



UNIVERSITY  
OF TRENTO - Italy  
Faculty of Law  
Department of Legal Sciences

lawtech

# Trento Law and Technology Research Group Student Paper n. 14

## Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare

VIVIANA VIZZIELLO

**ISBN:** 978-88-8443-462-3

COPYRIGHT © 2013 VIVIANA VIZZIELLO

This paper can be downloaded without charge at:

Trento Law and Technology Research Group

Student Papers Series Index:

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn - eprints:

<http://eprints.biblio.unitn.it/4093>

Questo paper Copyright © Gennaio 2013 **Viviana Vizziello** è pubblicato con

Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate

3.0 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>

## KEYWORDS

*plagio – proprietà intellettuale – musica – scienze cognitive – ascoltatore medio*

## About the author

Viviana Vizziello (vivianavizziello@gmail.com) graduated in “Master Degree in Law” at the University of Trento under the supervision of Prof. Roberto Caso (03.10.2012).

The opinions expressed in this paper and all possible errors are those of the Author’s only.

PLAGIO, PROPRIETÀ INTELLETTUALE E MUSICA:  
UN'ANALISI INTERDISCIPLINARE

ABSTRACT

Questa tesi si propone di affrontare con taglio critico e marcatamente interdisciplinare le problematiche relative al plagio musicale con particolare riferimento alle opere di musica leggera. Il tema viene affrontato secondo una prospettiva prima sostanziale, poi processuale ed in ultimo attraverso contributi riferibili ad ambiti disciplinari lontani da quello giuridico. In particolare si esamina l'iter processuale posto in essere dalle corti italiane e statunitensi per l'accertamento del plagio musicale cercando di evidenziare i limiti insiti nel frequente ricorso al parametro dell'"ascoltatore-medio". Ricorrendo a diverse discipline come la scienza computazionale, la sociologia della musica, la semiotica musicale e le scienze cognitive si cerca di testare la validità "scientifica" dei parametri utilizzati dalle corti vagliando, in ultimo, le possibili implicazioni che alcune acquisizioni delle scienze cognitive (come la "cryptomnesia" e l' "inadvertent plagiarism") potrebbero determinare sulla definizione dei concetti di creatività e di plagio in ambito musicale.

PLAGIO, PROPRIETÀ INTELLETTUALE E MUSICA:  
UN'ANALISI INTERDISCIPLINARE

ABSTRACT

This thesis is intended to deal with plagiarism in music, particularly pop music, by adopting a critical and interdisciplinary approach. It addresses the topic from a substantive and procedural law perspective, examining plagiarism trials in Italian and U.S. courts. Specifically, having regard to the contribution of various disciplines, which include computer science, sociology of music, musical semiotics and cognitive science, this essay seeks to test the scientific validity of parameters that courts commonly use to demonstrate plagiarism, by also referring to the “average listener” criterion. Finally, this thesis evaluates the implications of cognitive science theory for defining concepts such as creativity, “inadvertent plagiarism” and “cryptomnesia”.

# INDICE

<b>INTRODUZIONE</b>	<b>Errore.</b>
<b>Il segnalibro non è definito.</b>	
1. IL PLAGIO MUSICALE E IL DIRITTO D'AUTORE: PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE	<b>Errore.</b>
<b>Il segnalibro non è definito.</b>	
1.1. Il plagio: attualità della tematica e problemi definatori	<b>Errore.</b>
<b>Il segnalibro non è definito.</b>	
<u>1.1.1.</u> Anche Mozart copiava? Evoluzione del fenomeno e della sua percezione	18
<u>1.1.2.</u> Il plagio nella musica leggera	<b>Errore.</b>
<b>Il segnalibro non è definito.</b>	
<u>1.1.3.</u> Musica e rivoluzione digitale. Il colpo della “lunga coda”	25
1.2. Creazione intellettuale: passato, presente e futuro	31
1.3. Limiti della tutela. Cenni	38
<u>1.3.1.</u> Il contenuto e la forma delle composizioni musicali. Spunti preliminari	45
1.4. L'oggetto della tutela ed i requisiti costitutivi del diritto	47
<u>1.4.1.</u> Il carattere creativo e l'originalità. Profili generali e prospettive evolutive	49
<u>1.4.2.</u> Il carattere della liceità. Cenni	52
1.5. La composizione musicale come oggetto del diritto d'autore. Criticità	53
<u>1.5.1.</u> Forma interna ed esterna della composizione musicale	56
<u>1.5.2.</u> La musica è cambiata: breve storia di un linguaggio in evoluzione	57
2. IL DIRITTO D'AUTORE E IL PLAGIO MUSICALE: PROFILI PROCESSUALI	64
2.1. La dimensione concreta del plagio	64
<u>2.1.1.</u> La verifica dei presupposti della tutela. La storia di un plagio da Oscar	70
<u>2.1.2.</u> Strategie difensive, “volgarizzazione” e “secondary meaning” nelle composizioni musicali	75

2.2. Le variazioni. Profili giuridici	82
2.3. Il giudizio sulla similitudine sostanziale tra i brani. Metodo e criteri di confronto	85
___2.3.1. La complessità dell'accertamento del plagio musicale: il caso Carrisi -Jackson	91
2.4. L'ascoltatore medio e gli altri "medi" della proprietà intellettuale	94
___2.4.1. Il consumatore medio e la media dei consumatori: brevi considerazioni sul ricorso in giudizio all'indagine demoscopica nell'ambito dei segni distintivi	100
___2.4.2. Il carattere individuale, utilizzatore informato e "crowded art" nel design. Spunti	102
2.5. L'accertamento del plagio musicale nella giurisprudenza nordamericana	106
3. IL PLAGIO MUSICALE: CONTRIBUTI INTERDISCIPLINARI.	114
3.1. Somiglianze melodiche e potenziali effetti applicativi dei cc.dd. "similarity algorithms"	114
3.2. L'ascoltatore medio nella realtà: spunti dalle scienze sociali, dalla semiotica musicale e dalle scienze cognitive	120
___3.2.1. Musica e cervello: alcune implicazioni dei processi cognitivi dell'ascolto	124
3.3. Coincidenze creative e plagio inconscio: profili giuridici e cognitivi	130
___3.3.1. Dinamiche cognitive della composizione musicale e "Unconscious Plagiarism"	134
<b>CONCLUSIONI</b>	137
<b>APPENDICE</b>	147
___Questionario Plagio Musicale	147
___Report Questionario	150
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	153

## INTRODUZIONE

Questa tesi si propone di affrontare con taglio critico e marcatamente interdisciplinare le problematiche relative al plagio musicale con particolare riferimento alle opere di musica leggera.

La trattazione si articola in tre capitoli che affrontano il tema secondo una prospettiva prima teleologico-sostanziale, poi processuale ed in ultimo attraverso contributi riferibili ad ambiti disciplinari diversi dal diritto.

Nel primo capitolo si traccia una panoramica ampia del diritto d'autore evidenziandone la ratio normativa e ponendo la stessa in discussione rispetto all'evoluzione storica della normativa e delle creazioni intellettuali; in particolare si sottolineano i sempre maggiori punti di contatto tra diritto d'autore e diritto industriale ed i riflessi che tale "avvicinamento" può produrre sulla determinazione in concreto dei requisiti della tutela, soprattutto in riferimento al "carattere creativo". Tali risultati sono calati nel contesto specifico delle "composizioni musicali", quali oggetto del diritto d'autore, di cui si evidenzieranno peculiarità e criticità anche ricorrendo ad acquisizioni proprie della musicologia e della semiotica musicale.

Nel secondo capitolo si procede a un esame dell'*iter* processuale posto in essere dalle corti italiane per l'accertamento del plagio musicale attraverso una panoramica sui casi più significativi affrontati dalla giurisprudenza, ponendo l'accento sulle strategie difensive, sul ruolo delle perizie e sui parametri di giudizio più utilizzati dalle corti. Si evidenziano i limiti del parametro dell'"ascoltatore-medio", anche grazie al confronto con altri "modelli astratti di fruitori", come il consumatore medio per i marchi e l'utilizzatore informato nel design, utilizzati nell'ambito del diritto industriale; si affronta il delicato tema della consulenza tecnica "demoscopica" valutandone la sostenibilità nel giudizio di plagio. Nell'ultima parte del capitolo si procede a una breve rassegna della giurisprudenza nordamericana in tema di plagio musicale al fine di sottolinearne peculiarità e punti comuni rispetto all'accertamento posto in essere dalle corti



nazionali, con un occhio di riguardo al c.d. “*ordinary observer test*”. Nell’ultimo capitolo, grazie al contributo di diversi ambiti disciplinari come la scienza computazionale, la sociologia della musica, la semiotica musicale e le scienze cognitive si testano la validità e la falsificabilità “scientifica” dei parametri utilizzati dalle corti vagliando, inoltre, le possibili implicazioni sul giudizio di plagio musicale di alcune acquisizioni delle scienze cognitive con riferimento ai processi dell’ascolto e della composizione nonché ai fenomeni della “*cryptomnesia*” e dell’“*inadvertent plagiarism*”.

Nella parte conclusiva si offrono alcuni spunti per il possibile intervento del legislatore e si valutano criticamente i risultati dell’indagine interdisciplinare anche alla luce di un’esperienza empirica svolta durante il periodo di ricerca per la tesi.

# 1 IL PLAGIO MUSICALE E IL DIRITTO D'AUTORE: PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE

## 1.1. Il plagio: attualità della tematica e problemi definitivi

Il dubbio amletico che affligge normalmente chi si appresta a scrivere “qualcosa di proprio” circa un argomento di cui si è letto “molto di altri” è senza dubbio quello legato al grado di effettiva originalità del proprio lavoro, dubbio che rischia di diventare paralizzante quando l'argomento in questione è proprio il plagio. Ciò che sorprende di questo tema è l'estrema familiarità con cui viene percepito dall'*uomo della strada*<sup>1</sup> contrapposta alla sensazione di iniziale assenza di riferimenti che pervade il giurista; l'uomo della strada ricostruirà il concetto in esame facendo appello alle proprie esperienze personali e alle tantissime che negli ultimi anni sono balzate agli onori della cronaca<sup>2</sup>, mentre il giurista – avvezzo a prender le mosse dalle parole del legislatore – si troverà a fare i conti con l'assenza di definizioni normative. La legge 22 aprile 1941 n.633<sup>3</sup> non menziona la parola “plagio”, così come del pari infruttuosa risulterà la ricerca tra le principali fonti internazionali<sup>4</sup> ed europee<sup>5</sup>; l'unico riferimento positivo in

---

<sup>1</sup> Quello che per P. GROSSI, *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, è portatore di buonsenso e diffida del diritto che identifica con la legge e non con la giustizia (spec.15).

<sup>2</sup> Le più famose e recenti riportate a titolo esemplificativo da R. CASO, “Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche, in R. CASO (a cura di), *“Plagio e Creatività: un dialogo tra diritto ed altri saperi”*, Università degli Studi di Trento – Quaderni del Dipartimento n. 98, Università degli studi di Trento, Trento, 2011, 10; il volume raccoglie gli atti dei seminari svoltisi il 21 e 28 aprile 2010 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

<sup>3</sup> D'ora in avanti l.a.

<sup>4</sup> Il riferimento è in primo luogo alla Convenzione di Unione di Berna per la protezione delle opere artistiche e letterarie (1886) il cui iter di approvazione è descritto e commentato da P. GOLDSTEIN *International Copyright – Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, New York, 2001, 19. La Convenzione è stata più volte revisionata (l'ultima nel 1971 a Parigi) e costituisce il tentativo di conciliare il dualismo esistente tra common law e civil law in punto di diritto d'autore; è interessante notare come gli Stati Uniti abbiano aderito alla Convenzione solo di recente (1988) come si legge in J.C. GINSBURG e J.M. KERNOCHAN, *Centodie anni dopo: gli Stati Uniti aderiscono alla Convenzione di Berna*, in *Dir. autore*,

merito è contenuto nell'art. 171 c. 3 della l.a. in base al quale sarà punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa chiunque compia i reati di cui al c. 1 del medesimo articolo “con usurpazione della paternità dell'opera”<sup>6</sup>. Sarebbe interessante capire in primo luogo se questa assenza di definizioni sia in qualche modo intenzionale ed in secondo luogo se siano rintracciabili ragioni giustificative alla base di tale scelta; a favore di una “omissione dolosa” da parte del legislatore si porrebbe la circostanza per cui anche a livello comparato (con riferimento particolare ai principali sistemi giuridici continentali) non sono rintracciabili definizioni di plagio. Se si volge lo sguardo oltre l'Occidente, i risultati non sembrano mutare. Nella lingua giapponese, per esempio, non solo non esiste un equivalente del termine plagio (l'unica parola che si avvicina potrebbe essere “*nusumo*” che però equivale a furto), ma addirittura l'imitazione del maestro, in musica, nelle arti marziali, nella danza tradizionale, nella calligrafia è da sempre ritenuto il canale più nobile dell'insegnamento e la perfetta imitazione del modello richiede anni di pratica<sup>7</sup>. Ritornando alla nostra omissione è facile portare alla mente altri casi in cui il legislatore sembra aver sofferto di un certo “timore di definire” costringendo il giudice a rendere sentenza secondo parametri eterogenei con soluzioni operazionali

---

1989, 394. Sempre a livello internazionale risultano fondamentali l'Accordo *TRIPs* del 1994 (promosso ed adottato in seno al *GATT*) ed i due trattati, noti anche come “trattati internet”, promossi dalla *WIPO* e sottoscritti a Ginevra nel 1996: il *WIPO Copyright Treaty* (*WCT*) ed il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (*WPPT*).

<sup>5</sup> Per un approccio di ampio respiro all'azione europea in tema di diritto d'autore v. M.BERTANI, *Diritto d'Autore Europeo*, Giappichelli, Torino, 2011. Per un'analisi focalizzata sull'influenza esercitata da modello statunitense su quello europeo v. G. PASCUZZI e R. CASO (a cura di), *I diritti sulle opere digitali*, Cedam, Padova, 2002, 222.

<sup>6</sup> Per un esame dei profili penalistici della materia v. P. ONORATO, *La tutela penale del diritto d'autore. Le fattispecie incriminatrici dopo la Legge n. 248/2000*, in *Cassazione penale*, 2003, 675 e P. BERZELLONI, *Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 1998, 464. In questa sede non si intende approfondire gli aspetti penalistici del plagio, ma appare comunque sensata una riflessione preliminare sulla opportunità di perseguire penalmente la condotta del plagiatore sia sotto il profilo del principio di “sussidiarietà” della pena, ma anche e soprattutto rispetto al potenziale sacrificio di beni giuridici costituzionalmente rilevanti – come per esempio la libertà di espressione del plagiatore – rispetto ad altri beni giuridici - i diritti patrimoniali o morali dell'autore - che, a rigor di logica, vengono reputati dal legislatore “maggiormente meritevoli di tutela”.

<sup>7</sup> A. MAZUMDER, *Anomalies in Copyright Law*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 2006, vol. 9, 6, 655.

sincronicamente e diacronicamente discordanti<sup>8</sup>. L'assenza di un chiaro inquadramento dell'oggetto della tutela e dei limiti della stessa portano, quando si discute di identità, somiglianza, vicinanza tra opere letterarie, pittoriche, musicali, il giudice ad affidarsi quasi completamente alle parole del critico letterario o musicale – nelle vesti di CTU – dimenticandosi, forzatamente, di essere *peritus peritorum*. Stabilire criteri di giudizio a priori – come si avrà modo di osservare per quanto attiene alle opere musicali – è obiettivo alquanto ambizioso a causa della miriade di variabili che possono influire sulle intrinseche qualità dell'opera plagiata, sull'entità del plagio, sulle circostanze in cui si verifica, ma il costo di questo *tacet* è sicuramente eccessivo e produce ripercussioni anche su interessi di rilevanza costituzionale.<sup>9</sup>

Per quanto attiene alle ragioni dell'omissione da parte dei legislatori una spiegazione possibile potrebbe riguardare la natura più intima della questione ed i suoi plurimi connotati “valoriali”: definire cosa si debba intendere per plagio potrebbe avere enormi riflessi sull'attuale e futuro sviluppo culturale in quanto significa disegnare indirettamente i confini di concetti al plagio speculari come l'originalità e la creatività. Il prezzo per il silenzio appare, come si diceva, sempre più alto poiché non solo il giudice si vede costretto a “dar voce” alle perizie tecniche, ma anche e soprattutto in quanto, in alcuni casi, si è avuta l'impressione che questi sia giunto a dar voce alla propria sensibilità estetica incanalandola nella *factio* giuridica dell'ascoltatore medio, di cui si dirà nel prosieguo della tesi .

---

<sup>8</sup> Si pensi, ad esempio, alla assenza di una definizione generale a livello di diritto nazionale di “finalità terroristiche” o al silenzio del legislatore sul tema delicatissimo dell'inizio vita. La costante di questi silenzi sembra essere il coinvolgimento di valori e la potenziale connotazione ideologica di una qualsivoglia definizione.

<sup>9</sup> Molti gli addentellati costituzionali rinvenibili: in primo luogo lo sviluppo della persona (art.3), ma anche la libertà di espressione (art.21), la libertà delle arti e della scienza (art.33) . Rilevante è inoltre la prospettiva generale dello sviluppo della cultura (art.9). Per approfondire soprattutto relativamente alla giurisprudenza di legittimità della Corte costituzionale v. V. CAIANIELLO, *Profili di legittimità costituzionale della legge sul diritto d'autore nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni* 1988, fasc. 1-3, 91 e V.M. DE SANCTIS, *La Corte Costituzionale e il diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 1995, 428.

In breve il punto di partenza è un *testo silenzioso*<sup>10</sup> che dottrina e giurisprudenza hanno cercato di riempire di contenuti con risultati che, per restare in tema, potremmo definire polifonici<sup>11</sup>; se sulla nozione di plagio si riscontrano posizioni differenti, sembra esserci, invece, una certa concordia, sull'impossibilità di qualificare come plagio qualsiasi violazione del diritto d'autore *rectius* dei diritti dell'autore<sup>12</sup>.

La dottrina più risalente ha cercato di definire il plagio *per relationem* utilizzando come termine di paragone la "contraffazione"; tale tendenza si riscontra a partire dalla prima dottrina francese<sup>13</sup>, della quale quella italiana è senza dubbio debitrice, secondo cui la contraffazione si concreterebbe in una lesione del diritto patrimoniale dell'autore a differenza del plagio che comporterebbe esclusivamente una lesione del diritto morale. Rispetto a questa prospettiva si è precisato che:

“[F]urono distinte tre diverse gradazioni di appropriazione dell'opera altrui: l'imitazione servile, che offende soltanto il buon gusto; il plagio consistente in una usurpazione con carattere di menzogna, che offende la morale; la contraffazione, che si distingue dal plagio per gradazione insensibile, come il più dal meno, ed è caratterizzata dal danno economico che arreca all'autore e alla fortuna commerciale dell'opera”<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Il silenzio quale elemento significativo della comunicazione musicale, ma anche come punto di partenza di una riflessione non più solo concettuale sulla musica ha connotato gli scritti del poliedrico compositore Luciano Berio per il quale la questione dell'interpretazione musicale può essere affrontata solo partendo da un *testo silenzioso*, v. L.BERIO, *Un ricordo al futuro. Lezioni americane* a cura di T. PECKER, Einaudi, Torino, 2006, 8.

<sup>11</sup> Una rassegna esemplificativa delle molteplici definizioni di plagio presenti sia a livello enciclopedico che dottrinale è stilata da CASO, *cit.*, 14 e ss.

<sup>12</sup> Secondo P. GRECO e P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano Vassalli*, vol. XI, III, Utet, Torino, 1974, 356 : "...è violazione dei diritti dell'autore ogni atto che, non essendo stato autorizzato dall'autore o dai suoi aventi causa né essendo lecito per legge (come nei casi di libere utilizzazioni) in qualche modo pregiudica questi diritti...". Si parla di diritti al plurale con riferimento a quella bipartizione sia positiva che dogmatica tra diritti patrimoniali dell'autore e diritti morali, bipartizione che rappresenta anche un criterio sistematico di raggruppamento delle violazioni: si potranno avere violazioni che ledono i soli diritti patrimoniali, violazioni che ledono il solo diritto morale e violazioni che li ledono entrambi.

<sup>13</sup> A.C. RENOIRD, *Traité des droits d'auteur*, s.n., Parigi, 1938.

<sup>14</sup> Z.O. ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978, 346.

In diversa relazione starebbero invece i due termini per un'autorevole parte della dottrina italiana secondo cui la differenza non consisterebbe nella natura del diritto leso, ma nel fatto che:

*“[s]i ha contraffazione quando due opere pur presentandosi distinte o diverse tra di loro e dotate ciascuna di una propria attività, rivelano tuttavia, ad un esame più o meno approfondito del contenuto o della struttura, delle simiglianze e talvolta persino delle identità a dar luogo al sospetto che l'una sia in tutto od in parte una imitazione o una copia mascherata dell'altra e, da un punto di vista più oggettivo, che l'una invada la sfera propria dell'altra”<sup>15</sup>.*

La contraffazione si realizzerebbe, in sintesi, quando due opere presentino reciprocamente non solo somiglianze ma anche differenze che non sarebbero al contrario percettibili nel caso di una mera usurpazione che si presenti nelle vesti di una “*riproduzione fedele sotto il proprio nome di un'opera altrui*”<sup>16</sup>. Concordano i due indirizzi sulla possibilità che la contraffazione ed il plagio-usurpazione si verificino contestualmente, non a caso si è scritto che:

*“Il plagio-contraffazione è dunque caratterizzato dall'indebita appropriazione di elementi creativi, con usurpazione della paternità, dell'opera altrui, ai fini di una loro utilizzazione in altra opera, la quale così manifesterà, nei riguardi della prima opera, una identità che potrà essere parziale, totale, mascherata o meno”<sup>17</sup>.*

Un punto che appare interessante sottolineare, soprattutto all'interno di un lavoro che si propone di essere interdisciplinare, è la scelta operata dalla dottrina della contraffazione quale termine di paragone per la costruzione dogmatica del plagio; la contraffazione è una categoria concettuale il cui sviluppo è legato anche al diritto industriale, con particolare riferimento ai marchi ed ai brevetti. Lasciando da un canto alcuni interessanti parallelismi di carattere civilistico, si può iniziare notando che il termine contraffazione viene esplicitamente utilizzato dall'art. 473 c.p. rubricato “*contraffazione, alterazione o uso di marchio segni distintivi*”

---

<sup>15</sup> GRECO e VERCELLONE, cit., 358.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> O. CAROSONE, *Riflessioni in tema di plagio contraffazione*, (nota a sentenza della Corte d'Appello di Roma del 10 ottobre 1983), in *Dir. autore*, 1984, 191.

*ovvero di brevetti, modelli e disegni?*. Il reato in oggetto tutela la “fede pubblica” e punisce a tal fine quelle condotte idonee ad ingenerare confusione nei consumatori mentre nell’ambito del diritto d’autore la dottrina, fin dal primo momento, si è affrettata frettolosamente a chiarire che “*la contraffazione sussiste indipendentemente dal fatto che tra le due opere sia stata ingenerata confusione*”<sup>18</sup>; se da un lato, quindi, si mutua la stessa terminologia e non si esita a rinvenire un certo parallelismo tra le figure<sup>19</sup>, dall’altro si cerca di chiarire che i criteri di accertamento devono o dovrebbero essere differenti con la conseguenza che la verifica sulla sussistenza del plagio non possa essere ridotta ad un giudizio sul “potenziale confusorio” del brano plagiario. Tale scissione di piani è stata rafforzata dalla modifica normativa dell’art. 473 c.p. ad opera della [l. n. 99/2009](#) che prima della riforma era rubricato “contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di *opere dell’ingegno* o di prodotti industriali”; il riferimento alle opere dell’ingegno è stato eliminato per evitare di creare duplicati delle tutele considerato che per le contraffazioni e alterazioni relative ad opere dell’ingegno, la [l. n. 633/1941](#) prevede già fattispecie penali ad hoc sanzionate in misura severa<sup>20</sup>. Nonostante la frattura normativa, fin già dalla vigenza della prima legge nazionale sul diritto d’autore<sup>21</sup> è possibile rinvenire un certo “gemellaggio lessicale” tra diritto d’autore e diritto industriale tanto che il plagio veniva descritto come una forma di contraffazione intellettuale costituente inganno

---

<sup>18</sup> GRECO e VERCELLONE, cit., 359.

<sup>19</sup> Secondo ALGARDI, cit., 369: “Il plagio-contraffazione è una figura giuridica che si avvicina da una parte al furto, come appropriazione dell’opera altrui, dall’altra al falso, come falsificazione del rapporto autore-opera e, dal punto di vista del pubblico interesse, si avvicina ai reati contro la fede pubblica in quanto inganna gli apprenditori sia sulla genuinità dell’opera sia sul nome del vero autore.”

<sup>20</sup> A. MEDEO, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, 1, 10.

<sup>21</sup> La prima legge nazionale in materia è stata la l. 25 giugno 1865 n. 2337. Prima dell’unità nazionale il quadro della tutela del diritto d’autore si presentava alquanto frammentato anche se dominante appariva la circolazione per imposizione del modello francese della “proprietà letteraria”. Sull’argomento L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, *Rivista di Diritto Civile*, 2006, 2, 179.

contro la pubblica fede e mezzo per esercitare una concorrenza sleale nei confronti dell'opera originale<sup>22</sup>.

Sulla distinzione tra plagio e contraffazione non fa luce neanche la giurisprudenza che alle volte riconosce differenze tra le due figure<sup>23</sup>, ricalcando i principali orientamenti della dottrina, ed altre le utilizza in modo alternativo senza preoccuparsi di meglio definirne i confini.

Altra nota di eccezionale rilievo concerne l'impossibilità di dare una definizione di plagio-contraffazione che prescindendo dalle specificità riguardanti l'oggetto della tutela nel caso concreto. Il diritto dell'autore oltre ad estrinsecarsi, sotto il profilo dell'ampiezza della tutela, nei *diritti* dell'autore si configura anche come diritto degli *autori*, sotto il profilo dell'oggetto e della titolarità, presidiando creazioni e creatori quanto mai diversi tra loro; in questa tesi ci si concentrerà in particolare sul fenomeno del plagio di opere musicali focalizzando l'attenzione in prima battuta sulla prospettiva *dell'uomo della strada* per cercare di meglio circoscrivere l'ambito di ricerca con la consapevolezza che:

*“People commonly think of plagiarism as being against the law. But with respect to plagiarism, the law and literary ethics intersect only imperfectly. Plagiarism is not a legal term, and though an instance of plagiarism might seem to be the quintessential act of wrongful copying, it does not necessarily constitute a violation of copyright law”*<sup>24</sup>.

### 1.1.1. Anche Mozart copiava? Evoluzione del fenomeno e della sua percezione

Qualche anno fa fece molta eco la notizia della “scoperta” di un presunto plagio di W.A. Mozart ai danni del compositore ligure di formazione napoletana Pasquale Anfossi<sup>25</sup>, notizia che, con curiosa velocità, si diffuse dalle pagine del

---

<sup>22</sup> ALGARDI, cit., 372

<sup>23</sup> *Ex plurimis v. Pretore di Roma 10 maggio 1971, Dir. autore, 1972, 56.*

<sup>24</sup> L. STEARNS, *Copy Wrong, Plagiarism, Process, Property and Law*, in *Perspective on Plagiarism*, a cura di L. BURANEN e A. M. ROY, State University of New York Press, Albany, 1999, 6.

<sup>25</sup> La descrizione delle circostanze del ritrovamento e dell'accertamento sono descritte da E. AMATO, *Il plagio mozartiano*, in *KonSequenz*, 2002, 7. Nello specifico una cellula



quotidiano la Stampa di Torino fino ad arrivare a quelle del New York Times<sup>26</sup>. Gli elementi più interessanti di questo “*J’Accuse*” postumo sono due: l’interesse generale suscitato dall’ipotesi che anche uno dei più grandi geni musicali possa essersi macchiato di questa infamia ed, in secondo luogo, lo stupore degli addetti ai lavori nei confronti di questa “scoperta”. In realtà di veramente nuovo in questa vicenda sembra esserci solo l’accostamento del nome di Mozart al modernissimo concetto di plagio ed all’aura di condanna generale che l’ammanta, è solo questo che ha suscitato scalpore; già in tempi non sospetti si era fatto notare che se Mozart fosse vissuto ai giorni nostri avrebbe probabilmente dovuto spendere la maggior parte del suo tempo in tribunale a difendersi da accuse di plagio<sup>27</sup> e questo perché in realtà l’intero panorama della musica colta è disseminato da citazioni, variazioni, rielaborazioni, rievocazioni di opere precedenti che nessuno si sarebbe mai sognato di definire plagio; altro “plagio” attribuito a Mozart è quello ai danni di Clementi nei confronti del quale il salisburghese non nutriva grande considerazione tanto da averlo definito un “*semplice meccanico*”<sup>28</sup>; secondo Clementi, che di questo “furto” diede atto addirittura in calce ad una ristampa della sua sonata plagiata, Mozart avrebbe utilizzato il suo tema per l’*Overture* del Flauto Magico ed effettivamente si può dire che tale accusa non fosse del tutto infondata non mancando chi ha letto in questo “*gesto di elegante pirateria*” un intento di deliberata sfida per dimostrare “[q]uali vette si potessero attingere, con un medesimo spunto tematico, sol che l’intelletto e lo spirito fossero di più alta levatura”<sup>29</sup>. Questo episodio non prova che il problema del plagio fosse avvertito anche a quell’epoca; al contrario le citazioni e le variazioni costituivano una pratica compositiva diffusissima che, forse anche a causa

---

dell’andante di “*Venezia 1776*” di Anfossi (solo 4 note) sarebbe riprodotta nel celebre “*Confutatis Maledicti*” della messa da Requiem di Mozart.

<sup>26</sup> S.CAPPELLETO, *Mozart, copione geniale*, in “*La Stampa*” del 4/10/1997. L’articolo viene ripreso il 5/10/97 dal *New York Times*.

<sup>27</sup> L’affermazione è riferibile a G. C. BALLOLA in un articolo sul settimanale *Gente* citato in T. APREA, *Rubato ma non troppo*, De Santis, Roma, 1982, 88.

<sup>28</sup> Il riferimento è ad una lettera di Mozart in cui sosteneva che: “Clementi se la cava solo con la mano destra. Il suo forte sono i passaggi di terze: per il resto non ha un briciolo di sentimento o di gusto. In una parola: è un semplice meccanico” (*ivi*, 87 spec. nota 1).

<sup>29</sup> *Ibidem*.

dell'assenza di uno stigma normativo, veniva tollerata senza particolari rimostranze. Tra Clementi e Mozart, come si sarà capito, vigeva solo una profonda rivalità alimentata dall'indiscussa genialità del giovane salisburghese.

Le abilità musicali di Mozart sono state da sempre al centro di un diffuso interesse da parte dei cognitivisti di tutto il mondo e costituiscono un punto di partenza importante per spiegare la fisiologia dei processi neurologici legati al fenomeno musicale, di cui si darà sintetica contezza nella parte finale di questo elaborato; ciò che può risultare interessante anticipare, al fine di dare una dimensione più realistica a qualsiasi accusa di plagio mossa nei confronti di Mozart, è il carattere eccezionale delle sue abilità esemplificato egregiamente dal celebre aneddoto del *Miserere* di Allegri<sup>30</sup>. Un giovanissimo Mozart, di soli 14 anni, in viaggio con il padre Leopold, si reca a Roma per ascoltare il celebre *Miserere* di Allegri, opera di speciale complessità compositiva a causa della scrittura per nove voci e due cori e della rimarchevole durata di circa 15 minuti. Dopo un solo ascolto il piccolo Mozart, tornato a casa, trascrive l'intera partitura con dovizia di particolari e qualche giorno dopo si dedica alla stesura di un proprio *Miserere* (K 85) sicuramente originale rispetto a quello di Allegri. La riflessione sull'eccezionale capacità creativa di Mozart può partire anche dalla descrizione delle sue abilità mnemoniche e rielaborazione; la variazione creativa, la citazione all'interno di colossali opere d'arte poste in essere da compositori la cui creatività è indubbia non potrebbero quindi mai assumere i tratti del plagio anche se non è trascurabile l'effetto che l'assenza di un diritto formale avrebbe potuto produrre su questo atteggiamento di generica tolleranza. Forse con una vena di disprezzo, ma con realismo e lungimiranza si è scritto che:

*“ [I]l plagio fra due modesti compositori non è affare che offra materia per analisi serie: il contendere fra i due interessati va sempre a finire nei giudizi della Magistratura che, purtroppo, molte volte, è costretta a scomodare alte personalità musicali per sapere se*

---

<sup>30</sup> La vicenda è riportata da B. LECHEVALIER, *Il cervello di Mozart*, Bollati Boringhieri, Torino, 2006, 20.

*le prime battute di una certa "canzonetta" in voga sono state "sgraffignate" da un'altra melodia antecedente*<sup>31</sup>.

In realtà questo tipo di affermazione è intimamente legata ad un pregiudizio tipico dei nostri tempi che vorrebbe la musica colta contrapposta a quella definita leggera perché "*di sé non pone problemi*"<sup>32</sup>. Effettivamente molte delle definizioni che si sono date di musica leggera presentano fortissimi connotati ideologici e non sono in grado di delineare con efficacia e realismo il fenomeno della musica leggera gravido di riflessi sociologici e culturali<sup>33</sup>; nonostante questo, dobbiamo rilevare che questo genere musicale, che si presume non ponga problemi rispetto a se stesso, ne pone invece, tantissimi sotto un profilo giuridico e nello specifico sotto il profilo che qui ci occupa. Effettivamente la musica leggera, a causa di peculiarità legate allo stile compositivo, alla subordinazione ai *trend* di mercato ed all'impatto con le nuove tecnologie si è fatta fertile campo per un numero sempre più alto di casi di plagio e che diventerà inevitabilmente l'ambito di riferimento principale di questa tesi. Il plagio musicale, con particolare riferimento alla musica leggera, non è fenomeno importante solo per l'indubbio rilievo statistico, ma anche perché le canzoni presentano spesso quella "esiguità strutturale" stimolante banco di prova per una ricerca volta a testare la resistenza dei requisiti sostanziali della tutela, in particolar modo del carattere creativo, rispetto ad un panorama culturale in rapido mutamento<sup>34</sup>.

### 1.1.2. Il plagio nella musica leggera

Nel 2004 Michele Bovi, giornalista e scrittore italiano da sempre impegnato sui temi del diritto d'autore, ha convogliato anni di inchieste ed indagini in una

---

<sup>31</sup> APREA, cit., 173.

<sup>32</sup> C. SANTOIANNI, *Popular music e comunicazioni di massa*, Eds, Napoli, 1993, 7.

<sup>33</sup> Ex plurimis, AA. VV., *La nuova enciclopedia della musica Garzanti*, Garzanti, Milano, 1983, 879, secondo cui musica leggera: "Definisce tutta quella musica intesa e fruita come svago e divertimento in contrapposizione alla musica colta o seria, alla musica folk, al jazz".

<sup>34</sup> Di questo avviso G. BONELLI, *Il plagio di opere musicali*, in *Dir. autore*, 2000, 179, spec.185.

pubblicazione che costituisce un'interessantissima e dettagliata raccolta organica di casi di plagio o di somiglianze nella musica leggera nazionale ed internazionale<sup>35</sup>. La lettura del volume in questione, da cui sono tratti tutti gli esempi che seguono, genera nel lettore comune un certo senso di rammarico nel constatare che anche alcune pietre miliari della canzone mondiale o, più in generale, pezzi a cui è emotivamente legato in realtà non sono altro che una rielaborazione, spesso camuffata, dell'opera di qualcun altro. Nel lettore giurista la sensazione post lettura è di natura differente in quanto il contenuto del volume non fa altro che rafforzare l'idea, già forte in chi scrive, della necessità di rivisitare i criteri adoperati dalle corti per decidere sulle questioni di plagio in modo da renderli più adeguati ai parametri compositivi ed espressivi della musica leggera o commerciale.

Una delle prime cause di plagio musicale nel nostro Paese risale agli anni 20 e vede coinvolti due mostri sacri; la storica casa discografica Ricordi accusa Cesare Andrea Bixio, nonno della canzone nostrana, e la sua *"Noi siamo le lucciole"* di plagiare un segmento di una famosissima aria della *"Turandot"* di Puccini. Contro ogni previsione, si scoprì che l'opera di Bixio era stata depositata alla SIAE qualche settimana prima dell'opera di Puccini<sup>36</sup>. Particolarmente fecondi sia dal punto di vista della creatività che da quello delle citazioni, cover e plagi sono stati gli anni 60 in cui si consolidano sia il fenomeno della canzone di consumo sia il potere delle grosse case discografiche; fondamentale in questo processo è il *gap* temporale intercorrente tra la pubblicazione di una canzone di successo straniera ed il suo arrivo in Italia, non a caso Bovi descrive quegli anni sostenendo che:

*"Di "favoloso" c'è stato senz'altro il boom del mercato della canzone. Con modesta benemerenzza degli artisti, e fondamentale merito invece dell'intraprendenza e anche della*

---

<sup>35</sup> M. BOVI, *Anche Mozart copiava. Cover, somiglianze, plagi e cloni*, Auditorium, Milano, 2004. La ricerca di Bovi è condensata anche in un ricchissimo sito internet <http://www.michelebovi.it/> da cui è possibile accedere ad un archivio video contenente le testimonianze dirette di alcuni protagonisti celebri delle vicende di plagio, v. *ex plurimis* il documentario *"Sanremo Patrono del Copia-Copia"* all'indirizzo <http://www.michelebovi.it/?p=3719>.

<sup>36</sup> *Ivi*, 66.

*spregiudicatezza di editori e discografici. La musica italiana da hit parade era frutto di un copia-copia generale: tutti i maggiori successi venivano intercettati e catturati come prede preziose in America ed in Inghilterra. Complice la lentezza delle comunicazioni i brani originali impiegavano molti mesi per raggiungere il nostro mercato e spesso nemmeno sbarcavano - l'azienda italiana del disco riuscì a creare migliaia di popstar nostrane con un impegno minimo sul fronte della composizione ma avvalendosi di altre due figure professionali che hanno dato un contributo decisivo al boom: l'arrangiatore e soprattutto (perché molte volte l'arrangiamento restava quello del brano originale) l'autore dei testi<sup>37</sup>.*

Notoriamente, però, il tempio della musica di consumo in Italia è sempre stato il Festival di Sanremo ed è semplice rilevare come la maggior parte delle cause di plagio siano state intentate contro brani partecipanti alla competizione ed ancora più spesso contro canzoni poi risultate vincitrici del Festival. Un caso su tutti, oggetto di una vicenda processuale i cui tratti saranno meglio enucleati nel II cap. di questo lavoro, è quella che ha visto coinvolti Renato Rascel per la canzone vincitrice dell'edizione del 1960 – *Romantica* – ed un veterinario compositore per diletto; la vicenda giudiziaria è rimarcabile soprattutto per la notorietà dei periti delle parti: da un lato Ildebrando Pizzetti e dall'altro Igor Stravinsky<sup>38</sup>. I numeri del Festival sono davvero impressionanti: si parla di circa 200 denunce per plagio in 52 edizioni mentre innumerevoli sono state le mere segnalazioni inerenti non solo all'aspetto musicale, ma anche a quello dei testi delle canzoni in gara<sup>39</sup>. Un caso particolare è stato quello riguardante “*Vorrei incontrarti tra cent'anni*” con cui Ron ha vinto Sanremo nel 1996; pochi giorni dopo la fine del Festival un articolo del Corriere della Sera fece notare come il testo della canzone rimarcasse quasi fedelmente alcuni versi di due sonetti di Shakespeare<sup>40</sup>. Il lungo elenco comprende anche nomi insospettabili come quello

---

<sup>37</sup> Ivi, 27.

<sup>38</sup> Ivi, 75.

<sup>39</sup> Dato riportato dall'articolo *Il plagio al Festival di Sanremo – un'abitudine e una necessità*, in *La Repubblica* del 13 febbraio 2003. La circostanza per cui molte denunce di plagio vengono sporte dopo il Festival la dice lunga anche sulla prassi ormai diffusa tra molti detentori di diritti d'autore di assumere tecnici o legali incaricati di scovare i possibili plagi.

<sup>40</sup> BOVI, 77.

del grande cantautore Lucio Battisti che nel 1972 pubblicò “*I giardini di Marzo*” evidentemente ispirata a “*Mr. Soul*” canzone di qualche anno prima dei Buffalo Springfield che negli anni 80, forse proprio per rimarcare la somiglianza con il brano di Battisti, Neil Young incise nuovamente diminuendone la velocità. Non va meglio per i grandi nomi internazionali: non sfuggono alla gogna mediatica ed alle accuse nelle aule dei tribunali neanche i Beatles, i Rolling Stones, Robbie Williams, gli Oasis, i The Verve e tantissimi altri<sup>41</sup>.

Il moltiplicarsi esponenziale del numero dei plagii denunciati e segnalati è evidentemente direttamente proporzionale al successo, anche e soprattutto in termini di profitto, delle canzoni coinvolte. Questo dato non è marginale in quanto ci porta ad esaminare un altro aspetto rilevante della questione: l'ormai consolidato carattere di “*industrialità*” *latu sensu* della creazione musicale; in realtà l'attenzione per i gusti del pubblico non è estranea neanche alle composizioni di musica colta<sup>42</sup>, ma sicuramente la costruzione della c.d. industria musicale è un fenomeno riferibile alla seconda metà del novecento ed al crescente potere delle etichette discografiche multinazionali la cui fortuna si è sostanzialmente basata sulla capacità di sondare e dettare i gusti del pubblico. La compartimentazione dei mercati musicali è evidenziabile anche dall'esistenza di etichette discografiche specializzate per genere musicale ed indirettamente in grado di “lanciare” sul mercato artisti e stili conformi rispetto alle aspettative del pubblico medio del settore discografico di pertinenza. La musica diviene a tutti gli effetti un prodotto al centro di un mercato che si caratterizza per investimenti molto alti e per un rischio molto particolare:

*“[I]be author's cost of creating the work, and many publishing costs (for example editing costs), are incurred before it is even known what the demand for the work will be. Because demand is*

---

<sup>41</sup> *Ivi*, 118 e ss.

<sup>42</sup> A. L. RINGER, *Musical Taste and the Industrial Syndrome. A Socio-Musicological Problem in Historical Analysis*, in *International Review of the Aesthetics and Sociology of Music*, 1994, Vol. 25, 1/2, 79.

*uncertain, the difference between the price and the marginal costs of the successful work must not only cover the cost of expression but also compensate for the unavoidable risk of failure*<sup>43</sup>.

È evidente, quindi, che le case discografiche debbano cercare di arginare questo rischio e la strategia utilizzata è in primis quella della standardizzazione della produzione: ciò che piace al pubblico diventa modello per il futuro e questo volere accumulare fortuna sulla fortuna marginalizzando le produzioni sperimentali aumenta notevolmente il rischio di incorrere nel plagio<sup>44</sup>; tuttavia, come accennato, è anche importante diffondere e fissare nuovi *trend* imponendo al pubblico il proprio prodotto non solo attraverso ingenti investimenti pubblicitari, ma anche con sistemi illegali, come per esempio il c.d. “*payola*”. Con questo termine in America si definisce la pratica, conosciuta fin dagli anni 50, di pagare le emittenti radiofoniche o televisive per l’inserimento nei propri palinsesti di una canzone<sup>45</sup> affinché la stessa fosse proposta al pubblico un numero elevato di volte durante l’arco della giornata in modo quasi martellante. Tale condotta è diventata reato negli Stati Uniti ma, nonostante ciò, non sembra essere scomparsa del tutto tanto che di recente la *Sony BMG*, accusata di corrompere alcune radio per lanciare i propri pezzi, si è trovata a pagare una multa di circa 10 milioni di dollari<sup>46</sup>.

### 1.1.3. Musica e rivoluzione digitale. Il colpo della “lunga coda”

Questa panoramica preliminare sull’evoluzione del fenomeno del plagio musicale nella dimensione della percezione comune non può dirsi completa senza aver fatto cenno agli effetti che la rivoluzione tecnologica ha avuto su aspetti diversi del fenomeno musicale; in sintesi l’introduzione delle nuove tecnologie ha

---

<sup>43</sup> W. M. LANDER e R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, 40.

<sup>44</sup> Così R.A. POSNER, *Il piccolo libro del plagio*, Elliot, Roma, 2007.

<sup>45</sup> Sul fenomeno in questione v. R. H. COASE, *Payola in Radio and Television Broadcasting*, in *Journal of Law and Economics*, 1979, 22, 269; G. SIDAK e D.E. KRONMYER, *The 'New Payola' and the American Record Industry: Transaction Costs and Precautionary Ignorance in Contracts for Illicit Services*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1981, Vol. 10, No. 3, 521.

<sup>46</sup> La circostanza è riportata da M. BOLDRIN e D.K. LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, Laterza, Bari, 2012, 114.

operato rispetto al mercato musicale su tre differenti piani: quello della diffusione, quello dell'intermediazione e quello della produzione.

Sotto il primo profilo è fin troppo evidente che Internet abbia globalizzato il consumo musicale determinando un accesso più facile e rapido ai contenuti contribuendo ad uniformare gusti e stili a livello mondiale. La possibilità di digitalizzare tracce audio ha segnato una cesura netta rispetto ai supporti materiali (vinili e CD) a cui necessariamente in passato era legata la diffusione dei prodotti musicali ricreando, in qualche modo, per il diritto d'autore, la situazione di trascendenza della tutela rispetto al supporto fisico propria del periodo antecedente all'introduzione della stampa a caratteri mobili; lo *streaming* ed il *downloading* sono ormai il canale d'accesso al patrimonio musicale preferito dalle nuove generazioni<sup>47</sup>. Dal nostro punto di vista internet ha contribuito ad ampliare notevolmente per gli utenti passivi, ma anche per quelli in grado di produrre nuova musica, il panorama delle fonti d'ispirazione, ma inevitabilmente ha aumentato le probabilità di scoprire nuovi plagi anche se questi vengono posti in essere in zone geografiche completamente diverse rispetto a quelle dell'opera di partenza. Un aspetto interessante, sotto questo profilo, è quello legato alle cc.dd. "*media-rich input applications*"<sup>48</sup> come gli ormai noti *Shazam* e *Midomi* che consentono agli utenti di trovare una canzone di cui non conoscono né titolo né autore registrandone un estratto (10 secondi) ed inviandolo tramite internet al server che nel giro di qualche secondo effettuerà un'operazione di *matching* restituendo all'utente un *set* di informazioni molto complete: autore, titolo, album e anno di pubblicazione del pezzo in questione; *Midomi*, in particolare, è in grado di restituire le stesse informazioni partendo dalla traccia fischiettata o mormorata dall'utente all'apparecchio telefonico. Fino ad ora queste tecnologie sono state al centro dell'attenzione dei giuristi per quanto riguarda i profili di potenziale responsabilità degli utenti che per accedere alla funzionalità

---

<sup>47</sup> Sull'impatto delle nuove tecnologie sui consumi v. L. MOLteni e A. ORDANINI, *Models of Online Music Consumption: Definition and Implications for Management*, Sda Bocconi, Milano, 2002, Research Division Working Paper, n. 02-70.

<sup>48</sup> Così le definisce D.R.P. KROHN, *Media-Rich Input Application liability*, in [Michigan Telecommunications and Technology Law Review](#), Vol. 17, No. 1, (2010).



dell'applicazione devono fare una "copia", anche se di pochi secondi, di materiale coperto dal copyright<sup>49</sup>, ma a questo profilo è possibile aggiungere, secondo chi scrive, l'asservibilità di queste tecnologie al futuro strumentario di monitoraggio contro il plagio. *Shazam* e *Midomi*, in sintesi, sono in grado di indicizzare una sorta di impronta digitale (*fingerprint*) della canzone che ne permette la collocazione su uno spettrogramma (contenente le variabili tempo, frequenza ed intensità); ogni volta che un utente manda un pezzo di brano questo viene indicizzato e l'algoritmo del programma gli fornisce una precisa collocazione rispetto allo spettrogramma, quando un secondo utente manda uno spezzone con *fingerprint* identico o vicino ad uno già indicizzato l'algoritmo compie un'operazione di *matching* trovando il pezzo o i pezzi che si collocano sullo spettrogramma nello stesso punto del precedente o in punti prossimi. Da questa sintetica e non esaustiva spiegazione del funzionamento di questi applicativi si può intuire il potenziale insito in strumenti in grado, attraverso il controllo automatizzato di parametri standard oggettivamente misurabili in ogni traccia musicale, di confrontare la prossimità sonora tra più brani diversi. In questo lavoro si citeranno sistemi simili a questo, elaborati nel campo della fisica e della c.d. "musicologia computazionale" (3.1.), per risolvere il problema del confronto tra brani, ma in questo luogo ci interessa solo sottolineare che i titolari di diritti d'autore hanno dalla loro uno strumento in più per scovare brani musicalmente vicini ai propri; in breve siamo davanti a tecnologie con un elevato potenziale difensivo.

In secondo luogo le nuove tecnologie hanno determinato un mutamento dell'industria della musica anche sotto il profilo del ruolo svolto dalle etichette discografiche nell'intermediazione dei contenuti; con riguardo al profilo della

---

<sup>49</sup> KROHN, cit., 10 per il quale: "Legacy indexing, caching, and searching behavior require the service provider to make the copy. A service provider reaches out via a web crawler, to retrieve, index, and cache content. When the user conducts a search, the service provider makes another copy and returns it to the user. Because the copying is done by the service provider and not the user, any service provider liability for legacy indexing and caching would be for direct infringement. With an MRIA, it is the user that copies and transmits the content. This user-copying has two consequences for copyright liability: (1) it has the potential of shifting liability for direct infringement from the service provider to the user and (2) there is less control over the actions of users than over automated systems".

distribuzione si sono individuati tre diversi modelli di riferimento: un modello tradizionale, un modello “rinnegato” ed un modello nuovo relativo all’*e-commerce*<sup>50</sup>. Il primo modello è quello che riguarda la produzione di massa e la distribuzione di supporti materiali contenenti l’opera musicale ed il modello storicamente attivo dalla prima parte del XX sec. ad oggi; il secondo riguarda la diffusione di opere musicali digitalizzate secondo modalità vietate dalla legge, mentre il terzo riguarda la distribuzione legale di canzoni ed album digitalizzati che può avvenire attraverso delle figure totalmente nuove, ovvero società indipendenti rispetto alle case discografiche, definite “*infomediari*”<sup>51</sup> oppure attraverso le etichette discografiche che si sono rapidamente adeguate a questo nuovo modello ed hanno attivato servizi di vendita/licenza di contenuti audio e video online<sup>52</sup>. Relativamente a questo aspetto del fenomeno molto interessanti sono i rilievi che si possono muovere applicando a questo settore la ormai famosa “*Long Tail Theory*”<sup>53</sup>; secondo l’autore di questa teoria – sviluppata guardando agli effetti sul mercato determinati dall’introduzione del modello *Amazon* – internet consente ai consumatori di accedere facilmente anche a contenuti che prima sarebbero stati definiti di nicchia, la coda appunto, allontanandosi da quelli in numero decisamente più esiguo, per la cui pubblicazione e distribuzione sono state investite ingenti risorse. Dal lato attivo i produttori di nicchia, che prima erano scoraggiati dalla difficoltà di raggiungere il pubblico potenzialmente interessato, saranno incentivati a continuare a produrre

---

<sup>50</sup> L. VACCARO e D.Y. COHN, *The evolution of Business Models and Marketing Strategies in the Music Industry*, in *International Journal on Media Management*, 2011, 6, 1-2, 46.

<sup>51</sup> J. HAGEL e J.F. RAYPORT, *The new infomediaries*, in *The McKinsey Quarterly*, 2000, 3, 119.

<sup>52</sup> In un comunicato della FIMI del 30 luglio 2012 disponibile all’indirizzo [http://www.fimi.it/dett\\_ddmercato.php?id=74](http://www.fimi.it/dett_ddmercato.php?id=74), si legge: “Secondo i dati raccolti da Deloitte per Fimi, nei primi sei mesi del 2012, la musica digitale, tra download e streaming, è cresciuta del 43%, e rappresenta oggi il 33% dell’intero mercato discografico italiano. Il download ha raggiunto il 61% del fatturato digitale, raggiungendo così i 10,9 milioni di euro in sei mesi. I singoli digital download sono cresciuti del 48%, gli Album del 31%. In forte aumento anche i ricavi dal video streaming, prevalentemente YouTube, che ha raddoppiato il valore rispetto al 2011. Complessivamente il mercato italiano, nonostante la crescita del digitale arrivato a 17,8 milioni di euro, è rimasto ancora di segno negativo, con il segmento CD calato di un 23%. Il mercato offline ha raggiunto poco più di 35,7 milioni di euro. Il mercato complessivo (offline + online) è stato di 53.6 milioni di euro.”

<sup>53</sup> C. ANDERSON, *La coda lunga : da un mercato di massa a una massa di mercati*, traduzione di S. BOURLOT, Codice, Torino, 2010.

favorendo in generale l'estensione di mercati prima marginali. Il “colpo di coda” nel settore musicale è amplificato dalla circostanza per cui tutti, con costi relativamente bassi, possono permettersi oggi strumentazioni per la registrazione e la diffusione delle proprie opere creative: è il fenomeno diffusissimo dell'*home recording* che mette potenzialmente ciascuno nelle condizioni di editarsi e distribuirsi da solo, senza la necessaria intermediazione delle case discografiche che, come anticipato, operano una rigorosa selezione a priori dei contenuti destinati a raggiungere il grande pubblico, tagliando fuori ciò che non è considerato un buon investimento<sup>54</sup>.

L'ultimo fronte da analizzare, anche se qualcosa in tema è già stato anticipato, resta quello riguardante l'impatto che le nuove tecnologie hanno svolto sulle tecniche di produzione musicale negli ultimi anni. Ormai i termini *sampling*<sup>55</sup>, *remix*, *mash up* fanno parte a pieno titolo del linguaggio musicale contemporaneo ponendo, però, nuove sfide per il diritto d'autore. Il comune denominatore di queste nuove tecniche sembra però essere la *contaminazione* ovvero la necessità che le nuove forme d'arte scaturiscano da una fusione tra generi e stili, tra passato e presente e che l'originalità promani da una riorganizzazione del materiale in grado di attribuirgli sempre nuovi significati. Il remix, per esempio, lungi dall'essere solo una tecnica sonora è stato descritto come un nuovo sistema di promozione culturale in grado di farsi veicolo da un lato dei valori della

---

<sup>54</sup> Non sono mancate critiche a questa teoria soprattutto rispetto alla circostanza che tale tendenza del mercato comporti con il tempo la progressiva estinzione delle case discografiche; di questo parere per esempio B. DAY, *In defens of copyright: record labels, creativity, and the future of music*, in *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*, 2011, Vol. 21, No. 1, 62; l'autore sottolinea che: “consumer demand for music has remained fairly constant despite the digital transition, with the vast majority of sales clustered around a small group of extremely popular titles. Although it is true that the Internet has enabled some artists and bands to “jump” from obscurity to stardom, the jump is almost always followed by a deal with major label.” (ivi 83).

<sup>55</sup> Sul rapporti tra campionamento e diritto d'autore v. G.PASCUZZI, *Il sampling*, in *AIDA*, 1998, pt. 1, 83; P. MARZANO, [Il digital audio sampling tra diritto d'autore, right of publicity e legge marchi](#), in *Il Dir. autore*, 2002, 293; M. RIMMER, *The Grey Album: Copyright Law and Digital Sampling*, in *Media International Australia Incorporating Culture and Policy*, 2005, 114, 40.

condivisione e dall'altro di educazione e formazione<sup>56</sup> all'interno di comunità qualificate di ascoltatori per i quali:

*“La riproduzione, ora, rappresenta l'originale, l'esecuzione dal vivo viene paragonata alla registrazione, e l'attrezzatura tecnica è considerata non un aiuto esterno per la riproduzione ma una caratteristica dell'originale musicale, utilizzata come parte del prodotto artistico”<sup>57</sup>.*

Altro nodo importante è quello legato alla musica elettronica o più in generale alla c.d. “*mouse music*” che obbliga gli interpreti ad analizzare un linguaggio musicale che è molto lontano da quello tradizionale della musica<sup>58</sup>; l'assenza di uno spartito, di note, di strutture familiari, destabilizzano gli operatori davanti a tracce che, invece, sono pienamente identificabili dai consumatori e che garantiscono ai propri autori profitti da capogiro.

Quanto si è fin qui anticipato serve a delimitare il campo di indagine, altrimenti vastissimo, di questa tesi che si propone di analizzare il fenomeno del plagio musicale di composizioni appartenenti alla musica leggera con particolare attenzione ai criteri utilizzati dalle corti, sia a livello nazionale che comparato, sottolineando come la mercificazione del prodotto musicale abbia condotto all'utilizzo di parametri di giudizio, come quello dell'ascoltatore medio, che presentano affinità rispetto a quelli utilizzati nell'ambito della proprietà industriale. Per meglio sottolineare queste relazioni si ritiene opportuno procedere preliminarmente ad una breve panoramica sugli aspetti fondamentali di carattere sostanziale del diritto d'autore al fine di testare se le finalità ed i presupposti richiamati come base di questa tutela trovino o meno effettivo riscontro sul piano operativo.

---

<sup>56</sup> Di questo avviso L. LESSIG, *Remix*, The Penguin Press, New York, 2008, 76.

<sup>57</sup> P. WICKE, *Rock music: a musical aesthetic study*, in *Popular Music*, 1982, 2, 236.

<sup>58</sup> M. FABIANI, *Gli apparecchi sono creatori intellettuali?*, in *Dir. autore*, 1966, 95; dello stesso autore, *Problemi in tema di tutela della musica elettronica*, in *Dir. autore*, 1964, 139;

## 1.2. Creazione intellettuale: passato, presente e futuro

Secondo un'autorevole dottrina alla luce dei recenti sviluppi del diritto d'autore si dovrebbe abbandonare la dualità classica fra proprietà industriale ed intellettuale per abbracciare un *approccio* industrialista *del diritto d'autore*<sup>59</sup>. Chi critica questa impostazione – ed il suo ingombrante corollario secondo cui il diritto d'autore sarebbe una branca del diritto industriale e quindi di quello commerciale – lo fa argomentando che alla base della tutela autoriale vi sarebbe esclusivamente il fatto stesso della creazione intellettuale, oggettivazione della personalità dell'autore, e non motivazioni concorrenziali, che accomunerebbero, invece, solo gli istituti della proprietà industriale<sup>60</sup>. Effettivamente l'art. 6 della l.a., in conformità rispetto a quanto stabilito dalla Convenzione di Berna, stabilisce che il titolo originario di acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera quale espressione del lavoro intellettuale. Tuttavia, soprattutto basandosi su una lettura storica dell'evoluzione del diritto d'autore continentale<sup>61</sup>, è patente che i suoi antecedenti siano intimamente connessi a ragioni di carattere economico-concorrenziale: il diritto d'autore moderno nasce a seguito dell'invenzione della stampa a caratteri mobili al fine di tutelare l'attività dello stampatore dalla concorrenza “sleale” degli altri stampatori potevano

---

<sup>59</sup> La composizione positiva della classica dualità tra proprietà industriale e diritto d'autore si realizza con l'Accordo *TRIPS* che per la prima volta fa riferimento unitariamente alla proprietà intellettuale; tuttavia oltre alla composizione formale è da registrarsi il progressivo affermarsi di interventi normativi “ibridanti” come rileva uno dei maggiori esponenti dell'approccio industrialista G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2008, II ed., 5, per cui il segno distintivo di queste tendenze ibridanti sarebbe configurabile nello sconfinamento della tutela autoriale nel campo delle creazioni di fruizione utilitaria, come i prodotti dell'ICT, o dei beni di consumo frutto del design industriale.

<sup>60</sup> V.M. DE SANCTIS, *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 12.

<sup>61</sup> Sulla evoluzione storica in prospettiva comparata del diritto d'autore si vedano T.A. GIUSEPPE, *Appunti di storia dell'evoluzione del diritto d'autore*, *Dir. autore*, 1979, 186 e L. MANCINI, *Alle origini del diritto d'autore*, *Dir. autore*, 2008, 425; recentissima è l'opera monografica di U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore : tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma, 2010.

vendere le copie ad un prezzo più basso<sup>62</sup>. I confini tra diritto d'autore e brevetti, in una prima fase, sono sbiaditi in quanto i privilegi concessi graziosamente dai sovrani agli stampatori riguardavano l'esercizio di un'attività e nulla avevano a che fare con la creazione intellettuale<sup>63</sup>; l'autore, originariamente, era solo un'ombra sullo sfondo di una tutela che nasceva da esigenze primariamente economiche – derivanti dall'implementazione di nuove tecnologie – la cui qualificazione giuridica non sembrava rappresentare un problema prioritario.

La scissione formale tra tutela brevettuale e diritto d'autore si è delineata nel corso dei secoli soprattutto in ragione del mutato quadro culturale: in una seconda fase dello sviluppo del diritto d'autore – grazie al contributo del pensiero lockiano<sup>64</sup> ed al delinarsi del profilo “morale” del diritto in Francia – l'autore e la sua opera sono diventati progressivamente il nucleo centrale della tutela anche se solo apparentemente dato che gli interessi commerciali degli

---

<sup>62</sup> Ricostruisce IZZO: “ [A] Venezia il 18 settembre 1469 il tedesco Johann von Speier, italianizzato in Giovanni da Spira, si vede riconoscere dal Collegio della Serenissima, composto dal doge e da una dozzina fra consiglieri, capi dei Quaranta e Savi, quello che gli storici celebrano per essere stato il primo privilegio rilasciato da un'autorità politica a uno stampatore. Si tratta di un monopolio legato alla persona, che fa di Speier l'unico artigiano autorizzato a esercitare la stampa e il commercio di libri in laguna. Il privilegio mostra come le autorità veneziane, fiutando l'utilità di intervenire per “catturare” le prodigiose potenzialità della nuova tecnologia, si attivino per implementando una logica per molti versi vicina a quella che sarà concettualmente accolta dal brevetto, che poco ha a che fare con l'idea di proteggere le sorti commerciali di uno specifico titolo oggetto di stampa.” (ivi, 13).

<sup>63</sup> Tra gli autori contrari all'approccio industrialista al diritto d'autore e più nello specifico restii al riconoscere affinità tra tutela autoriale e tutela brevettuale troviamo anche R.M. STALLMAN, *Did you say: “Intellectual Property”? It's a seductive mirage*, in *Cyberspazio e diritto*, 2005, 6, 1, 75 secondo cui: “...[I]t is a mistake to replace “intellectual property” with any other term. A different name could eliminate the bias, but won't address the term's deeper problem: overgeneralization. There is no such unified thing as “intellectual property”. It is a mirage, which appears to have a coherent existence only because the term suggests it does.” Per poi aggiungere che il diritto d'autore e quello dei brevetti: “...[O]riginated separately, evolved differently, cover different activities, have different rules, and raise different public policy issues” (ivi, p.76).

<sup>64</sup> Il contributo di Locke al dibattito culturale sul diritto d'autore si sviluppa su più fronti: in primo luogo nei *Due Trattati sul Governo* (1690) viene enucleata la “*labour theory of property*” in base a cui in capo all'autore sorgerebbe un diritto naturale – di matrice proprietaria – sul *prodotto* del proprio lavoro. Sull'apporto lockiano si veda A. DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in *AIDA*, 1997, 6, 405 e A. DRASSINOWER, *Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright* (2001), *Stanford/Yale Jr. Faculty Forum Paper No. 01-06 and U of Toronto, Public Law Research Paper No. 01-06*.

editori non sono mai scomparsi del tutto<sup>65</sup>. Tuttavia, almeno sotto un profilo teleologico, una connessione tra diritto d'autore e brevetti permane, come risulta evidente dall'incipit della ormai celebre “*IP Clause*” della Costituzione degli Stati Uniti che individua la ratio della tutela dei brevetti e del copyright nella promozione del sapere e delle arti utili<sup>66</sup>. La connessione finalistica tra i due istituti ha riflessi anche sulla scelta dello strumento per la realizzazione della tutela giuridica che, in entrambi i casi, anche se in conseguenza al verificarsi di presupposti parzialmente differenti, si configura nella concessione di un'esclusiva (detta anche privativa) a favore dell'inventore-autore.

Altro punto fondamentale che ha favorito il progressivo delinarsi del diritto d'autore contemporaneo riguarda la maggiore consapevolezza, acquisita da dottrina e giurisprudenza, circa la natura economico-giuridica dell'opera dell'ingegno; le opere dell'ingegno e le invenzioni industriali rientrano nella categoria delle creazioni intellettuali e vengono anche definite “beni immateriali” ovvero manifestazioni della realtà dotate di originalità. Il carattere della creatività e dell'originalità ne determina l'autonomia rispetto ad ogni altro prodotto dell'attività umana, ma soprattutto crea un legame inscindibile tra creazione e creatore tale per cui: “*L'originalità induce a risalire dalle opere al loro autore, di cui definiscono la personalità*”<sup>67</sup>. Dal legame trascendente tra opera e proprio autore

---

<sup>65</sup>In GRECO e VERCELLONE, cit., non a caso si legge: “[S]oprattutto non bisogna dimenticare che il vero fatto nuovo era il procedimenti tecnico. I governi, che ne avevano avvertito l'importanza, concentrarono la loro attenzione su di esso ed indirizzarono il loro favore a coloro che provvedevano ad attuarlo per la prima volta nei loro Stati. I primi interventi dei principi assumono quindi la forma di monopoli temporanei concessi graziosamente agli stampatori affinché potessero affrontare il rischioso momento iniziale della intrapresa industriale e commerciale senza dover subire urti concorrenziali. Certo, assai presto, il privilegio non ebbe più per oggetto l'attività di stampa in sé e per sé, bensì la stampa della singola opera od al massimo di una categoria di opere dello stesso genere: ed n ciò i privilegi librari iniziarono a distinguersi dalle patenti per inventori, delineandosi così anche il concetto che bene protetto era la singola opera dell'ingegno quale costante contenuto che si riproduceva immutato nelle migliaia di esemplari” (spec. 2 e ss.).

<sup>66</sup> Nello specifico l'articolo 1, section 8, clause 8 della U.S. Constitution recita: “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”. Sul processo di costituzionalizzazione di questa clausola v. PASCUZZI e CASO (a cura di), cit., 146.

<sup>67</sup> R. CORRADO, *Opere dell'ingegno e privative industriali in Trattato di Diritto Civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli*, Vallardi, Milano, 1961, 1.

discende che la prima sarà meritevole di tutela sia in quanto estrinsecazione dell'individualità autoriale sia perché idonea a soddisfare un interesse economico collettivo a seguito della divulgazione<sup>68</sup>. In questa doppia anima della creazione intellettuale si ritrovano distintamente sia la *ratio* politica – l'incentivo al lavoro intellettuale – sia quella giuridica – l'interesse di promuovere il progresso tecnico e artistico; il diritto d'autore positivo ha cercato di comporre queste due esigenze, in evidente contrasto teorico, attraverso la creazione di un diritto di utilizzazione esclusiva non su qualunque risultato intellettuale ma, come si avrà modo di approfondire, su creazioni intellettuali che godono di particolari requisiti e comunque per un periodo limitato di tempo<sup>69</sup>. La dottrina dei beni immateriali concorda nel rilevare come ogni creazione intellettuale non possa essere percepita se non attraverso la sua materiale estrinsecazione senza che però tra le due entità possa mai realizzarsi una piena identificazione<sup>70</sup>; in estrema sintesi il richiamo è alla tradizionale distinzione tra contenuto (*corpus mysticum*) e supporto materiale di fissazione (*corpus mechanicum*) a cui sono ricollegate due ulteriori conseguenze di notevole importanza: da un lato i beni immateriali si connoteranno per la loro attitudine a circolare e ad essere riprodotti e dall'altro questi risulteranno passibili di un integrale contemporaneo godimento da parte di diversi soggetti (tanti quante sono le riproduzioni dell'opera). Tale profilo è rilevante perché ci consente di notare che le opere dell'ingegno pur generando un diritto esclusivo a favore del proprio creatore, i cui connotati sono stati spesso ricostruiti partendo dallo schema della proprietà privata, non possano dar

---

<sup>68</sup> *Ivi*, 1.

<sup>69</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, secondo cui: "[L]a rivendicazione di un'esclusiva su qualunque risultato intellettuale, che, in linea di fatto, funzionerebbe a favore dei grandi imprenditori nelle cui mani si concentrano le creazioni intellettuali e agirebbe nel senso di un irrigidimento dell'economia; essa si ispira all'immagine di un individuo isolato e quasi in posizione di aprioristico contrasto con la società, piuttosto che a quella di un individuo in società, individuo le cui conquiste intellettuali sono insieme frutto della cultura acquisita, ciò che suole essere dimenticato dall'orgogliosa rivendicazione di esclusiva su qualunque creazione intellettuale che il singolo possa raggiungere." (*ivi*, 306).

<sup>70</sup> *Ivi*, 293.



vita, per le proprie caratteristiche intrinseche, ad uno *ius excludendi alios* nel senso tradizionale del termine<sup>71</sup>.

Queste peculiarità del bene immateriale sono suffragate dal fatto che la conoscenza e le informazioni, sotto un profilo economico, sono riconducibili alla categoria dei cc.dd. *beni pubblici* che si connotano, appunto, per non essere rivali al consumo e per non essere esclusivi. La teoria economica ricollega a questa particolare categoria di beni sia la produzione di esternalità positive, che corrispondono a quella che abbiamo identificato essere la *ratio* giuridica del diritto d'autore, sia un fallimento di mercato determinato dalla circostanza per cui il consumatore razionale, considerati i bassissimi costi di riproduzione e la difficoltà materiale di impedire la copia, non sarà disponibile a pagare per il consumo e preferirà fare *free-riding*<sup>72</sup>. L'esclusiva garantita a livello positivo consente di porre artificialmente rimedio alla non esclusività economica resa ancora più marcata dall'innovazione tecnologica che consente, oggi, di ottenere

---

<sup>71</sup> Sull'utilizzo dello schema della proprietà v. M.A. CARUSO, *Temi di diritto dei beni immateriali e della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2011, secondo cui: "[I]l ricorso alla proprietà, nella configurazione del diritto assoluto di utilizzazione sui beni immateriali, vuole indicare principalmente le caratteristiche formali del diritto, ma non deve far dimenticare la contrapposizione tra cose materiali, da un lato e creazioni intellettuali, dall'altro e soprattutto deve indurre a riflettere come, nella disciplina dei beni immateriali, l'interesse tutelato sia proprio quello della probabilità di guadagno conseguibile attraverso la estrinsecazione della creazione intellettuale in un'attività con terzi" (ivi 109) ed aggiunge, riprendendo Ascarelli che: "[I]l mantenimento del ricorso alla configurazione della proprietà è lo schema che meglio indica un diritto assoluto di utilizzazione che abbia come punto di riferimento un bene esterno al soggetto" (ivi 111). Tuttavia il ricorso a tale schema per la ricostruzione del diritto sulle opere dell'ingegno è stato ampiamente criticato ed il dibattito in questione ha addirittura offerto il destro per una rilettura etica del concetto di proprietà sulla scorta di quanto ormai dato per acquisito in campo di proprietà intellettuale v. D. LAMETTI, *The Objects of Virtue, Property and community*, Gregory S. Alexander Eduardo Penalver eds., Oxford University Press, New York, 2010, 1.

<sup>72</sup> Per un'analisi a largo spettro delle tematiche relative all'economia dell'innovazione v. S. SCOTCHMER, *Innovation and incentives*, Mit Press, Cambridge, 2004, mentre per alcune nozioni di base sui beni pubblici e sulla teoria del free-ridere v. P. KRUGMAN e R. WELLS, *Microeconomia*, Zanichelli, Bologna, 2006, spec. 444 e ss. Per un'analisi in chiave *law and economics* delle tematiche che ci occupano v. G.B. RAMELLO, *Il diritto d'autore tra creatività e mercato*, in *Economia pubblica*, 2002, 1, 37.

copie di alta qualità a costi irrisori condivisibili a livello globale in tempi brevissimi<sup>73</sup>.

La non esclusività di questi beni è stata peraltro oggetto dell'analisi della dottrina giuridica che ha sottolineato come dei beni immateriali sia possibile godere solo nell'esercizio di un'attività a carattere economico con terzi precisando, però, che a distinguere i beni immateriali dai materiali non sarebbe l'esclusiva destinazione al godimento altrui ma, più nello specifico, la particolare forma del godimento economico che per i beni immateriali costituirebbe anche il passaggio obbligato per il godimento spirituale in quanto attributivo di un titolo di godimento in senso giuridico<sup>74</sup>. L'esclusiva, in passato, riservava al titolare del diritto anche l'esercizio dell'attività intermediaria nella fruizione del bene, riserva che oggi, a seguito dell'introduzione delle nuove tecnologie di trattamento e diffusione degli output culturali, non ha più il rilievo di una volta considerato che l'accesso immediato al bene attraverso il canale tecnologico consente al consumatore di ottenere una riproduzione qualitativamente uguale a quella che avrebbe ottenuto attraverso l'intermediazione del titolare<sup>75</sup>.

Non di minor importanza, rispetto a quanto fino ad ora premesso, è il ruolo che per le creazioni intellettuali viene svolto dal patrimonio artistico-culturale

---

<sup>73</sup> La garanzia positiva di un'esclusiva si è dimostrata ben presto insufficiente a tutelare effettivamente gli autori rispetto alla nuova pirateria legata all'implementazione di nuove tecnologie. Accanto al copyright, prima oltreoceano e successivamente per circolazione del modello anche in Europa, è stato introdotto il *para-copyright* cioè un sistema di tutela giuridica di quei dispositivi tecnologici, noti genericamente come DRM, posti a presidio del prodotto intellettuale da violazioni di carattere altrettanto tecnologico. Per approfondire queste tematiche v. D. DE ANGELIS, *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Giuffrè, 2005, spec. 187 e ss. e a R. CASO (a cura di), *Digital rights management : problemi teorici e prospettive applicative : atti del convegno tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Trento, Trento, 2008, disponibile online al link <http://eprints.biblio.unitn.it/1336/>.

<sup>74</sup> G.OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, I, 189 che per rafforzare il punto sottolinea come: "...[p]er il diritto gode il concerto sia chi trova nell'ascoltarlo motivo di godimento, sia chi si addormenta durante l'esecuzione; e gode il libro sia chi lo compera per leggerlo, sia chi lo compera per "dar tono" a un ambiente. In entrambe le ipotesi occorre lo stesso titolo di godimento." (Ivi 193).

<sup>75</sup> P. SPADA, *Creazione ed esclusiva, trent'anni dopo*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, 2, I, 215 (spec. 222).

pregresso<sup>76</sup>. Una delle caratteristiche del bene informazione è l'attitudine a stratificarsi per comporre beni complessi diversi, ma comunque debitori di quelli alla base. La stratificazione culturale è un fenomeno noto ed i “corsi e ricorsi artistici” sono un dato di fatto per chi si occupa di storia delle arti.

Alla luce di quanto appena rilevato l'obiettivo della promozione della cultura può essere perseguito effettivamente dal diritto d'autore seguendo tre direttive diverse che attengono ad ambiti della tutela differenti: una durata ragionevole della esclusiva valorizzerà il pubblico dominio e conseguentemente il rapporto esistente tra passato e presente; una interpretazione corretta, rispettosa della ratio della tutela, dei requisiti costitutivi del diritto stimolerà nuove produzioni creative nel presente, tutelando da pretestuose accuse di plagio; infine, una applicazione meno rigida delle disciplina delle libere utilizzazioni favorirebbe la promozione culturale nel lungo periodo permettendo uno scambio più fluido tra i creatori di oggi e quelli di domani. Il diritto d'autore, a livello operativo, non può preoccuparsi solo della contingenza, ma è gravato da una ben maggiore responsabilità sia nei confronti della diffusione di ciò che potremmo considerare sapere del passato, sia per la promozione di ciò andrà a costituire la produzione futura, riconoscendo quanto già evidente per il grande pianista italiano Tito Aprea che argutamente notava che:

*“[L]’emozione creativa fa affiorare, appunto, alla concretezza della conoscenza, insieme ai disegni sonori nuovi, marcati dalla genialità e quindi dall’assoluta originalità, anche cellule di musica che fanno parte di tutto quel potenziale di cultura, direi di storia, che forma il substrato oscuro di chi crea. Ed è un substrato assopito dal quale possono galleggiare verso la luce della realizzazione frammenti estranei ora insignificanti, ora ricchi di significazione. E spesso si grida al plagio per piccoli particolari privi di caratterizzazione, scoperti da indagatori frettolosi. Se davvero si volesse sottoporre al microscopio di una siffatta analisi sminuzzata ogni opera musicale, comparandola con tutto il materiale preesistente, si finirebbe con la constatazione che nessuna musica è integralmente originale”<sup>77</sup>.*

---

<sup>76</sup> M. ARE, *L’oggetto del diritto d’autore*, Giuffrè, Milano, 1963, 38 e ss.

<sup>77</sup> APREA, cit., 19.

A completamento di quanto esposto si è ragionevolmente sottolineato come nell'ambito delle produzioni intellettuali di carattere artistico il "nuovo" non soppianti il "vecchio" con la stessa rapidità con cui questo avviene nell'ambito delle invenzioni brevettabili; la conseguenza è che non è assolutamente detto che materiale relativamente vecchio nel lungo periodo diventi meno profittevole e di ciò si potrebbero fornire numerosi esempi illustri. Ovviamente tale circostanza ha giustificato in parte il *lobbying* delle multinazionali della cultura per ottenere un allungamento della durata della protezione. Altro corollario è ravvisabile nella circostanza per cui più l'opera appare in contrasto con la tradizione precedente e quindi nuova più è probabile che la sua affermazione presso i gusti del pubblico incontri difficoltà e necessiti di tempo<sup>78</sup>.

### 1.3. Limiti della tutela. Cenni

Sulla base di quanto premesso risulta evidente come per il diritto d'autore, sia positivo che giurisprudenziale, la composizione degli eterogenei interessi in gioco ed il perseguimento della finalità ultima della tutela non siano affatto obiettivi di semplice realizzazione. Il discorso relativo alla tutela garantita dalla l.a. non può dirsi né completo né esaustivo se non affiancato da quello relativo ai limiti del diritto di esclusiva la cui rassegna consentirà indirettamente di meglio definire anche altri tratti salienti della disciplina. L'anima della tutela posta a presidio del "lavoro creativo" non è pregiudicata dai limiti imposti a livello positivo in quanto il diritto di paternità dell'opera risulta sempre tutelato<sup>79</sup>, mentre quella a presidio della "promozione del sapere" si può dire che esista e sia commisurata al rispetto dei limiti della tutela; nello specifico l'obiettivo della

---

<sup>78</sup> GHIDINI, cit., 153.

<sup>79</sup> ASCARELLI, cit., 298: "L'ambito perciò nel quale l'ordinamento giuridico disciplina diritti sulle creazioni intellettuali è minore di quello nel quale viene invece tutelato il riconoscimento della paternità del creatore. Che mentre questa concerne tutte le azioni e così tutti gli atti di creazione intellettuale, la disciplina giuridica delle creazioni intellettuali concerne solo quelle che presentino determinati requisiti. E' solo nei riguardi di determinate creazioni intellettuali che viene prevista la possibilità di un diritto assoluto volto a precludere a ogni altro l'utilizzazione della creazione all'uopo identificata (o almeno a subordinarne l'utilizzazione a un compenso)."

promozione del sapere e delle arti sono legati al rispetto da parte del legislatore, ma anche dell'interprete, degli argini intrinseci della tutela: la durata limitata della esclusiva, le libere utilizzazioni, la dicotomia idea/espressione ed il possesso effettivo da parte dell'opera dei requisiti costitutivi prescritti dalla legge, tra i quali spicca l'originalità.

Come si è già avuto modo di accennare in origine il privilegio era concesso per l'esercizio esclusivo dell'attività di stampa e quindi la durata di tale diritto era legata all'esigenza di tutelare lo stampatore dai suoi stessi apprendisti, potenziali futuri concorrenti; la durata standard di un apprendistato era di circa 7 anni per cui si ritenne di individuare la durata minima del privilegio in 14 anni. Tale durata, eventualmente rinnovabile di altri 14 anni nel caso in cui l'autore fosse ancora in vita, è stata recepita in quello che si ritiene essere stato il primo atto normativo in materia di copyright, ovvero, lo *Statute of Anne* emanato in Inghilterra, a seguito di lunghe vicissitudini di politica economica interna, nel 1710<sup>80</sup>. Il modello inglese fu ovviamente oggetto di una rielaborazione da parte dei legislatori e delle corti statunitensi pur restando ancorato alle caratteristiche base del diritto d'autore di common law anche a causa della tardiva adesione degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna avvenuta solamente nel 1989. Nonostante la durata limitata del diritto abbia negli Stati Uniti copertura costituzionale il legislatore d'oltreoceano ha da molto tempo iniziato un progressivo ed inarrestabile processo di estensione culminato con l'entrata in vigore del *Copyright Term Extension Act* (1998) in base al quale la tutela può protrarsi fino a 95 anni dopo la morte dell'autore con applicazione retroattiva<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> PASCUZZI e CASO (a cura di), cit., 71.

<sup>81</sup> Una panoramica comparata della evoluzione normativa della disciplina in Italia e negli U.S.A. la ritroviamo in PASCUZZI e CASO, cit., spec. 165 e ss.. Sui riflessi delle ripetute estensioni della durata del copyright Americano v. L. LESSIG, *Free culture*, The penguin press, New York, 2004, 135: "[T]he effect of these changes on the average duration of copyright is dramatic. In 1973, more than 85 percent of copyright owners failed to renew their copyright. That meant that the average term of copyright in 1973 was just 32.2 years. Because of the elimination of the renewal requirement, the average term of copyright is now the maximum term. In thirty years, then, the average term has tripled, from 32.2 years to 95 years." L'autore sottolinea il ruolo che hanno giocato le lobbies sull'introduzione di queste estensioni ed in particolare quello svolto dalla Disney che grazie alla retroattività

Sul versante europeo il discorso relativo alla durata del diritto è strettamente legato da un lato all'adesione da parte di molti Paesi, tra cui il nostro, alla Convenzione di Berna, dall'altro al processo di armonizzazione connesso alle esigenze del mercato unico. In Italia il primo riferimento normativo alla durata del diritto d'autore è quello dell'art. 9 della l. 25 giugno 1865 n. 2337 in base al quale se l'autore fosse deceduto prima che fossero trascorsi 40 anni dalla pubblicazione dell'opera, il suo diritto si sarebbe trasferito *mortis causa* agli eredi e sarebbe perdurato in capo a questi fino al compimento dei 40 anni dalla pubblicazione; nel caso in cui, invece, l'autore fosse morto quando fossero già trascorsi 40 anni dalla pubblicazione il diritto patrimoniale si sarebbe estinto con lui; in entrambe le ipotesi si prevedeva un periodo di ulteriori 40 anni in cui l'opera sarebbe potuta circolare liberamente e senza consenso dell'autore, ma in caso di cessione a titolo oneroso della stessa da parte di terzi, all'autore originario sarebbe spettato il 5% del prezzo di ciascun esemplare venduto. La l.a. aveva, invece, esteso la durata del diritto d'autore a 50 anni dopo la sua morte in linea con quanto stabilito Convenzione di Berna ed in generale alla durata prevista dalla maggior parte dei Paesi europei<sup>82</sup>. Tuttavia la materia è stata oggetto della “Direttiva 93/98/CEE concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi” che ha esteso il termine della durata a 70 anni dopo la morte dell'autore<sup>83</sup>. Il tempo limitato della tutela è un punto delicatissimo della materia che ci occupa ed è da sempre al centro dell'attenzione non solo dei giuristi, ma anche degli studiosi dell'analisi economica del diritto divisi sugli effetti di una “indefinita” estensione del termine della tutela sul mercato della produzione di opere intellettuali ed intenti ad individuare sistemi

---

dell'Act del 1998, non a caso definito anche “*Micky Mouse Copyright Act*”, ha evitato che Topolino ed altri personaggi di punta cadessero in pubblico dominio.

<sup>82</sup> L'art. 7 della Convenzione di Berna prevede una durata minima, appunto 50 anni dopo la morte dell'autore, che può essere prorogata dagli Stati aderenti. Per un'analisi del recepimento della Convenzione all'interno del nostro ordinamento v. G. GALTIERI, *La ratifica della Convenzione di Berna nell'atto di Parigi e l'adeguamento della legislazione italiana*, in *Dir. autore*, 1979, 911.

<sup>83</sup> VITT. DE SANCTIS, Autore (diritto di) (disciplina e diritti connessi) d) il prolungamento della durata dei diritti, in *Enc. Dir., agg. II*, Giuffrè, Milano, 1998; M. FABIANI, *L'attuazione della direttiva CEE sulla durata di protezione dei diritti d'autore e dei diritti connessi*, in *Dir. autore*, 1996, 303.

alternativi più efficienti che, per fare un esempio, siano basati su “finiti rinnovi” piuttosto che su “indefinite estensioni”<sup>84</sup>

A prescindere dalla legittimità e dell'efficienza della progressiva estensione dei termini è evidente che la durata sia mediamente aumentata rispetto ai parametri di partenza; la dottrina, soprattutto americana per i motivi di cui si dirà a breve, ha rilevato che l'essersi concentrati eccessivamente sull'individuazione di una “giusta durata” ha distolto dal ruolo, comunque importante, che il fattore tempo dovrebbe o potrebbe giocare durante la vita del diritto. Tale approccio ci consente di attestare l'esistenza di un possibile ponte di contatto tra la durata del diritto e la disciplina delle libere utilizzazioni: i giudici davanti ad opere coperte dal diritto d'autore da un tempo maggiore dovrebbero interpretare in modo estensivo l'ambito di applicazione delle libere utilizzazioni, mentre davanti ad opere coperte da copyright da un tempo minore dovrebbero interpretarlo in modo restrittivo, in breve: “[f]air use should be greater for Mickey Mouse than for Harry Potter.”<sup>85</sup>

Sfortunatamente questo tipo di considerazioni risulta applicabile solo nel contesto americano dove quando si parla di “fair use” si fa riferimento ad una clausola generale prevista dalla *sec. 107 del title 17 dell'United States Code* che, pur non definendo cosa debba intendersi per libera utilizzazione, elenca in via esemplificativa alcuni fattori che i giudici possono tenere in considerazione quando valutano la legittimità di un utilizzo non autorizzato dell'opera tutelata;

---

<sup>84</sup> In decisa contrapposizione rispetto all'estensione della durata del copyright BOLDRIN e LEVINE, cit., 104 e ss.; a sostegno dei benefici di un sistema di copyright particolarmente esteso sotto il profilo della durata *rectius* di un sistema basato su “finiti rinnovi” della tutela W.M. LANDES e R.A. POSNER, *Indefinitely Renewable Copyright*, U. Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 154, 2002 che rilevano argutamente alcune peculiarità del mercato musicale : “[M]any different recording companies record the same public domain works of Beethoven, Mozart, Bach and other well-known composers. Recording companies differentiate their product by promoting the performer or artist who has signed an exclusive contract with the company. Because the recording company can, for example, copyright the Chicago Symphony Orchestra's recording of Beethoven's Fifth Symphony, it has an incentive to promote that version; it has little incentive to promote the public domain work of an unknown composer, since it could not appropriate the benefits of those promotional efforts, as distinct from benefits that might accrue from a recorded performance of the unknown composer's work by a popular performer” (*ivi*, 19).

<sup>85</sup> J.P. LIU, *Copyright and Time: A Proposal*, in *Michigan Law Review*, 101, No. 2, 2002, 3.

tra questi fattori spiccano: la finalità dell'uso, la natura dell'opera tutelata, la quantità e l'essenzialità della parte usata rispetto al lavoro nel suo complesso e l'effetto che tale libera utilizzazione può generare sul mercato (anche potenziale) di riferimento<sup>86</sup>. La normativa nazionale, invece, declina la disciplina della libere utilizzazioni e delle limitazioni del diritto d'autore essenzialmente nel capo V (art. dal 65 al 71 nonies) ed in altri luoghi sparsi della legge speciale<sup>87</sup>, ma non prevede una clausola generale che possa essere richiamata dal giudice per valutare usi potenzialmente leciti, ma molto lontani dalle fattispecie previste dalla l.a.<sup>88</sup>.

Non solo la durata, ma anche le libere utilizzazioni e l'impossibilità di tutelare le idee, di cui si dirà a breve, oltre che limiti al diritto d'autore costituiscono fattori di definizione del pubblico dominio nella misura in cui si riconosca che lo stesso *"is not only a space containing freely available materials. It is also a fundamental condition of free and equal interaction between persons in their capacity as authors. The public's domain is the domain of fair interaction"*<sup>89</sup>. Il diritto d'autore, secondo la dottrina qui esposta, dovrebbe essere analizzato non solo nell'ottica del rapporto esistente tra autore e propria opera, ma anche sotto il profilo dei rapporti che intercorrono tra soggetti diversi tutti potenzialmente idonei ad essere degli autori. Questo secondo profilo permette di introdurre un altro limite importante, riconosciuto sia dai sistemi di

---

<sup>86</sup> PASCUZZI e CASO (a cura di), cit., 185; T.K. ARMSTRONG, *Digital Rights Management and the Process of Fair Use*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2006, v. 20, 49.

<sup>87</sup> Molto importante è il principio dell'esaurimento del diritto previsto dall'art. 17 della l.a. che sostanzialmente, dopo la messa in commercio dell'opera, impedisce al titolare dei diritti di controllare gli eventi legati alla successiva distribuzione; v. V. BELLANI, *Libera circolazione degli esemplari delle opere dell'ingegno tra distribuzione ed esaurimento*, in *Dir. autore*, 2009, 206.

<sup>88</sup> G. MAZZIOTTI, *Diritto d'autore, libere utilizzazioni e licenze per attività didattiche: l'insostenibile leggerezza della legge italiana in una prospettiva europea e comparata*, in *Dir. autore*, 2011, 2, 207; A. TATAFIORE, *Le utilizzazioni libere nella nuova disciplina del diritto d'autore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007; M.S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, in *AIDA*, 2007, 179; G. ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA*, 2005, 569.

<sup>89</sup> A. DRASSINOWER, *A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2003, Vol. 16, 10.



common law<sup>90</sup> che da quelli di civil law, consistente nella circostanza, per cui il diritto d'autore non avrebbe come oggetto le idee in quanto tali ma solo l'espressione originale delle stesse<sup>91</sup>; tale principio calato a livello di un ipotetico contenzioso per plagio comporterà che nei limiti in cui il convenuto in giudizio non abbia copiato dall'attore ma abbia espresso in modo nuovo un'idea non si potrà parlare di plagio posto che il convenuto di fatto ha solo esercitato la propria autorialità<sup>92</sup>.

La dicotomia idea/espressione è conseguenza della scomposizione logica del processo di creazione che si attuerebbe attraverso tre passaggi distinti: l'*idea* non tutelabile, la sua *espressione*, tutelabile solo se munita del requisito dell'originalità prescritto dalla legge e la sua fissazione su un *supporto materiale*, soggetta alla disciplina propria dei beni materiali. Nonostante sia evidente la razionalità di tale suddivisione si è, fin dai primi momenti, posto il problema di dare un'interpretazione giuridica ad un concetto, l'idea, polisenso per antonomasia; in primo luogo si è rilevata l'astrattezza dell'idea rispetto alla materialità della sua espressione concludendo che a contraddistinguere la prima dalla seconda fosse solo il carattere della pura intellettualità e lo stesso si è detto per ciò che attiene alla distinzione vigente tra *idea* e propria *forma*<sup>93</sup>; non si è tardato, però, nel

---

<sup>90</sup> Originariamente la concezione inglese e quella americana del copyright riservavano al titolare del diritto "*the sole right of printing and re-printing*" e nonostante vi sia stata la successiva estensione del diritto anche alla copia dell'opera considerata come prodotto intellettuale non è raro imbattersi in una certa resistenza ad abbandonare la dualità astrattezza dell'idea, materialità del supporto da parte della dottrina v. H. BALL, *The Law of copyright and literary property*, Bender, s.l., 1944, 49.

<sup>91</sup> Sub. art. 1 l.a., in MARCHETTI e L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2008, 1489; il principio ha trovato definitivo riconoscimento nell'art. 9 co. 2 dell'accordo TRIPS.

<sup>92</sup> A. DRESSINOWER, cit., 9.

<sup>93</sup> La dottrina tedesca distingueva tra forma interna e forma esterna fornendo delle due nozioni definizioni variabili a seconda dell'autore, non a caso ALGARDI, cit. : "Per alcuni autori la forma interna sarebbe costituita dal modo personale col quale l'autore organizza le idee e le immagini, e li coordina in una individualità organica e sintetica che rivela la sua personalità: essa conseguentemente è oggetto del diritto esclusivo. Forma esterna sarebbe la veste esteriore dell'opera." (*ivi*, 352). Tale distinzione è stata richiamata come uno dei possibili criteri dirimenti nella cause di plagio di software, v. V. MOSCON, *Diritto d'autore e protezione del software: l'irrisolta questione dell'originalità*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 4, 350.

rilevare che tutta l'opera è intellettuale se la si analizza sinteticamente<sup>94</sup>. La dottrina più recente ha sottolineato come la distinzione tra idea e propria espressione o forma non starebbe né nella astrattezza della prima né nel fatto che la seconda rappresenti in modo compiuto il significato della prima rendendolo intellegibile ai terzi, ma piuttosto:

*“[o]ccorrerà invece accertare di volta in volta, a seconda delle diverse categorie di opere dell'ingegno, se sussista quel minimo di mezzi elementari di espressioni atti a suscitare un'emozione da percezione”<sup>95</sup>.*

In sintesi oggetto del diritto d'autore è quell'espressione in grado non solo di comunicare ai terzi l'idea, non per forza di senso compiuto, ma di farlo utilizzando un mezzo, un linguaggio, una costruzione in grado di ricondurre il pubblico, quasi senza margine di errore, a percepire l'individualità dell'autore attraverso la sua opera. Uno degli esempi che si suole richiamare più spesso per spiegare il concetto della dicotomia idea/espressione è senza dubbio il *topos* dell'amore irrealizzabile, alla base di una lunghissima serie di opere creative che, venendo incontro ai gusti del pubblico di secoli differenti, rappresentano espressioni eterogenee di una medesima idea di fondo; non a caso si è rilevato che se tale dicotomia non fosse contemplata e se si immaginasse un diritto d'autore senza limiti di tempo si otterrebbero risultati quasi grotteschi, sicuramente a discapito del patrimonio culturale globale:

*“Shakespeare's play copied extensively from an earlier Romeo and Juliet which in turn copied the plot from Ovid's story of Pyramus and Thisbe. Had copyright been in force since Ovid's day and if Ovid's heirs had renewed it right up to the present, the producer of West Side Story might have to get a license from those heirs as well as from Shakespeare's heirs (and doubtless from the heirs of the author of the earlier Romeo and Juliet as well), assuming the Ovidian license obtained by*

---

<sup>94</sup> ARE, cit., 77.

<sup>95</sup> GRECO e VERCELLONE, cit., 42.

*Shakespeare was limited as it would normally be to Shakespeare's use of Ovid's story in his own works*<sup>96</sup>.

### 1.3.1. Il contenuto e la forma delle composizioni musicali.

#### Spunti preliminari

Si è avuto modo di premettere che il principio della dicotomia idea/espressione derivi dalla scomposizione analitica delle fasi del processo creativo; provando a scomporre quello delle opere musicali si denotano, però, peculiarità che possono avere riflessi sulla individuazione del contenuto e della forma dell'espressione musicale con conseguenze anche di carattere operativo. Prima di far riferimento a quanto elaborato sul punto dalla dottrina è opportuno dar conto della percezione che gli stessi musicisti hanno del procedimento intellettuale che dà forma alle proprie creazioni; molto obiettivamente essi preferiscono associare questo processo più a quello letterario che a quello tipico delle arti figurative, in quanto mentre quest'ultimo consente all'artista di avere già un'idea dell'opera nel suo complesso *“la composizione musicale segue altri tracciati. La creazione si attua, qui, in un continuo divenire che parte, talvolta, dallo stimolo di un modesto inciso ritmico o melodico. E come colui che suscita una grande fiamma dal focherello di un arbusto, allo stesso modo il genio musicale sviluppa le sue gigantesche concezioni in un continuo collegarsi di idee che partono da una cellula iniziale irrilevante”*<sup>97</sup>. Lo stesso musicista fatica nel ritenere possibile che fonte d'ispirazione della creazione musicale possa essere un'idea effettivamente rappresentativa del prodotto creativo finito. Questa considerazione ha portato una parte della dottrina a ritenere, nel campo

---

<sup>96</sup> LANDES e POSNER, cit., 8.

<sup>97</sup> APREA, cit., 15, il quale continua rilevando con riferimento alla maestosa V Sinfonia di Beethoven: *“ Dal piccolo inciso iniziale si svolge, poco a poco (come da ben racchiusa matassa un filo magico) la materia costruttiva, con una concatenazione di episodi in cui giocano estro melodico, inventiva ritmica, novità armonica, fantasia contappuntistica. Certo noi possiamo anche immaginare che Beethoven abbia ordinato, nella accesa fantasia, la stesura formale della Nona Sinfonia, stabilendo, ad esempio, a qual momento avrebbe introdotto le voci singole e corali, ma tutto ciò non creava una realtà, perché la realtà sonora prendeva vita da misura a misura. E Beethoven non sapeva che cosa avrebbe fatto seguito alle prime note oscure, misteriose dell'inizio della Sinfonia, e neppure quando, quanto e come si sarebbe dispiegato il divino canto dell'Adagio”*.

musicale, inapplicabile la dicotomia idea/espressione in quanto questi elementi sarebbero indissolubilmente compenetrati in un *unicum* indistinguibile con la conseguenza che il contenuto verrebbe incluso nell'ambito di tutela dell'espressione<sup>98</sup>. Tale visione, però, appare eccessivamente semplicistica; gli stessi musicisti riconoscono una certa affinità tra il proprio processo creativo e quello poetico-letterario perché indubbiamente i linguaggi espressivi di queste arti si connotano per un certo carattere simbolico; tuttavia mentre per la poesia si tratterebbe di un "simbolismo necessario" in cui i simboli – le parole – richiamano "concetti" pressoché univoci per il pubblico, la musica si esprime attraverso simboli complessi – le figure musicali – adatti a suscitare negli spettatori emozioni e sentimenti, senza richiamare concetti. In questo caso saremo davanti ad un "simbolismo potenziale" in quanto è plausibile che l'autore avesse in mente un sentimento da trasmettere con la propria composizione, ma la peculiarità del linguaggio potrà determinare o che tale sentimento sarà percepito solo da alcuni ascoltatori o che addirittura questi percepiranno emozioni differenti, magari anche in contrasto con quelle che hanno determinato lo spunto creativo nell'autore<sup>99</sup>. La musica, quindi, essendo idonea sia ad una funzione simbolica che ad una descrittiva, deve essere di conseguenza anche in grado di farsi portatrice di contenuti.

Il riconoscimento, in base alle ragioni esposte, della stratificazione della creazione musicale in diversi livelli relazionali tra forme e contenuti comporta la possibilità di applicare anche a queste il c.d. *abstraction test* che si concreta in un procedimento di progressiva astrazione dell'opera fino al raggiungimento di

---

<sup>98</sup> Ex plurimis V. HUBMANN, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, s.n., Berlino, 1954, 45; conforme ALGARDI, cit., 471.

<sup>99</sup> ARE, cit., 371 per cui: "Oggetto dell'espressione musicale può essere ad esempio un determinato stato d'animo del compositore, nel qual caso, pur costituendo la fonte ispiratrice dell'opera, non si palesa distintamente nella stessa, onde non rimane commisto nella medesima, ma costituisce soltanto un fatto interno concettualmente distinguibile e però praticamente inconoscibile e quindi irrilevante; ovvero si manifesta esternamente, nel senso che l'opera riesce a comunicarlo agli ascoltatori, ma in questa ipotesi esso può essere identificato e quindi enucleato come elemento non tutelabile. Ciò ha una grande importanza, perché dimostra che, anche nell'opera musicale, l'oggetto si pone al di fuori della protezione o perché inconoscibile o perché conoscibile ma, in conseguenza, enucleabile." (ivi, 374).

quelle idee, fatti o concetti che non sono suscettibili di tutela. Sviluppato dalla dottrina e dalla giurisprudenza americana in relazione alle opere letterarie e più di recente utilizzato nei casi di plagio di software<sup>100</sup>, se applicato alle opere musicali consentirebbe di isolare i singoli livelli strutturali della impalcatura compositiva, senza però allinearsi al costante orientamento dei giudici italiani che, come si avrà modo di approfondire, preferiscono condurre l'indagine attraverso un approccio sia analitico (come suggerirebbe l'*abstraction test*) che sintetico; l'osservazione dell'opera come complesso organico è un tema intimamente legato alla possibilità di individuare anche in questo tipo di composizione una forma interna ed esterna, problematica a cui si cercherà di dare una risposta nei prossimi paragrafi.

#### 1.4. L'oggetto della tutela ed i requisiti costitutivi del diritto

Una delle differenze più radicate tra brevetti e diritto d'autore riguarda l'oggetto della tutela in quanto è evidente, *rectius* lo era fino a pochi anni orsono, che il brevetto riguardasse beni con funzione utilitaria – non a caso l'industrialità è requisito costitutivo della tutela – mentre il diritto d'autore ha storicamente sempre fatto riferimento a beni con finalità primariamente estetica. A conferma di questa scissione sul piano oggettivo si sono posti l'art. 2575 del c.c. e la versione originale art.1 della l.a. concordi nel riconoscere la tutela alle opere, dotate di carattere creativo, appartenenti alle *scienze*<sup>101</sup>, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia qualunque sia la loro forma o espressione; come si è avuto modo di accennare, i sostenitori dell'approccio industrialista al diritto d'autore muovono dalla considerazione di una progressiva “espansione” multidirezionale delle prerogative autoriali verso

---

<sup>100</sup> A. MUSSO, sub. art. 2575 c.c., in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca curato da F. Galgano*, Zanichelli, Bologna, Libro V, 19; sull'*abstraction test* applicato al software con particolare riferimento al caso “*Altai*” v. M.A. LEMLEY, *Convergence in the Law of Software Copyright?*, in *High Technology Law Journal*, 1995, Vol. 10:1, spec. 12 e ss.

<sup>101</sup> Il riferimento alle scienze manca nell'art.1 della l.a. in quanto queste costituiscono un *genus* delle opere letterarie; v. GRECO e VERCELLONE, cit., 56.

territori che presentano connotati ibridanti non propriamente riconducibili al processo creativo e al prodotto culturale così come originariamente intesi. La tendenza nasce dalla considerazione, non di scarso rilievo ai fini della successiva trattazione, che la tutela offerta del diritto d'autore risulti di fatto molto più ampia e soprattutto più facilmente accessibile rispetto a quella brevettuale<sup>102</sup>; tale circostanza è stata di immediata evidenza per i produttori statunitensi di programmi per elaboratore a cui il legislatore e le corti avevano negato la brevettabilità del prodotto. La soluzione più ragionevole fu quella di iniziare a premere affinché il software potesse divenire oggetto del diritto d'autore ed effettivamente, dapprima negli USA (1980) e successivamente nel resto del mondo – grazie a specifiche previsioni in tal senso nei TRIPs del 1994 nel *World Copyright Treaty* del 1996<sup>103</sup> – i programmi per elaboratore sono divenuti tutelabili come opere dell'intelletto in quanto assimilati alle opere letterarie. Ovviamente questo ha comportato la necessità di novellare anche la nostra legge speciale ove è stato introdotto un secondo comma all'art.1 in cui si è prevista in un primo momento solo la tutela del software ed in seconda battuta anche quella sulle banche dati<sup>104</sup>. Questa tendenza espansiva comporta due conseguenze di immediata evidenza: da un lato si dovranno riportare a livello di *copyright* alcune considerazioni di carattere pro-concorrenziale<sup>105</sup> che hanno determinato l'attuale fisionomia del diritto dei brevetti sulla scorta della considerazione che una privativa imposta su beni produttivi di un'utilità di carattere pratico – oltre che estetico – è socialmente molto costosa (si pensi per esempio ai farmaci)<sup>106</sup>,

---

<sup>102</sup> GHIDINI, cit., secondo cui: “[l]a prima presenta una molto minor selettività e dunque facilità (ed economicità) di accesso alla protezione; una molto più lunga durata della stessa; un diritto morale ben più ampio e di evidente rilievo anche economico; l’assenza di diritti di terzi a licenze su opere derivate; una netta attenuazione del principio dell’esaurimento; una articolata, soggettivamente duplice serie di diritti (d’autore in senso stretto e connessi) tutti esclusivi, indipendenti fra loro e tuttavia idonei ad assicurare una protezione esclusiva a tenuta stagna...” (spec. 179).

<sup>103</sup> L’art. 4 di questo trattato prevede che: “Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.”

<sup>104</sup> V. DI CATALDO, *Banche dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *AIDA*, 1997, pt.1, 20.

<sup>105</sup> Tema attenzionato da R. PARDOLESI, *Antitrust e multimedialità*, in *AIDA*, 1995, 93.

<sup>106</sup> Di questo avviso GHIDINI, cit., 181.

dall'altro la dottrina e la giurisprudenza sono costrette a rimodulare i requisiti del “carattere creativo” e della “originalità” rispetto alle peculiarità di questi nuovi beni, con un abbassamento della soglia dei requisiti minimi richiesti che tendenzialmente rischia di diventare il parametro di riferimento anche per la proprietà artistica *strictu sensu*.

#### 1.4.1. Il carattere creativo e l'originalità. Profili generali e prospettive evolutive

Come premesso, sia l'art. 2575 c.c. che l'art.1 della legge speciale garantiscono tutela a tutte quelle opere dell'intelletto che siano munite di “*carattere creativo*” a prescindere dal modo e dalla forma di espressione senza tuttavia offrire una definizione di cosa debba esattamente intendersi per creatività. La situazione è analoga a quanto visto circa l'assenza di una definizione di plagio e a questo punto si può dire che sia coerente rispetto a tale omissione: poiché i due concetti si presentano come speculari dare la definizione di uno significherebbe dare *a contrariis* quella dell'altro. Negli anni dottrina e giurisprudenza hanno offerto diverse definizioni del carattere creativo spesso richiamando altri requisiti come la *novità* e l'*originalità* non espressamente menzionati dal dato positivo<sup>107</sup>. Il problema che si è posto è quello, frequentissimo in questo campo, di riempire di contenuto una nozione di natura meta-giuridica anche ai fini dell'applicazione in concreto nelle aule dei tribunali; è possibile parlare di “*creatività in senso oggettivo*” con riferimento alla circostanza per cui l'opera sarebbe il risultato di un apporto intellettuale, un *quid novi* da parte dell'autore, al patrimonio culturale che lo precede. Da questo punto di vista effettivamente la nozione potrebbe sovrapporsi a quella di “*novità in senso oggettivo*” che pur non essendo richiamata dalla legge – come accade per i brevetti – è ritenuta da autorevole dottrina essere requisito della tutela sulla scorta del rilievo che creare qualcosa che già esiste sia

---

<sup>107</sup> Sub. art. 1 l.a., in MARCHETTI e UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2008, sez. III, 1492.

un paradosso logico<sup>108</sup>. Tale asserzione, tuttavia, non può prescindere da quel presupposto, che si è precedentemente enucleato, del rapporto esistente tra patrimonio pregresso e creazione; se si richiedesse una novità oggettiva di carattere assoluto si finirebbe, come è capitato spesso nelle cause di plagio musicale, per spostare l'accento sul "quanto" un'opera debba differenziarsi da una precedente per godere di tutela, valutazione idonea ad "*aprire le porte ad un inevitabile soggettivismo interpretativo*"<sup>109</sup>. La creatività in senso soggettivo, invece, si è confusa spesso con la nozione di "*originalità in senso soggettivo*" in base al quale l'opera sarebbe tutelabile solo in quanto idonea a rivelare la personalità del proprio autore<sup>110</sup>; il parametro in esame ha avuto grande fortuna presso la giurisprudenza<sup>111</sup>, ma non ha riscosso lo stesso consenso presso una parte autorevole della dottrina che ne ha contestato vivacemente le premesse di fondo<sup>112</sup>. Coerente rispetto alla *ratio* della tutela è l'affermazione secondo cui la creatività dovrebbe essere "*qualificata*" essendo individuabile un livello minimo di apporto creativo necessario per l'accesso alla tutela; tuttavia questo renderebbe indispensabile un giudizio di valore sul merito creativo dell'opera stessa. La dottrina che si oppone a tale lettura lo ha fatto temendo che un giudizio di questo tipo assumesse i connotati di un giudizio di "gusto estetico" con risultati variabili a seconda del giudicante. In realtà a tale critica si è obiettato in primo luogo di non cogliere la differenza tra un giudizio sul valore estetico, effettivamente calibrato sui gusti personali, ed uno sul merito creativo che dovrebbe poggiare su elementi di carattere più univoco; sulla falsariga di tale considerazione si è giunti ad immaginare una "*low authorship*" in difetto di "merito creativo" così come avviene nel campo dei marchi ove si distinguono

---

<sup>108</sup> ARE, cit., 53; conforme GRECO e VERCELLONE, cit.: "Va pertanto confermata l'esigenza che l'opera debba essere nuova obiettivamente, esigenza che è corollario logico del fondamento stesso dell'attribuzione di esclusiva e del sistema che si è venuto svolgendo su tale fondamento." (Ivi 48)

<sup>109</sup> BONELLI, cit., 179.

<sup>110</sup> GRECO e VERCELLONE, cit., 49; vedi anche V.M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 38.

<sup>111</sup> *Ex plurimis* Trib. Milano 4-2-1982, in *Dir. autore*, 1982, 274.

<sup>112</sup> ARE, cit., 65.



marchi forti o deboli a seconda del grado di “capacità distintiva”<sup>113</sup>. In secondo luogo la compatibilità di un giudizio sul merito creativo dell’opera sembrerebbe essere sostenuta dalla riforma dell’art.1 l.a. che rispetto alla versione contenuta nel primo articolo della legge del 1925 ha eliminato l’inciso “*qualunque ne sia il merito e la destinazione*”<sup>114</sup>. Nonostante la ragionevolezza di tali rilievi la giurisprudenza, avallata anche da una parte della dottrina ed anche a seguito dell’introduzione nella tutela di beni “ibridi”, continua ad individuare un livello minimo di tutela tendenzialmente basso<sup>115</sup>, arrivando a ritenere sufficiente anche la mera compiutezza formale<sup>116</sup>.

La dottrina americana non si è limitata ad osservare passivamente questo progressivo svuotamento dei criteri di “creatività” ed “originalità” giunge attraverso la strada di chi sostiene la necessità di un giudizio sul merito creativo, ad ipotizzare e schematizzare un sistema di diritto d’autore alternativo in cui l’ampiezza della tutela risulti parametrata al grado di originalità e creatività dell’opera; il modello proposto avrebbe ricadute notevoli sul piano di un eventuale giudizio per plagio in quanto gli autori propongono una rimodulazione non solo delle coordinate sostanziali, ma anche di quelle processuali, soprattutto di carattere probatorio, al fine di risolvere la patologia inevitabilmente connessa ad un sistema in cui vengono tutelate allo stesso modo opere altamente creative ed opere banali, ovvero la produzione di un livello subottimale di opere “veramente” creative<sup>117</sup>. Il sistema, estremamente articolato, si fonderebbe sulla individuazione di tre diverse gradazioni di originalità (alta, media, bassa) a cui corrisponderebbero un’ampiezza di tutela proporzionata ed oneri probatori

---

<sup>113</sup> A. MUSSO, sub. art. 2575 c.c., in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca curato da F. Galgano*, Zanichelli, Bologna, Libro V, 27 che richiama quanto affermato da GINSBURG, *Creation and commercial value: Copyright protection of works of information*, in *Columbia University Law Review*, 1990, 1865 e ss.

<sup>114</sup> ARE, cit., 175.

<sup>115</sup> Sub. art. 1 l.a., in MARCHETTI e L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2008, sez. III, 1493.

<sup>116</sup> UBERTAZZI, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, sez. commerciale, voce diritto d’autore*, IV, 367.

<sup>117</sup> La teoria in esame si deve a G. PARCHOMOVSKY e A. STEIN, *Originality*, in *Virginia Law Review*, Vol. 95, (2009).

differenti; l'obiezione che si potrebbe muovere ad un sistema di questo genere è che se tale metodo fosse effettivamente operativo i giudici sarebbero gravati dal compito di collocare le opere dell'attore e del convenuto in una delle tre categorie in base al grado di originalità, esprimendo inevitabilmente un giudizio sul merito creativo delle stesse; a tale critica gli autori della teoria hanno prontamente risposto che:

*“We merely assign courts the task of determining an expressive work’s level of originality. Courts are not only capable of performing this task, but they already do so. Every infringement suit requires the court to identify the original elements in the works involved and decide whether the defendant appropriated original expression from the plaintiff’s work. Furthermore, whenever a defendant raises a fair use defense, the court must assess the level of transformativeness in her work as part of the analysis. In doing so, judges assess the level of originality and creativity in the allegedly infringing work. In appropriate cases, judges can seek assistance from expert witnesses in making originality determinations, as they do already. This means that courts are quite adept at making originality determinations and that our proposal will not present them with a new challenge”<sup>118</sup>.*

#### 1.4.2. Il carattere della liceità. Cenni

A differenza di quanto espressamente richiesto per i segni distintivi<sup>119</sup>, la liceità, tradizionalmente intesa come non contraddittorietà rispetto alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume, non costituisce per la creazione intellettuale un requisito costitutivo. Tale approdo, condiviso unanimemente dalla dottrina<sup>120</sup>, è legato anche all'idoneità dell'opera artistico-letteraria a veicolare la manifestazione del pensiero dell'autore nei limiti previsti dall'art. 21 della Costituzione. A fortiori l'art. 529 c.p. che definisce gli atti e gli oggetti osceni esclude che possa costituire oggetto osceno l'opera d'arte o scientifica salvo che sia offerta, fuori dalla finalità di studio o ricerca, al minore dei 18 anni;

---

<sup>118</sup> *Ivi*, 1523.

<sup>119</sup> Art. 14 D.Lgs.10 febbraio 2005 n. 30; v. M. VENTURIELLO, *Il requisito della liceità nei marchi*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 3, 662.

<sup>120</sup> ALGARDI, cit., 109; MUSSO, cit., 34; GRECO e VERCELLONE, cit., 53.

nonostante questo la libera circolazione dell'opera può essere limitata quando ritenuta offensiva del pubblico pudore come conferma il co.2 dell'art. 528 c.p. con preciso riferimento alle opere cinematografiche ed agli spettacoli pubblici, toccando tale disciplina il tema delicatissimo della censura<sup>121</sup>. In ultimo, asserire che la liceità non costituisca requisito della tutela non significa escludere *tout court* che l'opera d'arte possa porsi in contrasto con diritti di terzi ed anzi tale possibilità nella società della informazione risulta addirittura amplificata soprattutto in relazione al diritto al nome o alla riservatezza<sup>122</sup>.

## 1.5. La composizione musicale come oggetto del diritto d'autore. Criticità

L'art. 2 della l.a. contiene un elenco esemplificativo di opere tutelate dal diritto d'autore che costituisce una specificazione dell'enucleazione generale proposta dall'art.1; non solo perché oggetto tradizionale della tutela, ma anche per le ragioni di carattere economico e culturale di cui si dirà a breve, ai sensi del punto 2 dell'art. 2 ricevono specifica tutela le tre più diffuse manifestazioni della creazione musicale e cioè: l'opera e la composizione musicale (con o senza parole), le opere drammatico-musicali ed in ultimo, a condizione che presentino il carattere della originalità, le variazioni. Per completare il quadro positivo della tutela dell'opera musicale è necessario notare che godono di tutela, ai sensi dell'art. 4 l.a., anche le variazioni non costituenti opera originale, ma come opera "derivata"<sup>123</sup> e quindi senza pregiudizio dei diritti relativi all'opera originaria.

---

<sup>121</sup> A. FRAGOLA, *Aspetti giuridici dell'audiovisivo (Dodicesima serie)*, in *Dir. autore*, 1999, 369; P. SAMMARCO, *La disciplina della censura cinematografica*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, fasc.3, 423.

<sup>122</sup> Sul punto F. MONTALDO, *Il ritratto fotografico digitale tra diritto d'autore, diritti della persona e tutela della privacy*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 11, 2369;

<sup>123</sup> MUSSO, cit., 39 che identifica l'opera derivata con: "[O]gni nuova e creativa opera dell'ingegno in cui, tuttavia, una precedente opera risulti "riconoscibile" nella sua personale individualità creativa di espressione o di rappresentazione ... omissis... resta però aperta l'essenziale questione sulla distinzione tra un'opera derivata e un'opera puramente ispirata o simile ad altra precedente, ma ciononostante sufficientemente differenziata quale opera autonoma...".

Parlando della dicotomia idea/espressione abbiamo avuto modo di anticipare l'esistenza di una semiotica musicale, che parallelamente a quanto accade per le opere letterarie, rende possibile l'individuazione nell'opera di un contenuto e di una sua forma che a sua volta potrà essere ulteriormente scomposta in forma *esterna* ed *interna*. Definire la forma interna e quella esterna di una composizione musicale è impossibile prescindendo da una panoramica, seppur volutamente superficiale, di quella che potremmo definire la "grammatica" del linguaggio musicale che costituisce il punto di partenza imprescindibile per dare un giudizio all'utilizzo che della stessa si è fatto nelle aule di tribunale, ma anche per affrontare in modo più consapevole la dottrina sull'argomento<sup>124</sup>. Non è scontato sottolineare come il diritto d'autore, in generale, e la tematica del plagio, in particolare, costringano il giurista a cimentarsi con una forma d'arte che, come e forse più di altre, è frutto di un rapporto simbiotico tra abilità tecnico-esecutive e sapere teorico<sup>125</sup>. Due luoghi comuni devono essere sfatati prima di proseguire con discorsi apparentemente distanti dal mondo del diritto: in primo luogo non è necessario essere dei musicisti per poter affrontare la grammatica musicale e ciò proprio in virtù della considerazione per cui la musica è un sapere di carattere teorico oltre che un'arte; in secondo luogo si deve rilevare come musica e diritto siano in realtà meno distanti di quanto sia dato pensare; recentemente, come era già accaduto con il fecondo filone *law & literature*, la dottrina giuridica si è fermata ad osservare i profili di convergenza tra musica e diritto soprattutto sotto il profilo della prassi ermeneutica rilevando in particolare che:

*“Il legal process si compone di una relazione triangolare tra le istituzioni che ‘creano’ il diritto, le istituzioni che lo interpretano (applicandolo) e i soggetti direttamente o indirettamente coinvolti dall'interpretazione; la stessa relazione triangolare connota le performing arts e segnatamente la musica, ove pure*

---

<sup>124</sup> Una panoramica completa dei tratti fondamentali del linguaggio musicale, ma al tempo stesso, di facile comprensione anche per il profano è offerta da O. KAROLYI, *La grammatica della musica: la teoria, le forme e gli strumenti musicali*, Einaudi, Torino, 2010, XII ristampa.

<sup>125</sup> Tale rilievo è sicuramente avvalorato dalla distribuzione del carico delle ore nei nuovi ordinamenti attivati nei Conservatori italiani. Rispetto al vecchio ordinamento il carico delle ore destinato alle materie per così dire teoriche è sensibilmente aumentato.

*esistono tre soggetti distinti: compositore, esecutore, pubblico. Il diritto costituisce una pratica sociale che si compone non soltanto di 'testi', ma anche e soprattutto di specifiche attività 'performative' (compiute dalle corti, dalle autorità amministrative, dagli organi di polizia, etc.), le quali debbono essere accuratamente coordinate perché si realizzino gli obiettivi generali del sistema; del pari, le composizioni musicali 'non parlano da sole' e richiedono lo sforzo congiunto di più soggetti (si pensi soltanto al fenomeno dell'orchestra) per essere riportate in vita. Il giurista-interprete assume una precisa responsabilità nei confronti del pubblico e specificamente nei confronti dei soggetti direttamente coinvolti dalle attività di interpretazione ed applicazione del diritto; lo stesso accade, sebbene con diverse modalità ed implicazioni, per l'interprete musicale in relazione al suo pubblico"<sup>126</sup>.*

Sia dottrina che giurisprudenza si sono dovute cimentare quindi con la semiotica musicale, utilizzando categorie proprie della teoria musicale tradizionale che si è sviluppata, è utile ricordarlo fin d'ora, sulle opere di musica colta. Sia il formante dottrinario che quello giurisprudenziale concordano nel riconoscere la scomponibilità della creazione musicale in tre livelli strutturali interdipendenti e cioè la melodia, l'armonia ed il ritmo. Le definizioni date in ambito giuridico dei tre elementi costitutivi riflettono l'incertezza esistente anche a livello di musicologia tradizionale nel fornire un'esatta concettualizzazione di questi livelli compositivi, difficoltà di cui si dirà diffusamente nel paragrafo successivo. Nonostante questo la dottrina sembra concordare nell'attribuire la funzione di "elemento caratterizzante" della composizione musicale alla melodia e parallelamente una funzione ancillare ad armonia e ritmo<sup>127</sup> tanto che si afferma che "*mentre la melodia è protetta per se stessa, ove sia originale, l'armonia è protetta in quanto applicata ad una melodia*"<sup>128</sup>. Del pari, anche il ritmo non è stato ritenuto

---

<sup>126</sup> G. RESTA, *Il giudice ed il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: "diritto e musica"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, fasc.2, spec. 440 e ss.

<sup>127</sup> Sub. art. 2 l.a., in MARCHETTI e L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2008, 1497.

<sup>128</sup> ALGARDI, cit., 189; *contra* ARE, cit., secondo cui non c'è ragione di escludere la capacità della armonia di appagare interessi estetici concretandosi in uno sforzo creativo per cui, rilevata la dipendenza necessaria, non si vede ragione per escluderne la tutela. (spec. 385). Sotto un profilo esclusivamente empirico si potrebbero portare ad esempio i lavori di *Pat*

tutelabile in via autonoma<sup>129</sup>. La destrutturazione della composizioni musicali in sottolivelli ha comunque consentito alla dottrina di applicare con maggior facilità alcune categorie dogmatiche elaborate dalla dottrina tedesca.

### 1.5.1. Forma interna ed esterna della composizione musicale

L'opera musicale ed in particolare i due elementi dell'armonia e della melodia consentono di fornire un'ottima rappresentazione della distinzione della forma interna e quella esterna; nello specifico entrambi gli elementi possono connotarsi di una forma interna che si sostanzierebbe nell'*organizzazione* di singole note per quanto riguarda la melodia e di singoli accordi per quanto riguarda l'armonia; il riconoscimento indiretto di una forma interna della musica, in realtà, è attestabile anche nella stessa teoria musicale tradizionale per cui:

*“Two essential things must be in existence before a melody can be created. Firstly, a musical scale; and, secondly, design. Now design is a necessary quality in all arts. It is the equivalent, it has been well said, of organization in the ordinary affairs of life...”*<sup>130</sup>.

La possibilità di individuare la forma interna della creazione musicale è intimamente legata alla natura dell'opera stessa che spesso si presenta come “composizione” e quindi come ricomposizione ad unità – secondo un principio di organizzazione che in base alle leggi compositive è solo parzialmente libero – di singoli e scindibili elementi.

Per quanto attiene alla forma esterna in questa sono ricompresi tutti gli elementi espressivi dell'opera musicale che risultano percettibili attraverso il sistema uditivo; si è subito rilevato come tale definizione non sia in contraddizione con l'esistenza di una forma interna fondata sugli stessi elementi eppure, come detto,

---

*Metheny* che si fondano esclusivamente su sequenze armoniche il cui intrecciarsi determina in “modo obbligato” anche la linea melodica.

<sup>129</sup> Cfr. Trib. Roma 12 maggio 1993, in *AIDA*, 1994, 386. Alla luce di questo indirizzo il ritmo non si configurerebbe come un vero e proprio elemento, ma piuttosto come una regola di espressione tutelabile solo in quanto connesso ad una determinata melodia (spec. 391).

<sup>130</sup> T.F. DUNHILL, *The evolution of melody*, in *Proceedings of Musical Association*, 34th sess. (1907-1908),102.

in rapporto di trascendenza rispetto agli stessi<sup>131</sup>. Se oggi adottassimo una definizione ampia di forme esterne potremmo ricomprendervi altri elementi caratteristici della composizione musicale che però non sono mai presi in considerazione dalla dottrina giuridica in quanto effettivamente dipendenti da quelli fondamentali: si pensi per esempio all'intonazione, al timbro, all'andamento alla lunghezza o brevità della frase; tuttavia un eccessivo ampliamento della categoria che presupponga un'eccessiva dissezione della espressione avrebbe come risultato quello di rendere tutelabili elementi, come per esempio singoli incisi ed accordi, contravvenendo al requisito oggettivo della tutela e cioè il carattere creativo dell'opera. Tali riflessioni portano a concludere che anche nella forma esterna sia riconoscibile un principio di organizzazione, che non implica attività intellettuale di astrazione, tra entità complesse e quindi che in definitiva essa possa trovare sua rappresentazione nel fraseggio musicale nel suo complesso<sup>132</sup>.

### 1.5.2. La musica è cambiata: breve storia di un linguaggio in evoluzione

Come tutti i linguaggi anche quello musicale non è esente da cambiamenti in quanto linguaggio che “descrive” un prodotto inevitabilmente legato e condizionato dal contesto culturale. Alla luce di tale mutevolezza intrinseca ci si può legittimamente domandare se l'applicazione da parte della dottrina giuridica e delle corti delle categorie dogmatiche proprie della musicologia tradizionale alle produzioni artistiche contemporanee, in special modo alla musica leggera, non sia in qualche modo criticabile; in breve ci si deve domandare se si possa ancora parlare di melodia, armonia e ritmo e se, ed in quale misura, queste categorie sono mutate rispetto alla loro definizione tradizionale. Ci si dovrà inoltre chiedere se quanto acquisito rispetto a melodia e armonia nella musica classica secondo la teoria tradizionale è simmetricamente valido anche per motivi ed accompagnamenti tipici della musica leggera.

---

<sup>131</sup> ARE, cit., 390.

<sup>132</sup> *Ivi*, 391.

La risposta deve essere cercata nell'ambito della musicologia, in qualità di studio scientifico della musica, e del suo attaccamento ideologico al passato ed alla musica colta; si è notato che la musicologia presenti rispetto all'ambito della musica leggera tre profili di criticità: l'utilizzo di una terminologia fondata sulla musica colta, l'applicazione di una metodologia di analisi modellata sulle caratteristiche della notazione musicale e l'attaccamento della stessa ad alcuni presupposti ideologici del contesto all'interno del quale si è formata<sup>133</sup>.

L'utilizzo che le corti fanno, anche basandosi sulle perizie tecniche, della scindibilità della composizione in melodia, armonia e ritmo lascia supporre che sulla definizione di queste categorie vi sia una certa concordia, dato che, invece, sotto il profilo della musicologia, anche in base a quanto sopra evidenziato, non è poi così scontato; la melodia, per esempio, è stata definita in modi molto diversi nel corso dei secoli tanto che si è arrivati a rilevare che: *“If there are few theories of melody, it is perhaps because musicologists have suffered from vertigo upon realising that melodic theory seems to dissolve into a theory of music as a whole”*<sup>134</sup>. Non solo la definizione di melodia non può dirsi univoca, ma addirittura la teoria musicale tradizionale ha spesso messo in discussione il primato di questo elemento rispetto all'armonia ed infatti non sono mancate “teorie unificanti” in base alle quali le due nozioni venivano presentate come interdipendenti ed il segmento melodico sempre articolato in una combinazione inscindibile di melodia ed armonia<sup>135</sup>. Molti musicologi hanno notato come manchi uno studio metodologico e schematico della composizione melodica così come, invece, ampiamente sviluppato in tema di armonia<sup>136</sup>; tale punto è testimoniato da un lato dall'esistenza di un numero molto più alto di pubblicazioni scientifiche sulla composizione armonica e dall'altro confermato indirettamente dal programma ministeriale degli esami di compimento e di diploma delle classi di composizione

---

<sup>133</sup> R. MIDDLETON, *Studiare la popular music*, Feltrinelli, Milano, 1995, 152 e ss.

<sup>134</sup> J.J. NATTIEZ, sub *Melodia*, in *Enciclopedia della musica*, Einaudi, Torino, 1979, vol. VIII, 1047.

<sup>135</sup> N.K. BAKER, *Heinrich Koch and the Theory of Melody*, in *Journal of Music Theory*, 1976, vol.20, n.1, spec.11 e ss.

<sup>136</sup> Tra gli altri D. DE LA MOTTE, *La melodia un libro da leggere e da studiare*, ed. ita. a cura di M. GIANI, Astrolabio, Roma, 2010.



dei conservatori nazionali in cui i temi di prova sono inequivocabilmente incentrati *sull'armonizzazione di melodie* e sulla *composizione di contrappunti*<sup>137</sup>. Ciò che non manca a livello di teoria musicale e di etnomusicologia è un approccio storico-antropologico al fenomeno melodia; sulle origini del fenomeno melodico ci sono in realtà pareri discordanti: secondo alcuni etnomusicologi le prime forme di canto sono probabilmente legate all'*imitazione* del cinguettio degli uccelli<sup>138</sup>, tuttavia secondo un diverso filone: “[S]ome writers would have us believe that the only possible basis of all art is imitation, and that music began by imitating the cries of birds. This is a pretty idea, but it is a very poor theory. Music most certainly must have begun by crude, but direct, expressions of human feeling”<sup>139</sup> con la conseguenza che si renderebbe necessaria una nuova e più calzante definizione di melodia meglio inquadrabile come: “the simplest possible manifestation of an inherent feeling for beauty, through the medium of single musical sounds”<sup>140</sup>. L'evoluzione della melodia passa anche attraverso innovazioni tecniche e teoriche, si pensi all'introduzione del “tetragramma” da parte di Guido D'Arezzo e della scrittura musicale, la diffusione della polifonia ed il perfezionamento del contrappunto, ma anche la possibilità per più voci o strumenti di condividere la stessa melodia<sup>141</sup>. Il processo di mutazione della linea melodica sicuramente è anche connesso all'introduzione della scala temperata e quindi all'opera di Bach anche se momento fondamentale è sicuramente quello legato all'affermarsi della *sonata* che avvia un processo di formalizzazione melodica ben espresso dalle opere di Haydn e Mozart<sup>142</sup> e interrotto solamente dall'anticonformismo compositivo beethoveniano. Sotto un profilo funzionale la melodia si fa ufficialmente portatrice di messaggi dal contenuto determinato, assumendo un ruolo nuovo

---

<sup>137</sup> *Ex plurimis* si può far riferimento alle indicazioni del prestigioso Conservatorio Santa Cecilia all'indirizzo <http://www.conservatoriosantacecilia.it/composizione.html>. Si sottolinea che il rilievo è valido solo con riferimento al c.d. “vecchio ordinamento”, mentre potrà subire variazioni con la progressiva entrata in vigore del “nuovo ordinamento” che attribuisce autonomia nella scelta del programma al docente di ciascuna materia.

<sup>138</sup> C. SACHS, *Le sorgenti della musica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007.

<sup>139</sup> DUNHILL, cit., 103.

<sup>140</sup> *Ivi*, 102.

<sup>141</sup> *Ivi*, 106.

<sup>142</sup> *Ivi*, 110.

all'interno del disegno globale della narrazione compositiva con il *Leit-motif* indissolubilmente legato al nome di Wagner. Altra punto di rottura rispetto alla tradizione viene rappresentato da Debussy il quale per primo ha cercato un mezzo espressivo diverso dalla melodia: si pensi per esempio alla sua opera “*Pelléas et Mélisande*” che si caratterizza in quanto volutamente l'autore non ha dato alcuno schema melodico alle voci; in tutta l'opera non c'è traccia della melodia come tradizionalmente intesa ed anzi il compito di trasmettere gli stati d'animo agli ascoltatori è affidato a numerose variazioni armoniche poste in essere dall'orchestra per sottolineare colori e sentimenti differenti<sup>143</sup>. L'armonia è parte centrale anche della produzione del padre della dodecafonia, Schönberg, al punto che ancora oggi le sue monografie costituiscono un importante punto di riferimento per l'insegnamento teorico della musica a livello mondiale<sup>144</sup>. L'ultimo tabù viene infranto dalla musica concreta per cui anche il rumore può assumere veste melodica.

La panoramica fin qui condotta ci porta ad alcuni approdi intermedi così sintetizzabili:

- 1) L'assenza di una definizione, sincronicamente e diacronicamente, univoca di melodia;
- 2) l'impossibilità di asserire che la melodia sia sempre stata nucleo centrale e caratterizzante della composizione musicale<sup>145</sup>;
- 3) l'assenza di uno studio metodico e sistematico della composizione melodica nei programmi di composizione dei conservatori.

Partendo da queste considerazioni e guardando al contesto della musica popolare e leggera alcuni autori si sono preoccupati di fornire una definizione di melodia coerente rispetto alla natura ed alla funzione della musica commerciale ed alle sue caratteristiche con risultati molto interessanti sotto il profilo giuridico;

---

<sup>143</sup> *Ivi*, 114.

<sup>144</sup> A. SCHÖNBERG, *Manuale di armonia a cura di Luigi Rognoni*, Il saggiatore, Milano 1973, II ed.; dello stesso autore e curatore, *Funzioni strutturali dell'armonia*, Il saggiatore, Milano, 1967.

<sup>145</sup> Contra ALGARDI, cit., secondo la quale la melodia costituirebbe “[e]lemento essenziale senza il quale non vi è musica” (spec. 188).

secondo Gino Stefani, nome illustre della semiotica musicale, la melodia oggi si potrebbe definire come “[T]hat dimension of music which everyone can easily appropriate in many ways”<sup>146</sup>. A distinguere la melodia dal resto, quindi, sarebbe proprio il carattere della “appropriabilità”: ciò che possiamo canticchiare, fischiare è melodia ed anzi più questa è canticchiabile più l’intera opera può essere definita melodica. Secondo Stefani tale impostazione avrebbe come diretto risultato che sia possibile individuare un *modello melodico base* prendendo in considerazione una serie di variabili che afferiscono da un lato alla fisiologia del processo fonetico in generale e dall’altro a quello della fonetica del canto<sup>147</sup>. Semplificando oltre ogni modo: una melodia di successo è una melodia cantabile; rispettando alcuni parametri che riguardano la fonetica è possibile comporre melodie più adatte ad essere cantabili e quindi munite di una probabilità maggiore di successo; il risultato di un approccio di questo genere, ai nostri fini, può dirsi quantomeno rivoluzionario visto che ci porterebbe a concludere che più una canzone è *facilmente copiabile* maggiore sarà l’aspettativa di successo della stessa. Sempre secondo questa interessantissima prospettiva gli ascoltatori pur se dotati di “*competenze melodiche comuni*”<sup>148</sup> non opererebbero nell’ascolto la stessa dissezione mentale in melodia, armonia e ritmo che potrebbe operare un professionista, ma cercherebbero piuttosto di estrapolare dalla composizione solo quel tanto che basta perché diventi cantabile o ballabile<sup>149</sup> e che può essere identificato come motivo e cioè “[T]he smallest melodic unit which common competence identifies in a musical sequence... omissis... ready to be appropriated, reproduced, repeated, combined with short acts of language, gestures, etc.”<sup>150</sup>; la dottrina giuridica, non del tutto insensibile a questa possibile ulteriore dissezione della melodia, si è pronunciata nel senso di riconoscere anche al motivo l’idoneità a farsi espressione di una creatività

---

<sup>146</sup> G. STEFANI, *Melody: a Popular Perspective*, in *Popular Music*, 1987, vol.6, n.1, 22.

<sup>147</sup> Alla prima categoria di variabili sarebbero ascrivibili: “Utterance of a single voice; periodic duration of breathing; curve or normal oral emission (rise-growth-fall); continuous movement in the space between pitches” mentre alla seconda: “Constancy of pitch within a syllable; medium register; limited range; flowing line; relatively slow movement; euphony.” (Ivi, 24)

<sup>148</sup> G. STEFANI, *La competenza musicale e cultura della pace*, Clueb, Bologna, 1985.

<sup>149</sup> G. STEFANI, *Melody: a Popular Perspective*, in *Popular Music* 1987, vol.6, n.1, 25.

<sup>150</sup> Ivi, 26.

qualificata rilevando, anzi, che una melodia basata su un motivo scadente potrebbe essere comunque ritenuta dotata di un certo pregio stilistico, ma probabilmente solo grazie all'apporto dell'armonia e del ritmo, mentre un motivo incisivo *per sé* sarebbe in grado di conferirle un carattere di originalità autonomo ed indipendente all'impalcatura melodica<sup>151</sup>. L'aspetto più interessante della teoria di Stefani è che questa non si limita a rilevare l'ipotetica esistenza di uno *schema melodico tipo* ricavabile dall'applicazione di regole fonetiche generali e canore, ma addirittura ne descrive le possibili diverse varianti, che definisce “*melodic genres*”, rispondenti alle specifiche funzioni che si vuole fare assumere alla melodia per ogni data singola composizione<sup>152</sup>.

<b>FUNCTIONS OF MELODY</b>	<b>MELODIC GENRES</b>
Communication by speech	Spoken melody
Bodily movement	Motorial melody
Expression of passions	Expressive melody
Representation	Descriptive melody
Making music	Musical melody

\*Fig.1) la tabella riporta lo schema rappresentativo del rapporto funzione-genere melodico elaborato da G.STEFANI e contenuto in *Melody: a Popular Perspective*, in *Popular Music* 1987, vol.6, n.1, 28.

Il riferimento a schemi melodici di routine ed alla possibilità di ricorrere a determinate regole standardizzate per comporre una melodia di successo è ormai una realtà, in riferimento alla musica leggera, comprovata dall'esistenza sul mercato di veri e propri breviari per principianti volti ad illustrare le tecniche per la composizione melodica di canzoni<sup>153</sup>. Quindi uno studio sulle tecniche di composizione melodica nella musica leggera si è ormai di fatto avviato, con la peculiarità che l'ambito di sviluppo dello stesso non sono le aule di un conservatorio, ma gli studi di registrazione delle grandi *major* della canzone commerciale o i salotti di aspiranti cantautori autodidatti. L'impatto che la reificazione del prodotto culturale ha avuto sul processo compositivo, sebbene ancora poco studiato sotto un profilo di musicologia applicata era in realtà già

---

<sup>151</sup> ARE, cit., 383.

<sup>152</sup> STEFANI, *Melody: a Popular Perspective...*, 28 e ss.

<sup>153</sup> *Ex plurimis* R. CRUCIANI, *Costruire una melodia*, Audino, Roma, 2010, spec. 88 e ss.

stato analizzato sotto il profilo della sociologia musicale<sup>154</sup>; in particolare partendo dal presupposto di una forte storicizzazione del processo compositivo tale per cui: “*gli elementi che meglio riescono a rendere la musica prodotto economicamente rilevante sono quelli che ne garantiscono l'immediata comprensibilità: principalmente, la povertà linguistica, la brevità della durata, la regolarità metrica e ritmica, l'uso e l'abuso della ripetizione*”<sup>155</sup> si è arrivati ad inferire la relativa storicizzazione dei processi dell'ascolto nella direzione di una progressiva regressione delle abilità percettive. Uno dei sintomi più evidente della regressione dell'ascolto consiste proprio nell'incapacità da parte dell'ascoltatore normale di concentrarsi realmente sull'opera riconducendone i vari elementi ad unità attraverso un *ascolto totalizzante*; oggi, invece anche a causa delle mutate funzioni della musica – che per esempio nella dimensione pubblicitaria viene utilizzata per enfatizzare messaggi o stati emotivi nel consumatore – l'ascolto si riduce ad un *ascolto atomistico* cioè focalizzato su singoli elementi su cui è lo stesso compositore a porre l'accento durante la stesura dell'opera.

---

<sup>154</sup> TH.W. ADORNO, *Il carattere di feticcio in musica e la regressione dell'ascolto*, in *Dissonanze*, a cura di G. Manzoni, Einaudi, Torino, 1981, 8 e ss.

<sup>155</sup> C. MIGLIACCIO, *Il carattere temporale del feticismo musicale*, in *La regressione dell'ascolto*, a cura di S. VIZZARDELLI, Quodlibet, Macerata, 2002, puntualizzando che: “[n]ella loro concomitanza, essi rendono il materiale sonoro da una lato più facilmente assimilabile a livello delle strutture psicofisiche dell'ascoltatore, dall'altro più agevolmente memorizzabile e riproducibile assumendo così le caratteristiche di un oggetto di uso comune, passibile di divenire possesso personale e merce. L'oggetto musicale, per rendersi più atto da parte del soggetto a una sua acquisizione utilitaristica, nonché allo scambio commerciale, deve perdere il più possibile complessità strutturale e problematicità critica.” (spec. 154).

## 2. IL DIRITTO D'AUTORE E IL PLAGIO MUSICALE: PROFILI PROCESSUALI

### 2.1. La dimensione concreta del plagio

Quanto fin qui premesso dovrebbe aver fornito le coordinate di base per una lettura critica dei parametri adottati dalle corti, a livello nazionale ed internazionale, per dirimere il crescente numero di cause di plagio che davanti ad esse pervengono; aver costruito un quadro di partenza a carattere teorico-sostanziale costituisce, quindi, solo il primo passo verso l'analisi del plagio musicale calato nella dimensione reale e concreta che presuppone, inoltre, una breve panoramica sulle forme in cui nella pratica musicale sia possibile “*appropriarsi*” degli elementi creativi dell'opera altrui.

La dottrina ha cercato di classificare le possibili modalità in cui il plagio può essere posto in essere utilizzando criteri non sempre uniformi; una classificazione che ben si attaglia alle opere musicali è quella che distingue tra *plagio per riproduzione*, *plagio per elaborazione* e *plagio per trasformazione*<sup>156</sup>. La prima tipologia comprenderebbe la riproduzione totale o parziale dell'opera pretesa plagiata in quella plagiaria a prescindere dalla circostanza che la prima sia stata o meno pubblicata o altrimenti divulgata<sup>157</sup>; la circostanza, indubbia per giurisprudenza e dottrina, che la pubblicazione dell'opera assunta plagiata non sia mai requisito per l'esercizio della tutela trova riscontro nella prassi che non di rado vede come attore in una causa di plagio un autore di nulla, scarsa o media fama spesso contro autore ed interpreti notissimi. Tale assetto è determinato dalla prassi, consolidata nell'industria discografica odierna soprattutto per gli autori meno noti, di incidere *master* da sottoporre alle case discografiche, *master* che vengono ufficialmente “cestinati”, ma che qualche anno dopo riecheggiano nel “nuovo” pezzo di qualche grosso interprete come esito di un processo di

---

<sup>156</sup> Z.O. ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978, 451.

<sup>157</sup> Cfr. App. Roma 15 febbraio 1958 in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1958, II, 62; Trib. Roma 13 dicembre 1956, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1957, II, 219.

vero e proprio “riciclaggio compositivo”. Come si diceva la riproduzione totale del brano originale coinciderebbe con l’ipotesi tipica, ma rara nella prassi, dell’*usurpazione* in quanto il plagiatario si limita ad attribuire a sé l’opera di un altro senza apportarvi variazioni<sup>158</sup>. La riproduzione fedele solo di parte dell’opera originale è possibile, ma – fuori dalle ipotesi di cui si parlerà più avanti delle cc.dd. “*coincidenze creative*” (3.3.) – non è frequente in quanto, tendenzialmente, nella prassi ad essere maggiormente diffusa è la seconda tipologia di plagio, ovvero quello per *elaborazione*. Non a caso si parla di *plagio parziale camuffato*<sup>159</sup>, con riferimento alla rielaborazione nell’opera pretesa plagiaria, di elementi di quella originale che siano *di per sé* dotati di carattere creativo, indi tutelabili<sup>160</sup>; il camuffamento consisterebbe nella modifica di alcuni elementi espressivi del pezzo plagiato in modo da renderne difficile il riconoscimento all’ascolto fugace di un profano, ma rintracciabili attraverso un’analisi tecnica più approfondita. Ultima categoria di condotta che può dar luogo al plagio è la *trasformazione* dell’opera originale in una diversa espressione della stessa forma artistica o in un’altra espressione di diverso genere artistico<sup>161</sup>; musicalmente la *trasformazione* in diversa espressione della stessa forma artistica è sicuramente più frequente e comporta spesso anche una contestuale *elaborazione*, si pensi, per esempio, alle *cover*, ai *remix* o alle più tradizionali *trascrizioni*. Nello specifico potremmo dire che nelle *cover* il brano si trasforma in conseguenza dell’interpretazione da parte di un cantante o esecutore diverso rispetto a quello che per primo ha portato l’opera al pubblico; queste sono opere musicali dal carattere “spiccatamente” derivato, posto che il brano originale resta volutamente riconoscibile nella *cover* e che vengono apportate solo lievi variazioni strutturali al fine di adattare il fraseggio

---

<sup>158</sup> D. ZIINO, *Considerazioni giuridiche sul plagio dell’espressione musicale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1976, 2, 854, spec. 856.

<sup>159</sup> Che secondo PIOLA-CASELLI, ARIENZO e BILE, voce *Diritti d’autore*, in *Noviss.dig.it.*, V, Torino, 1960, 700 si verificherebbe quando: “L’opera che si assume riprodotta abbia l’entità organica di una rappresentazione frazionale dell’opera dell’ingegno”(ivi, 701); sul plagio parziale v. anche M. FABIANI, *Il plagio di parti o di elementi dell’opera musicale*, in *Dir. autore*, 2006, 3, 371.

<sup>160</sup> Cfr. Trib. Roma ord. 19 aprile 1997, in *AIDA*, 1997, 933; App. Roma 10 ottobre 1983, in *AIDA*, 2000, 695; Pret. Roma 16 giugno 1963, in *AIDA*, 1964, 522.

<sup>161</sup> ALGARDI, cit., 45

musicale alle diverse qualità canore del nuovo interprete. Siamo davanti a “diverse versioni” dello stesso brano che spesso svolgono la funzione di “svecchiare” stilisticamente grandi successi del passato al fine di riproporli ad un pubblico più giovane. Mentre per le *cover* possiamo genericamente escludere la possibilità che presentino un gradiente di originalità tale da renderle autonomamente tutelabili, diverso è il discorso che si può fare per il *remix* che consiste, invece, nella rilettura formale di uno o più brani per trasporli in chiave musicale completamente differente (spesso *dance* o elettronica); in queste opere la rielaborazione può essere così spiccata da rendere irragionevole escludere a priori la possibilità che possano essere autonomamente tutelate, anche perché vi sono casi in cui l’opera di partenza resta irriconoscibile o difficilmente riconoscibile<sup>162</sup>. È anche vero che l’industria discografica, soprattutto negli ultimi anni, ha cercato di creare un vero e proprio “mercato parallelo” del *remix*, affidando il compito a “*dj*” di fama internazionale di *remixare* brani dei propri artisti, determinando, così, la concreta possibilità di aumentare i profitti derivanti dallo stesso brano. In ultimo si devono considerare le cc.dd. *trascrizioni*, più frequenti nell’ambito della musica classica, che vengono distinte normalmente in *trascrizioni funzionali* e *trascrizioni strictu sensu*; in queste ultime la personalità del trascrittore può assumere maggior valore rispetto al contributo del compositore originario considerato che la rielaborazione spesso è più complessa dell’opera trascritta<sup>163</sup>.

Il plagio parziale mediante elaborazione, come accennato, si presenta nella prassi musicale come l’ipotesi più frequente di condotta di plagio oltre ad essere quella che pone maggiori problemi sotto il profilo giuridico soprattutto quando coinvolga due brani di musica leggera; in concreto accade che l’autore di un

---

<sup>162</sup> Cfr. S. ERCOLANI, *Una scommessa riflessione sul diritto d’autore all’epoca della convergenza (seconda parte)*, in *Dir. autore*, 2008, 1.

<sup>163</sup> ZIINO, cit., 875; v. anche S. PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, Secolo Nostro, Messina, 1940, spec. 105.; L. BERIO, *Un ricordo al futuro. Lezioni americane* a cura di T. PECKER, Einaudi, Torino, 2006, 38, sottolinea il rapporto esistente tra trascrizione e formazione del musicista scrivendo che: “La trascrizione diventa parte integrante del processo formativo, partecipando responsabilmente alla definizione strutturale del lavoro. Non è il suono quindi che viene trascritto ma l’idea”.



brano o i titolari dei diritti di utilizzazione economica dello stesso citino un secondo autore sostenendo che questi avrebbe plagiato una parte della propria opera. Il giudice davanti a tale pretesa, anche se coinvolto in un complesso *iter* che gli imporrà la risoluzione di diverse *quaestiones facti*, non potrà discostarsi dalle regole procedurali di base e dovrà quindi iniziare l'esame dalla verifica della sussistenza dei presupposti per la tutela dell'opera presunta plagiata<sup>164</sup>. Per verificare che l'opera, *rectius* la parte dell'opera presunta plagiata, sia munita di quel *carattere creativo* che abbiamo asserito essere il requisito sostanziale alla base della tutela, il giudice, come si avrà modo di meglio rilevare in seguito, si troverà ad applicare criteri non sempre uniformi, alcuni dei quali vivacemente criticati dalla dottrina. Si avrà modo di sottolineare come l'applicazione pratica degli *indici di creatività*, in particolare quello della *novità* dell'opera rispetto al patrimonio musicale pregresso, determini, sotto il profilo probatorio, l'imposizione di un onere particolarmente gravoso sull'attore – provare la novità del brano rispetto al *background* musicale mondiale – smorzato nella pratica dalla previsione di un *onere invertito* a carico del convenuto, che dovrà allegare esempi di brani simili a quello presunto plagiato, ma ad esso anteriori al fine di confutarne l'originalità<sup>165</sup>. Questa prima fase di giudizio si potrà concludere o con la constatazione che l'opera presunta plagiata non sia meritevole di tutela per carenza del carattere della creatività o, al contrario, che questa sia meritevole di tutela in quanto originale; se il primo risultato renderà inattuabile la tutela dell'opera presunta plagiata e determinerà l'impossibilità di procedere nei confronti del convenuto per plagio, il secondo scenario comporterà l'apertura di una seconda fase di giudizio.

---

<sup>164</sup>G. MARI, *Plagio musicale e requisiti di creatività dell'opera oggetto di plagio*, in *Dir. autore*, 2006 fasc. 2, 224 secondo la quale: "Alla luce dei principi generali del diritto processuale civile, infatti, sono le parti che determinano l'oggetto del giudicato ed alle stesse parti spetta il compito di provare i fatti oggetto della domanda ovvero le ragioni poste a fondamento delle eccezioni volte a contraddire la domanda stessa (art. 2697 c.c.). L'ambito di cognizione del Giudice è segnato da quanto allegato e provato dalle parti" (spec. 225).

<sup>165</sup>*Ivi*, 231 e 232.

Nel caso in cui l'opera presunta plagiata risulti meritevole di tutela sarà necessario mettere a confronto i due brani al fine di determinare in che relazione si pongano uno nei confronti dell'altro. All'esito di questa seconda fase di giudizio il giudice potrà concludere o che il secondo brano costituisca una "*variazione originale*" del primo, meritando così autonoma tutela *ex art. 2 p.2 della l.a.* oppure che questo costituisca solo "*variazione non originale*" del primo configurandone una elaborazione abusiva in quanto avvenuta senza il consenso dell'autore originario; in modo ancora più radicale il giudice potrà rilevare che il secondo brano rappresenti una blanda contraffazione del primo, non meritevole di alcuna forma di tutela e quindi equivalente ad una sorta di "nulla creativo" con conseguenze pratiche di evidente gravità. Questa descrizione sintetica del procedimento di accertamento condotto in sede giudiziaria evidenzia il rapporto di forte specularità esistente tra plagio e creatività: non può esserci plagio rispetto ad un'opera non creativa, mentre non può rappresentare plagio un'opera che sia a sua volta espressione creativa del proprio autore.

Anche questa seconda fase pone il giudice davanti ad un giudizio di fatto di particolare complessità perché basato su criteri sia *qualitativi* che *quantitativi*. Ulteriori profili di criticità dell'analisi che ci apprestiamo a compiere derivano, invero, dal rilievo che il giudice, per risolvere ambedue le fasi di giudizio, non potrà che affidarsi alle perizie dei tecnici, d'ufficio e di parte, redatte da musicisti, musicologi, critici musicali tutti indistintamente interpreti di una *scienza non perfettamente esatta*; quando si parla di metodologia scientifica della musicologia in realtà sarebbe sempre opportuno far riferimento al metodo, che accomuna diverse discipline di stampo umanistico, che si prefigge come meta l'utilizzo di criteri obiettivi per l'analisi di un oggetto<sup>166</sup>, nel nostro caso la musica, che però

---

<sup>166</sup> Sub. *musicology*, in *The New Grove Dictionary of Music & Musicians*, Macmillan Publishers Limited, Londra, 1980, 12, 836: "When a musicologist speaks of scientific method, he usually has in mind the methods of the so-called cultural sciences: history, sociology, anthropology and philosophy. These disciplines share a common respect for the use of critical standards in the treatment of evidence, for the employment of objective criteria in the evaluation of the source" (*spec. 837*).

non può assumere in *toto* i caratteri della scienza dura, tanto che efficacemente si è scritto:

*“La critica musicale è una scienza singolare e incerta, e il suo gergo spazia dal legnoso (“La Quinta di Beethoven comincia con tre Sol e un Mi bemolle”) al magniloquente (“La Quinta di Beethoven inizia con il destino che bussa alla porta”). Tuttavia, non è più incerta di qualunque altro tipo di critica. Ogni forma d’arte elude i lacci della descrizione verbale. Scrivere di danza è come cantare sull’architettura; scrivere di letteratura è come costruire edifici sul balletto. C’è un confine avvolto da fitte nebbie oltre il quale il linguaggio non può andare”<sup>167</sup>.*

Posto questo limite intrinseco delle perizie è anche opportuno aggiungere che la seconda fase di giudizio, quella del confronto tra le opere, presuppone l’individuazione degli elementi rappresentativi di entrambe al fine di porli in relazione. La selezione degli elementi rappresentativi della composizione musicale operata dai giudici in questi anni è avvenuta in base a criteri non omogenei, riconducibili a due approcci differenti<sup>168</sup>: l’approccio minoritario che prevede un confronto sintetico di tutti gli elementi compositivi e della loro funzione all’interno delle opere<sup>169</sup> e quello maggioritario che, invece, incentra il giudizio sull’elemento melodico considerato essenziale nelle composizioni di musica leggera<sup>170</sup>. Tuttavia la giurisprudenza si divide ulteriormente sulla modalità concreta di confronto delle linee melodiche: una parte ritiene che l’accertamento debba essere effettuato in modo sintetico<sup>171</sup>, l’altra che questo debba avvenire mediante un confronto analitico<sup>172</sup>. Nel filone che prende in considerazione esclusivamente l’elemento melodico si può riscontrare la tendenza nei giudici a rifarsi esclusivamente alle perizie tecniche nel caso di confronto analitico e alla propria competenza musicale di base, travestita da

---

<sup>167</sup> A. ROSS, *Senti questo*, Bompiani, Milano, 2011, 9.

<sup>168</sup> D. DE ANGELIS, *Opera musicale e plagio parziale* (nota di commento di Cass. 23 novembre 2005 n. 24594), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 11, I, 1152.

<sup>169</sup> Cfr. Trib. Roma 22 gennaio 2001, in *Dir. autore*, 2002, 75; conforme parte della dottrina v. *ex plurimis* G. BONELLI, *Il plagio di opere musicali*, in *Dir. autore*, 2000, 179.

<sup>170</sup> Pret. Roma ord. 21 dicembre 1994, in *AIDA* 1997, 450; Trib. Roma 12 maggio 1993, in *Dir. autore*, 1994, 465.

<sup>171</sup> App. Milano 26 ottobre 1999, in *AIDA*, 2000, 706.

<sup>172</sup> Trib. Milano 21 ottobre 2002, in *AIDA*, 2003, 478; Trib. Milano 18 dicembre 1997, in *AIDA*, 1998, 551.

*ascoltatore medio*, nel caso di giudizio sintetico; in questo modo, una tutela che dovrebbe basarsi su un confronto oggettivo tra creazioni intellettuali di fatto assume sempre più i connotati di un giudizio sulla confondibilità potenziale delle canzoni rispetto al parametro spersonalizzante, ma al contempo non oggettivo dell'ascoltatore medio.

Nei paragrafi successivi ci si propone di analizzare le due fasi di giudizio sopra delineato facendo riferimento alla casistica giurisprudenziale lasciando spazio a qualche divagazione di teoria e critica musicale.

### **2.1.1. La verifica dei presupposti della tutela. La storia di un plagio da Oscar**

In una scena del film *“Il Postino”* il compianto Massimo Troisi rivolgendosi al sommo Neruda che gli rimproverava di aver plagiato una sua composizione per impressionare una donna, faceva notare come la poesia non appartenga a chi la scrive ma piuttosto a chi ne ha bisogno. È curioso rilevare come questo film sia legato a doppio filo al tema del plagio non solo perché di fatto l'usurpazione delle composizioni di Neruda fornisce l'occasione al postino Troisi per avvicinarsi al mondo della poesia, ma anche perché la colonna sonora del film composta da Louis Bacalov e vincitrice di un premio Oscar è stata al centro di una vicenda di plagio che ci offre il destro per esaminare quanto di recente asserito, in sede di giurisprudenza di legittimità, circa la necessità di valutare preliminarmente la sussistenza dei requisiti costitutivi della tutela per l'opera assunta plagiata e più nello specifico sui parametri che devono essere valutati per determinare la presenza o meno del carattere creativo richiesto dalla legge.

Sergio Endrigo, nome eccelso della canzone italiana, assieme ad altri due autori, nel 1973 aveva composto la canzone *“Nelle mie notti”*; Endrigo e Bacalov avevano collaborato professionalmente per più di dieci anni in quanto Bacalov aveva arrangiato molte delle composizioni di Endrigo, anche se *“Nelle mie notti”* è stata composta proprio nel periodo in cui il sodalizio tra i due si era ormai interrotto secondo quanto testimoniato durante la successiva causa, la canzone era stata comunque ascoltata

almeno una volta da Bacalov<sup>173</sup>. Nel 1994 al compositore argentino viene commissionata la composizione della colonna sonora del film “Il Postino” che nel 1996 vince il premio Oscar come migliore colonna sonora e viene incisa; Endrigo e gli altri autori hanno adito il giudice di prime cure sostenendo l’assoluta somiglianza melodica e armonica tra la propria opera e quella successiva di Bacalov<sup>174</sup>, molto simile anche nei *colori* che avrebbero attribuito al motivo l’idoneità a suscitare nel pubblico lo stesso tipo di reazione emotiva; dal canto suo Bacalov, costituito in giudizio, ha negato la pretesa attorea ed ha proposto domanda riconvenzionale al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti alla propria reputazione da un’accusa particolarmente infamante. Il primo grado di giudizio si è caratterizzato per la disposizione, da parte del giudice, di due consulenze tecniche d’ufficio ritenendo che le risultanze del primo accertamento tecnico non fossero state sufficientemente corroborate sotto il profilo motivazionale. Nei motivi della decisione il giudice di prime cure si sofferma sull’impossibilità di rendere sentenza esclusivamente sulla base delle risultanze peritali spettando all’organo decidente una valutazione complessiva della vicenda che tenga conto non solo del dato normativo, ma anche di profili rilevanti pur se non perfettamente attinenti ad aspetti tecnico-musicali<sup>175</sup>; nel caso specifico questa sentenza si inserisce in quel filone che ritiene necessaria una valutazione sintetica di tutti gli elementi del caso concreto anche diversi ed ulteriori rispetto alla triade melodia, armonia, ritmo che pur costituisce, come premesso, l’architettura base del fraseggio musicale. Questo ha portato il giudice a prendere in considerazione anche l’inserimento dei due brani in un “contenitore” completamente diverso: per l’organo decidente, che rielabora quanto espresso dal consulente tecnico, non sarebbe possibile immaginare un rapporto di derivazione tra una canzone destinata al consumo ed una composta per divenire colonna sonora di un film e questo in quanto “*la musica da film ha delle regole e delle tecniche che non lasciano nulla al caso; basterebbe un intervallo melodico diverso o un’orchestrazione non adeguata per creare una discrasia tra le scene e la musica*”<sup>176</sup>. Sempre nella valutazione complessiva dei due brani ricade la

---

<sup>173</sup> M. BOVI, *Anche Mozart copiava. Cover, somiglianze, plaghi e cloni*, Auditorium, Milano, 2004, 166.

<sup>174</sup> Trib. Roma 22 gennaio 2001, in *Dir. autore*, 2002, 75; la sentenza è stata annotata da M.A. DE ANGELIS in *Diritto e Giustizia*, 2001, 21, 69.

<sup>175</sup> Trib. Roma 22 gennaio 2001 in cui si legge che: “[s]petta sicuramente al decidente di procedere all’esame complessivo della vicenda, tenendo conto, oltre che della normativa di riferimento, anche di ogni altro dato idoneo a fornire, ulteriori ed utili spunti di valutazione al processo” (*spec. 78*).

<sup>176</sup> *Ivi*, 83.

constatazione dell'utilizzo da parte di Bacalov di un particolare strumento musicale, il *bandoneon*, idoneo a richiamare suggestioni ed ambienti musicali completamente diversi da quelli riecheggianti nella canzone di Endrigo. La sentenza di primo grado riconosce all'opera di Bacalov il carattere della "*variazione originale*" autonomamente tutelata dalla l.a. anche sulla scorta del rilievo che in realtà si tratterebbe, più che di un'unica variazione, di un insieme di variazioni originali derivanti dalle plurime elaborazioni apportate all'idea melodica al fine di attribuire a ciascuna *evidente assonanza con l'azione scenica che si svolge contemporaneamente sullo schermo cinematografico*<sup>177</sup>.

In secondo grado il giudice riforma la sentenza di primo grado riconoscendo la sussistenza del plagio<sup>178</sup> da parte di Bacalov rappresentando la sua opera una variazione non originale e abusiva di quattro battute della canzone di Endrigo; Bacalov anche al fine di evitare il ritiro del premio Oscar propone ricorso in Cassazione che viene di fatto accolto dal giudice di legittimità che richiama la correttezza dell'iter logico posto in essere dai giudici di primo grado rilevando, invece, l'omissione da parte della corte di appello di una fase imprescindibile del giudizio di plagio<sup>179</sup>. Secondo la Suprema Corte in giudizi di questo tipo si dovrebbe concentrare in via preliminare l'attenzione sulla sussistenza dei requisiti costitutivi della tutela rispetto all'opera presunta plagiata chiarendo che *la qualificazione di un bene come giuridico e la conseguente applicabilità della relativa disciplina è compito-dovere inderogabile ed indelegabile del Giudice che deve ottemperarvi anche ex officio*<sup>180</sup>. La Suprema Corte, inoltre, ritiene in particolare che il giudice d'appello abbia omissso di accertare la compiutezza formale delle quattro battute della canzone di Endrigo presunte plagiate ed il loro carattere creativo che costituirebbero, appunto, i presupposti sostanziali della tutela.

Abbiamo già avuto modo di accennare, nel primo capitolo, che la compiutezza formale è stata considerata da una parte della dottrina requisito sufficiente per la tutela<sup>181</sup> sottolineando che questa deve a tal fine essere intesa come quella organicità e completezza espressiva in grado di conferire alla frase musicale il carattere della

---

<sup>177</sup> *Ivi*, 84.

<sup>178</sup> Cfr. App. Roma 1 dicembre 2003.

<sup>179</sup> Cfr. Cass. 23 novembre 2005 n. 24594, in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 11, 1146 con nota di D. DE ANGELIS e di G. MARI in *Dir. autore*, 2006, 224.

<sup>180</sup> MARI, cit., 227.

<sup>181</sup> UBERTAZZI, in *Digesto IV*, Discipline privatistiche, sez. commerciale, voce *diritto d'autore*, IV, 367.

rappresentatività e la idoneità a suscitare reazioni emotive nell'ascoltatore. Si è riconosciuto in giurisprudenza che la compiutezza formale deve sussistere anche rispetto a singoli frammenti degli elementi rappresentativi della parte musicale dell'opera in analisi<sup>182</sup>; può essere interessante notare come la rilevanza del requisito della compiutezza formale sia riconosciuta anche a livello di semiotica musicale anche se con particolare riferimento al motivo definito, appunto, come la più breve unità compositiva, dotata di senso compiuto, in grado di mantenere una capacità rappresentativa indipendente<sup>183</sup>. Il tribunale di primo grado al fine di valutare la compiutezza formale delle quattro battute presunte plagiate aveva operato una contestualizzazione anche dei parametri di giudizio ritenendo necessario adeguarli al livello artistico di entrambe le composizioni e rilevando nello specifico che:

“Così come l'idea melodica di Sergio Endrigo va valutata nella sua effettiva e reale consistenza musicale, così l'elaborazione timbrica ed armonica che ne ha poi fatto Luis Bacalov va apprezzata per quello che vale ed entro i limiti tecnici propri della musica cosiddetta leggera o di intrattenimento... Le due composizioni appartengono entrambe al mondo musicale “leggero” e vanno dunque apprezzate e valutate per il valore qualitativo proprio dell'area culturale di provenienza”<sup>184</sup>.

La richiesta di parametri adeguati alla natura ed alla complessità dell'oggetto del giudizio, con consecutivo irrigidimento di quelli adoperati per decidere cause di plagio riguardanti canzoni di musica leggera, non è avanzata esclusivamente dalle corti ma anche da una parte della dottrina che si è espressa con vigore sulla necessità di adottare criteri di valutazione meno flessibili rispetto alle composizioni di “modico valore creativo”<sup>185</sup>. Questa istanza di rigore contrasta con l'orientamento di parte della dottrina, di cui già si è detto, fermo nel ritenere necessario separare il giudizio per plagio da una valutazione circa il merito dell'opera ed il suo valore creativo; è evidente che la scelta dei criteri da adottare sarà inevitabilmente legata ad un giudizio di fondo sul valore intrinseco dell'opera relativo al suo apporto effettivo al patrimonio culturale; quindi non è esagerato far riferimento, nel caso delle composizioni di musica leggera, ad un vero e

---

<sup>182</sup> DE ANGELIS, cit., 1153.

<sup>183</sup> G. STEFANI e L. MARCONI, *La melodia*, Strumenti Bompiani, Milano, 1992, 42.

<sup>184</sup> Trib. Roma 22 gennaio 2001, in *Dir. autore*, 2002, 83.

<sup>185</sup> ALGARDI, 470 che senza mezzi termini rileva: “Quanto minore è l'originalità dell'opera, tanto più rigorosi devono essere i criteri di accertamento”; ZIINO, cit., 872; conforme Trib. Roma, 22 gennaio 2002, in *Dir. autore*, 2002, 75.

proprio “*pregiudizio*”. Per evitare di incorrere nei rischi che deriverebbero dal riferimento a questo tipo di criteri meta-giuridici, la giurisprudenza, affiancata anche da parte della dottrina, ha introdotto parametri di giudizio in realtà ancora più incerti e soggettivi, come per esempio la riconoscibilità attraverso l’opera della personalità dell’autore o l’idoneità dell’opera a trasferire emozioni al pubblico<sup>186</sup>.

La Suprema Corte nel caso Endrigo-Bacalov ha inoltre richiamato la necessità di valutare, oltre alla compiutezza espressiva, anche il carattere creativo dell’opera; nella sentenza in esame sembra che la Corte intenda riferirsi alla creatività in termini di novità relativa. Abbiamo già visto come questo criterio sia molto utilizzato in giurisprudenza e in questo luogo è opportuno sottolineare che la più recente dottrina, a causa del progressivo industrializzarsi dell’oggetto del diritto d’autore, ha iniziato a definire la novità approssimandola sempre più alla nozione di “capacità distintiva”, requisito costitutivo della tutela del marchio<sup>187</sup>. A rendere un’opera tutelabile sarebbe proprio quel gradiente di valore creativo aggiunto, anche minimo, in grado al contempo di caratterizzarla agli occhi del pubblico e distinguerla rispetto alle composizioni appartenenti allo stesso genere<sup>188</sup>. In tempi non sospetti si è rilevato che:

*“Novità non significa peraltro che l’opera musicale debba presentare necessariamente un contenuto ed una forma del tutto nuovi, né esprimere un’originalità assoluta o manifestare una creatività spiccata; in essa devono però potersi rinvenire quei caratteri di autonoma individualità rappresentativa per i quali sia possibile distinguerla da opere musicali precedenti”*<sup>189</sup>.

Rispetto a questa nozione di creatività declinata in termini di *valore aggiunto* sembra possa considerarsi semplificato quel carattere di “*probatio diabolica*” che la dottrina aveva attribuito all’onere gravante sull’attore, in ossequio all’art. 2697 c.c., di dimostrare la novità della propria creazione; si è scritto, infatti, che l’attore dovrebbe:

---

<sup>186</sup>C. GALLI in UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2004, 1243.

<sup>187</sup>Sulla concezione dinamica della capacità distintiva v. C. GALLI, M. RIVA e M. BOGNI, sub. art. 13 D.Lgs. 10 febbraio 2005 n.30, in C. GALLI e A. M. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Utet, Torino, 2011, 1, 170 e ss.

<sup>188</sup>BONELLI, cit., 184.

<sup>189</sup>S. LONGHINI, *Musica, diritto e plagio*, in *Dir. autore*, 1999, 573, spec. 575.



*“Dimostrare che la propria opera non ha nessun precedente in tutto il panorama musicale universale poiché l’esistenza di una composizione uguale o assolutamente simile anche, ad esempio, all’epoca dell’antica Roma sarebbe sufficiente ad escludere la ricorrenza del requisito in parola”<sup>190</sup>.*

Proprio la constatazione della gravosità dell’onere probatorio in esame avrebbe fatto propendere dottrina e giurisprudenza per un’inversione dell’onere probatorio sul convenuto che dovrà produrre, coadiuvato dal proprio perito di parte, quanti più esempi possibili di melodie identiche o simili a quella presunta plagiata al fine di confutarne il carattere dell’originalità; questo meccanismo ha addirittura portato la giurisprudenza a ritenere sufficiente, ai fini dell’adempimento dell’onere in analisi, l’allegazione di produzioni appartenenti a culture e generi diversi rispetto a quella plagiata<sup>191</sup>.

L’inversione della prova e l’interpretazione delle corti, in questo caso specifico, sembrerebbero quasi avvantaggiare il convenuto, che facilmente potrà reperire una serie di precedenti simili o identici a quello dell’autore nello sconfinato patrimonio musicale pregresso. Tuttavia questo rischia di falsare le dinamiche di giudizio: secondo chi scrive la natura ed i limiti dell’onere del convenuto sarebbero meglio individuabili facendo riferimento alle analogie esistenti tra *creatività e capacità distintiva* e richiamando un istituto tipico del diritto industriale che presenta alcuni profili di compatibilità con il giudizio per plagio di composizioni musicali appartenenti alla *popular music*.

### **2.1.2. Strategie difensive, “volgarizzazione” e “secondary meaning” nelle composizioni musicali**

L’onere invertito gravante sul convenuto si è dimostrato la strategia difensiva più utilizzata nei giudizi per plagio musicale, ove è ormai pratica costante l’allegazione da parte dei periti della parte convenuta, di una serie di precedenti musicali in cui sia presente la simile o identica cellula musicale che si pretende

---

<sup>190</sup> MARI, cit., 232.

<sup>191</sup> Cfr. Trib. Milano, 18 dicembre 1987, in *AIDA*, 1998, 713.

plagiata al fine di provare la carenza del carattere creativo da parte della composizione dell'attore, scardinando così i presupposti sostanziali della domanda giudiziale. Tuttavia l'idea che quest'onere possa essere adempiuto con una mera enumerazione di esempi senza aver cura che questi precedenti presentino affinità, non solo “*grammaticali*” ma anche “*contestuali*”, rispetto ai brani oggetto del giudizio rischia di dar luogo ad esiti non equilibrati.

Nel caso già citato del presunto plagio da parte della canzone “*Romantica*” di Renato Rascel, vincitrice di Sanremo nel 1960, ai danni di “*Angiulella*” composta dal Maestro Festa e depositata alla SIAE qualche anno prima della competizione canora<sup>192</sup>, i periti della parte resistente avevano allegato dei frammenti melodici tratti dal “*Liber Usualis*”, volume che raccoglieva testi e musiche delle funzioni liturgiche gregoriane, al fine di dimostrare che le due canzoni avessero una comune matrice melodica; sia l'illustre consulente tecnico d'ufficio, Ildebrando Pizzetti sia il giudice in sentenza avevano rinnegato l'esistenza di una substrato melodico condiviso in quanto tale asserto si basava esclusivamente sulla superficiale considerazione che in uno dei canti del “*Liber Usualis*” fosse stata riscontrata una sequenza di tre note comuni al ritornello delle canzoni in esame<sup>193</sup>. Già in questa occasione si rilevava un problema di incompatibilità dei repertori di raffronto e la conseguente inopportunità di allegare composizioni appartenenti a generi completamente differenti oltre che identiche a quelle oggetto della controversia solo per poche note. Tornando al caso Bacalov - Endrigo è opportuno segnalare come, anche in questa circostanza, i periti del convenuto avessero allegato una serie di precedenti contenenti la stessa cellula melodica assunta plagiata, tra cui opere di *Chopin*, *Rimski-Korsakov*, *Stravinski*, *Glasunov*; l'elenco in questione appariva tanto lungo da risultare poco convincente per il giudice proprio perché contenente un numero eccessivo di composizioni (oltre 70 esempi), risultato di una operazione di “*segmentazione*”

---

<sup>192</sup> Cfr. Pret. Roma 26 novembre 1960, in *Dir. autore*, 1961, 238.

<sup>193</sup> Pret. Roma 26 novembre 1960, citata da T. ANDRIOLI, *Il plagio: un'originalità non variata*, in *Il Dir. autore*, 2002, 255.

*musical*” finalizzata a “*identificare tra loro opere anche molto dissimili*” dando luogo, così, ad elenchi “*molto corposi, ma altrettanto inutili*”<sup>194</sup>.

Nel primo capitolo di questo elaborato abbiamo avuto modo di sottolineare l’esistenza di un linguaggio musicale che necessita, però, di essere contestualizzato rispetto ad una serie di fattori che spaziano dal genere, al tipo di strumenti utilizzati, alle radici culturali di quel tipo di musica, al pubblico a cui si rivolge e che determinano in sostanza la creazione di grammatiche diverse per ciascun genere. Abbiamo anche premesso che all’interno della grammatica propria della musica leggera, destinata ad essere fruita da un ascoltatore che tende a recepire la musica per “*quanti motivi*”<sup>195</sup>, non è difficile rilevare l’esistenza di strutture che ritornano così tanto di frequente da potersi considerare quasi di uso comune<sup>196</sup> e che rendono “*difficile la discriminazione tra gli elementi originali e gli elementi che invece costituiscono la “componente manieristica del comporre*”<sup>197</sup>.

Questo fenomeno di progressiva standardizzazione delle strutture compositive nella musica leggera sembra presentare delle affinità rispetto al fenomeno della “*volgarizzazione*” legislativamente disciplinato dall’art. 13 c. 4 del D.Lgs. 30 febbraio del 2005 che, semplificando, determina la decadenza del marchio in conseguenza alla perdita della capacità distintiva da parte dello stesso<sup>198</sup>. La

---

<sup>194</sup> Trib. Roma 22 gennaio 2001, cit., 79.

<sup>195</sup> G. STEFANI, *La melodia*, Strumenti Bompiani, Milano, 1992, 39.

<sup>196</sup> P. TAGG, *Musicology and the semiotics of popular music*, in *Semiotica* 66, 1987, 1-3, 279 spiega con grande lucidità il fenomeno della standardizzazione evidenziando che: “[p]opular music should elicit “love at first listening” on the part of presumptive customers if the song is to stand a chance of making a sell before competing product reaches them. This means that music produced under such conditions will often require the use of readily recognizable stereotypes of music code as a basis for the production of (new or old) complexes of affective messages.” (spec. 284)

<sup>197</sup> ANDRIOLI, cit., 264.

<sup>198</sup> In questa sede non è dato affrontare analiticamente i profili sostanziali della volgarizzazione dei marchi, ma è opportuno rilevare che, a seguito della Dir. n. 89/440/CE anche in Italia è stata adottata la c.d. “teoria soggettiva” della volgarizzazione per cui l’uso linguistico del marchio come denominazione generica ad indicare il prodotto è condizione sufficiente ma non necessaria per il determinarsi della decadenza, in quanto sarà necessario anche il fatto dell’attività/inattività del titolare del marchio. Sulla teoria soggettiva della volgarizzazione v. A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè,

standardizzazione delle strutture compositive nella musica leggera è riflesso diretto del principio capitalistico che informa l'operare delle *major discografiche* e che porta ad identificare la composizione artistica con il prodotto destinato alla fruizione commerciale. La prospettiva della musica come prodotto, il cui successo economico viene determinato dalle scelte dei consumatori, avalla la lettura della nozione di *novità relativa* in chiave di *capacità distintiva* in quanto è evidente che, una canzone in grado di distinguersi imponendosi all'ascoltatore con maggior vigore rispetto ad una dello stesso genere sarà destinata ad un maggior successo commerciale. La remunerazione del lavoro intellettuale si lega, oggi più di ieri, alla capacità di creare un prodotto che l'ascoltatore possa far proprio con facilità ed in cui possa riconoscere un'identità a cui poter egli stesso aderire. La tutela del marchio, originariamente finalizzata a presidiare la funzione distintiva del segno, aveva costo sociale pari a zero proprio in quanto la connessione, inizialmente inscindibile, tra segno ed impresa produttrice, determinava la possibilità che il consumatore potesse riconnettere determinate qualità al prodotto anche prima di averlo provato solo grazie al riferimento al marchio. Così si può dire che fossero proprio le qualità del prodotto, deducibili a priori dal marchio, ad indurre all'acquisto una clientela molto selezionata, alla ricerca di quelle determinate peculiarità di cui il marchio diventava simbolicamente incarnazione; in questo senso credo sia corretto supporre che il successo di un marchio sia legato anche alla capacità di "costruire" il proprio *target* di riferimento attirando consumatori con precise ed uniformi aspettative di consumo. Lo stesso fenomeno di "costruzione del target" è stato rilevato anche da recenti studi di sociologia della musica che hanno correttamente rilevato che, alla luce dell'idoneità comunicativa della canzone, sarebbe più opportuno iniziare a concentrarsi sulla circostanza per cui è la musica stessa a "costruire il proprio fruitore" piuttosto che sul se, e sul come, il fruitore venga riflesso dalla musica che

---

Milano, 2005, 250 e ss.; M. RICOLFI, in P. AUTERI e Aa. Vv., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005, 80 ss.; M. LIBERTINI, *La perdita di capacità distintiva*, in *Il diritto industriale*, 2007, 33. Alla teoria soggettiva si oppone quella oggettiva per cui il fatto stesso della perdita della capacità distintiva sarebbe presupposto sufficiente della decadenza, v. M. FRANZOSI, in M. SCUFFI, M. FRANZOSI e A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, Cedam, Padova, 2005, 138.

This paper is published in the  
Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series  
Electronic copy available at: <http://eprints.biblio.unitn.it/4093>

ascolta<sup>199</sup>. Questa digressione ha lo scopo di dimostrare che possono esserci molti punti di contatto tra la realtà dei segni distintivi e quella del diritto d'autore sulle produzioni di *popular music* sebbene sia comunque evidente che le due realtà abbiano effettivamente finalità differenti tanto che in passato si è ritenuto opportuno escludere il ricorso ad istituti tipici di una tutela per analizzare l'altra, anche con specifico riferimento alla volgarizzazione<sup>200</sup>; tuttavia l'evoluzione di entrambi ha determinato un progressivo avvicinamento considerando in primo luogo che la *funzione distintiva* non è più considerata, alla luce dei fatti, l'unica funzione svolta dal marchio. La decisa estensione della tutela del *marchio di rinomanza* e la nuova disciplina "soggettiva" della decadenza per volgarizzazione sembrano oggi essere poste a tutela degli ingenti investimenti in pubblicità operati per rafforzare il marchio sul mercato di riferimento tanto da ricevere ormai una tutela quasi equiparabile ad un'esclusiva, come attestato dalla dottrina più recente per cui:

*"Un valore commerciale che la pubblicità contribuisce di regola, e significativamente, ad incrementare, e talora a creare tout court, riceve ora, grazie alla riforma, la stessa tutela (anzi più intensa, perché senza limiti temporali) delle espressioni obbiettive della creatività umana"*<sup>201</sup>.

La constatazione che anche l'industria discografica contemporanea si basi su ingenti investimenti in pubblicità, con margini di rischio molto elevati, finalizzati al "lancio" di un prodotto ci porta a ritenere che oggi il dialogo tra questi due ambiti non sia più escludibile a priori e che anzi possa portare a soluzioni operative in grado di produrre effetti in qualche modo equilibranti. Nello specifico, è orientamento costante della dottrina e della giurisprudenza in materia di volgarizzazione dei marchi ritenere che la verifica sulla perdita di capacità

---

<sup>199</sup> G. SIBILLA, *I linguaggi della musica pop*, Strumenti Bompiani, Milano, 2003, spec. 78.

<sup>200</sup> Trib. Roma 13 dicembre 1956, in *Rivista di diritto commerciale*, 1957, II, 219, con nota di GRECO che pur considerando l'esistenza di "motivi in voga" precisa: "Che si possa parlare, agli effetti del venir meno della protezione dell'autore, di una "volgarizzazione" e quindi di una caduta in dominio pubblico, di melodie e motivi musicali, come se ne parla a proposito dei marchi è questione assai discutibile e da risolversi, con ogni probabilità in senso negativo" (spec. 224).

<sup>201</sup> G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2008, II ed., 269.

distintiva, presupposto oggettivo della decadenza del marchio, dovrebbe avvenire non solo rispetto ai consumatori, ma anche rispetto alla percezione degli imprenditori operanti nel “preciso” settore di mercato in cui il marchio è attivo<sup>202</sup>. Lasciando da un canto la possibilità di prendere in considerazione il pubblico dei consumatori come ambito d’indagine, la scelta di limitare l’area di mercato da vagliare ai fini della verifica dell’avvenuta volgarizzazione è scelta decisamente ragionevole e si ritiene che gli stessi parametri di delimitazione dovrebbero essere applicati anche al giudizio per plagio musicale. In breve, il convenuto non dovrebbe produrre, al fine di provare la carenza dei requisiti per la tutela dell’opera pretesa plagiata, una serie sconfinata di esempi provenienti indifferentemente da repertori musicali di ogni età e genere, ma dovrebbe limitarsi a produrre campioni “*qualitativamente*” conferenti in quanto provenienti da una produzione prossima a quella dei brani in giudizio, sia dal punto di vista *temporale* che da quello del *genere di appartenenza*; in questo modo si dissuaderebbe il convenuto dal produrre elenchi infiniti, ma al contempo irrilevanti ai fini della valutazione sulla sussistenza o meno del requisito sostanziale della tutela. Dal canto suo l’attore dovrebbe, davanti ad un numero limitato di esempi ritenuti qualitativamente conformi al proprio pezzo, “*attivarsi*” – immaginando che anche nel caso del diritto d’autore possa configurarsi una teoria soggettiva della volgarizzazione – al fine di dimostrare il *valore aggiunto* della propria composizione rispetto ai brani allegati, per confutare la *generalizzazione* degli elementi strutturali utilizzati nel proprio fraseggio musicale. L’onere a carico dell’attore non dovrebbe risolversi nel dimostrare il carattere creativo rispetto a tutto ciò che è passato, ma dovrebbe limitarsi a suffragare l’esistenza nel proprio brano di aspetti creativi caratteristici che permettano di “*distinguerlo*” rispetto alle produzioni coeve e del medesimo genere allegato dal convenuto<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> App. Milano 30 marzo 2010, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, 3, 234, spec.238; conforme A. VANZETTI, *Note in tema di volgarizzazione del marchio (una riesumazione?)*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, 6, 279.

<sup>203</sup> Conformi: Pret. Roma 21 dicembre 1994, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 648; Trib. Roma 20 luglio 1989, in *Foro It.*, 1990, I, 2997; Trib. Roma 10 maggio 1965, in *Foro It.*, 1965, I, 1562; A *contraris* cfr. App. Milano 12 ottobre 1999, in *Dir. autore*, 2000, 127, in cui si legge che il

Un ultimo rilievo merita di essere effettuato in questa sede: così come è plausibile ipotizzare un fenomeno di *volgarizzazione* della composizione musicale, del pari è possibile rilevare che, nell'evoluzione delle tecniche compositive, sia rintracciabile qualcosa di molto simile al c.d. *secondary meaning*, fenomeno che determina l'acquisizione della capacità distintiva da parte di un segno che originariamente ne era sprovvisto<sup>204</sup>. Si pensi ad una delle massime espressioni della musica c.d. concreta: la "*Symphonie pour un homme seul*" di Pierre Schaeffer che si compone esclusivamente di suoni e rumori provenienti dall'ambiente circostante e da campionamenti di opere preesistenti; evidentemente suoni come respiri, passi, cigolii metallici non possono essere considerati elementi muniti autonomamente di carattere creativo e per questo meritevoli di tutela, mentre dovrà essere riconosciuta protezione alla loro combinazione all'interno di un disegno compositivo con carattere narrativo anche molto articolato. Il fenomeno dell'acquisto postumo della *capacità distintiva*, nei termini in cui è stata declinata precedentemente, da parte del prodotto creativo è anche connesso a quella circostanza, che abbiamo già avuto modo di evidenziare, per cui il pubblico in alcuni casi riconosce un valore estetico alla creazione intellettuale in tempi lunghi, quindi il carattere creativo dell'opera pur se immanentemente presente fin dall'inizio riceverà un riconoscimento concreto da parte dell'*audience* solo in una fase successiva alla creazione, determinando di conseguenza un ampliamento della stessa nozione generale di opera musicale.

La nozione di opera e composizione musicale sta effettivamente subendo negli ultimi anni una notevole espansione anche in conseguenza del fiorire di tecniche compositive e di performance sperimentali sempre più complesse: un esempio particolarmente significativo di questa ventata di sperimentazione è data dal progetto "*Alternating from 1 to X and Vice Versa*", che si concreta in

---

giudizio non verte sul possibile apporto creativo dell'attore, ma sull'originalità della specifica melodia che risulta identica nel brano asserito plagiato" (spec. 135).

<sup>204</sup> L. SORDELLI, *Marchio e secondary meaning*, Giuffrè, Milano, 1979, spec. 264. Per il ruolo svolto dalla "percezione del pubblico" nel processo di riabilitazione del marchio originariamente non dotato di capacità distintiva v. G. E. SIRONI, *La "percezione" del pubblico interessato*, in *Il diritto industriale*, 2007, 2, 121, spec. 127 e ss.

un'installazione concertistica multimediale in cui l'audio ed il video sono controllati e prodotti dal vivo da due “*players*” attraverso una scacchiera che funge da interfaccia ed usando algoritmi determina la conversione del movimento dei propri componenti in spunti sonori e visivi sempre differenti<sup>205</sup>.

## 2.2. Le variazioni. Profili giuridici

Come sintetizzato all'inizio di questo capitolo il giudice, dopo aver valutato la sussistenza dei requisiti sostanziali in capo alla canzone dell'attore e, nello specifico, una volta accertato che questa meriti tutela in quanto dotata di carattere creativo dovrebbe porre in essere una seconda fase di giudizio incentrata sul confronto tra i due brani al fine di stabilire in quale rapporto questi si trovino uno nei confronti dell'altro. Tale giudizio si renderebbe necessario in quanto, come premesso, l'art. 2 c. 2 l.a. comprende nel novero delle opere tutelabili anche le “*variazioni costituenti di per sé opera originale*” e quindi, da un punto di vista logico, si dovrebbe accertare se l'opera del convenuto possa costituire una variazione originale meritevole anch'essa di tutela. Nel già citato primo grado di giudizio della sentenza Endrigo c. Bacalov, il giudice, nonostante l'esito della prima fase di giudizio avesse concluso che la frase melodica elaborata dall'attore fosse di struttura troppo semplice per precludere l'utilizzo fattone da Bacalov<sup>206</sup>, ha comunque analizzato il rapporto sussistente tra le due canzoni ritenendo che l'opera di Bacalov si presentasse quale “*variazione originale*” dell'opera di Endrigo e quindi che fosse autonomamente meritevole di tutela. I giudici hanno inoltre escluso in maniera espressa ed argomentata che si possa parlare in questo caso di una “*citazione*” in quanto questa categoria, che ai sensi dell'art. 70 l.a. determinerebbe la liceità dell'uso non autorizzato a determinate condizioni, si attaglia con difficoltà alla composizione musicale proprio per la

---

<sup>205</sup> Il progetto in questione si inserisce nell'attività di ricerca del CIRMA - Centro Interdipartimentale di Ricerca su Multimedia e Audiovisivo dell'Università degli studi di Torino - ed è documentato da A. VALLE, V. LOMBARDO e H. VOGEL, *Alternating from 1 to X and Vice Versa: an Interactive Concert-Performance Homage to Alighiero Boetti*, in *ACM Multi Media*, 2007, Augsburg, 23-28/09/07 disponibile all'indirizzo <http://www.cirma.unito.it/research/alternando/stuff/boettiACMMM07.pdf>.

<sup>206</sup> Trib. Roma 22 gennaio 2001, cit., 86.



impossibilità operativa di dare attuazione a quanto richiesto dalla lettera della legge al fine di giustificare l'uso non autorizzato<sup>207</sup>.

La necessità di accertare se l'opera del convenuto non sia una variazione originale di quella dell'attore, così come evidenziata dalla giurisprudenza in esame, sembra trovare conforme anche la dottrina per cui al fine di escludere o affermare il plagio si dovrebbe sempre:

*“Distinguere fra quelle opere che pur presupponendone altre hanno comunque un sufficiente gradiente di creatività e quelle che, invece, rimanendo al di sotto di tale soglia, debbano considerarsi plagio di un'opera precedente”*<sup>208</sup>.

Questo orientamento sembrerebbe trovare ulteriore conferma anche nella relazione alla legge del 1865 in cui si legge:

*“Il Thalberg, il Litz, sogliono trarre da un pensiero, da un motivo, sia pure classico per sé medesimo, una tale variazione che costituisce, sotto altri aspetti, una vera composizione musicale sui generis in cui è trasfuso il loro sentimento ed il loro pensiero musicale... omissis... in questo caso l'opera loro non può dirsi riproduzione di quello che fu soltanto per essi un tema, un argomento di un nuovo lavoro. Quando ciò avvenga i fatto sarà giudicato dagli esperti dell'arte; ma la legge deve ammettere che ciò possa avvenire e distinguere questo caso da quello più ovvio delle riduzioni e degli adattamenti musicali”*<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> L'impossibilità di citare nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 70 della l.a. in realtà sembrerebbe potersi potenzialmente risolvere grazie al ricorso ai cc.dd RELs (Rights Expression Languages) ovvero linguaggi di programmazione per la gestione dei diritti sulle opere che circolano digitalmente e che spesso si trovano in esse incorporati come metadati; questo tipo di tecnologie potrebbe essere implementato per consentire la “citazione” anche nelle composizioni musicali che circolano digitalmente. L'autore, l'editore ed il titolo dell'opera citata, che sono le informazioni richieste dall'art.70 l.a., potrebbero costituire un metadato che circola inscindibilmente rispetto all'opera che contiene la citazione; per approfondire la tematica v. V. MOSCON, *Rappresentazione informatica dei diritti e diffusione della conoscenza*, in R. CASO (a cura di), *Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca: atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 5 maggio 2009*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2010, 149 ss. disponibile all'indirizzo: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001821/>.

<sup>208</sup> BONELLI, cit., 176.

<sup>209</sup> A. SCIALOIA citato da P. CASELLI, *Codice del diritto di autore: commentario della nuova legge 22 aprile 1941 n.633*, Editrice Torinese, Torino, 1943, 211.

L'orientamento in esame sembrerebbe fondarsi sul sillogismo per cui una variazione originale, in quanto meritevole della tutela del diritto d'autore, non possa mai costituire contraffazione di un'altra opera; tale sillogismo è stato oggetto di critica da una parte della dottrina sia per quanto concerne la premessa maggiore, ovvero che le variazioni originali debbano essere considerate opere originarie meritevoli di tutela, sia per quanto concerne la premessa minore per cui le variazioni originali non possano mai costituire contraffazione di un'altra opera<sup>210</sup>. Questo secondo orientamento preferisce leggere l'art. 2 p.2 come un'ipotesi di libera utilizzazione, ritenendo che l'originalità della variazione determini il diritto di sfruttarla economicamente senza il consenso del titolare dei diritti sull'opera originaria<sup>211</sup>. L'ipotesi di cui sopra si contrapporrebbe a quella derivante dal combinato disposto degli artt. 4 e 18 l.a. che riguarderebbe, invece, lo sfruttamento economico delle variazioni non originali, che necessiterà sempre del consenso da parte del titolare dell'opera variata. Sia che si aderisca alla prima linea ermeneutica, sia che si sostenga la seconda il problema di fondo resta quello di capire quali debbono essere i criteri che consentono di distinguere tra variazione originale, variazione non originale e plagio/contraffazione. Per il secondo orientamento, quello per cui la variazione originale rientrerebbe tra le ipotesi di libera utilizzazione, la differenza tra variazioni, ancorché non originali, e plagio risiederebbe nel fatto che a tutte le opere derivate lecite (citazione, variazione originale e variazione non originale consentita) sia coesistente l'identificazione dell'opera prima; mentre nel plagio tale identificazione sarebbe resa impossibile dal "camuffamento" operato dal plagiatore, proprio in quanto,

---

<sup>210</sup> P. SPADA, *Variazioni sul tema del plagio musicale*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2003, 1, II, 1, in cui rispetto alla premessa minore si legge che questa: "[e]quivarrebbe ad una licenza in bianco di plagio musicale. Ove l'appropriazione dell'opera altrui non sia, in tutto o in parte, pedissequa, il plagiatore potrebbe sempre invocare la "eccezione di variazione", procurarsi, cioè, l'assoluzione dalla domanda dell'autore dell'opera originale allegando di aver sviluppato un'invenzione musicale altrui nell'armonia, nel ritmo, nel contrappunto, nel timbro, purché riesca a convincere il giudice che la variazione "costituisca di per sé opera originale". L'appropriazione anche integrale della frase musicale altrui sarebbe, purché declinata in modo "originale" lecita in sé. Insomma: solo il plagio dozzinale sarebbe represso. E ponti d'oro al plagiatore di talento!" (spec.2). Concorde nel ritenere connaturata alla variazione la possibilità di riconoscere l'opera da cui deriva è anche PIOLA-CASELLI, 212.

<sup>211</sup> *Ivi*, 3.

solo nel caso in cui l'opera derivata riconosca e rivendichi espressamente il debito artistico nei confronti della prima tra le due non si creerà una situazione di concorrenza<sup>212</sup>; tuttavia questo criterio, rispetto alle opere musicali è di difficilissima applicazione pratica.

### 2.3. Il giudizio sulla similitudine sostanziale tra i brani.

#### Metodo e criteri di confronto

Come premesso anche nella seconda fase di giudizio il ruolo del CTU appare fondamentale: i giudici richiedono ai periti di procedere ad una descrizione tecnica dei brani che evidenzii gli elementi rappresentativi di entrambi al fine di compararli<sup>213</sup>; posto che la descrizione dei periti sarà fondata sulla scelta di indici non sempre uniformi, in quanto la musicologia e la critica della musica non sono scienze esatte, non sorprende che spesso si è posta la necessità, da parte del giudice, di disporre la rinnovazione della perizia in quanto non sufficientemente argomentata; in realtà quella che viene fatta passare come carenza argomentativa sanziona più che altro la scelta, da parte del consulente tecnico, di parametri ritenuti non ortodossi ma, non per questo meno corretti se impiegati per la decodificazione di un oggetto avente valore estetico<sup>214</sup>.

La dottrina è piuttosto concorde nell'asserire che l'esame delle due opere deve tenere in considerazione sia elementi *quantitativi*, cioè quanto c'è di effettivamente simile o identico nelle due opere, sia *qualitativi*, ovvero cosa è stato plagiato e che ruolo questo elemento svolge in ambedue le composizioni. Si è opportunamente rilevato che affinché ci sia plagio la riproduzione dell'opera altrui deve essere congrua sotto un profilo quantitativo e rilevante sotto quello

---

<sup>212</sup> *Ivi*, 7.

<sup>213</sup> ANDRIOLI, cit., 269.

<sup>214</sup> Cfr. Trib. Milano 28 ottobre 2002, in *Dir. autore*, 2003, 3, 486, in cui il giudice dispone la rinnovazione della perizia sulla base della constatazione che il CTU non ha risposto in punto di originalità con argomenti tecnici, ma si è limitato a fornire un giudizio di natura estetica (spec. 488).

qualitativo<sup>215</sup>. Tuttavia rispetto al fenomeno musicale si è anche attestata una certa preponderanza dell'elemento qualitativo rispetto a quello quantitativo proprio alla luce della considerazione che anche frammenti brevissimi possono concentrare in sé l'essenza del brano e, viceversa, lunghi periodi possono svolgere funzioni esclusivamente “ornamentali” senza potersi definire effettivamente rappresentativi. È quindi evidente che anche rispetto alla composizione musicale valga il principio generale per cui non costituiscano plagio i cc.dd. “*larcins imperceptibles*”<sup>216</sup>, cioè la riproduzione di poche note o di una parte ridottissima del pezzo, come confermato dalla giurisprudenza<sup>217</sup>, ma anche che tale principio debba necessariamente essere calato nel contesto concreto delle composizioni in esame in cui, potenzialmente, anche un inciso apparentemente di scarso rilievo potrebbe racchiudere l'anima dell'opera. La valutazione sulla similitudine quantitativa non pone particolari problemi – soprattutto quando il giudice ed i periti abbiano a disposizione le partiture originali licenziate dagli autori<sup>218</sup> – mentre molto più ostica è quella relativa alla scelta degli elementi che in una composizione di musica leggera debbono essere ritenuti *qualitativamente rilevanti*. Sul punto, sia le perizie che i giudici<sup>219</sup>, sembrano essere piuttosto concordi nel segnalare che nelle composizioni di musica leggera “*l'idea melodica di poche note è tutto*”<sup>220</sup> e che si possa porre una sorta di presunzione di rilevanza della riproduzione quando questa riguardi il *refrain*<sup>221</sup>. Rispetto alla

---

<sup>215</sup> ZIINO, cit., 871; conformi BONELLI, cit., 188 e GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano Vassalli*, vol. XI, t. III, Utet, Torino, 1974, 359.

<sup>216</sup> Le teoria delle “*piccole ruberie*” si è in realtà sviluppata rispetto alle opere letterarie v. S. MESSINA, *Le plagiat littéraire et artistique*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Sirey, Parigi, 1935, II, 508 secondo cui: “*Ou le plagiat est un larcin imperceptible, et il demeure alors en dehors de la loi; ou il est une reproduction totale ou partielle, et il constitue contrefaçon*”; v. anche A. FORMIGGINI, *Larcins imperceptibles*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 79.

<sup>217</sup> Cfr. App. Roma 21 novembre 1964, in *Dir. autore*, 1965, 26.

<sup>218</sup> Qualche problema potrebbe, invece, darsi quando debba essere il CTU stesso a provvedere alla trascrizione in quanto, come rilevato da ANDRIOLI, cit., 269: “*La trascrizione su pentagramma non ha mai valore assoluto, e, per quanto spesso si tratti di composizioni semplici, l'interpretazione ritmica potrebbe essere opinabile*”.

<sup>219</sup> *Ex plurimis* App. Milano, 26 ottobre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, 186.

<sup>220</sup> G. JARACH, *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, Milano, 1968, 312.

<sup>221</sup> Cfr. App. Roma 10 ottobre 1983, in *Dir. autore*, 1984, 193; Trib. Milano 29 aprile 1974, in *Rivista di diritto industriale*, 1977, II, 469.

musica leggera il processo di standardizzazione ai fini commerciali e quello di compressione delle possibilità creative, dettato dalla necessità di veicolare attraverso la melodia messaggi ben precisi all'ascoltatore, oggi delineano per la melodia un ruolo diverso, sempre centrale, ma non per forza totalizzante rispetto al resto della composizione. In effetti la giurisprudenza italiana si è già confrontata con alcuni casi in cui il parametro di riferimento del giudizio di similitudine non poteva coincidere con la melodia perché effettivamente non individuabile se non in via “*embrionale*”. Si può richiamare il caso del denunciato plagio da parte della casa discografica titolare dei diritti della celebre “*Orinoco Flow*” della cantante *Enya* da parte di un brano composto *ad hoc* per diventare la colonna sonora di uno spot televisivo<sup>222</sup>; nello specifico il brano composto per lo spot riprendeva solo l'introduzione strumentale della canzone di *Enya*, assolutamente non configurabile come melodia, poi riprodotta come accompagnamento ritmico ripetuto per circa il 70% del brano. In questo caso il plagio è stato riconosciuto dal giudice argomentando che l'ascolto delle due opere crei la stessa percezione rispetto della fisionomia generale delle strutture anche e soprattutto grazie alla prossimità dell'*elemento timbrico* e all'utilizzo dello stesso tipo di tastiera; espressamente il giudice riconosce che a fronte della presenza di un andamento melodico solo embrionale e dell'assenza di *refrain* il giudizio di comparazione debba vertere su altri elementi che si pongono in questo caso come caratterizzanti<sup>223</sup>.

In circostanze molto simili nasce la controversia tra Angelo Branduardi e le Industrie Buitoni-Perugina per uno spot pubblicitario la cui colonna sonora si denuncia essere il plagio-contraffazione di uno dei pezzi più famosi del cantautore: “*Colori*”<sup>224</sup>; anche in questo caso il CTU, ripreso in sentenza, rileva come le somiglianze tra i due brani non riguardino solo la melodia in senso stretto (pur ritenuta molto simile), ma anche il “*colore melodico*” definito come lo “*stile musicale*” rafforzato dall'utilizzo di un preciso timbro vocale.

---

<sup>222</sup> Trib. Milano 28 ottobre 2002, cit.

<sup>223</sup> *Ivi*, 490.

<sup>224</sup> Trib. Roma, 12 maggio 1993, in *AIDA*, 1994, 386.

Effettivamente le sonorità dello spot richiamavano in modo inequivocabile l'atmosfera rinascimentale dei menestrelli ovvero quella a cui notoriamente si rifà la maggior parte del repertorio di Branduardi. Ai nostri fini però il rilievo più interessante fatto dal giudice è quello per cui:

*“L’utente medio recepisce come essenzialmente originale la produzione musicale-canora di Branduardi, ed egualmente egli, nell’ascoltare lo spot musicale della I.B.P., acquisisce il convincimento che si tratti di una canzone di Branduardi con le sue caratteristiche complessive musicali e vocali ed in particolare del brano “Colori”<sup>225</sup>.*

Il giudice ritiene sostanzialmente che la colonna sonora dello spot abbia carattere *deceittivo*, in quanto idonea, proprio in conseguenza della contraffazione di precisi elementi, a generare un pericolo di confusione nell'ascoltatore medio rispetto alla riconducibilità della musica all'autore Branduardi; inoltre il giudice riconosce *expressis verbis* che il plagio-contraffazione non sia, in questo caso, fine a sé stesso, ma evidentemente finalizzato a sfruttare, in modo parassitario, la notorietà del cantautore a fini di promozione commerciale<sup>226</sup>. Nonostante queste aperture giurisprudenziali e a discapito delle considerazioni di carattere musicologico fatte, il riferimento alla melodia continua a restare imperante nelle sentenze dei giudici italiani.

Le operazioni appena descritte di scomposizione delle tracce e di individuazione sulla scorta di parametri tecnici delle parti rappresentative delle stesse, sono funzionali ad una *comparazione analitica* delle opere; si è giustamente notato che questo tipo di raffronto non può esaurire la fase di giudizio in esame in quanto non sempre da una riproduzione qualitativamente rappresentativa e quantitativamente congrua è possibile inferire in via automatica il plagio. Un esempio di quanto appena detto è deducibile da un altro caso concreto affrontato dalla giurisprudenza italiana ed avente come protagonisti nomi

---

<sup>225</sup> *Ivi*, 388.

<sup>226</sup> Il giudice, addirittura, configura una lesione del “diritto di sfruttare la propria notorietà” come conseguenza, e questo è il dato singolare, non dello sfruttamento dell'immagine del cantautore, come avviene di solito, ma della contraffazione della sua voce e della sua esecuzione (*spec.* 233).

eminenti del nostro panorama musicale. Gli autori della celeberrima canzone “Zingara”, eseguita da *Bobby Solo* e da *Iva Zanicchi* e vincitrice dell’edizione del 1969 del Festival di Sanremo, hanno citato per plagio il cantautore De Gregori per la canzone “Prendi questa mano Zingara”<sup>227</sup>. La canzone di De Gregori si apre con la riproduzione dei primi due versi della canzone “Zingara” (muta solo la parola “futuro” al posto di “destino”) pur inserendoli in un’architettura compositiva completamente differente sia avuto riguardo agli elementi tradizionali (melodia, armonia e ritmo) sia rispetto al parametro più ampio del genere musicale; nonostante ciò, i giudici di prime cure, all’esito di un raffronto analitico tra le due opere hanno dapprima determinato che quei due versi sono senza dubbio elemento rappresentativo, *rectius* l’essenza, della canzone pretesa plagiata in quanto idonei ad imprimersi nella mente del pubblico<sup>228</sup>, e in secondo luogo, che De Gregori avendo riprodotto per intero (elemento quantitativo) proprio quei due versi, a nulla rilevando la sostituzione della parola “destino”, abbia plagiato la prima canzone. Si è rilevato che in questo senso l’analisi del giudice difettasse di uno *step* logicamente necessario consistente nella *comparazione sintetica* dei due brani che ponesse in relazione gli elementi rappresentativi e gli altri che, anche se singolarmente non caratterizzanti, nel complesso avrebbero potuto potenzialmente determinare nella seconda opera una *rinnovata capacità espressiva* in grado di veicolare un’idea diversa attraverso una forma sostanzialmente originale<sup>229</sup>. In questo caso i giudici, oltre a non aver neanche preso in considerazione la possibilità che l’opera di De Gregori potesse porsi come “*variazione*” della prima, hanno omesso una *valutazione sintetica* che, nel caso specifico, avrebbe portato sicuramente ad escludere il plagio. Si è giustamente rilevato che:

*“Il raffronto analitico tra le due opere sarebbe monco se non venisse integrato da un raffronto delle opere stesse nel loro complesso: non porterebbe infatti a risultati soddisfacenti considerare solo l’eventuale similitudine tra le singole componenti del nucleo*

---

<sup>227</sup> Trib. Roma, 31 maggio 2002, con nota di A. JARACH, *Plagio di una composizione musicale: il caso De Gregori*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 11, 1475.

<sup>228</sup> *Ivi*, 1480.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

*(tutelabile) delle due opere, decontestualizzandole dal resto del brano musicale, dal momento che, per esempio, lo stesso motivo può avere diversa capacità espressiva a seconda del diverso tessuto musicale in cui è inserito*<sup>230</sup>.

Sebbene appaia ragionevole includere nella fase della comparazione anche un giudizio di carattere sintetico non si può dimenticare che, kantianamente, siamo comunque davanti ad un *giudizio sintetico a posteriori* in cui la sintesi avviene sulla base dell'esperienza soggettiva di chi la pone in essere, nel nostro caso del giudice<sup>231</sup>. Se la fase analitica si fonda principalmente e, per forza di cose, sulle risultanze delle perizie tecniche, la fase sintetica è fondata, invece, sull'esperienza del giudicante che però non potrebbe mai rivelare espressamente questo dato rischiando così di rendere una sentenza al confine con l'arbitrarietà. Questo spiegherebbe, da un punto di vista logico, perché, nelle cause di plagio musicale, il *giudizio sintetico* sia spesso accompagnato dal riferimento all'ascoltatore medio, *fictio* che permette al giudice di rivestire di obiettività la propria valutazione attribuendola ad una fonte a sé virtualmente esterna.

Sicuramente il caso più conosciuto, a livello nazionale, di plagio musicale è quello che ha visto coinvolti *Albano Carrisi* e *Michael Jackson*; Peco che questa controversia ha generato non è legata esclusivamente alla notorietà indiscussa delle parti coinvolte, ma anche alla complessità della vicenda processuale che ha generato e agli approdi a cui è giunta la giurisprudenza in sede civile che costituiscono, si può dire, una *summa* di quanto detto fino a questo momento. Utilizzando il caso Carrisi c. Jackson si coglierà l'occasione per richiamare in sintesi i punti centrali del processo logico-giuridico di accertamento del plagio e ci si concentrerà in ultimo sui motivi della scelta dell'ascoltatore medio come parametro di riferimento.

---

<sup>230</sup> *Ivi*, 1479

<sup>231</sup> I. KANT, *Critica della ragion pura*, Editori Laterza, Bari, 1993, 40.



### 2.3.1. La complessità dell'accertamento del plagio musicale: il caso Carrisi -Jackson

La complessa vicenda giudiziaria prende le mosse da un'ordinanza della Pretura di Roma che accoglie la richiesta di provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. proposta da Albano Carrisi<sup>232</sup> il quale nel 1987 aveva depositato presso la SIAE il brano "I cigni di Balaka", nei confronti di Micheal Jackson autore ed interprete della canzone famosissima "Will you be there", depositata presso la SIAE nel 1991. Carrisi denunciava ai giudici e ai media che la canzone di Jackson presentasse una melodia identica alla propria escludendo che potesse trattarsi di una coincidenza in quanto le case discografiche a cui i due autori facevano riferimento avevano organizzazioni parzialmente sovrapponibili, risultando plausibile che Jackson avesse avuto l'occasione di ascoltare o comunque di conoscere il brano del cantautore pugliese. Il primo grado di giudizio, pur rilevando la stretta somiglianza tra le melodie dei brani, riconosce l'insussistenza del plagio<sup>233</sup>; tale orientamento viene confermato in appello con una sentenza che sintetizza ed approfondisce i passaggi principali di cui dovrebbe constare l'accertamento giudiziario del plagio musicale<sup>234</sup>. In primo luogo si rileva la necessità di verificare la sussistenza dei requisiti sostanziali della tutela rispetto al brano preteso plagiato; si deve aggiungere che, nel caso di specie, l'attività istruttoria era stata davvero molto copiosa: in particolare i periti di Jackson, a conferma di quella prassi difensiva sui cui ci siamo soffermati, avevano allegato una serie di brani-campione (tra i quali in particolar modo "Bless you") contenenti la stessa cellula melodica effettivamente riprodotta in entrambi i brani oggetto di giudizio al fine di dimostrare la carenza del requisito dell'originalità nel brano di Carrisi. La sentenza in esame sembra declinare il carattere creativo come *novità*, letta anche in questo caso come qualcosa di prossimo alla capacità distintiva, e come *originalità*, intesa come non banalità. Alla luce dei precedenti allegati, la

---

<sup>232</sup> Pret. Roma, 21 dicembre 1994, con nota di M. CRISOSTOMO, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 648.

<sup>233</sup> Trib. Milano, 18 dicembre 1997, in *AIDA*, 1998, 713.

<sup>234</sup> App. Milano, 24 novembre 1999, con nota di M. CROSIGNANI, in *Giur. it.*, 2000, I, 777.

melodia di Carrisi non è stata ritenuta meritevole di tutela; i periti di parte dell'attore a seguito della sentenza di primo grado, che rilevava la carenza dei requisiti sostanziali della tutela, avevano prodotto rilievi ulteriori in punto di originalità vertenti su elementi diversi della melodia, sostenendo, come abbiamo avuto modo di anticipare in via teorica, che sebbene fosse da escludere la creatività rispetto all'elemento melodico si potesse individuare l'apporto creativo dell'autore anche negli altri elementi della struttura compositiva (ritmo, armonia *ecc.*). Il giudice dell'appello non esclude, *a-priori*, la possibilità che il *surplus creativo* rispetto alle produzioni pregresse possa essere costituito dagli altri elementi strutturali, tuttavia nel giudizio in esame, la domanda iniziale era riferita alla sola *identità delle melodie* e quindi, per non rischiare di sconfinare rispetto al *petitum*, si afferma che l'accertamento deve incentrarsi sull'elemento specifico che si deduce esser stato plagiato. In sintesi il giudice ha l'obbligo di valutare la possibilità che le scelte ritmiche ed armoniche possano determinare l'originalità del brano ma solo se questi sono stati dedotti in giudizio con la domanda. Anche questa sentenza ribadisce la necessità ricercare gli elementi rappresentativi delle composizioni secondo parametri analitici di carattere quantitativo e riconosce, sotto il profilo qualitativo, che:

*“Nel campo della musica leggera è la melodia l'elemento individuante dell'opera sia perché assorbe in sé, più che in altri campi della musica, il nucleo creativo, sia perché costituisce il principale dato di individuazione e di riconoscibilità di una canzone, ciò che con immediatezza viene percepito dai normali ascoltatori”<sup>235</sup>.*

Non solo, come già rilevato nel caso Branduardi, si ritorna a fare riferimento espresso alla percezione dell'*ascoltatore normale*, ma addirittura è possibile dedurre che la identità delle melodie debba essere presa in considerazione in quanto questa, più che altre similitudini, è in grado di ingenerare un rischio di confusione negli ascoltatori profani; ciò si deduce da quanto dichiarato dai giudici rispetto agli altri “*elementi di apparentamento*” segnalati dall'attore (Carrisi aveva denunciato anche l'esistenza di punti di contatto sotto il profilo dei testi

---

<sup>235</sup> *Ivi* 781

delle canzoni) in quanto questi “sono così comuni o vaghi da non ingenerare alcuna confondibilità”<sup>236</sup>. Rispetto al tema dell’ascoltatore medio e al rischio di confondibilità è opportuno segnalare come già l’ordinanza della Pretura di Roma avesse chiarito che il plagio deve essere accertato rispetto al “comune sentire del principale fruitore delle canzoni”, che non è il perito musicale, ma l’uomo medio che “apprezza, normalmente, in un brano musicale la melodia più che l’armonia”<sup>237</sup>. Non solo il giudice rileva questa connessione stretta tra melodia e percezione normale dell’ascoltatore, ma sottolinea in modo esplicito quanto solo sotteso dal ragionamento della corte d’appello, rilevando che:

*“Nel campo della musica leggera il semplice accostamento di melodie, al di là delle differenze di tono e di ritmo, se può indurre a confusione i potenziali fruitori, deve ritenersi idoneo ad integrare plagio. In sostanza, l’identità di melodia è idonea a rendere assolutamente difficoltoso, se non impossibile, per chi non è tecnico musicale, distinguere e, quindi, individuare, i due brani. Ciò crea un equivoco di fondo e dà luogo ad identiche reazioni emotive negli ascoltatori che non hanno assolutamente elementi per distinguere musicalmente la canzone di Al Bano da quella di Jackson”<sup>238</sup>.*

Nelle parole di questo, come di altri giudici, il richiamo all’ascoltatore medio ed al rischio di confusione sono inequivocabilmente in contrasto con la preposizione teoretica, sostenuta da dottrina e da parte della giurisprudenza, secondo cui l’accertamento del plagio non può essere inteso come giudizio sul rischio di confondibilità delle opere in evidente ossequio della *ratio* originaria della tutela. Tuttavia, in applicazione della “IV tesi di Trento”<sup>239</sup>, che prescrive la verifica della coerenza tra regole operazionali e proposizioni teoriche ad esse relative, appare chiaro che esista una divergenza tra le modalità in cui viene descritto teoricamente il giudizio di plagio, che effettivamente restano conformi alle finalità della tutela, ed il modo in cui concretamente questo giudizio viene posto in essere. Si cercherà di capire, nei paragrafi che seguono, le ragioni alla

---

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> Pret. Roma, 21 dicembre 1994, cit., 650.

<sup>238</sup> *Ivi*, 651.

<sup>239</sup> A. GAMBARO, P.G. MONATERI e R. SACCO, voce “comparazione giuridica”, in *Dig. civ.*, III, 1988, 48.

base di questa frattura anche e soprattutto rilevando i punti comuni tra questo giudizio ed altri, esistenti nel nostro ordinamento, che hanno dichiaratamente l'obiettivo di accertare l'esistenza di un pericolo di confusione rispetto al pubblico e lo fanno utilizzando indici di valutazione molto vicini a quelli esaminati fin qui rispetto al plagio musicale.

## 2.4. L'ascoltatore medio e gli altri "medi" della proprietà intellettuale

Al fine di comprendere quali siano stati i motivi che hanno spinto le corti ad utilizzare il criterio dell'ascoltatore medio è opportuno sottolineare, anche se dato piuttosto chiaro, quali sono le conseguenze immediate dell'adozione di un parametro di giudizio di questo genere. Abbiamo già premesso che la dottrina ha, in più occasioni, evidenziato la necessità di adottare criteri interpretativi più rigidi rispetto alle creazioni che presentino un grado di creatività modesto e quindi anche rispetto alla musica leggera. È evidente che l'adozione di criteri più rigorosi avrebbe l'effetto di rendere più difficoltosa l'individuazione del plagio, mentre al contrario, l'utilizzo di un parametro flessibile, come può essere quello dell'ascoltatore medio, aumenta le possibilità che il plagio possa essere giudizialmente rilevato<sup>240</sup>. In questo modo l'accertamento del plagio di fatto, lungi dall'essere posto a presidio del carattere creativo dell'opera sembra diventare strumento di tutela degli ingenti investimenti pubblicitari o di recupero del mancato guadagno, come dimostrano i casi di *Enya* e *Branduardi* dove effettivamente l'azione sembra proposta principalmente al fine di far recuperare al titolare dei diritti il profitto che gli sarebbe derivato dalla concessione della propria opera come colonna sonora dello *spot*.

---

<sup>240</sup> Il rilievo viene esplicitato anche nella nota di M.CROSIGNANI a App. Milano 24 novembre 1999, cit., 779: "Occorre sottolineare che tale differenza di impostazione comporta cospicue interferenze sul giudizio di tutelabilità e di sussistenza del plagio: tale tutelabilità verrà accordata con più rigore nel caso di utilizzo di parametri "oggettivi" (e il plagio sarà più difficilmente ritenuto sussistere), mentre sarà concessa più difficilmente nel caso di utilizzo del criterio dell'ascoltatore medio (e il plagio sarà con più facilità rinvenuto).

Questo fenomeno di allontanamento rispetto alla *ratio* originaria della tutela è stato rilevato anche rispetto alla realtà dei marchi oggi tutelati non solo in quanto idonei a creare un collegamento tra prodotto e propria impresa di produzione, ma anche in quanto “portatori di un messaggio che possa venire evocato dall’uso non confusorio di un segno eguale o simile all’altrui marchio, così avvantaggiando l’utilizzatore e/o danneggiando il titolare del marchio”<sup>241</sup>. La tutela del marchio come strumento di comunicazione, investimento e pubblicità viene estesa, a prescindere dall’originaria distinzione tra marchio rinomato e non rinomato, anche al semplice *rischio di associazione*<sup>242</sup> con ciò intendendosi “l’appropriazione non autorizzata di una sorta di economia esterna del marchio legata al messaggio in esso incorporato”<sup>243</sup>. Alla luce di tali sintetici rilievi risulta difficile non intravedere una connessione con quanto letto nelle sentenze di plagio musicale riguardo alla ipotesi di “confondibilità” del pubblico declinata di volta in volta, secondo le peculiarità del caso concreto, in un “rischio di confusione in senso stretto” (rispetto all’individuazione dell’autore) o in un “rischio di associazione” anche in questo caso da intendersi come appropriazione illecita dell’economia esterna della composizione musicale. Ciò che rileva maggiormente ai nostri fini è il ruolo che il concetto di “percezione del pubblico” occupa rispetto ai marchi: in questo senso non si è mancato di rilevare come questo costituisca “il punto di riferimento per l’applicazione della maggior parte degli impedimenti assoluti e relativi e per la determinazione dell’ambito della tutela del marchio”<sup>244</sup>. Il fatto che sia la giurisprudenza comunitaria che quella nazionale utilizzino quasi trasversalmente il concetto di “consumatore medio” nei giudizi sulla *capacità distintiva*, sulla *decettività* ed in quelli relativi alla *contraffazione* in

---

<sup>241</sup> sub. art. 20 D.Lgs. 10 febbraio 2005 n.30, in C. GALLI e A.M. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Utet, Torino, 2011, 1, 278.

<sup>242</sup> La Dir.89/104/CEE consolidata nel testo della Dir. 2008/95 /CE all’art. 5 lett. b, poi recepito dalla normativa nazionale, ha introdotto la possibilità di agire in contraffazione nei confronti se a “causa dell’identità o somiglianza fra i segni e dell’identità o affinità tra i prodotti, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni”.

<sup>243</sup> *Ivi*, 279. Sulla necessità di distinguere tra funzione giuridicamente tutelata del marchio e quella “economico-sociale”, corrispondente a quella che abbiamo visto essere la funzione significativa o informativa del segno v. G. SENA, *Confondibilità in astratto e in concreto*, in *Il diritto industriale*, 2007, 1, 58.

<sup>244</sup> SIRONI, cit., 141.

ambito di segni distintivi può aiutarci a comprendere limiti e pregi del ricorso a questo tipo di parametro di giudizio anche con riferimento al plagio musicale. Questo parallelo è reso ancora più efficace dalla constatazione che l'*iter* giudiziario posto in essere per accertare la sussistenza della contraffazione tra marchi (nelle ipotesi previste dall'art. 20 lett. b del D.Lgs. 30/2005), che si esaminerà in modo necessariamente sommario<sup>245</sup>, sia strutturato in modo molto simile a quello posto in essere dai giudici nelle cause di plagio musicale. In primo luogo è opportuno rilevare che uno dei presupposti dell'azione di contraffazione è che vi sia identità o somiglianza dei segni e/o identità-affinità tra i prodotti in senso merceologico, in quanto si ritiene che tali situazioni possano plausibilmente indurre confusione nel pubblico; la trasposizione di questo requisito nel giudizio per plagio non è agevole visto che non possiamo utilizzare le categorie di *segni* e *prodotti*; tuttavia, ad avviso di chi scrive, presupposto del plagio risiede nella identità/similitudine delle forme espressive - *forme esterne* - delle composizioni approssimabili ai *segni* in quanto idonee ad essere rappresentate graficamente; più ostico risulta il richiamo alla "*affinità merceologica*" che non sembra essere trasferibile nel giudizio di plagio senza scomodare il concetto ambiguo e relativo di "*genere musicale*". Molto interessante è il rilievo riguardante la *interdipendenza* tra somiglianza dei segni ed affinità merceologica nel concorrere a determinare il grado teorico di confondibilità che potrebbe essere valido ed applicabile anche rispetto alla musica dove l'affinità di *genere* aumenta la possibilità che gli ascoltatori possano confondere composizioni simili o identiche sotto il profilo espressivo<sup>246</sup>; questo perché è più difficile che un ascoltatore interessato ad un determinato genere musicale abbia la possibilità concreta di ascoltare composizioni appartenenti a generi molto diversi. Anche nel giudizio sulla contraffazione dei marchi è, inoltre, possibile riconoscere una *fase analitica*

---

<sup>245</sup> Per approfondire v. P. AUTERI e Aa. Vv., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005, 116 e ss.

<sup>246</sup> Cfr. PALLADINO, *The real trouble with the trademarks*, in *The Trademark Reporter*, 1991, 154, ove si riporta un diagramma cartesiano in cui la confondibilità rappresenta la risultante tra affinità merceologica e identità/somiglianza dei segni. Anche la giurisprudenza comunitaria ha accertato l'esistenza di un nesso tra questi due fattori, v. Corte di Giustizia CE 22 giugno 2000, *Marca Mode*, in *Il diritto industriale*, 2001, 17, spec. punto 40; Corte di Giustizia CE 29 settembre 1998, *Canon*, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, 1261, spec. p.17 e ss..

finalizzata al riconoscimento del c.d. “*cuore del marchio*” paragonabile a quegli elementi rappresentativi della creazione intellettuale su cui abbiamo visto fondarsi la comparazione analitica nel giudizio per plagio<sup>247</sup>. L’esistenza del “*cuore*” in realtà è riconducibile ad una massima di esperienza, ben conosciuta dalla nostra giurisprudenza, secondo cui i consumatori non conserverebbero in memoria un’immagine perfetta dei segni, ma tenderebbero a far propri solo alcuni elementi del marchio definiti “*dominanti?*”, alla stregua di quanto abbiamo visto asserire alla giurisprudenza maggioritaria rispetto alla melodia, ritenuta, appunto, l’elemento più facilmente memorizzabile dall’ascoltatore medio. La debolezza di questo tipo di approccio è stata rilevata dalla stessa giurisprudenza comunitaria che ha sottolineato come, ai fini dell’accertamento della contraffazione, soprattutto nei segni complessi, la valutazione potrà essere incentrata sul confronto dei soli elementi dominanti esclusivamente a condizione che si possano ritenere “*trascurabili*” tutti gli altri che compongono il segno e che questi non siano idonei ad attribuirgli una autonoma posizione distintiva<sup>248</sup>. A questa fase analitica, che guarda alle caratteristiche oggettive dei segni, ne segue una seconda prevalente, *sintetica* che deve essere condotta rispetto alla percezione che il consumatore medio ha dei segni<sup>249</sup>. Sebbene non vi siano dubbi nell’utilizzare il consumatore medio come parametro, ampiamente dibattuta è, in dottrina ed in giurisprudenza, la natura *astratta* o *concreta* di questo accertamento: ci si è domandati se l’analisi debba accertare il rischio di confusione valutando gli elementi emergenti dalla domanda di deposito o se, al contrario, tale rischio debba essere accertato rispetto all’uso effettivo dei segni. Se, nell’ambito dei marchi, la soluzione più coerente a livello sistematico, nonché quella più rispettosa del dato normativo, sembrerebbe essere quella

---

<sup>247</sup> M. RICOLFI, cit., 124. Cfr. C-498/07 del 3 settembre 2009 ove si può riconoscere che a livello di giurisprudenza comunitaria si proceda ad una scomposizione del giudizio di somiglianza in tanti “*sotto-giudizi*” relativi ai diversi modi in cui un segno può essere percepito dal pubblico di riferimento.

<sup>248</sup> Cfr. C-120/04 del 6 ottobre 2005, *Life c. Thomson Life*.

<sup>249</sup> Cfr. Cass. civ. 13 aprile 1989, in *Giur. ann. dir. ind.* 1989, 38.

dell'*accertamento astratto* del pericolo di confusione<sup>250</sup>, nell'ambito del plagio musicale il problema non si pone in quanto è evidente che non sarebbe immaginabile un *accertamento sintetico astratto* a causa dell'assenza di un procedimento di registrazione rispetto a cui effettuare l'analisi. Ciò premesso, giurisprudenza e dottrina concordano nell'individuare quale pubblico interessato l'insieme dei consumatori a cui i prodotti/servizi sono destinati per poi prendere in considerazione, all'interno di questo gruppo, il modello di consumatore medio che si considera essere quello "*normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto*"<sup>251</sup>. Questa nozione in realtà, oltre che recepita dalle corti, è ben esplicitata dalla Dir. 2005/29/CE relativa, però, alle pratiche commerciali sleali il cui considerando 18 ribadisce che il consumatore medio sia quello che gode di un grado di informazione normale e che sia avveduto e attento nelle proprie scelte d'acquisto in modo ragionevole aggiungendo che, anche se queste caratteristiche devono essere valutate tenendo in considerazione "*fattori sociali, culturali e linguistici*" della macro-categoria di appartenenza, la nozione di consumatore medio non può essere considerata una "*nozione statistica*" e che quindi spetterà agli organi di giudizio determinare, di volta in volta, anche seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia, le caratteristiche del modello di riferimento<sup>252</sup>. La situazione che si determina in relazione ai marchi è particolarmente complessa: il consumatore-medio è un *modello astratto* le cui caratteristiche essenziali - il normale grado di informazione e la ragionevole avvedutezza - dovranno essere valutate dal giudice *in concreto*, tenendo conto delle circostanze di fatto e delle caratteristiche comuni al *target* di un determinato

---

<sup>250</sup> SENA, *Confondibilità in astratto e in concreto*, cit., 60. Uno degli argomenti a favore di un accertamento in astratto nei giudizi di contraffazione dei marchi è quello che confronta tale giudizio rispetto a quello da attuarsi per l'accertamento della concorrenza sleale nei casi previsti dall'art. 2598 p.1 (concorrenza sleale per atti confusori) che, invece, è un accertamento del pericolo in concreto. Sulle differenze tra azione di contraffazione e illecito concorrenziale e sulla possibilità di cumulo delle tutele v. A. GIULIANI, in *Le obbligazioni a cura di M. Franzoni*, Utet, Torino, 2004-2005, II, 655, spec. 710.

<sup>251</sup> SIRONI, cit., 132. La nozione di consumatore medio quale acquirente normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto è stata coniata a livello comunitario; cfr. Corte di Giustizia CE 6 maggio 2003, *Libertel*, in *Il diritto industriale*, 2004, 33; Trib. CE 5 marzo 2003, *Unilever*, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, 1542, spec. punto 42.

<sup>252</sup> Cfr. C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, 2008, 3, 700.



settore di riferimento. In definitiva il rischio di confondibilità dovrà essere valutato in astratto, mentre la definizione del soggetto confondibile avverrà declinando un modello astratto rispetto alla circostanze concrete del caso<sup>253</sup>. Nel tentativo di “*dare un volto*” al consumatore medio in ambito processuale le parti coinvolte nei giudizi relativi ai marchi, sia riferibili all’accertamento degli impedimenti alla registrazione, sia riferibili alla contraffazione, hanno iniziato ad allegare ai propri fascicoli difensivi “*indagini demoscopiche*” commissionate ad agenzie specializzate in ricerche e analisi di mercato o, addirittura, a proporre al giudice istanza di “*CTU demoscopica*”. Le possibilità concrete aperte dall’introduzione nello strumentario difensivo, o in quello ad ausilio del giudicante, di questo tipo di tecniche, espressamente incoraggiato anche dalla Corte di Giustizia<sup>254</sup>, potrebbe avere ripercussioni molto interessanti anche rispetto ai giudizi di plagio musicale. In questa prospettiva si procederà ad una breve analisi di come i giudici nazionali si siano comportati in un causa molto nota e di come, quanto emerso in quella sede, possa ripercuotersi rispetto alla possibilità di ricorrere all’indagine demoscopica in ambito di plagio musicale.

---

<sup>253</sup> La natura astratta del giudizio sulla confondibilità è stata messa a dura prova dalla giurisprudenza comunitaria che nel determinare di volta in volta il consumatore del medio ha fatto riferimento a valutazioni concretissime come si evince dal famosissimo caso *Picasso* (Trib. CE 22 giugno, 2004 in *Giur. ann. dir. ind.* 2004, 1473) in cui si è rilavata l’insussistenza della contraffazione, anche se i segni si prestavano ad essere ritenuti simili all’esito della valutazione analitica, sulla base della considerazione che il marchio *Picasso*, registrato per un veicolo, fosse talmente noto ai consumatori di quel settore da non risultare confondibile; per la prima volta la valutazione in concreto della percezione del pubblico ha portato all’esclusione di una tutela che in astratto si sarebbe potuto concedere.

<sup>254</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE 28 gennaio 1999, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, 4041 nella quale si afferma che “il giudice nazionale può fare ricorso, alle condizioni previste dal proprio diritto, a provvedimenti istruttori quali un sondaggio di opinioni o una perizia (consistente in indagine demoscopica) destinati a chiarire il suo giudizio”. Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale cfr. Trib. Roma 20 febbraio 1990, con nota di P. GELATO, *Valore probatorio delle indagini di mercato (inchieste demoscopiche) agli effetti dell’accertamento della decadenza per non uso di un marchio*, in *Giur. it.*, 1991, 6, 447 che ha riconosciuto carattere probatorio, presuntivo, all’indagine demoscopica ritenendola “circostanza seria e concludente” agli effetti della declaratoria di decadenza per non uso del marchio.

#### 2.4.1. Il consumatore medio e la media dei consumatori: brevi considerazioni sul ricorso in giudizio all'indagine demoscopica nell'ambito dei segni distintivi

Il caso in esame ha visto coinvolte in una lunga battaglia processuale la *Rovagnati s.p.a.* e la *Parmacotto s.p.a.* in un giudizio in cui la prima adiva il giudice di prime cure affinché rilevasse la decadenza del marchio della seconda in quanto idoneo ad ingannare il pubblico dei consumatori rispetto alla provenienza ed alla qualità del proprio prodotto<sup>255</sup>. Il caso, che si è risolto con un mancato riconoscimento in tutti e tre i gradi di giudizio del carattere decettivo del marchio "*Parmacotto*", presenta profili rilevanti in quanto la parte attrice aveva sottoposto al giudice una "indagine demoscopica" commissionata alla ben nota agenzia "*Doxa*" in cui si attestava che una percentuale rilevante del campione intervistato ritenesse che la zona geografica di Parma fosse la zona di origine non solo del miglior prosciutto crudo, ma anche del miglior prosciutto cotto e che per questo i consumatori sarebbero stati ingannati dal marchio sia rispetto all'origine della materia prima sia rispetto alle aspettative in termini di qualità<sup>256</sup>. I risultati di questa indagine vengono ritenuti inattendibili sia dal convenuto che dal giudice di primo grado che ha individuato il consumatore medio del settore di riferimento come quello che, non solo "*conosce le qualità distintive essenziali*" del prosciutto crudo, ma soprattutto che "*è in grado di distinguere tra prosciutto crudo e cotto*". Nel proporre appello la *Rovagnati* censura le modalità di individuazione del consumatore medio utilizzate dal giudice e richiede che la corte disponga una CTU avente ad oggetto un'indagine demoscopica impostata su parametri stabiliti dallo stesso giudice al fine di determinare in concreto il consumatore medio nei confronti del quale operare il giudizio sulla decettività del marchio. La sentenza della corte

---

<sup>255</sup>Cfr. App. Bologna 26 ottobre 2000, con nota di G.BONELLI, *Marchio decettivo e consumatore medio*, in *Il diritto industriale*, 2001,3, 247 confermata da Cass. 26 marzo 2004 n. 6080 con nota di G. FOGLIA, in *Il diritto industriale*, 2004, 6, 534.

<sup>256</sup> Secondo l'attore, infatti, il consumatore medio sarebbe stato ingannato circa la qualità del prodotto dall'utilizzo nella parte verbale del marchio del toponimo "Parma" ingenerandosi un ingiusto vantaggio competitivo ed un ipotetico sviamento della clientela tanto che in via principale si era richiesto l'accertamento dell'illecito concorrenziale.

d'appello è particolarmente interessante in quanto ci permette di avere conferma della natura di *factio* giuridica della figura del consumatore medio e del fatto che in esso sia mascherata la sensibilità personale del giudice<sup>257</sup>; nella sentenza si legge infatti che il consumatore medio deve essere inteso quale “*tipologia culturale astratta*” non determinabile sulla base di “*pretese maggioranze emergenti dal campione statistico*” per cui un’indagine demoscopica “*pur potendo dare un’immagine per quanto possibile obiettiva del background che incide sulle scelte di acquisto del consumatore di una determinata fascia di prodotti, non potrebbe mai sostituire il giudice nel compito che gli è esclusivamente affidato di indicare quale sia il livello di attenzione, intelligenza e informazione in base al quale accertare la decettività tra segni distintivi e/o prodotti ad esso collegati*”. Si ribadisce a chiare lettere che la definizione del consumatore medio non è sovrapponibile a quella di “*media dei consumatori*” ma piuttosto una “*operazione squisitamente giudiziale che individua a priori il grado di intelligenza, prudenza ed informazione*” spettante in via esclusiva al giudice. Questo tipo di ragionamento comporta come inevitabile conseguenza il rilievo che, nell’ordinamento processuale italiano, la consulenza tecnica demoscopica sia da ritenersi inammissibile in quanto “*sarebbe diretta a surrogare la volontà spettante al giudice*”. L’orientamento giurisprudenziale in esame, peraltro confermato anche dalla Cassazione, ha incontrato forti critiche da parte della dottrina che, da un lato ha rilevato la pericolosità di utilizzare come parametro di giudizio un “*alter ego*” del giudice che finirà per valutare gli elementi in suo possesso “*sulla base esclusiva della propria sensibilità*”<sup>258</sup>, mentre dall’altro si è schiarata a favore dell’utilizzo dell’indagine demoscopica anche alla luce del rilievo che la giurisprudenza riconosca, oltre al consulente tecnico “*percipiente*”, anche la figura di quello “*deducente*” (che opera allo scopo di offrire elementi di valutazione tecnica del fatto e non per accertare fatti che richiedano competenze tecniche)<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> App. Bologna 26 ottobre 2000, cit., di cui di seguito si riportano in virgolettato alcuni stralci.

<sup>258</sup> G. BONELLI, *Marchio decettivo e consumatore medio*, cit., che rileva senza censure come “...quello di consumatore medio sarebbe un concetto puramente intellettuale ed astratto e corrisponderebbe né più né meno all’idea che il giudice ha del consumatore mediamente diligente ed attento”. Conforme G. FOGLIA, cit., 534.

<sup>259</sup> *Ivi*, 537. Sulla c.d. consulenza “deducente” v. Cass. 10 marzo 2000 n. 2802.

Nonostante l'evidente ragionevolezza di questi rilievi è doveroso sottolineare che l'introduzione di parametri di giudizio fondati su *modelli astratti di fruitore* non sia rinvenibile esclusivamente a livello giurisprudenziale, ma sia legato anche agli sviluppi più recenti del formante legislativo dell'UE con particolare riferimento ad un altro settore della proprietà intellettuale, quello dei disegni e modelli industriali, noto per la sua "*natura ibrida*" e per i suoi evidenti punti di contatto rispetto alla materia che ci occupa<sup>260</sup>.

#### 2.4.2. Il carattere individuale, utilizzatore informato e "crowded art" nel design. Spunti

Oltre al requisito della *novità* un disegno o modello per ricevere tutela deve essere munito, secondo quanto previsto dall'art. 33 c. 1 c.p.i., non più di "*speciale ornamento*" come in passato, ma di "*carattere individuale*" cioè della capacità di offrire all'*utilizzatore informato* un'impressione generale differente rispetto a quella suscitata da qualsiasi altro disegno o modello divulgato anteriormente<sup>261</sup>. L'introduzione di questo nuovo requisito è di particolare interesse in quanto ci permette in primo luogo di notare l'opzione espressa da parte del legislatore europeo di tutelare il disegno o modello prescindendo dal "*merito estetico*" dello stesso, ma soprattutto perché tale requisito viene ad essere definito grazie al riferimento ad un *modello astratto di fruitore*, l'*utilizzatore informato*, la cui individuazione sul piano teorico ha ricevuto, recentemente, particolare attenzione sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza. Partendo da quest'ultimo rilievo si deve notare come la giurisprudenza abbia ritenuto, fin dalle prime pronunce, che l'utilizzatore informato fosse figura sovrapponibile al c.d. "*end user*" e che si ponesse in posizione intermedia tra consumatore medio e professionista (*designer* o architetto); si è voluto così porre l'accento

---

<sup>260</sup> P. AUTERI, *La futura disciplina europea del design fra tutela del diritto d'autore e repressione della concorrenza sleale*, in *Contratto Impresa Europa*, 1998, 2, 241.

<sup>261</sup> Il requisito è stato introdotto con la novella del 2001 alla legge modelli allora in vigore con cui si dava attuazione alla Dir. 98/71/CE che si proponeva di eliminare le barriere poste all'accesso alla tutela determinate dalla previsione, da parte di alcune legislazioni nazionali, di valutazioni del "valore estetico" del disegno o modello.

sull'aggettivo “*informato*” valorizzandolo al punto da ritenere che pur non essendo un vero e proprio tecnico si deve assumere che questi conosca i disegni o modelli esistenti nel comparto di riferimento e disponga di un certo grado di conoscenze quanto agli elementi che questi disegni o modelli presentano normalmente dando prova “*di un grado d'attenzione relativamente elevato quando li utilizza*”<sup>262</sup>. È evidente che definizioni di questo tipo mirino a marcare la differenza tra consumatore medio<sup>263</sup> e utilizzatore informato che “*se da un lato è in grado di notare anche piccole variazioni, proprio in quanto consumatore attento e preparato è capace di formarsi una impressione generale diversa solo in quanto il prodotto possieda una propria individualità, cioè una configurazione innovativa rispetto ad analoghi prodotti già presenti sul mercato*”<sup>264</sup>; questa differenziazione tra utilizzatore informato e consumatore normale produce riflessi anche sulla relazione esistente tra disegno o modello e segni distintivi. Premesso che la “capacità distintiva” dei marchi sarà valutata rispetto al parametro del consumatore-medio, mentre il “carattere individuale” sarà parametrato al discernimento dell'utilizzatore informato che è plausibilmente in grado di cogliere differenze (rispetto ai disegni o modelli precedenti) che il consumatore-medio non riuscirebbe a percepire è si possibile inferire che potranno ricevere la tutela del *design* anche forme che non avrebbero avuto la “capacità distintiva” sufficiente per essere tutelati come marchi. Ciò testimonia che l'adozione di un *modello* dotato di una maggiore *expertise* non comporti necessariamente un innalzamento della soglia dei requisiti di accesso alla tutela. In sintesi: più il modello è in grado di percepire differenze tra gli oggetti più il grado di differenziazione che ad essi sarà richiesto per accedere alla tutela potrà essere basso. Proprio questo tipo di considerazione, infatti, ha portato parte della dottrina a ritenere che tra “*carattere individuale*” del *design* e “*capacità distintiva*” dei marchi esista una divergenza esclusivamente quantitativa, nel senso che il primo richiederebbe un carattere di differenziazione rispetto al

---

<sup>262</sup> Cfr. Trib. CE 22 giugno 2010, n. 153;

<sup>264</sup> Cfr. Trib. Torino, 7 novembre 2008.

panorama pregresso inferiore rispetto alla seconda<sup>265</sup>. Anche parte della giurisprudenza, questa volta in punto di cumulo tra tutela dell'esclusiva e concorrenza sleale confusoria, si è pronunciata nel senso intravedere proprio nella "capacità distintiva" (della forma), "*il punto di congiunzione a giustificazione del cumulo di tutela reale e personale, quando ciò è essenziale all'effettività della protezione dei diritti di esclusiva in discussione*" e questo anche perché le tutele in oggetto operano sulla base di parametri differenti, essendo la concorrenza sleale accertabile rispetto al rischio di confusione del consumatore medio e non dell'utilizzatore informato<sup>266</sup>. Questo ragionamento serve, ai nostri fini, da un lato per valutare il peso esercitato sui requisiti costitutivi dell'esclusiva da altri "*modelli astratti di fruitori*" nell'ambito della proprietà industriale e dall'altro per comprendere quanto la "capacità distintiva" ed il diritto alla "leale differenziazione dei propri prodotti" sul mercato si pongano sempre più quale elemento unificante in ambito di proprietà intellettuale.

Il c. 2 dell'art. 33 c.p.i. prevede che, nell'accertare il carattere individuale, si dovrà prendere in considerazione anche il "*marginale di libertà di cui l'autore ha beneficiato*" nel comporre il proprio disegno o modello. L'inserimento di tale parametro di valutazione dovrebbe consentire al giudice di far riferimento, nel decidere se concedere o meno la tutela al disegno o modello, all'esistenza di un numero limitato di "*modalità di realizzazione*" di prodotti all'interno di una determinata categoria merceologica rispetto ad un determinato aspetto funzionale. Parte della dottrina ha ritenuto che l'inserimento di questo parametro possa far riferimento

---

<sup>265</sup> M. BOGNI, sub. art. 33 c.p.i., in C. GALLI e A.M. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Utet, Torino, 2011, 1, 490. La rassegna fatta dall'autrice la porta da un lato a rilevare come vi siano anche autori che riconoscono la piena coincidenza tra i due parametri senza che si possa individuare neanche una differenza di tipo quantitativo e si pone in posizione ad entrambi i punti di vista ritenendo che tra i due concetti vi sia una differenza qualitativa visto che "il carattere individuale è infatti una prerogativa della forma percepita in sé, e cioè come caratteristica obbiettiva del bene, mentre il carattere distintivo sussiste in tanto in quanto l'aspetto esteriore del prodotto venga percepito (anche) come altro da sé, e cioè appunto come marchio di forma, strumento di comunicazione di un messaggio attinente all'identità di marca" (spec. 491).

<sup>266</sup> Così S. CIARDIELLO, *Protezione del diritto di esclusiva, e concorrenza sleale per imitazione servile*, nota a Trib. Napoli 10 giugno 2010, in *Il diritto industriale*, 2001, 4, 328, spec. 337.

alla c.d. teoria della “*crowded art*”<sup>267</sup>, secondo cui, al fine della concessione della tutela, sarà sufficiente un gradiente anche modico di differenziazione in quei settori merceologici che si possano considerare “affollati”. Una soluzione positiva di questo genere non può non richiamare alla mente il fenomeno della “standardizzazione” delle strutture compositive e della “uniformazione dei gusti” all’interno della musica leggera che si pone sotto un profilo dell’analisi di mercato come un settore effettivamente “affollato”. Non è difficile immaginare quali sarebbero gli effetti prodotti da una previsione simile a quella del “*margin* di libertà dell’autore” anche in materia di diritto d’autore: saremmo davanti ad un ulteriore allontanamento dalla *ratio* originale della tutela, mentre si accentuerebbe il rilievo dell’investimento pubblicitario e di risorse in quanto sarebbero ritenute meritevoli di tutela, nell’ambito della musica leggera, anche composizioni che presentino un grado “*infimo*” di originalità.

Questa breve panoramica dimostra che l’utilizzo giurisprudenziale e positivo di parametri di giudizio e valutazione incentrati sulla costruzione di “*modelli astratti di fruitori*” sia comune a diversi istituti riconducibili alla proprietà intellettuale e che sia, nella maggior parte dei casi, finalizzato ad ottenere un’estensione della tutela anche nei confronti di oggetti che non la meriterebbero se si facesse riferimento alla *ratio* originaria della tutela di riferimento. Si è inoltre sottolineato che, fino ad ora, il sistema ha consentito al giudice di poter rendere sentenza facendo riferimento anche alla propria sensibilità personale al fine di dirimere questioni che sarebbero, in realtà, campo privilegiato non solo per l’indagine statistica – la definizione del consumatore medio all’interno di un preciso *target* – ma anche dell’indagine cognitiva – la definizione di quali siano gli elementi dominanti di un marchio tali da imprimersi nella mente dei consumatori.

---

<sup>267</sup> A favore di questa lettura fin da prima della riforma D. SARTI, *La tutela estetica del prodotto industriale*, Giuffrè, Milano, 1990, 134 mentre perplessità sono sollevate da S. SANDRI, L’utilizzatore informato nel design, in *Il diritto industriale*, 2006, 5, 413 il quale afferma che “il margine di libertà creativa nel design possa ridursi per effetto della funzionalità necessaria di alcune delle sue caratteristiche non dipende dalla presenza diffusa dei prodotti cui il design inerisce, ma se nella tipologia di quei prodotti la funzionalità della forma è molto diffusa” (*spec.* 415).

Ritornando all'oggetto principale di questo elaborato, sembra opportuno riconoscere, all'esito di questo breve *excursus* di carattere interdisciplinare, che i giudici si stiano sempre più spesso rifacendo a categorie e processi decisori propri della c.d. proprietà industriale; tuttavia, soprattutto rispetto all'utilizzo del parametro del consumatore medio, l'influenza potrebbe anche provenire dalla giurisprudenza nord americana che, come si avrà modo di approfondire nel seguente paragrafo, ha utilizzato nei giudizi di plagio musicale il c.d. "*ordinary observer test*" che non si discosta molto da quello dell'ascoltatore medio, ma necessita di essere contestualizzato all'interno di un *iter* processuale che è molto diverso, nella sua stratificazione interna, rispetto a quello posto in essere dai giudici nazionali.

## 2.5. L'accertamento del plagio musicale nella giurisprudenza nordamericana

A partire dagli anni '70 anche la giurisprudenza americana si è trovata a fare i conti con un crescente numero di casi di plagio musicale che hanno suscitato grande clamore ed ha costretto giudici e giurie a confrontarsi con un ambito dai contorni molto sfumati e gli artisti, spesso nomi illustri della musica dei giorni nostri<sup>268</sup>, a veri e propri processi mediatici il cui costo s'aggiunge alle già ingentissime spese processuali<sup>269</sup>. Secondo la dottrina maggioritaria, a prescindere dall'oggetto della causa di plagio, il giudizio dovrebbe fondarsi su tre fasi: una prima, conformemente a quanto accade anche nei giudizi italiani, consiste nell'accertamento della tutelabilità del brano preteso plagiato; in

---

<sup>268</sup> Per citarne solo alcuni: Led Zeppelin, Rolling Stones, Mariah Carey, Bee Gees, Andrew Lloyd Webber, Cole Porter e Rod Stewart. Per un elenco esaustivo v. M. BOVI, *Anche Mozart copiava. Cover, somiglianze, plagi e cloni*, Auditorium, Milano, 2004, spec. 125 e ss.

<sup>269</sup> Secondo A. KEYT, *An improved framework for music plagiarism litigation*, in *California Law Review* 1988, 76, 2, 421 le parcelle degli avvocati in questi casi possono anche superare i \$100.000 sottolineando che: "Unlike the ancient scholars' arguments over making a statue from another man's marble, or wine from his grapes, copyright infringement cases are not merely academic hypotheticals: they are real disputes over economic assets often worth millions of dollars" (spec.422).



secondo luogo l'attore deve provare che il convenuto abbia materialmente copiato (*copying*) ma, non potendosi inferire direttamente il plagio dalla copia, si accederà ad una terza fase in cui l'attore dovrà provare il carattere illecito della copia (*misappropriation*). Rispetto al plagio le fasi su cui la giurisprudenza si è concentrata maggiormente sono le ultime due, tanto da far parlare di “*two step test*”: la fase che riguarda la “copia” si concreterebbe in una *quaestio facti*, mentre l'ultima si risolverebbe in una *quaestio iuris* ponendosi generalmente come la più complessa da risolvere. La prova della copia normalmente viene offerta allegando l'avvenuto accesso (in caso di brano inedito) o l'accessibilità potenziale (in caso di opera già divulgata) del convenuto rispetto all'opera dell'attore mediante la prova diretta o indiretta di tali circostanze, ma soprattutto provando la somiglianza tra i due brani, anche definita dalle corti “*substantial similarity*”. È opportuno chiarire come questi due elementi di prova in realtà siano dipendenti, per cui si tende ad asserire che davanti ad una evidentissima similitudine sostanziale tra i brani si potrà anche offrire una prova più blanda dell'accesso, creandosi una sorta di presunzione in base alla quale solo la previa conoscenza del brano plagiato potesse condurre a comporne uno così tanto simile<sup>270</sup>. La prova della “*substantial similarity*” tra brani di musica leggera pone gli stessi problemi empirici di cui si è dato conto in questo elaborato: in primo luogo l'inadeguatezza delle competenze musicali “normali” del giudicante, dall'altro la limitata affidabilità della “*expert testimony*” rispetto a cui si è scritto che:

*“Expert testimony in music copyright cases tends to be seen as hocus pocus by musicologist who present findings of commons pitches and rhythms, findings that may appear impressive and dispositive, but which are increasingly irrelevant in establishing plagiarism in popular songs that use simple musical ideas in minimally original ways”*<sup>271</sup>.

La giurisprudenza americana non disattende quanto rilevato a livello italiano neanche rispetto agli elementi che dovranno essere presi in considerazione nel

---

<sup>270</sup>A. LATMAN, “*Probative Similarity*” as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright, in *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 5 (Jun., 1990), 1187.

<sup>271</sup>C. CRONIN, *Concepts of Melodic Similarity in Music-Copyright Infringement Suits*, in *Computing in Musicology*, 1997-1998, 11, 187, spec.191.

comparare i due brani musicali: non solo i giudici d'oltreoceano richiamano la triade melodia, armonia e ritmo, ma affermano, in modo particolarmente convinto, che l'originalità di un brano possa discendere esclusivamente dall'originalità della melodia, mentre scarsissimo rilievo avranno in questa comparazione gli altri due elementi. Tale linea ermeneutica emerge chiaramente dalle parole dei giudici che definiscono la melodia come l' "impronta digitale" delle composizioni di *pop-music* aggiungendo che l'originalità nel ritmo è rara, se non addirittura impossibile da rintracciare, mentre l'armonia non può presentarsi originale considerato che si fonda su regole conosciute da anni<sup>272</sup>. Anche la dottrina americana ha ampiamente criticato l'utilizzo del parametro della melodia come fulcro del giudizio di comparazione tra brani sulla base di due argomenti: da un lato si è sottolineato che questo tipo di riflessioni omettono il riferimento a fattori che pur possono dirsi comuni a tutte le composizioni e di cui non si può aprioristicamente escludere la rilevanza e dall'altro che l'originalità meglio si presenta come frutto di un'interazione tra elementi differenti piuttosto che come qualità riferibile ad uno solo di essi<sup>273</sup>; nonostante questi rilievi le corti sembrano continuare a prediligere la linea melodica per effettuare la comparazione. In realtà negli anni l'*iter* giurisprudenziale si è evoluto e la valutazione della "substantial similarity" è venuta a porsi in posizione intermedia rispetto alla due fasi descritte, assumendo in ciascuna un ruolo differente; le singole corti federali hanno articolato queste fasi in modi differenti, riscontrandosi eterogeneità non solo nell'interpretazione stessa del concetto di "substantial similarity"<sup>274</sup>, ma soprattutto rispetto alle modalità concrete di accertamento della stessa<sup>275</sup>. Volendo ricondurre ad unità queste differenze possiamo indicare due diverse metodologie utilizzate dai giudici per accertare il carattere di illiceità della copia,

---

<sup>272</sup> Cfr. *Northern Music Corp. V. King Record Distributing Co.*, 105 F. Supp. 393, (1952).

<sup>273</sup> KEYT, cit., 431 e ss.

<sup>274</sup> Così M.A. LEMLEY, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, in *Stanford Public Law Working Paper*, August 18, 2010, n. 1661434; secondo cui le corti federali farebbero confusion rispetto alla doppia anima del giudizio di "substantial similarity" quella che serve come prova della circostanza di fatto della prova e quella utilizzata per dimostrare il carattere illecito della copia (spec. 2).

<sup>275</sup> Come ampiamente documentato in R. C. OSTERBERG e E.C.OSTERBERG, *Substantial Similarity in Copyright Law*, PLI, s.l., 2003, spec. cap. 3.

ciascuno ispirato ad un *leading case*; il primo metodo è stato sviluppato in “*Arnstein v. Porter*”<sup>276</sup> ed è il metodo che più si avvicina a quello applicato dai giudici italiani: secondo tale approccio, infatti, il giudice dovrebbe ricercare “*the value of the borrowed materials*” del brano plagiato sulla base di un’analisi sia quantitativa che qualitativa al fine di individuare quella che è stata efficacemente definita la “*catchy part*”<sup>277</sup> della creazione dell’attore secondo quanto percettibile dal *normale ascoltatore*, infatti si legge nell’*opinion*:

*“If copying is established, then only does there arise the second issue, that of illicit copying (unlawful appropriation). On that issue (as noted more in detail below) the test is the response of the ordinary lay hearer; accordingly, on that issue, ‘dissection’ and expert testimony are irrelevant”*<sup>278</sup>.

L’esclusione della “*expert testimony*” e della “*dissection*” e la scelta di privilegiare il punto di vista del pubblico medio per questo accertamento sarebbe giustificato, in questa sentenza, dalla considerazione che l’interesse protetto non sia tanto la “reputazione artistica” dell’attore, ma piuttosto il profitto economico non realizzato che sarebbe derivato dal riconoscimento, da parte del pubblico, dello sforzo creativo del compositore.

Il secondo metodo, che in parte rielabora ed amplia quello posto in essere in “*Arnstein v. Porter*”<sup>279</sup>, è stato sviluppato a partire dal caso “*Krofft v. Mc Donald’s*”

---

<sup>276</sup> *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464; 1946 U.S. App. LEXIS 3889, (1946).

<sup>277</sup> Che corrisponderebbe secondo SHERMAN, *Musical Copyright Infringement: the Requirement of Substantial Similarity*, in 22 *Copyright L. Symp.* (ASCAP), 1977, 83, a quella parte del brano dell’attore che abbia un valore sia artistico che economico (spec. 106).

<sup>278</sup> *Arnstein v. Porter*, *cit.*; la sentenza specifica anche che: “Whether the defendant unlawfully appropriated presents, too, is an issue of fact. The proper criterion on that issue is not an analytic or other comparison of the respective musical compositions as they appear on paper or in the judgment of trained musicians. The plaintiff’s legally protected interest is not, as such, his reputation as a musician but his interest in the potential financial returns from his compositions which derive from the lay public’s approbation of his efforts. The question, therefore, is whether defendant took from plaintiff’s works so much of what is pleasing to the ears of lay listeners, who comprise the audience for whom such popular music is composed, that defendant wrongfully appropriated something which belongs to the plaintiff”.

<sup>279</sup> Questo approccio è stato criticato principalmente sotto due aspetti: in primo luogo il riferimento al nucleo economicamente ed artisticamente rilevante dei brani sembra rendere applicabile il metodo in questione solo a quei casi in cui possa provarsi un danno

*Corp.*<sup>280</sup> ed è in parte fondato sulla già esaminata dicotomia idea-espressione. Il metodo consta di un duplice accertamento: il primo – *extrinsic test*<sup>281</sup> – rivolto all'accertamento tecnico della somiglianza tra le “idee” alla base dei due brani per cui è possibile ricorrere alla testimonianza degli esperti e alla dissezione analitica<sup>282</sup>. Alcune corti hanno rilevato che questa fase è finalizzata all'individuazione della “*probative similarity*” attraverso un'operazione di “*dissection*”, simile alla nostra comparazione analitica, e quindi necessariamente connessa alla produzione di una “*expert testimony*”. La seconda fase – *intrinsic test* – mira ad accertare la “*substantial similarity*” in senso stretto delle “espressioni”, fondando l'analisi sul parametro del pubblico di riferimento ed escludendo che, trattandosi di un giudizio di fatto, possa farsi ricorso alla testimonianza degli esperti o alla dissezione analitica. È doveroso precisare che l’“*extrinsic-intrinsic test*” appena esaminato è stato introdotto in una causa di plagio avente ad oggetto personaggi televisivi per bambini e che la prima applicazione in campo musicale è avvenuta solo qualche anno dopo in una causa, peraltro mediaticamente molto nota, di plagio musicale che vedeva convenuto il celebre compositore e direttore d'orchestra *John Williams* proprio per una delle sue colonne sonore più amate<sup>283</sup>. Secondo l'attore, *Leslie Baxter*, nel tema centrale del film “*E.T.*” sarebbe contenuta la stessa cellula melodica del suo brano anteriore “*Joy*”. I due compositori avevano collaborato per lunghi anni per cui la prova dell'accesso per *Baxter* non si è presentata eccessivamente complicata, mentre non è riuscito a provare la “*substantial similarity*” proprio perché, secondo il parametro

---

rispetto al mercato rilevante; in secondo luogo la sentenza non prende in considerazione l'ipotesi che le modifiche apportate da Porter alla composizione di Arnstein possano attribuire alla seconda opera carattere originale; così A. KEYT, cit., 440.

<sup>280</sup> *Sid & Marty Krofft Television Productions Inc., v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, 1162 (9th Cir. 1977).

<sup>281</sup> Nella sentenza si legge che: “It is extrinsic because it depends not on the responses of the trier of fact, but on specific criteria which can be listed and analyzed. Such criteria include the type of artwork involved, the materials used, the subject matter, and the setting for the subject. Since it is an extrinsic test, analytic dissection and expert testimony are appropriate. Moreover, this question may often be decided as a matter of law”. Ibidem.

<sup>282</sup> L’*abstraction test* attuato mediante la “*dissection*” e utile per attuare la dicotomia idea-espressione è stato introdotto in *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (2 Cir. 1930) dal giudice Learned Hand.

<sup>283</sup> *Leslie T. Baxter v. MCA inc.*, 812 F.2d 421; U.S. App. LEXIS 2878, (1987).

utilizzato dai giudici di primo grado, tale similitudine non era percettibile senza le indicazioni di un esperto. Infatti nella sentenza di primo grado si legge:

*“This Court's "ear" is as lay as they come. The Court cannot hear any substantial similarity between defendant's expression of the idea and plaintiff's... omissis... the Court could not even tell what the complaint was about. Granted that Professor Bacal's comparison exposes a musical similarity in sequence of notes which would, perhaps, be obvious to experts, the similarity of expression (or impression as a whole) is totally lacking and could not be submitted to a jury”*<sup>284</sup>

In queste parole emerge il limite, già esposto in questo elaborato, della relatività intrinseca di un giudizio che faccia espressamente riferimento al parametro dell'*ascoltatore medio*, come ben viene sottolineato dalla corte di appello nel criticare i presupposti della sentenza di primo grado, ha rilevato che:

*“We do not suggest that our ears are any more sophisticated than those of the district court. Nevertheless, based on our review of the record, we are persuaded that reasonable minds could differ as to whether Joy and Theme from E.T. are substantially similar”*<sup>285</sup>.

Effettivamente è possibile reperire diverse definizioni a livello giurisprudenziale del c.d. “*ordinary observer*”, rectius “*ordinary listener*” anche se il nucleo comune di queste decisioni sembrerebbe identificare il parametro con il “*consumatore normale dei prodotti protetti da diritto d'autore che potrebbe o meno far parte della giuria*”<sup>286</sup>. È interessante rilevare come la giurisprudenza americana sovrapponga la nozione di ascoltatore normale a quella di consumatore medio anche se è piuttosto evidente che nella realtà questa coincidenza non è scontata; ben potranno, sotto un profilo sia cognitivo che di competenze base, individuarsi consumatori normali con capacità tecnico-musicali non ordinarie. In realtà alcune corti federali hanno evidenziato la necessità di definire con maggior precisione il

---

<sup>284</sup> *Ibidem*, con riferimento alla sentenza di primo grado le cui parole vengono riportate in quella di appello.

<sup>285</sup> *Ibidem*.

<sup>286</sup> LEMLEY, cit.,14.

parametro di riferimento considerando alcune caratteristiche peculiari dell'“*intended audience*” dell'ambito musicale di riferimento; un esempio dell'applicazione del c.d. “*more discerning ordinary observer test*” è rilevabile in un caso che riguarda composizioni appartenenti al genere “*gospel*”<sup>287</sup> in cui i giudici hanno differenziato i casi in cui si dovrebbe ricorrere all'*ordinary observer test* da quelli in cui il parametro giusto corrisponderebbe ad un osservatore “*more discerning*” rilevando che:

*“If the lay public fairly represents the intended audience, the court should apply the lay observer formulation of the ordinary observer test. However, if the intended audience is more narrow in that it possesses specialized expertise,... the court's inquiry should focus on whether a member of the intended audience would find the two works to be substantially similar”*<sup>288</sup>.

Ciò che emerge in modo evidente dal confronto tra la giurisprudenza italiana e quella nordamericana è la mancanza di criteri di giudizio che possano definirsi obiettivi. Tale vuoto non può essere colmato neanche dal ricorso alle perizie ed alla “*expert testimony*” che, basandosi su una scienza non esatta e descrivendo oggetti esteticamente valutabili, finiscono per fornire pareri teoricamente esatti ma facilmente capovolgibili con argomenti altrettanto validi che finiscono per influenzare l'esito del giudizio. Sia che si faccia riferimento ad una valutazione tecnica, sia che si faccia riferimento ad una valutazione di buon senso non è possibile delineare un confine netto tra utilizzo lecito del patrimonio musicale pregresso e plagio. Tale conclusione sembra resa ancora più inevitabile rispetto a quanto si è detto circa l'inopportunità di continuare a prendere in considerazione esclusivamente l'elemento melodico. Quanto fin qui rilevato fa sorgere alcuni quesiti a cui non è possibile dare una risposta senza scomodare ambiti disciplinari che, pur essendo apparentemente lontani da quello giuridico avrebbero, in questo caso, molto da dire e da chiarire.

---

<sup>287</sup> *Dawson v. Hinshaw Music Inc.*, 905 F.2d 731 (4th Cir. 1990).

<sup>288</sup> *Ibidem*.

Nel capitolo conclusivo del presente elaborato si cercherà di offrire una risposta a tre quesiti che si impongono all'esito dell'esame fin qui svolto, attingendo anche da saperi quali la semiotica, la sociologia della musica, le scienze cognitive e la musicologia computazionale. Nello specifico si cercherà di capire se sia possibile individuare criteri di giudizio più obiettivi sui quali fondare la comparazione tra le canzoni (*rectius* melodie), se sia possibile offrire una definizione più precisa di ascoltatore medio e, in ultimo, se lo studio delle scienze cognitive possa contribuire a risolvere aspetti problematici del plagio musicale soprattutto in riferimento alle relazioni esistenti tra fenomenologia mnemonica e c.d. plagio inconscio.

### 3. IL PLAGIO MUSICALE: CONTRIBUTI INTERDISCIPLINARI.

#### 3.1. Somiglianze melodiche e potenziali effetti applicativi dei cc.dd. “similarity algorithms”

Come abbiamo visto, il principale problema dei modelli processuali di risoluzione delle controversie in materia di plagio musicale sembra essere la carenza di criteri obiettivi di riferimento, sia che il giudizio si fondi prevalentemente sulle perizie tecniche sia che si fondi sulla *fictio* dell'ascoltatore medio, produttiva di risultati processuali spesso molto differenti tra loro. Il grado di incertezza circa l'esito di questi giudizi ha ovviamente costi sull'attività artistica, soprattutto con riguardo alle nuove produzioni musicali, considerato che non c'è modo di prevedere se il proprio brano, magari effettivamente frutto di una rielaborazione di un brano precedente, nel caso di ipotetico giudizio sarebbe ritenuto originale al punto da meritare autonoma tutela. Se per un attimo ritornassimo alla *ratio* originaria del diritto d'autore in base al quale il divieto di riproduzione abusiva di un'opera creativa trova giustificazione nella tutela dello sforzo autoriale come incentivo alla creazione, ci renderemmo conto che, una volta individuato nella melodia il “cuore” delle composizioni di musica leggera (seppur con tutte le riserve fin qui esposte), il giudizio di plagio dovrebbe risolversi in una comparazione delle linee melodiche sulla base di criteri obiettivi. La musicologia non è in grado di fornire risultati esatti e quindi prevedibili che sono invece il prodotto naturale dell'applicazione delle cc.dd. “scienze dure” che spesso si sono interessate proprio per la loro universalità anche ad ambiti da esse molto lontani. A tal proposito, è nota la relazione privilegiata che da sempre esiste tra musica e matematica<sup>289</sup> così come non sono mancati studi di fisica del fenomeno musicale che, banalmente, altro non è che la fisica del suono. Di recente svariati problemi giuridici hanno trovato soluzione grazie al dialogo con

---

<sup>289</sup> *Ex plurimis* D. BENSON, *Music : a mathematical offering*, in Cambridge University Press, Cambridge, 2006. L'ultima versione di questo volume è disponibile all'indirizzo <http://www.abdn.ac.uk/ncs/profiles/d.j.benson/#AberdeenBookAnthologyBook>.



le altre scienze e quindi viene spontaneo domandarsi se la risposta alla carenza di criteri obiettivi nel giudizio per plagio e alla scarsa prevedibilità degli esiti possa essere ricercata in ambiti disciplinari apparentemente inconciliabili con quello giuridico come, per esempio, le scienze computazionali.

Effettivamente nelle scienze computazionali esiste una branca specializzata nell'applicazione del calcolo avanzato alla musicologia, come testimoniato dall'esistenza di pubblicazioni specializzate di settore<sup>290</sup>; questi studi si sono anche focalizzati sull'aspetto preciso della “*melodic similarity*” al fine di rispondere a interrogativi, comuni a quelli che si pone il diritto, sulla vera natura della “similarità musicale”, e sulla possibilità di rintracciarla con precisione attraverso l'utilizzo degli elaboratori di ultima generazione<sup>291</sup>. Anche la “*musicologia computazionale*” ha rilevato le difficoltà di operare con la melodia, la cui definizione concettuale è in realtà molto trasversale ma, nonostante questo, ha cercato di risolvere alcuni problemi preliminari attinenti alla “*rappresentabilità*” numerica della melodia ai fini dell'operazione computazionale di raffronto per poi passare alla elaborazione di diversi algoritmi che consentono di effettuare praticamente la comparazione. Ai nostri fini particolarmente interessante risulta una ricerca che ha testato un campione di questi algoritmi per la determinazione del grado di similarità melodica rispetto agli esiti di giudizi già conclusi di plagio musicale onde comprendere quale di questi fosse in grado di meglio “simulare”, *rectius* anticipare, il comportamento dei giudici<sup>292</sup>. Ovviamente gli autori dello studio si affrettano a delimitare l'ambito della ricerca sottolineando che questa ha utilizzato come campione 20 casi di plagio realmente affrontati dalle corti

---

<sup>290</sup> Si veda per esempio la collana *Computing in Musicology*, Mit Press, Cambridge, i cui indici sono consultabili all'indirizzo <http://www.ccarh.org/publications/cm/>.

<sup>291</sup> Cfr. a cura di W.B. HEWLETT, E. SELFRIDGE-FIELD, *Melodic Similarity: Concepts, Procedures, and Application*, in *Computing in Musicology 11*, CCARH Stanford University, Stanford, 1998.

<sup>292</sup> Lo studio è riferibile a D. MÜLLENSIEFEN e M. PENDZICH, *Court decisions on music plagiarism and the predictive value of similarity algorithms*, in *Musica Scientia Discussion Forum*, 2009, 4B, 257. La ricerca, nello specifico, si propone di: “Explore how melodic similarity as measured by modern algorithms is related to court decisions in individual cases” (spec.258). V. anche R. TYPKE, F. WIERING e R.C. VELTKAMP, *Transportation distances in human perception of melodic similarity*, in *Musica Scientia Discussion Forum*, 2007, 4A, 153.

americane tra il 1970 ed il 2005 e indicizzati nel *database online* costruito all'interno del “*Columbia Law and UCLA Copyright Infringement Project*”<sup>293</sup>; questi casi sono stati divisi, ai fini della ricerca, in due categorie a seconda dell'esito favorevole o sfavorevole all'attore. Gli autori in ultimo sottolineano di aver selezionato per il campione proprio quei casi che si sono concentrati in modo peculiare sull'aspetto melodico rispetto a composizioni di *popular music*<sup>294</sup>. In primo luogo gli autori passano in rassegna alcuni algoritmi tradizionali di similarità – la “*edit distance*” e le misure cc.dd. *n-grammi* – per poi confrontarli con algoritmi di nuova introduzione che fanno riferimento alle informazioni statistiche circa la ricorrenza di catene di intervalli tonali nei brani. Sostanzialmente si sono raffrontati i risultati dell'applicazione di questi algoritmi con gli esiti giudiziari delle relative cause al fine di verificare se e quanto i primi fossero conformi nei risultati ai secondi, onde dedurre quale algoritmo potesse meglio prevedere il comportamento dei giudici in questo tipo di controversie<sup>295</sup>. I risultati hanno determinato che l'algoritmo più performante, in quanto ha prodotto esiti conformi a quelli dei giudici in 18 casi su 20, è quello definito “*Tversky.plaintiff.only*”<sup>296</sup>. Questo algoritmo, semplificando drasticamente, si fonda sulla pratica diffusa, nelle cause di plagio incentrate sulla melodia, di valutare le caratteristiche comuni ad entrambe le melodie rispetto alle caratteristiche di una sola delle due e non a caso la versione “*plaintiff.only*” dell'algoritmo prende in considerazione solo le caratteristiche della melodia dell'attore per capire se quella del convenuto le incorpori in modo rilevante<sup>297</sup>. La caratteristica importante, comune a questi algoritmi di nuova generazione, è l'essere “*statistically informed*” nel senso di essere idonei ad individuare la frequenza con cui determinati elementi melodici si presentano rispetto ad un preciso genere musicale; questo

---

<sup>293</sup> <http://cip.law.ucla.edu/>.

<sup>294</sup> MÜLLENSIEFEN e PENDZICH, cit., 262.

<sup>295</sup> Ai fini di questa indagine sono stati selezionati: “A few relatively simple and widely-used algorithms and to compare the performance of these standard algorithms in this plagiarism detection task to a class of algorithms that have experienced relatively little attention in melodic similarity studies so far and which make use of statistical information about the prevalence of musical structures in large music collections” (*ivi*, 265).

<sup>296</sup> Cfr. A. TVERSKY, *Features of similarity*, in *Psychological Review*, 1977, 84, 372.

<sup>297</sup> MÜLLENSIEFEN e PENDZICH, cit., 273.

tipo di funzione consente di dare un rilievo concreto, perché valutabile, a quel fenomeno di standardizzazione compositiva di cui abbiamo dato conto nella prima parte dell'elaborato potendosi ottenere risultati differenti a seconda della natura degli elementi coincidenti: se i due brani hanno in comune elementi che sono considerati frequenti per il genere di riferimento, tale somiglianza sarà ritenuta matematicamente meno significativa, viceversa, se queste condividono elementi considerati statisticamente rari o inusuali per il genere di riferimento la similitudine inciderà in maniera più rilevante sul risultato applicato dell'algoritmo facendo crescere il valore di similarità<sup>298</sup>. L'efficacia di questo tipo di algoritmi "statistically informed" è stata valorizzata nella ricerca in esame soprattutto in riferimento ad un caso specifico che ha visto coinvolti i *Bee Gees* accusati di aver plagiato con la canzone "How deep is your love" un brano anteriore di *Ronald Selle*<sup>299</sup>. Sia in primo grado che in appello i giudici hanno ritenuto il plagio non sussistente sulla base dell'incapacità dell'attore di provare l'accesso del convenuto al proprio brano e sulla credibilità delle testimonianze prodotte dai *Bee Gees* sull'indipendenza del processo creativo di quel determinato brano. Il giudice, risolta la questione dell'accesso in modo favorevole ai convenuti, non si è addentrato nella spinosa verifica della "substantial similarity", valutata, invece, dalla giuria che aveva ritenuto, sulla base dell'ascolto e della trascrizione, i brani molto simili; la ricerca in esame ha rilevato che l'applicazione a questo caso degli algoritmi non "statistically informed" avrebbe dato ragione all'attore e confermato l'opinione della giuria in quanto: "Looking at the number of identical pitches falling into the same metrical positions it is not hard to understand why the jury judged these two melodies to be fairly similar"<sup>300</sup>. Si fa però notare che ciò che i due brani condividono principalmente è un elemento melodico molto frequente nella musica leggera; non a caso gli algoritmi "statistically informed" hanno riconosciuto valori molto bassi di similarità melodica, tali da escludere il plagio anche nel caso in cui si fosse presa in considerazione l'ipotesi della "coincidenza creativa" (creazione

---

<sup>298</sup> *Ivi*, 269.

<sup>299</sup> *Selle v. Gibb*, 567 F. Supp. 1173, (1983); confermata in appello: *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896, (1984) U.S. App. LEXIS 20270.

<sup>300</sup> MÜLLENSIEFEN e PENDZICH, cit., 280.

indipendente di melodie simili), partendo dal presupposto che, statisticamente è molto più probabile che si possa pervenire autonomamente a risultati simili rispetto ad elementi frequenti per quel repertorio che l'ipotesi inversa<sup>301</sup>.

Il potenziale di queste tecniche di calcolo rispetto ai giudizi di plagio musicale è indubbia proprio perché idonee a considerare variabili di cui non sempre le perizie musicologiche tengono conto o che sicuramente sfuggirebbero al “musicalmente impreparato” ascoltatore-medio.

Ma la statistica ha cercato di fare addirittura qualcosa in più provando a offrire una “nozione statistica di originalità”. Quando abbiamo parlato di novità in termini di “valore aggiunto” abbiamo chiarificato che il parametro di riferimento doveva essere il panorama musicale dello stesso genere, analogamente sono state condotte ricerche statistiche al fine di valutare l'attitudine dei compositori ad allontanarsi da struttura “convenzionali” rispetto al proprio genere di appartenenza diventando “originali”. Lo studio in questione ha preso in considerazione 15.000 temi composti da 479 autori al fine di calcolare la “probabilità” che ad una determinata nota ne seguisse un'altra altrettanto determinata arrivando a concludere che l'originalità sia un valore misurabile corrispondente a quanto il profilo di probabilità dei passaggi tra due note si distanzi dalla media riferita al genere<sup>302</sup>.

Altro punto di notevole interesse è l'efficacia “predittiva” di questi mezzi che consentirebbe, teoricamente, di valutare l'opportunità di intentare una causa per plagio in base a valori emergenti dall'applicazione dei summenzionati algoritmi ai brani in questione. Tuttavia ci si deve domandare se sia possibile/plausibile l'introduzione di queste tecniche nella prassi dei tribunali; guardando alla diffidenza con cui le corti italiane hanno accolto l'utilizzo dell'indagine demoscopica, ritenuta idonea a “surrogare” la figura del giudice, risulta davvero difficile immaginare un'accoglienza più calorosa per questo tipo di strumenti. Il

---

<sup>301</sup> *Ivi*, 281.

<sup>302</sup> Lo studio in questione è di D.K. SIMONTON ed è citato da P. BALL, *L'istinto musicale: come e perché abbiamo la musica dentro*, Dedalo, Bari, 2011, spec. 387 e 388.

parallelo più immediato che viene in mente è quello con le indagini scientifiche, con speciale riferimento ai prelievi di campioni biologici e del loro rilievo processuale; è abbastanza palese che la riconducibilità di un determinato campione ad un preciso soggetto, da sola, non sia sufficiente a provarne la colpevolezza perché questo dato dovrà necessariamente essere collocato dai giudici all'interno di un piano logico-probatorio molto più ampio e coerente<sup>303</sup>. Secondo l'opinione di chi scrive, l'utilizzo degli algoritmi in giudizio non sarebbe compatibile con il nostro sistema processuale in quanto finirebbe con lo svilire il ruolo di *peritus peritorum* del giudice il cui prudente apprezzamento poco potrebbe rispetto a “*presunzioni semplici*” aventi la natura e l'obiettività del dato matematico. Allo stesso modo l'introduzione degli stessi sotto forma di “*CTU computazionale*” determinerebbe una surrogazione evidentissima delle risultanze peritali all'attività del giudicante attraverso l'emissione di una sentenza fondata esclusivamente su un apporto esterno che, come riconosciuto dalla lettera della legge, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non costituisce un mezzo di prova e, soprattutto, non esonera le parti dagli adempimenti probatori<sup>304</sup>.

Se è vero che l'incertezza produce costi, come premesso all'inizio di questo capitolo, l'utilizzo di questo tipo di strumenti per la risoluzione della controversia di plagio potrebbe comportare costi ancora maggiori in termini generali di equilibri di sistema; ad opinione di chi scrive, l'arbitrio del giudice e il rigore del calcolo possono essere pericolosi allo stesso modo quando l'oggetto del giudizio è, o dovrebbe essere, il carattere creativo della produzione umana. L'idea che possa esserci un sistema per valutare a priori se, agli effetti del giudizio, un'opera possa ritenersi creativa potrebbe costituire una limitazione di fatto alla creatività con il rischio che non verrebbero alla luce, o sarebbero “cestate”, composizioni, magari di grande pregio artistico, che all'esito di un controllo algoritmico preventivo risultassero vulnerabili all'accusa di plagio. È

---

<sup>303</sup>G. GENNARI e A. PICCININI, *Dal caso Reed ad Amanda Knox; ovvero quando il DNA non è abbastanza*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 3, 359.

<sup>304</sup>Cfr. Cass. 10 marzo 2000, 2802; Cass. 8 febbraio 2000, 1361; Cass. 29 marzo 1999, n. 2957. In dottrina v. D. PROTETTI, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 1, 24.

inoltre opportuno segnalare che anche gli algoritmi in esame utilizzano la melodia come parametro di comparazione potendosi ripetere, anche in questa circostanza, tutti i rilievi mossi in precedenza rispetto ad una scelta comparativa non solo limitata, ma soprattutto fondata su un elemento che si presenta sempre più drasticamente standardizzato.

Ulteriore ostacolo all'introduzione in giudizio della musicologia computazionale risiede nella necessità di verificare se l'applicazione di questi algoritmi risulterebbe ugualmente performante anche rispetto al nostro *iter* giudiziario, che diverge in parte da quello utilizzato dalle corti nordamericane, oltre che dalla necessità preventiva di costruire un *database* in cui siano indicizzati casi ed esiti adottati dalla nostra giurisprudenza. Nell'impossibilità contingente di utilizzare gli algoritmi di similarità sarà opportuno concentrarsi sulla migliorabilità dell'attuale sistema di giudizio chiedendoci se, nello specifico, è possibile pervenire ad una definizione più precisa, magari scientificamente suffragata, di ascoltatore-medio o se in generale sia possibile attestare l'esistenza di un insieme di competenze percettivo-musicali che possano essere definite “*nella media*”.

### **3.2. L'ascoltatore medio nella realtà: spunti dalle scienze sociali, dalla semiotica musicale e dalle scienze cognitive**

Dalla giurisprudenza italiana fin qui esaminata non emerge una definizione precisa e univoca di ascoltatore-medio anche se è possibile dalla lettura degli estratti delle sentenze sopra riportati dedurre che questo *modello astratto* si caratterizzerebbe in generale per:

- un grado basso di alfabetizzazione musicale, non essendo in grado di individuare i diversi elementi della composizione;
- ridotte capacità mnesiche, potendo memorizzare esclusivamente la linea melodica;
- grande predisposizione alla confondibilità.

Ai nostri fini sarebbe importante capire in primo luogo se nella realtà possa essere individuato un ascoltatore normale, con abilità e competenze musicali normali, e ovviamente, in cosa consistano queste competenze; a questa domanda si potrà dare risposta attingendo da un lato a quanto asserito in tema di tipizzazione dei comportamenti musicali dalla sociologia della musica, e dall'altro cercando di capire se nella prospettiva della semiotica musicale sia possibile pervenire alle descrizioni di una “*competenza musicale di base*” riferibile all'ascoltatore comune di musica leggera.

Sotto il primo profilo la più famosa descrizione dei comportamenti musicali con relativo delineamento di diverse tipologie di ascoltatore è riferibile a T.W. Adorno che ha riscontrato in questo tipo di operazione l'essenza stessa dello studio sociale della musica. Secondo Adorno la sociologia della musica altro non sarebbe che la “*conoscenza del rapporto tra gli ascoltatori di musica, come singoli individui socializzati, e la musica stessa*”<sup>305</sup>; tuttavia la profilazione di Adorno ha solo carattere qualitativo e non quantitativo ed assume in partenza l'impossibilità di fornire un'immagine precisa anche delle diverse sfumature di ogni singolo profilo, sottolineando che la costruzione dei modelli non si riferisce a variabili soggettive, come i gusti e le abitudini di ascolto, ma si basa piuttosto “*sulla adeguatezza o meno dell'ascolto alla musica ascoltata*”<sup>306</sup>. Adorno individua 5 tipologie di ascoltatore, ma ai nostri fini risulta più indicato esaminare solo quelle più estreme: l'*esperto* e l'*ascoltatore per passatempo*; l'*esperto* è colui in grado di porre in essere il c.d. “*ascolto strutturale*” cioè l'ascolto accompagnato dalle conoscenze tecniche idonee a percepire ed individuare ciascun elemento dell'architettura compositiva anche senza per questo essere un musicista di professione. Si oppone all'*esperto* l'*ascoltatore per passatempo* che risulta essere il destinatario di punta dell'industria culturale e quindi espressione di un generale fenomeno di standardizzazione che determina la recezione della musica non come momento di elevazione estetica, ma come *comfort*; questo tipo di ascoltatore subisce passivamente il suono, da cui si lascia sommergere e pone in essere un ascolto atomistico e distratto. La

---

<sup>305</sup> T.W. ADORNO, *Introduzione alla sociologia della musica*, Einaudi, Torino, 1998, 3.

<sup>306</sup> *Ivi* 6 e ss.

costruzione in negativo di quest'ultima tipologia è sicuramente influenzata dall'opposizione manichea tra musica colta e musica leggera di cui Adorno è stato sicuramente il primo e più acceso sostenitore, ritenendo che la "canzonetta" fosse il segnale incontrovertibile del decadimento culturale e dell'appiattimento compositivo<sup>307</sup>; la critica al modello di *regressione dell'ascolto* proposto da Adorno si fonda proprio su questa operazione di "astrazione" del pubblico in cui non trova spazio l'osservazione della realtà in cui fioriscono sottocultura di fruitori il cui ruolo rispetto al fenomeno musicale è tutt'altro che passivo<sup>308</sup>. Le critiche mosse al processo di astrazione operato da Adorno sono le stesse che si potrebbero muovere ai giudici quando richiamano una nozione di ascoltatore-medio che riflette ancora l'esistenza di un pregiudizio estetico nei confronti della *popular music* e che sembra non tenere conto dell'infinita eterogeneità del reale. Ciò che si viene ad affermare in maniera sempre più forte a livello di sociologia del fenomeno musicale contemporaneo è invece proprio l'avversione allo stigma di Adorno attraverso la focalizzazione sulla natura "sottoculturale" dei consumi; questo nuovo approccio determina l'impossibilità di individuare un unico ascoltatore-tipo nella musica *pop* e porta a riconoscere piuttosto una grande varietà di ascoltatori-tipo corrispondenti ai singoli stili in cui si declina la musica leggera per i quali la scelta di ascolto non riflette solo l'adesione ad un genere, ma corrisponde ad una vera e propria affermazione di identità sociale<sup>309</sup>.

Questo brevissimo *excursus* ci porta a concludere che la prospettiva della sociologia della musica contemporanea non sia idonea a fornire una descrizione delle caratteristiche dell'ascoltatore-medio al fine di riempire il modello richiamato dalla giurisprudenza. Nel primo capitolo, facendo riferimento alla semiotica della musica, abbiamo menzionato la nozione di "competenza musicale di

---

<sup>307</sup> Secondo Adorno: "Nei paesi industriali progrediti la musica leggera è definita dalla standardizzazione: suo prototipo è la canzonetta di successo...*omissis*... la differenza tra una canzonetta e un lied serio sarebbe che la melodia e il testo di una canzonetta devono mantenersi entro uno schema inesorabilmente rigoroso, mentre i lieder seri permettono al compositore di usare una veste libera, autonoma" (*Ivi*, 30).

<sup>308</sup> R. MIDDLETON, *Studiare la popular music*, Feltrinelli, Milano, 1995, 94.

<sup>309</sup> D. HEDBDIGE, *Sottocultura. Il fascino di uno stile innaturale*, Costa & Nolan, Genova, 2000.



*base*” con ciò intendendo l’insieme di abilità che permetterebbero all’ascoltatore di “*decodificare*” il messaggio musicale. Ritornando alla dimensione “linguistica” della composizione musicale è opportuno sottolineare che ogni forma di comunicazione si fonda sulla “*codificazione*” di un messaggio e che questo non è meno vero per la musica c.d. *popular* che anzi possiede una ampia gamma di codici (articolati in diversi sottolivelli) tanto da essere spesso proposta quale esempio di linguaggio *ipercodificato* all’interno del quale possono essere individuate complesse gerarchie tra codici<sup>310</sup>; secondo gli studiosi di semiotica esisterebbero principalmente due tipi di competenza decodificatoria: la *competenza colta* che si focalizzerebbe principalmente sulla composizione in sé per poi discendere a livelli inferiori di analisi e la *competenza popolare* che, invece, decodificherebbe l’opera partendo dalle pratiche sociali e dai codici generali<sup>311</sup>. Ad impedire l’individuazione di un *pattern* di caratteristiche che descrivano le modalità di decodificazione del normale ascoltatore di musica leggera vi sono due considerazioni: da un lato il modello in esame prevede che le due competenze non siano escludenti, ma che addirittura si intersechino in un’area detta “*competenza comune*” ben potendosi individuare settori di confine tendenti all’espansione. Dall’altro è stato rilevato che:

*“La musica popolare può associarsi a qualsiasi tipo di musica, anche se è più probabile che si associ a musiche che sono codificate in modo analogo. Ugualmente, la popular music può essere ascoltata in termini di principi di competenza colta (come talvolta succede per gli esecutori professionisti), ma la preponderanza dell’ascolto della popular music sembra essere del tipo legato alla competenza popolare, che in questo senso è parte della definizione di popular music”*<sup>312</sup>.

Evidentemente neanche la semiotica è in grado di restituirci una descrizione univoca della competenza musicale comune; quindi l’indagine non potrà che concludersi facendo riferimento, in breve e senza alcuna pretesa di esaustività,

---

<sup>310</sup> MIDDLETON, cit., 246.

<sup>311</sup> Il modello qui descritto è riferibile a G.STEFANI, *Il segno della musica*, Sellerio, Palermo, 1987.

<sup>312</sup> MIDDLETON, cit., 248.

agli interessantissimi spunti offerti dall'applicazione al fenomeno della musica delle scienze cognitive.

### 3.2.1. Musica e cervello: alcune implicazioni dei processi cognitivi dell'ascolto

L'opportunità di un paragrafo sulle implicazioni che gli studi dei processi cognitivi dell'ascolto potrebbero avere rispetto alla questione del plagio musicale si fonda da un lato sul florido dialogo che si è instaurato negli ultimi anni tra neuroscienze e diritto<sup>313</sup>, e dall'altro sulla considerazione che, la musica, in quanto fenomeno complesso, è stata oggetto privilegiato dell'attenzione dei cognitivisti. La musica, come il diritto, riguarda la quotidianità dell'essere umano che è naturalmente incuriosito dalle modalità con cui il nostro cervello pone in essere operazioni altamente complesse come la composizione e l'ascolto musicale. Questa "normalità" musicale ha determinato il fiorire di un'estesa bibliografia a carattere divulgativo in grado di dar conto, utilizzando un linguaggio accessibile anche ai profani, dei principali processi cognitivi legati all'ascolto, consentendoci di sfatare alcuni "luoghi comuni" su cui sono state fondate numerose sentenze grazie all'accesso semplificato ad un sapere, di per sé assai tecnico, in grado di generare notevoli implicazioni sul piano giuridico.

Due sono gli elementi su cui la scienze cognitive si sono concentrate al fine di comprendere i meccanismi che regolano la percezione musicale: il suono e la memoria. Il primo dato sembra abbastanza scontato ma sotto un profilo fisico gravido di riflessi fisiologici, la musica non è altro che un insieme di suoni, ed è proprio il modo in cui il nostro cervello raggruppa questi suoni ad aver interessato i cognitivisti; nello specifico ci si è domandati se esistono dei criteri innati, istintuali, in base ai quali il nostro cervello organizza le note. Normalmente si dice che il suono abbia quattro qualità: altezza, timbro, intensità

---

<sup>313</sup> V. B. GARLAND e P.W. GLIMCHER, *Cognitive neuroscience and the law*, in *Current Opinion in Neurobiology*, 2006, 16, 130; G. PASCUZZI, *Scienze cognitive e formazione universitaria del giurista*, in *Sistemi Intelligenti*, 2007, XIX, 137 e N. LETTIERI, *Fuori da uno splendido isolamento. Le scienze cognitive negli orizzonti della scienza giuridica*, in *Sistemi Intelligenti*, 2010, XXII, 323.

e durata, ma solo la prima di esse, l'altezza, è il vero *proprium* del fenomeno acustico inteso quale processo fisico perché “*il suo substrato fisiologico altro non è se non l'elaborazione da parte del sistema nervoso centrale dei potenziali nervosi che nascono nell'orecchio interno sotto l'effetto delle vibrazioni del timpano, scosso dalle vibrazioni dell'aria*”<sup>314</sup>. Il fatto che l'altezza giochi un ruolo fondamentale nella dinamica dell'ascolto musicale si collega all'esistenza di alcuni “*principi innati*” in base ai quali il nostro cervello opera il raggruppamento dei suoni percepiti. L'origine di queste dinamiche istintuali è rintracciabile in un'atavica esigenza di autodifesa; la sopravvivenza dell'uomo, soprattutto in passato, era collegata alla sua capacità di individuare oggetti nell'ambiente ricollegando un determinato insieme di suoni ad una precisa fonte. Al fine di individuare queste regole della percezione musicale si è provato ad applicare anche in questo campo i c.d. “*principi gestaltici*” sviluppati rispetto alla percezione visiva con particolare attenzione alle implicazioni acustiche del c.d. “*principio del destino comune*” in base al quale tendiamo a raggruppare gli oggetti in movimento che si spostano nella stessa direzione o che provengono dalla stessa fonte. L'applicazione di questo principio all'ascolto musicale ha permesso di rilevare che l'orecchio umano tende a raggruppare i suoni in base all'altezza e ciò è dimostrato banalmente dalla possibilità di udire “*un'unica sorgente musicale come se si trattasse invece di due sorgenti indipendenti*” quando per esempio uno strumento solista alterna note di due linee di contrappunto separate in altezza<sup>315</sup>. Come accade per i principi gestaltici visivi l'applicazione da parte del nostro cervello di queste regole cognitive può determinare delle vere e proprie “*illusioni sonore*” o “*risultati fallaci*”. Si è dimostrato che selezionando poche melodie molto semplici e facendole ascoltare ad un campione di soggetti riproducendo la prima nota di ciascuna melodia seguita dalla seconda nota di ciascuna melodia e così via i soggetti non erano in grado di riconoscere le singole melodie quando le due note successive avevano la medesima altezza in quanto il nostro cervello è portato a raggrupparle in un unico flusso, mentre erano perfettamente riconoscibili quando venivano

---

<sup>314</sup> B. LECHEVALIER, *Il cervello di Mozart*, Bollati Boringhieri, Torino 2006, 68.

<sup>315</sup> J.A. SLOBODA, *La mente musicale*, Il Mulino, Urbino, 1996, 249.

raggruppate secondo altezze diverse. Tuttavia l'esperimento evidenzia come i soggetti che non avevano mai ascoltato la melodia prima dell'esperienza di laboratorio, non fossero in grado di riconoscerla anche nel caso di note raggruppate per altezze differenti<sup>316</sup> e questo dimostra che le *conoscenze musicali pregresse* influenzano le modalità con cui il nostro cervello affronta le nuove. Quando si usa l'espressione "avere orecchio" lo si fa proprio con riferimento alla capacità più o meno sviluppata<sup>317</sup>, che ciascuno di noi possiede, di collocare in base all'altezza un suono sulla scala (in occidente prevale la scala temperata, maggiore e minore) la cui "immagine" è impressa nelle nostre memorie. La "giustezza" del suono è data dall'adeguatezza degli *input* alla rappresentazione della scala delle altezze che si è formata per mezzo di un apprendimento statistico fino a diventare un'acquisizione culturale<sup>318</sup>. Questo ha delle implicazioni importantissime ai nostri fini, considerato che l'esistenza di questa gerarchia tonale mentale governa non solo la nostra percezione ma viene utilizzata di continuo per elaborare *anticipazioni e giudizi* su una melodia<sup>319</sup>. Queste premesse ci portano al secondo elemento coinvolto nel processo dell'ascolto, che abbiamo detto essere la memoria; è opportuno sottolineare, anche se si mostra ormai evidente, che l'ascolto si pone come fenomeno dinamico fondato sul "ricordo" del passato e finalizzato alla predizione o alla formazione di un'aspettativa rispetto agli ascolti futuri. Il procedimento posto in essere da Mozart nella Cappella Sistina, di cui si è dato conto nel primo capitolo, non è altro che l'esempio di un processo standard che si articola nella "decodificazione" della composizione, nella sua "memorizzazione" e "ritenzione" mnemonica ed infine nella "riproduzione" tutte operazioni che in piccolo compiamo quotidianamente quando, per esempio, ci viene chiesto di canticchiare una canzone che abbiamo ascoltato. Con riferimento all'elemento

---

<sup>316</sup> W. J. DOWLING, *The perception of interleaved melodies*, in *Cog. Psychol.*, 5, 322.

<sup>317</sup> Sono muniti di "orecchio assoluto" coloro in cui si riscontra l'abilità di denominare le singole altezze tonali o di cantare note a determinate altezze.

<sup>318</sup> LECHEVALIER, cit., 73; questo spiegherebbe perché per gli occidentali la musica araba o turca, basata su un altro sistema tonale, risulti stonata. Quella delle gerarchie tonali è una scoperta di C.L. KRUMHANSL, G.J. SANDELL e D.C. SERGEANT, *The perception of tone hierarchies and mirror forms in twelve-tone serial music*, in *Music Perception*, 5, 1987, 31.

<sup>319</sup> BALL, cit., 135.

del processo mnesico si è fin dal principio fatto notare l'insufficienza delle categorie di "memoria a breve" e "a lungo termine" per descrivere i processi compiuti dal cervello nei processi musicali; il rapporto esistente tra musica e ricordo ben evidenzia quell'assunto delle scienze cognitive in base al quale non esiterebbe una sola memoria, ma diverse deputate a funzioni differenti<sup>320</sup>.

Queste premesse ci portano a poter essere molto più precisi nel definire cosa venga esattamente percepito di una melodia e sulle ragioni "cognitive" della standardizzazione in quanto si è giustamente rilevato che:

*“La distribuzione e la gerarchia delle probabilità delle note nella musica occidentale implica il tacito consenso sul fatto che una buona melodia usi le note in queste proporzioni... omissis ... Tutto quello che apprezziamo in una melodia deriva dai rapporti tra gli elementi che la costituiscono e dal contesto che costruiamo per essi a partire dalla conoscenza e dalle aspettative con cui corrediamo l'esperienza della sua percezione ... omissis ... ogni nota crea delle specifiche implicazioni riguardo a ciò che deve seguire”<sup>321</sup>.*

Ciò che veramente percepiamo della melodia è il suo “contorno” disegnato dagli intervalli tra le diverse altezze (non a caso è stata utilizzata l'efficace metafora dei profili delle montagne), ed esistono “contorni” caratteristici che sono comuni a più composizioni e che per questo generano nell'ascoltatore un senso di familiarità e piacere. Ciò che emerge dagli esperimenti cognitivi è la necessaria contestualizzazione della melodia rispetto all'armonia in quanto è l'incrociarsi tra la linea orizzontale (melodica) e quella verticale (armonica) che permette all'ascoltatore di fruire di un'esperienza musicale completa, i due elementi sono funzionali<sup>322</sup>. Partendo dal presupposto per cui l'ascolto melodico non possa essere scisso rispetto alla percezione degli altri elementi i cognitivisti hanno cercato di determinare con precisione cosa e quanto siamo in grado di ritenere in memoria quando ci viene chiesto di ascoltare una determinata canzone.

---

<sup>320</sup> Cfr. rappresentazione schematica dell'utilizzo della memoria nei processi musicali in B. LECHEVALIER, cit., 48.

<sup>321</sup> BALL, cit., 141.

<sup>322</sup> SLOBODA, cit., 262.

L'esperimento a cui facciamo riferimento ha sottoposto un campione misto di ascoltatori, composto da musicisti e profani, all'ascolto ripetuto di una canzone per poi chiedere ai soggetti di cantarla al fine di capire cosa e con quanta precisione questi ricordassero i singoli elementi che compongono il pezzo<sup>323</sup>. I risultati, almeno per quanto ci riguarda, sono davvero interessanti: in primo luogo in nessun caso il ricordo della melodia è stato perfetto, ma l'elemento che resta maggiormente impresso nelle memorie degli ascoltatori non è il contorno melodico, ma la struttura metrica del brano che risulta quindi porsi quale strumento principe della comprensione e della memoria di una melodia; un altro dato importante riguarda il rilievo per cui melodia ed armonia vengano "ritenute in memoria e riprodotte" in modo molto eterogeneo e ciò soprattutto con riguardo al profilo armonico che risulta essere l'elemento rispetto al quale le risposte dei musicisti sono state sempre più precise rispetto a quelle dei non musicisti. In definitiva la memoria della melodia e dell'armonia appare legata al grado delle competenze musicali intese non solo tecnicamente ma anche *latu sensu* come bagaglio esperienziale<sup>324</sup>. Inoltre, anche il ritmo viene ricordato dai non musicisti in modo più preciso di quanto sono in grado di fare con la stessa melodia<sup>325</sup>.

Queste brevi considerazioni testimoniano non solo l'impossibilità di individuare *abilità medie* di ascolto rispetto ad un fenomeno eccezionalmente complesso ed articolato su cui la padronanza della tecnica musicale e le esperienze musicali personali incidono in misura variabile da soggetto a soggetto, ma soprattutto sottolineano la debolezza delle semplificazioni dei giudici inadatte a rappresentare la complessità delle operazioni compiute da un ascoltatore anche solo con riferimento ad una melodia che si potrebbe definire semplice; non è la semplicità delle strutture a banalizzare il processo cognitivo dell'ascolto che resta

---

<sup>323</sup> L'esperimento ed i suoi risultati sono descritti da J. SLOBODA, *Exploring the musical mind*, Oxford University Press, New York, 2005, 71 e ss.

<sup>324</sup> *Ivi*, 88 e 89.

<sup>325</sup> La naturalezza con cui siamo in grado di richiamare un ritmo e la precisione con cui lo facciamo sono descritte da D.J. LEVITIN, *Fatti di musica: la scienza di un'ossessione umana*, Codice, Torino, 2008, 47.

sempre diviso in operazioni susseguenti ed articolate, mentre ciò che sembra variare sono la velocità e la precisione con cui queste operazioni vengono compiute a seconda delle abilità dell'ascoltatore<sup>326</sup>. La semplicità della melodia, costante delle canzoni di musica leggera, richiede le stesse fasi di decodificazione cognitiva che sarebbero poste in essere per un repertorio di musica colta e pur essendoci differenza nella precisione con cui esperti e non esperti compiono questi passaggi mentali, questa differenza non sembra essere poi così significativa e generalizzabile. Questo profilo è stato dimostrato anche da alcuni esperimenti che hanno attestato come un folto gruppo di ascoltatori privi di qualsiasi formazione musicale siano stati in grado di classificare per prossimità storica una serie di frammenti di musica classica sulla base di un giudizio di comparazione delle strutture attraverso indicatori principalmente basati sulle variazioni ritmiche comunque elaborati sul momento da ciascuno<sup>327</sup>.

L'attenzione che le scienze cognitive hanno prestato al fenomeno musicale non si è limitata all'approfondimento del sistema di percezione, ma ha riguardato anche i meccanismi che presiedono alla composizione; questo tipo di studi potrebbero avere riflessi interessanti rispetto al profilo, volutamente trascurato

---

<sup>326</sup>Cfr. D. TEMPERLEY, *A probabilistic model of melody perception*, in *Cognitive Science*, 2008, 32, 418 secondo cui: "In hearing and understanding the notes of a melody, the listener engages in a complex set of perceptual and cognitive processes. The notes must first be identified: the individual partials of the sound must be grouped into complex tones, and these tones must be assigned to the correct pitch categories. The listener then evaluates the notes, judging each one as to whether it is appropriate or probable in the given context. Thus, the listener is able to identify incorrect or deviant notes whether these are accidental errors by the performer or deliberate surprises injected by the composer. The listener also infers underlying musical structures from the note pattern: the key, the meter, and other kinds of musical information. Finally, the listener forms expectations about what note will occur next and can judge whether these expectations are fulfilled or denied. All of these processes note identification, error detection, expectation, and perception of underlying structures would seem to lend themselves to a probabilistic treatment. The listener is able to judge the probability of different note sequences occurring and brings this knowledge to bear in determining what notes did occur, whether they were intended, and what notes are likely to occur next... *omissis*... these cognitive musical processes might be divided into those concerned with the pattern of notes itself, which I will call surface processes, and those concerned with the identification of underlying structures, which I will call structural processes. Surface processes include pitch identification, error detection, and expectation; structural processes include the perception of meter and key" (spec. 419).

<sup>327</sup>S. DALLA BELLA S. e PERETZ I., *Differentiation of classical music requires little learning but rhythm*, in *"Cognition"*, 96, 2005, B65.

fino a questo momento, del c.d. *plagio inconscio* e delle *coincidenze creative* profondamente legato alle dinamiche attive del processo creativo.

### 3.3. Coincidenze creative e plagio inconscio: profili giuridici e cognitivi

Uno dei problemi che si è posto all'attenzione della dottrina in materia di beni immateriali è quello relativo all'attribuzione della titolarità nel caso in cui due autori, non conoscendo la produzione dell'altro, pervengano al medesimo risultato creativo. Si è parlato indifferentemente di "*coincidenze creative*" o di "*incontri fortuiti*" proprio per indicare la possibilità che processi creativi indipendenti diano vita ad opere identiche o molto simili. Alcuni autori hanno escluso categoricamente la possibilità, anche solo concettuale, che possa pervenirsi a due opere identiche concludendo che se anche questo fosse possibile si dovrebbe negare la tutela ad entrambe per assenza del carattere creativo, inteso come novità<sup>328</sup>. Questo tipo di approccio, però, non considera la possibilità che a godere della tutela del diritto d'autore non sia l'intera composizione, ma esclusivamente una parte di essa ovvero la stessa "casualmente" presente nell'altra composizione<sup>329</sup>. Come si è avuto modo di accennare, il plagio parziale è una delle forme concretamente più diffusa di plagio, per cui un'analisi del fenomeno delle coincidenze creative che non prenda in considerazione anche la possibilità che queste ineriscano ad una sola porzione originale finisce per essere incompleta.

Il nodo giuridico da sciogliere riguarda principalmente la titolarità dell'opera frutto della coincidenza in quanto è evidente che si renderà necessario individuare i parametri in base ai quali decidere per ogni caso concreto a chi

---

<sup>328</sup> Così T. ANDRIOLI, *Il plagio: un'originalità non variata*, in *Il Diritto di autore*, 2002, 3, 262; M. FABIANI, *Plagio inconscio e reminiscenze creazione di opere musicali*, in *Il diritto d'autore*, 1965, 433, secondo cui l'incontro fortuito può attenersi esclusivamente al lato tecnico della composizione cadendo su veri e propri "*luoghi comuni*", mentre in tutti gli altri casi sarebbe da configurarsi come plagio.

<sup>329</sup> Così Z.O. ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978, 438.



questa spetterà. Questo problema non si pone rispetto ad altri istituti della proprietà industriale, come marchi e brevetti, che hanno mantenuto il requisito formale della registrazione e per i quali la legge prevede espressamente che si abbia riguardo alla priorità del deposito.

Per risolvere la questione la dottrina ha proposto due parametri per l'individuazione della titolarità: la priorità nella esteriorizzazione-divulgazione dell'opera e la priorità nella creazione. Riguardo al primo, si è giustamente rilevato che questo negherebbe implicitamente la tutelabilità dell'opera inedita, ma soprattutto si porrebbe in conflitto con la previsione della "creazione" quale requisito attributivo del diritto richiesto *ex lege*<sup>330</sup>. Non a caso la dottrina preferisce guardare alla priorità della creazione per attribuire l'esclusiva; la scelta è legata alla lettura consolidata in base alla quale sarebbe inconcepibile la titolarità di due diritti assoluti sullo stesso bene immateriale da parte di soggetti diversi.

Opportunamente si è rilevato che il limite di questa interpretazione consiste proprio nel ritenere che in questi casi si configuri un solo "oggetto", senza considerare la possibilità che le due opere, in quanto frutto di processi creativi completamente autonomi, possano porsi come oggetti distinti di diritti altrettanto diversi. La situazione è stata significativamente individuata come "*plagio inconscio*" e finisce per toccare la questione spinosa dell'eventuale rilevanza dell'elemento "soggettivo" nei giudizi di plagio: ci si è chiesti in particolare se possa essere riconosciuto plagiario l'autore che abbia provato in giudizio l'indipendenza del proprio processo creativo rispetto all'opera dell'attore. Questo tipo di considerazioni ci portano inevitabilmente a pensare al "*two-step test*" elaborato dalle corti nordamericane, che impone all'attore la prova dell'accesso, anche solo potenziale, da parte del convenuto alla propria opera. Tale aspetto sembra nei fatti costituire un *prins* logico rispetto al plagio e quindi la relativa prova sembra trovare la sua ragion d'essere proprio nella volontà di non riconoscere il plagio in una coincidenza creativa. Il sistema delineato,

---

<sup>330</sup> *Ivi*, 442.

tuttavia, perde di coerenza se si subordina l'accertamento del plagio alla prova dell'accesso, mentre non se ne accerta l'insussistenza nel caso in cui il convenuto fornisca ampia prova dell'indipendenza del proprio processo creativo; questo è quello che è accaduto a George Harrison, membro dei *Beatles*, accusato di aver plagiato la famosissima "My Sweet Lord" (1970) da un brano di qualche anno precedente, "He's so fine" (1962), anch'esso piuttosto conosciuto<sup>331</sup>. Questa vicenda processuale risulta molto interessante perché l'attore era riuscito con grande facilità a dimostrare "l'accesso" di Harrison in quanto la canzone pretesa plagiata si era piazzata al dodicesimo posto della classifica dei singoli più venduti in Inghilterra nello stesso anno in cui i *Beatles* occupavano la vetta della stessa "chart". Tuttavia Harrison, evidentemente legato emotivamente a quel brano, durante il giudizio descrive con dovizia di particolari la genesi compositiva dell'idea del brano suffragato dalle testimonianze di eminenti colleghi; nonostante questa lunga descrizione, che occupa circa 40 pagine, il giudice Owen nella *opinion* si trova a rilevare che l'autore:

*"In seeking musical materials, was working with various possibilities. As he tried this possibility and that, there came to his mind a particular combination that pleased him as being one he felt would be appealing to a prospective listener; in other words, that this combination of sounds would work. His subconscious knew it already had worked in a song his conscious mind did not remember. The court did not believe defendant did so deliberately... omissis... This was infringement of copyright, and was no less so even though subconsciously accomplished"*<sup>332</sup>.

Queste incongruenze nel sistema americano non hanno impedito che, anche a livello di dottrina italiana, si proponesse l'introduzione della "prova dell'accesso" in giudizio sia nel caso di opere prodotte contestualmente che di opere successive; tuttavia tale istanza non sembra essere stata recepita dalla giurisprudenza per cui:

---

<sup>331</sup> *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music*, 420 F. Supp. 177, (1976) U.S. Dist. LEXIS 13423.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

*“Nel caso dei cosiddetti incontri fortuiti, l'autore dell'opera creata in precedenza può opporsi all'utilizzazione dell'opera creata in seguito da altro autore, anche se quest'ultimo provi che la sua creazione è stata soggettivamente originale, avvenne cioè nell'ignoranza dell'esistenza dell'opera altrui. Tale stato soggettivo del secondo autore lo libera tuttavia da eventuale pretesa di risarcimento dei danni, richiedendo quest'ultima azione un'utilizzazione in mala fede, dolosa o colposa”<sup>333</sup>.*

Sembra opportuno segnalare che tra le privative industriali, la cui disciplina è stata recentemente novellata, vi sono anche le “informazioni segrete” che, come il diritto d'autore danno luogo ad un'esclusiva ma soprattutto sono riconosciute senza necessità che vengano adempiute formalità di deposito; ebbene è interessante rilevare che in base al riformato art. 99 c.p.i. il titolare del diritto può vietare ai terzi l'utilizzo abusivo delle informazioni da parte dei terzi salvo che “esse siano state conseguite in modo indipendente dal terzo”. Questa previsione che si pone come punto di equilibrio tra il diritto del titolare a trarre vantaggio dalle informazioni e quello del terzo di poter sviluppare liberamente la propria professionalità, risolve, evidentemente, un problema di “coincidenze creative”, posto che spetterà al terzo dimostrare di essere arrivato alle informazioni con un processo autonomo di elaborazione.

Posta la generale irrilevanza attribuita all'elemento soggettivo nel plagio in sede civile ci si deve domandare se questa scelta, evidentemente asservita a superiori esigenze di sistema e probabilmente anche a ragioni di natura concorrenziale, possa apparire ancora corretta rispetto alle recenti acquisizioni delle scienze cognitive sulle dinamiche della composizione artistica. Se si potesse dimostrare che quello che, con accezione eminentemente negativa, chiamiamo plagio

---

<sup>333</sup> App. Roma, 15 febbraio 1958, in *Rivista del diritto commerciale*, 1959, II, 62, con nota di P. VERCELLONE, *Plagio involontario di opera musicale e pubblicazione della sentenza di condanna*; conforme G. BONELLI, *Il plagio di opere musicali*, in *Dir. autore*, 2000, 2, 198 secondo il quale: “Se l'autore del plagio non realizza un'opera propria, ma utilizza l'opera altrui, ne segue che in ogni caso, e quindi indipendentemente dall'accertamento del dolo o della colpa, il primo dovrà essere come minimo tenuto a riversare al secondo i proventi derivanti dalla utilizzazione di un'opera che è e resta pur sempre di proprietà esclusiva di quest'ultimo (o dei suoi aventi causa); ciò oltre alla esperibilità degli ulteriori strumenti di tutela, anche di natura cautelare, previsti dagli artt. 156 e segg. l.d.a.” (*ivi*, 198).

costituisce in realtà una delle modalità con cui sistematicamente opera il nostro cervello, se coinvolto in processi di produzione creativa, tale rilievo, non solo fornirebbe buone ragioni ai giuristi per rivedere la questione del “plagio inconscio”, ma evidenzerebbe la necessità di rivedere tutto quanto detto fino ad ora in materia di plagio.

### 3.3.1. Dinamiche cognitive della composizione musicale e “Unconscious Plagiarism”

Le scienze cognitive si sono concentrate anche sulle dinamiche della produzione musicale al fine di costruire una “*teoria cognitiva della composizione*” e, per far questo, hanno focalizzato la propria attenzione sulle modalità con cui i musicisti stessi descrivono il processo di composizione, rilevando che questo punto di vista non possa dirsi esaustivo in quanto esiste anche una parte eminentemente “inconscia” del processo. Per questo motivo alcuni studi si sono basati sull’osservazione diretta dei compositori non solo nell’atto della composizione, ma anche in quello della improvvisazione al fine di cogliere eventuali differenze nei due procedimenti<sup>334</sup>.

Quanto associato dagli studi cognitivi non si discosta di molto dall’*opinion* del caso di plagio di George Harrison in cui il giudice paragonava la composizione ad un processo di scelta tra diverse forme espressive in cui il compositore veste i panni dell’ascoltatore per comprendere se il risultato della sua scelta possa definirsi “accattivante”. Sotto un profilo cognitivo, infatti, la composizione altro non è che un processo bifase di “*generazione di soluzioni?*” e “*verifica?*”<sup>335</sup>: la prima fase è legata all’applicazione di euristiche fondate su elementi consci ed inconsci, di cui si dirà a breve, mentre la seconda, conformemente a quanto asserito dal giudice Owen, è fondata sulla sensazione che quel che si è composto possa risultare efficace. Il neuropsicologo della musica J. A. Sloboda ha elaborato un

---

<sup>334</sup> SLOBODA, *La mente musicale...*, cit., 172.

<sup>335</sup> A. NEWELL, J.C. SHAW e H.A. SIMON, *The process of creative thinking*, in *Contemporary approaches to creative thinking*, a cura di H. Gruber, G.Terrel e M. Wertheimer, Prentice Hall, New York, 1962.

“diagramma” che cerca di descrivere gli elementi principalmente coinvolti nel processo compositivo sottolineando come anche questo coinvolga in modo rilevante la memoria<sup>336</sup>: il modello elaborato individua una fase operazionalmente anteriore di “*ispirazione*” in cui l’autore attinge da una sorta di “*magazzino mnemonico*” delle conoscenze tematiche; la fase dell’ispirazione è una fase “cosciente” e su questo quindi il Judge Owen si sbagliava in cui l’autore seleziona un tema da sviluppare nella fase successiva che è quella della c.d. “*esecuzione*” intesa come costruzione formale dell’idea. Questa seconda fase utilizza elementi sia consci che inconsci: i primi subordinano la scelta compositiva a vincoli derivanti dal repertorio personale e ad accorgimenti compositivi di carattere tecnico, mentre i secondi sono costituiti essenzialmente da conoscenze generali tonali e stilistiche che vengono attuate in modo automatico e senza che di ciò si abbia consapevolezza.

Interessa sottolineare che la fase dell’ispirazione è una fase cosciente nel senso che l’autore è consapevole di attingere ad un “magazzino tematico” nella sua memoria che conserva ricordi provenienti da fonti diversissime tra loro; ci si deve, piuttosto, domandare se l’autore sia in grado di discernere la fonte di provenienza di quel ricordo tematico o se semplicemente il fatto di averlo in sé ritrovato lo spingerà a convincersi che il tema sia stato da lui ideato. L’abilità di rintracciare la fonte di un ricordo fa parte delle nostre capacità mnesiche: si è dimostrato che le probabilità d’incorrere in errore nell’operazione mentale d’individuazione la fonte di un ricordo (*source monitoring*) sia maggiore in quei casi in cui questo tipo di memoria è funzionale a svolgere un compito diverso ed ulteriore rispetto alla mera individuazione dell’origine di una conoscenza. Sempre lo stesso filone di ricerca ha sottolineato in aggiunta che tale incapacità di rintracciare la fonte diventi ancora più marcata in tutti quei casi in cui l’attività a cui il *source monitoring* è asservita implica la produzione da parte del soggetto di un prodotto originale. In sintesi: quando utilizziamo la nostra memoria per produrre qualcosa di nuovo ci sono più possibilità che commettiamo errori

---

<sup>336</sup> SLOBODA, *La mente musicale...*, cit., 193.

nell'attribuire alla giusta fonte di provenienza i ricordi che impieghiamo nel processo di produzione<sup>337</sup>. Questo “bug” nell’individuazione della fonte di un ricordo, che solo di recente ha iniziato ad essere studiato dalle scienze cognitive, è stato denominato “*cryptomnesia*” ed è stato inizialmente dimostrato con esperimenti basati su un metodo comune: individuato un gruppo di soggetti ad alcuni di questi veniva chiesto, per esempio, di generare racconti o risolvere *puzzle* davanti agli altri a cui in un momento successivo veniva richiesto di elaborare racconti o risolvere *puzzle* in modi differenti da quelli che erano già stati utilizzati nel corso della dimostrazione collettiva nella prima fase dell’esperimento. In molti casi i partecipanti utilizzavano nuove soluzioni nella piena convinzione che non fossero state usate in precedenza nell’esperimento<sup>338</sup>. Basandosi su questi risultati si sono effettuati esperimenti simili in cui però ai partecipanti veniva chiesto di creare qualcosa di originale non rispetto all’esperimento, ma in assoluto ed anche in queste esperienze si è potuto attestare che molti soggetti non solo non riconoscessero la fonte del ricordo, ma ne rivendicassero la paternità<sup>339</sup>. Questa seconda serie di esperimenti ha così individuato una forma particolare di “*cryptomnesia*” che è stata definita “*inadvertent plagiarism*” e che finisce con il corrispondere a quel fenomeno che dalla dottrina era stato definito come “*plagio inconscio*”. Come si diceva alla fine del paragrafo precedente, questi studi dimostrano la riconducibilità, quasi sistematica, ad ogni produzione che si pretenda avere il carattere dell’originalità di questi errori nella ricognizione della fonte con conseguente attribuzione a sé dell’opera in questione.

---

<sup>337</sup> Cfr. R.L. MARSH, J. D. LANDAU, e J.L. HICKS, *Contribution of Inadequate Source Monitoring to Unconscious Plagiarism During Idea Generation*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1997, 23, 886 e ss.; la prima versione di questa teoria è riconducibile a L. EISELEY, *Darwin, Coleridge, and the Theory of Unconscious Creation*, in *Daedalus*, 1965, 94, 588.

<sup>338</sup> Così A. S. BROWN e D. R. MURPHY, *Cryptomnesia: delineating inadvertent plagiarism*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1989, 15, 432;

<sup>339</sup> Cfr. P. L. TENPENNY, M. S. KERIAZAKOS, G.S. LEW e T. P. PHELAN, *In Search of Inadvertent Plagiarism*, in *The American Journal of Psychology*, 1998, 111, 4, 529, spec.532; R. L. MARSH, R.L. BOWER, *Eliciting cryptomnesia: Unconscious plagiarism in a puzzle task*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1993, 19, 673.

## CONCLUSIONI

Uno degli obiettivi principali che si propone questo elaborato è cercare di evidenziare quanto le concrete modalità di accertamento del plagio, con preciso riferimento alle composizioni di musica leggera, si siano allontanate dalla *ratio* originaria della tutela; come abbiamo precisato fin dal principio il diritto d'autore si compone di due anime: una a presidio del "lavoro intellettuale" e l'altra dello "sviluppo e della promozione della cultura". Si è anche detto che questi due obiettivi si possono realizzare solo trovando un equilibrio rispetto a tre aspetti fondamentali: la durata, la questione del plagio e quella delle libere utilizzazioni. In questo scritto ci si è concentrati sull'aspetto del plagio per comprendere se rispetto a tale versante possa dirsi realizzato o meno quell'equilibrio che permetterebbe alle due anime del diritto di coesistere. Il problema maggiore del plagio, civilisticamente inteso, risiede essenzialmente nel vuoto normativo da cui ha preso le mosse questa ricerca (1.1.) che ha costretto i giudici a costruire l'ossatura concreta della tutela partendo dal "carattere creativo" la cui interpretazione si presta, come visto, a essere naturalmente ambigua. Le definizioni di plagio elaborate dalla dottrina sono altamente "relativizzabili" poiché la fattispecie plagiaria, in realtà, deve essere accertata considerando numerose variabili che dipendono anche dal tipo di opera presa in esame; se pensassimo al plagio come ad una mera "appropriazione abusiva" di un'opera o della parte di essa munita del carattere creativo risulterebbe evidente che tale accertamento non potrebbe scindersi dalla verifica della creatività ed originalità dell'opera presunta plagiata. La tutela giuridica del diritto d'autore, allora, risulterà equilibrata e conforme rispetto a entrambe le sue anime solo se verrà posta a presidio di opere effettivamente creative e se, mi sentirei di aggiungere, non penalizzerà la produzione di opere creative che presentino "anche" elementi di altre opere precedenti. Si può escludere che l'equilibrio di cui si è detto possa essere realizzato solo introducendo le due definizioni, di carattere creativo e di plagio, mentre appare perfettamente ragionevole ipotizzare un intervento legislativo che ponga questi due concetti in relazione tra loro al fine di graduare l'estensione della tutela rispetto al gradiente di creatività il cui accertamento

sarebbe demandato di volta in volta ai giudici. La soluzione più immediata alla grave incertezza applicativa che si riscontra nelle controversie civili in materia di plagio risiede in una non rimandabile revisione del dato normativo; quindi non resta che cercare di capire in quale direzione dovrebbe muoversi il legislatore nel ridisegnare il quadro delle regole tenendo conto di tutti gli elementi fin qui esaminati. In questo senso, a parere di chi scrive, l'introduzione di un diritto d'autore che fornisca una tutela la cui estensione si adatti al carattere creativo delle opere coinvolte potrebbe essere la soluzione migliore. Tornando per un attimo al modello elaborato dalla dottrina americana, a cui abbiamo già fatto cenno<sup>340</sup>, è opportuno valutare quali sarebbero le conseguenze che l'introduzione di un sistema di questo genere produrrebbe rispetto al plagio di composizioni musicali di musica leggera. Come abbiamo avuto modo di anticipare in più luoghi di questa ricerca, l'architettura delle composizioni musicali *popular* tende a essere semplificata oltre che standardizzata e questo determina che normalmente nelle cause di plagio vengano coinvolte opere che non godono di un gradiente notevole di originalità. Il modello in esame suggerirebbe l'applicazione della c.d. "*added-value doctrine*" in base alla quale non potrà essere fatta valere l'efficacia reale del diritto d'autore contro gli autori di opere ugualmente o maggiormente originali rispetto a quelle a cui si sono ispirate a meno che il titolare della canzone pretesa plagiata non dimostri che la propria opera contenga un maggior grado di originalità nei confronti del patrimonio musicale pregresso rispetto a quello presentato dall'opera plagiaria. Qualora l'attore non fosse in grado di provare tale circostanza si dovrebbe inferire o che le due opere hanno lo stesso grado di originalità rispetto al patrimonio pregresso o che la seconda è più originale della prima ma, in entrambi i casi, l'unico rimedio che verrebbe concesso all'attore sarebbe quello risarcitorio parametrato, tra l'altro, al "valore di mercato" della propria opera<sup>341</sup>. Questo sistema, attraverso il rimedio risarcitorio, tutelerebbe l'anima del diritto a presidio del lavoro creativo, mentre

---

<sup>340</sup>Ci riferiamo al modello elaborato da G. PARCHOMOVSKY e A. STEIN, *Originality*, in *Virginia Law Review* 2009, Vol. 95, 2009, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 272, 1505, a cui si è fatto riferimento nella prima parte di questo lavoro (1.4.1.).

<sup>341</sup>*Ivi*, 1533 e 1534.



non escluderebbe dal mercato le opere concorrenti munite dello stesso o di un maggior grado di creatività preservando anche lo sviluppo culturale attraverso il libero accesso al mercato. Secondo tale approccio l'unico vero plagio sarebbe quello posto in essere da soggetti, non definibili autori in senso stretto, le cui opere non presentino neanche un gradiente minimo di originalità rispetto a quelle da cui hanno preso spunto. Si formerebbe così, una sorta di presunzione di plagio a discapito di opere create successivamente che si presentino, rispetto alle precedenti, identiche o simili in modo evidentissimo. Tale presunzione è vincibile dalla prova, da parte del convenuto, dell'indipendenza del proprio processo creativo<sup>342</sup>, non trascurandosi in questo modo l'annoso problema delle "coincidenze creative" risolto in modo conforme a quanto auspicato da una certa dottrina italiana secondo la quale due processi creativi "autonomi" darebbero vita a due opere ugualmente meritevoli di tutela, ancorché identiche, e non ad un unico oggetto del diritto. Contro il plagiatore, produttore di una vera e propria "copia pedissequa" dell'opera plagiata, il diritto d'autore dispiegherebbe tutta la sua efficacia sia in termini inibitori, sia in termini risarcitori, realizzandosi così anche l'ulteriore risultato di disincentivare la copia parassitaria. Questo modello, ad avviso di chi scrive, sarebbe perfettamente conforme alla *ratio* della tutela; tuttavia, essendo elaborato in riferimento al sistema di *copyright* americano, si porrebbe il problema di una sua trasposizione positiva e processuale nel diritto italiano, posto che anche una soluzione di questo genere non risolverebbe definitivamente il problema della certezza del diritto considerando che la valutazione del "merito creativo" delle opere resterebbe rimessa alla sensibilità dei giudici ed agli orientamenti espressi dalle perizie tecniche.

Tornando alla situazione italiana contingente, si è sottolineato che la dottrina ha più volte fatto istanza di una maggior rigidità applicativa dei presupposti della tutela rispetto a creazioni munite di un'originalità "modica", ma se questo fosse accaduto realmente, relativamente alle composizioni di musica leggera, forse sarebbe diventato impossibile individuare opere meritevoli della tutela da parte

---

<sup>342</sup> *Ivi*, 1543.

del diritto d'autore. Un esito simile non per forza privilegierebbe l'anima "collettiva" del diritto perché se non fosse mai possibile riconoscere questa tutela in concreto non ci sarebbe più ragione per fare quei grossi investimenti di "lancio e promozione" di cui si nutre la musica commerciale contemporanea. Anche questo punto merita di essere analizzato in modo critico visto che, come abbiamo potuto accennare, le nuove tecnologie hanno consentito lo svilupparsi di mercati alternativi in cui si può diventare - con investimenti minimi e nonostante l'assenza di intermediari - autori, produttori e distributori (attraverso internet) di se stessi. Fatta questa constatazione si deve ricordare che il mercato prevalente, per il momento, è ancora quello governato dalle *major* discografiche i cui "prodotti" hanno, in alcuni casi, un valore economico altissimo; agli investimenti delle case discografiche, in un sistema che applica in maniera rigorosa il criterio del carattere creativo, non sarebbe garantita alcuna forma di tutela. I giudici, forse inconsapevolmente, si sono resi partecipi di questo processo di industrializzazione del prodotto musicale e, in regime di buio normativo, non hanno potuto che abbassare il gradiente di creatività richiesto per accedere alla tutela anche richiamando procedimenti e parametri di giudizio mutuati dalla proprietà industriale sebbene quest'ultima sia informata ad una *ratio* ben diversa. Il filo conduttore della trattazione fin qui svolta, nell'ottica di una visione "industrializzata" del diritto d'autore, sembra essere proprio la "capacità distintiva" intesa come nuova soglia minima di creatività richiesta per la tutela dell'opera in quanto sufficiente a mantenere uno *status* di "leale differenziazione" sul mercato. Tale interesse, lontano anni luce dalla *ratio* originaria del diritto d'autore, ha iniziato a far capolino nelle sentenze di plagio musicale proprio con i numerosi riferimenti all'"ascoltatore medio" ed al "rischio di confusione" dello stesso rispetto ai prodotti, concetti di solito asserviti ad interessi di natura concorrenziale che però non dovrebbero essere presi in considerazione, quantomeno in via predominante, nel giudizio per plagio musicale.

Sottolineare l'incoerenza di questi metri di giudizio rispetto alla natura del diritto di cui si discute è sicuramente importante; tuttavia in questa operazione non può dirsi esaurito il nostro compito. Se è in questo modo che va oggi inteso il

giudizio per plagio musicale, i giudici dovrebbero cercare di porre in essere la valutazione sulla confondibilità nel modo più obiettivo possibile, anche facendo ricorso a quegli strumenti di indagine demoscopica di cui abbiamo detto in precedenza (2.4.2.). Nel caso in cui un certo grado di similarità formale, soprattutto rispetto alla linea melodica, possa generare confusione negli ascoltatori, plausibilmente alterando le loro scelte di acquisto a discapito dell'autore dell'opera plagiata, bisognerebbe valutare questo rischio ed il relativo "danno" in modo quanto più concreto possibile. Rispetto a tale considerazione però se ne pongono altre derivanti da quanto abbiamo avuto modo di rilevare guardando ai risultati delle ricerche cognitive dei fenomeni dell'ascolto (3.2.1.). La predisposizione di un'indagine demoscopica nell'ambito di un processo per plagio musicale presenterebbe profili di spiccata complessità in confronto all'ormai acquisita consapevolezza con cui da anni vengono analizzate le tendenze di mercato per meglio comprendere le scelte dei consumatori-medi. In questo dato si riscontra anche una certa differenza tra l'ascoltatore-medio, così come presentato dalla giurisprudenza italiana, e l' "ordinary observer" delle sentenze americane la cui descrizione giurisprudenziale, come abbiamo sottolineato, viene a sovrapporsi spesso a quella del consumatore-medio di quel determinato genere musicale. Tale sovrapposizione di fatto semplifica l'individuazione teorica del modello, proprio perché le eventuali perizie demoscopiche andrebbero a sondare "tendenze nei consumi" e non "abilità di ascolto". Per la giurisprudenza italiana non sembra darsi questa sovrapposizione in maniera espressa, anche se l'ascoltatore medio si pone come uno dei "modelli astratti di fruitore" (come il consumatore medio e l'utilizzatore informato) a cui si fa normalmente riferimento in molti ambiti processuali della proprietà industriale. Questa premessa lascia presagire che, conformemente a quanto già accaduto in materia di segni distintivi (2.4.1.), le corti saranno restie ad accettare l'idea di un ascoltatore medio statisticamente individuabile. A ciò si aggiunga che, tecnicamente, nell'ambito di una indagine demoscopica sarebbe impossibile determinare un "campione" effettivamente rappresentativo proprio per la circostanza scientificamente comprovata dell' eterogeneità delle reazioni cognitive dipendenti da una serie di variabili quali non solo le competenze

tecnico-musicali, ma anche le semplici esperienze di ascolto per forza di cosa estremamente soggettive oltre che connesse anche alla cultura musicale di provenienza. In sintesi: escludere i musicisti dal campione per risalire alla percezione “media” degli ascoltatori non sarebbe misura sufficiente posto che anche tra “medi” esistono grossissime differenze percettive. L’altro problema che si porrebbe nel caso di indagine demoscopica sarebbe quello dei parametri in base ai quali il giudice dovrebbe chiedere al consulente tecnico di effettuare la verifica. Quanto detto fino ad ora dovrebbe aver condotto alla consapevolezza che l’utilizzo delle categorie della melodia, armonia e ritmo presenti sia problemi legati alla trasposizione nel contesto della musica leggera di concettualizzazioni elaborate nell’ambito della musica colta sia legate alle abilità percettive dei singoli ascoltatori del campione. Esistendo basi scientifiche atte a suffragare il dato in base al quale resta maggiormente impresso nella mente degli ascoltatori l’andamento metrico della frase musicale (3.2.1); in ragione di ciò ci si chiede se sia corretto che i giudici continuino a far riferimento alla melodia come parametro principe di raffronto nei giudizi di plagio e se anche in caso di CTU demoscopica sarebbe opportuno porre ai soggetti domande relative alla percezione melodica. Altri profili critici che si presenterebbero nella predisposizione di un’indagine demoscopica relativa al plagio musicale sono emersi dallo svolgimento di un’esperienza empirica effettuata nel periodo di ricerca per questo elaborato.

Su richiesta del Prof. Roberto Caso<sup>343</sup> ho provato a realizzare un questionario sul plagio musicale che è stato somministrato a circa 50 studenti in due momenti

---

<sup>343</sup> Che si era già posto degli interessanti interrogativi sul tema dell’ascoltatore-medio a cui si è cercato di dare possibili risposte in questo elaborato. Nello specifico v. R. CASO, in *“Plagio e Creatività: un dialogo tra diritto ed altri saperi”*, Università degli Studi di Trento – Quaderni del Dipartimento n.98, 2011, si domanda: “chi determina ciò che viene percepito con immediatezza dai normali ascoltatori? Lo determina il perito musicale? In base a quale ragionamento? Non sarebbero necessari esperimenti cognitivi per misurare quel che l’ascoltatore medio percepisce? Il criterio dei comuni ascoltatori è forse una finzione giuridica che serve solo a rafforzare retoricamente il fatto di affidarsi alla critica musicale? Se la psicologia cognitiva demolisse l’assunto in base al quale i normali ascoltatori danno prevalenza alla melodia, quale criterio dovrebbe seguire il giudice quello del critico musicale o quello dello psicologo?” (spec. 21).

differenti<sup>344</sup>; l'esperienza, che non pretende di avere valore né statistico né tantomeno scientifico, ha avuto il pregio di evidenziare, anche alla luce di quanto descritto fino a questo momento, un altro problema, sottile ma spinoso, che si presenterebbe nella predisposizione di una CTU demoscopica nel giudizio di plagio. Nello specifico si è posta l'esigenza di introdurre nel questionario delle "domande di controllo" che permettessero di stabilire il livello di abilità tecnico-musicale dei soggetti partecipanti al "sondaggio" e nello specifico della loro capacità di discernere gli elementi caratteristici del fraseggio musicale (melodia, armonia e ritmo). Il problema che si pone, alla luce di quanto rilevato con riferimento ai processi cognitivi dell'ascolto, riguarda l'affidabilità dell'autovalutazione fatta dai partecipanti delle proprie abilità: come visto, infatti, la capacità di memorizzare determinate strutture sonore e di compararle, non dipende in alcun modo dal sapere dare un nome a quegli elementi, per cui anche soggetti che si sono dichiarati "*analfabeti musicalmente*" potrebbero aver fornito risposte conformi a quelle che avrebbero potuto offrire dei tecnici o dei musicisti professionisti. Questo rilievo prova con maggior vigore che, almeno sotto un profilo cognitivo, sarebbe difficile predisporre un campione "di ascoltatori medi", mentre più agevole sarebbe formarne uno di "consumatori-medi" di un certo genere musicale – quello dei brani in giudizio – onde sondare il rischio di confondibilità che potrebbe potenzialmente comportare un danno, in termini di sviamento di clientela potenziale, al creatore della canzone precedente. Ma l'ascoltatore-medio non è l'unico punto della disciplina che questa trattazione ha cercato di mettere in discussione; altro nodo è quello che riguarda l'opportunità di utilizzare la "melodia" quale parametro principe di raffronto nel giudizio di plagio. Sulla scorta di quanto segnalato dalla musicologia contemporanea, che ha descritto l'elemento melodico proprio come

---

<sup>344</sup> Il questionario, che si trova assieme ad un report dei risultati nell'appendice di questa tesi, è stato somministrato agli studenti dopo averli riprodotto alcuni esempi di plagi o di cover, onde sondare la loro capacità di reperire somiglianze e differenze e capire quale sarebbe stata la loro reazione, anche in qualità di potenziali acquirenti, alla scoperta del plagio. Effettivamente è emerso che, anche se gran parte dei soggetti si è inizialmente dichiarato "scarsamente preparato musicalmente", l'individuazione degli elementi comuni e di quelli dissimili è stata piuttosto precisa da parte di tutti indifferentemente.

“frazione tipicamente appropriabile”, si è portati ad escludere, almeno in linea teorica, che ciò che per definizione può esser fatto proprio possa anche costituire parametro unico in un giudizio che dovrebbe accertare proprio una “illecita appropriazione”. Tale affermazione è suffragata dagli effetti dei già discussi fenomeni di “standardizzazione” e “semplificazione” della melodia nelle composizioni di musica leggera. L’esistenza di un *range* limitato di scelte espressive sul versante melodico è stato corroborato in primo luogo dalla stessa semiotica musicale secondo cui (1.5.2.), al fine di produrre una melodia facilmente “appropriabile” da parte degli ascoltatori, si dovranno rispettare da un lato regole fonetiche dall’altro regole di sviluppo parametriche alla funzione comunicativa che si vuole far assumere al brano. La standardizzazione ha trovato una spiegazione anche sul versante cognitivo in quanto il compositore nell’effettuare la scelta espressiva si porrà “virtualmente” sotto la prospettiva dell’ascoltatore e cercherà di realizzare le “aspettative” determinate dall’esistenza di una “scala tonale immaginaria” impressa nella memoria a cui chi ascolta fa riferimento inconsciamente per giudicare la “giustezza” di un insieme di suoni (3.2.1.). Dal canto loro gli ascoltatori percepiscono quello che abbiamo definito “contorno melodico” e ricevono una sensazione di piacere quando questo “contorno” corrisponde ad altri già ascoltati in precedenza che abbiano suscitato una sensazione altrettanto positiva; la “standardizzazione” trova una quasi banale spiegazione cognitiva nella circostanza per cui il compositore è anche ascoltatore e per questo sarà portato a scrivere proprio ciò che corrisponderebbe alle proprie aspettative di ascoltatore; tali aspettative, nella musica occidentale, sono di fatto uniformi in quanto è pressoché uniforme il modello di scala temperata impressa nelle nostre memorie. Ulteriore spiegazione della omogeneità melodica nella musica leggera è riferita dalla sociologia della musica che ha sottolineato l’esistenza di un rapporto “nuovo” tra consumatore e prodotto musicale tale per cui non sono i gusti del primo a determinare il modo in cui il secondo si estrinseca ma è la precisa forma del secondo a incidere sulla formazione della identità musicale del primo(2.1.2.). Conformemente a quanto osservato in tema di funzione comunicativa dei segni distintivi, anche la standardizzazione melodica svolge una non sottovalutabile funzione di

“costruzione del target di ascolto” a cui difficilmente si sarà portati a rinunciare in nome della “originalità”. Alla standardizzazione si aggiunge la “semplificazione” della struttura melodica anche questa perfettamente spiegabile sotto un profilo cognitivo: si è dimostrato in via sperimentale che le “preferenze musicali” possano essere rappresentate in funzione della “complessità strutturale” su un grafico che ha la forma di una “U” rovesciata in base al quale la preferenza sarà massima per quelle composizioni che presentino un “grado ottimale di complessità” tali, cioè, da non essere né eccessivamente semplici né eccessivamente complesse. Si è inoltre dimostrato che una maggiore complessità strutturale necessita di un numero più alto di ascolti per far crescere il gradimento da parte dell’ascoltatore e da questi esperimenti si può inferire rapidamente che se ciò che l’autore sta cercando è un “rapido successo” la semplicità melodica è senza dubbio la strada più veloce per raggiungerlo<sup>345</sup>.

Ultimo punto che merita di essere ulteriormente sviscerato è quello riguardante i possibili effetti teorici di quanto asseverato in tema di “*unconscious plagiarism*” rispetto alla materia che ci occupa. Nello specifico, i numerosi esperimenti che hanno dimostrato una strutturale fallacia nelle abilità di “*source monitoring*” da parte del nostro cervello, se coinvolto in processi di produzione creativa, ci offrono il destro per valutare sotto una nuova prospettiva sia il fenomeno delle “coincidenze creative” sia quello relativo all’elemento psicologico nel plagio. Come proposto dalla dottrina, a cui si sente di aderire, la coincidenza creativa, con ciò intendendosi la creazione “indipendente” di un’opera identica o evidentemente simile a quella di un terzo, dovrebbe determinare l’esistenza di due opere distinte con due diversi titolari entrambe, se originali, meritevoli di tutela. A tale premessa si dovrebbe aggiungere quanto asserito in tema di “*inadvertent plagiarism*” fenomeno che determina l’attribuzione a sé di una creazione originale anche quando l’idea da cui si è tratto spunto derivi da una fonte esterna per effetto di un “errore cognitivo” ricorrente nei processi di

---

<sup>345</sup> Il rapporto tra “preferenza” e “complessità” nell’ambito musicale è stato osservato da Paul Vitz i cui esperimenti sono riportati da P. BALL, *L’istinto musicale*, Dedalo, Bari, 2011, spec.408.

produzione di opere creative. La situazione delle creazioni “effettivamente” indipendenti appare pertanto parificabile a quella delle creazioni “virtualmente” indipendenti, intendendosi con tale aggettivo riferirsi a quelle creazioni che inglobano effettivamente spunti derivanti da altre opere ma “inconsciamente” attribuite a sé dall'autore. Sotto il profilo dell'elemento soggettivo l'inconsapevolezza del plagio non funzionerebbe così da “eccezione” alla configurazione dell'illecito, ma bensì ne eliminerebbe i presupposti in partenza, in quanto nel caso di creazioni “virtualmente” indipendenti non si potrebbe parlare né di copia né di riproduzione né tantomeno di illecita appropriazione posto che l'autore le avverte come proprie.

Quanto fin qui sostenuto e argomentato non ha presunzione di mutare le dinamiche di accertamento del plagio musicale con speciale riferimento alle opere di musica leggera, ma semplicemente vorrebbe sottolineare da un lato l'incoerenza delle modalità di accertamento rispetto agli interessi che dovrebbero essere tutelati dal diritto d'autore e dall'altro l'incompatibilità di questi strumenti rispetto all'oggetto specifico del giudizio “l'opera musicale” che presenta profili di estrema particolarità e complessità che meriterebbero di assumere un ruolo più incisivo rispetto alle dinamiche processuali di accertamento.

Lungi dal voler proporre una “*scientizzazione*” del diritto, si ritiene che sia la dottrina che la giurisprudenza non possano rimanere sorde rispetto alle acquisizioni degli altri “*saperi*” soprattutto in una materia come il diritto d'autore in cui il carattere interdisciplinare della trattazione sembra essere una necessità, più che una scelta opzionale. Solo in questo modo il giurista, inizialmente confuso e smarrito per l'assenza di riferimenti normativi, potrà ritrovare approdi più sicuri.



### 1.1.1 APPENDICE

## 1.2 Questionario Plagio Musicale

*Istruzioni: alla consegna del foglio completa solo le domande relative alla “parte 1” ed aspetta ulteriori indicazioni.*

### PARTE 1

Sesso:  M  F

Età:  19-20  21-22  23-24  25≥

#### Genere Musicale Preferito:

*(1 sola preferenza)*

- Classica  Jazz – Blues  Pop  Dance  
 Rock  Metal  Ascolto un po' di tutto  
 Altro (specificare) \_\_\_\_\_

**In una scala da 1 a 10 come valuti la tua capacità di distinguere tra diversi elementi della struttura compositiva di un brano (armonia-melodia-ritmo)?**

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----

### PARTE 2

**a) Quale elemento della struttura compositiva ti sembra che le tracce abbiano in comune? (massimo 2 risposte)**

- Armonia  Ritmo  Melodia  Nessuno  Non saprei dire

**b) Quale delle tracce pensi si possa ritenere essere stata fonte di ispirazione per le altre?**

- Traccia 1  Traccia 2  Traccia 3  Traccia 4

**c) Cosa differenzia le altre tracce da quella che ritieni essere la fonte di ispirazione?**

- Armonia  Ritmo  Melodia  Niente, sono identiche  
 Anche se presentano elementi in comune sono diverse tra loro.

**d) Se nella domanda precedente hai scelto l'ultima opzione, quale ritieni essere la causa di questo risultato differente?**

- L'interpretazione del cantante       Appartengono ad un genere diverso

**e) Se dovessi comprare il singolo di una di queste tracce quale acquisteresti?**

- Traccia 1    Traccia 2    Traccia 3    Traccia 4

**f) Sei in grado di riconoscere l'interprete/autore delle singole tracce?**

- Sì       Non per tutte       No

Traccia 1: \_\_\_\_\_

Traccia 2: \_\_\_\_\_

Traccia 3: \_\_\_\_\_

Traccia 4: \_\_\_\_\_

### PARTE 3

**g) Quale elemento della struttura compositiva ti sembra che le tracce abbiano in comune? (massimo 2 risposte)**

- Armonia       Ritmo       Melodia       Nessuno       Non saprei dire

**h) Quale delle tracce pensi si possa ritenere essere stata fonte di ispirazione per le altre?**

- Traccia 1    Traccia 2       Traccia 3

**i) Cosa differenzia le altre tracce da quella che ritieni essere la fonte di ispirazione?**

- Armonia    Ritmo       Melodia       Niente, sono identiche  
 Anche se presentano elementi in comune sono diverse tra loro.

**j) Se nella domanda precedente hai scelto l'ultima opzione, quale ritieni essere la causa di questo risultato differente?**

- L'interpretazione del cantante       Appartengono ad un genere diverso

**k) Se dovessi comprare il singolo di una di queste tracce quale acquisteresti?**

- Traccia 1    Traccia 2       Traccia 3

**l) Sei in grado di riconoscere l'interprete/autore delle singole tracce?**

Sì       Non per tutte       No

Traccia 1: \_\_\_\_\_

Traccia 2: \_\_\_\_\_

Traccia 3: \_\_\_\_\_

#### **PARTE 4:**

##### **m) Attribuisi disvalore etico al plagio?**

Sicuramente Sì     Assolutamente No     Dovrei valutare caso per caso

Altro: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

##### **n) Se scopri che un brano che apprezzi particolarmente non è “originale al 100%” questo cambia il tuo giudizio sullo stesso?**

Sì, in negativo     No non mi interessa     Non so rispondere

Altro: \_\_\_\_\_

# Report Questionario

## PARTE 1: Analisi del campione (n°45 partecipanti)

<b>Sesso</b>	M	16	F	29
<b>Età</b>				
19-20 anni	3			
21-22 anni	19			
23-24 anni	17			
25 > anni	6			
<b>Genere Musicale</b>				
Classica	0			
Jazz-Blues	0			
Pop	3			
Dance	0			
Rock	6			
Metal	0			
Vari	33			
			Reggae, Colonne Sonore, Leggera	
Altro	3	Italiana		

### Autovalutazione della capacità di discernere i singoli elementi della struttura compositiva

1	3	6	9
2	1	7	4
3	13	8	4
4	8	9	1
5	2	10	0

## PARTE 2: "All By Myself"

Quale/i elemento/i della struttura compositiva sembra comune alle tracce?

Armonia	16
Ritmo	3
Melodia	39
Nessuno	0

*Fig.  
1*

Non saprei 2

**Quale delle tracce si ritiene essere stata "fonte di ispirazione" per le altre?**

Celine Dion (T1) 3  
Frank Sinatra (T2) 16  
Rachmaninov (T3) 20  
Eric Carmen (T4) 5

**Quale/i elemento/i differenziano le tracce?**

*Fig.*  
2

**Armonia** 13  
Ritmo 24  
Melodia 4  
Niente, sono identiche 0  
Anche se presentano elementi comuni sono differenti 9

**Se si è selezionata l'ultima opzione nella domanda precedente specificare cosa si ritiene causare il "risultato differente"**

interpretazione del cantante 5  
mera appartenenza a generi differenti 3

**Traccia selezionata in caso di acquisto**

Celine Dion (T1) 22  
Frank Sinatra (T2) 6  
Rachmaninov (T3) 3  
Eric Carmen (T4) 14

**Capacità di riconoscere le singole Tracce**

Celine Dion (T1) 10  
Frank Sinatra (T2) 4  
Rachmaninov (T3) 1 Nello specifico individua (T3) e (T1)  
(Individuano  
Eric Carmen (T4) 2 T1,T2,T4)  
Nessuna 28

**PARTE 3: "Umbrella"**

**Quale/i elemento/i della struttura compositiva sembra comune alle tracce?**

*Fig.*  
4

Armonia 9

Ritmo	12
Melodia	31
Nessuno	0
Non saprei	0

**Quale delle tracce si ritiene essere stata "fonte di ispirazione" per le altre?**

The Baseballs (T1)	27
Rihanna (T2)	14
Vanilla Sky (T3)	3

**Quale/i elemento/i differenziano le tracce?**

Armonia	6
Ritmo	22
Melodia	4
Niente, sono identiche	2
Anche se presentano elementi comuni sono differenti	11

*Fig.*  
5

**Se si è selezionata l'ultima opzione nella domanda precedente specificare cosa si ritiene causare il "risultato differente"**

interpretazione del cantante	5
mera appartenenza a generi differenti	9

**Traccia selezionata in caso di acquisto**

The Baseballs (T1)	21
Rihanna (T2)	12
Vanilla Sky (T3)	11

## BIBLIOGRAFIA

### **Articoli e Monografie.**

- ADORNO T.W., *Introduzione alla sociologia della musica*, Einaudi, Torino, 1998
- ADORNO T.W., *Il carattere di feticcio in musica e la regressione dell'ascolto*, in *Dissonanze*, a cura di G. Manzoni, Einaudi, Torino 1981
- ALGARDI Z.O., *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978
- ALVISI C., *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, 2008, 3, 700
- AMATO E., *Il plagio mozartiano*, in *KonSequenz*, 2002, 7
- ANDERSON C., *La coda lunga: da un mercato di massa a una massa di mercati*, traduzione di S. BOURLLOT, Codice, Torino, 2010
- ANDRIOLI T., *Il plagio: un'originalità non variata*, in *Il Diritto di autore*, 2002, 255
- ANGELICCHIO G., *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA*, 2005, 569
- APREA T., *Rubato ma non troppo*, De Santis, Roma 1982
- ARE M., *L'oggetto del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano 1963
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960
- AUTERI P. e Aa.Vv., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005
- AUTERI P., *La futura disciplina europea del design fra tutela del diritto d'autore e repressione della concorrenza sleale*, in *Contratto Impresa Europa*, 1998, 2

- BAKER N.K., *Heinrich Koch and the Theory of Melody*, in *Journal of Music Theory*, 1976, vol.20, n.1.
- BALL H., *The Law of copyright and literary property*, Bender , s.l.,1944.
- BALL P., *L'istinto musicale: come e perché abbiamo la musica dentro*, Dedalo, Bari, 2011.
- BELLANI V., *Libera circolazione degli esemplari delle opere dell'ingegno tra distribuzione ed esaurimento*, in *Dir. autore*, 2009, 206.
- BENSON D., *Music: a mathematical offering*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006
- BERIO L., *Un ricordo al futuro. Lezioni americane* a cura di T. PECKER , Einaudi, Torino, 2006
- BERTANI M., “*Diritto d'Autore Europeo*”, Giappichelli, Torino, 2011
- BERZELLONI P., “*Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*”, in *Dir. autore*, 1998, 464
- BOGNI M., sub. art. 33 c.p.i., in C. GALLI e A.M. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, UTET, Torino, 2011, 1
- BOLDRIN M. e LEVINE D.K., *Abolire la proprietà intellettuale*, Laterza, Bari, 2012
- BONELLI G., *Il plagio di opere musicali*, in *Dir. autore*, 2000, 179
- BONELLI G., *Marchio deceptivo e consumatore medio*, in *Il diritto industriale*, 2001, 247.
- BOVI M., *Anche Mozart copiava. Cover, somiglianze, plagi e cloni*, Auditorium, Milano, 2004
- BROWN A. S. e MURPHY D. R., *Cryptomnesia: delineating inadvertent plagiarism*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 15, 432 (1989)



- CAIANIELLO V., *Profili di legittimità costituzionale della legge sul diritto d'autore nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni* 1988, fasc.1-3, 91
- CAROSONE O., *Riflessioni in tema di plagio contraffazione*, in *Dir. autore*, 1984, 191.
- CARUSO M.A., *Temi di diritto dei beni immateriali e della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2011
- CASO R. (a cura di), *Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca: atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 5 maggio 2009*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2010
- CASO R. (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi: atti dei Seminari tenuti il 21 e il 28 aprile 2010 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, nr. 98, Università degli Studi di Trento, Trento, 2011
- CIARDIELLO, *Protezione del diritto di esclusiva, e concorrenza sleale per imitazione servile* (nota a Trib. Napoli 10 giugno 2010), in *Il diritto industriale*, 2001, 328
- COASE R.H., *Payola in Radio and Television Broadcasting*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 269-328
- CORRADO R., *Opere dell'ingegno e privative industriali* in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli*, Vallardi, Milano 1961
- CRONIN C., *Concepts of Melodic Similarity in Music-Copyright Infringement Suits*, in *Computing in Musicology*, 1997-1998, 11, 191
- DALLA BELLA S. e PERETZ I., *Differentiation of classical music requires little learning but rhythm*, in "Cognition", 96, 2005, B65
- DAY B., *In defens of copyright: record labels, creativity, and the future of music*, in *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*, 2011, Vol. 21, No. 1, 62.

DE ANGELIS D., *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Giuffrè, Milano, 2005

DE ANGELIS D., *Opera musicale e plagio parziale* (nota di commento di cass. 23 novembre 2005 n. 24594), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 11, I, 1152

DE LA MOTTE D., *La melodia un libro da leggere e da studiare*, ed. ita. a cura di M. Giani, Astrolabio, Roma 2010

DE SANCTIS V.M., *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012

DE SANCTIS V.M., *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971

DE SANCTIS V. M., *La Corte Costituzionale e il diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 1995, 428

DE SANCTIS VITT., *Il prolungamento della durata dei diritti*, in *Enc. Dir., agg. II*, Giuffrè, Milano, 1998

DI CATALDO V., *Banche dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *AIDA*, 1997, 1

DONATI A., *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in *AIDA* 1997, 6, 405

DOWLING W. J., *The perception of interleaved melodies*, in *Cog. Psychol.*, 5, 322

DRASSINOWER A., *A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 16, 10, (2003)

DRASSINOWER A., *Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright* (2001), *Stanford/Yale Jr. Faculty Forum Paper No. 01-06 and U of Toronto, Public Law Research Paper No. 01-06*

DUNHILL T.F., *The evolution of melody*, in *Proceedings of Musical Association*, 34th sess.(1907-1908), 102

- EISELEY L., *Darwin, Coleridge, and the Theory of Unconscious Creation*, in *Daedalus*, 1965, 94, 588
- ERCOLANI S., *Una scommessa riflessione sul diritto d'autore all'epoca della convergenza (seconda parte)*, in *Dir. autore*, 2008, 1
- FABIANI M., *L'attuazione della direttiva CEE sulla durata di protezione dei diritti d'autore e dei diritti connessi*, in *Dir. autore*, 1996, 303
- FABIANI M., *Gli apparecchi sono creatori intellettuali?*, in *Dir. autore*, 1966, 95
- FABIANI M., *Plagio inconscio e reminiscenze creazione di opere musicali*, in *Dir. autore*, 1965, 433
- FABIANI M., *Problemi in tema di tutela della musica elettronica*, in *Dir. autore*, 1964, 139
- FRAGOLA A., *Aspetti giuridici dell'audiovisivo (Dodicesima serie)*, in *Dir. autore*, 1999, 369
- FRANZOSI M. in M. SCUFFI, M. FRANZOSI e A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, Cedam, Padova, 2005, 138
- GALLI C. e GAMBINO A.M., *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Utet, Torino, 2011
- GALLI C. in UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2004, IV ed.
- GALTIERI G., *La ratifica della Convenzione di Berna nell'atto di Parigi e l'adeguamento della legislazione italiana*, in *Dir. autore*, 1979, 911
- GELATO P., *Valore probatorio delle indagini di mercato (inchieste demoscopiche) agli effetti dell'accertamento della decadenza per non uso di un marchio*, in *Giur. it.*, 1991, 6
- GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2008, II ed.

- GINSBURG J.C. e KERNOCHAN J.M., “*Centodieci anni dopo: gli Stati Uniti aderiscono alla Convenzione di Berna*”, in *Dir. autore*, 1989
- GIULIANI A., in *Le obbligazioni a cura di M. Franzoni*, Utet, Torino, 2004-2005.
- GIUSEPPE T.A., *Appunti di storia dell'evoluzione del diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 1979, 2-3, 186.
- GOLDSTEIN P., “*International Copyright – Principles, Law, and Practice*”, Oxford University Press, New York, 2001, I ed.
- GRECO P. e VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano Vassalli*, vol. XI, t. III, Utet, Torino, 1974
- GROSSI P., “*Mitologie Giuridiche della Modernità*”, Giuffrè, Milano, 2001
- HAGEL J. e RAYPORT J.F., *The new infomediaries*, in *The McKinsey Quarterly*, 2000, 3, 119
- HEDBDIGE D., *Sottocultura. Il fascino di uno stile innaturale*, Costa & Nolan, Genova, 2000
- HEWLETT W.B., SELFRIDGE-FIELD E., *Melodic Similarity: Concepts, Procedures, and Application*, in *Computing in Musicology 11*, CCARH Stanford University, s.l., 1998
- HUBMANN V., *Das Recht des schöpferischen Geistes*, s.n., Berlino 1954
- IZZO U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore: tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma, 2010
- JARACH A., *Plagio di una composizione musicale: il caso De Gregori*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 11, 1475
- JARACH G., *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, Milano, 1968, 312
- KANT I., *Critica della ragion pura*, Laterza, Bari, 1993

KAROLYI O., *La grammatica della musica : la teoria, le forme e gli strumenti musicali*, Einaudi, Torino 2010, XII ristampa

KEYT A., *An improved framework for music plagiarism litigation*, in *California Law Review*, Vol. 76, No. 2 (Mar., 1988), pp. 421-464

KROHN D.R.P., *Media-Rich Input Application liability*, in *Michigan Telecommunications & Technology Law Review*, Vol. 17 Issue 1, p201-241, 41p, (November 2010)

KRUGMAN P. e WELLS R., *Microeconomia*, Zanichelli, Bologna, 2006

KRUMHANSL C.L., SANDELL G.J. e SERGEANT D.C., *The perception of tone hierarchies and mirror forms in twelve-tone serial music*, in *Music Perception*, 5, 1987, 31

L. MOLTENI L. e ORDANINI A., *Models of Online Music Consumption: Definition and Implications for Management*, Sda Bocconi, 2002, Research Division Working Paper, n. 02-70

LAMETTI D., *The Objects of Virtue*, in *Property and Community*, pp. 1-37, Gregory S. Alexander, Eduardo Penalver, eds., New York, Oxford University Press, (2010)

LANDER W.M. e POSNER R.A., *The economic structure of intellectual property law*, Harvard University Press, Cambridge, (2003)

LANDES W.M. e POSNER R.A., *Indefinitely Renewable Copyright*, in *U. Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 154, (2002)

LATMAN A., *"Probative Similarity" as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright*, in *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 5 (Jun., 1990), pp. 1187-1214

LECHEVALIER B., *Il cervello di Mozart*, Bollati Boringhieri, Torino, (2006)

LEMLEY M.A., *Convergence in the Law of Software Copyright?*, in *High Technology Law Journal*, Vol. 10:1, 1995, Stanford Public Law Working Paper No. 2127335

- LEMLEY M.A., *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, in *Stanford Public Law Working Paper*, August 18, 2010, 1661434
- LESSIG L., *Remix*, The Penguin Press, New York, 2008, 76
- LETTIERI N., *Fuori da uno splendido isolamento. Le scienze cognitive negli orizzonti della scienza giuridica*, in *Sistemi Intelligenti*, 2010, XXII, 323
- LEVITIN D.J., *Fatti di musica: la scienza di un'ossessione umana*, Codice ed., Torino, 2008
- LIBERTINI M., *La perdita di capacità distintiva*, in *Il diritto industriale*, 2007, 1, 33
- LIU J.P., *Copyright and Time: A Proposal*, in *Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 2, 3, (2002)
- MANCINI L., *Alle origini del diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 2008, 425
- MARSH R.L., BOWER R.L., *Eliciting cryptomnesia: Unconscious plagiarism in a puzzle task*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1993, 19, 673
- MARSH R.L., LANDAU J. D., e HICKS J.L., *Contribution of Inadequate Source Monitoring to Unconscious Plagiarism During Idea Generation*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1997, 23, 886
- MARZANO P., *Il digital audio sampling tra diritto d'autore, right of publicity e legge marchi*, in *Dir. autore*, 2002, 293
- MAZUMDER A., *Anomalies in Copyright Law*, in *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 9, 655, (2006)
- MAZZIOTTI G., *Diritto d'autore, libere utilizzazioni e licenze per attività didattiche: l'insostenibile leggerezza della legge italiana in una prospettiva europea e comparata*, in *Dir. autore*, 2011, 207
- MADEO A., *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti* in *Diritto Penale e Processo*, 2010, fasc. 1, 10

- MESSINA V. S., *Le plagiat littéraire et artistique*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Sirey, Parigi, 1935, II
- MIDDLETON R., *Studiare la popular music*, Feltrinelli, Milano 1995
- MIGLIACCIO C., *Il carattere temporale del feticismo musicale*, in *La regressione dell'ascolto* a cura di S. Vizzardelli, Quodlibet, Macerata, 2002
- MONTALDO F., *Il ritratto fotografico digitale tra diritto d'autore, diritti della persona e tutela della privacy*, in *Responsabilità civile e previdenza* 2010, fasc.11, 2369
- MOSCATI L., *Napoleone e la proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2006, fasc. 2, pt. 1, 177, 2006
- MÜLLENSIEFEN D. e PENDZICH M., *Court decisions on music plagiarism and the predictive value of similarity algorithms*, in *Musica Scientia Discussion Forum*, 2009, 4B
- NEWELL A., SHAW J.C. e SIMON H.A., *The process of creative thinking*, in *Contemporary approaches to creative thinking*, a cura di H. Gruber, G.Terrel e M. Wertheimer, Prentice Hall, New York, 1962
- ONORATO P., "La tutela penale del diritto d'autore. Le fattispecie incriminatrici dopo la Legge n. 248/2000", in *Cassazione penale*, 2003, 675
- OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, I, 189
- OSTERBERG R. C. e OSTERBERG E.C., *Substantial Similarity in Copyright Law*, PLI, s.l., 2003
- PARCHOMOVSKY G. e STEIN A., *Originality*, in *Virginia Law Review* 2009, Vol. 95, 2009, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 272, 1505
- PARDOLESI R., *Antitrust e multimedialità*, in *AIDA*, 1995, 93
- PASCUZZI G. e CASO R. (a cura di), "I diritti sulle opere digital?", Cedam, Padova, 2002

- PASCUZZI G., *Il sampling*, in *AIDA*, 1998, pt. 1, 83
- PASCUZZI V. G., *Scienze cognitive e formazione universitaria del giurista*, in *Sistemi Intelligenti*, 2007, XIX, 137
- POSNER R.A., *Il piccolo libro del plagio*, Elliot, Roma, 2007
- PROTETTI D., *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 1, 24
- RAMELLO G.B., *Il diritto d'autore tra creatività e mercato*, in *Economia pubblica*, 2002, 1, 37
- RENOIRD A.C., *Traité des droits d'auteur*, s.n., Parigi, 1938
- RESTA G., *Il giudice ed il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: "diritto e musica"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, fasc.2, 470
- RICOLFI M. in AUTERI P., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2005
- RIMMER M., *The Grey Album: Copyright Law and Digital Sampling*, in *Media International Australia Incorporating Culture and Policy*, 2005, 114, 40
- RINGER A.L., *Musical Taste and the Industrial Syndrome. A Socio-Musicological Problem in Historical Analysis*, in *International Review of the Aesthetics and Sociology of Music*, 1994, Vol. 25, No 1/2, 79
- ROSS A., *Senti questo*, Bompiani, Milano, 2011
- SACHS C., *Le sorgenti della musica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007
- SAMMARCO P., *La disciplina della censura cinematografica*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2010, fasc.3, 423
- SANDRI S., *L'utilizzatore informato nel design*, in *Il diritto industriale*, 2006, 5
- SANTOIANNI C., *Popular music e comunicazioni di massa*, Eds, Napoli, 1993



- SARTI, *La tutela estetica del prodotto industriale*, Giuffrè, Milano, 1990
- SCHÖNBERG A., *Manuale di armonia a cura di L. ROGNONI*, Il saggiatore, Milano 1973, II ed.
- SCHÖNBERG A., *Funzioni strutturali dell'armonia a cura di L. ROGNONI*, Il saggiatore, Milano, 1967
- SENA G., *Confondibilità in astratto e in concreto*, in *Il diritto industriale*, 2007, 58
- SHERMAN, *Musical Copyright Infringement: the Requirement of Substantial Similarity*, in *22 Copyright L. Symp. (ASCAP)*, 1977, 83
- SIBILLA G., *I linguaggi della musica pop*, Strumenti Bompiani, Milano, 2003
- SIDAK G. e KRONEMYER D.E., *The 'New Payola' and the American Record Industry: Transaction Costs and Precautionary Ignorance in Contracts for Illicit Services*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1981, Vol. 10, No. 3, 521
- SIRONI G. E., *La "percezione" del pubblico interessato*, in *Il diritto industriale*, 2007, 2, 121
- SLOBODA J.A., *La mente musicale*, Il Mulino, Urbino, 1996
- SLOBODA J.A., *Exploring the musical mind*, Oxford University Press, New York, 2005
- SORDELLI L., *Marchio e secondary meaning*, Giuffrè, Milano, 1979
- SPADA P., *"Creazione ed esclusiva", trent'anni dopo*, *Rivista di diritto civile*, 1997, fasc. 2, I, 215
- SPADA P., *Variazioni sul tema del plagio musicale*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2003, 1, II, 1
- SPOLIDORO M.S., *Le eccezioni e le limitazioni*, in *AIDA*, 2007, 179
- STALLMAN R.M., *Did you say: "Intellectual Property"? It's a seductive mirage*, *Cyberspazio e diritto* 2005, vol.6, n.1, 75

- STEARNS L., *Copy Wrong, Plagiarism, Process, Property and Law*, in *Perspective on Plagiarism*, State University of New York Press, Albany, 1999
- STEFANI G. e MARCONI L., *La melodia*, Strumenti Bompiani, Milano 1992
- STEFANI G., *Il segno della musica*, Sellerio, Palermo, 1987
- STEFANI G., *Melody: a Popular Perspective*, in *Popular Music*, 1987, b, vol.6, n.1, 22
- STEFANI G., *La competenza musicale e cultura della pace*, Clueb, Bologna, 1985
- TAGG P., *Musicology and the semiotics of popular music*, in *Semiotica* 66, 1987, 1-3, 279
- TATAFIORE A., *Le utilizzazioni libere nella nuova disciplina del diritto d'autore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007
- TEMPERLEY D., *A probabilistic model of melody perception*, in *Cognitive Science*, 2008, 32, 418
- TENPENNY P.L., KERIAZAKOS M.S., LEW G.S. e PHELAN T. P., *In Search of Inadvertent Plagiarism*, in *The American Journal of Psychology*, 1998, 111, 4, 529
- TVERSKY A., *Features of similarity*, in *Psychological Review*, 1977, 84
- TYPKE R., WIERING F. e VELTKAMP R.C., *Transportation distances in human perception of melodic similarity*, in *Musica Scientia Discussion Forum*, 2007, 4A
- VACCARO L. e COHN D.Y., *The evolution of Business Models and Marketing Strategies in the Music Industry*, in *International Journal on Media Management*, 2011
- VALLE A., LOMBARDO V. e VOGEL H., *Alternating from 1 to X and Vice Versa: an Interactive Concert-Performance Homage to Alighiero Boetti*, in *ACM Multi Media*, 2007, Augsburg, 23-28/09/07
- VANZETTI A. e DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2005

VANZETTI A., *Note in tema di volgarizzazione del marchio (una riesumazione?)*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, 6, 279

VENTURIELLO M., *Il requisito della liceità nei marchi*, in *Giurisprudenza Italiana* 2007, fasc.3, 662

WICKE P., *Rock music: a musical aesthetic study*, in *Popular Music*, 1982, 2, 236

ZIINO D., *Considerazioni giuridiche sul plagio dell'espressione musicale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1976, 2, 854

### ***Giurisprudenza italiana***

*Endrigo e altri c. Bacalov e altri*, Trib. Roma 22 gennaio 2001, in *Dir. autore*, 2002, 75

*Endrigo e altri c. Bacalov e altri*, Cass. 23 novembre 2005 n. 24594, in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 11, 1146

*EMI Songs Ed. Musicali srl. C. R.C.S. Libri e Grandi Opere Spa. e altri*, Trib. Milano 28 ottobre 2002, in *Dir. autore*, 2003, 3, 486

*Branduardi e altri c. Soc. Perugina ind. e altri*, Trib. Roma, 12 maggio 1993, in *AIDA*, 1994, 386

*NMG Ricordi spa e altri c. De Gregori e Sony Music Entertainment spa*, Trib. Roma, 31 maggio 2002, in *Corriere Giuridico*, 2003, 11, 1475

*Carrisi c. Jackson e altri*, Pret. Roma, 21 dicembre 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 648

*Carrisi c. Jackson e altri*, Trib. Milano, 18 dicembre 1997, in *AIDA*, 1998, 713

*Carrisi c. Jackson e altri*, App. Milano, 24 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, I, 777

### ***Giurisprudenza americana***

*Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464; 1946 U.S. App. LEXIS 3889, (1946)

*Sid & Marty Krofft Television Productions Inc., v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, 1162 (9th Cir. 1977)

*Leslie T. Baxter v. MCA inc.*, 812 F.2d 421; U.S. App. LEXIS 2878, (1987)

*Dawson v. Hinshaw Music Inc.*, 905 F.2d 731 (4th Cir. 1990)

*Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music*, 420 F. Supp. 177, (1976) U.S. Dist. LEXIS 13423

### ***Siti Internet Utili***

<http://www.musicanalyst.com/dissertation.htm>

<http://www.tagg.org/texts.html#EarlyStuff>

<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/plagiarism/case-law/music>

<http://www.stewarthomesociety.org/festplag.htm>

<http://www.michelebovi.it/>

<http://cip.law.ucla.edu/Pages/default.aspx>

## The Student Paper Series of the Trento Lawtech Research Group is published since Winter 2013

<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/student-paper-series?start=1>

### Freely downloadable papers already published:

---

#### STUDENT PAPER N.13

The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material  
*Carvalho, Alexandra* (2013) The Trento Law and Technology Research Group.  
Student Paper Series; 13.

---

#### STUDENT PAPER N.12

Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930) = For an Archeology of Food Law: 54 Years of Case Law Collections Concerning the Safety and Quality of Food (1876-1930)  
*Trestini, Silvia* (2012) The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 12.

---

#### STUDENT PAPER N.11

Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo = From the Alps to the Pyrenees: Comparative Analysis of Civil Liability for Mountain Sport Activities in Italian and Spanish Law  
*Piccin, Chiara* (2012) The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 11

---

#### STUDENT PAPER N.10

Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore = Copynorms: Social Norms and Copyright  
*Perri, Thomas* (2012) Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore = Copynorms: Social Norms and Copyright. Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series, 10

---

#### STUDENT PAPER N.9

L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of Prosecco

*Zuccato, Alessandra* (2012) L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of Prosecco, The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 9)

---

#### **STUDENT PAPER N.8**

Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis.

*Ruggero, Brogi* (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 8)

---

#### **STUDENT PAPER N.7**

Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica = Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music

*Trevisa, Andrea* (2012) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 7)

---

#### **STUDENT PAPER N.6**

Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici = University-Enterprises Technological Transfer: legal and economic issues

*Siragna, Sara* (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

---

#### **STUDENT PAPER N.5**

Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese = Mediation & Medical Liability: The Italian "General Approach" Compared to the Specialized Model Applied in France

*Guerrini, Susanna* (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

---

#### **STUDENT PAPER N.4**

"Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia = Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy

*Podetti, Massimiliano* (2011) Trento: Università degli Studi di Trento. - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

---

---

### **STUDENT PAPER N.3**

Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States

*Togni, Enrico* (2011) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)

---

### **STUDENT PAPER N.2**

Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France

*Sartor, Marta* (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)

---

### **STUDENT PAPER N.1**

Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations

*Rizzetto, Federico* (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)