Il plagio-contraffazione parziale e la rielaborazione creativa di singoli brani in altrui opere successive: un approccio giuridico in termini di funzionalità estetica

Autor/a

Alberto Musso

Prof. Ord. di Diritto Commerciale – Scuola di Giurisprudenza – Dip. Scienze Giuridiche – Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

REVISTA LEX MERCATORIA.

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 13
Páginas 57-61
revistalexmercatoria.umh.es

Il particolare legame sussistente fra la personalità dell'autore e l'acquisto del diritto sulla propria opera – paragonabile ad una sorta di filiazione intellettuale (cfr. ROSE, *Authors and Owners: the Invention of Copyright*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass. - London, 1993, 38 s.) – giustifica, fin dai tempi più antichi, il riconoscimento morale di un diritto di paternità tutelata da usurpazioni altrui, con conseguente condanna del plagio sul piano etico ancor prima che sul piano strettamente giuridico: il termine di *plagiarius*, designante il ladro di schiavi o il rapitore di figli altrui, fu usato per primo da MARZIALE, *Epigr*., I, 52, nel senso traslato del ladro di testi scritti. Ancora oggi, in ambito scientifico, la sanzione morale del plagio è p.es. rimarcata dall'art. 4 del Codice Etico dell'Università di Bologna, il cui 4° comma, definisce il plagio «come la parziale o totale attribuzione di parole, idee, ricerche o scoperte al-

trui a se stessi o ad un altro autore, a prescindere dalla lingua in cui queste sono ufficialmente presentate o divulgate, o nell'omissione della citazione delle fonti. Il plagio può essere intenzionale o l'effetto di una condotta non diligente» (v. già ALGARDI, *Plagio dell'opera scientifica e ricerche universitarie*, nota a Corte di Cassazione, 9 marzo 1979, n. 1472, in *Dir. autore,* 1980, pp. 425 ss.). Questa attribuzione morale ha poi ricevuto un'investitura di diritto positivo, come dimostra la sua previsione anche presso ordinamenti di matrice marxista, extra-europea o di common law (v. ANCHISI PASSERIN D'ENTRÈVES, *Diritto d'autore: diritto comparato*, in *Digesto comm*., vol. IV, Utet, Torino, 1989, pp. 461 ss.), che la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, nella sua revisione del 1928, ha poi sancito espressamente all'art. 6-bis (sul punto, RICKETSON e GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, vol. I, pp. 586 ss.); la violazione dei diritti d'autore si denomina dunque, tradizionalmente, quale «plagio-contraffazione». Peraltro, il primo termine propriamente indica l'usurpazione del diritto morale di paternità; il secondo concerne la lesione dei diritti di utilizzazione economica conseguente al sorgere dei sistemi di copyright (contra facere, ossia contravvenire alla correttezza editoriale o commerciale, prevista in Occidente fin dal medioevo fra le gilde e poi dalla comune lex mercatoria), analogamente alla sua accezione nell'ambito della proprietà industriale: come l'abusiva riproduzione può inoltre essere parziale – qualora abbia ad oggetto una parte dell'altrui opera, di per sé sufficientemente originale (art. 2 della Direttiva 22 maggio 2001, n. 2001/29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione) – anche il plagio-contraffazione può essere parziale, qualora la riproduzione concerna singole porzioni sufficientemente creative (v. Corte Giust. UE, 16 luglio 2009, C-5/08, per cui anche poche parole possono denotare una creatività tutelabile; in Italia, v. Trib. Roma, 26 giugno 2001, in Giur. it., 2002, p. 2340).

Mentre, tuttavia, l'abusiva copia totale o parziale di un'opera protetta, mediante duplicazione in senso stretto (textual copying), non desta questioni, l'analisi della sussistenza o meno della contraffazione diviene molto più complessa nel caso di riproduzioni modificate oppure di vere e proprie elaborazioni a loro volta creative: alla prassi giuridica anglo-americana – incline ad una concezione più individualistica e concorrenziale della nozione di copyright e, perciò, maggiormente attenta alla verifica che, in primo luogo, vi sia sufficiente identità o somiglianza di una porzione rilevante dell'opera anteriore nella successiva (substantial part e substantial similarity) e, in secondo luogo, che tale parte sia stata riprodotta tramite riproduzione (taking) e non in virtù di creazione spontanea mediante un autonomo processo creativo di making of [v., per tutti, NIMMER e SCHWARTZ, United States, in BENTLY (ed.), *International Copyright Law and Practice*, M. Bender, New Providence (NJ) e San Francisco (CA), XXVI ed., 2015, pp. 132 ss] – si contrappone una più formalistica concezione continentale, secondo la quale integra sempre una contraffazione ogni opera successiva in cui l'altrui opera anteriore, in misura totale o parziale, risulti comunque «riconoscibile» nei suoi originali tratti espressivi (v. già PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel diritto civile italiano comparato con il diritto straniero*, Marghieri - Utet, Napoli, Torino, 1927, pp. 624 ss., e, per la dottrina più recente, DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore* Guffrè, Milano, 2005, p. 127, per il quale la medesima individualità rappresentativa, riconoscibile anche nell'altrui opera derivata, rende irrilevante che l'opera successiva possa presenta-

re a sua volta un'originale individualità creativa. Anche nella casistica italiana, la contraffazione è stata perciò sempre ravvisata pure nell'inclusione di alcune battute protette di un'anteriore opera musicale (Trib. Milano, 28 ottobre 2002, in *Dir. autore*, 2003, p. 486) ovvero di riproduzioni di porzioni anche minimali di altrui fotografie, nonostante l'indubbia creatività presente nella successiva opera elaborata (Trib. Roma, 22 ottobre 1996, in *Annali it. dir. autore,* 1998, p. 528). Si è tuttavia sostenuto anche in Italia, specialmente nella composizione visiva e musicale – la prima, in quanto necessariamente rappresentativa di cose presenti in natura o prodotte dall'uomo, incluse eventuali opere d'ingegno, la seconda in quanto «composizione» (cum ponere) nel senso ancora più tipico del termine – come occorra, in particolare, contrastare siffatta visione puramente «atomistica» del giudizio di contraffazione, anche quando una mera porzione di opera altrui vi sia inclusa, ed attuare una comparazione in senso maggiormente «olistico», con la conseguenza di potere considerare non solo non contraffattive, ma originali e originarie, opere posteriori, nelle quali la creazione anteriore – pur essendo «riconoscibile» in senso formale ed oggettivo – sia stata completamente (ri)elaborata o (ri)creata in una differente funzione estetica, costituendo in concreto un'ipotesi d'ispirazione più che di riproduzione o di elaborazione (v. MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Zanichelli - Il Foro It., Bologna - Roma, 2008, pp. 262 ss.): in quest'ottica, l'autonoma e non derivata originalità delle variazioni musicali – espressamente prevista dall'art. 2, n. 2, della legge italiana n. 633/1941 sulla tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi – non costituisce dunque una previsione eccezionale, ma appare estensibile ad ogni altro genere di opera in cui l'eventuale riconoscibilità di opere o immagini altrui risulti «annegata» in un contesto compositivo più ampio, con un diverso e assai più complesso risultato estetico, a sua volta tutelabile in via autonoma, nonostante l'inevitabile mimesi della realtà esistente, come nell'arte fotografica, cinematografica o più ampiamente figurativa. Come opportunamente nota infatti anche LANDES, *Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach*, in TOWSE (ed.), Copyright in the cultural industries, E. Elgar Publ., Celtenham - Northampton, 2002, p. 22 – sia pure con consueto approccio più economico che giuridico – nel caso di «ritagli» o d'inserzioni d'immagini in un unitario collage, non vi è alcuna riproduzione, né elaborazione illecita, se il collage ha una propria autonomia estetica: in questi casi, considerare l'opera riproduttiva o derivata, «would elevate literalism over common sense and economics». Occorreva, insomma, anche nell'analisi giuridica italiana del plagio-contraffazione, «confutare una tutela dell'opera (o di una sua parte) del tutto svincolata dalla specifica 'situazione estetica' che ne caratterizza la funzione, ammettendosi, al contrario, che interpolazioni di note o altre variabili idonee per differenziare la portata emotiva o significativa di un brano anteriore in un'opera successiva – come insegna maggiormente l'esperienza dei Paesi di common law e come pare connaturato alla stessa teoria della composizione – possano costituire un diverso 'oggetto' di diritto d'autore, non interferente con l'anteriore bene immateriale: ciò impone – come si è notato – una valutazione della funzione estetica sull'eventuale tema comune, all'interno e nel contesto dell'opera successiva, considerata invece irrilevante dalla prevalente dottrina» (così MUSSO, *op. cit*., p. 62 s., con ulteriori riferimenti). La parodia integra, probabilmente, il più consolidato e significativo esempio atipico al riguardo, avvertendosi come, anche in questo caso, si sia in presenza non già di un'eccezione o di una limitazione al diritto d'autore – e in particolare, al diritto di riproduzione o di conseguente elaborazione secondo

l'impropria qualificazione dell'art. 5, § 2, lett. k, della Direttiva n. 2001/29, (sul punto, v. *Corte Giust.* UE, 3 settembre 2014, C-201/13, per cui anche undici parole possono costituire una porzione creativa di opera, della quale è vietata la riproduzione o l'elaborazione senza consenso del relativo avente diritto) – ma di un'ulteriore applicazione del generale limite definitorio a priori circa la creatività dell'opera e del correlativo ambito delle facoltà esclusive, come dimostra la circostanza che, in questa ipotesi, non sussiste nemmeno la violazione dei diritti morali di paternità e d'integrità pur ordinariamente spettanti all'autore parodiato, in quanto ne difetti la riferibilità delle deformazioni (in questo senso, v. correttamente Trib. Napoli, 15 febbraio 2000, in *Dir. informaz. e informatica*, 2001, pag. 457). Due sentenze italiane di merito dimostrano la differenza di conclusioni giuridiche fra le opposte tesi: secondo Trib. Roma, 12 ottobre 2000 (in *Dir. radiodiffusioni,* 2001, pag. 67, con nota di LAX), infatti, sussiste uno stravolgimento concettuale che rappresenta l'essenza della parodia anche in caso di canzoni con inserimento di parole diverse da quelle originali, ma con conservazione dello stesso pezzo musicale: questa decisione appare del tutto corretta – a conferma di una comparazione «olistica» nel giudizio sulla presunta contraffazione – essendo le composizioni musicali con parole, per definizione, opere composte caratterizzate da inscindibilità estetica dei contributi, con conseguente liceità dell'inalterato mantenimento della parte musicale o di altri eventuali contributi inscindibili, a fronte di una genuina parodia del testo. Nel criticato senso «atomistico», v. invece Trib. Milano, 31 maggio 1999 (in *Annali it. dir. autore*, 2000, p. 732), per cui la spiccata prevalenza della parte musicale rispetto al testo letterario confliggerebbe con l'effetto di capovolgimento o stravolgimento dello spirito e del significato dell'opera anteriore, che costituisce l'essenza della parodia creativa, nella fattispecie costituita dall'effettiva ricreazione grottesca in dialetto locale ma con identità della parte musicale: quest'ultima, erronea decisione renderebbe sempre impossibile la parodia di canzoni. Più correttamente – nell'ordinamento di common law – v. l'analogo leading case sulla parodia rap di *«Oh, Pretty Woman»,* legittimata dalla Corte Suprema USA nel caso «*Campbell v. Acuff-Rosie Music»,* 510 U.S, 569, 1994.

Nell'analisi di una contraffazione parziale, secondo DE SANCTIS, *op. cit*., p. 136 s., la differenziazione qualitativa non escluderebbe infatti l'illiceità se «un compiuto elemento di carattere creativo di un'opera sia inserito in un'altra, nonostante l'eventuale maggior valore artistico dell'opera successiva: ciononostante, se la quantità dell'opera altrui sia secondaria o di minor ampiezza rispetto alla composizione successiva, nonché qualitativamente più autonoma, la somiglianza di elementi secondari non integrerebbe plagio, né elaborazione, così come un numero minimo di battute musicali o poche parole di un poema o di una lirica potrebbero considerarsi larcins imperceptibles. Il criterio qualitativo di valore creativo dovrebbe intervenire invece per valutare la rappresentatività delle parti eventualmente più esigue, che, in caso affermativo, potranno essere protette dall'altrui uso contraffattivo»: in questo criticato, ma assai consolidato senso formalistico si era espresso anche il Tribunale di Roma, 23 maggio 2002 (in *Corriere giur.,* 2003, p. 1475, con nota di JARACH, *Plagio di una composizione musicale: il caso De Gregori*), per cui ha costituito illecito perfino l'impiego di alcune parole iniziali costituenti la parte saliente di una canzone nota al pubblico («Prendi questa mano zingara» e «Prendi questa mano zingara, dimmi pure che futuro avrò…») rispettivamente per il titolo ed un verso di una nuova composizione musicale, ancorché differente per musica, ritmo e contesto, escludendosi altresì la fattispecie della citazione, ex art. 10 della Con-

venzione di Berna, data la prevalente finalità di entertainment rispetto allo scopo di critica o di discussione. Ad un'opposta conclusione era invece pervenuta la Corte d'Appello, la quale non soltanto aveva considerato applicabile la disciplina della citazione, ma, più puntualmente, aveva negato la sussistenza del plagio-contraffazione sulla base di quattro parametri: a) la (modesta) variazione data ad una parte del testo riprodotto; b) la completa diversità del testo letterario nella sua parte restante, dedotta la parte riprodotta; c) la trattazione di tematiche completamente diverse da parte della nuova opera; d) la totale diversità della parte musicale.

Nel confermare il giudizio di secondo grado, la Corte italiana di Cassazione, con la recente sentenza 19 febbraio 2015, n. 3340 (in *Foro it*., 2015, c. 2036, con nota di CASABURI, *Novità sul plagio: la soluzione del caso Zingara, tra estetica marxista e un po' di Borges*), ha alfine affermato come non basti il mero riconoscimento formale dell'identità di un brano altrui – anche se tutelato in quanto sufficientemente creativo – affinché la seconda opera risulti di per sé contraffattiva, «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 anteriore. Infatti, in linea generale, secondo le teorie estetiche, 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, conferisce connotazioni aggiuntive polisense via via nuove, diverse da testo a testo, sempre riferite a una contestualità determinata. 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 polisensa delle trasformazioni (connotative) formali, che variano di 'arte' in 'arte', a seconda del peculiare sistema segnico di ognuna». Ne deriva – sempre secondo la pronuncia della Corte di Cassazione– che avendo il giudice d'appello sottolineato come la nuova opera contenga una trattazione di tematiche completamente diverse rispetto all'opera artistica di proprietà dei ricorrenti, «egli ha implicitamente affermato che anche l'innesto del frammento oggetto di causa nella seconda opera ha ricevuto un significato artistico del tutto diverso». E, in questo senso, «la motivazione del giudice distrettuale deve essere esplicitata secondo il principio di diritto sopra richiamato». In questo modo, il Supremo Collegio ha definitivamente pronunciato una basilare sentenza che ha sancito, anche in Italia, la prevalenza di una visione funzionale (sul piano estetico) della ripresa di altrui brani protetti, rispetto alla statica e formalistica concezione tradizionale sull'analisi del plagio-contraffazione, fondata sulla mera identità o (quanto meno) sulla semplicistica riconoscibilità della parte riprodotta in un'opera successiva.