

Il diritto d'autore e la parodia dietro la maschera di Zorro. Duellando (in Cassazione) tra esclusiva e libertà sul giusto (e instabile) equilibrio tra diritti fondamentali¹

Roberto Caso

* * *

CORTE DI CASSAZIONE; **sezione I civile, ord., 30 dicembre 2022 n. 38165**; Pres. GENOVESE, Rel. FALABELLA, P.M. (non indicato); CO.GE.DI. International Compagnia Generale Distribuzione s.p.a (Avv. Richichi) c. Zorro Productions Inc. (Avv. Candiani, Bartoli). *Cassa App. Roma 24 novembre 2018*.

Diritti d'autore – Opere dell'ingegno – Personaggio di fantasia – Parodia – Presupposti (L. 22 aprile 1941 n. 633, protezione del diritto d'autore e altri diritti connessi al suo esercizio, art. 1, 4, 70).

Diritti d'autore – Opere dell'ingegno – Libertà di espressione del pensiero – Giusto equilibrio tra diritti – Parodia – Limiti (L. 22 aprile 1941 n. 633, protezione del diritto d'autore e altri diritti connessi al suo esercizio, art. 1, 70).

In tema di diritto di autore, la parodia costituisce un atto umoristico o canzonatorio che si caratterizza per evocare un'opera, o anche un personaggio di fantasia, e non richiede un proprio carattere originale, diverso dalla presenza di percettibili differenze rispetto all'opera o al personaggio che sono parodiati (nella specie, la Suprema corte ha cassato la decisione della corte territoriale che, nell'escludere la liceità di uno spot pubblicitario realizzato attraverso la parodia del personaggio Zorro, aveva erroneamente ritenuto che la parodia dovesse tradursi in una rielaborazione di un'opera originale avente un riconoscibile apporto creativo). (1)

In tema di diritto di autore, la parodia deve rispettare un giusto equilibrio tra i diritti del soggetto che abbia titolo allo sfruttamento dell'opera, o del personaggio, e la libertà di espressione dell'autore della parodia stessa; in tal senso, la ripresa dei contenuti protetti può giustificarsi nei limiti connaturati al fine parodistico e sempre che la parodia non rechi pregiudizio agli interessi del titolare dell'opera o del personaggio originali, come accade quando entri in concorrenza con l'utilizzazione economica dei medesimi. (2)

Nota di richiami

(1-2) Non constano precedenti negli esatti termini per entrambe le massime.

L'ordinanza in epigrafe costituisce l'ennesima (e non ultima) puntata di una controversia, ripercorsa in narrativa, sull'utilizzo del personaggio di Zorro in una campagna pubblicitaria di

¹ Nota a [Cass. Sez. I civile ord. 30 dicembre 2022 n. 38165](#), sottoposta per la pubblicazione a [Il Foro italiano](#). Versione 1.0, 10 marzo 2023. Preprint (bozza non sottoposta alla revisione paritaria). Preprint non referato. Copyright by Roberto Caso. Licenza Creative Commons. Quest'opera è distribuita con [Licenza Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale](#).

un'acqua minerale (da ult. v. Cass. 3 gennaio 2017, n. 32, in *Foro it.*, 2017, I, 555). Le massime si pongono in linea con la tendenza della giurisprudenza italiana a dare prevalenza alla libertà di parodia sulla tutela del diritto d'autore economico e morale (v. Trib. Milano 29 gennaio 1996, *id.*, 1996, I, 1426, con nota di A. MONTI). Per i giudici di legittimità la prevalenza si sostanzia nel fatto che la parodia, per essere considerata lecita e non necessitante dell'autorizzazione del titolare dell'esclusiva sull'opera parodiata, deve limitarsi ad evidenziare percettibili differenze rispetto all'opera parodiata. Il diritto d'autore sull'opera parodiata prevale solo nel caso in cui la parodia, nel riprendere i contenuti protetti, si ponga in concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera originale.

L'elemento di novità della decisione sta nel dare enfasi alla formula del «giusto equilibrio dei diritti» utilizzata negli ultimi tre lustri dalla Corte di giustizia UE in materia di diritto d'autore. Non a caso, nell'economia della motivazione pesa il richiamo a Corte giust. 3 settembre 2014, causa C-201/13, *id.*, Rep. 2014, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1492, la quale, a margine dell'eccezione disciplinata dall'art. 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29/CE, ha statuito che la parodia, essendo una nozione autonoma del diritto unionale, «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».

Il giusto equilibrio di stampo unionale viene in questo modo esplicitamente incorporato dalla Cassazione nel test di interpretazione dell'art. 70 della l. 633/41 (legge sul diritto d'autore o l.d.a.) che disciplina l'eccezione (libera utilizzazione) di critica (c.d. diritto di citazione). Nessun rilievo assume invece il consueto apparato di interpretazione restrittiva basato sull'assunto che l'art. 70 costituisce l'eccezione alla norma generale dell'esclusiva. Tale apparato è stato invece di recente applicato da Cass., ord., 8 febbraio 2022, n. 4038, *id.*, 2022, I, 2778, con nota di G. DORE, *Le riproduzioni fotografiche in scala di opere dell'arte figurativa tra finalità illustrative, critica artistica e mercato. L'art. 70 l.d.a. e il bilanciamento fantasma*, ivi riferimenti alla giurisprudenza e alla letteratura in materia di eccezioni (libere utilizzazioni) e diritti degli utenti nonché di bilanciamento tra diritti fondamentali (*adde*, da ult., C. Sganga, *Dall'armonizzazione alla frammentazione: obiettivi e fallimenti della Direttiva Copyright (2019/790/UE) in materia di ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 5, 1 (feb. 2023), 20, DOI: 10.32091/RIID0095). Quest'ultima pronuncia (stessi presidente e relatore di quella in epigrafe) non fa cenno alla tecnica argomentativa del bilanciamento tra diritti fondamentali.

Nella giurisprudenza di merito su diritto d'autore, satira e parodia v. Trib. Venezia 7 novembre 2015, *id.*, in Rep. 2018, voce *Diritti d'autore*, n. 34, per esteso in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 81, con nota di A. DONATI, in materia di arte appropriativa: «l'opera d'arte appropriazionista che facendo uso del détournement, dello scandalo e della beffa, trasmetta un messaggio creativo, originale ed autonomo chiaramente percepibile deve ritenersi lecita in virtù dell'esimente della parodia, riconosciuta come diritto costituzionalmente garantito nell'ordinamento interno dagli art. 21 e 33 cost.»; Trib. Milano 14 luglio 2011, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Diritti d'autore*, n. 113, che sul caso «The Giacometti variations» ha stabilito quanto segue: in «tema di tutela del diritto di autore, l'elaborazione creativa si differenzia dalla contraffazione in quanto si caratterizza per una rivisitazione, una variazione, una

trasformazione dell'opera originale mediante un riconoscibile apporto creativo, mentre la contraffazione consiste nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto non di un apporto creativo, ma del mascheramento dell'illecito»; Trib. Roma 29 settembre 2008, in *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 74: «la riformulazione scherzosa del soggetto di un messaggio pubblicitario, in chiave parodistica può essere ritenuta lecita ai sensi dell'art. 70 l. 633/41, che liberalizza la riproduzione parziale di un'opera effettuata con finalità di critica; tale opera infatti non realizza una sleale pubblicità concorrenziale in quanto non in grado, al di là della prova di un effettivo avviamento conseguito, di sottrarre mercato allo spot in oggetto»; Trib. Milano, 7 settembre 2004, *id.*, Rep. 2005, voce *Ingiuria e diffamazione*, n. 67, in materia di parodia di pagina web: «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»; 1° febbraio 2001, *id.*, Rep. 2002, voce *Diritti d'autore*, n. 76: «essendo espressione di una seppur modesta attività creativa, la parodia è opera originale e autonomamente tutelabile ex art. 1 e 2 l.d.a.; essa, pertanto, non costituendo mera elaborazione creativa ai sensi dell'art. 4 l.d.a., non richiede il preventivo consenso dell'autore dell'opera parodiata e non può costituire violazione dei diritti morali dell'autore predetto»; Trib. Roma, 12 ottobre 2000, *id.*, Rep. 2002, voce cit., n. 77: «la parodia, risolvendosi in un'opera del tutto autonoma e distinta rispetto a quella di riferimento, non richiede il consenso da parte del relativo titolare del diritto di utilizzazione economica e si traduce in un risultato imputabile al solo parodista e non più attribuibile all'autore dell'opera parodiata né idoneo a coinvolgerne l'identità personale e morale; la parodia è tale solo in assenza di concorrenza commerciale con l'opera parodiata, la cui presenza denuncierebbe inevitabilmente la mancata realizzazione di quello stravolgimento concettuale che ne rappresenta l'essenza; è configurabile intento parodistico anche in caso di canzoni con l'inserimento di parole diverse da quelle originali ma con conservazioni dello stesso pezzo musicale»; Trib. Napoli, 15 febbraio 2000, *id.*, Rep. 2001, voce cit., n. 106: «la parodia, in quanto stravolgimento dei contenuti concettuali dell'opera parodiata nel radicale ribaltamento del suo significato, nella realizzazione della relativa antitesi sostanziale, nell'inversione sostanziale del nesso espressivo, operato, per finalità comiche, burlesche o satiriche, attraverso l'utilizzazione dei suoi stessi elementi estrinseci e la conservazione della sua forma esteriore, costituisce espressione di una attività creativa di una autonoma opera dell'ingegno e, in quanto tale, tutelabile ai sensi della legge sul diritto d'autore»; la fattispecie riguardava un film pornografico: «la creazione di una opera dell'ingegno appartenente al genere della parodia attraverso la rielaborazione pornografica di altra opera dell'ingegno non lede il diritto morale dell'autore di quest'ultima in quanto difetti la riferibilità allo stesso delle deformazioni, mutilazioni o modificazioni apportate all'opera originaria, né è suscettibile di configurarsi come illecito concorrenziale nella misura in cui non sia possibile una confusione fra l'opera originaria e la sua parodia».

Sulla tutela del personaggio di fantasia v. App. Roma 31 agosto 2022 e Trib. Roma 16 aprile 2021, in *ForoPlus*, che hanno negato il plagio del personaggio cinematografico del genere spaghetti western «l'uomo senza nome»; Cass. 6 giugno 2018, n. 14635, in *Foro it.*, 2018, I, 3111, con nota di G. CASABURI, sul c.d. plagio evolutivo (ovvero sulla violazione del diritto di rielaborazione) del personaggio Big Red da parte del Gabibbo.

Sul bilanciamento tra tutela del diritto d'autore e libertà di informazione ed espressione del pensiero con riferimento all'art. 17 della direttiva 2019/790/UE in materia di responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online v. Corte giust. 26 aprile 2022, causa C-401/19,

id., 2022, IV, 423, con commento di M. ARISI, *Che lo sforzo (o il bilanciamento?) sia con te! L'art. 17 della direttiva copyright e la libertà di espressione nel diritto europeo dell'era digitale.*

Nella dottrina sulle tematiche del plagio, della parodia, della satira e dell'arte appropriativa v., tra i tanti, F. GATTILLO, *Appropriazione artistica tra plagio e parodia: un'analisi di diritto comparato*, in *Arte e Diritto*, 2022, 243; W.J. GORDON, *Copyright and Parody: Touring the Certainties of Intellectual Property and Restitution*, 26 *Lex Electronica* 57 (2021); L. MOSCATI, *Sulla parodia e la causa D'Annunzio-Scarpetta*, in *Historia et jus*, 2021, <<http://www.historiaetius.eu>>; L. DI NICOLA, *L'appropriazionismo artistico nell'arte visuale: una comparazione tra Italia e Stati Uniti*, Trento LawTech Student Paper n. 64, <<https://lawtech.jus.unitn.it>>; G. DORE, *Plagio e diritto d'autore. Un'analisi comparata e interdisciplinare*, Milano, 2021, <www.zenodo.org>; A. VALITUTTI, *Diritto d'autore. Capitolo XXII - Il diritto di autore e i diritti connessi: profili generali*, in F.A. GENOVESE, G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Milano, 2021, 918 ss.; P. GALLI, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., 2019, sub art. 4 della l.d.a., 1665-1667; S. JAQUES, *The Parody Exception in Copyright Law*, Oxford, 2019; P. MOURON, *De la parodie à la métaphore humoristique: L'exception de parodie au prisme de la balance des intérêts*, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2019, 21, <<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02327007>>; F. MINIO, *Riflessioni in tema di tutela giuridica dell'appropriation art in ambito figurativo*, in *Aedon*, 3/2019, <www.aedon.mulino.it>; G. AJANI, *Contemporary Artificial Art and the Law. Searching for an Author*, in *Art and Law*, 3.4 (2019) 1; G. CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili evolutivi (specie in riferimento alla prova dell'arte contemporanea)*, nota a Trib. Roma 15 maggio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 3779; F. BANTERLE, *L'umorismo è il miglior strumento di difesa: la nozione comunitaria di parodia per la Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, 75; M. NINO, *Il rapporto tra libertà di espressione e diritto d'autore: considerazioni critiche alla luce della prassi nazionale ed internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 549; G. CASABURI, *La cassazione chiude il caso «Zingara», tra diritto, estetica marxista e letteratura*, nota a Cass. 19 febbraio 2015, n. 3340, in *Dir. ind.*, 2015, 342; L. BOGGIO, *L'opera parodistica tra proprietà intellettuale e diritti della personalità*, in *Giur. it.*, 2015, 1137; J. GRIFFITHS, *Fair Dealing after Deckmyn - The United Kingdom's Defence for Caricature, Parody or Pastiche* (April 26, 2016), in M. RICHARDSON, S. RICKETSON, *Research Handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, Cheltenham, 2017, <www.ssrn.com>; E. ROSATI, *Just a Laughing Matter? Why the CJEU Decision in Deckmyn is Broader than Parody* (November 18, 2014), in (2015) 52(2) *Common Market Law Review* 511, <www.ssrn.com>; D. MENDIS, M. KRETSCHMER, *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions. A Comparative Review of the Underlying Principles*, 2013, <www.ssrn.com>; M. SENFTLEBEN, *Quotations, Parody and Fair Use* (July 31, 2012), in P.B. HUGENHOLTZ, A.A. QUAEDVLIEG, D.J.G. VISSER (a cura di), *1912-2012: A Century of Dutch Copyright Law Amstelveen: deLex 2012*, <www.ssrn.com>; R. DEAZLEY, *Copyright and Parody: Taking Backward the Gowers Review?*, in *The Modern Law Review*, 2010, vol. 73, n. 5, 785.

* * *

Il diritto d'autore e la parodia dietro la maschera di Zorro. Duellando (in Cassazione) tra esclusiva e libertà sul giusto (e instabile) equilibrio tra diritti fondamentali

I. - Il diritto d'autore, si sa, è un gigante dai piedi di argilla. È uno strumento giuridico che muove gli interessi di un mercato globale e miliardario incidendo sulla libertà di informazione e di espressione del pensiero nonché su quella di iniziativa economica, cioè sui gangli di una società democratica. Ma le sue fondamenta filosofiche, politiche ed economiche sono plurime, contraddittorie e controverse.

Per dirla con le celebri parole del giudice Story: il copyright (come il brevetto per invenzione) attiene alla metafisica del diritto, cioè a un universo concettuale nel quale le distinzioni sono sottili e raffinate, quasi evanescenti². Meno elegantemente: l'obiettivo di giungere a conclusioni appaganti ha le stesse probabilità di successo di chi è convinto di poter accertare, senza tema di smentita, il sesso degli angeli.

Il punto di maggiore tensione è nella definizione dei presupposti di tutela dell'opera dell'ingegno. La legge tutela mediante esclusiva solo l'opera creativa (originale) e di questa solo gli elementi creativi dell'opera, lasciando in pubblico dominio, cioè alla libertà d'uso, i contenuti che creativi non sono: le idee, i fatti, i dati³.

Gli interpreti discutono da tre secoli su come distinguere l'uso libero e lecito dell'opera dell'ingegno dal plagio-contraffazione senza giungere (fatalmente) a conclusioni definitive⁴. Su questo terreno si scontrano due visioni inconciliabili dei processi creativi umani: da una parte, c'è chi ritiene fondamentale il contributo individuale, dall'altra, si pongono coloro i quali sostengono che le opere siano frutto dell'ingegno collettivo o comunitario⁵.

In Italia, come negli altri sistemi di diritto d'autore continentale, la questione è complicata dalla sovrapposizione di diritti di esclusiva economici (riproduzione ed elaborazione) e morali (paternità e integrità).

In questa prospettiva, la parodia rappresenta un problema estremo che mette a nudo alcune delle tante (insanabili) contraddizioni della disciplina normativa del diritto d'autore.

La difficoltà di formulare e risolvere problemi giuridici attinenti alla parodia attiene, da una parte, all'inquadramento costituzionale della fattispecie e, dall'altra, sul piano della legge ordinaria, alla triangolazione tra (1) i presupposti di tutela dell'opera dell'ingegno (creatività e dicotomia tra idea espressione), (2) il diritto economico di elaborazione e il diritto morale di integrità, nonché (3) le eccezioni e limitazioni (libere utilizzazioni o diritti degli utenti)⁶.

² *Folsom v. Marsh*, 9. F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841): «patents and copyrights approach, nearer than any other class of cases belonging to forensic discussions, to what may be called the metaphysics of the law, where the distinctions are, or at least may be, very subtle and refined, and, sometimes, almost evanescent».

³ Sull'elaborazione dell'originalità come presupposto per l'appropriazione letteraria e artistica e sulla distinzione tra idea ed espressione ha esercitato una notevole influenza l'articolo di Fichte del 1793 (v. J.G. Fichte, *Prova dell'illegittimità della ristampa dei libri. Un ragionamento e una parabola*, trad. it. di M.C. PIEVATOLO, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2005 <<https://archiviomarini.sp.unipi.it/17/>>). Per una critica alla visione fichtiana e al travisamento delle pagine di Kant da parte di Fichte v. M.C. PIEVATOLO, *La comunicazione del sapere. La questione del diritto d'autore*, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2007-2008 <<http://btfp.sp.unipi.it/dida/fpa/ar01s05.xhtml#fichtedue>>.

⁴ V., da ult., G. DORE, *Plagio e diritto d'autore. Un'analisi comparata e interdisciplinare*, Milano, 2021, <www.zenodo.org>.

⁵ F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property. Between Market and Community*, Abingdon-New York, 2021.

⁶ Sulla triangolazione tra (a) art. 1 e 2, (b) art. 4, 18 e 20 nonché (c) art. 70 l.d.a. e art. 10 Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche evocata nel testo v. riassuntivamente P.GALLI, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., 2019, sub art. 4 della l.d.a., 1665-1667. Sulla tendenza della giurisprudenza di merito a intendere l'art. 10 CUB come norma dalle maglie più larghe dell'art. 70 l.d.a. v. G. CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili evolutivi (specie in riferimento alla prova dell'arte contemporanea)*, nota a Trib. Roma, 15 maggio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 3779.

La controversia oggetto del provvedimento in epigrafe riguarda una campagna pubblicitaria di un'impresa produttrice di acque minerali. Lo spot di un'acqua minerale vede come protagonista una versione umoristica del personaggio di Zorro creato da Johnston McCulley nel 1919, ma a sua volta presumibilmente ispirato a precedenti figure letterarie (come Robin Hood e la Primula Rossa) nonché, secondo alcune ipotesi, a Joaquin Murrieta, un fuorilegge californiano vissuto nell'800. L'impresa titolare del copyright sul personaggio Zorro fa causa all'impresa produttrice di acqua minerale per plagio-contraffazione. Il caso offre alla Cassazione l'occasione per riformulare il principio giuridico di tendenziale prevalenza della libertà di parodia sul diritto d'autore nei termini utilizzati dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea. La formula (magica) è quella del «giusto equilibrio tra diritti fondamentali». Nel lessico della Carta di Nizza si tratta del bilanciamento tra proprietà intellettuale (art. 17.2) e libertà di espressione e informazione (art. 11).

Insomma, il giusto equilibrio di stampo unionale entra ufficialmente a far parte delle tecniche interpretative e argomentative della nostra corte di legittimità con conseguenze sul futuro del diritto d'autore italiano che sono difficili da prevedere, perché i problemi aperti sono più d'uno e il bilanciamento è una tecnica argomentativa che esclude, per definizione, la prevalenza sistematica di un diritto fondamentale su un altro⁷.

a) Qual è il rapporto tra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Costituzione italiana nella materia del diritto d'autore?

b) La Corte di giustizia ha coniato e usato la formula del giusto equilibrio del diritto d'autore per attribuirsi il potere di conformare il diritto d'autore europeo. Nelle argomentazioni della Cassazione italiana, la formula è destinata a diventare una clausola di stile o ad assumere un peso effettivo negli esiti della decisione?

c) Nella giurisprudenza della corte europea la formula del giusto equilibrio è servita a dare flessibilità all'interpretazione delle eccezioni e limitazioni, altrimenti condannate negli angusti spazi dell'interpretazione letterale restrittiva. Queste ultime devono essere interpretate, predica la Corte di giustizia, salvaguardando l'effetto utile⁸. Inoltre, queste disposizioni normative, sebbene siano denominate eccezioni e limitazioni, fondano diritti a vantaggio degli utenti⁹. Nel giudicare della liceità della parodia il giudice deve rispettare un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali. Se il messaggio contenuto nella parodia ha un contenuto discriminatorio, il giudice deve tener conto

⁷ V., per una critica corrosiva alla tecnica argomentativa del bilanciamento, C. SALVI, *L'invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Venezia, 2021, 150-151: «[i]l costituzionalismo contemporaneo delle corti nazionali e sovranazionali attribuisce invece al giudice sempre più spesso, e nelle più diverse materie, un autonomo potere di "bilanciamento". Per affermare che il potere di bilanciamento ha un fondamento normativo, i giudici ricorrono a quella specie di super norma che sarebbe il valore della dignità umana. E tanto più questo è una vuota iperbole, tanto meglio. I diritti e gli interessi generali vengono «bilanciati» secondo le opinioni e le ideologie dei giudici. [...] La parola "bilanciamento" evoca un'idea di equità, di equilibrio. Ma non è così. Nel bilanciamento, un principio è applicato, mentre l'altro è messo da parte. Nell'opinione resa nella sentenza *Whole Woman's Health* del 2020, il giudice Roberts ha espresso una critica radicale al balancing test, di fronte a valori non commisurabili: è come giudicare se una certa linea è più lunga di quanto una certa roccia sia pesante. La pretesa super norma della dignità troppo spesso serve solo a dare una veste di legittimità alle scelte filopropritarie dei giudici. Privata della dimensione socialmente dinamica, la dignità annega nel mare magnum del diritto della globalizzazione».

⁸ P. 163 di Corte giust. 4 ottobre 2011, causa C- 403/08, FAPL, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce Unione europea e Consiglio d'Europa, n. 1746.

⁹ V., ad es., p. 70 di Corte giust. 29 luglio 2019, causa C-469/17, *Funke Medien*, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1344, in *Annali it. dir. autore*, 2020, 343, con nota di F. GIOVANELLA.

dell'interesse dell'autore a non veder associata la propria opera al messaggio discriminatorio¹⁰. La Cassazione è disposta a seguire i giudici di Lussemburgo su questa strada?

d) Il giusto equilibrio è candidato a diventare una sorta di *fair use* euro-italiano sotto mentite spoglie? La domanda è quantomai opportuna perché molti invocano l'inserimento di una clausola generale di libera utilizzazione nel tessuto normativo europeo e, d'altra parte, la giurisprudenza italiana sembra subire sempre più palesemente il fascino dello standard a stelle e strisce¹¹.

II. - Nell'attesa che i problemi aperti trovino (pur approssimative) soluzioni, si possono svolgere alcune considerazioni a margine della motivazione dell'ordinanza in epigrafe.

I principi di diritto affermati dalla Cassazione si riferiscono all'interpretazione dell'art. 70 della legge 1941/633 sul diritto d'autore (l.d.a.). Il problema posto ai giudici di legittimità risulta infatti formulato come attinente a questa disposizione legislativa.

Solo qualche mese fa la corte di legittimità, in un collegio in cui figuravano lo stesso presidente e il medesimo relatore del provvedimento in rassegna, aveva riproposto il tradizionale armamentario ermeneutico dell'art. 70: un'eccezione al diritto di esclusiva autorale da interpretare restrittivamente¹².

Nell'ordinanza in epigrafe, all'opposto, il riferimento all'interpretazione restrittiva evapora per lasciare spazio al bilanciamento unionale tra diritti fondamentali.

Delle due l'una: o la Cassazione si è messa sulla strada della Corte di giustizia e preannuncia una nuova stagione di interpretazione flessibile delle c.d. eccezioni e limitazioni o, all'opposto, la parodia costituisce una fattispecie a sé che fa capo all'espressione di diritti costituzionali tendenzialmente prevalenti sul diritto dell'autore dell'opera parodiata. Il riferimento nella nostra Carta costituzionale, va da sé, è agli art. 9, 21 e 33 Cost.

Si badi però che il diavolo, come di consueto, si cela nei dettagli. La prevalenza del diritto di parodia è solo tendenziale, in quanto il diritto d'autore torna a vincere nel caso in cui l'opera parodistica entri in concorrenza economica con quella parodiata.

Sia consentito un esperimento mentale di taglio comparatistico. Se il principio fosse affermato in riferimento alla *section 107* del Copyright Act americano in materia di clausola generale del *fair use* vorrebbe dire che il quarto parametro della disposizione legislativa relativo all'impatto sul mercato dell'opera originaria avrebbe maggior peso del primo parametro correntemente interpretato secondo il test del carattere trasformativo (più l'opera parodistica è giudicata trasformativa, più è probabile che quest'ultima sia giudicata lecita)¹³.

L'esito finale è men che affidante. Per almeno due ordini di ragione.

a) Il criterio della concorrenza economica è scivoloso, tanto più sul piano privatistico dove non hanno ingresso le sofisticate tecniche del diritto antitrust tese a definire i confini del mercato rilevante.

¹⁰ Corte giust. 3 settembre 2014, causa C-201/13, Deckmyn, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1492, p. 29-32.

¹¹ Trib. Milano 14 luglio 2011, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Diritti d'autore*, n. 113, in *Dir. autore*, 2012, 1, 89.

¹² Cass., ord. 8 febbraio 2022, n. 4038, *Foro it.*, 2022, I, 2778, con nota di G. DORE, *Le riproduzioni fotografiche in scala di opere dell'arte figurativa tra finalità illustrative, critica artistica e mercato. L'art. 70 l.d.a. e il bilanciamento fantasma*.

¹³ I quattro parametri della clausola generale del *fair use* americano sono:

«(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work».

D'altra parte, l'imitazione non è sempre fonte di sottrazione dei profitti dell'opera originaria, anzi può produrre l'effetto contrario, moltiplicandone la fama.

b) Il giusto equilibrio o bilanciamento dei diritti in questo modo pesa a favore del diritto di proprietà intellettuale a scapito del diritto di libera manifestazione del pensiero. Il che tradisce una visione del diritto a una sola dimensione (il diritto economico), mentre lo stesso è storicamente, filosoficamente e sul piano del diritto positivo pluridimensionale (perché è appunto strettamente legato alla libertà di espressione e di informazione).

III. - La formulazione di un problema giuridico non è mai un atto neutro, in quanto, nel riflettere le convinzioni politiche e ideologiche dell'interprete, orienta la soluzione¹⁴.

Occorre prendere le mosse dal fatto che l'Italia ha scelto di non introdurre nel proprio ordinamento un'eccezione *ad hoc* sulla parodia, nemmeno quando avrebbe potuto procedere sulla base del diritto europeo¹⁵. Vero è che oggi la legge italiana, a seguito dell'attuazione della dir. 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, nomina esplicitamente all'art. 102-*nonies* le eccezioni e limitazioni a scopo di caricatura, parodia e pastiche, ma tale disposizione ha lo scopo specifico di tutelare la libertà di espressione degli utenti di Internet quando caricano e mettono a disposizione contenuti da loro generati tramite un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online. In altri termini, non si tratta di una norma generale sulla parodia.

Tale premessa è d'obbligo nel caso di specie. Da tale caso, infatti, poteva essere tratto un problema giuridico formulato non in riferimento all'art. 70 l.d.a. o all'art. 10 della Convenzione di Berna, ma ai principi della creatività e della dicotomia tra idea ed espressione.

Muovono in questo senso più rilievi.

La tutela di Zorro è richiamata non in relazione a un'opera complessa, ma un personaggio ispirato ad altri precedenti storici. Ammesso che gli elementi identificativi e figurativi del personaggio (il nome Zorro, il nero dei vestiti, la maschera, il cappello e la spada) siano contenuti creativi, tali elementi sono ricollocati in un contesto umoristico che indubbiamente determina, per riprendere le citazioni alla filosofia estetica di altra fondamentale sentenza della Cassazione, uno «scarto semantico»¹⁶. Essi assumono nell'autonoma opera parodistica un significato «trasformativo» che non hanno nell'opera originaria. Come dire che tali elementi creativi valutati nell'analisi comparativa tra opera parodiata e parodistica perdono il loro carattere originale e finiscono per diventare idee, dati, fatti.

¹⁴ G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017, 220: «la formulazione di un problema giuridico non è un atto neutro e il modo stesso di rappresentarlo significa già orientare la soluzione che, a propria volta è frutto di scelte. Anche il giurista è guidato da una propria visione del mondo. Per molti versi egli è parte del problema che vuole risolvere».

¹⁵ L'Italia non ha recepito l'eccezione disciplinata dall'art. 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29/CE.

¹⁶ Cass. 19 febbraio 2015, n. 3340 (est. Genovese), in *Foro it.*, 2105, I, 2031, con nota di G. CASABURI. In questa decisione (c. 2035-2036) la Corte di legittimità afferma quanto segue: «in tema di plagio di un'opera musicale, un frammento poetico-letterario di una canzone che venga ripreso in un'altra non costituisce di per sé plagio, dovendosi accertare, da parte del giudice di merito, se il frammento innestato nel nuovo testo poetico-letterario abbia o meno conservato una identità di significato poetico-letterario ovvero abbia evidenziato, in modo chiaro e netto, uno scarto semantico rispetto a quello che ha avuto nell'opera. Infatti, in linea generale, il discorso poetico, partendo dal materiale linguistico del discorso comune, compie già rispetto a questo uno scarto semantico e, agli elementi denotativi di quella base di partenza. In tal modo la realtà e la società entrano nell'opera d'arte non perché procedano con meccanica immediatezza dai contenuti denotativi di base, bensì in quanto sono mediati dalla struttura polisensiva delle trasformazioni (connotative) formali, che variano di "arte" in "arte", a seconda del peculiare sistema segnico di ognuna. Anche i discorsi artistici, percorrendo la strada della c.d. "verità estetica" e, dunque, "non scientifica", forniscono, ognuno mediante gli specifici linguaggi complessi, una conoscenza del mondo nient'affatto "inferiore" a quella "scientifica"».

Questo modo di ragionare ha il vantaggio di guardare non tanto alla distinzione formale tra idea ed espressione (sempre difficilmente governabile), ma agli scopi delle opere e in particolare alla finalità di un'opera che trae ispirazione da una o più precedenti modificandone i significati. Tale vantaggio è evidente, ad esempio, nelle controversie relative all'arte contemporanea che è notoriamente una corrente creativa più incentrata sull'idea che sull'espressione.

Se lo scopo della legge del diritto d'autore non è solo quello di creare un mercato delle opere dell'ingegno ma anche di garantire la libertà di espressione e di informazione favorendo, in una società democratica, l'integrità del dialogo tra autori e pubblico, lo sviluppo di una cultura plurale nonché lo svolgimento della funzione sociale del diritto di esclusiva e dei suoi limiti, allora l'analisi della liceità della parodia non può essere ingabbiata in un criterio di giudizio sbilanciato su parametri formali (la distinzione in astratto tra idea ed espressione) o meramente economici (la concorrenza con il mercato dell'opera originaria) che prescindono dal fine del lavoro parodistico.

A questo proposito riecheggia ancora l'elegante fraseggio della storica decisione del Tribunale penale di Napoli che nel 1908 vide prevalere il diritto di parodia di Scarpetta sul diritto d'autore di D'Annunzio: «il venir rilevando che una parodia abbia riprodotto tutti o meno o più episodi dell'opera parodiata, ne abbia serbato tutte o meno le forme e le espressioni, a nulla giova, giacché quelle somiglianze sono un pregio dell'opera e non integrano punto la riproduzione, elevata a delitto, bensì sostanziano una autonoma forma di arte, meritevole essa stessa di protezione legale»¹⁷.

IV. L'alternativa in termini di formulazione dei problemi giuridici innescati dai casi di parodia – questione di creatività e distinzione tra idea ed espressione o questione di eccezione e limitazione – è destinata a stemperarsi nell'ipotesi in cui in Italia attecchiscano il giusto equilibrio tra i diritti fondamentali e gli argomenti interpretativi di taglio teleologico. Il che, per le ragioni già messe in evidenza, non garantisce l'ormeggio in porti sicuri, ma sposta di sicuro, e più di quanto non sia oggi, il potere decisionale dal legislatore ai giudici.

Il tempo dirà quale direzione le corti italiane vorranno imprimere alla politica del diritto d'autore. Certo, guardando retrospettivamente agli argomenti usati nelle decisioni giurisprudenziali che danno prevalenza al diritto di parodia, ci si rende conto che costituiscono uno straordinario terreno di esercizio del realismo giuridico. Il diritto – talora elevato al rango di «naturale» – di parodiare si è dimostrato in grado di resistere, in contesti costituzionali e normativi completamente differenti, anche all'espansione incontrollata della proprietà intellettuale. E questa, almeno questa, è una buona notizia.

ROBERTO CASO

¹⁷ Trib. Napoli, ud. 27 maggio 1908, in *Foro it.*, Rep. 1909, voce *Diritti d'autore*, n. 18, e in *Giur it.*, 1909, 1, 370, 374. La celebre controversia è stata riportata recentemente all'attenzione del grande pubblico dal bel film di Mario Martone sulla vita di Eduardo Scarpetta intitolato «Qui rido io». Per una rilettura del caso v. L. MOSCATI, *Sulla parodia e la causa D'Annunzio-Scarpetta*, in *Historia et jus*, 2021, <<http://www.historiaetius.eu>>.