Rassegna di Diritto della Moda e delle Arti

dottrina e giurisprudenza commentata

Rivista semestrale

Fasc. 2/2024

dirittomodaearti.it

ISSN 2785-6259

Rassegna di Diritto della Moda e delle Arti | dottrina e giurisprudenza commentata

Rassegna di diritto della moda e delle arti

Rivista semestrale

Direttore scientifico

Prof. Enrico Damiani

Comitato di direzione

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Andrea Barenghi (Università degli Studi del Molise), Laura di Bona (Università degli Studi Carlo Bo), Enrico del Prato (Università degli Studi di Roma La Sapienza), Romolo Donzelli (Università degli Studi di Macerata), Laura Marchegiani (Università degli Studi di Macerata), Sandro Nardi (Università degli Studi di Foggia), Barbara Pozzo (Università degli Studi dell' Insubria), Stefano Villamena (Università degli Studi di Macerata).

Comitato scientifico

Benedetta Agostinelli (Università Roma Tre), Luca Barchiesi (Università degli Studi di Macerata), Nathan Allix (Université Paris II Panthéon-Assas), Alessio Bartolacelli (Università degli Studi di Macerata), Giovanni Berti De Marinis (Università di Perugia), Charles-Edouard Bucher (Université de Nantes), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Ilaria Caggiano (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Francesca Cangelli (Università degli Studi di Foggia), Marta Cenini (Università dell' Insubria), Tommaso Dalla Massara (Università degli Studi di Roma Tre), Manuel Espejo Lerdo De Tejada (Universidad de Sevilla), Chiara Feliziani (Università degli Studi di Macerata), Francesco Gambino (Università degli Studi di Macerata); Fabrizio Marinelli (Università degli Studi dell' Aquila), Manuel Garcia Mayo (Universidad de Sevilla), Lucilla Gatt (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Juan Pablo Murga Fernández (Universidad de Sevilla), Guido Noto La Diega (University of Stirling), Andreas Rahmatian (University of Glasgow), Carmela Robustella (Università degli Studi di Foggia), Claudio Scognamiglio (Università degli Studi di Roma Tor Vergata), Antoine Touzain (Université Rouen-Normandie), Laura Vagni (Università degli Studi di Macerata), Camilo Zufelato (Universidade de São Paulo).

Comitato di redazione

Caporedattrici: Giorgia Vulpiani (Caporedattrice sezione moda – Università degli Studi di Macerata), Chiara Iorio (Caporedattrice sezione arte – Università degli Studi di Macerata).

Alessandro Berrettini (Università degli Studi di Camerino), Chantal Bomprezzi (Università di Bologna), Luca Antonio Caloiaro (Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza); Sara Cavagnero (Northumbria University), Maxime Cormier (Université Paris II Panthéon-Assas), Josephine Cuozzo (Università degli Studi di Roma La Sapienza); Martina D' Onofrio (Università degli Studi di Verona), Jeanne De Dinechin (Université Paris II Panthéon Assas) Francesca Ferretti (Università degli Studi di Camerino), Clémentine Hebrard (Université Paris II Panthéon-Assas), Eva Helesbeux (Université Paris II Panthéon Assas), Carlotta Ippoliti Martini (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Daria Onitiu (University of Edimburgh); Cristina Evanghelia Papadimitriu (Università degli Studi di Messina); Michele Spinozzi (Università Politecnica delle Marche); Maria Zinno (Università degli Studi di Roma La Sapienza).

Comitato di referaggio

Alessandra Dignani (Università di Macerata), Matilde D' Ottavio (Università Politecnica delle Marche), Francesca Guaricci (Università di Macerata), Miriam Larocca (Università di Camerino), Emanuele Montagna (Università di Camerino), Tanya Tiberi (Università di Macerata).

Registrazione presso il Tribunale di Macerata al n. 652/2022. Direttore responsabile: Lisa De Leonardis.

Editore: Associazione per la promozione dello studio e della ricerca in materie giuridiche, con sede in Macerata (MC), via Carducci n. 67

INDICE

SAGGI

DIRITTO CIVILE

LUCA BARCHIESI, *Note minime sull'argomentazione nell'interpretazione giuridica*……. 94

ARIANNA MACERATINI, *Diritti, tecnologie digitali e prospettive di pensiero per un patrimonio culturale sostenibile*…….….105

ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, *L'appropriation art, tra fair use americano e diritto d'autore italiano*……..……...125

ALESSANDRA DIGNANI, *Licita usura in Dante's time: notes on the legal evolution of an institution starting from Canto XVII of Inferno*……...146

ALICE SISINNO *Arte contesa e memoria condivisa: ripensare il significato della restituzione dei Bronzi del Benin*……...154

NOTE

ENRICO DAMIANI, *Brevi cenni sulla possibilità di ottenere giudizialmente l'accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte e sul presunto obbligo di ottenere da una fondazione l'inserimento della stessa nel catalogo dell'autore (Cass. civ. sez. I, 9 febbraio 2025, n. 3231)..* …….170

SAGGI

L'appropriation art, tra fair use americano e diritto d'autore italiano

ENRICO ANTONIO EMILIOZZI
Professore associato di diritto privato dell'Università degli Studi di Macerata

Il contributo si sofferma sulla questione dell'appropriation art, operando un confronto tra l'ordinamento giuridico italiano e l'ordinamento statunitense in tema.

The paper focuses on the issue of appropriation art, comparing the Italian legal system with the US legal system on this subject.

SOMMARIO: 1. L'*appropriation art* in Italia – 2. L'*appropriation art* in USA - 3. Il risarcimento del danno – 4. La responsabilità della galleria d'arte - 5. La responsabilità dell'Internet Service Provider – 6. Conclusioni

1. L'*appropriation art* costituisce uno stile dell'arte contemporanea che si basa sulla reinterpretazione di immagini preesistenti tratte dall'arte e dalla cultura di massa[1]. Proprio perché l'*appropriation art* si estrinseca necessariamente nella riproduzione di creazioni artistiche, sulle quali insiste un autonomo diritto d'autore, si è posto il problema di individuare quando l'opera costituisca manifestazione di un autonomo e distinto diritto d'autore, ovvero, rappresenti un illecito plagiario.

Il fenomeno dell'*appropriation art*, nel nostro ordinamento giuridico, deve inevitabilmente tener conto della disciplina sul plagio. In particolare occorre ricordare che l'art. 171, lett. a), l. l. 22 aprile 1941, n. 633, considera plagio il fatto di chi senza averne diritto, a qualsiasi scopo ed in qualsiasi forma, riproduce un'opera altrui.

Occorre inoltre ricordare che l'art. 1, l. 22 aprile 1941, n. 633, tutela l'opera dell'ingegno nella misura in cui risulti riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore[2].

La giurisprudenza italiana, quando si occupa di individuare le caratteristiche dell'opera dell'ingegno, al fine di delimitare la sfera di operatività delle norme sul diritto d'autore, offre pregevoli spunti al fine di

[1] Cfr. G. LIBERATI BUCCIANTI, *La cassazione su plagio artistico e arte informale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 989; A. DONATI, *Quando l'artista si appropria dell'opera altrui*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, p. 86; S. STABILE, *L'Appropriation art alla prova del diritto d'autore: l'orientamento della giurisprudenza internazionale e italiana*, in *IlSole24Ore*, 8 settembre 2015.
[2] Cass. 28 novembre 2011, n. 25173, in *DeJure*.

chiarire i limiti entro cui la tecnica dell'*appropriation art* possa essere considerata lecita ed anzi meritevole di protezione ai sensi della l. 633/1941. In particolare la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che riveste i caratteri della creatività non tanto l'idea in sé, bensì la forma attraverso la quale la prima riceve manifestazione[3]. Osserva, infatti, la Corte di cassazione che la creatività, nell'ambito delle 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»[4]. Illustra, in maniera esaustiva, la Corte di Cassazione[5], la differenza che sussiste tra l'opera creativa, che è ovviamente lecita, rispetto alla copia e rispetto alla contraffazione; quest'ultime ovviamente entrambe vietate. L'opera è copiata quando corrisponde integralmente a quella originale, cosicché l'autore realizza la riproduzione abusiva in senso stretto. Si ha contraffazione dell'opera precedente quando l'opera contraffatta presenta delle differenze oltre che somiglianze, ma

[3] Cass. 13 novembre 2025, n. 23292, in *DeJure*: <<Riguardo al requisito del carattere creativo è appena il caso di ricordare che la giurisprudenza di questa Corte ha già avuto occasione di chiarire che il concetto giuridico di creatività, cui fa riferimento la norma della L. n. 633 del 1941, ex art. 1, non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della Legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore, con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia. Tale creatività non è costituita dall'idea di per sè, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere d'autore, 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».

[4]) Cass. 28 novembre 2011, n. 25173, *cit.*: «a titolo di esempio, è ben possibile che opere pittoriche ritraggano lo stesso soggetto, ma le diverse modalità con cui questo viene ritratto rendono ciascuna opera frutto della creatività individuale di ciascun artista per cui ognuna è suscettibile di autonoma protezione. Analogamente, è possibile che un opera si ispiri alla trama od al contenuto di altra opera, ma la diversa espressione con cui questa viene rappresentata fa escludere la contraffazione della prima. Parimenti è possibile che un opera riprenda un particolare non significativo, secondario e minore di altra opera per trasformarlo ed inserirlo in un contesto del tutto diverso senza che in tal caso possa ritenersi sussistente alcuna contraffazione proprio perché la diversità con cui l'idea viene espressa attribuisce la titolarità della creazione ad un diverso soggetto. Nel caso di specie, l'originalità del libro fotografico va valutata non in ragione dell'idea consistita nell'illustrare brani letterari del viaggio di Goethe in Italia con foto dei luoghi descritti dallo scrittore bensì nel modo in cui detta idea è stata sviluppata e, cioè, in base ai brani letterari scelti ed alle foto utilizzate ai fini della illustrazione dei luoghi nonché nella scelta stessa dei luoghi. In tale contesto è ben possibile la pubblicazione di opere diversissime tra loro, in ragione dei vari brani letterari che possono essere scelti, dei diversi luoghi presi in esame e delle differenti foto dei luoghi stessi, ciascuna delle quali, in ragione di tale diversità di elementi espressivi, avrà una propria autonoma originalità»; Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 986, con nota di G. LIBERATI BUCCIANTI, *La cassazione su plagio artistico e arte informale*: «Non si parla, dunque, di plagio con riguardo all'idea su cui l'opera si fonda, non proteggendo la disciplina sul diritto d'autore l'idea in sé (ottenibile anche fortuitamente, come autonomo risultato dell'attività intellettuale di soggetti diversi e indipendenti), trovando invece esso il presupposto nell'identità di "espressione", intesa come forma attraverso la quale si estrinseca il contenuto del prodotto intellettuale, meritevole di tutela allorché rivesta il carattere dell'originalità e della personalità: le idee per sé stesse non ricevono protezione nel nostro ordinamento, ma è necessario che sia identico il modo in cui sono realizzate e cioè la forma esterna di rappresentazione».

[5] Cass. 28 novembre 2011, n. 25173, *cit.*

tuttavia i tratti essenziali che caratterizzano l'opera anteriore sono riconoscibili nell'opera successiva[6]. Pertanto, come rileva la giurisprudenza di legittimità: «L'elaborazione creativa si differenzia dalla contraffazione in quanto, mentre quest'ultima consiste nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto non di un apporto creativo, ma del mascheramento della contraffazione, la prima si caratterizza per un'elaborazione dell'opera originale con un riconoscibile apporto creativo»[7].

La Corte di Cassazione[8] ha stabilito i criteri che devono essere di volta in volta presenti affinché si possa definire un'opera come risultato dell'attività plagiaria. Infatti occorre che l'opera plagiaria non sia caratterizzata dal c.d. scarto semantico, «idoneo a conferirle rispetto all'altra un proprio e diverso significato artistico, in quanto abbia dall'opera plagiata mutuato il c.d. nucleo individualizzante o creativo»[9]. Pertanto si ha un'opera plagiaria nelle ipotesi in cui «l'autore del plagio si sia appropriato degli elementi creativi dell'opera altrui, ricalcando in modo pedissequo quanto da altri ideato ed espresso in forma determinata e identificabile»[10]. Il plagio non sussiste quando la nuova opera, pur sfruttando l'idea altrui, tuttavia, presenti differenze negli elementi essenziali che ne caratterizzano la forma espressiva[11].

La Corte di cassazione, pertanto, esclude la sussistenza del plagio «quando due opere, pur avendo in comune il c.d. spunto o motivo ispiratore, differiscano quanto agli ulteriori elementi caratterizzanti ed essenziali, permanendo viceversa il plagio anche quando esso sia "camuffato" (o "mascherato") mediante varianti solo apparenti»[12].

---

[6] Cass. 28 novembre 2011, n. 25173, *cit.* Cfr. A. MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche, in Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 2008, p. 262 ss.

[7] Cass. 28 novembre 2011, n. 25173, *cit.*

[8] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.

[9] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986. Sul significato da attribuire al c.d. scarto semantico, cfr. A. BUTICCHI, *La giurisprudenza recente e i nuovi fenomeni relativi all'arte contemporanea visti attraverso la lente comparativa: un confronto tra ordinamento italiano e anglosassone*, in *Riv. dir. ind.*, 2023, p. 45 ss. ed in particolare alla p. 63, l'Autore osserva che «soprattutto di fronte alle nuove forme di espressione, un approccio eccessivamente rigoristico nell'elaborazione di definizioni rischia di costituire una barriera all'accesso per la protezione di molte opere dell'arte contemporanea».

[10] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.

[11] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986: «la verifica va operata sulla base del riscontro delle difformità dalle caratteristiche essenziali, mentre non sono sufficienti originalità di mero dettaglio dell'opera plagiaria». Sul plagio, cfr. G. CASSANO e B. TASSONE, *La disciplina del plagio evolutivo tra effettività della tutela ed evoluzioni in tema di diritto morale d'autore: il caso del personaggio o del pupazzo di fantasia*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, p. 225 ss.; M.S. SPOLIDORO, *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 580; S. PARRELLO, *Osservazioni in tema di plagio musicale. Il caso "Zingara"*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, p. 270; E. BARNI, *Una sentenza storica: i principi relativi all'aspetto semantico della poesia possono escludere il plagio*, in *Il dir. d'aut.*, 2015, p. 384.

[12] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986, la quale osserva che il CTU, incaricato di verificare la sussistenza del plagio, «deve seguire una valutazione complessiva e sintetica, incentrata sull'esame comparativo degli elementi essenziali delle opere da confrontare, dovendosi cioè valutare il risultato globale o l'effetto unitario». Cfr. M.S. SPOLIDORO, *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, cit., p. 608: «Nella tutela del diritto patrimoniale, sicuramente sono plagiarie le opere e le riproduzioni che attualmente riducono il reddito dell'autore o il valore patrimoniale dell'opera sua; naturalmente lo sono anche quelle potenzialmente pregiudizievoli, purché tale potenzialità non sia così remota da escludere che il titolare abbia altri interessi, diversi da quelli morali, a interdire la riproduzione».

La giurisprudenza italiana si è occupata dal fenomeno dell'*appropriation art* in rare occasioni. Il primo caso noto di *appropriation art* che è stato esaminato dalla giurisprudenza, risulta essere quello che ha visto la Fondazione Giacometti agire in giudizio, davanti alla Sezione Proprietà industriale e intellettuale del Tribunale di Milano, nei confronti dell'artista John Baldessarri e della Fondazione Prada[13]. La Fondazione Giacometti è titolare, a titolo indiviso, del patrimonio costituito dalle opere del Maestro Giacometti ed ha quale scopo quello di proteggere, diffondere e promuovere l'opera del Maestro, «esercitando in particolare la sorveglianza di pubblicazioni, mostre o vendite, con tutte le azioni legali necessarie a detta tutela ("mezzi legali... sequestro e il ritiro di contraffazioni"), nonché di esercitare "la concessione della autorizzazione a pubblicare, riprodurre o esporre le opere o alcuni dei suoi elementi"»[14]. Nel caso specifico portato all'attenzione dell'autorità giudiziaria meneghina, l'artista John Baldessari aveva esposto presso la Fondazione Prada di Milano l'installazione dal titolo The Giacometti Variation costituito dalle riproduzioni realizzate dal Baldessari della *Grande Femme II* del Maestro Giacometti, corredate dall'aggiunta di alcune modifiche rappresentate essenzialmente dall'aver ingigantito e allungato la figura femminile, vestendola con abiti[15]. Il Tribunale di Milano ha escluso che nel caso specifico vi fosse il plagio, in quanto le opere di John Baldessarri non riproducono né si inspirano ad una o all'altra scultura del Giacometti (La grande femme II, III o IV), bensì «all'immagine in genere data dall'artista alla figura femminile, allungata, sottile, ieratica, semplice icona di un'astratta idea di donna, "scarnificata" per i rigori della guerra nella realizzazione di Giacometti, rivisitata da Baldessarri per rappresentare la donna moderna, indotta all'estrema magrezza dalla moda, con una sarcastica riflessione sul moderno corpo femminile e sui riti ed eccessi della moda»[16].

Il Tribunale di Milano argomenta la propria decisione muovendo dalla distinzione fra opera creativa e opera contraffatta. In particolare rileva che occorre «distinguere fra rivisitazione dell'opera di un artista al fine di rendere omaggio alla sua arte e di seguirne ed attuarne gli insegnamenti (creazione di una scuola, di una corrente, di una tendenza), ovvero di farne una rielaborazione (a fini di critica, di parodia e simili), dal caso in cui si realizza il plagio della opera. Nelle prime ipotesi indicate, infatti, si può ravvisare un'elaborazione creativa, originale ed autonoma, che manca invece nell'ultimo caso. L'elaborazione creativa si differenzia dalla contraffazione in quanto, mentre quest'ultima consiste nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto non di un apporto creativo, ma del mascheramento della contraffazione, l'elaborazione creativa si caratterizza per una

[13] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, in *DeJure*.
[14] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit*.
[15] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit*.
[16] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit*.

rivisitazione, una variazione, una trasformazione dell'opera originale mediante un riconoscibile apporto creativo. La consistenza di tale apporto deve essere apprezzata alla luce del rilievo che l'atto creativo riceve tutela, purché suscettibile di manifestarsi nel mondo esteriore, con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia. Ciò che rileva non è tanto la possibilità di confusione tra due opere, alla stregua del giudizio d'impressione utilizzato in tema di segni distintivi dell'impresa, ma la riproduzione illecita di un'opera da parte dell'altra, ancorché camuffata in modo tale da non rendere immediatamente riconoscibile l'opera originaria»[17].

L'opera dell'artista John Baldessarri che, come abbiamo già detto, nel caso concreto è rappresentata dalla utilizzazione di un'opera del Maestro Giacometti, tuttavia presenta modifiche idonee a manifestare una autonomia espressiva, che è diversa rispetto a quella che si trova nelle opere dello stesso Giacometti. Nell'opera di John Baldessarri si riscontra un apporto creativo che non può essere escluso solo dalla circostanza che l'opera derivi da un'opera preesistente, di altro autore[18]. Il carattere creativo dell'opera successiva, idoneo ad escludere la contraffazione, si deve ritenere ricorra anche nelle opere parodistiche[19], in quelle burlesche o ironiche, ma più in generale nelle opere che rivisitano un'opera altrui (non essendo necessario che ispirino ironia o inducano al riso, ben potendo suggerire messaggi diversi, anche tragici, critici o drammatici), purché producano una mutazione del senso dell'opera parodiata[20]. In sostanza, quindi, la contraffazione è esclusa quando l'opera d'arte venga utilizzata da un soggetto diverso dal suo autore per esprimere un messaggio artistico diverso[21].

---

[17] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit.*

[18] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit.*

[19] Sul significato di parodia cfr. Corte di Giustizia UE, grande sezione, 3 settembre 2014, n. 201, in *Diritto e giustizia*, 2014, fasc. 1, p. 47 ss., con nota di G. MILIZIA, *L'autore può vietare la parodia di una sua opera se essa ha fini razzisti e discriminatori*; in *Riv. dir. ind.*, 2016, p. 75 ss., con nota di F. BANTERLE, *L'umorismo è il miglior strumento di difesa: la nozione comunitaria di parodia per la Corte di Giustizia*: «l'articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che la parodia ha come caratteristiche essenziali, da un lato, quella di evocare un'opera esistente, pur presentando percettibili differenze rispetto a quest'ultima, e, dall'altro, quella di costituire un atto umoristico o canzonatorio. La nozione di parodia», ai sensi di detta disposizione, non è soggetta a condizioni in base alle quali la parodia dovrebbe mostrare un proprio carattere originale, diverso dalla presenza di percettibili differenze rispetto all'opera originale parodiata, dovrebbe poter essere ragionevolmente attribuita ad una persona diversa dall'autore stesso dell'opera originale, dovrebbe essere incentrata proprio sull'opera originale o dovrebbe indicare la fonte dell'opera parodiata. Ciò premesso, l'applicazione, in una situazione concreta, dell'eccezione per parodia, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29, deve rispettare un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi e i diritti delle persone indicate agli articoli 2 e 3 di tale direttiva e, dall'altro, la libertà di espressione dell'utente di un'opera protetta, il quale si avvalga dell'eccezione per parodia ai sensi del citato articolo 5, paragrafo 3, lettera k)».

[20] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit.*

[21] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit.*: «non può essere attribuito rilievo risolutivo alla maggior o minore imitazione dell'opera parodiata, anche se tale dato può contribuire alla valutazione e può costituire uno degli indici dell'apporto creativo realizzato dal secondo autore. È vero tuttavia che al fine della considerazione dell'opera derivata (sembra preferibile tale termine a quello, un po' riduttivo, di opera parodistica) 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, pur riproducendo - tanto o poco - l'opera originale e comunque ispirandosi a questa (nel caso in esame si afferma che Ba. ha inteso

Sulla base delle considerazioni sopra indicate la giurisprudenza ha escluso che l'artista John Baldessarri abbia contraffatto le opere dell'artista Giacometti, in quanto il primo ha modificato, in maniera consistente le opere del secondo, allungando le figure femminili ed aggiungendovi anche i vestiti, ed inoltre il Baldessarri ha voluto esprimere anche un proprio pensiero attraverso la magrezza della donna, per le esigenze della moda, che è diverso rispetto a quello del Maestro svizzero, il quale aveva rappresentato la donna magra per manifestare le privazioni conseguenti al conflitto bellico[22].

Un altro caso di *appropriation art* arrivato all'attenzione dell'autorità giudiziaria è quello che ha visto l'artista Gianfranco Sanguinetti, esponente italiano di spicco del movimento situazionista, lamentare, nei confronti di Samson Kambalu e della Biennale di Venezia, la violazione del diritto di riproduzione previsto dall'art. 13 L.A.; la violazione del diritto di esposizione e di distribuzione di cui all'art. 17 L.A.; lo sfruttamento economico delle copie vietato dall'art. 68 comma 6 L.A.; la violazione del diritto di pubblicazione per le opere inedite, secondo il disposto dell'art. 12 L.A[23]. In particolare il Sanguinetti rilevava che durante la manifestazione espositiva della Biennale di Venezia, sarebbe stata allestista l'installazione intitolata "Sanguinetti Breakout Area", in cui Samson Kambalu, artista del Malawi, avrebbe esposto, oltre a foto e disegni non di creazione del ricorrente, circa tremila fotografie tutte dichiaratamente ritraenti documenti, scritti, disegni e foto contenuti nell'archivio Sanguinetti esistente presso la biblioteca "Beinecke" e con l'avviso che detto materiale si sarebbe potuto maneggiare, fotografare e condividere on line dai visitatori della mostra.

Anche in questo caso il Tribunale ha escluso la contraffazione in quanto Samson Kambalu ha voluto esternare un proprio messaggio originale che è di critica nei confronti della corrente artistica di cui fa parte il Sanguinetti. Osserva, infatti, il Tribunale di Venezia che «Appare rilevante evidenziare che Samson Kambalu ha realizzato una istallazione articolata e complessa che non si riduce ad una mera esposizione di opere o parti di opere di Sanguinetti, senza autorizzazione alcuna, posto che detta installazione si fa veicolo di un messaggio creativo, originale ed autonomo chiaramente percepibile e che nel suo complesso, utilizzando il linguaggio del movimento situazionista in ragione dell'uso del détournement, dello scandalo

riprodurre una "Grand femme" come interpretata da Gi. e non nello specifico l'una o l'altra scultura del maestro), se ne discosti per trasmettere un messaggio artistico diverso. In questo ambito quindi si deve distinguere chi copia, riproduce illecitamente e quindi contraffà un'opera altrui e chi reinterpreta quest'opera al fine di tradurla in un'espressione artistica diversa, di per sé creativa e idonea a trasmettere un messaggio proprio».

[22] Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit.*: «La trasformazione pertanto sussiste, sia in senso materiale che concettuale, ed il risultato è un'opera creativa, dotata di un proprio autonomo valore artistico».

[23] Trib. Venezia, sez. spec. Impresa, 7 novembre 2015, in *Riv. dir. ind.*, 2018, p. 86, con nota di A. DONATI, *Quando l'artista si appropria dell'opera altrui*,

e della beffa, ha evidenziato la contraddizione tra la teorizzata lotta alla mercificazione dell'opera dell'intelletto propria dello stesso ricorrente e la messa in vendita delle opere da parte di Sanguinetti»[24].

2. La legislazione americana si occupa espressamente, mediante una norma contenuta nella legge sul diritto d'autore del 1976, del fenomeno dell'*appropriation art*, ed attraverso l'opera della giurisprudenza ha introdotto il c.d. *fair use test*, per stabilire in quali casi l'utilizzo di un'opera altrui protetta dal diritto d'autore sia lecita in quanto costituisca, a sua volta, una nuova opera d'arte. Gli elementi che si possono trarre dal par. 107 della legge sul diritto d'autore del 1976[25], da utilizzare quali parametri per valutare il c.d. *fair use*, sono: a) la finalità e la natura dell'uso dell'opera altrui (inclusa la valutazione se viene fatta per uso commerciale o, invece, per scopo educativo non lucrativo); b) la natura dell'opera; c) la quantità e l'estensione dell'opera protetta utilizzata e ripresa; d) l'effetto realizzato e cioè se l'opera successiva svilisca quella originale sul mercato[26].

La giurisprudenza americana si è occupata diverse volte dell'*appropriation art*, al fine di stabilire se si tratti di *fair use*, oppure, di violazione del diritto d'autore.

In un caso Jeff Koons aveva ripreso una fotografia di Rogers, nella quale apparivano due signori seduti su una panchina con in braccio quattro cuccioli di cane, al fine di utilizzarla come prototipo per la realizzazione di una scultura[27]. L'opera di Koons riproduceva esattamente i due signori seduti su una panchina, nonché - in braccio agli stessi - la c.d. stringa dei cuccioli (string of puppies), realizzando una

[24] Trib. Venezia, sez. spec. Impresa, 7 novembre 2015, *cit.*: «L'intera installazione ha la sua coerenza creativa e di messaggio di critica sarcastica chiaramente riferibile come proveniente da Kambalu e non può certo ridursi a mera contraffazione e plagio delle opere di Sanguinetti o di parti di esse, dovendosi rammentare che la presenza della creatività rammentata permette di ritenere integrata anche l'esimente della parodia, secondo quanto argomentato dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea n. 201 del 3.9.2014 (causa C-201/2013), essendo pacificamente riconosciuta la parodia medesima come diritto costituzionalmente garantito nell'ordinamento interno dagli artt. 21 e 33 Cost». Pertanto, conclude la corte di merito che «è dubbio che Samson Kambalu abbia plagiato o contraffatto l'opera di Sanguinetti, peraltro accessibile al pubblico presso la biblioteca che ha acquistato il materiale, posto che detta opera viene semplicemente rappresentata come immagine, senza alcun intento appropriativo del suo contenuto concettuale: l'immagine fotografica, nel contesto descritto, è semplicemente lo strumento con cui si esprime percettibilmente ed in modo riconoscibile dal fruitore l'opera iconografica creativa e nuova dell'autore dell'installazione, opera latrice del messaggio situazionista di critica sarcastica».

[25] Il par. 107 stabilisce: «*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 of copyright*».

[26] Cfr. Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011, *cit.*, il quale a proposito dell'ultimo criterio indicato nel testo come parametro per la verifica della ricorrenza del c.d. *fair use*, osserva che «La verifica va condotta a tale riguardo per accertare se la ripresa attuata svilisca l'opera originale sul mercato oppure risulti indifferente oppure addirittura la valorizzi perché finisca con l'offrirne una interpretazione che valga a diffonderla sul mercato ad un pubblico più vasto o a rinnovarne il messaggio espressivo».

[27] Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992), in *Columbia Law Review*, 1993, p. 1473, con nota di E. AMES, *Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation*.

scultura e connotandola di un cromatismo molto vivace. In questo caso i giudici hanno escluso il c.d. *fair use*, in quanto la scultura fatta realizzare da Koons, oltre a non contenere elementi aggiuntivi rispetto all'opera originaria, non costituiva neppure una parodia nei confronti dell'originale; semmai rappresentava una parodia nei confronti della società. L'assenza della parodia è stata desunta dalla mancanza di notorietà dell'opera originale e dalla mancata diffusione dell'opera originale da parte dell'artista che ne realizza la parodia.

In un altro caso[28] che vedeva sempre coinvolto Jeff Koons, il quale aveva riprodotto in un dipinto la fotografia di Blanch realizzata per una pubblicità di sandali di Gucci e raffigurante due piedi incrociati, calzati appunto da detti sandali, la giurisprudenza americana aveva escluso la contraffazione, a causa del c.d. *fair use*, poiché Jeff Koons aveva apportato alla sua opera sensibili modifiche rispetto alla foto di Blanch. Infatti dall'istruttoria della causa era emerso che il dipinto di Koons raffigurava ben quattro coppie di piedi e non più solo una coppia, alcune "vestite", altre prive di scarpe, su un fondo completamente diverso, ed altresì con un'inversione, perché la fotografia originaria rappresentava le punte dei piedi rivolte verso l'alto, mentre nell'opera pittorica queste si trovano rivolte verso il basso ed inoltre era raffigurato anche un tallone che non si vedeva nella fotografia originale. Pertanto per i giudici americani la modifica, nonché l'implementazione dell'originaria opera d'arte giustifica l'applicazione del c.d. *fair use*.

La giurisprudenza americana si è occupata anche delle opere di Richard Prince, al fine di verificare se con esse l'autore avesse violato la legge sul diritto d'autore vigente negli Stati Uniti, oppure, se fossero autonome opere d'arte connotate dal carattere dell'innovatività e, quindi, riconducibili al c.d. *fair use*.

I casi che vedono coinvolto Richard Prince[29] sono di particolare interesse, in quanto segnalano alcune incertezze della giurisprudenza americana sul c.d. *fair use*. Infatti nella causa Patrick Cariou v. Richard Prince, in primo grado, il tribunale distrettuale di New York ha ribadito che affinché nella "appropriation art" vi sia un lavoro originale, degno di protezione alla luce del diritto d'autore, è necessario che ricorra il c.d. *fair use*, cioè che l'opera oltre ad essere una satira della società materialistica, sia anche una parodia, un commento, una reinterpretazione dell'opera originale. Nel caso specifico il giudice di primo grado aveva escluso il c.d. *fair use* in quanto mancava il carattere di commento o parodia delle opere derivate rispetto a quelle originali. La decisione è stata ribaltata in appello in cui la Corte competente ha affermato che la mancanza di parodia della nuova opera rispetto alla originale non è sufficiente ad escludere che la

[28] Blanch v. Koons 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006), in *LexisNexis*.
[29] Patrick Cariou v. Richard Prince, Corte Distrettuale USA, Southern District di New York, decisione del 18.3.2011.

prima sia espressione del c.d. *fair use*, in quanto è sufficiente che la nuova opera presenti elementi di diversità che consentano di collocarla in posizione di piena autonomia rispetto a quella originale.

3. La violazione del diritto d'autore può rappresentare un danno ingiusto, rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c., per il cui risarcimento occorre la sussistenza di tutti gli elementi previsti dalla norma[30].

La violazione del diritto d'autore perfeziona la prova dell'esistenza del danno da lucro cessante ed il danneggiato è gravato esclusivamente dell'onere di provare l'entità del danno[31].

L'art. 158, l. 633/1941 ha previsto la risarcibilità del danno sofferto dal titolare del diritto d'autore[32]. Infatti ai sensi dell'art. 158, comma 1, l. 633/1941: «Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione». Il secondo comma dello stesso articolo stabilisce i criteri che il giudice deve utilizzare al fine di liquidare il danno. In particolare si stabilisce 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».

Il rinvio contenuto nel secondo comma dell'art. 158, l. 633/1941 ai criteri di liquidazione del danno previsti dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. è ritenuto pleonastico, in quanto serve solo a manifestare espressamente l'esigenza di osservare le regole comuni in materia di liquidazione del danno, di nesso di causalità, nonché di liquidazione equitativa e concorso del fatto dello stesso debitore[33]. Il rinvio all'art. 2056 c.c., quale criterio di liquidazione del danno, introduce il parametro dell'equo apprezzamento delle circostanze del caso, presente anche nell'art. 1226 c.c.[34], al quale si aggiunge però un ulteriore parametro, rappresentato dagli utili realizzati in violazione del diritto[35]. Oltre al criterio degli utili ricavati

[30] Trib. Torino, sez. spec. Impresa, 10 marzo 2021, n. 1223, in *DeJure*.
[31] Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, in *DeJure*.
[32] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, in *Foro it.*, 2021, I, c. 3519 ss.; Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, *cit.*
[33] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3519 ss.; Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, *cit.*
[34] Cfr. Cass. 25 gennaio 2021, n. 1469, in *DeJure*, la quale ha stabilito che «l'esercizio, in concreto, del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa non è suscettibile di sindacato in sede di legittimità quando la motivazione della decisione dia adeguatamente conto dell'uso di tale facoltà, indicando il processo logico e valutativo seguito».
[35] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3519 ss.; Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, *cit.*

dall'usurpatore dell'opera altrui[36], protetta dal diritto d'autore, il secondo comma dell'art. 158, l. 633/1941, prevede la possibilità di compiere una liquidazione 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[37].

La giurisprudenza di legittimità ha posto in evidenza la circostanza, a proposito della liquidazione del danno, che l'art. 158, comma 2, l. 633/1941 «prevede quindi due criteri alternativi, iscritti entrambi nella cornice di una liquidazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., anche se non è scandito esplicitamente un ordine rigido di preferenza fra i due criteri, l'espressione utilizzata dal Legislatore ("quanto meno") sta ad indicare che il criterio del cosiddetto "prezzo del consenso" di cui al terzo periodo del comma 2, (detto anche della "royalty virtuale") rappresenta una soglia minima della liquidazione» ([38]). Tale duplicità di criteri di liquidazione del danno ha fatto pensare alla giurisprudenza che essi «si pongono come cerchi concentrici, in cui il secondo permette una liquidazione minimale, mentre il primo, che associa nella funzione risarcitoria anche una componente deterrente e dissuasiva, permette di attribuire al danneggiato i vantaggi economici che l'autore del plagio abbia in concreto conseguito, certamente ricomprendenti anche l'eventuale costo riferibile all'acquisto dei diritti di sfruttamento economico dell'opera, ma ulteriormente aumentati dei ricavi conseguiti dal plagiario sul mercato»[39]. Si deve ritenere che l'espressione «quanto meno», contenuta nello stesso art. 158, comma 2, l. 633/1941, lasci trasparire la volontà del

[36] Sulla diversità di tale criterio rispetto a quello sulla retroversione degli utili previsto dall'art. 125 c.p.i., cfr. Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, *cit.*: «Anche l'art. 158 l.d.a., al pari dell'art. 125 c.p.i., è stato oggetto di novellazione ad opera del D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140, art. 5, ossia del decreto attuativo della Direttiva enforcement, che in effetti si riferiva non solo al settore dei diritti di proprietà industriale ma a tutta la proprietà intellettuale, incluso il diritto d'autore. La difformità testuale delle due norme (art. 125 c.p.i. e art. 158 l.d.a.) che pure sono state oggetto di intervento ad opera dello stesso D.Lgs. n. 1410 del 2006, in attuazione della Direttiva 2004/48 è evidente; tra l'altro, è stato notato che solo l'art. 158 l.d.a. richiama l'art. 2056 c.c.; l'art. 158 fa riferimento agli "utili realizzati in violazione del diritto", mentre l'art. 125 c.p.i. menziona i "benefici realizzati dall'autore della violazione"; il solo art. 125, richiama quale ulteriore elemento di valutazione del danno "le conseguenze economiche negative"; i danni morali debbono essere liquidati nell'art. 125 nei casi appropriati, mentre l'art. 158, li afferma "altresì dovuti" senza alcuna distinzione … Si è perciò di fronte a una consapevole e deliberata scelta differenziatrice adottata dal legislatore del 2006, che ha ritenuto che non fosse il caso di introdurre nel sistema rimediale delle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi quella più drastica tutela restitutoria che ha invece giudicato opportuna in materia di diritti di proprietà industriale e ha considerato invece sufficiente e adeguato un sistema più elastico e flessibile, modulabile caso per caso, in cui i profitti realizzati dall'autore della violazione giocano come elemento concorrente di valutazione. Tale scelta, poi, non appare affatto irrazionale, ove si consideri, da un lato, che i diritti di proprietà industriale sono attribuiti in base a un titolo e altresì soggetti a regimi di pubblicità legale, a differenza dei diritti sulle opere dell'ingegno e, dall'altro, che le controversie in tema di violazione di diritti di proprietà industriale coinvolgono, almeno normalmente, due imprese in concorrenza sul mercato, a differenza di quelle in tema di opere dell'ingegno, ove tale connotazione imprenditoriale è del tutto eventuale».

[37] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3519 ss.; Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, *cit.*

[38] Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, *cit.* Analoghe considerazioni, in precedenza, si rinvengono in Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3519 ss.

[39] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3519 ss.

legislatore di scegliere il c.d. prezzo del consenso come il criterio che assicuri una soglia minima di liquidazione del danno[40].

Il criterio preferenziale[41] della liquidazione del danno rappresentato dalla retroversione o reversione degli utili si basa sul calcolo dei profitti che l'autore della violazione del diritto d'autore abbia ottenuto, come conseguenza immediata e diretta dello sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno altrui[42]. L'uso della formula «quanto meno» nell'art. 158, comma 2, l. 633/1941, dimostra appunto che i due criteri risarcitori, indicati nella norma, oltre ad essere alternativi, sono posti in un ordine preferenziale che vede in posizione privilegiata il criterio della retrocessione degli utili, in quanto considerato idoneo a consentire di raggiungere la finalità di un risarcimento effettivo e proporzionalmente adeguato a favore del titolare del diritto d'autore[43].

I profitti che devono essere retrocessi a favore dell'autore dell'opera sono però solo quelli che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'illecito, come si ricava dall'art. 1223 c.c., a cui rinvia l'art. 158, comma 2, l. 633/1941. La limitazione dei danni risarcibili a quelli che sono conseguenza immediata e diretta dell'illecito postula che nell'attività di liquidazione si deve fare applicazione dei c.d. fattori di moderazione dei profitti, i quali sono rappresentati dai costi sostenuti dal plagiario e dalla frazione di utile derivante da fattori estranei[44]. Pertanto, come ha stabilito la Corte di cassazione, nella liquidazione dei danni patrimoniali, occorre detrarre dall'utile lordo conseguito dall'usurpatore, i costi

---

[40] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520.

[41] Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, in *cit.*: «il criterio del prezzo del consenso ha natura sussidiaria e residuale. In tal senso si impone una interpretazione del diritto nazionale armonizzata con la Direttiva Europea che per le violazioni dolose o colpose pretende che l'entità del risarcimento da riconoscere al titolare tenga conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali la perdita di guadagno subita dal titolare dei diritti o i guadagni illeciti realizzati dall'autore della violazione e considera solo come alternativa – da esperirsi ad esempio, in caso di difficoltà di determinazione dell'importo dell'effettivo danno subito – la parametrazione dell'entità del risarcimento alla royalty virtuale».

[42] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520. Sulla reversione degli utili, cfr. D. SCARPA, *Reversione dell'utile tra istanze industriali e evoluzione del sistema della responsabilità civile*, in *Riv. dir. ind.*, 2022, p. 209 ss.

[43] Cass. 13 dicembre 2021, n. 39762, *cit.*: «In tema di diritto d'autore, il risarcimento del danno da lucro cessante spettante al titolare del diritto violato deve essere completo ed effettivo e deve essere liquidato in via preferenziale dal giudice ai sensi dell'art. 158, comma 2, l.d.a., interpretato in conformità all'art. 13 della Direttiva 29.4.2004 n. 48 – 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, con equo apprezzamento di tutte le circostanze del caso e tenendo anche conto degli utili realizzati in violazione del diritto e solo, in via sussidiaria e residuale, nei casi in cui ciò non sia possibile o riesca disagevole, in via forfettaria sulla base 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 (cosiddetto prezzo del consenso)». Inoltre cfr. Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 987: «la quantificazione del danno subito dal titolare del diritto di utilizzazione economica di un'opera, di cui sia rimasto accertato il plagio, avviene da parte del giudice facendo uso del "potere-dovere di commisurarlo, nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dall'attività vietata, che assurge ad utile criterio di riferimento del lucro cessante, segnatamente quando esso sia correlato al profilo del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo». Concludono, pertanto, i giudici di legittimità: «proprio quando … tra prodotto originale e prodotto plagiario sussista una notevole differenza di prezzo, tale da non consentire di ritenere con necessaria certezza che il numero di prodotti venduti corrisponda ad un identico numero di prodotti originali non venduti, il danno patrimoniale risarcibile può essere individuato tenendo quanto meno conto degli utili realizzati».

[44] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520.

sopportati direttamente ricollegati allo sfruttamento illecito ed i proventi esclusivamente derivanti dall'autonomo contributo del plagiario[45]. Si può affermare quindi, per quanto riguarda la liquidazione del danno, nella materia in esame, che «Non sarebbe correttamente determinato, così, il quantum risarcitorio ex art. 158 L. Aut., laddove fossero automaticamente attribuiti e riversati in favore del soggetto leso tutti i ricavi conseguiti, e ciò sotto un duplice profilo: perché dai ricavi devono essere detratti i costi, al fine di individuare ciò che costituisca il profitto o guadagno; perché dai ricavi va scomputato quanto non sia attribuibile tanto al valore dell'opera plagiata in sé, quanto, invece, alla autonoma capacità dei soggetti responsabili del plagio di condurla al successo, la quale non è un frutto dell'illecito. Una liquidazione che, al contrario, non tenesse conto di tali elementi violerebbe il disposto dell'art. 158 L. aut., il quale mira ad attribuire unicuique suum, non ad arricchire chi, per sorte, si trovi ad aver subito un plagio; fermo restando che, sotto il profilo del danno morale d'autore, esso sarà automaticamente risarcito, indipendentemente dall'esistenza e dall'entità di un danno patrimoniale da sfruttamento dell'altrui opera dell'ingegno»[46].

Stabilisce, pertanto, la Corte di cassazione che «quello della retroversione degli utili in tema di diritto d'autore – che è criterio indubbiamente più favorevole al danneggiato, in quanto costituente il cerchio di maggior raggio nel risarcimento del danno – resti nondimeno criterio ancorato alla regola della necessaria derivazione causale ex art. 1223 c.c., dal fatto illecito: ciò vuol dire che la somma, così come accertata quale ricavo per le vendite dell'opera realizzato dal responsabile, deve essere depurata, da un lato, dei costi sopportati dal medesimo ai fini di quelle vendite, e, dall'altro lato, dell'autonomo contributo al successo dell'opera, così come realizzata e diffusa sul mercato dall'autore o dagli autori dell'illecito, per quanto tale successo dipenda dal lancio, propiziato dalla notorietà dell'interprete e dalle concrete capacità esecutive ed evocative del medesimo, tali da suscitare l'interesse del pubblico»[47].

---

[45] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520.

[46] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520: «il danno patito non può essere rapportato all'intero utile percepito, ma i proventi debbono essere depurati dalla quota percentuale dipendente da fattori riconducibili allo stesso utilizzatore terzo, per evitare di determinare, nel giudizio equitativo, un'attribuzione patrimoniale eccedente la correlazione causale con la ritenuta responsabilità».

[47] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520: «Quanto al profilo dell'autonomo contributo al successo dell'opera, è necessario accertarlo ad opera del giudice del merito, anche con la prova presuntiva, tenendo conto di indicatori quanto più obiettivi: come le vendite realizzate dal responsabile entro un periodo di tempo che possa reputarsi "significativo" e sufficientemente esteso, se del caso pure valutando il successo conseguito con altre opere, e ciò in comparazione con quello dello stesso autore dell'opera plagiata, nel medesimo lasso temporale considerato, sia pure sfalsato nel tempo l'uno dall'altro. Dal raffronto di tali e di altri elementi sarà possibile calcolare la percentuale da sottrarre perché, in via di prova presuntiva, riconducibile non all'opera in sé, ma al pregio ed al valore della rielaborazione ed interpretazione del secondo esecutore».

È l'autore del plagio ad avere l'onere di dimostrare e quindi di fornire la prova dei costi che ha sostenuto e, quindi, il relativo ammontare deve essere considerato in diminuzione rispetto all'utilità economica conseguita dall'usurpazione dell'opera altrui[48].

Il risarcimento del danno sofferto dal plagiato segue le regole generali in materia di onere della prova e, pertanto, ai sensi dell'art. 2697 c.c., è su chi pretenda di ottenere il ristoro del danno subito a gravare l'onere non solo di provare la ricorrenza, nella fattispecie concreta, degli elementi costitutivi dell'illecito civile, ex art. 2043 c.c., ma anche l'entità del danno sofferto[49]. La giurisprudenza di legittimità[50], tuttavia, ritiene che dalla tutela del diritto d'autore, derivi che la relativa violazione integri di per sé la prova della esistenza del danno, restando a carico del titolare del diritto medesimo solo l'onere di dimostrarne l'entità.

L'art. 158, comma 2, l. 633/1941, come abbiamo già rilevato, indica anche un ulteriore criterio, sussidiario rispetto a quello illustrato, rappresentato dal riferimento al prezzo di mercato per la cessione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera. Come osserva la giurisprudenza di legittimità: «Tale criterio va inteso come individuazione, pur sempre in via di prognosi postuma, del presumibile valore sul mercato del diritto d'autore de quo, nel tempo della operata violazione»[51]. Precisa la Corte di cassazione che quest'ultimo criterio si basa su «di una valutazione media ed ipotetica, che esperti del settore potranno operare, sempre tenuto conto dei prezzi nel settore specifico, dell'intrinseco pregio dell'opera, dei guadagni dalla medesima conseguiti nel periodo di legittima utilizzazione da parte dell'autore medesimo per il tempo in cui ciò sia avvenuto, e di ogni altro elemento del caso concreto»[52].

---

[48] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520: «Quanto ai costi occorre, in particolare, che l'autore del plagio fornisca elementi concreti di calcolo, quali i bilanci, le scritture contabili, i contratti conclusi con i terzi, quali agenzie pubblicitarie e canali di comunicazione, ed ogni altro elemento utile allo scopo. La quantificazione dell'importo, da detrarre a titolo di costi sostenuti, deve fondarsi su documenti e prove, il cui onere di produzione e deduzione grava in definitiva sui danneggianti, con l'ausilio, ove occorra, degli accertamenti disposti d'ufficio mediante idonea c.t.u., la quale dia conto dell'incidenza media dei costi sui ricavi nel settore del mercato considerato».

[49] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520: «È vero, infatti, che l'onere di provare il danno sofferto, secondo la fattispecie dell'art. 2043 c.c. – di cui l'art. 158 L. aut. costituisce speciale espressione – grava sulla parte che agisce per il riconoscimento del suo diritto, ai sensi dell'art. 2697 c.c.; peraltro, posto che l'art. 158 L. aut. indica espressamente il parametro, su cui fondare la liquidazione equitativa del danno, consistente negli utili conseguiti dal responsabile dell'illecito grazie all'utilizzo indebito dell'opera altrui, sarà possibile individuare nel modo meglio approssimativo possibile il profitto conseguito – e, dunque, l'importo da traslare – mediante la produzione di bilanci e scritture contabili, offerti dai danneggianti secondo il principio della vicinanza della prova, o mediante l'espletamento di idonea c.t.u. Resta fermo, secondo i principi consolidati, che l'inosservanza dell'ordine di esibizione di documenti, la cui produzione sia stata ordinata dal giudice ai danneggianti ai sensi dell'art. 210 c.p.c., integra un comportamento dal quale si può, nell'esercizio dei poteri discrezionali, desumere argomenti di prova ex art. 116 c.p.c., comma 2».

[50] Cass. 13 dicembre 2021, n. 39763, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, p. 1185: «In tema di diritto d'autore, la violazione del diritto d'esclusiva che spetta al suo titolare costituisce danno in re ipsa, senza che incomba al danneggiato altra prova del lucro cessante che quella della sua estensione, a meno che l'autore della violazione fornisca la dimostrazione dell'insussistenza, nel caso concreto, di danni risarcibili, e tale pregiudizio è suscettibile di liquidazione in via forfettaria con il criterio del prezzo del consenso di cui alla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 1528, comma 2, terzo periodo, che costituisce la soglia minima di ristoro».

[51] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520.

[52] Cass. 29 luglio 2021, n. 21833, *cit.*, c. 3520.

Si ritiene risarcibile anche il c.d. danno morale per violazione dell'art. 171, comma 1, lett. a), a-bis); dell'art. 171-ter, comma 1, lett. a), b) e art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), b) e c) della Legge sul Diritto d'Autore. La violazione delle norme penali, con conseguente commissione di fatti di reato, costituisce una condotta causatrice del danno non patrimoniale, risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. Ciò è espressamente confermato dall'ultimo comma dell'art. 158, l. 633/1941, il quale stabilisce che il titolare del diritto d'autore, nel caso di lesione, ha diritto al risarcimento anche dei danni non patrimoniali, ai sensi dell'art. 2059 c.c.

4. La giurisprudenza di legittimità ha stabilito che nella ipotesi di violazione dei diritti patrimoniali e morali d'autore, la responsabilità grava non solo sul soggetto plagiario, ma anche su tutti coloro che, in qualche modo, hanno dato un contributo rilevante alla produzione dell'illecito[53]. La responsabilità a carico di colui che abbia plagiato l'opera altrui, nonché di tutti coloro che abbiano concorso alla produzione dell'evento, si basa sull'art. 2055 c.c. e, pertanto, è una responsabilità solidale.

In base alle precisazioni sopra svolte si deve ritenere che, in caso di plagio, la responsabilità gravi anche sui soggetti che abbiano commercializzato le opere nell'ambito della propria attività imprenditoriale, come, ad esempio, «la galleria d'arte, che le abbia esposte e vendute, sia in via diretta, sia mediante il veicolo della c.d. televendita»[54].

La responsabilità della galleria d'arte per aver messo in vendita l'opera plagiaria è una responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., ma non è una responsabilità oggettiva. A carico della galleria, pertanto, si può immaginare solo una responsabilità colposa che deriva dalla violazione del dovere fondamentale di diligenza previsto dall'art. 1176 c.c.[55]. Ha stabilito la Corte di cassazione che si tratta di tutt'altro «che un'imputazione non consentita di responsabilità oggettiva, ma accertamento compiuto di una responsabilità colpevole per l'inadempimento ai doveri di diligenza gravanti sul gallerista d'arte, in ragione della natura dell'attività esercitata»[56].

La responsabilità non oggettiva della galleria d'arte postula che la richiesta del risarcimento del danno da parte del titolare del diritto d'autore debba essere suffragata, tra l'altro, dalla prova, almeno, della colpa del gallerista, la quale si può dire sussista in tutte le ipotesi in cui abbia contribuito alla messa in commercio di opere false senza aver adottato la specifica diligenza professionale[57].

---

[53] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.
[54] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.
[55] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.
[56] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.
[57] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.

A sostegno della teoria che sostiene la responsabilità del gallerista viene indicato anche l'art. 64, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio), il quale «pone a carico di chi esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini del commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere (fra l'altro) di pittura l'obbligo di consegnare all'acquirente gli attestati di autenticità e di provenienza, o, in mancanza una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili al riguardo. Tale previsione vale tanto più ad evidenziare la particolare professionalità e serietà che si richiede a chi svolge una simile attività, con la correlata fiducia in essi riposta»[58].

5. L'opera potrebbe essere diffusa al pubblico attraverso l'uso delle piattaforme internet. In questo caso, occorre ricordare che la responsabilità del gestore della piattaforma internet, messa a disposizione degli utenti, era stata prevista e disciplinata per la prima volta dall'art. 14 della direttiva 2000/31/CE[59]. Il primo paragrafo dell'art. 14 della direttiva stabiliva che «Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso»[60].

Il legislatore italiano ha dato esecuzione alla direttiva mediante l'art. 16, d.lgs. 70/2003, il quale prevedeva che «Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni, memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per

[58] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, *cit.*, p. 986.

[59] Cfr. G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di S. Sica e P. Stanzione, Milano, 2002, p. 368; G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli internet service providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 832 ss.; O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in AIDA, 2007, p. 367 ss.; L. GUIDOBALDI, *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Dir. Inf.*, 2010, p. 278 ss.

[60] In base al paragrafo n. 2 dell'art. 14, direttiva 2000/31/CE, il primo paragrafo della norma non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. Inoltre, a tutela del danneggiato, il terzo paragrafo della norma stabilisce che «Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime»

quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso»[61].

Attualmente la materia risulta disciplinata dall'art. 6 (Memorizzazione di informazioni), Regolamento UE, 19 ottobre 2022, n. 2065, meglio conosciuto come *Digital Service Act*. L'art. 6, paragrafo 1, del citato Regolamento stabilisce che «Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore del servizio non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure b) non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi»[62]. Aggiunge il secondo paragrafo del medesimo articolo 6 che l'esonero di responsabilità di cui al paragrafo precedente non trova applicazione se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore[63]. Al fine di rendere più efficace possibile la tutela del titolare del diritto, pregiudicato dalla diffusione, operata da altri, di materiale, incluse opere d'arte oggetto di plagio, l'ultimo paragrafo dell'art. 6 del Digital Service Act stabilisce che oltre al rimedio

[61] L 'art. 16, d.lgs. 70/2003 è stato abrogato dall'art. 3, comma 4, d.lgs. 25 marzo 2024, n. 50.

[62] Sulla applicabilità del regolamento alla diffusione di immagini tutelate dal diritto d'autore, cfr. il considerando n. 12 dello stesso Regolamento: «Per conseguire l'obiettivo di garantire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile, ai fini del presente regolamento il concetto di "contenuto illegale" dovrebbe rispecchiare ampiamente le norme vigenti nell'ambiente offline. In particolare, il concetto di "contenuto illegale" dovrebbe essere definito in senso lato per coprire anche le informazioni riguardanti i contenuti, i prodotti, i servizi e le attività illegali. Tale concetto dovrebbe, in particolare, intendersi riferito alle informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che le norme applicabili rendono illegali in considerazione del fatto che riguardano attività illegali. Tra queste figurano, a titolo illustrativo, la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione non consensuale illegale di immagini private, il cyberstalking (pedinamento informatico), la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, la vendita di prodotti o la prestazione di servizi in violazione della normativa sulla tutela dei consumatori, l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore, l'offerta illegale di servizi ricettivi o la vendita illegale di animali vivi. Per contro, un video di un testimone oculare di un potenziale reato non dovrebbe essere considerato un contenuto illegale per il solo motivo di mostrare un atto illecito quando la registrazione o la diffusione di tale video al pubblico non è illegale ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione. A tale riguardo è irrilevante che l'illegalità delle informazioni o delle attività sia sancita dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione e quale sia la natura esatta o l'oggetto preciso della legge in questione».

[63] Inoltre, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 6, Digital Service Act: «Il paragrafo 1 non si applica in relazione alla responsabilità prevista dalla normativa in materia di protezione dei consumatori per le piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, qualora tali piattaforme online presentino informazioni specifiche o rendano altrimenti possibile l'operazione specifica in questione in modo tale da indurre un consumatore medio a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell'operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo».

risarcitorio, ogni Stato membro ha la possibilità di prevedere che un'autorità giudiziaria o amministrativa esiga che il prestatore del servizio impedisca o ponga fine alla violazione.

La giurisprudenza, seppure con riferimento alla disciplina previgente (art. 16, d.lgs. 70/2003), ha efficacemente illustrato i presupposti che esonerano l'hosting provider da responsabilità. Infatti per l'esonero da responsabilità occorre: «a) non solamente che il provider non abbia memorizzato o contribuito a memorizzare i contenuti audiovisivi de quo; 2) ma anche che sia ignaro del contenuto e della conseguente violazione dei diritti di proprietà, sfruttamento commerciale e d'autore. 3) Con l'ulteriore obbligo che, appena a conoscenza di ciò, deve intervenire per far cessare la messa a disposizione abusiva dei contenuti di proprietà altrui»[64]. Pertanto la giurisprudenza ritiene che «Il provider, per non rispondere dell'illecita diffusione del programma, secondo la generale disciplina degli artt. 2043 segg. cod. civ. e dell'art. 2598 cod. civ., deve svolgere un'attività puramente tecnica, automatica e passiva, situazione che implica che egli non conosca né controlli le informazioni trasmesse o memorizzate. Qualora invece, l'hosting conosca e controlli i contenuti trasmessi dagli utenti, o addirittura li ordini e organizzi (ad esempio intervenendo per la predisposizione o l'ottimizzazione delle modalità di reperimento dei programmi illeciti) risponderà ai sensi della suddetta normativa»[65].

Si deve distinguere, pertanto, due tipi di ISP: quello attivo e quello passivo, i quali diventano potenzialmente fonte di due diverse fattispecie di responsabilità[66]. Il primo è il provider che abbia svolto una qualsiasi attività di memorizzazione del contenuto illecito, la cui responsabilità discende dallo svolgimento dell'attività stessa. La giurisprudenza ha avuto cura di precisare che è hosting provider attivo quello che abbia svolto una condotta attiva, rappresentata ad esempio dalle «attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure

[64] Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 22 gennaio 2021, in *DeJure*. Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, in *Dir. inf.*, 2019, p. 500 ss., con nota di C. NOVELLI, *La Cassazione su responsabilità del provider e contenuto della notifica*; in *DeJure*: «Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità dell'hosting provider, prevista dal D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 16, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure aliunde; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere».

[65] Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 22 gennaio 2021, *cit.* Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*, p. 500 ss.: «La distinzione tra hosting provider attivo e passivo può, a ben vedere, agevolmente inquadrarsi nella tradizionale teoria della condotta illecita, la quale può consistere in un'azione o in un'omissione, in tale ultimo caso con illecito omissivo in senso proprio, in mancanza dell'evento, oppure, qualora ne derivi un evento, in senso improprio; a sua volta, ove l'evento sia costituito dal fatto illecito altrui, si configura l'illecito commissivo mediante omissione in concorso con l'autore principale. La figura dell'hosting provider attivo va ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso».

[66] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati»[67]. Pertanto «La figura dell'hosting provider attivo va ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso»[68].

Il secondo (ISP passivo), invece, è esente da responsabilità fino a quando non venga a conoscenza di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti (art. 6, par. 1, Digital Service Act)[69]. Deve essere rilevato che ai sensi dell'art. 6 del Regolamento europeo la responsabilità dell'hosting provider passivo diviene attuale solo in presenza di una illiceità manifesta, che sia riscontrabile, cioè, senza particolare difficoltà, alla stregua della diligenza professionale da lui esigibile[70]. Ciò sembra circoscrivere la responsabilità solo ai casi di dolo o colpa grave dell'hosting provider[71].

Si ritiene che sussista la responsabilità dell'ISP tutte le volte in cui sia raggiunta la prova che l'organizzazione del sito ed in particolare i canali di ricerca del medesimo, sono organizzati in modo tale da consentire e facilitare la selezione ed il raggruppamento dei contenuti illecitamente memorizzati, in modo tale da agevolare il relativo reperimento da parte degli utenti[72].

Inoltre la responsabilità dell'Internet Service Provider si deve ritenere sussista tutte le volte in cui, pur non svolgendo alcuna attività, tuttavia sia venuto a conoscenza, in qualsiasi modo, della illiceità di ciò che viene memorizzato e, quindi, sia consapevole, ovvero, abbia anche solo il sospetto che l'immagine costituisca il risultato di plagio. Rileva, tra l'altro la giurisprudenza di merito, che «la normativa, sia europea che italiana, è chiara nell'indicare precise condizioni di controllo e vigilanza da parte dell'hosting provider, per cui una semplice "neutralità", che sia in effetti una carenza di controllo sulla propria piattaforma digitale, costituisce di per sé una forma di responsabilità per omissione, per avere consentito la lesione di

---

[67] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*; Cass. 13 dicembre 2021, n. 39763, *cit.*, la quale definisce hosting provider attivo: «quel prestatore dei servizi della società dell'informazione che svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito; in tal senso egli resta sottratto al regime generale di esenzione di cui al D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, e la sua responsabilità civile si atteggia secondo le regole comuni».

[68] Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

[69] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*: «L'hosting provider è chiamato quindi a delibare, secondo criteri di comune esperienza, alla stregua della diligenza professionale tipicamente dovuta, la comunicazione pervenuta e la sua ragionevole fondatezza (ovvero, il buon diritto del soggetto che si assume leso, tenuto conto delle norme positive che lo tutelano, come interpretate ad opera della giurisprudenza interna e comunitaria), nonché, in ipotesi di esito positivo della verifica, ad attivarsi rapidamente per eliminare il contenuto segnalato».

[70] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

[71] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

[72] Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 22 gennaio 2021, *cit.*: «L'Internet Service Provider, secondo la giurisprudenza di questo Tribunale, perde la qualità di soggetto neutro e passivo quando, in relazione a determinati contenuti audiovisivi e sulla base delle risultanze processuali, emerga che abbia operato, sui dati che carica, forme di intervento volte a sfruttare i contenuti dei singoli materiali memorizzati dagli utenti, operando in generale sotto le forme del controllo, della conoscenza e della profilazione dei dati in maniera non automatizzata».

diritti di terzi»[73]. Tuttavia, però, la legislazione vigente non prevede alcun obbligo a carico dell'Internet Service Provider di prevenzione della diffusione di materiale illecito, in quanto l'art. 8 del *Digital Service Act* stabilisce che «Ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali»[74]. Anche la giurisprudenza, precedente alla promulgazione del Digital Service Act, aveva escluso a carico del prestatore dei servizi della società dell'informazione, la sussistenza di un obbligo di attivarsi al fine di ricercare gli altrui comportamenti illeciti, consistenti, nel nostro caso, nella creazione di forme di *appropriation art* che sfociano nel plagio, quando vengono immesse e diffuse nella rete[75].

Sussiste la responsabilità del prestatore dei servizi della società dell'informazione nella ipotesi in cui l'evento lesivo gli sia stato comunicato dal titolare del diritto leso, attraverso gli ordinari mezzi di comunicazione[76]. Si ritiene, infatti, che il prestatore dei servizi della società dell'informazione sia a conoscenza dell'illecito qualora abbia ricevuto una comunicazione scritta o verbale, ai sensi dell'art. 1335 c.c.[77]. La comunicazione che rende partecipe, a livello cognitivo, l'hosting provider dell'illecito non necessita della forma della diffida in senso tecnico, quale richiesta di rimozione dell'elemento materiale dell'illecito, bensì è sufficiente la mera comunicazione o notizia della lesione del diritto[78].

---

[73] Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 22 gennaio 2021, *cit.*

[74] Cfr. anche il Considerando n. 30 del Digital Service Act., il quale afferma che «I prestatori di servizi intermediari non dovrebbero essere, né de iure né de facto, soggetti a un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Ciò non riguarda gli obblighi di sorveglianza in un caso specifico e, in particolare, non pregiudica gli ordini delle autorità nazionali nel rispetto della legislazione nazionale, in conformità del diritto dell'Unione, secondo l'interpretazione dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e in conformità delle condizioni stabilite nel presente regolamento. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe essere intesa come un'imposizione di un obbligo generale di sorveglianza o un obbligo generale di accertamento attivo dei fatti, o come un obbligo generale per i prestatori di adottare misure proattive in relazione ai contenuti illegali».

[75] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*: «Il … bilanciamento, da parte del legislatore, degli interessi coinvolti nel fenomeno internet è stato così realizzato sancendo un regime di irresponsabilità del prestatore sino al limite del suo diretto coinvolgimento oppure della sua conoscenza dell'illecito: in tal modo perciò circoscrivendo, ma non annullando del tutto, il controllo circa i contenuti immessi che possano integrare illeciti telematici».

[76] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

[77] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*, la quale, seppure applica la normativa previgente, giunge, tuttavia, a conclusioni che si ritengono valide anche dopo l'emanazione del Digital Service Act: «Nel caso della responsabilità del prestatore dei servizi della società dell'informazione, dunque, con riguardo all'interpretazione ed applicazione del D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, comma 1, lett. a), la conoscenza dell'altrui illecito, quale elemento costitutivo della responsabilità del prestatore stesso, coincide con l'esistenza di una comunicazione in tal senso operata dal terzo, il cui diritto si assuma leso. L'onere della prova a carico del mittente riguarda, in tale contesto, solo l'avvenuto recapito all'indirizzo del destinatario, posto che il pervenire a tale indirizzo della comunicazione in forma scritta opera per il solo fatto oggettivo dell'arrivo dell'atto nel luogo indicato. La presunzione iuris tantum di conoscenza è superabile mediante la prova contraria, da fornirsi da parte del prestatore del servizio, concernente l'impossibilità di acquisire, in concreto, l'anzidetta conoscenza per un evento estraneo alla sua volontà». Cfr. C. NOVELLI, *La Cassazione su responsabilità del provider e contenuto della notifica*, cit., p. 505, il quale osserva che «la conoscenza dell'illecito è elemento costitutivo della responsabilità del provider ed il momento di tale conoscenza corrisponde alla comunicazione trasmessa dal terzo il cui diritto si presume leso».

[78] Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*, la quale ha stabilito che «in assenza dell'attuazione di una modalità di comunicazione scritta e formale al provider, la prova della conoscenza in capo al medesimo, gravante sul titolare del diritto leso, potrà essere

Gli elementi costitutivi della responsabilità dell'hosting provider passivo sono pertanto due: l'illiceità manifesta e la conoscenza di questa[79]. L'illiceità è perfezionata dalla violazione dell'altrui sfera giuridica, che nel nostro caso è rappresentata dalla violazione del diritto d'autore[80]. La conoscenza dell'illecito, che costituisce il secondo elemento della responsabilità dell'*hosting provider*, dimostra che non si tratta di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, bensì di responsabilità per fatto proprio colpevole[81]. All'hosting provider passivo si rimprovera una condotta commissiva mediante omissione, per avere, dal momento in cui è venuto a conoscenza dell'illecito, concorso nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente, non avendo provveduto alla rimozione del dato informatico o al blocco all'accesso[82].

6. Come abbiamo visto, quando si tratta di valutare negli USA il fenomeno culturale dell'appropriation art occorre fare riferimento al Copyright Act del 1976 ed in particolare al par. 107, il quale stabilisce 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 of copyright*». Sulla base di tale generica disposizione normativa la giurisprudenza americana ha elaborato alcuni parametri che permettono di individuare i caratteri del c.d. fair use test. I criteri del c.d. fair use test sono costituiti da quattro fattori: 1) La natura dell'utilizzo e le sue finalità (educativa, commerciale, non lucrativa etc.); 2) La natura dell'opera utilizzata; 3) La quantità ed il valore della porzione di opera utilizzata rispetto alla sua interezza; 4) Le conseguenze cagionate dall'appropriazione sul piano del valore dell'opera e del mercato.

---

data con ogni mezzo, restando in tal caso più ardua però la dimostrazione di tale elemento». Cfr. il Considerando n. 51 del Digital Service Act, il quale prevede che «Vista la necessità di tenere debitamente conto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di tutte le parti interessate, qualsiasi azione intrapresa da un prestatore di servizi di memorizzazione di informazioni dopo aver ricevuto una segnalazione dovrebbe essere rigorosamente mirata, nel senso che dovrebbe servire a rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni specifiche considerate come contenuti illegali, senza pregiudicare indebitamente la libertà di espressione e di informazione dei destinatari del servizio. Le segnalazioni dovrebbero pertanto, di norma, essere indirizzate ai prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni che si può ragionevolmente presumere che dispongano della capacità tecnica e operativa di agire contro tali informazioni specifiche. I prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni che ricevono una segnalazione per la quale, per motivi tecnici o operativi, non possono rimuovere le informazioni specifiche dovrebbero informare la persona o l'entità che ha presentato la segnalazione». Inoltre il Considerando n. 61 prevede che «È possibile contrastare i contenuti illegali in modo più rapido e affidabile laddove i fornitori di piattaforme online adottino le misure necessarie per provvedere affinché alle segnalazioni presentate dai segnalatori attendibili, che agiscono entro un ambito di competenza designato, attraverso i meccanismi di notifica e segnalazione prescritti dal presente regolamento sia accordato un trattamento prioritario, fatto salvo l'obbligo di trattare tutte le segnalazioni presentate nel quadro di tali meccanismi e di decidere in merito ad esse in modo tempestivo, diligente e non arbitrario».

[79] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

[80] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

[81] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*

[82] Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, *cit.*, la quale, seppure con riferimento al d.lgs. 70/2003, osserva che esso crea «una posizione di garanzia dell'hosting provider, che, se per definizione è indispensabile alla stessa originaria perpetrazione dell'illecito del destinatario del servizio, ne diviene giuridicamente responsabile solo dal momento in cui gli possa essere rimproverata l'inerzia nell'impedirne la protrazione»

In Italia, invece, l'*appropriation art* deve fare i conti con l'art. 171, lett. a), l. l. 22 aprile 1941, n. 633, che considera plagio il fatto di chi senza averne diritto, a qualsiasi scopo ed in qualsiasi forma, riproduce un'opera altrui.

La diversa disciplina vigente in USA rispetto a quella dell'Italia farebbe pensare ad una potenzialità di diffusione difforme dell'*appropriation art* nei due Stati. Sembrerebbe che in Italia l'*appropriation art* possa incontrare molteplici resistenze alla suo sviluppo ed alla sua affermazione, mentre troverebbe terreno fertile negli USA, dove la legislazione consente, attraverso il c.d. fair use, l'utilizzo, in disparati casi, dell'opera artistica altrui.

Tale conclusione non sembra, tuttavia, condivisibile, in quanto la giurisprudenza italiana ha escluso il plagio nelle ipotesi in cui l'idea originaria, seppure tutelata dal diritto d'autore, sia stata utilizzata da un altro soggetto per giungere ad una creazione idonea ad esprimere una motivazione diversa rispetto a quella originaria, oppure, presenti differenze negli elementi essenziali che ne caratterizzano la forma espressiva.

Anche in Italia, inoltre, l'*appropriation art* può trovare esplicazione nei casi in cui il secondo autore utilizzi l'opera precedente protetta dal diritto d'autore, al fine di seguirne i relativi insegnamenti, oppure, al fine di farne una critica o una parodia.