l'arte effimera circola, viene venduta e comprata, inserita in raccolta pubbliche e private esattamente come qualunque altra opera antica o moderna. Dovrà allora essere compito degli ordinamenti giuridici, e più precisamente di ogni ordinamento nazionale col quale la circolazione dell'opera d'arte sul mercato entra in contatto, a riconoscere e predisporre adeguata tutela normativa a simili lavori.

È una specie di compromesso tra arte e normazione, non solo d'autore: se la prima si sforza di mitigare i suoi eccessi, riportando ad una dimensione materiale ciò che invece consiste soltanto in un'operazione di tipo astratto, attraverso la predisposizione di un documento che incorpori in certo modo i caratteri fondamentali dell'opera; dall'altro lato il diritto, nel momento in cui gli sia offerta la possibilità di operare su uno strumento effettivo quale è il certificato artistico, non può arroccarsi in rigide posizioni negazioniste che escludano la tutela e la possibilità di circolazione giuridica a questi lavori⁷⁷. Ma, se da un punto di vista definitorio, tale tensione potrebbe essere superata, è sul piano della prassi che emergono le problematiche maggiori⁷⁸.

Le questioni aperte sono essenzialmente due: anzitutto si tratta di valutare in quale modo i più comuni negozi giuridici di trasferimento della proprietà, strumento principale nel disciplinare lo spostamento di opere

⁷⁷ Sul punto insiste CHIANALE, *Diritto e identità dell'opera d'arte contemporanea*, in AJANI e DONATI, *I diritti dell'arte contemporanea*, op. cit., pp. 57 ss. L'autore si sofferma in particolare ad analizzare la griglia concettuale che il tradizionale diritto privato sui beni mobili offre al giurista e come questa possa conciliarsi, non senza evidenti difficoltà, con le più attuali correnti artistiche contemporanee, a partire dall'identificazione della proprietà di un'opera d'arte effimera o dematerializzata fino alla questione del trasferimento dei diritti su simili opere.

⁷⁸ Va detto che, a livello internazionale e particolarmente negli ordinamenti che sono stati più sopra richiamati (Inghilterra, Stati Uniti, Francia, Germania), il dibattito dottrinale e i precedenti giurisprudenziali si sono maggiormente focalizzati sul tema di quale sia l'oggetto precipuo di tutela della normativa autoriale, per dare risposte in merito alla proteggibilità o meno delle opere d'arte dematerializzate. Meno è stato invece detto o scritto in relazione alle implicazioni che la circolazione giuridica di tali lavori mostra con riguardo alla loro proprietà, agli obblighi conservativi, all'esposizione e alla compravendita.

d'arte sul mercato, si pongano nei confronti di un oggetto contrattuale che consista in un bene smaterializzato⁷⁹. In secondo luogo occorre verificare se proprio il documento che certifica l'esistenza e le caratteristiche dell'opera d'arte possa costituire un valido oggetto di contrattazione, sempre in riferimento all'esistenza degli elementi essenziali previsti dalla normativa e alle categorie consuete del diritto.

Le risposte a questi interrogativi spesso non paiono pienamente esaustive od omogenee poiché, per un verso, risentono inevitabilmente delle lacune normative che la legislazione autoriale mostra di non riuscire per ora a superare del tutto (non tanto a livello di formulazione delle categorie generali, quanto piuttosto con riguardo all'adattamento dei singoli istituti al mutamento della realtà); per altro verso scontano il fatto di doversi necessariamente costruire attorno all'impostazione locale degli ordinamenti nazionali i quali, come si è visto, molto spesso partono da premesse molto differenti in ordine ai requisiti necessari alla tutela autoriale. In altre parole, se la circolazione dell'opera d'arte, materiale o dematerializzata che sia, trascende i confini dei singoli Stati per muoversi nel più ampio mercato globale, la protezione che riceverà e i criteri in ordine al trasferimento di diritti su di essi non risultano armonizzati al punto da poter individuarne una chiave di lettura unica dal punto di vista dell'inquadramento giuridico⁸⁰.

⁷⁹ Il trasferimento di diritti su beni immateriali in realtà già esiste e, quando è consentito, è oggetto di una esplicita previsione normativa (si pensi, sempre nell'ambito del diritto d'autore, al caso del marchio, della ditta, dei modelli di utilità,...). Salva la specifica disciplina stabilita in relazione a ciascuna figura, è possibile fare applicazione delle regole previste per l'istituto della vendita in generale. È evidente che saranno escluse quelle norme che presuppongono l'esistenza di un *corpus* materiale della cosa oggetto di negoziazione. In questi casi la compravendita deve essere concepita, stante la peculiare natura del cespite, come cessione ad un nuovo soggetto della possibilità di effettuare lo sfruttamento economico del bene, verso il corrispettivo di un prezzo (cfr. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1971, p. 79).

⁸⁰ In relazione alla circolazione delle opere d'arte, non soltanto effimere, si veda NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte - La circolazione delle opere d'arte*, Skira, 2013; in particolare si segnalano CONSIGLIO-CLERICI-CAVAGNA DI GUALDANA, *La vendita di opere d'arte*; FRIGO, *La circolazione internazionale delle opere d'arte*; GREGORI, *Rilievi critici connessi alla circolazione di opere d'arte*; BARTESAGHI, *Detenzione di opere d'arte all'estero: obblighi dichiarativi e profili sanzionatori*.

LA TUTELA GIURIDICA DELL'OPERA D'ARTE APPROPRIATIVA

SOMMARIO: 2.1 Arte appropriativa: definizione e confini giuridici di un genere artistico - 2.1.1. Qualificazione della parodia tra genere autonomo ed eccezione al diritto di riproduzione - 2.2 L'opera d'arte elaborata: regime giuridico e titolarità dei diritti - 2.2.1 Un tentativo di inquadramento giuridico dell'opera d'arte appropriativa tra parodia ed elaborazione creativa - 2.2.2 Profili patologici e violazione del diritto d'autore: plagio e contraffazione - 2.3 La dottrina del *fair use* e le condizioni di ammissibilità dell'opera d'arte appropriativa- 2.4 La giurisprudenza americana in tema di *appropriation art* - 2.5 Le Corti europee a confronto con l'arte appropriativa

2.1. *Arte appropriativa: definizione e confini giuridici di un genere artistico.*

Dopo aver preso in esame il caso in cui l'opera d'arte contemporanea si manifesta attraverso forme espressive effimere che negano totalmente o parzialmente la forma e l'incorporazione su un supporto materiale dell'idea creativa dell'artista, occorre ora considerare quelle opere che invece, pur presentando una dimensione di oggettualità, tuttavia la prendono a prestito dalla realtà, in particolar modo da manufatti ed utensili di uso comune o dalla cultura di massa, dal mondo pubblicitario e della comunicazione⁸¹,

⁸¹ Cfr. NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Profili emergenti nell'arte contemporanea: appropriation art*, in *Il diritto dell'arte. L'arte, il diritto e il mercato*, op. cit., pp. 85 ss., ove si fa riferimento, per una panoramica su alcuni recente lavori di arte appropriativa, alla ricerca

nonché da lavori precedentemente realizzati da altri artisti, incorporandola all'interno di nuove opere. Tale pratica appropriazionistica declina in modo diverso, pur partendo da analoghi presupposti, quanto si diceva in precedenza⁸² con riguardo alla prevalenza, in molte forme espressive contemporanee, dell'operazione intellettuale posta in essere dall'artista nella realizzazione dei propri lavori, rispetto alla capacità tecnico-materiale.

Nelle opere d'arte appropriativa, infatti, ciò che risulta preponderante non è tanto la loro connotazione materiale (che tuttavia, al contrario di ciò che avviene per l'arte effimera o dematerializzata, risulta presente e percepibile dall'osservatore), quanto piuttosto un processo di ri-semantizzazione che l'autore compie rispetto alla forma, presa a prestito da quella originaria preesistente e, di conseguenza, al suo significato⁸³.

Consider Appropriation - An investigation of (re)performance and its relationship to appropriation and plagiarism, pubblicata online su <https://considerappropriation.wordpress.com/> (con menzione, tra gli altri, dei lavori di Kersty Bury, Christian Marclay e Douglas Gordon).

Va detto inoltre che l'arte appropriativa riflette in modo emblematico una tendenza, molto frequente nell'arte contemporanea, a rivendicare da parte degli artisti spazi sempre maggiori di libertà espressiva, anche a costo di "sottrarli" o "copiarli" da altri artisti, lavori o correnti già esistenti, con ciò opponendosi idealmente alle tendenze monopolistiche o individualistiche della legislazione autoriale (cfr. GREENBERG, *The art of appropriation: puppies, piracy and postmodernism*, in *Cardozo Entertainment & Arts L. J.*, 1992, vol. 11, pp. 1-34; WILLIAMS, *Silence and postmodern copyright*, in *Cardozo Entertainment & Arts L. J.*, 2011, vol. 29, pp. 47-84).

⁸² Vedi *supra*, in particolare cap. 1, par. 1.4.

⁸³ Si prenda il caso, a titolo esemplificativo, delle *Brillo boxes* di Andy Warhol (ma lo stesso discorso si potrebbe fare con le scritte *Coca Cola* di Mario Schifano o le immagini fumettistiche e pop di Roy Lichtstein): l'opera d'arte dell'artista americano fa propria la forma e l'immagine di una comune confezione di detersivo, la quale in origine non intende trasmettere alcun messaggio o contenuto particolare (se non di tipo meramente pubblicitario relativamente alle caratteristiche del prodotto che contiene) e, iconizzandola, le attribuisce un significato totalmente nuovo (la condanna della società dei consumi) e una valenza originariamente artistica. Per un'analisi del senso delle pratiche appropriazionistiche tipiche della Pop Art, redatta dal suo stesso padre fondatore, si veda WARHOL, *La filosofia di Andy Warhol* (prima edizione 1975), Ed. Abscondita, 2009.

È dunque ancora una volta la supremazia del contenuto sulla forma esteriore, ossia l'essenza dell'opera e la sua contestualizzazione espressiva, che costituisce il tratto distintivo e il valore artistico di questi lavori⁸⁴.

Come peraltro emerge anche da un'impostazione giurisprudenziale piuttosto giovane ma in via di consolidamento⁸⁵, lo scopo dell'operazione appropriativa è quello di trasmettere un messaggio ulteriore e diverso da quello evocato dall'opera originaria, attraverso l'aggiunta o la modificazione di tratti anche solo marginali, o addirittura senza alcuna variazione di rilievo, rispetto all'opera appropriata⁸⁶.

Orbene, prescindendo da un'analisi valutativa di tipo storico-artistico o estetico, gli interrogativi che questo genere di opere d'arte pone al diritto, in particolar modo d'autore, sono molteplici: anzitutto si tratta di valutare se esse possano configurarsi quali opere nuove rispetto a quelle originarie di cui

⁸⁴ Per utilizzare le parole di Rimmer, *"the art of appropriation is the process whereby artists borrow images from other sources, and incorporate them into new work to comment critically upon the original work and the political and economic system that created it"*. Ancora: *"at its most extreme, it consists of the wholesale copying of an image from a single source, while in other contexts, it involves appropriating only part of a work, or simulating the "signature" style. The art of appropriating involves the transgression of the rules of copyright law"* (cfr. RIMMEL, *Four stories about copyright law and appropriation art, in Media and arts law review*, 1998, vol. 3, p. 180).

⁸⁵ Il fenomeno dell'arte appropriativa è solo di recente approdato nelle aule giudiziarie italiane: il *leading case* al riguardo può essere considerato il caso cosiddetto delle "Giacometti Variations", deciso dal Tribunale di Milano con ordinanza del 13 luglio 2011: nel caso di specie la Fondazione Alberto e Annette Giacometti hanno promosso un procedimento cautelare nei confronti della Stitching Fondazione Prada e dell'artista John Baldessari per l'utilizzo dell'opera *Grande Femme* di Alberto Giacometti, sia pure parzialmente modificata da taluni interventi dell'artista statunitense, all'interno di una installazione, intitolata appunto "The Giacometti Variations", allestita presso gli spazi espositivi di Fondazione Prada nel 2010 a Milano. L'ordinanza ha dato ragione alla Fondazione Prada e a Baldessari, ritenendo legittimo l'utilizzo appropriativo da parte dell'artista americano dell'opera di Giacometti, esteticamente e semanticamente mutata rispetto all'originale (sul punto cfr. SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2013, p. 118; BRICENO MORAIA, *"Arte appropriativa", elaborazioni creative e parodia*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. 6, 2011, p. 357).

⁸⁶ Cfr. GREENBERG, *The art of appropriation: puppies, piracy and post-modernism*, op. cit.; CARLIN, *Culture vultures: artistic appropriation and intellectual property law*, in *Columbia Journal of law and the arts*, 1988, n. 13, pp. 103 ss.; LANDES, *Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach*, in *Chicago Law & Economics*, Working paper n. 113, 2000 (in cui si afferma che *"appropriation art borrows images from popular culture, advertising, the mass media, other artists and elsewhere, and incorporates them into new works of art"*).

prendono a prestito la forma materiale. Occorre cioè valutare la presenza o meno di un gradiente di creatività, intesa nei termini di cui si diceva in precedenza a proposito dell'arte concettuale⁸⁷, tale da consentire non già la riproposizione tal quale dell'opera originaria con minime variazioni di dettaglio⁸⁸, bensì un nuovo prodotto artistico meritevole di autonoma protezione autoriale.

In secondo luogo, laddove si intenda rispondere affermativamente al precedente interrogativo, va definito il rapporto che si instaura tra opera appropriativa ed opera appropriata: nel caso infatti in cui un'artista faccia uso di un lavoro preesistente per crearne uno nuovo, come avviene per le elaborazioni creative e per le opere derivate⁸⁹, la normativa autoriale assicura i diritti dell'autore dell'opera originaria e subordina al consenso di questi l'eventuale successivo utilizzo di tale opera, o parti di essa, per la realizzazione di una nuova.

Ad un primo approccio i lavori artistici appropriativi parrebbero rientrare nella categoria delle elaborazioni creative dell'opera originaria poiché il livello di creatività adoperato dall'artista si situa in una posizione intermedia tra l'assenza totale di contributo creativo (la quale genererebbe astrattamente un'ipotesi di plagio o contraffazione) e un gradiente creativo tale per cui il rimando all'opera preesistente risulti minimo e determini quindi l'esistenza di un'opera radicalmente nuova. D'altro canto, come già

⁸⁷ Vedi *supra*, in particolare cap. 1, parr. 1.2.1 e 1.4.

⁸⁸ Le quali evidentemente non consentirebbero di rubricarla quale nuova opera dell'ingegno a carattere creativo, ma anzi potrebbero integrare gli estremi di una condotta plagiaria o contraffattoria. Per converso non costituisce certamente una violazione della normativa autoriale un'opera d'arte appropriativa che ricalchi la forma di un'altra opera caduta in pubblico dominio: è il caso del celeberrimo *ready-made* di Marcel Duchamp intitolato *L.H.O.O.Q.* e realizzato nel 1919, consistente in una rivisitazione artistica della *Monna Lisa* di Leonardo, alla quale l'artista francese ha aggiunto un paio di baffi.

⁸⁹ Ai sensi dell'art. 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633, "senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria, sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali le traduzioni in altra 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".

rilevato, la creatività richiesta dalla lettera della legge per l'insorgere della protezione autoriale è di tipo "semplice", non "qualificata", e nel caso dell'arte appropriativa certamente si può ritenere integrato tale requisito per il solo mutamento di significato che l'artista ha inteso infondere nell'opera finale.

Va poi sottolineato che in questo genere di lavori il richiamo all'oggetto artistico originario è volutamente manifesto, non occultato, spesso anzi concorrendo a determinare in modo apprezzabile quel *détournement* di senso che è l'essenza stessa dell'opera appropriativa. Ciò dunque esclude anche la possibilità che essa integri una forma di plagio, la quale invece si fonda proprio sul fatto di nascondere colpevolmente la matrice alla quale ci si richiama per la realizzazione dell'opera plagiaria.

Ad una lettura più approfondita, taluni autori hanno avanzato l'ipotesi di un ulteriore inquadramento dell'*appropriation art* nella nozione non tanto di elaborazione creativa, bensì in quella di "imitazione creativa"⁹⁰, nella misura in cui si tratta pur sempre di opere d'arte derivate, il cui utilizzo economico soggiace all'approvazione del titolare dei diritti sull'opera originaria ai sensi dell'art. 18 l.d.a.⁹¹.

Vi è però un'altra figura giuridica che tange il confine dell'opera d'arte appropriativa e che potrebbe in certa misura ricomprenderla all'interno del proprio ambito di pertinenza: si tratta della parodia⁹² la quale, pur non

⁹⁰ In tal senso si esprime BRICENO MORAIA, "Arte appropriativa", *elaborazioni creative e parodia*, op. cit., in cui si richiama al rapporto tra la cosiddetta imitazione creativa e l'ipotesi di plagio, ben espresso in POSNER, *Il piccolo libro del plagio*, Ed. Elliot, 2007, pp. 77 ss..

⁹¹ Prima delle modifiche apportate dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208 e dal d.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, l'art. 18 espressamente prevedeva che "il diritto esclusivo di tradurre ha per oggetto la traduzione dell'opera in altra lingua o dialetto. Il diritto esclusivo di elaborare comprende tutte le forme di modificazione, di elaborazione e di trasformazione dell'opera previste nell'art. 4". Nel testo attualmente modificato si prevede, con una formulazione più sintetica, che "il diritto esclusivo di tradurre ha per oggetto tutte le forme di modificazione, di elaborazione e di trasformazione dell'opera previste nell'art. 4".

⁹² Tra la copiosa letteratura giuridica in tema di parodia, si segnala GAMBINO, *Le utilizzazioni libere: cronaca, critica e parodia*, in AIDA, 2002, pp. 127 ss.; BROK, *Osservazioni in tema di elaborazione dell'opera dell'ingegno e di libera riproduzione*, nota a Trib. Torino, 9

trovando nella lettera della legge 633/1941 un'espressa definizione normativa⁹³, tuttavia è stata più volte enunciata e caratterizzata a livello giurisprudenziale. Essa rappresenta "un'opera dell'ingegno autonoma rispetto all'opera di riferimento, e non già elaborazione creativa di quest'ultima ex art. 4 l.d.a., essendo caratterizzata da un rapporto di radicale antinomia rispetto all'opera parodiata, della quale non rispetta ma rovescia il nucleo concettuale"⁹⁴.

giugno 1951, in *Riv. dir. ind.*, 1954, II, pp. 4 ss.; FABIANI, *La protezione giuridica della parodia con particolare riferimento a recenti orientamenti di giuristi stranieri*, in *Il diritto di autore*, 1985, pp. 461 ss..

⁹³ Algardi, già in tempi non recenti, parlava di incomprensibile silenzio normativo da parte dell'ordinamento italiano nei confronti di un fenomeno, quello parodistico, che, oltre ad esistere da tempo immemore (sin dalla letteratura romana antica compaiono numerosi e valenti esempi di opere satiriche e parodistiche), si presenta trasversalmente e con sempre maggiore frequenza in diversi generi espressivi, dalla musica all'arte, dal cinema alla letteratura (cfr. ALGARDI, *Note in tema di parodia e particolarmente di parodia dell'opera inedita*, in *Il diritto di autore*, 1972, vol. 43, n. 4 pp. 391-408). Sul tema si veda anche SANTORO, *Brevi osservazioni in tema di parodia*, in *Il diritto di autore*, 1968, p. 1.

Va tuttavia rilevato che una lettura estensiva dell'art. 4 l.d.a. potrebbe ricondurre le opere parodistiche all'interno delle elaborazioni creative, intendendo proprio il significato parodistico quale elaborazione dell'opera originaria, con ciò rendendone dunque lecito l'utilizzo. In questo senso si esprime GALLI, *sub art. 4 l.d.a.*, in UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in AIDA, 1994.

Spedicato afferma che pare possibile sostenere che nell'ordinamento italiano la liceità della parodia sia da riconnettere all'applicazione dello stesso principio di carattere generale che sottende alla liceità delle variazioni musicali costituenti di per sé stesse opera originale ai sensi dell'art. 2, n. 2 l.d.a. nonché, per altro verso, la liceità della citazione dell'altrui lavoro ex art. 70 l.d.a. (cfr. SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore*, op. cit., p. 120, in cui l'autore analizza approfonditamente, con riferimenti anche giurisprudenziali, le relazioni e le possibili analogie tra la parodie e i due istituti sopra menzionati).

⁹⁴ Così si esprime TESTA, *commento a Trib. Roma, 29 settembre 2008*, in AIDA, 2010, p. 1341. Per analoghe pronunce inerenti alla definizione giuridica del genere parodistico si veda BRICENO MORAIA, "Arte appropriativa", *elaborazioni creative e parodia*, op. cit., giurisprudenza citata *sub nota* 12. Analogamente il Tribunale di Napoli ha affermato che "la parodia si configura come opera autonoma rispetto all'opera parodiata in quanto non vi è appropriazione del nucleo ideologico dell'opera parodiata e tra le due opere non vi è identità di rappresentazione [...]. Pertanto, da un lato, non è richiesto il consenso da parte del titolare del diritto morale o di utilizzazione economica sull'opera parodiata, dall'altro, la pubblicazione di una parodia non può mai costituire violazione del diritto morale riconosciuto dall'art. 20 legge 22/04/1941 n. 633 all'autore dell'opera parodiata" (cfr. Trib. Napoli, 15 febbraio 2000, in *Giurisprudenza Napoletana*, 2000, p. 184). Ha poi precisato il Tribunale di Milano che "la parodia, quale tecnica utilizzata per raggiungere l'effetto satirico, pur trovando fondamento nella preesistenza di un'opera di riferimento, gode di natura autonoma e sfugge pertanto alla necessità del consenso dell'autore dell'opera parodiata. [...] Il diritto alla satira, come diritto di critica esercitato in forma sarcastica e ironica, trova riconoscimento nell'ambito della libertà di

La differenza concettuale rispetto all'opera d'arte elaborata si apprezza dunque sotto il profilo della creatività dell'opera parodistica⁹⁵: proprio un maggiore o minore contenuto creativo consentirebbe infatti di rubricare il lavoro dell'artista alternativamente come nuova opera, suscettibile di autonoma tutela, opera elaborata (o derivata) oppure quale contraffazione dell'opera originaria.

Il carattere parodistico diventerebbe pertanto discriminante per due differenti ragioni: per un primo aspetto, laddove l'apporto creativo risulti consistente al punto da qualificare l'opera secondaria quale nuova opera, il relativo sfruttamento economico non risulterebbe subordinato ad alcun consenso del soggetto titolare dei diritti sull'opera preesistente. In secondo luogo, qualora invece il gradiente artistico-creativo non fosse tale da determinare l'esistenza di una nuova opera, bensì quella di un'elaborazione dell'opera originaria, l'esercizio dei diritti patrimoniali ad essa connessi esigerebbe l'autorizzazione prevista dall'art. 18 l.d.a., con la conseguenza che, in assenza di tale consenso, l'opera appropriativa andrebbe considerata in termini contraffattori⁹⁶.

manifestazione del pensiero tutelato all'art. 21 della Costituzione" (cfr. Trib. Milano, 7 settembre 2004, in *Rivista Internet*, 2005, I, pp. 27 ss.)

⁹⁵ La dottrina anglosassone sul punto effettua un'ulteriore distinzione tra le cosiddette *target parodies* e le cosiddette *weapon parodies*: le prime hanno come contenuto diretto un'altra opera preesistente; in questo caso l'opera parodiata assume specificamente la funzione di contenuto della parodia. Nelle seconde invece, che assumono il carattere di opere più propriamente satiriche, l'opera originaria non costituisce il bersaglio diretto della parodia, bensì il mezzo (non necessariamente l'unico) con cui viene svolta una più ampia critica della società. In altre parole, quando l'altrui opera è solamente uno strumento attraverso cui si esercita un'espressione critica rivolta ad altro rispetto a tale opera, quest'ultima viene utilizzata precipuamente in funzione di espressione e non in funzione di contenuto della parodia (per un confronto sulle figure di *target* e *weapon parody*, cfr. BURR, *Artistic parody: a theoretical construct*, in Cardozo Arts & Ent. L. J., 1996, pp. 65 ss.; RUTZ, *Parody: a missed opportunity*, in I.P.Q., 2004, pp. 284 ss..

⁹⁶ A meno che non si voglia seguire l'impostazione concettuale più sopra richiamata (vedi *supra*, *sub* nota 12), secondo cui proprio nella natura parodistica dell'opera d'arte appropriativa può consistere il carattere di elaborazione creativa richiesto dall'art. 4 e, dunque, ciò escluderebbe la possibilità di considerare l'*appropriation art* come un uso illecito dell'opera appropriata.

Sul punto, tuttavia, l'esiguità di casi giurisprudenziali relativi ai possibili confini tra parodia ed opera d'arte appropriativa e, contestualmente, la mancanza di un quadro normativo definito non hanno consentito di giungere ad individuare una linea di demarcazione tra l'esame sulla creatività dell'opera d'arte e quello sulla liceità del suo utilizzo⁹⁷, che risulterebbe invece di particolare utilità ai fini dell'identificazione della corretta natura dei lavori artistici appropriativi.

2.1.1. Qualificazione della parodia tra genere autonomo ed eccezione al diritto di riproduzione

Come detto, la nozione e relativa regolamentazione dell'opera parodistica non ha trovato ad oggi adeguato riconoscimento all'interno della disciplina legislativa autoriale, pur essendosi consolidata sia sul piano interpretativo che nella prassi, non solo artistica⁹⁸. Una probabile spiegazione

⁹⁷ Nell'ordinanza del 13 luglio 2011 sul caso "Giacometti Variations", il Tribunale di Milano si è limitato a rimarcare, sul piano definitorio, la distinzione tra parodia e opera derivata (o elaborata), senza tuttavia spingersi a ricondurre all'una o all'altra categoria l'opera d'arte appropriativa. Si legge infatti che "le opere parodistiche [...] sono tali nella misura in cui mutano il senso dell'opera parodiata, in modo tale da assurgere al ruolo di opera d'arte autonoma, come tale degna di autonoma tutela. [...] Al fine della considerazione dell'opera derivata [...] l'esame deve essere condotto non tanto evidenziando le identità e le somiglianze con l'opera originale, bensì considerando se l'opera derivata nel suo complesso [...] se ne discosti per trasmettere un messaggio artistico diverso". Più precisamente il giudicante tenta di ricondurre concettualmente le "Giacometti Variations" nell'ambito parodistico, anche se pare prediligere la dizione di *opere derivate*, o *rielaborative*, rispetto a quella di parodia, considerata più riduttiva. Ciò senza tuttavia voler davvero ricomprendere le opere appropriative nell'ambito *tout court* delle rielaborazioni ex art. 4 l.d.a., quanto piuttosto in quello più generale delle rivisitazioni di opere altrui che acquistano un autonomo valore creativo in funzione di un mutamento semantico dell'opera originaria.

⁹⁸ Come evidenziato (vedi *supra*, par. 1.1.), la liceità della parodia è stata sovente riconosciuta dalla giurisprudenza nazionale, sia richiamando la libertà di espressione riconosciuta dall'art. 21 Cost., sia la libertà dell'arte e della scienza di cui all'art. 33 Cost., sia ancora richiamando l'art. 70 l.d.a. inerente all'utilizzo dell'opera protetta per finalità di critica. Pur in assenza di una specifica disposizione di legge in tal senso, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina maggioritarie tentano di colmare tale vuoto normativo collocando il genere parodistico tra le "opere autonome" di cui agli artt. 1 e 2 l.d.a. (cfr., *ex pluribus*, ord. Trib. Milano, 29 gennaio 1996, in *I.D.I.*, 1996, n. 5, pp. 407 ss.).

di tale lacuna può essere rinvenuta nel mancato recepimento da parte della normativa italiana dell'eccezione contenuta nell'art. 5, par. 3, lett. K,⁹⁹ della direttiva 2001/29/CE (c.d. direttiva InfoSoc), la quale prevede la facoltà per gli Stati membri di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di riproduzione e di comunicazione di opere al pubblico nel caso in cui l'utilizzo di esse avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche¹⁰⁰.

Tale direttiva, orientata all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, ha inteso

⁹⁹ L'eccezione citata è esplicitamente sancita all'art. 5, par. 3, lett. k, il quale prevede, appunto, la facoltà degli Stati membri di prevedere limitazioni ai diritti di cui agli artt. 2 e 3 della direttiva "quando l'utilizzo (dell'opera protetta, ndr) avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche". Va ricordato che la normativa in tema di eccezioni, in via generale, deriva dalle regole dettate dalle convenzioni internazionali, in particolare dal "three step test" previsto dall'art. 9.2 della Convenzione di Berna e ripreso dai trattati WIPO (art. 10 WCT e art. 16 WPPT) e dall'art. 13 dell'Accordo TRIPs. In particolare la direttiva del 2001 nasce in applicazione dei trattati WIPO del 1996, anche se le eccezioni e limitazioni di cui si discute furono introdotte solo nella fase conclusiva di redazione del testo.

¹⁰⁰ A seguito della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, molti Stati europei hanno previsto nelle normative autoriali nazionali un'esplicita tutela, in presenza di determinati requisiti, delle forme citazioniste di opere protette da copyright. Così in Francia il Code de la Propriété Intellectuelle, all'art. L. 122-5 prevede che "lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: [...] 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées; b) Les revues de presse; [...] 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre". Analogamente in Belgio l'art. 46.5 della legge sul diritto d'autore e diritti connessi sancisce che "les articles 35, 39, 42 et 44 ne sont pas applicables lorsque les actes visés par ces dispositions sont accomplis dans les buts suivants: 1° les citations tirées d'une prestation, effectuées dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi; [...] 5° la caricature, la parodie ou le pastiche, compte tenu des usages honnêtes". In Olanda, pur non facendo espresso riferimento alle opere di carattere parodistico, caricaturale o in vario modo riproducenti opere protette preesistenti, il Dutch Copyright Act prevede all'art. 18 che "it shall not be deemed to be an infringement of the copyright in a work referred to in Article 10, first paragraph, under (vi), which is permanently displayed in a public thoroughfare, to reproduce or publish a reproduction of such work, provided that the work does not constitute the main part of the reproduction, that the reproduction differs appreciably in size or process of manufacture from the original work and that, with regard to architectural works, only the exterior thereof is reproduced". Da ultimo, in Germania, un'opera secondaria che riprenda a fini di critica, parodia o citazione un'opera tutelata dal diritto d'autore può essere autorizzata in base al sistema delle "freie Benutzung" (paragonabili alle nostre "libere utilizzazioni"): in particolare il Urheberrechtsgesetz stabilisce all'art. 24 che "an independent work created by free use of the work of another person may be published and exploited without the consent of the author of the used work".

prevedere la possibilità per le normative autoriali nazionali di fissare alcune limitazioni all'esercizio dei diritti patrimoniali di utilizzazione economica dell'opera protetta a fronte di esigenze di pubblica informazione, di libera discussione delle idee, di diffusione della cultura e di studio, anche alla luce dell'evoluzione elettronica e tecnologica dei mezzi di riproduzione e comunicazione¹⁰¹. Il recepimento della direttiva è avvenuto nel nostro ordinamento con il d.lgs. 68/2003, il quale ha operato un intervento, in tema di eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e comunicazione di un'opera dell'ingegno, sugli artt. 65-71 *decies* l.d.a.. Tuttavia, delle pur numerose eccezioni previste dal testo della direttiva europea, solamente quella relativa agli atti temporanei di riproduzione che non abbiano rilevanza economica indipendente mostra carattere di obbligatorietà ed ha dunque trovato puntuale trasposizione nelle normative nazionali; relativamente alle altre limitazioni il legislatore europeo ha lasciato alla discrezionalità dei singoli Stati la facoltà di implementarle o meno¹⁰².

Tra esse compare appunto la previsione dell'utilizzo in chiave parodistica di un'opera protetta, il quale utilizzo assume però, nella prospettiva europea, i caratteri di una mera eccezione alla privativa autoriale e non invece la statura di una vera e propria "libertà" di espressione artistico-creativa riconosciuta al suo autore¹⁰³. L'evoluzione interpretativa dottrinale e

¹⁰¹ Prevede in particolare il *considerando* n. 31 della direttiva che "deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. [...] Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno".

¹⁰² Una delle maggiori critiche che vengono mosse alla direttiva, infatti, è proprio di aver previsto, in materia d'introduzione e tutela delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, delle mere facoltà e non dei doveri precipui. Il che sarebbe ulteriormente confermato dal ricorso, nel testo della direttiva, del verbo "may" anziché "shall". Quest'ultimo è invece utilizzato nelle disposizioni in cui vengono attribuite facoltà e tutele ai titolari dei diritti (artt. 2.1, 3.1, 4.1).

¹⁰³ In tal senso si esprime GHIDINI in *Exclusion and access in copyright law: the unbalanced features of the european directive "on information society"* (InfoSoc), in *Riv. Dir. Ind.*, 2013, n. 1, pp. 5 ss. (si veda in particolare par. II, punto 9C).

giurisprudenziale italiana¹⁰⁴, tuttavia, si è mossa piuttosto nel senso di riconoscere alla parodia lo *status* di opera autonoma rispetto a quella parodiata, consegnando nel contempo allo spirito satirico-caricaturale il pieno diritto di cittadinanza tra le forme tipiche della libertà di manifestazione del pensiero.

Appare probabile allora che la scelta da parte del legislatore nazionale di non recepire l'eccezione parodistica prevista dalla direttiva InfoSoc sia stata dettata proprio dalla specifica volontà di continuare a riconoscere a tale genere una propria indipendenza rispetto a figure giuridiche analoghe (elaborazione creativa od opera derivativa) e, soprattutto, dall'intenzione di opporsi ad una sua relegazione al ruolo di limitazione eccezionale al generale diritto di riproduzione. L'iter argomentativo che ha condotto ad una simile scelta va ricercato perlopiù a partire dalla disciplina delle opere elaborate e derivate, delle quali si dirà più ampiamente nel prossimo paragrafo. Tuttavia, premesso che la normativa, così come disposto dall'art. 4 l.d.a., prevede che all'autore dell'opera originaria sia riconosciuta tutela rispetto alle elaborazioni della propria creazione, le quali possono darsi a patto che non pregiudichino i diritti di questi, è pur vero che non tutte le ipotesi in cui si "prende a prestito" una parte dell'altrui creazione siano da considerarsi opera derivata in senso tecnico. La derivazione che rileva ai sensi della previsione normativa va infatti circoscritta alla forma espressiva dell'idea creativa, la quale rappresenta l'oggetto precipuo della tutela autoriale, dovendosi quindi escludere il carattere derivato, giuridicamente inteso, nel caso di forme e contenuti semantici differenti tra due opere¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Sin dai primi anni del '900 la parodia (o satira) viene riconosciuta quale genere che risponde "*ai bisogni intimi ed indistruttibili della natura umana, quindi non reprimibili da alcuna potenza di umano legislatore*" (così Trib. pen. Napoli, 27 maggio 1908, in *Giur. it.*, 1909, n.2, p.1).

¹⁰⁵ In questo senso cfr. SBARBARO, *La nozione autonoma di diritto dell'Unione Europea di "opera parodistica" ed il "giusto equilibrio" nell'applicazione della relativa eccezione al diritto d'autore secondo la sentenza della Corte di Giustizia del 3 settembre 2014, causa C-201/13, in Diritto Mercato Tecnologia*, 2014, n. 2, p. 12.

La giurisprudenza italiana¹⁰⁶, sottolineando al riguardo il cambiamento radicale tanto del nucleo concettuale, quanto non di rado anche dell'impronta espressiva, che la parodia compie rispetto all'opera originaria, ha dunque inteso prendere le distanze da un suo inquadramento giuridico nei termini dell'elaborazione di cui all'art. 4 l.d.a.. Rivendicare un carattere di originalità ed indipendenza del genere parodistico significa dunque riconoscergli autonomo valore espressivo e contenuto artistico-concettuale, come tali tutelabili in modo indipendente rispetto all'opera originaria¹⁰⁷.

Se allora un risultato rappresentativo nuovo e un messaggio artistico proprio possono essere ricondotti alla parodia, talché non residui margini per attribuirli invece all'autore dell'opera parodiata, essa non potrà comportare pregiudizio alcuno all'identità personale e ai diritti morali dell'autore primario¹⁰⁸.

Va detto che l'assetto sin qui ricostruito in merito alla configurazione normativa della parodia potrebbe tuttavia subire variazioni in ragione dell'approvazione nel giugno 2015, da parte della Commissione Affari Giuridici del Parlamento dell'Unione Europea, di una proposta di revisione della normativa in materia di diritto d'autore. Il cosiddetto Rapporto Reda, da cui ha preso avvio tale proposta, intende operare una riforma della direttiva InfoSoc indicando nell'obbligatorietà del recepimento (da parte degli Stati membri) delle eccezioni in essa previste, una possibile soluzione alla mancata armonizzazione di taluni aspetti della normativa d'autore. Laddove ciò avvenisse, dunque, la parodia cesserebbe di essere un genere autonomo come tale tutelabile, assurgendo definitivamente ad eccezione del diritto di riproduzione dell'opera d'arte originariamente protetta.

¹⁰⁶ Così si esprime anche la citata ord. Trib. Milano del 13 luglio 2011 sul caso "Giacometti Variations".

¹⁰⁷ Di più: si potrebbe dire che l'opera parodistica deve potersi distinguere da quella parodiata e non confondersi con essa, affinché non si possa verificare il rischio di non distinguere tra i due autori delle stesse (così SBARBARO, op. da ultimo cit., p. 13).

¹⁰⁸ Così Trib. Milano, 29 gennaio 1996, in *I.D.I.*, cit., pp. 407 ss..

2.2. *L'opera d'arte elaborata: regime giuridico e titolarità dei diritti*

In relazione alle opere protette ai sensi dell'art. 4 l.d.a., va anzitutto chiarito che per elaborazione si intende un lavoro che riproponga con una nuova forma espressiva esteriore la medesima forma interna di un'opera preesistente, anche parzialmente modificandola, di modo che sia riconoscibile all'occhio dell'osservatore la matrice da cui l'elaborazione ha tratto spunto¹⁰⁹.

In altre parole, e relativamente all'ambito delle opere d'arte, si tratta di rappresentare in modo nuovo un contenuto intellettuale, un'idea creativa, già esistente, senza tuttavia giungere al punto di stravolgerne l'identità originaria; al contrario, l'opera derivata non intende in alcun modo nascondere od eliminare definitivamente ogni riferimento all'opera da cui ha tratto ispirazione, bensì soltanto creare nuove suggestioni concettuali da comunicare al pubblico¹¹⁰.

In linea generale l'opera derivata può correlarsi con quella originaria in vario modo a seconda di quanto se ne allontani concettualmente per l'apporto creativo utilizzato ai fini della sua realizzazione. Agli estremi opposti stanno i casi di contraffazione, nell'ipotesi in cui la creatività a cui è ricorso l'artista sia talmente irrilevante da non determinare alcun discostamento dell'opera elaborata rispetto all'originale¹¹¹, e quello di opera

¹⁰⁹ In questo senso si esprime ALBERTINI, *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, in *Jus civile*, 2015, n. 7, pp. 360 ss., ivi richiamando una più risalente, ma uniforme, letteratura sul punto: SPAZIANI TESTA, *Le elaborazioni delle opere letterarie*, in *Il diritto di autore*, 1959, pp. 551 e 555; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960, p. 717.

¹¹⁰ Già PIOLA CASELLI definiva in questi termini il concetto di elaborazione creativa nel *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, E. Marghieri e UTET editori, 1927, pp. 464 ss..

¹¹¹ Nel qual caso l'opera elaborata non solo non genererà alcun diritto in capo al suo autore, ma anzi costituirà verosimilmente, salvo diversa pattuizione con l'autore dell'opera originaria, una violazione dei diritti morali e di utilizzazione economica (segnatamente del diritto di riproduzione) di questa. Tuttavia, anche nel caso di elaborazione creativa, potranno darsi ipotesi di violazione dei diritti d'autore sull'opera originaria: a tal proposito ha ribadito la Cassazione che "*l'utilizzazione da parte degli autori di una composizione (musicale, ndr) costituente "elaborazione di carattere creativo" di un'opera originaria, protetta in modo distinto rispetto a quest'ultima, ai sensi dell'art. 4 l. 22 aprile 1941 n.*

totalmente nuova, allorché l'elaborazione consti di un livello di creatività tale da rendere l'opera secondaria radicalmente differente se raffrontata con quella preesistente, la quale costituisce pertanto una mera ispirazione¹¹².

L'ipotesi maggiormente aderente alle pratiche artistiche appropriate è però quella intermedia alle due precedenti¹¹³, che si verifica nella misura in cui l'opera d'arte mostri una propria autonoma creatività, mantenendo però al contempo una chiara e manifesta riferibilità all'opera appropriata. Occorre cioè contemporaneamente che il lavoro artistico si discosti concettualmente da quello originario (altrimenti si ricadrebbe nell'ipotesi contraffattoria), ma non così tanto da costituire un qualcosa di radicalmente nuovo: è necessario che l'opera preesistente rimanga riconoscibile all'occhio dell'osservatore, pur con un mutamento sostanziale di senso.

Ed è proprio in questa terza ipotesi che si pongono le problematiche più rilevanti sul piano della titolarità dei diritti, morali e patrimoniali, in capo ai due artisti/autori (dell'opera originaria e di quella secondaria) e,

633, può configurare una violazione del diritto morale e patrimoniale dell'autore dell'opera originaria, ove difetti il consenso dello stesso, quando, rispettivamente, non sia stato enunciato, nelle forme d'uso il nome dell'autore dell'opera originaria, o sia stato esercitato il diritto esclusivo sull'opera derivata, con pregiudizio di quello corrispondente sull'opera originaria" (così Cass. 5 settembre 1990, n. 9139, in *Giustizia civile*, 1991, pp. 1528 ss.)

¹¹² In questa ipotesi "la ripresa di elementi dell'opera originaria è così modesta che il debito intellettuale non è giuridicamente rilevante. Pertanto il diritto sull'opera nuova è del tutto indipendente da quello sull'opera originaria: anzi, da quello sull'opera precedente", poiché nel caso di specie "entrambe le opere sono originarie" (in questi termini si esprime ALBERTINI, *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, op. cit., p. 366). Come fa notare l'autore, la legge peraltro non stabilisce espressamente tale regola di indipendenza di tutela giuridica tra le due opere, eccettuato l'esplicito riferimento alle variazioni musicali costituenti di per sé un'opera originale ai sensi dell'art. 2, n. 2, l.d.a.. Tuttavia, secondo una lettura sistematica della normativa autoriale, la regola dettata per le variazioni musicali conferma l'esistenza di un generale principio di libera appropriabilità delle forme in funzione di contenuto di una diversa opera (in questo senso anche SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Giuffrè, 2013, pp. 157 ss.).

Diverso appare invece il trattamento dei *derivative works* nel diritto statunitense (sul punto di veda cfr. LANDES, *Copyright, borrowed images and appropriation art: and economic approach*, op. cit., pp. 7 ss.).

¹¹³ Relativamente alla tripartizione della casistica qui riportata, si registra un orientamento tendenzialmente uniforme, tanto in dottrina (cfr. ROVATI, *nota a Cass. 27 ottobre 2005, n. 20925*, in *AIDA*, XVI-2007, par. 1134/1) quanto in giurisprudenza (a titolo esemplificativo si veda Trib. Torino, sez. spec. propr. ind., 6 luglio 2012).

conseguentemente, del regime giuridico applicabile alla circolazione dell'opera appropriativa sul mercato.

Relativamente al primo aspetto, le soluzioni astrattamente ipotizzabili sono molteplici: da quella di riconoscere la titolarità dell'esclusiva autoriale (e, correlativamente, del suo esercizio) solamente in capo al soggetto che ha realizzato l'elaborazione fino all'estremo opposto di ricondurla in via esclusiva all'autore dell'opera originaria, passando per le possibili soluzioni intermedie date da un regime di comunione, variamente modulato, dei diritti fra tali soggetti. Ad un'analisi più approfondita, ma che sconta ancora una forte teoricità, le opzioni realmente sostenibili si riducono a due: riportare la titolarità e l'esercizio dei diritti all'autore dell'elaborazione creativa, riconoscendo eventualmente all'autore dell'opera preesistente un corrispettivo diritto di negare l'autorizzazione a particolari interventi elaborativi; oppure applicare la disciplina della comunione giuridica tra i due soggetti¹¹⁴.

¹¹⁴ Va precisato, con riferimento a quest'ultima ipotesi, che parlare di regime della comunione non è in verità dirimente quanto a disciplina applicabile, dal momento che andrebbe preliminarmente chiarito a quale tra i seguenti istituti si intende ricondurre il caso di specie: comunione ordinaria codicistica (artt. 1100 ss.); comunione ai sensi dell'art. 10 l.d.a.; comunione prevista dalla legge nel caso di particolari tipologie di opere composte, da applicare qui analogicamente (è il caso delle opere musicali con parole ex artt. 33 ss. l.d.a. e delle opere cinematografiche ex artt. 44 ss. l.d.a.). Sottolinea questa distinzione tripartita ALBERTINI, *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, op. cit., pp. 371 ss. e *ivi* bibliografia citata). L'autore sottolinea inoltre l'esistenza di ulteriori teorie al riguardo, a onor del vero minoritarie, che prevedono un impianto generale ancora differente rispetto alle precedenti. È il caso di Loffredo che, proponendo un'applicazione analogica della disciplina prevista per i software *open source*, si richiama alla nozione di opera collettiva: qualora il risultato dell'elaborazione corrisponda, per funzione e struttura concettuale, alla logica progettuale iniziale dell'ideatore del codice originario, si verifica l'attribuzione automatica dei diritti patrimoniali (come per gli artt. 38 e 45 l.d.a.) al gruppo di sviluppatori o alla comunità organizzatrice del software. Qualora invece il risultato dell'elaborazione non corrisponda del tutto al progetto iniziale dell'ideatore, ma pur si colleghi in qualche modo ad esso, si applicheranno le regole sulla comunione. In particolare si applicherà la comunione prevista dall'art. 10 l.d.a. se il contributo non è distinguibile ed invece nella versione degli artt. 34 ss. l.d.a. se è scindibile (LOFFREDO, *Open source e appartenenza del software*, in A.I.D.A., XIII-2004, pp. 86 ss.). Altra posizione simile è quella di chi, sempre a proposito delle opere derivate, esclude la possibilità di un univoco trattamento normativo, valutando invece, caso per caso, se continuino ad essere presenti in esse elementi formali e rappresentativi propri di quella preesistente. Ciò anche

Passando però al piano applicativo, la teoria della comunione dei diritti sull'opera d'arte derivata in capo congiuntamente all'autore di quella originaria e all'artista successivo (quando manchi fra essi un progetto creativo comune) non pare convincente, posto che tanto il dato normativo (sia pure letto in ottica sistematica)¹¹⁵, quanto l'orientamento maggioritario in dottrina¹¹⁶ e giurisprudenza¹¹⁷, propendono per l'attribuzione esclusiva della titolarità dei diritti al soggetto che ha realizzato l'elaborazione. Resta tuttavia da definire se vi sia la necessità di avere il consenso dell'autore dell'opera d'arte originaria ai fini della costituzione del diritto su quella derivata, e ciò particolarmente in relazione all'inciso stabilito dall'art. 4 l.d.a. secondo cui le elaborazioni di carattere creativo sono protette "senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria".

L'ipotesi va scartata per varie ragioni: in primo luogo poiché, ragionando *stricto iure*, tale consenso non è espressamente previsto o richiesto dalla lettera della legge; secondariamente perché ciò cozzerebbe con l'obiettivo e il senso generale della normativa autoriale di facilitare il più possibile la creazione di opere dell'ingegno; da ultimo perché anzi, proprio da

alla luce del fatto che, a darcene spunto, è lo stesso art. 7.2 l.d.a., secondo cui nell'opera successiva può essere presente il lavoro dell'autore dell'opera originaria (così RICOLFI, *Il diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO, RICOLFI, *Diritto industriale*, nel Tratt. dir. comm., Cedam, 2000, pp. 381 ss.).

¹¹⁵ Le norme di riferimento, giova ribadirlo, sono infatti: l'art. 4, particolarmente nell'inciso "senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria, sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo [...]"; l'art. 7.2, laddove stabilisce che "è considerato autore delle elaborazioni l'elaboratore nei limiti del suo lavoro"; l'art. 18, secondo il quale la facoltà di elaborare è una fra quelle incluse nel novero di diritti di utilizzazione economica sull'opera originaria.

¹¹⁶ Sul punto cfr. ERCOLANI, *sub art. 4 par. 3*, in *Cod. comm. della propr. ind. e intell.*, a cura di GALLI e GAMBINO, Utet, 2011, p. 2870; UBERTAZZI, *Spunti sulla comunione di diritti di autore*, in A.I.D.A., XII-2003, pp. 506 ss.. Come evidenzia Albertini, la soluzione del riconoscimento dei diritti d'autore in capo al soggetto elaboratore pare quella adottata anche nel diritto inglese (BENTLY-SHERMAN, *Intellectual Property Law* 3, Oxford University Press, 2009, 126/7). In generale, secondo il diritto inglese, la contitolarità è ravvisata solo in presenza di un piano comune tra i coautori e sempre che i rispettivi lavori siano indistinguibili (cfr. l'art. 10 del *Copyright, Design and Patents Act*, 1988).

¹¹⁷ A titolo esemplificativo si vedano, con riguardo alle elaborazioni musicali, Trib. Milano, sez. propr. ind., 25 novembre 2004, in A.I.D.A., XIV-2005, Rep. sist.-I; Cass. 18 gennaio 1967, n. 77, in *Dir. aut.*, 1977, pp. 189 ss..

un'interpretazione testuale dell'art. 7.2 l.d.a., emerge la tendenza del legislatore di confermare in capo all'elaboratore la titolarità esclusiva dei diritti derivanti dall'opera creativa elaborata, in quanto egli viene espressamente definito "autore" e la riserva posta nell'inciso finale precisa "nei limiti del suo lavoro", riconoscendogli dunque implicitamente la paternità della propria opera.

Un consenso dell'autore dell'opera originaria sarà semmai richiesto ai fini della legittimità dell'esercizio di tali diritti da parte del soggetto elaboratore, in capo al quale rimane tuttavia la piena titolarità di essi in quanto autore dell'opera derivata¹¹⁸.

Occorre allora considerare a quali condizioni i diritti sull'opera elaborata potranno essere legittimamente esercitati da parte del suo autore, ossia quali atti questi potrà compiere "senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria". Il pregiudizio a cui fa espresso riferimento l'art. 4 l.d.a. va in primo luogo inteso dal punto di vista economico¹¹⁹: sono vietate dunque, in assenza di esplicita autorizzazione da parte dell'autore originario, tutte quelle attività che generino benefici economici al soggetto elaboratore¹²⁰. Per converso non sono considerate sfruttamento economico, e sono dunque liberamente praticabili, quelle operazioni elaborative private che conducono alla realizzazione dell'opera secondaria, ossia tutte le fasi intermedie o sperimentali che paiono funzionali al risultato creativo: nessun tipo di utilità

¹¹⁸ Una simile impostazione generale, che prevede una scissione concettuale tra titolarità ed esercizio dei diritti d'autore sull'opera elaborata si ritrova già in PIOLA CASELLI, *Diritto di autore*, op. cit., sub art. 4, par. 2, p. 234, in cui l'autore sottolinea la spettanza di entrambi al soggetto elaboratore, con la distinzione che la titolarità dei diritti è incondizionata, mentre le condizioni di legittimità del loro esercizio sono sottoposte al consenso dell'autore dell'opera originaria.

¹¹⁹ La regola è mutata dalla disciplina brevettuale, in particolar modo il r.d. 29 giugno 1939, n.1127 (per i brevetti industriali) e il r.d. 25 agosto 1940, n. 1411 (per i brevetti per modelli industriali: modelli di utilità e modelli e disegni ornamentali).

¹²⁰ Sul punto si veda ancora ALBERTINI, *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, op. cit., p. 432, in cui l'autore richiama la differenza, sottolineata da BERTANI in *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 162, tra mero godimento, sempre lecito, e uso privato, che invece non lo è, comportando produzione o scambio di beni o servizi realizzati sfruttando la forma dell'opera.

economica deriva infatti da un'attività che, per sua natura, è puramente strumentale all'espressione della creatività dell'elaboratore, sia esso un artista professionista o dilettante¹²¹. In altri termini si potrebbe dire che l'attività elaborativa, fino a che non riveste l'aspetto dello sfruttamento economico, è lecita a prescindere dalle modalità con le quali si realizza.

Nella misura in cui però genera profitto, tale attività richiede il preventivo consenso dell'avente diritto sull'opera originaria, altrimenti è verosimile che il soggetto elaboratore incorra in una condotta contraffattoria¹²². E il consenso potrà alternativamente assumere la forma di atto unilaterale, tramite un negozio giuridico che sarà da ricondurre alla figura dell'autorizzazione; oppure bilaterale.

Nel primo caso si tratta di un'autorizzazione che può essere sussunta nella figura del "consenso dell'avente diritto", ossia una rinuncia preventiva¹²³ alla pretesa di non ingerenza da parte del soggetto elaboratore autorizzato¹²⁴. Nella seconda ipotesi si tratta invece di un vero e proprio contratto a prestazioni corrispettive nel quale, a fronte dell'autorizzazione concessa dall'autore dell'opera primaria all'elaborazione di essa e al conseguente sfruttamento economico che ne deriva, corrisponde il

¹²¹ Tale regola non vale però se l'eccezione di "sperimentazione elaborativa" appare manifestamente pretestuosa, come nel caso di chi operi in un contesto di plateale pirateria, magari perlopiù seriale (così AUTERI, *Diritto di autore*, cit., p. 621).

¹²² Sia chiaro: l'elaboratore potrà autonomamente cedere o dare in licenza le facoltà patrimoniali che gli competono. E ciò nel senso che egli, ai fini della validità del contratto, può prescindere dal consenso dell'autore dell'opera originaria. Tuttavia, costituendo l'atto dispositivo una contraffazione, il suo avente causa sarà sottoposto al rischio di pretese provenienti dall'autore primario che facesse valere la lesione del suo diritto di utilizzazione economica sull'opera.

¹²³ Cfr. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Giuffrè, 2005, pp. 280-283.

¹²⁴ Precisa Albertini che "detta figura, pur non espressamente prevista nel codice civile (a differenza di quello penale all'art. 50) [...] unifica i casi in cui il titolare di prerogative, tutelate dal diritto, scrimina in via anticipata atti e/o attività che altrimenti le violerebbero o meglio – nel caso de quo, in cui la prerogativa è fruttifera – che altrimenti costituirebbero sfruttamento di utilità non spettanti" (in *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, op. cit., p. 438). Qualora l'autorizzazione fosse invece successiva, intervenendo cioè dopo l'inizio dell'illecito (vale a dire dopo l'inizio dello sfruttamento economico), non sarebbe più una rinuncia alla pretesa di non ingerenza. Essendo infatti l'ingerenza già avvenuta, parrebbe più appropriato parlare di rinuncia all'effetto da essa sorto, e cioè rinuncia alla tutela offerta dalla legge per la violazione subita.

riconoscimento in capo al medesimo autore di una qualche utilità, che sovente assume la forma di un compenso sulle vendite (fisso o percentuale) o l'acquisto di una contitolarità dei diritti, variamente modulata. Naturalmente, anche in caso di autorizzazione ad interventi elaborativi sull'opera originaria, all'autore di detta opera spetta pur sempre il diritto di essere menzionato come tale nelle successive elaborazioni in base al diritto morale di paternità.

Relativamente poi alla disciplina applicabile a questi atti autorizzativi, va anzitutto ritenuta la loro natura negoziale¹²⁵, determinando uno specifico effetto giuridico con riguardo alla sfera patrimoniale dell'autore dell'opera originaria, comprimendone il relativo diritto d'autore. Trattandosi poi di un atto dispositivo relativo ad una facoltà patrimoniale e finalizzato ad uno scopo altrettanto patrimoniale, in linea di principio si applicherà la disciplina generale degli atti a contenuto patrimoniale, ossia quella contrattuale (e ciò anche per gli atti unilaterali ai sensi dell'art. 1324 c.c.), come peraltro previsto dall'art. 107 l.d.a.¹²⁶.

Da ultimo, nel caso di eventuali elaborazioni di secondo livello, occorre distinguere a seconda che si tratti di elaborazioni dell'opera elaborata (cosiddette "a catena") oppure di distinti elaborazioni della medesima opera originaria (cosiddette "parallele"). Nel primo caso sarà richiesto il consenso, ai sensi dell'art. 4 l.d.a., di tutti gli elaboratori a monte (oltre naturalmente all'autore dell'opera originaria), la cui opera sia riconoscibile¹²⁷. Con riguardo invece alle elaborazioni "parallele", esse saranno ammesse sulla base del

¹²⁵ Anche se la tesi non è pacifica, come rileva Albertini richiamando un recente studio di MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Ed. Scient. It., 2015, pp. 369 ss., secondo cui "si deve nettamente distinguere il consenso autorizzativo alla "intromissione nell'altrui sfera esistenziale protetta (neminem laedere)", da una parte, da quello espresso in via necessariamente contrattuale volto a regolare i profili patrimoniali, dall'altra".

¹²⁶ A corollario di ciò segue che la revocabilità del consenso, laddove non espressamente pattuita, sarà esclusa, anche qualora fosse stato prestato tramite atto unilaterale (autorizzazione).

¹²⁷ Allo stesso modo, come si è detto in precedenza, in assenza di autorizzazione l'ulteriore elaborazione genererà certamente un autonomo diritto di autore ma, se fatta oggetto di sfruttamento economico, violerà il diritto d'autore tanto sulla prima elaborazione che sull'opera originaria (qualora sia riconoscibile).

consenso del solo autore dell'opera originaria, a nulla rilevando quello dell'autore della prima elaborazione.

2.2.1. *Un tentativo di inquadramento giuridico dell'opera d'arte appropriativa tra parodia ed elaborazione creativa*

Dopo avere individuato in prima approssimazione i confini entro i quali si muove la possibile identificazione giuridica dell'opera d'arte appropriativa, ossia quelli della parodia e dell'elaborazione creativa, giova ora procedere alla verifica dell'effettiva possibilità di ricomprendere simili lavori nell'alveo di una delle due figure delineate, ovvero ipotizzare un inquadramento dell'*appropriation art* nei termini di un uso illecito dell'opera originaria o, ancora, la configurazione di una autonoma terza via oltre alle precedenti.

Tornando per un istante alla nozione di forma espressiva, si è detto che essa rappresenta la particolare struttura che l'artista decide di conferire ad un determinato contenuto creativo ideale, tale da renderlo manifesto all'esterno e comunicabile ad altri soggetti¹²⁸. Tale forma, dunque, risulta indissolubilmente connessa non tanto all'oggetto dell'espressione in sé, quanto piuttosto allo specifico significato, tra i molti possibili, che esso assume per l'autore e che da questi è stato selezionato come quello più adatto a trasmettere il proprio messaggio creativo. Ciò, per converso, determina il fatto che una forma che non sia portatrice di alcun particolare significato¹²⁹, pur restando forma, non assume la qualifica di forma espressiva e pertanto non potrà ricadere nell'alveo della protezione autoriale. Qualora però l'autore

¹²⁸ Si richiama qui SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore*, op. cit., p. 119.

¹²⁹ Ad esempio perché si tratta di un utensile di uso comune (*i.e.* una ruota di bicicletta), di un articolo pubblicitario (*i.e.* una confezione di detersivo) o di un qualunque altro oggetto che, esclusivamente adoperato per lo scopo con cui è stato realizzato, non trasmette alcun altro tipo di messaggio artistico-creativo.

decida di prendere a prestito quella forma inespressiva, indifferente al diritto d'autore, ed attribuirle intenzionalmente un diverso senso, percepibile e comunicabile, essa allora diverrà forma espressiva e come tale tutelabile¹³⁰. Con l'ovvia conseguenza che due forme d'uso identiche che trasmettono però due differenti significati, diventano due distinte forme espressive che danno vita a loro volta a due distinte opere dell'ingegno¹³¹. E nulla importa se il *detournement* di significato dell'opera originaria avvenga attraverso un'operazione totalmente concettuale o priva di connotazione materiale.

L'opera d'arte appropriativa, dunque, consistendo tipicamente in un lavoro che reinterpreta opere preesistenti cambiandone intenzionalmente il senso attraverso una rivisitazione o trasformazione semantica, non pare ricadere nell'ambito delle opere derivate le quali al contrario, come si è visto, mantengono perlopiù immutato il messaggio originariamente trasmesso¹³².

Allo stesso modo i lavori appropriativi paiono conquistare uno spazio autonomo anche rispetto alla parodia in quanto, pur verificandosi in entrambi un'inversione concettuale del significato originario dell'opera

¹³⁰ Rifacendosi agli esempi *sub* nota precedente, la nota confezione di detersivo americano Brillo, nel momento in cui Warhol la decontestualizza dall'ambiente commerciale del supermercato e le attribuisce un significato di icona pop e denuncia della moderna società dei consumi, cessa di essere pura forma necessitata e diventa forma espressiva, in grado di veicolare la creatività del messaggio infusole dall'artista.

¹³¹ Proprio in riferimento all'esempio del detersivo Brillo, si veda DANTO, *Oltre il Brillo Box. Il mondo dell'arte dopo la fine della storia*, Ed. Marinotti, Milano, 2010. Come fa peraltro notare Spedicato, il principio è simile a quanto avviene nel caso dell'opera parodistica, nella quale non si ha contraffazione dell'opera parodiata: cambiando il significato o il messaggio originario di quest'ultima, infatti, la parodia riprende soltanto alcuni degli aspetti formali dell'opera iniziale, ma non la sua forma espressiva, con l'effetto che non si potrà parlare di usurpazione di elementi giuridicamente tutelati (così SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, op. cit., pp. 325 ss.).

¹³² In tal senso si è espressa una recente pronuncia della Cassazione in tema di appropriazionismo musicale, secondo cui la riproduzione di un frammento del testo di una canzone all'interno di un altro brano musicale successivamente realizzato non costituisce violazione dei diritti d'autore sull'opera preesistente qualora il testo così estrapolato non abbia conservato il proprio originario significato, risultandone così mutata la valenza estetico/espressiva. Occorrerà cioè, di volta in volta, "verificare se detto frammento innestato nel nuovo testo abbia conservato una identità di significato poetico letterario ovvero abbia evidenziato un scarto semantico rispetto a quello che ha avuto nell'opera anteriore" (cfr. Cass. 19 febbraio 2015, n. 3340).

primaria e pur non essendoci appropriazione del nucleo ideologico di essa, tuttavia diverso è il fine per il quale si compie tale operazione. Laddove infatti l'opera parodistica presenta un mutamento semantico in chiave ironica o satirica, l'*appropriation art* non necessariamente si pone l'obiettivo di divertire il pubblico canzonando taluni aspetti dell'opera appropriata: l'intento ironico potrà certamente talvolta comparire, ma lo scopo che tali lavori si prefiggono appare più ampio e generale, sostanziandosi in una critica (sovente seria e puntuale) rivolta all'opera originaria o al sistema che essa rappresenta. Di più: di appropriazionismo si tratta anche nel caso in cui la nuova opera, sempre agendo sul cambiamento di significato di quella appropriata, induca alla riflessione, funga da leva per una critica sociale o semplicemente faccia emergere collegamenti semantici non veicolati dall'opera oggetto di appropriazione¹³³.

Dunque non pare azzardato ritenere che, se proprio l'opera d'arte appropriativa e la parodia stanno in rapporto fra loro, si tratterà semmai di un rapporto di genere a specie, nel quale l'appropriazionismo costituisce il più ampio *genus* di opera che prende in prestito la forma di un'opera preesistente mutandone il senso indipendentemente dal contenuto o dal tono di esso, mentre il lavoro parodistico ne rappresenta la *species* ironica e satirica¹³⁴. Con la conseguenza che gli stessi principi di diritto che rendono lecito l'impiego di un'altrui opera a fini parodistici (fra essi in particolare l'esercizio del diritto di libertà di espressione costituzionalmente garantito *ex art. 21*¹³⁵), dovranno parimenti trovare applicazione anche alle ipotesi di appropriazionismo.

Si potrebbe inoltre porre l'interrogativo se l'opera d'arte appropriativa possa in certa misura relazionarsi con l'opera effimera o dematerializzata e se

¹³³ Cfr. STERPI, *La trasformazione dell'opera d'arte: problematiche giuridiche*, in AJANI e DONATI, *I diritti dell'arte contemporanea*, op. cit., pp. 183 ss..

¹³⁴ Cfr. STERPI, *ibidem*, p. 186.

¹³⁵ Ma lo stesso discorso può essere esteso anche al diritto di libero esercizio delle discipline artistiche sancito all'art. 33 Cost.

ciò influisca in qualche modo sul regime giuridico ad essa applicabile. In via teorica può certamente darsi il caso di una creazione che si appropri del contenuto e dei tratti distintivi di un lavoro artistico immateriale ed, anzi, ciò potrebbe accadere con più alta frequenza proprio in relazione a tali opere rispetto a quelle incorporate su un supporto materiale, data la maggiore difficoltà di controllare l'esercizio di operazioni intellettuali e concettuali che sfuggono ad uno stretto monitoraggio. Purtuttavia, anche qualora ciò accada, non si vede ragione per identificare un diverso inquadramento e trattamento giuridico di tali creazioni rispetto all'appropriazionismo materiale, posto che ciò che rileva in simili pratiche non è tanto il contenuto dell'appropriazione (materiale o immateriale che sia), quanto piuttosto la condotta appropriativa in sé, la quale risulta evidentemente invariata in entrambi i casi.

Alla luce della ricostruzione sin qui esposta, non vanno tuttavia ritenuti generalmente ed indiscriminatamente leciti la creazione e l'utilizzo di opere d'arte appropriative: sarà infatti necessario condurre di volta in volta uno specifico esame sulla singola opera, rivolto a verificare la sussistenza o meno di requisiti di liceità, oltre che di quelli di creatività ed originalità. Nella fattispecie occorrerà anzitutto avere riguardo al tipo di utilizzo che l'autore dell'opera appropriativa intenda fare di essa, sia in riferimento alla natura che allo scopo di tale uso; in secondo luogo valutare l'assenza di concorrenzialità tra l'opera originaria e quella appropriativa e da ultimo tentare una stima relativa al gradiente di appropriazionismo che è stato posto in essere dall'artista, ossia quanto dell'opera preesistente sia effettivamente confluito nella seconda. Si tratta, in altri termini, di applicare i criteri valutativi mutuati dalla cosiddetta dottrina americana del *fair use*, divenuta sempre più frequentemente il parametro utilizzato dalle corti statunitensi per decidere della legittimità o meno di un'opera appropriativa (sia essa un'opera d'arte, musicale, letteraria o di diverso genere) e sulla quale si tornerà più specificamente in seguito.

Per quanto sin qui detto è possibile allora tentare di concludere che un'opera dell'*appropriation art*, manifestando caratteri in parte analoghi e in parte autonomi rispetto sia all'opera d'arte derivata o elaborata che alla parodia, potrà apparire lecita agli occhi dell'ordinamento nel caso in cui l'appropriazione costituisca un atto finalizzato a trasmettere un diverso messaggio riguardante l'opera originaria o il relativo contesto di riferimento, sconfinando invece nel terreno dell'illiceità allorquando rappresenti un mero *escamotage* per sostituire parassitariamente l'altrui lavoro creativo al proprio.

Ciò comporterà, di conseguenza, una diversa modulazione del rapporto in cui si pone l'opera appropriativa nei confronti dei diritti morali dell'autore dell'opera appropriata: nel caso in cui la prima raggiunga un livello di creatività e liceità tale da poter essere considerata quale creazione meritevole di autonoma tutela rispetto alla seconda, è di tutta evidenza che nessuna problematica si porrà in ordine alla violazione dei diritti morali su quest'ultima, costituendo le due opere due distinti lavori sia sul piano concettuale che creativo. Differente è invece l'ipotesi opposta in cui l'appropriazione sia tale da integrare una condotta contraffattoria dell'opera originaria, nella quale ben si potrà rinvenire una violazione autoriale perseguita dall'ordinamento. Nel mezzo tra questi estremi si situano tutte quelle creazioni appropriate il cui grado di creatività, originalità e novità non è tale da rubricarle *tout court* nell'una o nell'altra casistica: potrà allora venire qui in soccorso proprio la disciplina relativa alle opere derivate o elaborate, con conseguente applicazione delle regole in precedenza richiamate con riguardo alla tutela dei diritti morali dell'opera originaria.

2.2.2. *Profili patologici e violazione del diritto d'autore: plagio e contraffazione*

Come detto in precedenza, il diverso livello di creatività presente nell'opera derivata da una originale funge da discriminante per distinguere un'elaborazione creativa da un'opera totalmente nuova e da una contraffazione. Al riguardo pare utile richiamarsi al *leading case* italiano¹³⁶ in tema di arte appropriativa per ritrovare un'utile sotto-categorizzazione delle ipotesi elaborative, a seconda che presentino o meno un sufficiente apporto creativo. Il Tribunale di Milano, nell'ordinanza del luglio 2011 sul caso "Giacometti Variations", induce a distinguere tra rivisitazione e vera e propria rielaborazione dell'opera originaria, ricorrendo la prima allorché la realizzazione successiva intende rendere omaggio all'artista attraverso la creazione di una scuola o di una corrente che reinterpreti con lavori propri il pensiero di questi; di rielaborazione invece si parlerà nella misura in cui il lavoro sia diretto a realizzare finalità di critica, parodia, satira o simili. In entrambi i casi, tuttavia, si tratta di opere creative, come tali tutelabili autonomamente là dove esteriorizzate e comunicate al pubblico.

Per converso un intervento su un'opera preesistente che non presenti un sufficiente grado di creatività risulta astrattamente idoneo ad integrare un'ipotesi di condotta illecita. A tal proposito la dottrina tradizionale usa distinguere a livello definitorio tra plagio e contraffazione dell'opera secondaria rispetto a quella originaria, nonostante la normativa, in particolare proprio quella autoriale, si limiti a punire alcuni comportamenti riconducibili ai significati comuni dei due termini¹³⁷. In ogni caso è possibile tracciare una

¹³⁶ Il riferimento è al citato caso "Giacometti Variations" (ord. Trib. Milano 13 luglio 2011, in Riv. dir. ind., op. cit., p. 357).

¹³⁷ A tale proposito alcuni autori hanno elaborato un'unitaria figura giuridica, il *plagio-contraffazione*, che ricomprende sia lo sfruttamento economico abusivo dell'opera, che l'usurpazione di paternità, anche se ben vi potrà essere plagio senza contraffazione, o contraffazione senza plagio (cfr. MARI, *Plagio musicale e requisiti di creatività dell'opera oggetto di plagi*, in *Il diritto di autore*, 2006, pp. 224 ss.; FABIANI, *Il plagio di parti o di elementi dell'opera musicale*, in *Il diritto di autore*, 2006, pp. 371 ss.). Per un approfondimento

linea di demarcazione, per lo meno in termini di prima approssimazione, tra le due figure giuridiche, intendendo il plagio come l'azione di chi si appropria di un'opera altrui, di una sua parte o di una sua elaborazione, usurpandone la paternità (ossia dichiarandosene autore) e dunque violandone i relativi diritti morali; si verifica invece un comportamento contraffattorio nel caso in cui avvenga lo sfruttamento economico dell'opera originaria, quindi in violazione dei diritti patrimoniali da essa derivanti, senza il consenso del suo autore¹³⁸.

Il giudicante milanese, nel riferirsi all'appropriazionismo, sembra invece richiamarsi ad una generale violazione del diritto d'autore consistente nella *"sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto non di un apporto creativo ma del mascheramento della contraffazione"*. Ciò che rileva non è dunque la mera possibilità di confondere le due opere fra loro (come accade, ad esempio, nella contraffazione di un marchio o di un prodotto commerciale), bensì il fatto di riprodurre in modo non consentito un'opera già esistente, senza conferirle un diverso ed autonomo significato.

sul concetto di contraffazione di opera d'arte si veda anche Cassazione, 28 novembre 2011, n. 25173, in *A.I.D.A.*, 2012, p. 589.

¹³⁸ La distinzione tra plagio e contraffazione insiste peraltro su due aspetti differenti dell'opera appropriata: nel primo caso si focalizza sulla dimensione di bene personale, intimamente connesso all'artista/autore in virtù del rapporto di genesi creativa; nel secondo pone invece l'accento sulla dimensione dell'opera quale bene patrimoniale, in grado di generare profitto dalla sua riproduzione ed utilizzazione economica. Costituiscono ipotesi di plagio, ad esempio, la riproduzione totale e parziale dell'opera originaria attraverso una sua elaborazione non creativa; l'elaborazione creativa ma abusiva e usurpatrice di paternità, oppure camuffata attraverso un lavoro di ritaglio, di trasferimento o ancora di cambiamenti meramente formali; la trasformazione dell'opera protetta da una forma in un'altra, per esempio da forma letteraria ad artistica o viceversa (cfr. D'AMMASSA, *Il plagio musicale*, in *Diritto d'autore*, 2014). Esiste infine un'ipotesi di plagio incolpevole, dunque non illecito, che l'autore compie quando ignora l'esistenza di un'opera di altro autore identica alla propria: in questo caso non si integra un caso di plagio vero e proprio, poiché si verifica un mero "incontro fortuito" di creazione, dal momento che le due opere risultano essere entrambe frutto di creazioni distinte e autonome e prodotte l'una indipendentemente dall'altra (sul punto cfr. GRECO, *Il plagio e le coincidenze di creazioni dello spirito*, in *Novissimo Digesto*, 1968; FABIANI, *Plagio inconscio e reminiscenze nella creazione di opere musicali*, in *Il diritto di autore*, 1965, pp. 429 ss.).

Quanto poi alla porzione di opera originaria della quale si appropria l'artista per realizzare il proprio lavoro, una recente pronuncia della Cassazione in tema di appropriazionismo musicale ha sostenuto che, affinché si verifichi il plagio della parte letteraria dell'opera musicale altrui, non è necessario che venga riprodotta illecitamente una porzione considerevole di essa, poiché è sufficiente che l'appropriazione riguardi il nucleo centrale, l'essenza, del lavoro originario; pertanto anche un frammento soltanto di testo, a condizione però che assuma nella nuova opera un significato analogo a quello che aveva in precedenza¹³⁹. È invece la decontestualizzazione e la nuova collocazione nell'opera appropriativa della parte di testo originaria ad escludere un'ipotesi plagiaria nella misura in cui ne muti la valenza estetico-espressiva, con conseguente acquisizione di un nuovo contenuto semantico.

Analogamente ricorrerà un'ipotesi di plagio nel caso in cui, con riferimento questa volta all'opera letteraria, l'autore secondario riporti tal quali stralci di brani presi a prestito da altre opere, siano esse *stricto sensu* letterarie oppure di altra natura¹⁴⁰.

¹³⁹ In questo senso si è espressa la Suprema Corte in una controversia riguardante il titolo e i primi due versi del testo della canzone di Francesco De Gregori "Prendi questa mano zingara/dimmi pure che futuro avrò", sostanzialmente identici a quelli della nota canzone precedente, intitolata "Zingara" (composta da Ricciardi e Albertelli e interpretata da Zanicchi e Solo nel '69), che recitano "Prendi questa mano zingara/dimmi pure che destino avrò" (Cass. 19 febbraio 2015, n. 3340, cit.). Per un approfondimento sul tema si veda RICHICHI, *Recentissime in tema di arte appropriativa*, 2015, disponibile online all'indirizzo <http://www.rerlegal.it/recentissime-in-tema-di-arte-appropriativa/>.

¹⁴⁰ È quanto avvenuto in una recente sentenza della Cassazione, la quale ha ritenuto che la riproduzione da parte dello scrittore Roberto Saviano nel suo romanzo "Gomorra" di alcuni articoli di giornale costituisca violazione dei diritti d'autore dei giornalisti e dell'editore. La Corte, in particolare, richiamandosi alla disciplina delle libere utilizzazioni e della citazione, ha ritenuto "l'uso di brani di opere protette, per finalità meramente illustrative di un'altra opera, e senza scopi didattici, di critica o di discussione, deve ritenersi estraneo all'ambito dell'art. 70 (l.d.a., ndr) e quindi illegittimo" e, parimenti, "non può ritenersi neanche giustificato alla stregua dell'art. 10 della Convenzione di Berna [...] che dichiara lecita la citazione dell'opera se contenuta "nella misura giustificata dallo scopo" e richiede quindi che la riproduzione parziale di un'opera, per poter essere considerata quale lecita citazione della stessa, si inserisca funzionalmente in un discorso, quale premessa o quale mezzo di convalida o di critica delle tesi ivi sostenute" (cfr. Cass., 15 giugno 2015, n. 12314).

2.3. *La dottrina del fair use e le condizioni di ammissibilità dell'opera d'arte appropriativa*

Dopo aver rilevato la mancanza nel nostro ordinamento tanto di uno spazio definitorio e di tutela autonomo per l'opera appropriativa, quanto di un ancoraggio normativo alla fattispecie parodistica (non essendo avvenuto, lo si ricorda, il recepimento dell'eccezione al riguardo prevista dalla direttiva 2001/29/CE), può essere utile ricorrere, ai fini dell'accreditamento di tali creazioni artistiche nell'ambito di un utilizzo lecito dell'opera originaria, ad un collegamento alla disciplina del *fair use*, tipica dei sistemi di *common law*¹⁴¹, già peraltro richiamata dall'ordinanza sul caso "Giacometti Variations". Va detto, in verità, che tanto negli ordinamenti di diritto comune quanto in quelli di *civil law* sono previste ipotesi in cui l'utilizzazione dell'altrui opera non sottostà al vincolo del consenso dell'autore originario e, dunque, può essere liberamente e lecitamente utilizzata. Tali ipotesi, che possono essere intese quali scriminanti della condotta lesiva del diritto d'autore, ricadono nel nostro ordinamento, sia pure con caratteristiche parzialmente differenti rispetto al modello statunitense, all'interno delle cosiddette libere utilizzazioni dell'opera protetta da copyright e consentono un utilizzo legittimo di essa anche in assenza di un'autorizzazione previa del suo

¹⁴¹ Il principio del *fair use*, nato originariamente proprio in seno al diritto d'autore, è stato successivamente esportato, sia pure con alcune differenziazioni, anche nel diritto statunitense dei marchi, in particolar modo all'art. 1125.3 del Lanham (trademark) Act nel quale, analogamente a quanto avviene nel par. 107 del Copyright Act, si prevede una casistica di utilizzi leciti, ad esempio per fini parodistici, di critica o citazione, del marchio registrato. Sempre nell'ambito del diritto dei marchi, la dottrina statunitense è usata distinguere tra *nominative fair use* e *descriptive fair use* a seconda che la citazione del marchio protetto avvenga *telle quelle*, ossia nominandolo espressamente, oppure attraverso l'uso descrittivo di termini che rimandino ad esso (per un approfondimento sulla dottrina del *fair use* relativamente al diritto dei marchi negli USA, si veda PAESAN, *La protezione dei marchi e la libertà d'espressione*, tesi di laurea del 2011 – Università degli Studi di Torino).

autore¹⁴². Il senso di una simile previsione normativa ben si allinea all'obiettivo generale della disciplina autoriale: se infatti il diritto d'autore, tanto nell'impianto anglosassone quanto in quello europeo (ed italiano in particolare) risponde all'esigenza di promuovere il progresso delle arti e della scienza¹⁴³, la codificazione di clausole di esonero di responsabilità da illecito autoriale rappresenta forse una fra le più efficaci valvole di sicurezza a tutela del libero esercizio della creatività da parte del soggetto autore, costituendo nel contempo un limite alle tendenze monopolistiche del copyright.

La dottrina del *fair use*, consentendo pertanto, al verificarsi di determinate condizioni, la citazione non autorizzata o l'incorporazione (si potrebbe anche dire: l'appropriazione) di materiale altrui protetto¹⁴⁴, assolve ad una logica di composizione di interessi contrapposti: da un lato quello dell'autore dell'opera originaria a vedere comunque tutelato il proprio lavoro; dall'altro quello dell'autore secondario che, nell'esprimere la sua creatività, si richiama ad opere altrui. Tale dottrina, in origine nata sui banchi delle Corti statunitensi¹⁴⁵, ha successivamente ricevuto traduzione codicistica nel Copyright Act del 1976, al cui par. 107 si stabilisce testualmente che "*the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement*".

L'ampia formulazione del preambolo della norma ben esprime quanto si diceva poc'anzi in merito alla generale finalità di salvaguardia del diritto di

¹⁴² Le libere utilizzazioni trovano applicazione tanto al diritto d'autore quanto ai diritti connessi e sono disciplinate nel Titolo I, Capo V, della legge 633/1941, sotto la rubrica "Eccezioni e limitazioni", specificamente agli artt. 65-71 *decies*.

¹⁴³ Basti qui ricordare che proprio l'art. 1, par. 8, cl. 8 dell'U.S. Constitution, analogamente a quanto sancito dall'art. 33 della nostra Costituzione, prevede che "*the Congress shall have power [...] to promote the progress of sciences and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries*".

¹⁴⁴ Si veda STERPI, *La trasformazione dell'opera d'arte: problematiche giuridiche*, in AJANI e DONATI, *I diritti dell'arte contemporanea*, op. cit., p. 181.

¹⁴⁵ Per una rassegna della giurisprudenza statunitense in tema di *fair use* e appropriazionismo di un'opera d'arte protetta da copyright, si rimanda *infra*, par. 1.4.

ciascun autore di esprimere la propria creatività attraverso la realizzazione di lavori in varia misura citazionisti di opere preesistenti, sia pure con l'ovvia previsione di correttivi all'esercizio indiscriminato di tale creatività. Dopo un primo riferimento ad alcuni casi in cui l'appropriazione dell'altrui opera non costituisce violazione del diritto d'autore (finalità di critica, insegnamento, commento o ricerca), la norma prosegue dettagliando in modo più analitico, anche se non tassativo, i requisiti in presenza dei quali può trovare applicazione il *fair use* di un'opera protetta.

Il primo fattore che la norma menziona è la finalità e il tipo di uso della riproduzione, cioè a dire se lo scopo per cui l'opera secondaria realizzata citando quella originaria sia di tipo didattico o meno, o ancora commerciale¹⁴⁶. In primo luogo si tratta cioè di valutare il tipo di uso trasformativo che l'opera secondaria ha operato su quella originaria e se esso sia avvenuto con scopo di lucro o invece *no profit*. Relativamente al primo aspetto, va detto che l'eccezione dell'uso didattico e per finalità di studio o ricerca prevista dal par. 107 ricalca per sommi capi quella sancita all'art. 70 l.d.a., laddove si prevede la libertà dell'utilizzo di un'opera protetta a scopo di critica o discussione (purché ciò non sia in concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera originaria) e, parimenti, a fini di insegnamento o di ricerca scientifica, a patto che esso avvenga "*per finalità illustrative e per fini non commerciali*"¹⁴⁷. In sostanza, l'elemento spesso dirimente in base al quale l'utilizzo dell'opera protetta da diritto d'autore può essere riconosciuto come lecito e dunque consentito, è la sussistenza o meno di una finalità

¹⁴⁶ Facendo riferimento alle parole usate dalla Corte Suprema, occorre valutare se la nuova opera "*supersedes the objects of the original creation [...] or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning or message, in other words, whether and to what extent the new work is transformative*" (CAMPBELL v. ACUFF-ROSE MUSIC INC., 510, U.S. 569, 7 marzo 1994).

¹⁴⁷ Prevede testualmente l'art. 70.1 l.d.a. che "*il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali*".

commerciale: pertanto, ogni qualvolta la riproduzione, cessione od appropriazione dell'opera si dà dietro corrispettivo, la scriminante prevista dalla dottrina del *fair use* non dovrebbe poter trovare applicazione¹⁴⁸.

Il secondo elemento preso in esame dalla dottrina del *fair use* è la natura dell'opera protetta, ossia se si tratti di un lavoro basato su elementi fattuali o se al contrario rappresenti una totale invenzione creativa dell'autore. Distinguere tra *factual works* e *fiction works* appare utile soprattutto in ordine alla definizione del gradiente di riproducibilità dell'opera originaria: un lavoro artistico che sia espressione autentica dell'estro creativo del suo autore sarà più difficilmente riproducibile *telle quelle* rispetto ad uno che invece abbia carattere meramente informativo nella misura in cui si limita a riportare fatti o aspetti della realtà¹⁴⁹. Da ciò deriva che un *fair use* sarà più difficilmente riconoscibile in caso di riproduzione di un *fiction work* perché, sostanziandosi proprio in questi lavori il maggior livello di creatività artistica, altrettanto maggiormente si concentra il grado di protezione autoriale offerto dalla legge.

Gli ultimi due fattori che concorrono a scriminare l'utilizzo in chiave riproduttiva dell'opera originaria riguardano la quantità, la rilevanza della parte di essa che viene utilizzata nell'opera secondaria e le conseguenze

¹⁴⁸ In riferimento al fine lucrativo dell'appropriazione dell'opera protetta da copyright, spesso è la previsione normativa stessa a definire come *profit* o *no profit* l'esercizio di determinate attività. In assenza, il sindacato in ordine alla finalità commerciale o meno di tale utilizzo andrà valutato di volta in volta dal giudice per stabilire se possa trovare applicazione un'ipotesi di *fair use*. Non a caso la giurisprudenza della Suprema Corte ha più volte ribadito come anche attività didattiche e scientifiche, pur essendo astrattamente previste dal par. 107 quali ipotesi di uso lecito di un'opera protetta, in realtà molto spesso "*are generally conducted for profit in this country*" (CAMPBELL v. ACUFF-ROSE MUSIC INC., cit.) e dunque, in questi casi, non potranno ricadere nel bacino di applicazione del *fair use*. Esprimendosi in relazione al diritto dei marchi, le corti statunitensi hanno peraltro indicato come uso commerciale anche un semplice link ad un sito con intenti lucrativi e commerciale è stato inoltre definito ogni uso del marchio che possa danneggiare economicamente il suo titolare.

¹⁴⁹ Oltre a ciò si potrebbe aggiungere che proprio i *fiction works* sono più prossimi al nucleo autentico della protezione autoriale, protesa a favorire lo sviluppo dell'attività creativa.

economico-giuridiche che l'impiego di quest'ultima produce sul mercato e, contestualmente, sul valore del lavoro primario.

Relativamente alla parte di opera protetta di cui l'artista secondario si appropria, va anzitutto presa in considerazione l'importanza che essa riveste in relazione al complesso: tanto più appare ragionevole la quantità e la qualità della porzione di lavoro riprodotto con riguardo all'obiettivo perseguito dal secondo autore, tanto più agevole sarà dimostrare un *fair use* da parte di questi¹⁵⁰. Quanto invece alle ripercussioni che l'immissione sul mercato dell'opera secondaria determina a carico della prima, occorre considerare se essa si ponga in termini concorrenziali di sottrazione di una quota di mercato, con conseguente danno economico e perdita di valore del lavoro originario. Una simile indagine non può prescindere dal consueto bilanciamento tra contrapposti interessi: quello del secondo autore, e del relativo pubblico, a fruire della sua opera e quello antagonista dell'artista principale a negare invece tale diffusione in relazione al pregiudizio che ne patirebbe. Pertanto, quanto meno la circolazione del secondo lavoro sul mercato arrecherà un danno economico all'autore originario, tanto più al secondo artista sarà riconosciuto un utilizzo lecito di essa a fini citazionisti¹⁵¹.

2.4. La giurisprudenza americana in tema di *appropriation art*

La ricognizione proposta con riguardo alla dottrina del *fair use* offre lo spunto per verificare se sia possibile (e a quali condizioni) ricondurre al suo interno le opere dell'*appropriation art*, posto che questo pare essere stato il

¹⁵⁰ Ancora una volta la valutazione in merito alla ragionevole proporzione tra parte di opera appropriata e scopo finale dell'opera secondaria andrà condotto di volta in volta dal giudicante singolarmente su ciascun lavoro, essendo complicato individuare *ex ante* criteri oggettivi e generali applicabili a ciascuna ipotesi appropriativa (in questo senso si è espressa *BLANCH v. KOONS*, 467 F.3d 244 U.S. 2nd Circuit Court of Appeal, 26 ottobre 2006).

¹⁵¹ Ad una simile conclusione è giunta, tra gli altri, *MATTEL v. WALKING MOUNTAIN PRODUCTIONS*, 353 F.3d 792 9th Circuit Court of Appeal, 29 dicembre 2003.

tentativo svolto dal Tribunale di Milano nella già citata ordinanza del caso “Giacometti Variations”. Preso atto, come più volte si è detto, che la giurisprudenza italiana sul tema appare troppo esigua e recente per delineare un orientamento attendibile, è a quella statunitense che occorre anzitutto guardare per comprendere in che modo le corti federali hanno inteso configurare giuridicamente le opere d’arte appropriativa¹⁵².

Peraltro è lo stesso Tribunale di Milano, sempre nell’ordinanza del 2011, a far rivivere alcuni precedenti americani per delineare le proprie conclusioni.

Il primo di essi è il caso *MATTEL v. WALKING MOUNTAIN PRODUCTIONS*¹⁵³, in cui l’artista-fotografo Thomas Forsythe realizza nel 1997 un’opera consistente in una serie di 78 fotografie dal titolo *Food Chain Barbie*, nelle quali ritrae la celebre bambola in pose o contesti innaturali e volutamente provocatori, con lo scopo di denunciare il problema dell’oggettivizzazione e mercificazione della donna contemporanea, idealmente rappresentata proprio dalla visione stereotipata della Barbie. Citato in giudizio per violazione dei diritti patrimoniali d’autore dalla Mattel Inc., società produttrice del noto giocattolo, Forsythe viene assolto dalla Corte

¹⁵² Tra le molte pronunce delle corti statunitensi che si potrebbero citare in tema di appropriazionismo e *fair use*, si è scelto in questa sede di privilegiare l’esposizione di quelle cui si è richiamato il Tribunale di Milano nel citato caso “Giacometti Variations”, poiché costituiscono i maggiori punti di riferimento del percorso svolto dai giudici americani per l’inquadramento giuridico dell’*appropriation art*. In aggiunta, e a titolo meramente esemplificativo, si vedano anche *MORRIS v. GUETTA*, No. LA CV12-00684 JAK (RZX), U.S. District Court, Central District of California, 4 febbraio 2013; *FAIREY et al. v. ASSOCIATED PRESS*, No. 09-01123, U.S. District Court, Southern District of New York, 2010. Per un breve elenco di sentenze statunitensi sul tema cfr. SPREAFICO, *Il diritto d’autore e l’arte contemporanea*, tesi di laurea, Università degli Studi di Milano, 2015, p. 103, nota 390.

Oltre ai numerosi precedenti giurisprudenziali, l’esperienza americana è densa di controversie in tema di *appropriation art* che si sono concluse transattivamente e, dunque, senza la possibilità di conoscere l’eventuale orientamento delle corti in merito. Esse tuttavia offrono un interessante spunto per analizzare le fattispecie che più frequentemente ricorrono sul punto: è il caso ad esempio di *Patricia Caulfield v. Andy Warhol*; *Morton Beebe v. Robert Rauschenberg*; *Henri Dauman v. Andy Warhol*. Per un’analisi nel merito di queste ed altre analoghe vicende, cfr. NEGRI CLEMENTI e STABILE, *L’arte e il diritto d’autore*, in *Il diritto dell’arte*, op. cit., vol. 1, pp. 86 ss..

¹⁵³ Vedi riferimenti nota precedente.

distrettuale in quanto nel suo lavoro artistico viene riconosciuta proprio un'ipotesi di *fair use* della bambola, poiché si tratta di un lavoro che presenta un utilizzo trasformativo dell'opera originaria protetta da copyright, avente scopo di critica sociale (la denuncia dei canoni e modelli estetici estremi cui la donna è oggi vittima): un simile scopo, essendo radicalmente differente rispetto a quello dell'opera appropriata, la quale viene dunque utilizzata solo in funzione di mero riferimento concettuale, non si pone in contrasto o concorrenza con esso e dunque può ben integrare un'ipotesi di utilizzo lecito dell'appropriazionismo artistico.

Altri due casi significativi che vengono richiamati dal giudice milanese nel *leading case* italiano in tema di arte appropriativa sono quelli riguardanti l'artista statunitense Jeff Koons, in entrambi i quali viene in rilievo la dottrina del *fair use*, sia pure giungendo ad opposte soluzioni. Nel primo di essi, risalente al 1992¹⁵⁴, Koons fa realizzare una riproduzione scultorea in legno, intitolata "String of Puppies", del contenuto di una fotografia del 1980 di Arthur Rogers, dal titolo "Puppies": quest'ultima raffigura una coppia di coniugi seduti su una panchina con in braccio i loro quattro cuccioli di cane; analogamente la scultura di Koons rappresenta tridimensionalmente lo stesso soggetto, sia pure con alcune variazioni rispetto all'originale di Rogers (utilizzo di colori vivaci, aggiunta di elementi e variazioni di alcuni dettagli degli animali o dell'acconciatura dei loro padroni). Citato in giudizio da Rogers per violazione del diritto d'autore sulla propria opera, Koons si vide rigettare dalla Corte sia l'ipotesi di ricondurre il proprio lavoro ad un utilizzo parodistico della fotografia di Rogers, sia quella di potervi riconoscere un utilizzo lecito di essa. Ad avviso dei giudici federali, infatti, un *fair use* può sussistere laddove l'opera, oltre a costituire una satira della società materialistica, rappresenti anche una parodia, un commento, una reinterpretazione dell'opera originale¹⁵⁵, mentre nel caso di specie le minime

¹⁵⁴ Cfr. ROGERS v. KOONS, 960 F.2d 301 U.S. 2nd Circuit Court of Appeal, 2 aprile 1992.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

variazioni estetiche realizzate da Koons nella propria scultura rispetto al soggetto ritratto da Rogers e, contestualmente, l'inesistenza di un particolare messaggio veicolato nell'opera appropriativa, escludono che possa essere ravvisato un uso trasformativo tale da permettere alla seconda opera di discostarsi significativamente dalla prima. Oltre a ciò la Corte ha rilevato il principale scopo commerciale dell'opera di Koons, trattandosi di un lavoro destinato alla vendita sul mercato, con ciò ulteriormente avvalorando la tesi dell'esclusione della dottrina del *fair use*.

Pur se da analoghe premesse, giunge invece ad una opposta conclusione il secondo caso Koons, del 2006¹⁵⁶: l'artista statunitense in questa occasione creò un'opera intitolata "Niagara"¹⁵⁷ nella quale si appropriò di una fotografia di Andrea Blanch realizzata per una pubblicità di Gucci e raffigurante due piedi incrociati calzanti un paio di sandali. Diversamente dal precedente caso, tuttavia, questa volta l'opera di Koons presentava notevoli differenze, sia da un punto di vista tecnico che estetico, rispetto al soggetto ritratto da Blanch e dunque la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un consistente uso trasformativo dell'opera originaria, tale da ridurre il peso di ulteriori fattori utili all'individuazione di un *fair use* ed essendo dunque sufficiente a considerare lecito l'utilizzo appropriativo dell'opera protetta. Ancora una volta, dunque, la Corte ha ribadito che le regole del *fair use* trovano applicazione laddove la nuova opera d'arte realizzi in qualche misura una discussione intorno all'opera originaria oppure si riferisca in modo critico ad essa o al suo contesto di riferimento.

In questo solco si inserisce anche l'ultimo precedente, ed il più recente per datazione, richiamato dal Tribunale di Milano nel caso "Giacometti Variations": si tratta del caso di un'opera dell'artista americano Richard

¹⁵⁶ BLANCH v. KOONS, 467 F. 3d 244 U.S. 2nd Circuit Court of Appeal, 26 ottobre 2006.

¹⁵⁷ L'opera è un grande dipinto-collage appartenente alla serie *Easyfun Ethereal*, commissionata a Koons dalla Deutsche Bank ed esposta al Deutsche Guggenheim Berlin tra il 2000 e il 2001.

Prince¹⁵⁸, intitolata *Canal Zone*, la quale riprodurrebbe, secondo l'accusa in modo non autorizzato, alcune immagini del fotografo francese Patrick Cariou, che ritraggono alcuni rasta giamaicani¹⁵⁹. In primo grado il giudice rigetta le istanze di Prince, la cui difesa si era incentrata sulla richiesta di riconoscimento di *fair use* del materiale protetto, sostenendo che l'appropriazione e riproduzione delle fotografie di Cariou nell'opera *Canal Zone* non potesse considerarsi quale uso trasformativo delle stesse, posto che lo stesso Prince asseriva di non avere alcun interesse nel loro significato originario, né tantomeno alcuno scopo di critica, citazione o commento nei confronti di esse¹⁶⁰. La decisione di primo grado viene però radicalmente capovolta in appello quando i giudici, nel dare questa volta ragione a Prince riconoscendogli un uso legittimo delle fotografie di Cariou, abbandonano l'orientamento precedentemente seguito dalla corte distrettuale e affermano che un *fair use* può essere ravvisato non soltanto quando l'opera appropriativa svolge un ruolo di commento o critica nei confronti di quella appropriata, ma più estensivamente ogni volta che sia riscontrabile un uso trasformativo di essa, quale ne sia la modalità o lo scopo semantico perseguito dal secondo autore. In altri termini si potrebbe ritenere che sia proprio l'alterazione, la rivisitazione del significato originario dell'opera protetta ad integrare quel *detournement* che confina il primo lavoro a mera

¹⁵⁸ Si tratta del caso *CARIOU v. PRINCE*, 784 F.Supp.2d 337 U.S. Court, Southern District of New York, 18 marzo 2011, successivamente appellato in *CARIOU v. PRINCE*, 11-1197 U.S. 2nd Circuit Court of Appeal, 25 aprile 2013.

¹⁵⁹ Per la realizzazione della sua opera, che venne esposta nel 2008 nella galleria Gagosian di Chelsea, Prince avrebbe utilizzato in modo illecito più di quaranta immagini fotografiche di Cariou.

¹⁶⁰ Si legge nella sentenza, muovendo dalle stesse dichiarazioni di Prince, che "*Prince testified that he has no interest in the original meaning of the photographs he uses. [...] In creating the paintings, Prince did not intend to comment on any aspects of the original works or on the broader culture*". Al contrario, Prince ha semmai inteso richiamarsi ed omaggiare con la sua opera altri artisti, in particolar modo De Kooning, idealmente connettendola al lavoro di alcuni fra essi.

ispirazione di quello appropriativo e che dunque legittima l'autonomia artistica di quest'ultimo¹⁶¹.

Ciò che allora emerge dal percorso ermeneutico svolto dalla giurisprudenza statunitense negli ultimi anni è in primo luogo un chiaro tentativo di ancoraggio delle opere d'arte appropriativa ad ipotesi di utilizzo lecito di materiale protetto da copyright secondo i fattori distintivi della dottrina del *fair use*, ritagliando dunque uno spazio di autonomia all'*appropriation art* rispetto anzitutto alle opere parodistiche in senso stretto e, ad un tempo, sotto categorizzandole a quelle genericamente intese come opere derivate o elaborate. Secondariamente, proprio a partire da questa premessa, appare evidente lo sforzo delle corti americane di abbandonare progressivamente una lettura restrittiva dei requisiti previsti dal par. 107 del Copyright Act, soprattutto con riguardo alla nozione di "uso trasformativo" dell'opera originaria, giungendo a ricomprendere in esso non soltanto le finalità di critica, commento o discussione dell'opera appropriata e del suo contesto di riferimento, ma ogni rivisitazione che manifesti in modo singolare e creativo la personalità dell'artista secondario e che comunichi al pubblico un chiaro messaggio. Da ultimo si nota un interessamento sempre maggiore da parte dei giudici americani nei confronti del requisito della finalità commerciale dell'opera appropriativa: esso rappresenta forse il punto più sensibile e controverso tra quelli relativi al *fair use*, nella misura in cui più di altri svolge un ruolo di mediazione tra gli interessi dell'autore originario e quelli del secondo artista e poiché, soprattutto in relazione alle opere d'arte

¹⁶¹ In riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte d'Appello ha precisato che la sussistenza di un uso trasformativo va rilevata in modo oggettivo e deve poter essere ragionevolmente riconoscibile ad un osservatore medio esterno, a poco o nulla rilevando le dichiarazioni dell'artista a riguardo (con ciò stigmatizzando il ragionamento seguito dalla Corte distrettuale, che aveva negato il *fair use* perlopiù argomentando proprio a partire dalle dichiarazioni di Prince, secondo cui nella propria opera non aveva inteso operare con finalità di critica, commento o rivisitazione delle immagini di Cariou).

figurativa¹⁶², escludere lo scopo commerciale da quelli per cui un artista realizza la propria opera significherebbe di fatto escludere la più parte dei lavori contemporanei, negando aprioristicamente ad essi, per il sol fatto di essere destinati al mercato, la possibilità di venir considerati una forma lecita di espressione artistica. Un'applicazione dei criteri del *fair use* al caso di specie che possa privilegiare, pur senza escluderlo, l'utilizzo trasformativo ed altri fattori rispetto allo scopo di lucro dell'opera secondaria, appare dunque più ragionevole ed in linea con l'obiettivo primo e generale della normativa autoriale, tanto statunitense quanto italiana, di promozione e tutela della creatività artistica in ogni sua forma espressiva e, pertanto, anche in quella appropriativa.

2.5. *Le Corti europee a confronto con l'arte appropriativa*

A conclusione dell'*excursus* condotto con riguardo alla giurisprudenza statunitense, giova tentare una ricognizione di alcuni tra i casi più significativi in cui i giudici europei si sono trovati a doversi pronunciare in tema di arte appropriativa¹⁶³. La casistica non è quantitativamente

¹⁶² L'espressione "opere d'arte figurativa" è qui utilizzata in senso ampio per ricomprendere tutti le forme di espressione artistica contemporanea (pittura, scultura, arte grafica, le varie modalità espressive dell'arte concettuale, etc...).

¹⁶³ Per una recente ricognizione sulla giurisprudenza europea in tema di *appropriation art*, si veda STABILE, *L'appropriation art alla prova del diritto d'autore: l'orientamento della giurisprudenza internazionale e italiana* (intervista di M. Pirrelli), in *ArtEconomy*24, Gruppo Il Sole24Ore, settembre 2015. Un curioso episodio che probabilmente non può essere rubricato *tout court* quale caso di *appropriation art*, ma che offre ugualmente il pretesto per interrogarsi su una possibile applicazione del principio enunciato dalla Corte anche alle opere d'arte appropriativa fu quello che approdò dinanzi al Tribunale di Avignone nel 2007: l'artista franco-cambogiana Rindy Sam svolse quella che potrebbe essere definita un'insolita performance, letteralmente baciando con le labbra ricoperte di rossetto una tela bianca dell'artista Cy Twombly, sporcandola e dunque danneggiandola inevitabilmente. Citata in giudizio da Twombly per violazione dei diritti d'autore sull'opera, Sam tentò di difendersi sostenendo la minima invasività del proprio gesto e, soprattutto, la finalità che lei ha inteso dare allo stesso, ossia un tributo, un riconoscimento di apprezzamento e

significativa come oltreoceano ed è perlopiù recente, pertanto costituirà più lo spunto per una riflessione sul possibile inquadramento giuridico del fenomeno appropriativo piuttosto che un modo per individuare una posizione maggioritaria condivisa.

Un primo caso che merita di essere preso in considerazione è giunto dinanzi alla Corte dell'Aia nel 2011 e ha visto coinvolta l'artista danese Nadia Plesner, accusata dalla nota *maison* Louis Vuitton del gruppo LVMH di aver violato il diritto d'autore per aver riprodotto all'interno di una sua opera (intitolata "Darfurnica") l'immagine e il disegno di un modello di borsa della *griffe*¹⁶⁴. La controversia, avente ad oggetto l'appropriazione non tanto del marchio della nota società quanto piuttosto di un design registrato (quello relativo alla borsa), è interessante anche sotto il profilo del bilanciamento tra i diritti di proprietà intellettuale e la libertà di espressione artistica. Va premesso che, a seguito di una prima ordinanza cautelare emessa da parte del Tribunal de Grande Instance di Parigi nel 2008¹⁶⁵, Plesner fu già intimata di non proseguire nella riproduzione del logo e di ogni riferimento a Vuitton in articoli e gadget di sua ideazione. Ma è nella seconda ordinanza della Corte de L'Aia del gennaio 2011, relativa all'opera d'arte prima menzionata, che i giudici olandesi ritennero il carattere di indebito vantaggio tratto da Plesner

amore nei confronti dell'opera dell'artista americano. Se si prescindesse dalla qualificazione che Sam ha inteso dare al proprio gesto, si potrebbe prima facie provare a leggerlo in chiave appropriativa, nella misura in cui ha reso propria la tela di Twombly e l'ha in certo modo "rielaborata" artisticamente. I giudici avignonesi non hanno tuttavia sostenuto la tesi prospettata da Sam, ritenendo invece sussistente tanto una violazione dei diritti d'autore quanto l'integrazione del reato di danneggiamento nei confronti dell'opera di Twombly.

¹⁶⁴ Nella fattispecie l'opera di Plesner raffigura, tra gli altri, un bambino africano a figura intera che porta al braccio la nota borsetta, a denunciare (tramite l'accostamento paradossale) la situazione di privazione e indigenza sofferta in particolare delle popolazioni del Darfur, con ciò intendendo richiamare l'attenzione ad un tempo della comunità internazionale e delle grandi firme della moda.

¹⁶⁵ *Louis Vuitton Malletier SA v. N. Plesner*, Tribunal de Grande Instance de Paris, 25 marzo 2008; in questa ordinanza Plesner venne condannata al pagamento di una somma pari a 5.000 Euro per ogni giorno in cui avesse continuato la vendita di poster e magliette recanti il logo "Louis Vuitton" all'interno del proprio sito. Per un approfondimento sul caso Plesner, cfr. PAESAN, *La protezione dei marchi e la libertà d'espressione*, tesi di laurea, cit.

dall'utilizzo dei diritti di proprietà intellettuale di Vuitton, sostenendo che l'esercizio della libertà di espressione artistica quale limitazione a tali diritti possa avvenire solo in ipotesi specifiche ed eccezionali¹⁶⁶. La pronuncia affermò inoltre, oltre a tale indebito arricchimento, che la condotta appropriativa nel caso di specie cagionò un danno d'immagine alla reputazione della nota società, poiché il nome di questa venne immotivatamente associato dall'artista danese alle vicende connesse al genocidio del Darfur. A seguito dell'impugnazione di tale ordinanza da parte di Plesner, la successiva pronuncia del maggio 2011¹⁶⁷ ne capovolse radicalmente il portato, giungendo ad affermare che il diritto dell'artista di esprimere la propria creatività, compresa una critica sociale condotta attraverso i propri lavori, non potesse essere compresso dall'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale di Vuitton, assunto che l'utilizzo del design di una loro borsa all'interno dell'opera di Plesner fu giudicato funzionale, proporzionato e non commerciale (dal momento che non era obiettivo dell'artista trarne un guadagno economico)¹⁶⁸.

Ciò che assume particolare rilevanza nel pronuncia olandese è dunque l'affermazione di un necessario contemperamento, in ogni operazione appropriativa in ambito artistico, della tutela dell'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale (segnatamente, per quanto ci riguarda, dei diritti d'autore) con l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero (segnatamente con il mezzo espressivo artistico). Trovando infatti entrambi protezione nel nostro ordinamento, si tratterà di volta in volta da parte del giudice di stabilire quale fra essi risulti prevalente nel caso concreto. Uno strumento che egli ha a disposizione e che potrebbe costituire un valido

¹⁶⁶ Cfr. *Louis Vuitton Malletier SA v. N. Plesner*, 27 gennaio 2011, par. 30.

¹⁶⁷ *Nadia Plesner v. Louis Vuitton Mallettier*, 4 maggio 2011.

¹⁶⁸ Afferma infatti la Corte che *"under preliminary judgment, in the present circumstances the interest of Plesner to (to continue to) be able to express her (artistic) opinion through the work 'Simple Living' should outweigh the interest of Louis Vuitton in the peaceful enjoying of its possession. [...] The use by Plesner is to be regarded for the time being as functional and proportional; [...] it does not serve a mere commercial purpose."*

discrimine è l'esame sul grado di creatività e originalità dell'opera appropriativa, compresa la verifica sul significato semantico di essa: nel caso in cui tali aspetti deficitino, l'opera non potrà che risultare una violazione dei diritti d'autore sull'opera appropriata, la cui protezione dovrà pertanto prevalere; ma nell'ipotesi in cui si riterranno integrati tali requisiti, allora l'attenzione del giudicante potrà ragionevolmente spostarsi sulla tutela della libertà artistica.

Spostandosi a livello sovranazionale, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è trovata recentemente ad esprimersi nel caso DECKMYN C. VANDERSTEEN ET ALT. (C-201/13) con riguardo all'istituto della parodia quale eccezione al sistema di protezione autoriale, definendone i confini rispetto a figure giuridiche affini. La causa fu azionata dagli eredi del fumettista Vandersteen per la distribuzione da parte di Deckmyn di un calendario che riproduceva un disegno richiamante, con lievi modifiche e con intento satirico, uno di quelli della famosa serie "Suske en Wiske" dell'artista belga.

La domanda di pronuncia pregiudiziale, presentata dalla Corte di Appello di Bruxelles aveva ad oggetto l'interpretazione dell'art. 5, par. 3, lett. k della citata direttiva 2001/29/CE, relativa all'eccezione di parodia. Come evidenziato in precedenza¹⁶⁹, tale direttiva inquadra l'opera parodistica nei termini di un'eccezione ai diritti di riproduzione, distribuzione e comunicazione al pubblico che gli Stati membri possono disporre in relazione ad utilizzi che avvengano "*a scopo di caricatura, parodia o pastiche*"¹⁷⁰. I quesiti posti dalla Corte belga riguardavano essenzialmente: l'esistenza di una

¹⁶⁹ Vedi *supra*, par. 1.1.1..

¹⁷⁰ Il legislatore belga, al riguardo, differentemente da quello italiano, ha recepito nella legislazione autoriale interna la previsione dell'eccezione parodistica, così come delineata dal testo della direttiva. Prevede infatti specificamente l'art. 22, par. 1 della legge belga 30 giugno 1994 sul diritto d'autore (successivamente modificata con legge 3 aprile 1995) che "*se l'opera viene pubblicata in modo lecito, l'autore non può opporsi a [...] una caricatura, parodia o pastiche, tenendo conto delle pratiche leali*". Analogamente ha fatto il Regno Unito, introducendo nel 2014, ad opera del Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014/2356, l'eccezione parodistica nella sezione 30A del Copyright, Designs and Patent Act del 1988, il quale prevede che "*fair dealing with a work for the purposes of caricature, parody or pastiche does not infringe copyright in the work*".

nozione autonoma di parodia nel diritto dell'Unione Europea; la necessità di verificare specifiche caratteristiche in un'opera per definirla parodistica; la sussistenza di eventuali ulteriori requisiti di liceità di tale genere¹⁷¹. Relativamente al primo quesito, la Corte di Giustizia ha ritenuto anzitutto che la parodia debba godere di una nozione omogenea ed autonoma di diritto nell'Unione, rilevata l'assenza tanto di una definizione nella normativa europea quanto di appositi rinvii ai diritti nazionali per stabilire significato e portata dell'eccezione. La necessità di garantire uniformità di interpretazione del diritto porta dunque all'esigenza di individuare una definizione unitaria della fattispecie¹⁷². Ciò premesso, la Corte procede identificando il contenuto minimo che la parodia deve possedere per essere delineata come tale: si tratta da un lato dell'attitudine ad evocare un'opera preesistente da cui essa deve differenziarsi in maniera percettibile; dall'altro di sostanziarsi in un atto umoristico o canzonatorio. Nessun'altra condizione o requisito ulteriore vengono individuati dai giudici europei affinché un'opera possa dirsi parodistica: in particolare non viene menzionato il carattere di originalità, né tanto meno pare assumere rilevanza il fatto che la critica svolta dalla parodia colpisca l'opera originale o qualcos'altro, né infine che essa debba obbligatoriamente indicare l'opera parodiata quale fonte ispiratoria¹⁷³.

¹⁷¹ Per un'analisi approfondita della pronuncia in esame (causa C-201/13, Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen, Christiane Vandersteen, Liliana Vandersteen, Isabelle Vandersteen, Rita Dupont, Amoras II CVOH e WPG Uitgevers België), si rimanda a SBARBARO, *La nozione autonoma di diritto dell'Unione Europea di "opera parodistica" ed il "giusto equilibrio" nell'applicazione della relativa eccezione al diritto d'autore secondo la sentenza della Corte di Giustizia del 3 settembre 2014, causa C-201/13*, op. cit., pp. 7 ss..

¹⁷² Come più sopra rilevato (vedi par. 1.1.1.), infatti, l'armonizzazione del diritto d'autore dell'Unione e, in particolare, della disciplina delle eccezioni e limitazioni subisce ancora un forte ostacolo poiché il recepimento da parte degli ordinamenti degli Stati membri dell'elenco previsto dalla direttiva InfoSoc è meramente facoltativo.

¹⁷³ A compressione della libertà di parodia, tuttavia, sembrano muoversi le considerazioni svolte dalla Corte nei punti 29-30-31 della sentenza, in cui si afferma che i titolari dei diritti d'autore e diritti connessi hanno "in linea di principio" un "legittimo interesse" a che l'opera protetta "non sia associata" ad un messaggio che violi i principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra persone con riferimento alla razza, al

Tuttavia, pur limitandosi ad una scarna definizione, la Corte pare contemperarne il rischio di eccessiva genericità prevedendo che l'applicazione al caso di specie dell'eccezione in esame non possa avvenire prescindendo dagli obiettivi generali contemplati dalla norma, che dispongono il rispetto di *"un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti"*¹⁷⁴.

Orbene, stante l'inquadramento definitorio proposto dalla Corte di Giustizia in ordine alla parodia, ci si potrebbe domandare se, proprio in virtù della relativa ampiezza della formulazione, potrebbe in qualche misura esservi ricompreso anche il caso di opera d'arte appropriativa. A parere di chi scrive l'ipotesi non pare convincente, in primo luogo poiché, come si è già avuto modo di rilevare, l'appropriation art incarna uno stile espressivo concettualmente differente da quello parodistico, costituendo semmai il genere del quale la parodia rappresenta la specie umoristico-ironica; in secondo luogo perché una sussunzione delle forme d'arte appropriative all'interno della previsione normativa di cui alla direttiva InfoSoc, così come dettagliata dalla sentenza in oggetto, equivarrebbe di fatto a relegarlo a sua volta al ruolo di mera eccezione o limitazione al diritto di riproduzione di

colore ed all'origine etnica, garantiti in particolare dall'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷⁴ Gli obiettivi cui si riferisce la pronuncia in esame sono quelli identificati nei *considerando* n. 3 e n. 31 della direttiva 2001/29/CE. In particolare il *considerando* n. 3 prevede che "l'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale", mentre il *considerando* n. 31 stabilisce che *"deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. [...]Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno"*.

un'opera protetta e non invece quale espressione nuova e originale della creatività dell'artista, come tale autonomamente tutelabile¹⁷⁵.

Infine una recente pronuncia che in certa misura può essere messa a raffronto con quella della Corte di Giustizia risale al gennaio 2015 e vede protagonisti il fotografo Katrijn van Giel e il pittore Luc Tuymans: quest'ultimo, per la realizzazione del dipinto intitolato *A Belgian Politician* si è appropriato di una fotografia di Giel che ritrae il politico belga Jean-Marie Dedecker, pubblicata sul giornale "De Standaard" nel giugno 2010¹⁷⁶. Citato in giudizio per violazione del diritto d'autore da Giel dinanzi alla Corte di prima istanza della città belga di Anversa, Tuymans si difese argomentando che l'uso appropriativo dell'immagine rientrava nella legittima eccezione di un suo utilizzo a fini parodistici, specificamente previsto dall'art. 22, par. 1, n. 6 della legge belga sul diritto d'autore del 30 giugno 1994, secondo cui "quando l'opera viene pubblicamente lecitamente, l'autore non può impedirne [...] la caricatura, parodia o pastiche, tenendo in conto un uso giusto"¹⁷⁷. Nel caso di specie la Corte si pose di valutare se un cambiamento di formato dell'opera d'arte, segnatamente da fotografia a dipinto, potesse integrare una lecita ipotesi di utilizzo parodistico dell'opera protetta. A tal proposito i giudici belgi evidenziarono che, nel caso di specie, "la composizione, l'inquadratura e

¹⁷⁵ Un caso che invece ben può essere rubricato sotto l'ipotesi di arte appropriativa, ma che si è consumato tra Germania e Stati Uniti è quello che ha avuto come protagonista il fotografo tedesco Hoepker nel 2002 (*Hoepker v. Kruger*, 200 F. Supp. 2d 340-2002), il quale ha citato in giudizio l'artista americana Barbara Kruger per violazione contemporaneamente dei diritti d'autore e della normativa sulla privacy per aver riprodotto in una sua opera, sia pure con talune modifiche e per uno scopo differente¹⁷⁵, una fotografia ritraente una delle modelle di Hoepker. La controversia si concluse a favore di Kruger, non tanto per un riconoscimento da parte dei giudici della legittimità della sua opera in virtù di una lecita appropriazione di quella fotografica, quanto piuttosto poiché la fotografia di Hoepker era ormai caduta in pubblico dominio e dunque non più protetta da copyright.

¹⁷⁶ Relativamente invece all'appropriazionismo inverso, ossia di un'opera pittorica da parte di un'opera artistica fotografica si veda, relativamente al sistema italiano, Cassazione, 19 dicembre 1996, n. 11343, in *Riv. Dir. Ind.*, 1997, fasc. II, parte II, p. 75.

¹⁷⁷ Va ricordato che il Belgio ha recepito nella propria normativa autoriale l'eccezione di parodia prevista della direttiva InfoSoc, trasponendola proprio al citato art. 22, par. 1, n. 6 della legge 30 giugno 1994 sul diritto d'autore e diritti connessi.

l'esposizione (tanto della fotografia quanto della pittura, ndr) è del tutto simile nelle due opere" e che le pur minime differenze di stile o colore non valgono a ritenere che ci si trovi dinanzi a due creazioni sostanzialmente differenti. Tanto più che, proseguì la Corte, si può parlare di eccezione per uso parodistico solo *"quando l'unico proposito (dell'utilizzo dell'opera originaria, ndr) è di burla, sarcasmo o ironia"*. La qual cosa non è stata ritenuta presente nel lavoro di Tuymans. Va dett però che la determinazione in ordine al carattere umoristico della parodia richiede evidentemente un giudizio soggettivo da parte del giudice, al di là dell'intenzione dichiarata dall'artista parodiante, ciò comportando il rischio di una non marginale ambiguità tra pronunce su casi analoghi. La Corte belga si focalizzò in questo caso sull'esame delle somiglianze stilistico-espressive tra le due opere, concludendo nel senso di una violazione dei diritti d'autore di Giel per una sostanziale riproduzione non autorizzata della sua opera da parte di Tuymans, quando invece sarebbe forse stato più opportuno soffermarsi sul concetto di "opera parodistica" valutandone la possibile applicabilità al caso in esame. L'ancoraggio argomentativo ben si sarebbe potuto trarre dalla citata sentenza della Corte di Giustizia, secondo cui risulta dal senso comune del termine "parodia" che tale nozione è stata condizionata dalla necessità *"di avere un proprio carattere di originalità, al di là della presenza (o meno, ndr) di differenze notevoli rispetto all'opera originale parodiata"*. Cioè a dire, ancora una volta, che l'originalità non si misura in base alla maggiore o minore somiglianza stilistica tra parodia e opera parodiata, bensì rispetto a differenze di senso, espressive percettibili tra esse¹⁷⁸. Se la Corte belga avesse seguito questa impostazione interpretativa

¹⁷⁸ Nel caso dell'opera di Tuymans, infatti, se si assume quale punto di osservazione e verifica di originalità dell'opera la somiglianza stilistica, certamente si dovrà concludere nel modo in cui ha ritenuto la Corte belga, dal momento che il soggetto ritratto nel dipinto è esattamente lo stesso, nella stessa posizione e con la stessa espressione di quello fotografato da Giel. Se però si fosse guardato al dipinto di Tuymans secondo i criteri indicati dalla Corte di Giustizia, si sarebbe forse rinvenuto un elemento di originalità nel senso e significato espressivo che l'artista ha voluto infondere alla sua opera, rispetto a quella del fotografo, e forse anche quell'intento canzonatorio richiesto dai giudici ai fini del riconoscimento di un'opera parodistica.

indicata dai giudici europei, piuttosto che rimettere il giudizio meramente nei termini di una comparazione tecnica tra le due opere, probabilmente avrebbe potuto ricondurre il lavoro di Tuymans nell'alveo dell'eccezione parodistica prevista dalla direttiva InfoSoc e recepita nella normativa autoriale belga, riconoscendone dunque la liceità.

Da un simile caso emerge pertanto con ancora maggiore chiarezza la sconvenienza di ricomprendere l'arte appropriativa nel bacino delle opere parodistiche, non solo per i motivi già rilevati in relazione alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ma anche perché una creazione appropriativa, come detto, non sempre presenta un carattere canzonatorio o umoristico nei confronti dell'opera appropriata (come invece richiederebbe la definizione fornita dai giudici europei) e dunque, nei casi in cui non l'avesse, non potrebbe essere ricompresa nell'eccezione di cui alla direttiva InfoSoc, rimanendo ancora una volta nel terreno dell'illiceità.

Ciò che affiora dai casi riportati, significativamente esemplificativi di un orientamento giurisprudenziale ancora in via di consolidamento, è più di tutti un atteggiamento alquanto incerto da parte delle Corti europee nell'inquadrare le opere dell'arte appropriativa all'interno di un confine giuridicamente definito: le due più frequenti sussunzioni cui si assiste sono l'ancoraggio alternativamente alla parodia o all'elaborazione creativa, mancando però il più delle volte lo slancio necessario, come forse sarebbe auspicabile, per svincolare il genere appropriativo da istituti giuridici limitrofi, riconoscendogli uno spazio di tutela autonomo all'intero del panorama autoriale.

CAPITOLO TERZO

LA CIRCOLAZIONE DELL'OPERA D'ARTE CONTEMPORANEA SUL MERCATO: CERTIFICATI DI AUTENTICITÀ, CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE E FALSI

SOMMARIO: 3.1. La circolazione dell'opera d'arte contemporanea sul mercato: problematiche e sfide per il diritto - 3.1.1. Le opere d'arte effimere ed immateriali: quando il certificato di autenticità surroga l'opera - 3.1.2. *Segue:* quando l'opera d'arte è sprovvista di certificato di autenticità - 3.2. I problemi connessi all'attribuzione dell'opera d'arte ad un autore determinato: autentiche, *expertise* e certificazioni - 3.3. Il falso in arte: tipologie e problematiche giuridiche - 3.3.1. *Segue:* i rimedi in caso di acquisto di opera d'arte falsa - 3.3.2. *Segue:* profili di responsabilità: arricchimento ingiustificato e risarcimento del danno da falsa attribuzione - 3.4. L'accertamento in sede giudiziaria dell'autenticità dell'opera d'arte

3.1. *La circolazione dell'opera d'arte contemporanea sul mercato: problematiche e sfide per il diritto*

Dopo aver operato un tentativo di inquadramento giuridico delle tipologie di opere d'arte contemporanea nelle quali la tutela della forma espressiva maggiormente sfida le categorie tradizionali della normativa autoriale¹⁷⁹, occorre ora prendere in esame con quali modalità tali lavori siano in grado di circolare sul mercato e quali limiti incontri il diritto nel tutelarne tanto l'autenticità quanto l'attribuzione ad un autore determinato, nonché i

¹⁷⁹ In particolar modo, come si è analizzato nei precedenti capitoli, si tratta da un lato dei lavori artistici in cui la forma espressiva viene del tutto o in parte soppressa (opere dematerializzate o effimere) e, dall'altro, di quelli che invece, pur presentando un'incorporazione dell'idea creativa su un supporto materiale, tuttavia prendono a prestito tale forma da una preesistente, già talvolta protetta dal diritto d'autore (opere appropriate).

rimedi predisposti contro la falsificazione o alterazione di essi o, ancora, le regole per la loro conservazione, registrazione ed archiviazione.

È di tutta evidenza che la più parte delle problematiche connesse agli aspetti evidenziati emerge con maggior rilevanza proprio nei confronti delle opere d'arte dematerializzate o effimere poiché esse fanno venire meno, in tutto o in parte, quella riferibilità materiale con cui si è soliti ragionare in relazione agli istituti tipici del diritto e che, come si è detto, ancora permea fortemente la normativa d'autore, nonostante la lettera della legge mostri un'apertura definitoria capace di includere anche le espressioni più spinte dell'arte contemporanea.

Minori, o per meglio dire diverse, difficoltà sembra invece porre il fenomeno dell'arte appropriativa nella misura in cui residua in esso, almeno nella maggioranza dei casi, una connotazione oggettuale delle opere, alle quali dunque ben potranno applicarsi, in via generale, le strutture giuridiche previste dall'ordinamento per la circolazione dei beni sul mercato: altri e non meno rilevanti incombenti si possono semmai porre, come visto in precedenza¹⁸⁰, in relazione alle violazioni del diritto d'autore o comunque, in termini più ampi, al conflitto di attribuzione tra l'artista originario e il secondo autore.

È dunque nei confronti dei lavori artistici immateriali che si concentrerà maggiormente l'attenzione, con riguardo specifico alle problematiche relative all'applicazione ad essi dei negozi giuridici tipici predisposti dalla normativa ed aventi simili creazioni quale oggetto precipuo.

¹⁸⁰ Si rimanda sul punto al cap. 2, in particolar modo par. 1.2.2..

3.1.1. *Le opere d'arte effimere ed immateriali: quando il certificato di autenticità surroga l'opera*

Contratti e certificati rappresentano di norma gli strumenti più tipici per provare l'autenticità di un'opera d'arte e la sua riferibilità ad un determinato artista. Essi operano con relativa agilità in tutti quei casi in cui il lavoro artistico consti di una dimensione oggettuale che ne faciliti l'identificazione, non solo in fase di creazione, ma più ancora nelle successive vicende giuridiche che possono riguardarla (dall'alienazione all'esposizione pubblica, dalla riproduzione all'utilizzazione per gli scopi più diversi).

Tuttavia, allorché l'opera perda totalmente o in parte una connotazione materiale, si rende viepiù necessario un sistema, si potrebbe dire compensativo, che controbilanci il venir meno di una riferibilità concreta del documento di originalità (o integralmente surrogatorio dell'opera) al prodotto artistico medesimo. Di più: in questi casi la tendenza è quella di supplire alla dematerializzazione dell'opera d'arte con una sorta di *iper-materializzazione* dei certificati che l'accompagnano e che ne attestano tanto l'originalità quanto la paternità¹⁸¹. Si è già detto in precedenza di quanto, in linea teorica, gli ordinamenti giuridici di *civil law* appaiano più pronti a predisporre strumenti di tutela delle più recenti evoluzioni espressive dell'arte contemporanea, essendo invece i paesi di *common law* ancora fortemente legati ad una concezione materialistica dell'idea creativa, la quale richiede di poter essere fissata su un supporto concreto per trovare protezione giuridica¹⁸².

Proprio in queste realtà, nelle quali le opere dematerializzate o effimere si pongono ai confini dell'ordinamento, si è sviluppato con maggior intensità un fenomeno di sostituzione della documentazione al lavoro

¹⁸¹ Per un'analisi approfondita di come il documento di autenticità di un lavoro artistico diventi elemento centrale nella circolazione giuridica di un'opera d'arte dematerializzata, si rimanda a DONATI, *Law and art: diritto civile a arte contemporanea*, op. cit., pp. 55 ss..

¹⁸² Vedi *supra*, cap. 1, in particolare par. 1.3.

artistico, nel tentativo di oggettivare ciò che in origine non lo è, tracciandone ad un tempo i passaggi sul mercato. Se il senso dell'arte concettuale, come si è avuto modo di rilevare, è particolarmente quello di affermare il primato dell'operazione intellettuale di creazione dell'opera rispetto al soggetto che l'ha realizzata, ossia del contesto di riferimento rispetto alla personalità dell'artista, appare allora determinante lasciare traccia al collezionista-fruitori di tali passaggi generativi sotto forma di vere e proprie schede riassuntive dell'opera, quando non addirittura di istruzioni per il corretto godimento di essa o per la sua realizzazione (nel caso di lavori non ancora compiuti)¹⁸³. In altre parole la creazione artistica si identifica e vive, giuridicamente parlando, per mezzo della documentazione che l'affianca, la quale diventa parte integrante della stessa, attestandone ad un tempo l'esecuzione, prescrivendo dettagliate disposizioni in merito alla sua riproducibilità e, non da ultimo, consentendo di identificarne chiaramente il proprietario¹⁸⁴. Ciò naturalmente comporta la necessità di creare, tra gli altri, veri e propri registri e archivi per la conservazione degli elenchi delle opere e per la trascrizione dei

¹⁸³ È il caso dei già citati *wall drawings* di Sol Lewitt: si tratta di disegni murali geometrici e multicolore, progettati minuziosamente dall'artista ma non realizzati da questi direttamente, bensì dal collezionista finale il quale, acquistando l'opera, in realtà si limita a ricevere esclusivamente la documentazione contenente le istruzioni redatte dall'artista per la realizzazione del murales. Per una breve bibliografia inerente ai lavori di Lewitt si rimanda a *supra*, cap. 1, par. 4.1., *sub* nota n. 64.

¹⁸⁴ Dato l'assetto prevalentemente materialistico del mercato dell'arte, è dunque la certificazione dell'artista a rendere possibile l'esercizio del controllo sull'opera e la trasferibilità dei diritti su di essa. Il sempre crescente processo di dematerializzazione dell'opera d'arte è stato in certo modo sempre più compensato da un incremento di rilevanza del certificato di accompagnamento. Come sottolinea giustamente Donati, il mercato, diversamente dagli ordinamenti giuridici, conosce il fenomeno della sostituzione della certificazione di autenticità o, più in generale, della documentazione contenente istruzioni per la realizzazione di opere d'arte, già da diverso tempo. Scriveva infatti Giuseppe Panza di Biumo, tra i maggiori collezionisti italiani e sulla scena mondiale di arte contemporanea, riferendosi ai primi anni '70, che "*in quegli anni avevo avuto lo stesso impegno verso le opere [...] di Morris, Andre, Serra, Lewitt, le stanze di Turrell, Irwin, Wheeler, Orr, Maria Nordman. Tutte bellissime opere ma invendibili. Giacevano nel cassetto dell'artista o della galleria. [...] Non erano oggetti, erano opere intellettuali che potevano diventare realtà in qualsiasi momento [...]. Un'opera dell'ingegno nel vero senso di questa parola. Gli artisti erano pienamente coscienti di questo fatto. Vendevano il certificato, con tutte le indicazioni per costruirla, non vendevano una scultura esistente*" (cfr. PANZA, *Ricordi di un collezionista*, Jaca Book, Milano, 2006, p.112 ss.).

trasferimenti di proprietà delle stesse. In altri termini gli strumenti offerti dal diritto consentono di approntare sistemi di certificazione dell'espressione dell'opera d'arte, spesso anche notevolmente articolati, in grado di riconoscere e governare ciò che altrimenti risulterebbe del tutto inconsistente e la cui tutela di grande complessità, soprattutto per ciò che concerne l'onere probatorio¹⁸⁵.

Non deve sorprendere, pertanto, la laboriosità di talune tecniche di registrazione del contratto di acquisto dell'opera per sancirne la creazione e mapparne tutti i successivi movimenti sul mercato: là dove l'opera non esiste materialmente ed è sussunta nel certificato, è quest'ultimo che la protegge e circola al suo posto, rappresentandone al tempo stesso il progetto e la memoria storica. Molto spesso infatti si ricorre all'ausilio di veri e propri soggetti certificatori (su tutti il notaio) che fungono ad un tempo da testimoni e garanti della transazione commerciale, ad esempio di compravendita dell'opera, e di custodi di copie della documentazione, se non addirittura dei registri relativi alle opere, quando questi non siano già detenuti dagli archivi dell'artista. Lo stesso discorso vale per quelle opere che, diversamente da quelle che nascono smaterializzate, presentano in origine una componente tangibile, ma vengono successivamente distrutte, smontate o comunque eliminate (ad esempio perché realizzate in occasione di una particolare esposizione e poi smantellate), ben potendo però essere nuovamente ricreate per un successivo evento o perché acquistate in un secondo momento dal collezionista. Si tratta delle cosiddette opere *da riattivare* delle quali, una volta venuta meno l'originaria installazione, rimane traccia solamente nella documentazione di accompagnamento, in cui sono racchiuse da parte

¹⁸⁵ È il caso, ad esempio, delle opere di Tino Sehgal, Leone d'oro come miglior artista alla 55° Biennale internazionale d'arte di Venezia, le quali consistono in esperienze sociali di vario genere in cui artista e spettatore si scambiano continuamente e vicendevolmente di ruolo. Si tratta di opere prettamente effimere e dematerializzate delle quali, per espressa volontà dell'artista, non viene conservata alcuna tracciabilità materiale. Esse tuttavia non sono escluse dal mercato: Sehgal infatti stipula con il collezionista-acquirente un contratto verbale, alla presenza di un notaio certificatore, col quale trasferisce l'idea creativa e il diritto di realizzarla.

dell'artista le istruzioni relative appunto alla riattivazione dell'opera in un qualunque successivo momento¹⁸⁶.

Accanto alle opere che surrogano l'immaterialità con l'oggettualità del certificato, esistono però anche lavori che non prevedono neppure quest'ultimo, non residuando dunque alcuna traccia della creazione artistica dopo che essa sia stata realizzata¹⁸⁷.

In relazione alle opere che a vario titolo risultano prive di materialità, tuttavia, il diritto non sempre è in grado di coglierne le differenti sfumature e, conseguentemente, di graduare distintamente gli strumenti e gli istituti applicabili. Come evidenza correttamente Donati¹⁸⁸, nel caso in cui un lavoro artistico perde del tutto corporeità (sia come oggetto-opera d'arte, sia come documentazione di accompagnamento), l'ordinamento qualifica l'operazione artistica come un contratto d'opera intellettuale avente ad oggetto la prestazione che l'artista compie nei confronti dello spettatore/acquirente, la

¹⁸⁶ Si pensi ad esempio a grandi e complesse installazioni realizzate appositamente per determinati eventi espositivi o fieristici e destinate, per ragioni molto spesso logistiche, ad essere smontate per essere spostate o addirittura totalmente distrutte ed eventualmente ricostruite in altra sede e, magari, solo in un secondo momento. Tali opere, oltre al citato tema della circolazione surrogatoria dei certificati al posto dell'opera durante il periodo di dematerializzazione, pongono anche il problema dell'eventuale disconoscimento di paternità da parte dell'artista una volta riattivate, nel caso in cui la seconda o comunque le successive realizzazioni non corrispondessero alle istruzioni contenute nei documenti di accompagnamento, con la conseguenza che risulterebbero opere non autentiche e, dunque, possibilmente contraffattorie dell'originale. In relazione particolarmente a tali opere "si palesa, pertanto, la necessità di attivare nuovi sistemi di certificazione e documentazione delle opere realizzate e approvate dall'artista nelle successive versioni, attraverso, ad esempio, la creazione di archivi che raccolgono e conservano la volontà dell'artista e la vicenda storica dell'opera" (così DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., p. 179). E lo stesso discorso potrebbe essere fatto anche per le cosiddette opere *in divenire*, ossia quei lavori per così dire attivati dall'artista, che ne realizza la parte originaria, ma che poi si sviluppano e "maturano" grazie al contributo successivo di altri soggetti (lo spettatore, altri artisti o il medesimo autore originario in un secondo momento), sovente anche in diversi luoghi e tempi rispetto al nucleo iniziale.

¹⁸⁷ È il caso di talune *performance* che consistono in un'azione compiuta dall'artista, in presenza o assenza di pubblico, in un determinato luogo e in un preciso momento (tipicamente in una galleria d'arte o museo in occasione dell'inaugurazione di un evento espositivo) e poi non più ripetute né riprodotte. Appartengono a questo genere di opere, a titolo esemplificativo, taluni lavori di Marina Abramovic, Paola Anziché, Michelangelo Consani, Ruth Sacks, Simon Gush, Ivan Moudov e Alessandro Nassiri Tabibzadeh.

¹⁸⁸ Cfr. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., pp. 189 ss..

quale si conclude nell'istante in cui cessa la *performance*. Diversamente, quando l'opera consta della documentazione che ne sostituisce l'immaterialità, un bene concreto certamente sussiste (il certificato), ma si tratta di qualcosa che prova l'esistenza della creazione artistica senza tuttavia costituire esso stesso l'opera. O meglio: l'opera originaria concepita dall'artista si realizza venendo ad esistere in modo effimero e, a conclusione del momento artistico, è come se avvenisse un patto tra artista, pubblico e collezionista/acquirente in virtù del quale essi trasferiscono il significato e il senso dell'opera d'arte al certificato che ne attesta l'esistenza e che, in qualche modo, ne oggettiva l'essenza. A conclusione della rappresentazione originaria, dunque, è tale documentazione a costituire l'oggetto degli eventuali successivi negozi giuridici che ne disciplineranno la circolazione sul mercato¹⁸⁹: si tratterà dunque di regolari contratti di compravendita, prestito, esposizione o quant'altro si rendesse opportuno, senza però la necessità di qualificare l'iniziale *performance* artistica quale prestazione d'opera intellettuale. Pertanto è come se l'opera d'arte, superando il tradizionale rapporto tra idea creativa e forma espressiva, generi una nuova tipologia di bene che, non più dematerializzato o effimero, assume la forma di un certificato da registrare e archiviare assieme alla ulteriore e varia documentazione che attesta la storia artistica dell'opera stessa¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Tra le possibili vicende che possono verificarsi, c'è anche, frequentemente, la possibilità che l'opera d'arte venga acquistata da un ente museale e che dunque finisca a far parte della collezione: anche in questo caso, naturalmente, sarà la documentazione a costituire il nucleo residuale del lavoro artistico e, dunque, ad essere raccolta ed eventualmente esposta al pubblico.

¹⁹⁰ In riferimento al fenomeno di sostituzione del certificato all'opera d'arte c'è chi ha giustamente evidenziato che si tratta di un processo di trasformazione tipico della contemporaneità, nel quale la "documentalità" si sostituisce all'opera vera e propria e ne conquista anche l'essenza (così FERRARIS, *Documentalità, Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari, 2009). Queste nuove forme espressive sono più dirette a celebrare l'accessibilità dell'informazione sull'opera da parte del collezionista/acquirente, che non a consentire un vero e proprio trasferimento della proprietà materiale di essa (posto che una materialità spesso non c'è): si verifica allora una "*nuova economia cognitiva (culturale) finalizzata ad istituire una legittimazione piuttosto che una condizione di proprietà materiale*" (cfr. RIFKIN, *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, First Trade Paperback, 2000).

Contestualmente assume sempre maggiore rilievo una nuova funzione dell'artista, che si affianca ed integra quella propriamente creativa: è il ruolo informativo che egli svolge nei confronti del collezionista conferendogli dettagli e prescrizioni relativi all'opera, alla sua realizzazione o riattivazione e che il collezionista stesso, da parte sua, raccoglie nella documentazione di accompagnamento¹⁹¹. Naturalmente altro è l'informazione inerente alla storia artistica dell'opera (come il senso e significato attribuitole dall'artista, il contesto di riferimento nel quale è stata o dovrà essere eseguita, ...) ed altro sono invece le istruzioni riguardanti le regole per la sua realizzazione, successiva riattivazione o conservazione.

3.1.2. *Segue: quando l'opera d'arte è sprovvista di certificato di autenticità*

Non tutte le opere d'arte smaterializzate tuttavia sono in vario modo surrogate o incorporate in un certificato. Il ricorso alla documentazione appare particolarmente determinante per quelle opere che abbisognano di riattivazione successiva alla prima creazione o per quelle la cui realizzazione si sviluppa nel tempo attraverso fasi artistiche consecutive.

Si menzionava però, nel precedente paragrafo, anche l'ipotesi in cui l'opera d'arte dematerializzata non presenti alcuna connotazione oggettuale, neppure data dalla certificazione di accompagnamento che ne attesta l'esistenza, e di come, relativamente a questa tipologia di lavori, il diritto tenti una qualificazione giuridica ancorandola al contratto di prestazione d'opera intellettuale. Si tratta in questo caso di opere che possono alternativamente consistere in progetti, recitazioni di brani di prosa o di poesia, promesse rivolte dall'artista al collezionista/fruitori di svolgere prestazioni di varia

¹⁹¹ In tal senso DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., p. 196.

natura, progetti, musica e molto altro ancora¹⁹². In esse si stravolge, ancor più che nelle opere surrogate da certificati, il tradizionale rapporto tra artista e acquirente: quest'ultimo non è più chiamato a possedere un oggetto artistico concreto, quanto piuttosto a vivere un'esperienza, una relazione o uno scambio di informazioni con l'artista, temporalmente e spazialmente ben definito e limitato. Di ciò, che si potrebbe definire un fatto artistico, o idea espressa, più che un oggetto d'arte, non rimane in questo caso alcuna traccia scritta né documentazione fotografica, audiovisiva o progettuale: il collezionista pertanto non conserverà altro che il ricordo di esso, senza alcuna possibilità di replicare in un secondo momento l'opera.

Proprio a causa di tale immaterialità, volutamente esasperata dall'artista fino all'eliminazione di qualunque riferibilità concreta, tali opere non appaiono idonee a divenire oggetto di negoziazioni intese nel modo tradizionale, ossia in quanto beni oggettuali. Esse sembrano anzi contraddistinte dall'impossibilità di una successiva trasferibilità e dall'inidoneità a costituire contenuto di ulteriori transazioni commerciali. In altre parole si potrebbe affermare che il mercato, relativamente a questo genere di lavori, sia in certo modo chiuso al primo ed unico negozio giuridico possibile di trasferimento di proprietà della creazione artistica: quello cioè che si realizza tra l'artista e il collezionista, il quale decide di acquistare l'opera o,

¹⁹² Alcuni artisti contemporanei che si sono a vario titolo cimentati con la creazione di opere d'arte completamente smaterializzate sono, tra gli altri, Yves Klein, il citato Tino Sehgal, Heman Chong, Ian Wilson e molti altri. Particolarmente interessante e curioso è poi il progetto di galleria per la vendita di opere d'arte immateriali ideato e promosso da Cesare Pietroiusti (www.evolutiondelart.net): il collezionista che intende acquistare una di tali opere può visionarle direttamente nel sito internet della galleria dopodiché, all'atto d'acquisto, non riceve alcuna documentazione o ricevuta relativa all'opera, né tantomeno viene conservata traccia dell'avvenuta transazione (a parte l'accredito, relativo all'importo pagato, sul conto della galleria). Per un approfondimento sul progetto, oltre al sito della galleria, si veda sempre DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., pp. 139-140.

per meglio dire, di fruire di essa attraverso la particolare esperienza che ne costituisce l'oggetto¹⁹³.

Ecco allora che, tornando all'inquadramento operato in tali casi dall'ordinamento, artista e collezionista diventano per il diritto parti di un particolare contratto d'opera, per il quale trovano applicazione le norme previste dal codice civile, avente ad oggetto la creazione artistica e nel quale il primo soggetto assume la veste di prestatore d'opera intellettuale, se non addirittura di fornitore di un particolare servizio culturale, mentre il secondo acquisisce l'opera nel momento stesso in cui partecipa al momento della sua realizzazione¹⁹⁴, la quale esaurisce in tutto e definitivamente la creazione medesima¹⁹⁵.

Da un punto di vista concettuale potrebbe forse stupire l'ancoraggio di una pratica artistica allo schema contrattuale della prestazione d'opera intellettuale, ma tale inquadramento trova giustificazione, quanto meno da un punto di vista meramente giuridico, in virtù del fatto che, nonostante la normativa autoriale si dimostri capace di riconoscere e tutelare quali opere d'arte questo genere di espressioni creative, gli strumenti del diritto civile non offrono ancora adeguata copertura alla circolazione di simili lavori. La disciplina di riferimento è ancora troppo fortemente vincolata ad una concezione materiale¹⁹⁶ del bene giuridico protetto e dunque, pur

¹⁹³ Diverso è invece ciò che accade con riguardo alla *performance* artistica: in essa infatti l'artista intende realizzare un'opera visibile, reale (benché talvolta immateriale), che però si esaurisce nell'atto stesso della sua esecuzione. L'artista concettuale che realizza un'opera totalmente dematerializzata, priva anche di qualsivoglia certificazione, desidera invece identificare quale oggetto di possibile transazioni una mera idea creativa, che vorrebbe far circolare sul mercato alla stessa stregua di un bene materiale. Detto diversamente, l'artista della smaterializzazione è maggiormente interessato all'idea dell'evento artistico più che all'evento in sé (come invece il *performer*), il quale peraltro potrebbe anche non realizzarsi mai.

¹⁹⁴ Cfr. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., p. 142.

¹⁹⁵ L'atto della cessione dell'opera d'arte dall'artista al collezionista si consuma dunque al primo trasferimento, quello appunto dell'originaria partecipazione dell'acquirente alla realizzazione dell'idea creativa, scomparendo poi (se non adeguatamente documentata) ogni possibile segno della sua esistenza e del suo significato.

¹⁹⁶ Nonostante infatti la norma dell'art. 1346 c.c., relativamente ai requisiti dell'oggetto contrattuale, si limiti a prescrivere che esso debba essere possibile, lecito, determinato o

identificandolo come meritevole di tutela, tende alternativamente a riportarlo sul terreno dell'oggettualità (quando è surrogato dal certificato) ovvero a considerarlo quale attività dell'ingegno sussumibile nella prestazione intellettuale (nel caso in cui non residui alcuna componente materiale), alla stessa stregua del servizio offerto da un qualunque altro professionista¹⁹⁷.

3.2. *I problemi connessi all'attribuzione dell'opera d'arte ad un autore determinato: autentiche, expertise e certificazioni*

Il tentativo operato da molteplici forme espressive dell'arte contemporanea di restituire corporeità ad opere dematerializzate attraverso un articolato sistema di certificati e documentazione che accompagnano il lavoro artistico si spiega anche in ragione della necessità, tanto degli artisti quanto dei diversi attori che operano professionalmente nel mercato dell'arte, di garantire l'originalità della creazione e la chiara paternità ad un dato autore. Quello dell'autenticità di un'opera d'arte è tema caro

determinabile, ma non anche materiale, tuttavia l'intera costruzione del sistema di circolazione di un bene artistico sul mercato sottende ad una connotazione oggettuale di esso. Certamente i beni immateriali non sono sconosciuti all'ordinamento (si pensi ad esempio agli strumenti finanziari, ai brevetti, ...), ma nel caso di specie si tratta di entità che *ab origine* nascono e sono concepite dalla normativa quali beni privi di materialità; nel caso invece delle opere d'arte si tratta di beni che vengono considerate quali oggetti artistici dalla lettera della legge e, solo in un secondo momento e in virtù dell'evoluzione dei mezzi espressivi contemporanei, divengono dematerializzate o effimere, cogliendo dunque impreparate la categorie tradizionali del diritto. Per una attenta disamina delle diverse teorie elaborate dalla dottrina relativamente alla possibile definizione dell'oggetto contrattuale in relazione alle opere d'arte immateriali si rimanda a DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, op. cit., pp. 169 ss., in cui l'autrice analizza in che modo i differenti requisiti dell'oggetto contrattuale *ex art. 1346 c.c.* possano atteggiarsi nel caso in cui un'opera effimera sia posta a contenuto di una data fattispecie contrattuale.

¹⁹⁷ Relativamente agli ordinamenti di *common law*, va detto che la necessità della *fixation* dell'idea creativa su un supporto materiale ai fini della tutela giuridica, rende particolarmente difficoltoso approntare un adeguato sistema di protezione da parte dell'ordinamento nei confronti delle opere totalmente dematerializzate e prive di documentazione di accompagnamento, mentre consente, sia pure con non trascurabili limitazioni, il riconoscimento dei lavori artistici che vengono surrogati nel certificato.

all'ordinamento¹⁹⁸, poiché consente di attribuire maggiore certezza ai traffici giuridici, così come al mercato, assunto che dall'attribuzione di un'opera ad un certo artista dipende in grande misura il valore economico della medesima¹⁹⁹. Ed è allo stesso tempo un tema estremamente delicato e complesso allorquando ci si imbatte in lavori che, per espresso volere dell'artista, perdono ogni connotazione oggettuale e rischiano dunque, ancora più facilmente, di essere falsificati o alterati, talora con il conseguente disconoscimento di paternità da parte del presunto autore. Peraltro, da un punto di vista strettamente civilistico e autoriale, l'attestazione dell'autenticità di un'opera d'arte muta a seconda che l'acquisto venga fatto dal collezionista direttamente dalle mani dell'artista vivente ovvero da quei soggetti legittimati a confermarne *post mortem* l'originalità, o ancora attraverso intermediari qualificati del mercato quali case d'asta, gallerie o, da ultimo, se l'opera sia rivenduta da un diverso soggetto che ne garantisce a

¹⁹⁸ L'istituto della certificazione di autenticità, tuttavia, non trova un'organica disciplina all'interno della normativa italiana e, soprattutto, si assiste spesso ad una sostanziale divergenza tra la lettera della legge e la prassi del mercato. L'esempio più noto in materia è quello menzionato all'art. 64 del Codice dei Beni Culturali (Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42), secondo cui *"chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti d'antichità o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione che ne attesti l'autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime; ovvero, in mancanza, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza"*, nonostante nella prassi non siano infrequenti i casi in cui tale certificazione non viene rilasciata o si riduca a meri contratti informali tra le parti, tanto più che l'inadempimento di tale obbligo non appare neppure sanzionato dalla legge.

¹⁹⁹ Come rileva Donati, la giurisprudenza ha perlopiù trattato il tema dell'autenticità di un'opera d'arte sul modello dell'olografia del testamento o della sottoscrizione. Dal momento però che l'accertamento dell'accadimento di un fatto (nella fattispecie la creazione dell'opera) risulta piuttosto complesso, l'autorità giudiziaria di prassi adotta la soluzione di rimettersi al parere di un esperto, perlopiù storico o critico d'arte, con non poche problematiche sul piano dell'affidabilità scientifica della consulenza da questi prestata e della verifica dell'idoneità dei titoli del "soggetto certificatore" (cfr. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4/2015, p. 988).

titolo personale l'autenticità, in assenza di una certificazione originaria²⁰⁰. Per quanto concerne la normativa civilistica, infatti, la condotta tenuta dalle parti in relazione alla mendace o erronea attribuzione di paternità dell'opera rileverà in termini di addebito di responsabilità con conseguente obbligazione di risarcimento del danno per il pregiudizio, sovente non puramente economico, arrecato a chi ha incolpevolmente fatto affidamento sull'autenticità della creazione artistica. Da un punto di vista autoriale, invece, essa rileva sia quale attestazione di garanzia della chiara riferibilità di un'opera ad un determinato artista (con relativo esercizio dei diritti morali e di utilizzazione economica che da tale legame derivino), sia quale criterio di condotta per eventuali successivi interventi volti alla conservazione e al restauro dell'opera medesima²⁰¹. Non stupisce dunque che il dibattito dottrinale in merito alla necessità di rivedere, ammodernandoli e armonizzandoli, gli istituti tradizionali del diritto in tema di procedure di autenticazione e soggetti legittimati alla certificazione stia significativamente affermandosi proprio in relazione alle nuove modalità espressive dell'arte contemporanea effimera e immateriale le quali, in misura maggiore rispetto ai manufatti artistici concreti, richiedono attenzione e certezza nella verifica dei requisiti di originalità²⁰².

²⁰⁰ Sul piano della responsabilità, va inoltre distinto il caso in cui l'autenticità costituisca una qualità espressamente promessa all'atto di compravendita, dal caso in cui residui qualche grado di incertezza relativamente ad essa (e ciò sia puntualmente dedotto in contratto). Anche se, pur nel caso in cui un'opera sia originariamente dichiarata autentica e come tale alienata, non si esclude l'ipotesi di un successivo disconoscimento di paternità da parte dell'artista o di esperti del settore. È ben noto al riguardo il caso De Chirico, in cui il pittore disconobbe opere pure da lui stesso firmate e in un primo momento dichiarate autentiche (si veda in proposito Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, secondo cui *"è responsabile per fatto illecito il pittore che, dopo aver apposto la propria firma autenticata da un notaio sul retro di un quadro senza averne diligentemente controllato la paternità, lo disconosca cagionando un danno patrimoniale al terzo acquirente il quale abbia fatto affidamento sull'autenticità dell'opera"*).

²⁰¹ Così DONATI, *Anche il contratto per conservare l'autenticità*, in VILLAFRANCA SOISSONS (a cura di), *In Opera. Conservare e restaurare l'arte contemporanea*, Venezia, 2015, pp. 209 ss.

²⁰² Sul punto si vedano, per quanto riguarda il dibattito dottrinale in Franca, ICKOWITCZ, *Le droit après la dématérialisation de l'oeuvre d'art*, Les Presses du Réel, 2013;

E tuttavia parlare di documenti che attestino la paternità inequivocabile di un'opera d'arte ad un dato autore significa in verità riferirsi ad un ventaglio piuttosto eterogeneo di certificazioni che, con modalità e caratteristiche differenti, si pongono l'obiettivo di comprovare l'originalità di una creazione artistica. Anzitutto occorre distinguere tra autentica ed *expertise*, per poi ulteriormente differenziare a seconda del soggetto che rilascia tale documentazione. Relativamente alla dichiarazione di autenticità (o autentica, per brevità), si tratta perlopiù di un certificato che attesta la riferibilità della creazione al soggetto che l'ha effettivamente eseguita e che, per le norme del diritto d'autore, ne detiene i diritti morali e patrimoniali. Non essendo tuttavia previsto dalla legge un modello unico di dichiarazione, è possibile che il soggetto che rilascia l'autentica possa differenzialmente modularne i caratteri formali e il contenuto sostanziale²⁰³, anche se questo

per la situazione belga, CABAY, *Ce sont les regardeurs qui font les tableaux. La forme d'une oeuvre d'art conceptuel en droit d'auteur*, in PUTTERMANS-DEMARSIN, *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Ed. Larcier, 2013; per una ricognizione del tema nei paesi di *common law* si veda CARPENTER-HETCHER, *Function over form: bringing the fixation requirement into the modern era*, in *Fordham Law Review*, 2014, pp. 221 ss.; per una comparazione tra sistema francese e statunitense in ordine all'autenticità dell'opera d'arte contemporanea, anche dematerializzata, si rimanda a RENOLD-GABUS-WERRA, *L'expertise et l'authentification des oeuvres d'art*, Schulthess, Ginevra, 2007; da ultimo, per un recente studio relativo all'ordinamento giuridico svizzero, si veda NEUHAUS, *Art authentication: protection of art experts from swiss perspective*, in *Art anitquity and Law*, ed. IAL, vol. XIX, aprile 2014, pp. 59 ss..

²⁰³ In questo senso un precedente riferimento normativo, ora abrogato, poteva essere rinvenuto nell'art. 2 della legge n. 1062/1971 (recante "Norme penali sulla contraffazione ed alterazione di opere d'arte"), il quale prevedeva l'obbligo, da parte dell'operatore professionista che vende un lavoro artistico, di rilasciare all'acquirente un attestato che garantisca l'autenticità dello stesso e che tale attestato consista in una copia fotografica dell'opera con l'indicazione al retro della dichiarazione di originalità, nonché l'indicazione della legittima provenienza, entrambe sottoscritte dal venditore. Tale norma è stata ora sostituita dall'art. 64 del Codice dei Beni Culturali, il quale prevede, nella formulazione da ultimo modificata con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62, che "chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti d'antichità o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione che ne attesti l'autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime; ovvero, in mancanza, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la

risulta essere un tipico caso in cui la prassi commerciale ne ha in certo modo uniformato la foggia, non senza vistose eccezioni o disparità da soggetto a soggetto del mercato. Va da sé che l'attestazione di autenticità può, ed anzi deve, valere anche per le opere dematerializzate: proprio per queste, in particolare, essa diventa elemento dirimente, se non l'unico, per verificarne non solo l'originalità ma anche, come si è visto, l'esistenza stessa. Nel momento in cui infatti manchi una qualunque connotazione oggettuale, una firma dell'autore apposta sull'opera o la possibilità stessa di decifrare la mano dell'artista dalle caratteristiche fisiche di essa, è proprio l'autentica a costituire l'unico strumento in grado di confermare il legame di quel lavoro con il suo autore. Ciò naturalmente pone un delicato problema in ordine alla legittimazione dei soggetti certificatori dell'autenticità di un'opera d'arte, dato l'elevato grado di responsabilità cui sono chiamati. Com'è noto la normativa autoriale non prescrive un diritto esclusivo al rilascio di autentiche nei confronti di alcuni soggetti soltanto, né tanto meno prevede una rigida gerarchia tra i legittimati. È dunque, ancora una volta, il mercato che ha imposto le sue regole, affermando la prassi del rilascio di autentiche in capo ovviamente all'artista (se ancora in vita) e ad esperti accreditati, nonché ai soggetti previsti dall'art. 64 del Codice dei Beni Culturali²⁰⁴. Alla morte dell'autore, per espressa previsione della normativa autoriale, si aggiungono poi ulteriori soggetti, ad esso legati a vario titolo per vincolo parentale²⁰⁵.

probabile attribuzione e la provenienza. Tale dichiarazione, ove possibile in relazione alla natura dell'opera o dell'oggetto, è apposta su copia fotografica degli stessi".

²⁰⁴ Vedi *supra*, sub nota 19.

²⁰⁵ In particolare l'art. 23 l.d.a. prevede che "dopo la morte dell'autore il diritto previsto nell'art. 20 può essere fatto valere, senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e da discendenti diretti; mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti". Tali soggetti tuttavia, ritiene l'orientamento prevalente in dottrina, non sono successori mortis causa dell'autore in ordine al diritto di paternità, bensì risultano titolari di un diritto proprio che ha per oggetto il rispetto della memoria e della personalità dell'artista, e che tutela un loro interesse personalissimo, distinto ed indipendente rispetto a quello del quale era titolare l'autore in vita (così AUTERI, *Diritto d'autore*, in AA. VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 574; ma anche, più risalente, GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Giappichelli, Torino, 1974, p. 345).

L'elenco tuttavia non è da considerarsi tassativo e pertanto consente un allargamento potenzialmente anche molto ampio della platea dei soggetti certificatori²⁰⁶.

Diversamente dall'autentica, l'*expertise* consiste nella redazione di un parere articolato a cura di un esperto accreditato nel mondo dell'arte, nel quale non solo si afferma (o si disconosce) l'originalità dell'opera, ma se ne ricostruisce, sulla base delle informazioni disponibili, la storia artistica e realizzativa, le vicende espositive, le eventuali pubblicazioni, i possibili restauri o interventi subiti per la conservazione, nonché tutte quelle informazioni che possano a vario titolo contribuire a fornire un apparato critico-scientifico del lavoro esaminato²⁰⁷. Pur se differente nel contenuto ed, eventualmente, per ciò che riguarda il soggetto che la rilascia, l'*expertise* mostra tuttavia le stesse fragilità strutturali dell'autentica quanto alla legittimazione del certificatore, soprattutto perché non esiste alcun albo o elenco professionale di esperti d'arte che possa *ab origine* garantirne l'autorevolezza dei pareri²⁰⁸.

²⁰⁶ Lo ha ricordato, tra le altre, una sentenza del Tribunale di Roma, in base alla quale "la formulazione dei giudizi sull'autenticità e sul conseguente valore di un'opera d'arte di un artista defunto costituisce espressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero e, pertanto, può essere effettuata da qualunque soggetto esperto, fermo restando il diritto degli eredi di rivendicare la paternità dell'opera d'arte, ove erroneamente attribuita ad altri o, viceversa, di disconoscere la provenienza" (così Trib. Roma, 16 febbraio 2010, n. 3425, in *D. fam.*, 2011, p. 1734).

²⁰⁷ La richiamata sentenza del 2010 del Tribunale di Roma precisa al riguardo che "l'*expertise* è un documento contenente il parere di un esperto, considerato competente ed autorevole, in merito all'autenticità ed all'attribuzione di un'opera d'arte. [...] tale documento può essere rilasciato da chiunque sia competente autorevole, non trattandosi di un diritto riservato in esclusiva agli eredi dell'artista, i quali non possono, quindi, attribuire o negare a terzi la facoltà di rilasciare "expertises" in merito all'autenticità dell'opera del loro congiunto" (così Trib. Roma, 16 febbraio 2010, n. 3425, cit.).

²⁰⁸ Per altro verso appare oggi sempre più delicata e soggetta a controversie l'attività di critici e storici d'arte che prestano attività di consulenza artistica e rilascio di *expertise*. Emblematica del clima di ostilità nei confronti di tali esperti nel mercato dell'arte è l'iniziativa proposta dal Presidente della Dedalus Foundation, il quale negli Stati Uniti ha promosso una serie di attività volte alla sensibilizzazione degli operatori del settore al riconoscimento di una sorta di immunità professionale in capo agli esperti d'arte per la sempre più nutrita schiera di azioni legali intentate nei loro confronti (cfr. FLAM, *Break the silence over fakes*, in *The Art Newspaper*, aprile 2012). Sull'analoga proposta di riforma nello stato di New York del Arts and Cultural Affairs Law, si veda DONATI, *Autenticità, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, op. cit., p. 998, in

È di tutta evidenza che l'opzione di un riconoscimento diretto dell'autenticità di un'opera d'arte da parte del suo autore appaia la soluzione più sicura quanto ad attendibilità della dichiarazione. Non foss'altro per il fatto che essa rappresenta come propria l'assunzione, la ricostruzione e la prova del fatto costitutivo dell'opera medesima, ossia la sua creazione, da parte del soggetto che l'ha effettivamente realizzata e che, più di ogni altro, può riconoscerne la paternità. Avrebbe dunque maggiore senso e giustificazione che all'autentica rilasciata direttamente dall'artista venisse riconosciuto dall'ordinamento e dalla giurisprudenza un peso maggiore rispetto a qualunque altra forma di certificazione o *expertise* redatta da soggetti diversi, tanto più allorquando si tratta di opere effimere e dematerializzate, per le quali l'artista solo è in grado di conoscerne esattamente i caratteri, le modalità esecutive e la storia creativa²⁰⁹. Cosa che, ad oggi, ancora non avviene, a favore invece di un sistema che parifica, anche a livello probatorio, la rilevanza di tali documenti indipendentemente dal soggetto che li ha rilasciati²¹⁰.

cui si sottolinea come, relativamente all'attività di certificazione dell'autenticità di un'opera d'arte, oltre all'applicazione dei principi generali che governano la responsabilità per danno contrattuale ed extracontrattuale e che tutelano la libertà di pensiero, nonché gli atti emulativi, si stia sempre più delineando la necessità di adottare in materia una disciplina specifica e di tutela della categoria.

²⁰⁹ Quando invece l'opera consista in un elaborato grafico (come peraltro avviene non infrequentemente nell'arte concettuale), taluni ritengono integrata la fattispecie della scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c., con prova piena, dunque, della provenienza dell'opera da parte dell'artista, fatte salve naturalmente le eventuali procedure di disconoscimento previste dall'ordinamento (in questo senso si è espressa, tra le altre, App. Milano, 11 dicembre 2002, in *IDA*, 2004, p. 224).

²¹⁰ La valenza probatoria del certificato di autenticità rilasciato dall'artista, infatti, non è mai definitiva e non prevale su altre documentazioni di soggetti terzi. Prova ulteriore di ciò è il fatto che l'artista, in caso di controversia in merito all'autenticità di una sua presunta opera, viene ascoltato dal giudice solo in qualità di testimone, al pari di altri esperti, consulenti o esperti d'arte. Afferma al riguardo l'art. 9 della citata legge 1062/1971 (unica disposizione, oltre all'art. 8.2, a non essere stato abrogato) che "*nei procedimenti penali per i reati di cui ai precedenti articoli, fino a quando non sia istituito l'albo dei consulenti tecnici in materia di opere d'arte, il giudice deve avvalersi di periti indicati dal Ministro per la pubblica istruzione [...]. Nei casi di opere d'arte moderna e contemporanea il giudice è tenuto altresì ad assumere come testimone l'autore a cui l'opera d'arte sia attribuita o di cui l'opera stessa rechi la firma*".

Tra gli operatori del mercato dell'arte che, nella prassi commerciale, si attivano per il rilascio di autentiche e pareri sull'originalità delle opere figurano, negli ultimi anni con sempre maggior intensità, gli archivi e le associazioni a tutela del patrimonio artistico e della memoria degli artisti²¹¹. Si tratta perlopiù di enti che si costituiscono dopo la morte dell'artista e che agiscono quali mandatari ex art. 1703 c.c. degli eredi, generalmente affidati ad un comitato costituito da alcuni eredi e da esperti della vita artistica dell'autore, i quali, oltre ad attività di promozione e valorizzazione dell'operato di questi, sovente si dedicano ad attività di autenticazione dei suoi lavori²¹². Tale attività può avvenire sia in forma diretta, tramite il rilascio materiale di certificati di autenticità o *expertise* a collezionisti, acquirenti o altri operatori del settore che ne facciano richiesta, ovvero indirettamente, attraverso l'identificazione di una certa opera nell'archivio di quelle possedute o ancora mediante l'inserimento della stessa nel catalogo ragionato dell'artista²¹³. Molto spesso è una vera e propria attività commerciale, prestata

²¹¹ Sul tema del ruolo e della responsabilità di archivi e fondazioni in tema di certificazione di autenticità di un'opera d'arte, si vedano in particolare gli Atti del convegno "L'Archivio d'artista - Tra dimensione privata e interesse pubblico", tenutosi a Milano nel 2013. Interessante pare in particolare il progetto, avviato in occasione di un convegno del maggio 2014 su impulso di un comitato promosso dall'Associazione per Filippo De Pisis, di costituzione di una Associazione Italiana degli Archivi d'Artista, che riunisca i più qualificati ed autorevoli archivi d'artista e fondazioni che operano per la tutela e promozione della produzione degli artisti, certificandone la qualità e serietà dell'operato. L'Associazione è stata costituita nel dicembre 2014.

²¹² Anche relativamente allo status e ai compiti di archivi e associazioni per la tutela degli artisti, non si registra uniformità di regolamentazione a livello europeo: mentre in Italia, infatti, il diritto morale di paternità è inalienabile, indisponibile, irrinunciabile e imprescrittibile (trattandosi di un diritto personale dell'artista), in Paesi come la Francia è riconosciuta la facoltà all'artista di disporre *mortis causa* di tale diritto, nonché di nominare un soggetto terzo (dunque anche un archivio o fondazione) alla gestione di esso (sul punto si richiama LEQUETTE-DE KERVENOAEEL, *L'authenticité des oeuvres d'art*, in *Bibliothèque de droit privé*, 2006, p. 203; CARON, *L'exercice du droit moral à des fins d'authentification ne confère pas l'impunité!*, nota a Cass. civ. 10 novembre 2005, in *Communication, Commerce électronique*, 2, 2006, Chr. n. 20, pp. 27 ss..

²¹³ Sovente il catalogo ragionato dell'artista rappresenta una pubblicazione con valore probatorio dirimente nelle controversie relative all'attribuzione o meno di un'opera ad un dato artista. Si veda sul punto MASTROLILLI, *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 2013, p. 203, il quale richiama un illuminante passo di POLI (*Originalità e autenticità delle opere d'arte*

dietro corresponsione di una controprestazione in danaro da parte del richiedente l'autentica, il che fa sorgere talvolta il legittimo sospetto di una forma di conflitto d'interessi tra l'esigenza di totale imparzialità in merito al giudizio di autenticità dell'opera e le non secondarie necessità di sostentamento economico dell'ente medesimo, a scapito forse di una limpidezza del mercato²¹⁴.

Diverso infine è il caso in cui il certificato di autenticità o l'*expertise* siano rilasciati da altri operatori del mercato dell'arte, in particolare galleristi, critici e storici dell'arte, esperti indipendenti e, sia pure con minor frequenza, case d'asta e musei. Limitatamente all'ipotesi di soggetti che operino commercialmente, il riferimento normativo è il citato art. 64 del Codice dei Beni Culturali, il quale prevede l'obbligo di rilascio della documentazione attestante l'autenticità del bene artistico all'atto di vendita dello stesso²¹⁵.

contemporanea, negli Atti del convegno (a cura di VITTONI) *Copyright or right to copy?*, Torino, 2011) nel quale l'Autore afferma che "per garantire la credibilità del corpus di opere degli artisti morti, e difendere il mercato dai falsi [...] la soluzione [sia] quella di pubblicare un catalogo generale ragionato dove la selezione è fatta da un comitato di esperti di fama il più autorevole possibile, la cui credibilità non possa essere messa in discussione". In relazione all'evoluzione giurisprudenziale in tema di pubblicazione di un'opera d'arte sul catalogo ragionato dell'artista di riferimento quale strumento indiretto di certificazione della sua autenticità, si veda l'analisi svolta da DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, op. cit., pp. 1017 ss., in cui si propone anche un confronto, in chiave comparatistica, dell'orientamento maggioritario italiano con quelli francese e nordamericano.

²¹⁴ Il tutto avvalorato da una sorta di aura di sacralità che circonda tali enti, data probabilmente da un vero e proprio potere "di vita o di morte" nei confronti delle opere, dal momento che, decretandone la possibilità di continuare a circolare o meno sul mercato a seguito dell'autenticazione o del disconoscimento di originalità, ne influenzano in modo determinante il maggiore o minore (per non dire nullo in caso di disconoscimento) valore economico. Non infrequente è infatti la prassi di imporre la distruzione o il ritiro dal mercato dell'opera d'arte dichiarata non autentica, con conseguente pregiudizio nei confronti del collezionista proprietario.

²¹⁵ Si tratta, nella fattispecie, di un dovere di matrice pubblicistica, che tuttavia produce effetti anche di tutela di interessi privatistici: un'obbligazione *ex lege* che grava sul soggetto venditore o, comunque, sull'operatore che agisce professionalmente sul mercato. Come sottolinea, tra gli altri, Mastrolilli, non si rinvengono problemi interpretativi ad estendere il dato letterale dell'art. 64, e dunque l'obbligo di fornire attestati di autenticità, anche alla circolazione delle nuove forme artistiche contemporanee (così MASTROLILLI, *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, op. cit., p. 208).

La genericità della previsione normativa lascia tuttavia irrisolti alcuni interrogativi: in primo luogo la lettera della legge non specifica la natura di tale documentazione, anche se una prassi ormai consolidata si attesta su certificati fotografici riportanti una specifica tecnica delle caratteristiche fisiche dell'opera (titolo, datazione, misure, storia realizzativa ove nota, numero di archiviazione e ogni altra informazione che possa servire a identificarla in maniera univoca). Nel caso si tratti di opere smaterializzate, diviene ancora più stringente la necessità che il certificato incorpori non solo ogni più utile dettaglio rappresentativo della creazione, ma anche le disposizioni, se conosciute, che l'artista ha previsto per la sua realizzazione (in caso di opere da riattivare o in divenire) o conservazione (nel caso di opere effimere o comunque destinate a deperire).

In secondo luogo la legge nulla dice in merito alle eventuali sanzioni irrogate in caso di inadempimento dell'obbligo di certificazione dell'autenticità dell'opera²¹⁶: la dottrina maggioritaria in tal senso ha escluso che alla violazione di tale dovere possa conseguire la nullità del contratto di compravendita, prevalentemente per ragioni di opportunità nell'interesse delle parti²¹⁷, anche se non mancano posizioni favorevoli alla nullità assoluta, peraltro penalmente perseguita²¹⁸.

In relazione a quanto sin qui detto con riguardo alle procedure di autenticazione delle opere, un'attenzione particolare andrebbe rivolta da parte dell'ordinamento proprio nei confronti di quei lavori immateriali che

²¹⁶ Al riguardo, un non minoritario orientamento della Cassazione ha tuttavia considerato quale inadempimento di non scarsa importanza (e dunque rilevante ai sensi dell'art. 1455 c.c., che consente la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive) il mancato rilascio all'acquirente da parte del venditore professionista di una copia fotografica dell'opera acquistata, con retrostante dichiarazione firmata di autenticità e di lecita provenienza della medesima (cfr. Cass. civ., 15 febbraio 1985, n. 1300).

²¹⁷ Per un'analisi approfondita delle ragioni che portano da escludere la nullità del negozio giuridico si veda DE CRISTOFARO, *La vendita di beni mobili qualificabili come opere d'arte: ricostruzione del regime normativo applicabile alla fattispecie*, in AA.VV., *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, UTET, 2010, pp. 573 ss..

²¹⁸ Si veda su tutti CALABI, *La circolazione delle opere d'arte e dei beni culturali nell'ordinamento italiano*, in SCARIONI - ANGELICCI, *La tassazione delle opere d'arte*, Milano, 2014, pp. 27 ss..

non presentino alcun supporto oggettuale: per quelli che invece risultano incorporati nel certificato, è evidente che proprio questo rappresenti ad un tempo l'opera nella sua essenza e l'attestazione della sua autenticità. Per i primi invece occorrerebbe una duplice previsione normativa: da un lato una regolamentazione chiara ed uniformata (che si potrebbe in verità estendere *tout court* a tutte le opere, anche materiali) della procedura di autenticazione, che specifichi in particolare una gerarchia dei soggetti legittimati, la forma e il contenuto del certificato (con una peculiare cura alle disposizioni dell'artista circa l'eventuale riattivazione, conservazione o successiva riproduzione dell'opera); dall'altro lato l'istituzione presso enti autorizzati dall'artista (archivi, fondazioni, musei) di appositi registri per la custodia di copia dei certificati e, soprattutto, per tracciare gli eventuali successivi trasferimenti di proprietà delle opere.

3.3. *Il falso in arte: tipologie e problematiche giuridiche*

Il tema della certificazione dell'autenticità di un'opera d'arte e, dunque, della sua attribuzione di paternità ad un autore determinato, conduce ad esaminare un problema che di esso rappresenta in certo modo l'evoluzione patologica, ossia quello del falso artistico. Nelle creazioni contemporanee dematerializzate, come si è visto, il contenuto del lavoro artistico consiste in un'operazione meramente intellettuale da parte dell'autore e, dunque, il momento della certificazione dell'autenticità ed originalità di esse non consiste più, come avveniva in passato per le espressioni tradizionali dell'arte, con la realizzazione concreta di esso, bensì col progetto o certificato che lo accompagna e ne riporta la firma dell'artista²¹⁹. L'autenticità della creazione immateriale, in altri termini, viene

²¹⁹ Così MASTROLILLI, *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, op. cit., p. 209.

garantita da una convenzione linguistica contenuta in un contratto o certificato e, dunque, fonda la propria validità su elementi estranei alla forma espressiva dell'opera: da un lato la dichiarazione dell'artista stesso e, dall'altro, il riconoscimento di valore a tali lavori da parte del mondo dell'arte²²⁰.

Tale documentazione, costituendo allo stesso tempo la garanzia (spesso l'unica) dell'esistenza dell'opera e la traccia lasciata dall'artista per la sua realizzazione, riattivazione od eventuale successiva riproduzione, permette al collezionista che l'acquista di dichiararsene unico proprietario e, conseguentemente, il solo soggetto autorizzato a darne esecuzione, esposizione o comunque a poterne legittimamente disporre.

Il carattere immateriale di talune espressioni artistiche contemporanee rende inoltre particolarmente complicato enumerare e monitorare la quantità di esemplari potenzialmente esistenti o realizzabili delle stesse: la possibilità dunque che sul mercato circolino copie non autorizzate, se non addirittura veri e propri falsi d'autore, dell'opera protetta è una delle maggiori preoccupazioni che investe gli artisti contemporanei.

Ecco perché, proprio attraverso lo strumento dell'autonomia contrattuale, le parti (tipicamente l'artista da un lato e il collezionista, la galleria d'arte o gli altri possibili attori del mercato dall'altra) convengono pattiziamente, spesso attraverso complesse formulazioni negoziali, i termini della circolazione di simili lavori e, soprattutto, le modalità di certificazione della loro autenticità ed unicità o serialità, assegnando un limite espresso agli esemplari eseguibili autorizzati dall'artista.

Se tuttavia, da un punto di vista definitorio, per "non autenticità" di un'opera d'arte si intende genericamente la mancata corrispondenza, sotto il profilo dell'attribuzione di paternità, tra la creazione artistica oggetto della transazione negoziale e quella effettivamente alienata tra le parti, nella prassi la nozione di "falso artistico" può declinarsi in verità in differenti fattispecie.

²²⁰ Cfr. *ibidem*, p. 236.

Può infatti porsi il caso in cui la paternità sia assegnata ad autore differente da quello che risulta dall'opera o dal contratto, oppure l'ipotesi per cui un'attribuzione inizialmente data per certa venga successivamente disconosciuta o risulti comunque dubbia o ancora che l'opera, in origine riconosciuta autentica dallo stesso autore o da un esperto accreditato, subisca in un secondo momento alterazioni o manomissioni tali da renderla non più identificabile come originale²²¹.

Il falso artistico va peraltro distinto dal plagio artistico ed, anzi, in certa misura ne rappresenta concettualmente l'opposto²²². Il secondo, infatti, si verifica nel caso in cui un soggetto plagiario si appropri della paternità intellettuale di un'opera dell'ingegno altrui, presentandola come il prodotto della propria attività creativa²²³. Nel falso d'arte, invece, l'autore non intende appropriarsi della paternità morale dell'opera altrui: si è qui in presenza di un lavoro artistico in sé nuovo e, non di rado, dotato anche di una non trascurabile componente creativa, ma che risulta falso nella misura in cui il suo autore ne ha assegnato la paternità ad altro soggetto, senza il consenso di questi ed anzi sovente a sua totale insaputa. Più che un furto di paternità, si verifica in questo caso una sua attribuzione ad autore differente da quello che ha effettivamente eseguito l'opera.

In relazione all'applicabilità degli istituti del diritto autoriale al tema dei falsi, specialmente per ciò che concerne le opere d'arte dematerializzate, va preliminarmente sottolineato che la normativa persegue in modo particolare la valorizzazione della provenienza, e dunque della riferibilità, dell'opera al suo legittimo autore. E ciò non tanto, o non soltanto, nella logica di favorire a livello macroscopico una maggior trasparenza del mercato (come

²²¹ Cfr. sul punto TACENTE, *Compravendita di opera d'arte non autentica*, in *Ricerche giuridiche II*, vol. 1, parte II, pp. 165 ss.

²²² Sulla distinzione tra falso e plagio artistico si veda, tra gli altri, FABIANI, *Il falso letterario, artistico o musicale*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè. 2013, pp. 240 ss..

²²³ Come nota Fabiani, si parla talora anche di plagio camuffato, nel caso in cui l'autore secondario tenti di nascondere nella nuova opera alcuni elementi creativi di quella protetta, i quali concorrono parzialmente o totalmente a formare quella plagiaria (cfr. FABIANI, *Il falso letterario, artistico o musicale*, op. cit., p. 240).

invece sembra orientato a fare il Codice dei Beni Culturali), quanto piuttosto, e più singolarmente, per assicurare che l'opera rispecchi il più possibile la personalità individuale dell'autore e, per converso, che questi si riconosca nella sua creazione²²⁴. Naturalmente il riconoscimento, così come il disconoscimento, di paternità nel caso di un lavoro artistico dotato di materialità appare lungamente più agevole rispetto all'ipotesi in cui tale operazione sia da condurre nei riguardi di un'opera effimera. Il criterio che astrattamente presenta il maggior grado di affidabilità in tal senso rimane l'identificazione, nell'opera sottoposta a valutazione, di quei caratteri, segni espressivi e modalità tecniche proprie dell'artista che, sia pure non univocamente, possono ricondurne l'opera nell'alveo della produzione artistica. Nel caso però tali indicatori non siano rinvenibili a causa dell'immaterialità della creazione o della sua riferibilità ad una pluralità di soggetti (di cui solo uno, l'artista, risulta l'ideatore dell'opera intellettuale, mentre i restanti ne costituiscono esclusivamente gli esecutori materiali), un modo attendibile che può essere utilizzato per rinvenirne la paternità può essere quello di individuare quale sia il soggetto che, in ultima analisi, abbia semanticamente contribuito in modo determinante nella realizzazione del processo creativo, a prescindere dal debito tecnico-operativo da tributare agli eventuali esecutori dell'opera²²⁵. Anche se sovente non appare così immediato distinguere quali apporti siano stati creativamente decisivi e centrali e, di conseguenza, quale soggetto o quali soggetti siano i veri autori, con il rischio dunque di una erronea attribuzione dell'opera e della commissione perciò di un falso parziale o totale.

Altro istituto che particolarmente rileva con riguardo al tema dei falsi artistici è quello, centrale nel novero dei diritti d'autore a contenuto

²²⁴ In questi termini MASTROLILLI, *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, op. cit., p. 216, richiamando un'impostazione sistematica già emersa in FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2012.

²²⁵ In questo senso si esprime BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 77 ss..

patrimoniale, di riproduzione, così come disciplinato dall'art. 13 l.d.a.²²⁶. In base ad esso è riconosciuto al legittimo autore un vero e proprio potere di disposizione e di controllo in ordine al numero, alle modalità e ai tempi di produzione degli esemplari della sua opera. Per un verso la lettera della legge enumera un elenco di possibili tecniche riproduttive, certamente legate ad una concezione tradizionale di arte; per un altro aspetto tuttavia prevede, come già in altri punti della normativa, una formula di chiusura ampia che si riferisce genericamente ad "ogni altro procedimento di riproduzione", con ciò disponendosi astrattamente a ricomprendere anche le più recenti evoluzioni tecnico-espressive della contemporaneità²²⁷. Il diritto di riproduzione tange in tanto la questione del falso artistico in quanto si tratti della messa in commercio di una copia identica all'originale e come tale venduta; non invece per ciò che concerne quelle opere che solo in parte somiglino all'originale, per le quali si potrà semmai discutere se si tratti di un'elaborazione non autorizzata²²⁸. Va dunque considerata quale condotta lesiva del diritto di riproduzione e, parimenti, è da intendersi quindi quale falso, quell'opera che riproduca interamente il lavoro originario dell'artista, protetto dalla normativa autoriale, o comunque quella che, pur presentando minime differenze stilistiche di dettaglio, tuttavia non si discosti esteticamente e semanticamente dalla prima, costituendo tali differenze più un mascheramento della contraffazione che l'espressione della creatività del falsario.

²²⁶ Stabilisce l'art. 13 l.d.a. che "il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione".

²²⁷ La nozione stessa di riproduzione, come fa notare Mastrolilli (in *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, op. cit., p. 226), è stata storicamente concepita nei termini di una realizzazione materiale di copie dell'opera originale ma, a seguito dell'evoluzione ad un tempo tecnologica ed espressiva delle forme d'arte contemporanea, si è oggi estesa fino a ricomprendere modalità nuove e, in senso ampio, ogni forma di possibile moltiplicazione in copie.

²²⁸ Relativamente al tema delle elaborazioni artistiche, creative e non, si rimanda a *supra*, cap. 1, par. 1.2..

Ancora una volta, in relazione alle opere d'arte effimere, assume efficacia determinante nell'individuazione della corretta attribuzione di paternità, ove naturalmente ciò non sia già *ab origine* dichiarato dall'artista o incorporato in un apposito certificato che accompagna l'opera, un'indagine approfondita circa la volontà creativa dell'artista medesimo, attraverso anche la comparazione con lavori simili e la raccolta di testimonianze dirette sul suo lavoro, da condurre tanto in sede di accertamento peritale che in caso di richiesta di autenticazione successiva alla prima alienazione.

Oltre all'applicabilità degli istituti del diritto d'autore sin qui menzionati al tema dell'autenticità dell'opera d'arte contemporanea, segnatamente quella dematerializzata, e indipendentemente da quale sia la tipologia realizzativa del falso artistico, appaiono comuni le problematiche giuridiche che, da un punto di vista civilistico, si pongono nel caso di una sua circolazione al posto dell'opera originale, soprattutto per ciò che riguarda le parti coinvolte, tanto l'acquirente quanto l'artista falsificato²²⁹.

3.3.1. *Segue: i rimedi in caso di acquisto di opera d'arte falsa*

Trattandosi, nel caso di compravendita o alienazione sul mercato di un lavoro artistico falsificato, di un'ipotesi in cui si verifica una divergenza tra il bene traferito tra le parti e quello dedotto quale oggetto contrattuale, vengono anzitutto in rilievo gli istituti tipici della disciplina della vendita e dei vizi

²²⁹ Per completezza va detto che a tutela in particolare dell'acquirente possono soccorrere, oltre alle difese civilistiche, anche l'apparato di norme penali, segnatamente quelle contro il reato di truffa ai sensi dell'art. 640 c.p., quelle contro il reato della frode in commercio per la vendita o la messa in circolazione di opere dell'ingegno con nomi atti ad indurre in inganno il compratore sull'origine o qualità del prodotto (art. 517 c.p.). Non essendo questa la sede per prendere in esame i risvolti penalistici della materia, si rimanda, su tutti, a FABIANI, *Il falso letterario, artistico o musicale*, op. cit., pp. 241 ss.. Oltre a ciò va menzionata l'ipotesi di contraffazione di opere d'arte prevista dall'art. 178 Codice dei Beni Culturali.

contrattuali, dei quali tuttavia è necessario verificare la concreta applicabilità al caso di specie, particolarmente quando si ha a che fare con opere immateriali²³⁰. Senza ripercorrere in questa sede l'intera evoluzione ermeneutica che ha contraddistinto l'inquadramento della tutela applicabile alla fattispecie in esame²³¹, basti ricordare che ad una prima fase, in cui dottrina e giurisprudenza oscillavano tra la sussunzione nei termini alternativamente della garanzia per vizi o per mancanza di una qualità essenziale del bene (segnatamente, l'autenticità dell'opera) da un lato e dell'annullamento del contratto per errore sulla qualità dell'oggetto della prestazione dall'altro, è seguito un progressivo spostamento del fuoco d'indagine al momento operativo della vicenda contrattuale²³². Se cioè, in prima battuta, l'eventuale scoperta della falsità dell'opera compravenduta pareva pesare negativamente quale rischio in capo all'acquirente, col tempo l'elemento distintivo dell'autenticità è stato interpretato quale carattere essenziale dell'oggetto contrattuale. La mancanza di tale requisito, allora, non

²³⁰ A titolo meramente classificatorio, vengono in considerazione nel caso di specie: la disciplina dei vizi della cosa venduta di cui agli artt. 1490 ss. c.c.; la risoluzione del contratto per mancanza delle qualità promesse o essenziali di cui all'art.1497 c.c.; la risoluzione del contratto per inadempimento consistente nella consegna di aliud pro alio, ai sensi degli artt. 1453 ss. c.c.; l'annullamento del contratto per vizi del consenso di cui agli artt. 1427 ss. c.c. (e, nello specifico, per dolo o per errore sull'identità dell'oggetto della prestazione o su una qualità dello stesso).

²³¹ Sul punto, con un'analisi più approfondita delle teorie relative ai rimedi applicabili in caso di compravendita di opera d'arte dichiarata autentica e successivamente riconosciuta falsa, si veda FRAGOLA, *Il falso d'autore*, in *Il diritto di autore*, 1980, pp. 260 ss.; FABIANI, *nota a sentenza App. Roma, 24 maggio 1988*, in *Il diritto di autore*, 1988, pp. 590 ss.).

²³² In un primo tempo, l'orientamento maggioritario era quello di ritenere che il rischio di acquisto di un'opera d'arte non autentica gravasse in misura prevalente sul compratore, sottolineando così il carattere aleatorio del negozio contrattuale. In seguito la posizione dei giudici ha riconosciuto all'autenticità carattere essenziale in relazione all'oggetto contrattuale, nella misura in cui sia stata determinante dell'accordo tra le parti o sia stata comunque dichiarata dal soggetto venditore. La pronuncia giurisprudenziale che, in tal senso, può essere considerata come il punto interpretativo di svolta è stata Cass., 14 ottobre 1960, n. 2737, in *Foro it.*, 1960, I, pp. 1914 ss., secondo la quale *"la rilevanza della effettiva paternità dell'opera non può essere astrattamente negata, ma deve essere di volta in volta stabilita in base al contenuto del contratto e a seconda che tale paternità sia stata espressamente o anche solo implicitamente, ma inequivocabilmente indicata, assumendo la funzione di elemento decisivo di identificazione dell'oggetto"*.

costituirebbe tanto un errore sulla cosa venduta bensì, nel momento in cui sia stata garantita all'atto della vendita, un vero e proprio inadempimento del soggetto venditore, disciplinato dalle norme sulla risoluzione ai sensi degli artt. 1453 ss.. L'azione risolutoria, in questa prospettiva, si fonderebbe, come ricordato da una recente pronuncia della Cassazione che ha fatto chiarezza sui rimedi applicabili al caso di specie, sul presupposto del mancato adempimento, da parte del venditore, della "obbligazione assunta di trasferire al compratore il diritto su opera d'arte determinata con riferimento ad un elemento specifico di identificazione, di carattere sostanziale, quale è quello attinente al suo autore"²³³. Detto diversamente, l'assenza di una qualità fondamentale del bene dedotto quale oggetto del contratto determina che quel bene sia qualcosa di sostanzialmente differente rispetto a quello pattuito fra le parti. Per questo motivo si tratta a ben vedere di un'ipotesi di vendita di *aliud pro alio*, poiché l'opera originariamente venduta come autentica e rivelatasi successivamente falsa non rappresenta evidentemente, da un punto di vista intrinseco, lo stesso bene che il compratore si era prefigurato di acquistare.

Quello della risoluzione contrattuale non è però l'unico rimedio addotto dalla giurisprudenza in simili casi: è la stessa sentenza 19509/2012 che, dopo aver prospettato la soluzione risolutoria, indica nell'annullamento del contratto per vizio del consenso un'alternativa percorribile in via subordinata²³⁴. Differentemente dalla precedente, una simile impostazione fa leva non tanto su un vizio funzionale della vicenda contrattuale quale è

²³³ In questi termini si esprime Cass., 9 novembre 2012, n. 19509, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 11, p. 1287. In senso analogo si veda anche Cass., 1 luglio 2008, n. 17955, in *Guida dir.*, 2008, n. 44, p. 63.

²³⁴ In verità l'ipotesi di annullare il contratto di compravendita di opera d'arte dichiarata autentica e in seguito rivelatasi falsa per vizio del consenso era già stata individuata in passato dalla Corte di Cassazione (su tutte Cass., 2 febbraio 1998, n. 985, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 1093, con nota di CAMPAGNOLO, *L'errore sull'identità dell'autore nella negoziazione di opere d'arte*), ma la sentenza 19509/2012 ha avuto il pregio di riassumere con chiarezza i precedenti orientamenti sul punto, addivenendo ad una sintesi interpretativa. Nella citata sentenza Cass. civ. 985/1998, la Suprema Corte ha osservato inoltre che l'errore essenziale di uno dei contraenti è causa di annullamento del contratto in presenza della relativa riconoscibilità da parte dell'altro contraente, essendo irrilevante in tale ipotesi il requisito della sua scusabilità.

l'inadempimento del venditore, bensì pone maggiormente l'accento su un vizio originario della volontà espressa dalle parti²³⁵. Con l'ulteriore precisazione che, a seconda dei casi, l'annullamento potrà poggiare, ai sensi dell'art. 1439 c.c., sul dolo del venditore che, con artifici o raggiri abbia determinato l'acquirente alla conclusione del contratto falsamente rappresentandogli una qualità dell'opera d'arte (la sua autenticità) in realtà inesistente; ovvero sull'errore comune ad entrambe le parti, così come disciplinato dall'art. 1429 c.c., nell'ipotesi in cui tanto il venditore quanto il compratore ignorino la falsità del bene oggetto di compravendita²³⁶. La scelta tra i due rimedi prospettati, come accennato, non è naturalmente rimessa alla discrezione delle parti ma dipende dalle circostanze concrete del caso. Oltre a ciò va notato che la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento permette peraltro all'acquirente di ottenere, oltre alla restituzione del prezzo pagato, anche il risarcimento dell'eventuale danno subito, del quale si dirà in seguito, senza particolari oneri probatori dal momento che la colpa del soggetto venditore si presume²³⁷. L'annullamento per errore, al contrario,

²³⁵ Va detto inoltre che l'azione di annullamento ha per l'acquirente un carattere residuale, potendo essere proposta anche in via subordinata nel medesimo giudizio instaurato per la risoluzione del contratto, in quei casi in cui, non essendo stata espressamente oggetto di garanzia o pattuizione l'autenticità dell'opera compravenduta, l'autorità giudiziaria potrebbe non ritenere adeguatamente provata la consegna di *aliud pro alio*. In una simile ipotesi l'acquirente potrà ottenere quanto meno la caducazione del contratto con conseguente restituzione del prezzo pagato e rimborso delle spese sostenute per la vendita.

²³⁶ L'ipotesi in cui entrambi i soggetti ignorino incolpevolmente la non autenticità dell'opera compravenduta è in realtà meno infrequente di quanto possa sembrare ad una prima lettura: soprattutto nel caso delle forme espressive dematerializzate infatti, e particolarmente per quelle che non presentano alcuna documentazione di accompagnamento oppure siano dotate di certificati poco dettagliati, l'esame circa l'attribuzione di paternità dell'opera e l'originalità di ogni sua parte si risolve sovente in complesse verifiche, anche successive alla prima alienazione, che non sempre sono in grado di restituire un parere unanime circa l'autenticità.

²³⁷ Per un'analisi più approfondita dei due rimedi prospettati e delle conseguenze, sul piano processuale e in termini prescrizionali, si rimanda a CASTELLANO, *Il problema dei falsi*, in Atti del convegno "L'Archivio d'artista - Tra dimensione privata e interesse pubblico", Milano, 2013. In particolare va rilevato che il diritto di chiedere la risoluzione del contratto (e la conseguente restituzione del prezzo e gli eventuali danni) si prescrive in dieci anni decorrenti dalla consegna dell'opera e non dalla scoperta della non autenticità della medesima. Nel caso in cui, infatti, la falsità emerga solo a distanza di

consente di domandare esclusivamente la restituzione del prezzo coi relativi interessi e non anche i danni, i quali sono risarcibili sono nell'ipotesi di annullamento del contratto per dolo, necessitando però in tal caso che la prova di esso, ossia dei raggiri operati dal venditore circa la non autenticità dell'opera, sia fornita dall'acquirente.

3.3.2. *Segue: profili di responsabilità: arricchimento ingiustificato e risarcimento del danno da falsa attribuzione*

Come evidenziato, la falsità di un'opera d'arte può variamente declinarsi a seconda che consista nella copia fedele e pedissequa di una creazione protetta preesistente ovvero in un lavoro artistico che imita lo stile dell'autore falsificato, ma senza identificarsi in alcuna specifica sua opera. Da un punto di vista sanzionatorio l'ordinamento non pare regolare in modo distinto le due fattispecie, trattandosi in entrambi i casi di una violazione dei diritti d'autore dell'artista sull'opera falsificata, qualora il falso sia immesso in commercio fraudolentemente come opera originaria.

Diverso appare invece il caso in cui la copia venga proposta sul mercato come tale, ossia appunto quale falso o imitazione, con chiara specificazione al pubblico del suo carattere di non autenticità e dunque facendo venire meno l'elemento dell'inganno nei confronti dei possibili collezionisti acquirenti. Nell'ipotesi di copia fedele all'originale, tuttavia, l'autore dell'opera protetta può opporsi alla messa in commercio di simili lavori agendo per l'indebito arricchimento nei confronti del secondo autore, in considerazione tanto dell'uso improprio del suo nome quanto del fatto che

molti anni dall'acquisto dell'opera (ipotesi nient'affatto remota nel mercato dell'arte), l'unica possibilità rimane quella di chiedere l'annullamento per errore comune dei contraenti o per dolo, poiché la relativa azione si prescrive invece in cinque anni dal giorno in cui è stato rinvenuto l'errore o il dolo (ai sensi dell'art. 1422 c.c.).

la replica dell'opera originale è espressamente riservata dalla normativa al legittimo autore²³⁸. Quanto invece alle imitazioni di opere originali, che dunque ne richiamano lo stile espressivo o stilistico senza però costituirne delle copie fedeli, l'autore imitato può rivendicare la negazione di paternità dell'opera falsamente attribuita o che ne richiama i tratti distintivi. Si tratta in questo caso, a ben vedere, non tanto di un rimedio specificamente inerente al diritto d'autore, dal momento che l'artista non intende proteggere una sua creazione contro l'appropriazione o l'indebita riproduzione altrui, ma soltanto evitare che il proprio nome sia associato ad un lavoro artistico che ne rievoca lo stile, a volte in termini peggiorativi, e che però suo non è²³⁹. In questo caso le norme che potranno essere invocate saranno dunque piuttosto quelle poste dall'ordinamento a tutela dell'onore, della reputazione e del nome, inteso quale bene espressivo dell'identità e della personalità dell'autore²⁴⁰.

Tornando all'azionabilità dei rimedi offerti dalla tutela autoriale, è necessario peraltro verificare se il fatto contestato sia avvenuto o meno durante il periodo di vigenza dei diritti di utilizzazione economica poiché, nel caso in cui l'opera sia invece già caduta in pubblico dominio, com'è noto, la riproduzione di un'opera in copia è libera, fatta sempre salva la possibilità da

²³⁸ In questo senso si esprime l'art. 13 l.d.a. prevedendo, tra le possibili forme di riproduzione dell'opera protetta, anche la copiatura a mano (naturalmente ad opera del soggetto titolare del diritto di riproduzione, ossia il medesimo autore originario). Sul punto si veda FABIANI, *Il falso letterario, artistico o musicale*, op. cit., p. 243.

²³⁹ Al riguardo non va tuttavia sottaciuto un orientamento, sia pure minoritario, che riconduce il cosiddetto "diritto di disconoscimento" della paternità di un'opera nell'alveo dei rimedi azionabili in seno alla normativa autoriale e, nello specifico, come declinazione particolare degli strumenti offerti a tutela del diritto morale dell'artista. Tale orientamento è peraltro maggioritario soprattutto nei paesi di *common law*, nei quali il legislatore ha risolto il problema della qualificazione giuridica dei rimedi applicabili in caso di "false attribution of work" nell'alveo del diritto attinente alla sfera generale della tutela del diritto morale d'autore: in particolare l'art. 84 del *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988 attribuisce all'artista il diritto a non vedersi "attributed to him as author" un'opera altrui.

²⁴⁰ In particolare un rimedio esperibile ed idoneo al caso di specie pare essere, come evidenzia Fabiani (op. da ultimo cit., p. 244), l'azione volta ad ottenere la cessazione dell'uso indebito del proprio nome, cui potrà eventualmente seguire la pubblicazione della sentenza in uno o più giornali di settore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 c.c..

parte degli eredi dell'autore copiato di esercitare i loro diritti in difesa della paternità morale di questi. L'artista che dunque intenda tutelare la propria opera da condotte illecitamente riproduttive o falsificatorie²⁴¹ può agire tanto in sede cautelare, domandando l'inibitoria, la descrizione, la perizia, fino al sequestro dell'opera ritenuta falsa, quanto nel merito per richiedere, oltre alla cessazione dell'attività lesiva per il futuro, anche l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli già riscontrati²⁴². Va da sé che, se ci si riferisce ad opere d'arte dematerializzate, ancora una volta taluni di questi istituti possono incontrare nella prassi giuridica non poche difficoltà applicative: si pensi all'ipotesi stessa di dover identificare con precisione il numero e le caratteristiche di un esemplare immateriale falso, di doverne ordinare la distruzione o, ancora, di monitorarne efficacemente la non riproducibilità futura.

Un altro rimedio che appare di non agevole attuazione in riferimento alle forme immateriali d'arte, per assenza di un supporto sul quale operare, è quanto stabilito a norma dell'art. 169 l.d.a., in base al quale è possibile ottenere la rimozione e distruzione di un lavoro artistico contraffatto solo qualora la violazione non possa essere convenientemente riparata tramite l'apposizione o la soppressione sull'esemplare falsificato di indicazioni che si riferiscano alla corretta paternità dell'opera, quali la firma dell'artista o idonee forme di pubblicità.

²⁴¹ Le disposizioni relative alle difese e sanzioni civili previste dalla normativa autoriale in caso di violazione dei diritti di utilizzazione economica per la realizzazione di un falso artistico sono previste agli artt. 156 ss. l.d.a..

²⁴² Questo implica la distruzione degli esemplari illecitamente realizzati copiando l'opera originale, salva la possibilità per l'autore falsificato di chiederne l'aggiudicazione (così MASTROLILLI, *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, op. cit., pp. 228-229; si veda sul punto anche MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, op. cit., p. 274). Va detto che, particolarmente in relazione alle forme d'arte dematerializzate, parlare di distruzione degli esemplari falsi appare quanto meno singolare, posto che si tratta di lavori artistici che non presentano una dimensione oggettuale e che dunque già *ab origine* non esistono sotto questo punto di vista. Posto che infatti, nei confronti di simili creazioni, ciò che rimane dopo l'esecuzione da parte dell'artista è poco più che la memoria dell'esperienza artistica, si tratterebbe quasi di dover agire per l'eliminazione di un tale ricordo e di ogni riferimento esperienziale ad esso legato.

Alle azioni reali testé menzionate, si affianca poi un apparato di tutela e ristoro personale dell'artista falsificato, nei termini di un risarcimento dei danni morali e patrimoniali subiti a seguito dell'usurpazione della paternità²⁴³.

Un diritto al risarcimento del danno è peraltro riconosciuto anche all'eventuale terzo acquirente di un'opera falsa: a seconda che agisca per l'annullamento o per la risoluzione del contratto, cambierà tuttavia la quantificazione del *quantum* risarcibile.

In caso di annullamento per vizi del consenso, infatti, il danno è limitato al solo interesse contrattuale negativo; dunque il compratore che abbia scoperto, successivamente all'acquisto, la non autenticità dell'opera d'arte può domandare, oltre alla restituzione del prezzo, puramente il rimborso delle spese sostenute in ragione della vendita.

Diversa è invece l'ipotesi in cui l'acquirente agisca per la risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c.: qui l'entità di danno risarcibile potrà ben comprendere anche l'interesse contrattuale positivo, consentendo al soggetto di chiedere, oltre alla restituzione del prezzo, anche il ristoro della perdita subita a causa

²⁴³ Stabilisce in tal senso l'art. 158 l.d.a. che “[...] Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del codice civile”.

Non va dimenticato che la normativa autoriale prevede inoltre un presidio penale a tutela dell'autore falsificato. In particolare l'art. 171 l.d.a. punisce chi illegittimamente riproduce o mette in vendita un'altrui opera protetta: tra i comportamenti sanzionati, in tal senso, compare anche la riproduzione di un numero di esemplari maggiore di quello che, eventualmente, si aveva il diritto di realizzare. L'art. 171-ter l.d.a., al tempo stesso, punisce l'abusiva duplicazione, riproduzione e diffusione in commercio di supporti contenenti fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento. Da ultimo l'art. 171-quater l.d.a. sanziona la fissazione illecita su supporti audio o video delle prestazioni di artisti interpreti e esecutori, nelle quali ben possono essere ricomprese molte delle performance o installazioni di artisti contemporanei (per un approfondimento sugli strumenti di tutela penale offerti dalla normativa autoriale in caso di falsificazione di un'opera protetta, si rinvia a MASTROLILLI, *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, op. cit., pp. 229 ss.).

dell'inadempimento del venditore. Più specificamente il danno viene in questo caso identificato nella differenza esistente tra il prezzo pattuito tra le parti e il maggior valore che l'opera, qualora autentica, avrebbe raggiunto²⁴⁴, anche se un orientamento minoritario propende invece per parametrare la quantificazione del danno risarcibile al mancato miglior utilizzo della somma pagata a titolo di corrispettivo²⁴⁵. È di tutta evidenza, in ogni caso, che indipendentemente dalla determinazione dell'importo, l'acquirente, trovando maggior ristoro nella risarcibilità anche dell'interesse contrattuale positivo prevista in caso di risoluzione per consegna di *aliud pro alio*, ricorrerà con maggior frequenza a tale rimedio rispetto a quello, ad esso subordinato, dell'annullamento del contratto di compravendita di opera d'arte falsa per vizio del consenso.

Una possibile soluzione alla frequente e variegata conflittualità in tema di falsi artistici, destinata inesorabilmente ad accrescere in relazione al ricorso a forme d'arte sempre più immateriali, potrebbe essere quello di introdurre nel regolamento contrattuale talune clausole allo scopo di ripartire in modo equilibrato tra venditore e acquirente il rischio che l'opera risulti non autentica, con la previsione di un termine prescrizione entro il quale le

²⁴⁴ Relativamente alla determinazione di tale plusvalenza, occorre fare riferimento al momento della vendita in caso di colpa del venditore inadempiente mentre, in ipotesi di condotta dolosa del medesimo, al momento della liquidazione del danno (così, tra le molte, Cass. 16 aprile 1984, n. 2457, in *Mass. giust. civ.*, 1984; App. Firenze, 18 marzo 1988; Cass., 14 novembre 1983, n. 2457, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 520). In ogni caso, al fine di ottenere il risarcimento di tale danno, l'acquirente deve dimostrare, oltre al fatto che l'autenticità dell'opera sia stata garantita dal venditore e in seguito invece contestata, anche l'effettiva sussistenza della differenza tra il prezzo pagato e il valore che l'opera avrebbe avuto se non fosse stata falsa, ben potendosi ricorrere a criteri equitativi per la determinazione dell'importo nel caso in cui la suddetta plusvalenza non sia quantificabile in un preciso ammontare.

Dal canto suo il venditore può eccepire la mancata pattuizione con il compratore circa l'effettiva autenticità dell'opera (e dunque l'insussistenza di tale obbligazione a suo carico) ovvero, in subordine, la sussistenza di un errore, anche bilaterale, circa una qualità essenziale di essa, evitando così la possibile condanna al risarcimento dell'interesse contrattuale positivo. Così come può provare che l'inadempimento non è a lui imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., non essendo a tal fine sufficiente la prova della sua buona fede oggettiva.

²⁴⁵ Cfr. TACENTE, *Compravendita di opera d'arte non autentica*, op. cit., pp. 170 ss..

parti, con apposite verifiche tecniche, possano addivenire ad una soluzione consensuale in caso di emersione della falsità dell'esemplare oggetto di transazione commerciale²⁴⁶. Ciò nondimeno favorirebbe una maggiore distensione dei traffici giuridici nei confronti in particolare di quelle opere che, non consistendo in una dimensione prettamente materiale, rendono viepiù difficoltose e lunghe le fasi di accertamento in ordine alla loro autenticità, spesso scoraggiando la platea di collezionisti da un possibile acquisto.

3.4. *L'accertamento in sede giudiziaria dell'autenticità dell'opera d'arte*

Un ulteriore elemento di operatività della tutela offerta dalla normativa in tema di riconoscimento o disconoscimento della paternità di un'opera d'arte è la possibilità, offerta in via interpretativa ai soggetti legittimati ai sensi dell'art. 23 l.d.a. a far valere il diritto morale d'autore dopo la morte di questi, di ottenere un accertamento giudiziale volto a dichiarare, nei confronti del detentore, la non autenticità di un dato lavoro artistico²⁴⁷.

In aggiunta alla declaratoria relativa all'originalità, i soggetti legittimati possono inoltre invocare i rimedi offerti dall'art. 166 l.d.a., ossia la pubblicazione del dispositivo della sentenza in uno o più giornali di settore, anche ripetutamente, a spese della parte soccombente o la distruzione dell'opera ai sensi dell'art. 169 l.d.a., quando la violazione non possa essere convenientemente riparata tramite l'aggiunta di diciture od elementi specifici direttamente sulla creazione artistica²⁴⁸.

²⁴⁶ In tal senso si esprime TACENTE, *ibidem*, p. 172.

²⁴⁷ Sul punto si veda, tra gli altri, CASTELLANO, *Il problema dei falsi*, op. cit..

²⁴⁸ Relativamente a quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza ultimamente si sta orientando verso un sempre più frequente ricorso al rimedio della distruzione dell'opera, quando naturalmente ciò sia materialmente possibile, assunto che l'apposizione sul manufatto della dicitura "falso" si sostanzierebbe in una radicale perdita di valore dello stesso, equivalente alla sua distruzione.

Appare indubbio che, in caso di richiesta di un accertamento giudiziale di autenticità dell'opera, sia determinante a tal fine l'esame peritale condotto dal consulente tecnico d'ufficio: diversamente da quanto avviene nella maggior parte dei casi, infatti, in questa ipotesi la consulenza dell'esperto non conterà tanto in uno strumento di valutazione della documentazione tecnica già acquisita agli atti del processo, bensì assumerà le sembianze di una vera e propria fonte oggettiva di prova della presunta falsità della creazione artistica, *"risolvendosi la stessa in uno strumento di accertamento di situazioni verificabili solo con il consenso di determinate cognizioni tecniche"*²⁴⁹.

Assume allora rilievo determinante, per chi intende procedere in sede di accertamento giudiziale per la verifica dell'autenticità di un'opera, la sottoposizione all'esame peritale di tutti gli elementi e fattori utili da cui poter ricostruire o recuperare materialmente le direttive seguite dall'artista nella realizzazione della propria produzione o di una specifica tipologia di suoi lavori, facendone in seguito constatare l'eventuale difformità rispetto all'esemplare sottoposto ad accertamento. E ciò poiché di norma chi procede alla falsificazione di un'opera d'arte si limita nella maggior parte dei casi a riprodurre, più o meno fedelmente, il risultato espressivo finale, badando più agli aspetti estetico-stilistici rievocativi dell'autore originale che non anche al procedimento, all'idea creativa o al contesto particolare in cui l'opera è stata concepita e originariamente realizzata.

²⁴⁹ Così, *ex pluribus*, App. Milano, 6 gennaio 2010, n. 3; Cass., 22 giugno 2005, n. 13041; Cass., 21 aprile 2005, n. 8297. Come sottolinea Castellano (op. da ultimo cit.), va peraltro precisato che, in riferimento a molte opere d'arte contemporanea, difficilmente possono essere d'ausilio, per l'accertamento di autenticità, esami di tipo scientifico, posto che il margine di errore che tale tipo di verifiche mostra di avere non consente di acquisire dati significativi data, da un lato, la produzione relativamente recente e, dall'altro, la particolare conformazione tecnico-stilistica di molti lavori (in particolar modo laddove si tratti di opere effimere o dematerializzate). Il problema era peraltro ben noto da tempo alla giurisprudenza: una risalente pronuncia della Corte d'Appello di Roma del 1988 afferma infatti che *"per i dipinti moderni gli elementi di carattere materiale sono generalmente molto elastici e non possono considerarsi come prove, come invece è possibile per le pitture antiche"* (così App. Roma, 24 maggio 1988, in *Riv. Dir. Autore*, 1998, pp. 590 ss.).

Questo aspetto diviene ancor più centrale e imprescindibile quando si tratti di dover accertare l'autenticità di un'opera d'arte immateriale, poiché proprio l'assenza di una sua connotazione oggettuale rende più complessa la verifica della possibile attinenza della creazione esaminata rispetto alla produzione generale dell'artista e, dunque, molto spesso l'attribuzione della paternità artistica passa prevalentemente, se non addirittura in via esclusiva, attraverso la ricostruzione della storia di quello specifico esemplare attraverso gli scritti e le testimonianze, anche orali, dell'artista (se ancora in vita) o di soggetti che a vario titolo ne conoscono la produzione, il pensiero e lo stile realizzativo.

È dunque anche l'analisi storiografica che, specialmente in questo genere di opere, si accompagna a quella tecnico-artistica a supporto di una valutazione globale di originalità dell'opera: tale analisi non può peraltro dimenticare un'approfondita indagine in ordine anche alle vicende espositive, qualora note, della creazione in esame, così come eventuali pubblicazioni o citazioni sul catalogo generale dell'artista o su altri testi di settore²⁵⁰.

Le operazioni relative all'accertamento peritale dell'autenticità di un'opera, dunque, risentono a loro volta dell'evoluzione dei tempi e delle tecniche espressive dell'arte contemporanea, dovendosi sforzare di mutare a loro volta le modalità esecutive per poter essere in grado di far fronte, anche in ambito procedurale, alle sfide che l'arte pone sempre più massicciamente nei riguardi del diritto.

²⁵⁰ La presenza di una storia espositiva tuttavia, come rileva giustamente CASTELLANO (op. da ultimo cit.), non può condurre inequivocabilmente ad una conferma di autenticità dell'opera sotto esame, poiché può darsi anche l'ipotesi di falsi "precoci", accertati solo in una fase successiva rispetto all'iniziale attribuzione ad un dato artista.

CONCLUSIONI

L'evoluzione rapida e frenetica delle tendenze dell'arte contemporanea conduce gli artisti ad una sempre maggiore sperimentazione di tecniche e mezzi espressivi nuovi attraverso i quali poter manifestare il proprio genio creativo. Ciò ha condotto allo sviluppo di rilevanti fenomeni e correnti artistiche che hanno in varia misura mutato, talora sconvolgendoli radicalmente, i canoni tradizionali dell'arte. Fra essi quello che ha investito le modalità di configurazione della forma espressiva di un'opera è probabilmente il più interessante e in certo modo rivoluzionario, non soltanto dal punto di vista storico-artistico, quanto anche e soprattutto per le implicazioni che ha avuto sul piano più strettamente giuridico ed economico.

La ricerca di strumenti espressivi innovativi unita ad un intento certamente provocatorio nei confronti delle categorie tradizionali sia dell'arte che del diritto, ha infatti portato alla realizzazione di particolari opere nelle quali la forma espressiva viene alternativamente negata (del tutto o in parte) ovvero presa a prestito da altre forme d'uso o artistiche, talora di pubblico dominio ma molto più sovente già tutelate a livello autoriale. È ciò che viene definito, come si è avuto modo di analizzare, arte effimera o dematerializzata nell'un caso e arte appropriativa nell'altro.

Trattandosi di lavori che si sono di recente imposti con particolare frequenza sul mercato e che sempre più rappresentano scelte espressive predilette dagli artisti, nonostante abbiano cominciato ad occupare uno spazio autonomo nel mondo dell'arte già da diverso tempo, si è posta con insistenza la necessità per il diritto di farsi carico di un confronto normativo con essi ai fini di una regolamentazione della loro posizione rispetto all'ordinamento. Giova sottolineare particolarmente questo aspetto: l'esigenza di una maggiore e più specifica attenzione normativa giunge principalmente dal mercato dell'arte, che da più parti domanda al legislatore

un intervento sul punto, al fine di regolare con maggiore omogeneità prassi commerciali fino ad oggi frequentemente rimesse alla discrezionalità degli operatori del settore, i quali si trovano ad esercitare in logiche non di rado al limite del monopolio, per le quali pare valere più il peso specifico del singolo operatore che la garanzia di un'uniformità delle pratiche seguite. Il giurista allora non può ignorare una simile istanza ed anzi deve cercare, con gli strumenti suoi propri, di intervenire fornendo supporto normativo e identificando criteri distintivi chiari per la soluzione delle controversie.

Il presente lavoro si è posto quindi il duplice obiettivo, muovendo proprio da questo assunto, di verificare in primo luogo l'esistenza di un diritto legittimo di cittadinanza di simili creazioni all'interno della disciplina autoriale nazionale e, in seguito, di analizzare se ed in quale misura si potessero applicare ad esse i principali e più tradizionali istituti del diritto con riguardo alla loro circolazione sul mercato.

Con riguardo al primo aspetto, occorre preliminarmente distinguere tra opere d'arte immateriali ed appropriative: nel primo caso si è anzitutto preso atto della formulazione ampia ed inclusiva dell'art.1.1 della l. 22 aprile 1941, n. 633, nella parte in cui prevede la tutela delle opere dell'ingegno a carattere creativo "*qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*", con ciò consentendo dunque, *prima facie*, la possibilità di ricomprendersi anche le creazioni immateriali. Tale possibilità pare essere in effetti concretamente sostenibile sul piano dell'argomentazione teorica, posto che i requisiti di protezione autoriale richiesti dalla lettera della legge possono ben essere applicati, e puntualmente verificati di volta in volta, nel caso di opere effimere o smaterializzate: nei confronti di esse, infatti, può senza dubbio svolgersi una valutazione circa l'esistenza di un idoneo grado di creatività che, qualora soddisfatto, renderebbe tutelabile l'opera a prescindere dall'assenza di una sua incorporazione su un supporto materiale (la qual cosa rientrerebbe nell'inciso di cui all'art.1.1 l.d.a.). Tale impianto argomentativo ha peraltro trovato conforto, come si è avuto modo di evidenziare, in una

recente letteratura sul tema, nonostante si tratti di materiale complessivamente piuttosto esiguo a motivo dell'attenzione alquanto recente sul tema. Mancano ancora, invece, sufficienti casi giudiziari al riguardo per poter affermare il consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale in questo senso.

Nel caso invece di opere dell'arte appropriativa, per le quali pure non sussiste ad oggi una espressa previsione normativa, la quasi totale assenza di vicende giudiziarie al riguardo (tranne il più volte citato caso "Giacometti Variations") e i pochi studi scientifici svolti sull'argomento hanno reso necessario volgere lo sguardo oltre confine, in particolar modo all'esperienza statunitense e a quella di alcuni Paesi europei (su tutti Francia e Inghilterra), per trarre una base argomentativa più consolidata, verificandone successivamente la compatibilità con la disciplina autoriale nazionale. Il tentativo cui spesso si è assistito in tal senso è stato quello di ricomprendere le forme di *appropriation art* nell'ambito di figure giuridiche già note ad alcuni ordinamenti, in particolar modo quella dell'elaborazione creativa (disciplinata nella nostra normativa dall'art. 4 l.d.a.) e della parodia (invece non espressamente regolata in Italia, anche a causa del mancato recepimento della direttiva 2001/29/CE, in particolare l'art. 5, par. 3, lett. k). In verità la tesi cui si ritiene di aderire maggiormente è quella di riconoscere a tali lavori artistici uno spazio autonomo di protezione autoriale, nella misura in cui siano soddisfatti i requisiti previsti dalla legge (e fra essi, su tutti, quello della creatività) e, contemporaneamente, qualora l'appropriazionismo non sia in realtà lo strumento cui ricorre l'artista per compiere una contraffazione dell'opera originaria. Un contributo all'edificazione di una struttura giuridica indipendente del genere appropriativo potrebbe inoltre giungere dal ricorso alla dottrina statunitense del *fair use*, che identifica talune condizioni di ammissibilità in presenza delle quali l'opera appropriativa può dirsi lecita e protetta dall'ordinamento e alla quale il legislatore nazionale potrebbe attingere per delinearne i tratti nella disciplina autoriale italiana, con

particolare riferimento agli aspetti dell'uso trasformativo e alla finalità commerciale dell'opera.

Alla luce di quanto sin qui esposto, se il risultato cui si può ritenere di essere giunti in relazione al primo obiettivo del presente lavoro è nel senso di sostenere la legittimità e la possibilità di tutela giuridica tanto dell'arte immateriale quanto dell'appropriazionismo, sia pure con differenti motivazioni e con le doverose precisazioni che sono state poste in evidenza nel corso dell'esposizione, si è altresì rilevata una non trascurabile tensione tra l'impostazione definitoria, tendenzialmente favorevole, e l'idoneità effettiva di tali opere a costituire validamente oggetto di negozi giuridici per la circolazione sul mercato.

È specialmente con riguardo alle creazioni artistiche immateriali che si sono registrate le maggiori problematiche, posto che tanto il diritto d'autore quanto gli istituti tradizionali del diritto civile (in particolare il contratto), nel momento in cui si riferiscono ad un'opera d'arte, sono soliti intenderla nei termini di un bene giuridico materiale. La soluzione che è stata dunque adottata, per ovviare ad un limite che avrebbe potuto ostacolare sensibilmente la regolamentazione giuridica delle transazioni e dei movimenti di simili opere sul mercato, è stata di surrogarne l'immaterialità intrinseca con la materialità del certificato di autenticità che ne attesta l'esistenza e l'originalità, circolando pertanto al suo posto. Si tratta tuttavia più di un espediente affermatosi per via di prassi commerciale che di uno strumento giuridicamente codificato, il quale dunque risente ancora di forti fragilità e, soprattutto, di una struttura ancora manchevole di regolamentazione normativa.

Minori, o per meglio dire diverse, difficoltà sono invece emerse con riguardo all'analisi della circolazione di opere dell'arte appropriativa nella misura in cui in esse residua, almeno nella maggior parte dei casi, una connotazione oggettuale: esaurito su di esse un vaglio prodromico di liceità, potranno dunque applicarsi, in via generale, gli istituti previsti

dall'ordinamento per la circolazione dei beni sul mercato, dettagliati di volta in volta a seconda del negozio giuridico necessitato.

Le conclusioni cui è giunta la presente ricerca hanno perciò tentato di mettere in luce tanto i punti di forza quanto le fragilità del sistema di protezione autoriale previsto nel nostro ordinamento in riferimento all'evoluzione delle modalità espressive delle opere d'arte contemporanea. Affermare la legittimità e il diritto di cittadinanza sia dell'arte immateriale che di quella appropriativa significa in primo luogo non tradire lo spirito e la *ratio legis* della disciplina autoriale: essa infatti si pone l'obiettivo non solo di tutelare, ma anche di promuovere, l'ingegno creativo e le forme in cui esso si realizza, a prescindere dalle modalità, dalle tecniche o dalle tempistiche di volta in volta impiegate e pur sempre nell'ottica di un bilanciamento tra l'interesse del singolo autore a vedere protetta la propria creazione artistica e quello della collettività a goderne senza preclusioni. Sarebbe pertanto anacronistico, oltre che incoerente nei confronti della normativa medesima, precludere uno spazio di riconoscimento all'innovazione, anche artistica, di esprimersi con forme nuove e differenti da quelle tradizionali che probabilmente erano nella *mens* del legislatore del 1941. Per altro verso occorre però fornire agli artisti la possibilità concreta di vedere pienamente riconosciuti e protetti i propri lavori con strumenti e istituti giuridici chiaramente definiti dalla legge.

Ciò sarebbe tanto più agevole con un intervento normativo che prevedesse la possibilità di ricomprendere positivamente, e non per esclusione, i lavori immateriali e appropriativi tra le opere protette ai sensi dell'art. 2 l.d.a., fornendo così anche una chiara indicazione sistematica all'interprete e con ogni probabilità evitando in larga misura pronunce giurisprudenziali ondivaghe o volutamente sorvolanti il problema.

Ecco perché occorrerebbe, in seconda battuta, una previsione chiara degli strumenti giuridici applicabili alle vicende che riguardano la circolazione di questi lavori sul mercato. Con riguardo particolarmente alle

opere effimere o dematerializzate sarebbe opportuno, come ipotizzato da alcuni, prevedere *ex lege* un sistema di certificazione autorevole, in assenza di una dichiarazione dello stesso artista, dell'autenticità di tali lavori, nonché un apparato di registrazione e conservazione della documentazione inerente alle opere (in molti casi letteralmente sostitutiva di esse), anche in sinergia con il Registro Pubblico delle Opere Protette di cui all'art. 103 l.d.a., al fine di ridurre il fenomeno deleterio dei falsi che va a detrimento, tra gli altri, dello stesso autore e del mercato. Oltre a ciò gioverebbe alla trasparenza del sistema dell'arte una definizione chiara dei ruoli, della gerarchia e delle competenze dei molteplici soggetti che a vario titolo operano nel rilascio di tali certificazioni, a partire da quelli individuati ai sensi dell'art. 23 l.d.a. e proseguendo per i numerosi altri operatori coinvolti, quali archivi, fondazioni, gallerie e musei. Riguardo a tale aspetto, va dunque accolta con favore la costituzione nel dicembre 2014 della prima Associazione Italiana degli Archivi d'Artista, che riunisce i più qualificati ed autorevoli archivi e fondazioni che operano per la tutela e promozione della produzione degli artisti, certificandone la qualità e serietà dell'operato. Si tratta di un primo passo, ma significativo, che muove nella direzione di centralizzare ed omogeneizzare le buone pratiche relative alla costituzione e amministrazione degli enti che gestiscono il patrimonio storico-artistico e archivistico di un autore, nonché quelle relative al rilascio della documentazione di autenticità di un'opera. È tuttavia, ancora una volta, un segnale che proviene dal mercato e che attende di essere in qualche modo recepito e riconosciuto dall'ordinamento: occorre cioè che un successivo passaggio legislativo si pronunci in merito anzitutto all'idoneità di un simile soggetto giuridico, o di altri che potrebbero similmente costituirsi, a divenire una sorta di certificatore ufficiale dell'autenticità di un'opera, tramite una primaria verifica di autorevolezza dell'ente che la rilascia e che ad esso si è associato; secondariamente in merito a quale posto tale soggetto giuridico debba

occupare nella gerarchia, a sua volta ancora da definire, dei legittimati a questo tipo di certificazioni.

Infine sia concessa una notazione di carattere generale, a chiosa di quanto sin qui esposto: l'evoluzione espressiva della forma con cui l'artista manifesta la propria opera è solo uno dei molti temi che stanno caratterizzando, oggi più che in passato, il rapporto tra arte e diritto, in una sempre maggiore interazione, spesso conflittuale. Quello che ultimamente viene definito "diritto dell'arte" si sta delineando come una branca dai tratti in parte autonomi rispetto ai tradizionali settori giuridici, nella misura in cui tange più o meno direttamente molti di essi a seconda della problematica da affrontare o dell'istituto da identificare: non è infrequente infatti, e in certa misura questo lavoro ne è un esempio, sconfinare dal diritto d'autore a quello civile, dal penale al tributario, fino alle comparazioni coi diritti stranieri, europeo od internazionale. Non solo: in una materia simile il confronto con la storia e il mercato artistico costituiscono a loro volta un passaggio imprescindibile per comprendere a fondo le dinamiche e l'essenza dell'agire di artisti e autori, onde evitare di tradirne lo spirito o il senso con enunciazioni normative contraddittorie o non in linea con l'evoluzione dei tempi. Beninteso: al giurista non è richiesto di possedere tutte queste competenze, ma piuttosto di confrontarsi costruttivamente con chi le possiede al fine di metterle sinergicamente in circuito in una disciplina che, come molte altre in verità, non può esaurirsi nel terreno esclusivo del diritto.

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO PRIMO – *La tutela giuridica dell'opera d'arte contemporanea tra materialità e dematerializzazione*

A

AA.VV., *Constantin Brancusi nel XXI secolo. Nuovi studi*, Verso l'Arte Edizioni, 2010.

AJANI e DONATI, *I diritti dell'arte contemporanea*, Umberto Allemandi & C., 2011.

ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, CEDAM, Padova, 1978.

ANDINA, *Filosofia dell'arte*, Ed. Carocci, Roma, 2012.

ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1963.

ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960.

AUTERI, *Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2009, p. 3.

AUTERI, *La futura disciplina europea del design fra tutela del diritto d'autore e repressione della concorrenza*, in *Contr. e Impr./Eur.*, 1998, p. 229.

B

BARTESAGHI, *Detenzione di opere d'arte all'estero: obblighi dichiarativi e profili sanzionatori*, in NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte – La circolazione delle opere d'arte*, Skira, vol. II, 2013, p. 169.

BAUDRILLARD, *La sparizione dell'arte*, Ed. Politi, Milano 1988.

BARRON, *Copyright Law and the Claims of Art*, in *Intellectual Property Quarterly*, 4:368, 2002.

BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Einaudi, 2011.

BOURRIAUD, *POSTPRODUCTION, Come l'arte riprogramma il mondo*, Ed. Postmedia, Milano, 2004.

C

CARON, *L'art conceptuel au paradis de la Cour supreme*, in *Communication – Commerce électronique*, 1:23, 2009.

CHIANALE, *Diritto e identità dell'opera d'arte contemporanea*, in AJANI e DONATI, *I diritti dell'arte contemporanea*, Umberto Allemandi & C., 2011, p. 57.

CHIMIANTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore – V Edizione – Aggiornato con le recentissime disposizioni sul Contrassegno SIAE (D.P:C:M: 338/2001) e con la nuova disciplina sul Disegno industriale, (D.lgs. 95/2001 e D. lgs. 164/2001), Giuffrè, 2002.*

COGO, *Diritto d'autore e autonomia negoziale negli ordinamenti italiano e tedesco*, reperibile online a <http://docplayer.it/2754354-Alessandro-cogo-diritto-d-autore-ed-autonomia-negoziale-negli-ordinamenti-italiano-e-tedesco.html>.

COHEN, *Copyright Law and the myth of objectivity: the Idea/Expression dichotomy and the inevitability of artistic value judgements*, in *Indiana Law Journal*, 66: 175, 1990.

CONSIGLIO-CLERICI-CAVAGNA DI GUALDANA, *La vendita di opere d'arte*, in NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte – La circolazione delle opere d'arte*, Skira, vol. II, 2013, p. 137.

D

DANTO, *Oltre il Brillo Box. Il mondo dell'arte dopo la fine della storia*, Ed. Martinotti, Milano 2010.

DANTO, *Dopo la fine dell'arte. L'arte contemporanea e il confine della storia*, Mondadori, Milano, 2008.

DE SANCTIS, *Il diritto d'autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Commentario agli artt. 2575-2583 c.c., Milano 2012.

DE THERIDGE, *Quali diritti per l'arte contemporanea?*, in *I diritti dell'arte contemporanea*, U. Allemandi & C., 2011, pp. 25 ss.

DI CATALDO-SARTI-SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee sulla tutela giuridica dei disegni industriali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1993, I, p. 55.

DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè Editore, 2015.

DORFLES, *Ultime tendenze nell'arte di oggi. Dall'informale al Neo-oggettuale*, XXI ed., Feltrinelli Editore, Milano, 2004.

DRESSINOWER, *A rights-based view of the Idea/Expression dichotomy*, in *Copyright Law. Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 16:1, 2003.

E

EDELMAN, *La création dans l'art contemporain*, in *Recueil Dalloz*, 2009, I.

EDELMAN, *De l'urinoir de Duchamp comme un des beaux-arts: de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly*, in *Recueil Dalloz*, 2000, 6.

F

FABIANI, *Sul "minimum" di creatività richiesto per la protezione di testi normativi commentati (Nota a Cass. 2 dicembre 1993 n. 11953)*, I.D.A. 1994.

FABIANI, *Disumanizzazione dell'arte e diritto d'autore*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 1970, I, p. 10.

FERRY-MACCARIO, LANDAU, EVRARD, CARO (a cura di), *La dématérialisation dans les medias, l'art et la création*, in *Cahier de Recherche du Groupe HEC*, n. 946/2011.

FLORIDIA, *I disegni e modelli ornamentali*, in *Diritto industriale - proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2001, pp. 277 ss..

FRIGO, *La circolazione internazionale delle opere d'arte*, in NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte - La circolazione delle opere d'arte*, Skira, vol. II, 2013, p. 181.

G

GALTIERI, *La protezione internazionale delle opere letterarie ed artistiche e dei diritti connessi*, CEDAM, Padova, 1989.

GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2001.

GRECO, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile*, UTET, 1974, vol. XI, p. 46-48.

GREGORI, *Rilievi critici connessi alla circolazione di opere d'arte*, in NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte - La circolazione delle opere d'arte*, Skira, vol. II, 2013, p. 211.

GRISOLIA, voce *Arte*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958.

GUTIERREZ, *La tutela del diritto di autore*, Giuffrè Editore, 2008.

H

HEYMANN, *How to write a life: some thoughts on fixation and the Copyright/Privacy divide*, in *William & Mary Law Review*, 2009, p. 51.

I

ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'oeuvre d'art: une analyse de l'art contemporain*, tesi diretta da REVET, Parigi, I, 2009.

L

LEE, *The evolution of intellectual infrastructure*, in *Washington Law Review*, 2009, p. 83.

M

MALKAN, *What is a copy?*, in Cardozo Arts & Entertainment L. J., vol. 23, 2005.

MARCHETTI e UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2012.

MAURI, *Il disegno industriale: tutela delle opere e dei progetti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011, n. 1, II, p. 22.

McLEOD, *Freedom of Expression? Overzealous Copyright Bozos and Other Enemies of Creativity*, in Iowa Research Online, 2005.

MENEGUZZO, *Breve storie della globalizzazione in arte (e delle sue conseguenze)*, Johan & Levi, Milano, 2012.

MERZ, *Sol Lewitt*, Ed. Hopefulmonster, 2009.

MUSSO, *Ground of protection: how far does the Incentive Paradigm carry?*, in *Common Principles of European intellectual property law*, Tubingen, Mohr Siebeck, 2011.

MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del Codice Civile* (a cura di Francesco Galgano), Zanichelli/Il Foro italiano, Roma, 2008.

N

NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte - La circolazione delle opere d'arte*, Ed. Skira, vol. II, 2013.

NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Il diritto dell'arte - L'arte, il diritto e il mercato*, Ed. Skira, vol. I, 2012.

NIVARRA, *Il diritto di seguito tra esclusiva ed equo compenso*, in *Aedon- Rivista di arti e diritto*, 2006, n. 3.

O

OSBORNE, *Arte Concettuale*, Phaidon Press Limited, Londra, 2006.

P

PELLEGRINO-D'AMMASSA, *Le opere dell'ingegno industriale*, in *Diritto d'autore*, 2014, I, p. 2.

PETRUZZELLI, *Copyright Problems in Post-Modern Art*, 5 De Paul-LCA J. Art & Ent. L. 115, 1995.

PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore: commentario della nuova legge 22 aprile 1941 - XIX, n.633*, UTET, 1943.

PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel diritto interno italiano comparato col diritto straniero*, Ed. UTET, 1927.

PIOLA CASELLI, *Del diritto di autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, Ed. UTET, 1907.

R

ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, CEDAM, Padova, 2003.

RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1971, p. 79.

S

SAVINI, *Il diritto di seguito dopo il d.lgs. 13 febbraio 2006, n. 118*, in *Aedon- Rivista di arti e diritto*, 2006, n. 2.

SLAVITT, *Fixation of derivative works in a tangible medium: technology forces a reexamination*, in 46, IDEA, 2005.

SORDELLI, *L'opera d'arte figurativa nel diritto d'autore*, in *Il diritto d'autore*, 1-2, 1978, pp. 14-35.

SPADA, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2012, p. 3.

SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore (commento a Trib. Milano, 29 giugno 2011)*, in *Dossier DIRITTO E NAZIONI - Temi di diritto, letteratura e altre arti* (a cura di M. Paolo MITTICA), Atti del secondo convegno nazionale 2010, Italian Society for Law and Literature.

STERPI, *La trasformazione dell'opera d'arte: problematiche giuridiche*, in AJANI e DONATI, *I diritti dell'arte contemporanea*, Umberto Allemandi & C., 2011, p. 177.

T

TORSEN, *Behind oli on canvas: new media and presentation formats challenge international copyright law's ability to protect the interest of the contemporary artist*, in *Script-ed.*, 2006, vol. 3, p. 45.

TREPPOZ, *Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain?*, in *Revue internationale de droit d'auter*, 2006, p. 209.

V

VANZETTI - DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffré, 2012.

VETTESE, *L'arte contemporanea, tra mercato e nuovi linguaggi*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2012.

VIVANT, *Les métamorphoses de l'oeuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques*, in Dalloz, 2010.

VIVANT, *Les création immatérielles et le droit*, Ed. Ellipses, Parigi, 1997.

W

WARBURTON, *La questione dell'arte*, Einaudi, Toprino, 2004.

Z

ZEVI, *L'Italia nei wall drawings di Sol Lewitt*, Electa, 2012.

ZEVI, *Sol Lewitt. Testi critici*, Ed. Incontri Internazionali d'Arte, 1994.

CAPITOLO SECONDO - La tutela giuridica dell'opera d'arte appropriativa

A

ALBERTINI, *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, in *Jus civile*, 2015, n. 7, p. 360.

ALGARDI, *Note in tema di parodia e particolarmente di parodia dell'opera inedita*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 1972, vol. 43, n. 4, p. 391.

ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960, p. 717.

B

BENTLY-SHERMAN, *Intellectual Propert Law³*, Oxford University Press, 2009, 126/7.

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

BRICENO MORAIA, *"Arte appropriativa", elaborazioni creative e parodia*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. 6, 2011, p. 357.

BROK, *Osservazioni in tema di elaborazione dell'opera dell'ingegno e di libera riproduzione*, nota a Trib. Torino, 9 giugno 1951, in *Riv. dir. ind.*, 1954, II, p. 4.

BURR, *Artistic parody: a theoretical construct*, in *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 1996, p. 65.

C

CARLIN, *Culture vultures: artistic appropriation and intellectual property law*, in *Columbia Journal of law and the arts*, 1988, n. 13, p. 103.

COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Giuffrè, 2005.

D

DANTO, *Oltre il Brillo Box. Il mondo dell'arte dopo la fine della storia*, Ed. Marinotti, Milano, 2010.

E

ERCOLANI, *sub art. 4 par. 3*, in *Cod. comm. della propr. ind. e intell.*, a cura di GALLI e GAMBINO, Utet, 2011, p. 2870.

F

FABIANI, *Il plagio di parti o di elementi dell'opera musicale*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 2006, p. 371.

FABIANI, *La protezione giuridica della parodia con particolare riferimento a recenti orientamenti di giuristi stranieri*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 1985, p. 461.

FABIANI, *Plagio inconscio e reminiscenze nella creazione di opere musicali*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 1965, p. 429.

G

GALLI, *sub art. 4 l.d.a.*, in UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in AIDA, 1994.

GAMBINO, *Le utilizzazioni libere: cronaca, critica e parodia*, in AIDA, 2002, p. 127.

GHIDINI in *Exclusion and access in copyright law: the unbalanced features of the european directive "on information society" (InfoSoc)*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2013, n. 1, p. 5.

GRECO, *Il plagio e le coincidenze di creazioni dello spirito*, in *Novissimo Digesto*, 1968.

GREENBERG, *The art of appropriation: puppies, piracy and postmodernism*, in *Cardozo Entertainment & Arts L. J.*, 1992, vol. 11, pp. 1-34.

L

LANDES, *Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach*, in *Chicago Law & Economics*, Working paper n. 113, 2000.

LOFFREDO, *Open source e appartenenza del software*, in *A.I.D.A.*, XIII-2004, p. 86.

M

MARI, *Plagio musicale e requisiti di creatività dell'opera oggetto di plagi*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 2006, p. 224.

MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Ed. Scient. It., 2015.

N

NEGRI-CLEMENTI e STABILE, *Profili emergenti nell'arte contemporanea: appropriation art*, in *Il diritto dell'arte. L'arte, il diritto e il mercato*, Ed. Skira, vol. I, 2012, p. 85.

P

PAESAN, *La protezione dei marchi e la libertà d'espressione*, tesi di laurea del 2011 – Università degli Studi di Torino.

PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, E. Marghieri e UTET editori, 1927.

POSNER, *Il piccolo libro del plagio*, Ed. Elliot, 2007.

R

RICHICHI, *Recentissime in tema di arte appropriativa*, 2015, disponibile online all'indirizzo <http://www.rerlegal.it/recentissime-in-tema-di-arte-appropriativa/>.

RICOLFI, *Il diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO, RICOLFI, *Diritto industriale*, nel Tratt. dir. comm., Cedam, 2000, p. 381.

RIMMEL, *Four stories about copyright law and appropriation art*, in *Media and arts law review*, 1998, vol. 3, p. 180.

ROVATI, *nota a Cass. 27 ottobre 2005, n. 20925*, in AIDA, XVI-2007, par. 1134/1.

RUTZ, *Parody: a missed opportunity*, in I.P.Q., 2004, p. 284.

S

SANTORO, *Brevi osservazioni in tema di parodia*, in *Il diritto di autore*, Giuffré, 1968, p. 1.

SBARBARO, *La nozione autonoma di diritto dell'Unione Europea di "opera parodistica" ed il "giusto equilibrio" nell'applicazione della relativa eccezione al diritto d'autore secondo la sentenza della Corte di Giustizia del 3 settembre 2014, causa C-201/13*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2014, n. 2, p. 12.

SPAZIANI TESTA, *Le elaborazioni delle opere letterarie*, in *Il diritto di autore*, Giuffré, 1959, p. 551.

SPECICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2013, p. 118.

SPECICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Giuffré, 2013.

SPREAFICO, *Il diritto d'autore e l'arte contemporanea*, tesi di laurea, Università degli Studi di Milano, 2015.

STABILE, *L'appropriation art alla prova del diritto d'autore: l'orientamento della giurisprudenza internazionale e italiana* (intervista di M. Pirrelli), in *ArtEconomy24*, Gruppo Il Sole24Ore, settembre 2015.

T

TESTA, *commento a Trib. Roma, 29 settembre 2008*, in *AIDA*, 2010, p. 1341.

U

UBERTAZZI, *Spunti sulla comunione di diritti di autore*, in *A.I.D.A.*, XII-2003, p. 506.

W

WARHOL, *La filosofia di Andy Warhol* (prima edizione 1975), Ed. Abscondita, 2009.

WILLIAMS, *Silence and postmodern copyright*, in *Cardozo Entertainment & Arts L. J.*, 2011, vol. 29, pp. 47-84.

CAPITOLO TERZO – *La tutela giuridica dell'opera d'arte appropriativa*

A

AUTERI, *Diritto d'autore*, in AA. VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2005.

C

CABAY, *Ce sont les regardeurs qui font les tableaux. La forme d'une oeuvre d'art conceptuel en droit d'auteur*, in PUTTERMANS-DEMARSIN, *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Ed. Larcier, 2013.

CALABI, *La circolazione delle opere d'arte e dei beni culturali nell'ordinamento italiano*, in SCARIONI – ANGELICCI, *La tassazione delle opere d'arte*, Milano, 2014, p. 27.

CAMPAGNOLO, *L'errore sull'identità dell'autore nella negoziazione di opere d'arte*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 1093.

CARON, *L'exercice du droit moral à des fins d'authentification ne confère pas l'impunité!*, nota a Cass. civ. 10 novembre 2005, in *Communication, Commerce électronique*, 2, 2006, Chr. n. 20, p. 27.

CARPENTER-HETCHER, *Function over form: bringing the fixation requirement into the modern era*, in *Fordham Law Review*, 2014, p. 221.

CASTELLANO, *Il problema dei falsi*, in Atti del convegno "L'Archivio d'artista - Tra dimensione privata e interesse pubblico", Milano, 2013.

D

DE CRISTOFARO, *La vendita di beni mobili qualificabili come opere d'arte: ricostruzione del regime normativo applicabile alla fattispecie*, in AA.VV., *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, UTET, 2010, p. 573.

DONATI, *Anche il contratto per conservare l'autenticità*, in VILLAFRANCA SOISSONS (a cura di), *In Opera. Conservare e restaurare l'arte contemporanea*, Venezia, 2015, p. 209.

DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4/2015, p. 988.

F

FABIANI, *Il falso letterario, artistico o musicale*, in *Il diritto di autore*, Giuffré, 2013, p. 240.

FABIANI, *nota a sentenza App. Roma, 24 maggio 1988*, in *Il diritto di autore*, 1988, p. 590.

FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Giappichelli, 2012.

FERRARIS, *Documentalità, Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

FLAM, *Break the silence over fakes*, in *The Art Newspaper*, aprile 2012.

FRAGOLA, *Il falso d'autore*, in *Il diritto di autore*, Giuffré, 1980, p. 260.

G

GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Giappichelli, 1974.

I

ICKOWITCZ, *Le droit après la dématérialisation de l'oeuvre d'art*, Les Presses du Réel, 2013.

L

LEQUETTE-DE KERVENOAEL, *L'authenticité des oeuvres d'art*, in *Bibliothèque de droit privé*, 2006, p. 203.

M

MASTROLILLI, *Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea*, in *Il diritto di autore*, Giuffrè, 2013, p. 203.

N

NEUHAUS, *Art authentication: protection of art experts from swiss perspective*, in *Art anitquity and Law*, ed. IAL, vol. XIX, aprile 2014, p. 59.

P

PANZA, *Ricordi di un collezionista*, Jaca Book, Milano, 2006.

POLI, *Originalità e autenticità delle opere d'arte contemporanea*, negli Atti del convegno (a cura di VITTONI) *Copyright or right to copy?*, Torino, 2011.

R

RENOLD-GABUS-WERRA, *L'expertise et l'authentification des oeuvres d'art*, Schulthess, Ginevra, 2007.

RIFKIN, *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, First Trade Paperback, 2000.

T

TACENTE, *Compravendita di opera d'arte non autentica*, in *Ricerche giuridiche II*, vol. 1, parte II, p. 165.

GIURISPRUDENZA

GIURISDIZIONE ITALIANA

Corte di Cassazione

Cassazione, 15 giugno 2015, n. 12314, consultabile su http://editoria.tv/wp-content/uploads/sites/6/2015/06/Sentenza-Corte-di-Cassazione-Mondadori-Saviano-Libra-12314_15.pdf

Cassazione, 19 febbraio 2015, n. 3340, in *Diritto ed Economia dei Mezzi di Comunicazione*, n. 1, 2015/2016, p. 150.

Cassazione, 23 aprile 2013 n. 9757, in *Riv. Dir. Ind.* 2014, II, p. 207.

Cassazione, 9 novembre 2012, n. 19509, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 11, p. 1287.

Cassazione, 28 novembre 2011, n. 25173, in *A.I.D.A.*, 2012, p. 589.

Cassazione, 1 luglio 2008, n. 17955, in *Guida dir.*, 2008, n. 44, p. 63.

Cassazione, 12 gennaio 2007, n. 581, in *A.I.D.A.*, 2008, p. 462.

Cassazione, 23 novembre 2005, n. 25494, in *Diritto di autore*, 2006, n. 2, pp. 213 ss..

Cassazione, 27 ottobre 2005, n. 20925, in *A.I.D.A.*, XVI-2007, par. 1134/1.

Cassazione, 22 giugno 2005, n. 13401, in *Diritto e giustizia*, 32, p. 34.

Cassazione, 21 aprile 2005, n. 8297, in *Il processo del Lavoro*, Giuffrè, 2009 p. 499.

Cassazione, 12 marzo 2004, n. 5089, in *Riv. Dir. Ind.*, 2005, fasc. VI, parte II, p. 327.

Cassazione, 2 febbraio 1998, n. 985, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 1093.

Cassazione, 19 dicembre 1996, n. 11343, in *Riv. Dir. Ind.*, 1997, fasc. II, parte II, p. 75.

Cassazione, 2 dicembre 1993, n. 11953, in *I.D.A.* 1994, p. 600.

Cassazione, 12 dicembre 1991, n. 13399, testo completo su *DeJure*, Giuffrè.

Cassazione, 5 settembre 1990, n. 9139, in *Giustizia civile*, 1991, pp. 1528 ss.

Cassazione, 15 febbraio 1985, n. 1300, in *Mass. Foro it.*, 1985.

Cassazione, 16 aprile 1984, n. 2457, in *Mass. giust. civ.*, 1984.

Cassazione, 14 novembre 1983, n. 2457, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 520.

Cassazione 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745.

Cassazione, 18 gennaio 1967, n. 77, in *Dir. aut.*, 1977, pp. 189 ss.

Cassazione, 14 ottobre 1960, n. 2737, in *Foro it.*, 1960, I, pp. 1914 ss.

Corti di merito

Tribunale Torino, Sez. I spec. impresa, 14 marzo 2014, consultabile al sito http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wpcontent/uploads/2014/12/20140314_RG600-20141.pdf

Tribunale di Napoli, sez. specializzate, sentenza 27 febbraio 2014, n. 3085, in *Altalex*, 24 aprile 2014, con nota di Filippo Di Camillo.

Tribunale di Torino, sez. spec. propr. ind., 6 luglio 2012, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, consultabile su http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1352915897Trib%20Torino_luglio%202012_doping.pdf

Tribunale di Milano, ordinanza 13 luglio 2011, in *Giur. Comm.*, fasc. 1, 2013, p. 118.

Tribunale di Milano, 29 giugno 2011, in *Il Diritto di Autore*, 2011, p. 562. Testo completo su *DeJure*, Giuffrè.

Tribunale di Roma, 16 febbraio 2010, n. 3425, in *D. fam.*, 2011, p. 1734.

Tribunale di Roma, 29 settembre 2008, in *AIDA*, 2010, p. 1341.

Corte di Appello, Torino, 7 aprile 2006, in *I.D.A.*, 2006, p. 565.

Tribunale di Milano, sez. spec. propr. ind., 25 novembre 2004, in *A.I.D.A.*, XIV-2005, Rep. sist.-I.

Tribunale di Milano, 7 settembre 2004, in *Rivista Internet*, 2005, I, pp. 27 ss.

Corte di Appello, Milano, 11 dicembre 2002, in *IDA*, 2004, p. 224.

Tribunale di Napoli, 15 febbraio 2000, in *Giurisprudenza Napoletana*, 2000, p. 184.

Tribunale di Milano, ordinanza 29 gennaio 1996, in *I.D.I.*, 1996, n. 5, pp. 407 ss.

Corte di Appello, Roma, 24 maggio 1988, in *Riv. Dir. Autore*, 1998, pp. 590 ss.

Tribunale di Napoli, sez. pen., 27 maggio 1908, in *Giur. it.*, 1909, n.2, p.1.

GIURISDIZIONE STRANIERA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Corte di Giustizia UE, 3 SETTEMBRE 2014, causa C-201/13, in *www.curia.eu*.

Corte di Giustizia UE, 1 dicembre 2011, causa C 145/10, in *www.curia.eu*.

Corte di Giustizia UE, 3 settembre 2014, causa C-201/13, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2014, n. 2, p. 12.

Corti straniere

FRANCIA

Cour de cassation, sez. I civ., 13 novembre 2008, n. 06-19.021, in *Juris-Data* n. 2008-045778; JCP G 2009, II 10204.

Tribunale de Grande Instance, Paris, *Louis Vuitton Malletier SA v. N. Plesner*, 25 marzo 2008.

Cour de cassation, sez. I civ., 5 febbraio 2002, in *Bull. Civ.*, 2002, n. 46.

Tribunal de Grande Instance, Tarascon, 20 novembre 1998, in *Dalloz*, 2000, jurisp, pp. 128-129.

Trib. Grande Instance, Paris, 3 giugno 1988, in *Gaz. Pal.* 1998, *Somm.*, pp. 689 ss..

Cour d'Appel, Paris, 13 marzo 1986, in *Dalloz*, 1987, *Somm.*, p. 150.

STATI UNITI

CARIOU v. PRINCE, 11-1197 U.S. 2nd Circuit Court of Appeal, 25 aprile 2013.

MORRIS v. GUETTA, No. LA CV12-00684 JAK (RZX), U.S. District Court, Central District of California, 4 febbraio 2013.

CARIOU v. PRINCE , 784 F.Supp.2d 337 U.S. Court, Southern District of New York, 18 marzo 2011.

FAIREY et al. v. ASSOCIATED PRESS, No. 09-01123, U.S. District Court, Southern District of New York, 2010.

BLANCH v. KOONS, 467 F.3d 244 U.S. 2nd Circuit Court of Appeal, 26 ottobre 2006.

MATTEL v. WALKING MOUNTAIN PRODUCTIONS, 353 F.3d 792 9th Circuit Court of Appeal, 29 dicembre 2003.

CAMPBELL v. ACUFF-ROSE MUSIC INC., 510, U.S. 569, 7 marzo 1994.

ROGERS v. KOONS, 960 F.2d 301 U.S. 2nd Circuit Court of Appeal, 2 aprile 1992.

OLANDA

Corte de L'Aia, *Nadia Plesner v. Louis Vuitton Mallettier*, 4 maggio 2011.

Corte de L'Aia, *Louis Vuitton Mallettier SA v. N. Plesner*, 27 gennaio 2011.

BELGIO

Tribunale di Anversa, *Luc Tuymans v. Katrijn van Giel*, gennaio 2015.

NORMATIVA

NORMATIVA ITALIANA

Costituzione: in particolare artt. 21 - 33

Codice civile: in particolare artt. 7 - 1100 ss. - 1346 - 1422 - 1427 ss. - 1453 ss. - 1490 ss. - 2575/2583 - 2702

Codice penale: in particolare artt. 473 - 517 - 528 - 529 - 640

Decreto Legislativo 15 gennaio 2016, n. 8, *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67.*

Legge 28 dicembre 2015, n. 208, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016).*

Decreto legislativo 13 febbraio 2006, n. 118, *Attuazione della direttiva 2001/84/CE, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale.*

Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, *Codice della proprietà industriale, a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273.*

Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137.*

Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68, *Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.*

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 luglio 2001, n. 338. *Regolamento di esecuzione delle disposizioni relative al contrassegno della Società italiana degli autori e degli editori (S.I.A.E.) di cui all'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, come introdotto dall'articolo 10 della legge 18 agosto 2000, n. 248, recante nuove norme di tutela del diritto d'autore.*

Decreto Legislativo 12 aprile 2001, n. 164, *Disposizioni integrative al decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 95, recante attuazione della direttiva 98/71/CE sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli.*

Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 95, *Attuazione della direttiva 98/71/CE relativa alla protezione giuridica dei disegni e dei modelli.*

Legge 14 febbraio 1987, n. 60, *Armonizzazione della normativa in materia di brevetti per modelli e disegni industriali con le disposizioni dell'accordo dell'Aja del 6 novembre 1925, e successive revisioni, ratificato con legge 24 ottobre 1980, n. 744.*

Legge 20 novembre 1971, n. 1062, *Norme penali sulla contraffazione od alterazione di opere d'arte.*

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

Regio Decreto 25 agosto 1940, n. 1411, recante testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per modelli industriali (aggiornato con le modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 95 del 2 febbraio 2001).

Regio Decreto 29 giugno 1939, n. 1127, recante testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali.

NORMATIVA STRANIERA

NORMATIVA EUROPEA E INTERNAZIONALE

European Copyright Code, 26 aprile 2010.

Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 7 dicembre 2000 (in particolare art. 21.1).

Direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1998 sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli.

Wipo Copyright Treaty (WCT) e WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), 20 dicembre 1996.

Accordo TRIPs, *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994, in vigore il 1° gennaio 1995.

Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche (entrata in vigore 2 dicembre 1886), da ultimo riformata ad opera dell'Atto di Parigi del 24 luglio 1971, ratificato in Italia con Legge 20 giugno 1978 n. 399.

STATI UNITI

Copyright Act, 1976 (*an act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes*).

The Lanham (Trademark) Act, 5 luglio 1946.

REGNO UNITO

Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014/2356, 1 ottobre 2014.

Copyright, Designs and Patents Act, 15 novembre 1988 (*an act to restate the law of copyright, with amendments; to make fresh provision as to the rights of performers and others in performances; to confer a design right in original designs; to amend the Registered Designs Act 1949; to make provision with respect to patent agents and trade mark agents; to confer patents and designs jurisdiction on certain county courts; to amend the law of patents; to make provision with respect to devices designed to circumvent copy-protection of works in electronic form; to make fresh provision penalising the fraudulent reception of transmissions; to make the fraudulent application or use of a trade mark an offence; to make provision for the benefit of the Hospital for Sick Children, Great Ormond Street, London; to enable financial assistance to be given to certain international bodies; and for connected purposes*).

FRANCIA

Code de la propriété intellectuelle, entrato in vigore ad opera della legge 92-597 del 1 luglio 1992.

GERMANIA

Legge sul diritto d'autore e diritti connessi (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 1 gennaio 1966, 440-1

BELGIO

Legge sul diritto d'autore e diritti connessi, 30 giugno 1994 (Belgisch Staatsblad del 27 luglio 1994, pag. 19297).

OLANDA

Legge sul diritto d'autore e diritti connessi (Auteurswet -Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht), 1 novembre 1912.