



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

PLAGIO E CREATIVITÀ:
UN DIALOGO TRA DIRITTO E ALTRI SAPERI

a cura di
ROBERTO CASO

2011



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

98

2011



PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2011*
by Università degli Studi di Trento
Via Belenzani 12 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-389-3
ISSN 1972-1137

La prima edizione di questo libro © Copyright 2011 by Università degli Studi di Trento, Via Belenzani 12 - 38122 Trento, è pubblicata 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/legalcode>>

Novembre 2011

PLAGIO E CREATIVITÀ:
UN DIALOGO TRA DIRITTO E ALTRI SAPERI

a cura di

ROBERTO CASO

Università degli Studi di Trento 2011

INDICE

ROBERTO CASO PREMESSA	1
--------------------------------	---

ATTI

ROBERTO CASO PLAGIO, DIRITTO D'AUTORE E RIVOLUZIONI TECNOLOGICHE	
1. Introduzione	5
2. La complessità oltre il velo del clamore: suggestioni e dubbi a margine di alcuni casi	10
3. Dalla scrittura al libro stampato: evoluzione di un concetto	22
4. Conclusioni	38
 SANDRO VOLPE RACCONTARE IL PLAGIO	
1. La magnifica ossessione	41
2. Prove di seduzione	42
3. La sindrome da esordio	47
4. L'altra faccia della medaglia	55
5. Il testimone	61
 COSIMO COLAZZO DIRITTO E CREATIVITÀ MUSICALE. VERSO IL MONDO DELLA COMPLESSITÀ E DEL DIGITALE	
1. Il diritto d'autore, un concetto problematico	63
2. Uno sguardo storico. Sino all'Ottocento	65
3. Il diritto d'autore come diritto morale inalienabile	69

INDICE

4. Poi il labirinto del Novecento	71
4.1. L'enfasi di Schönberg	72
4.2. L'ironia di Stravinskij	74
4.3. Il monachesimo di Satie.....	75
4.4. Le bufere finali. Lo strutturalismo estremo	75
4.5. L'alea di Cage	76
4.6. Tentativi di fragile ricostruzione.....	77
5. E la musica d'oggi?.....	77
5.1. Navigare. Un viaggio che conduce al largo	79
6. E oggi il diritto?	81
6.1. Cosa si ricerca in un processo per plagio. Il pregiudizio della melodia. Due casi famosi.....	82
6.2. Nuovi strumenti analitici e critici per la popular music.....	85
6.3. Diritto e creatività. L'esposizione umana del diritto.....	88
6.4. Nuove sfide, nuovi assetti.....	89

DENIS ISAIA

IL PLAGIO FRA AUTORE E PUBBLICO

1. I «Pirati»	91
2. La proprietà intellettuale tra concezione «individualistica» e concezione «collettivistica»	93
3. Dalla committenza al collezionismo: la nascita dell'artista.....	96
4. L'esclusione del pubblico e l'umanità del plagio	100

GIANFRANCO DE BERTOLINI

BREVI RIFLESSIONI SUL PLAGIO

1. Meglio copiare che inventare? Fichte e Ungaretti	105
2. «Las Meninas» e il plagio	107
3. L'autore e il «Cavaliere inesistente».....	108
4. Autore, merito e responsabilità	110
5. La riproducibilità tecnica, il confine immateriale del plagio e l'autenticità.....	111
6. Opera, autore e rapporti sociali: la fontana di Duchamp	112
7. Conclusioni	114

INDICE

GIOVANNI PASCUZZI

IL PLAGIO TRA MEMORIA E CREATIVITÀ

1. Introduzione.....	117
2. Cos'è la creatività?	119
3. Può esistere creatività senza memoria?	121
3.1. Il plagio involontario: la cryptomnesia.....	124
4. Si può insegnare ad essere creativi?	127
5. I giuristi sono creativi?	129
6. Conclusioni.....	139

RENATO G. MAZZOLINI

«FALSE IMPOSTURE» E «FRAUDOLENTI INGANNI»

NELLE SCIENZE DEL SEICENTO E PRIMO SETTECENTO

1. Premessa	141
2. Una cornice in costruzione	145
3. Un autentico plagio: Galileo vs. Capra (1606-1607).....	154
4. Un brevetto mancato: il telescopio (1608).....	157
5. Pubblicare senza il consenso dell'autore: Flamsteed vs. Newton (1704-1716).....	161

DAVID LAMETTI

ON CREATIVITY, COPYING

AND INTELLECTUAL PROPERTY

1. Introduction	171
2. Creativity and the Arts.....	174
3. Creativity and Science	182
4. Conclusion: Keeping IP in its Place	188

ANDREA ROSSATO

PRODUZIONE SCIENTIFICA

E PROPRIETÀ INTELLETTUALE

1. Tecnologia e consapevolezza	191
2. Una prospettiva storica	193
3. Dall'anarchia alla distopia	200

INDICE

4. Le ragioni economiche della «proprietà intellettuale».....	204
5. Dalla critica all'azione	207
6. Il successo del paradigma aperto	210

COMUNICAZIONI

GIULIA DORE

PLAGIO E NORME SOCIALI

1. Premessa	215
2. La dimensione sociale del plagio	217
3. I «periti in arte»: cenni alla visione della critica artistica e letteraria	222
4. L'importanza delle <i>social norms</i>	227
4.1. Le <i>copynorms</i> e il riscatto della comunità flessibile	232
5. La funzione moderatrice della norma sociale applicata al plagio...	235
5.1. Tutti contro il plagio: sanzioni sociali vs sanzioni (il)legali? .	239
5.2. <i>Codes of conduct</i> : etica del web e fondamenti di <i>netiquette</i> ...	242
6. Considerazioni finali.....	247

BIBLIOGRAFIA	251
--------------------	-----

NOTIZIE SUGLI AUTORI.....	281
---------------------------	-----

COMUNICAZIONI

PLAGIO E NORME SOCIALI

Giulia Dore

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *La dimensione sociale del plagio* – 3. *I «periti in arte»: cenni alla visione della critica artistica e letteraria* – 4. *L'importanza delle social norms* – 4.1. *Le copynorms e il riscatto della comunità flessibile* – 5. *La funzione moderatrice della norma sociale applicata al plagio* – 5.1. *Tutti contro il plagio: sanzioni sociali vs sanzioni (il)legali?* – 5.2. *Codes of conduct: etica del web e fondamenti di netiquette* – 6. *Considerazioni finali*.

1. Premessa

*The norms cannot give life,
if nothing else is left in life.*

M. SHERIF, *The Psychology of Social Norms*, 1936

«People cannot eat and drink norms», sostiene Muzafer Sherif¹. Le norme non si mangiano né si bevono. Le norme si osservano o si trasgrediscono. Esse nascono, si modificano e, talvolta, perfino si estinguono. Le norme sono strumenti regolatori d'imprescindibile utilità ed essenzialità per il buon vivere sociale.

La domanda è allora se, aldilà della norma legale tradizionalmente intesa, vi siano altre norme da considerare e diverse chiavi di lettura per analizzare e governare condotte moralmente e socialmente riprovevoli che la legge non è in grado da sola di spiegare e disciplinare. Il plagio è una di queste condotte e le norme sociali sono quell'ulteriore chiave di lettura.

¹ M. SHERIF, *The Psychology of Social Norms*, New York, 1936, 202.

Ebbene, ammesso che il plagio sia immorale e la moralità vada intesa come la conformità a principi e regole di comportamento che condizionano la vita sociale, si prospetta l'opportunità di inquadrare la condotta plagiaria in termini non più strettamente giuridici bensì sociali. Da ciò la necessità di proporre nuovi indirizzi interpretativi che tengano conto del ruolo svolto dalla norma sociale nel contesto del plagio, ma senza che da ciò consegua la marginalizzazione o l'azzeramento del ruolo della legge.

Il paragrafo 2 introduce l'analisi del plagio osservato attraverso la lente sociale. In particolare, si offre uno scorcio delle nozioni di plagio che emergono confusamente dalla narrazione che i mass media fanno del plagio e dalle voci di alcuni protagonisti della scena creativa.

Il paragrafo 3 accenna alla visione che la critica letteraria e artistica ha del fenomeno plagiario. Tale visione, connotata da posizioni fortemente divaricate, corrobora l'impressione che la materia del plagio non possa essere governata solo dalle norme giuridiche formali, ma necessiti della flessibilità tipica delle norme sociali.

Nel paragrafo 4 si esplora la funzione delle *social norms* nel panorama della proprietà intellettuale, offrendo una ricostruzione del filone letterario emergente che fa riferimento, in particolare, alle *copynorms*, le norme informali che attengono alla materia del diritto d'autore.

Il paragrafo 5, infine, chiarisce la portata moderatrice della norma sociale rispetto al fenomeno plagiario, mettendo in risalto i codici comportamentali sviluppati all'interno dei gruppi sociali cui gli individui colpiti o motivati dal plagio appartengono ed evidenziando, altresì, la rilevanza delle sanzioni informali.

2. La dimensione sociale del plagio

Riconoscendo l'opera intellettuale creativa parte degli interessi costituzionali di ordine culturale promossi dalla repubblica², le si attribuisce una piena rilevanza sociale³ rafforzando la percezione che il plagio stesso non sia un fenomeno da considerare unicamente in una prospettiva rigidamente legalistica⁴.

La narrazione che i mass media fanno del plagio costituisce un indice della marcata connotazione sociale del fenomeno. Tant'è vero

² Sebbene non vi sia alcun articolo che menzioni espressamente il diritto in questione, e la carta costituzionale sia nata in seguito all'entrata in vigore della legge 633/1941, tuttavia, è possibile isolare alcuni articoli (in sintesi, gli articoli 9, 21, 33 e 35 Cost.) i quali, considerati nel loro insieme, sono riconducibili in via indiretta alla proprietà intellettuale, e pertanto possono validamente costituire una base normativa per il riconoscimento e la tutela delle opere dell'ingegno. A. FERRETTI, *Diritto d'Autore. La tutela delle opere dell'ingegno nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, 2007, 12.

³ In tal senso si è espressa la Consulta argomentando che: «La protezione dei diritti patrimoniali e non patrimoniali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica viene giustificata, per tradizione ormai secolare, dal doveroso riconoscimento del risultato della capacità creativa della personalità umana, cui si collega l'ulteriore effetto dell'incoraggiamento alla produzione di altre opere, nell'interesse generale della cultura. Tale "proprietà intellettuale" è stata riconosciuta dalle Dichiarazioni (universale ed europea) dei diritti dell'uomo, da convenzioni internazionali, dall'art. 128 del Trattato CEE (novellato e confermato dal Trattato di Maastricht). La sua giustificazione costituzionale trova eco nella giurisprudenza di questa Corte (ordinanza n. 361 del 1988, sentenze nn. 110 del 1973, 65 del 1972 e 25 del 1968), che ha individuato nella tutela e nell'esercizio del diritto di autore una "rilevanza di interesse generale, e quindi pubblica", tale da indurre il legislatore alla predisposizione di particolari mezzi di difesa sia penali che civili». Corte cost., 6 aprile 1995, n. 108, in *AIDA* 1995, 297. Sentenza pubblicata anche in *Foro it.*, 1995, I, 1724.

⁴ La considerazione che il diritto di autore debba essere guardato in una prospettiva sociale, oltre che legale, è confermata nelle sentenze pronunciate dalla Corte costituzionale in materia di diritto d'autore e costituzione. In particolare, il principio di uguaglianza è stato più volte oggetto di indagine e riflessione da parte della Corte; ne è un esempio la sentenza del 15 marzo 1972, n. 48, in *Giur. Cost.*, 1972, 222, relativa alla mancata tutela del diritto morale rispetto alle opere fotografiche. V. CAIANIELLO, *Profili di legittimità costituzionale della legge sul diritto di autore nelle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Dir. radiodiff. telecom.*, 1988, 91.

che, anche limitandoci a passare in rassegna le notizie pubblicate sui quotidiani negli ultimi quattro anni, possiamo percepire il vivo interesse dimostrato dalla stampa per vicende riguardanti presunti o accertati fatti di plagio. Quantunque in alcuni casi il termine sia utilizzato in maniera impropria⁵, talvolta associato a quello di contraffazione⁶, talaltra a nozioni che sono in qualche modo legate al mondo dell'arte ma che non costituiscono propriamente una violazione della paternità dell'opera⁷, talaltra ancora utilizzato per descrivere fattispecie di difficile inquadramento⁸, il plagio continua ad avere un forte ascendente nell'opinione pubblica.

⁵ Senza dubbio, l'imprecisione del giornalista è parzialmente giustificata dalla difficoltà, frequente anche tra gli esperti, di comporre il puzzle di un concetto così policromo; tuttavia, vi è anche il rischio che siffatta approssimazione conduca a pericolose distorsioni, le quali, lungi dall'essere solo il segno di un'evidente distanza del linguaggio comune dal sapere specialistico, possono ingenerare confusione e accrescere la nuvola di incertezza che avvolge il fenomeno plagiario.

⁶ Rispetto al fenomeno della clonazione di veicoli nel mercato automobilistico, il giornalista pone la questione sul piano delle regole, chiedendosi se in questo caso si possa parlare di plagio, di contraffazione o di nessuno dei due. V. BERRUTI, *Ma il problema sono le regole: si può parlare di plagio?*, in *La Repubblica.it* 4 settembre 2007, disponibile all'URL: <<http://www.repubblica.it/2007/09/motori/motori-settembre-2007/motori-commento-cloni-cina/motori-commento-cloni-cina.html?ref=search>>.

⁷ Un esempio per tutti è l'aver definito «un bidone dal sapore di plagio» il caso di cronaca conclusosi con la tragica morte del musicista russo Sergej Diatchenko, suicidatosi in seguito al suo arresto per truffa nella vendita di violini falsi, spacciati per strumenti di grande valore. M. LUGLI, *Arresto per la truffa degli Stradivari allievo di Karajan si uccide a Roma*, in *La Repubblica.it*, 1 novembre 2008, disponibile all'URL: <<http://www.repubblica.it/2008/11/sezioni/cronaca/violini-truffa/violini-truffa/violini-truffa.html?ref=search>>.

⁸ Rispetto alla configurabilità o no dell'auto-plagio, infatti, le opinioni sono tuttora discordanti. Eppure, l'opinione pubblica riceve il messaggio che si tratti pur sempre di plagio: così è stato per le accuse mosse alla cantante Loredana Berté in occasione del festival di Sanremo 2008, la quale si sarebbe presentata alla gara con il brano *Musica e parole* identico a un altro, *Ultimo segreto*, risalente al 1988 e interpretato da Ornella Ventura, scritto dagli stessi autori Alberto Radius e Oscar Avogadro. A. VITALI, *Loredana Berté esclusa dalla gara. "Però potrà cantare lo stesso"*, in *La Repubblica.it*, 27 febbraio 2008, disponibile all'URL: <<http://www.repubblica.it/2008/02/speciale/sanremo/servizi/caso-berte/caso-berte/caso-berte.html?ref=search>>.

Il discorso sembra cambiare completamente quando il plagio si compie nel campo della letteratura. Qui, infatti, si è decisamente meno inclini a giustificare o tantomeno a esaltare il plagio, come invece spesso accade nel mondo delle belle arti⁹. La reazione prevalente è quella di condannare il fenomeno¹⁰, sottolineando come ad essere aggredito sia il processo creativo che alimenta l'ingegno oltre che il patrimonio culturale stesso¹¹. Tuttavia, non mancano neppure le reazioni contro quelle che si potrebbero definire «crociate della paternità», nonché gli avvertimenti di cautela provenienti da chi opera nello stesso campo del plagiato¹², al quale viene rimproverato di condurre una battaglia donchi-

⁹ Più in generale, la prospettiva muta interamente quando il letterato, o l'artista in genere, si rende conto che qualcuno pubblica o diffonde come propria un'opera che invece è sua; da ciò la reazione sconvolta: «I've been plagiarized [!]». In questi casi, infatti, quando la questione da teorica e astratta diviene concreta e personale, il plagio non è più il benvenuto. All'opposto, minore indulgenza è riservata al plagio commesso dallo studente, il quale è spesso concepito come un inganno originato dall'ignoranza e dall'inesperienza piuttosto che come furto consapevole e intenzionale. N. BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, New York, 1997, 26, 29.

¹⁰ Tale convinzione, peraltro, dovrebbe sollevare taluni interrogativi: ad esempio, se si ritiene che il plagio possa configurare un vero e proprio furto, che cosa esattamente viene sottratto? Si potrebbe pensare che ad essere rubato sia la considerazione che si ha di quell'opera, e ad essere pregiudicato sia il prestigio che deriva al suo autore e la stima che il pubblico ha di lui (S. GREEN, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, in *Hastings Law Journal*, 54, 2002, 172). Se così fosse, quali sono le possibili conseguenze del considerare il plagio in una prospettiva esclusivamente giuridico penalistica, punendolo come reato di furto? Sono domande che è necessario porsi, considerata la crescente rigidità della normativa del diritto d'autore nonché lo smisurato ricorso alle sanzioni penali.

¹¹ La centralità della creatività, quale controvalore del plagio ma anche quale autonoma virtù dell'opera dell'ingegno autentica, rimane indiscussa. T. MALLON, *Stolen Words*, New York, 1989, 24. D'altronde, come sottolinea Bowers, «[...] like it or not, the ego drives the creativity process, and creativity itself is a vain stay against mortality». BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 45.

¹² Pertanto, lo sgomento del plagiato Neal Bowers di fronte alla replica dei suoi colleghi, più inclini a considerare il plagio un riconoscimento della propria bravura e del valore della propria opera, contrasta con l'esigenza di un approccio ponderato e cauto al fenomeno. Lo stesso Bowers, d'altronde, pur indirettamente riconosce la necessità di

sciottiana e di ignorare l'inevitabile ricorrenza delle dinamiche emulatrici tipiche dell'attività letteraria ed artistica in genere. Coerente con tale assunto è la concezione del plagio in una prospettiva di imitazione piuttosto che di riproduzione¹³.

Il tema, dunque, è senz'altro attuale e coinvolge i settori più disparati della sfera intellettuale: il plagio, infatti, è spesso segnalato nelle canzoni del momento¹⁴, nei bestseller più letti¹⁵, nei film appena proiettati¹⁶, nelle pubblicazioni scientifiche più accreditate¹⁷, nelle traduzioni

calibrare la presunzione dell'artista rispetto alla sua capacità creativa. BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 32.

¹³ «Imitation is the sincerest form of flattery» è ciò che si sente ripetere a malincuore N. BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 42. Dunque, non esistono solo critica e opposizione al plagio: infatti, spesso il plagio è perdonato se ritenuto una forma di prestito di cui essere addirittura grati: MALLON, *Stolen Words*, cit., 26.

¹⁴ Il festival sanremese è ancora una volta teatro di accuse plagiarie: contro la canzone *Per tutta la vita*, interpretata da Noemi e scritta da Diego Calvetti si aggira il fantasma di un'altra canzone, *Oggi però*, scritta da Daniele Babbini e dallo stesso Calvetti. D. DE FILIPPI, *Tra rabbia e soddisfazione*, in *Il Tirreno*, 9 marzo 2010, 9.

¹⁵ Il caso giudiziario che ha coinvolto il Codice da Vinci di Dan Brown ha occupato le pagine dei giornali dall'inizio (D. OLIVERO, *Il "Codice da Vinci" in tribunale. Dan Brown contro l'accusa di plagio*, in *La Repubblica.it*, 27 febbraio 2006, disponibile all'URL: <http://www.repubblica.it/2006/a/sezioni/spettacoli_e_cultura/davincicode/tribubrown/tribubrown.html?ref=search>) alla fine della vicenda, conclusasi con la vittoria dell'autore. REDAZIONE (a cura di), *"Il Codice da Vinci" non è un plagio. Dan Brown vince la causa*, in *La Repubblica.it*, 7 aprile 2006, disponibile all'URL: <http://www.repubblica.it/2006/a/sezioni/spettacoli_e_cultura/davincicode/brown-vince/brown-vince.html?ref=search>.

¹⁶ La colonna sonora del film *Invictus*, diretto da Clint Eastwood, sembra inequivocabilmente ricordare la celebre canzone partenopea «O sole mio», ma prima di parlare di azioni legali occorre attendere il parere tecnico della Siae che accerti l'identità dei brani. C. MORETTI, *Invictus sembra 'O sole mio. Gli editori della Siae: è plagio*, in *La Repubblica*, 9 aprile 2010, 63.

¹⁷ La carriera del ricercatore Hans Werner Gottinger, è risultata interamente costruita grazie a false credenziali e plagi di articoli scritti da altri, ma a suo nome pubblicati in prestigiose riviste scientifiche. E. DUSI, *Smascherato un falso scienziato: quasi 30 anni di plagi e trucchi*, in *La Repubblica.it*, 8 agosto 2007, disponibile all'URL: <http://www.repubblica.it/2007/08/sezioni/scienza_e_tecnologia/falso-scientziato/falso-scientziato/falso-scientziato.html?ref=search>.

di opere straniere¹⁸, ma anche nelle scenografie sportive¹⁹ e nei dibattiti politici²⁰.

Eppure, nonostante la percezione che la generalità degli individui sembra avere del plagio, esso si presenta inequivocabilmente come «[un] tema spinoso e giuridicamente spinoso»²¹. Conseguentemente, ciò che emerge è la convinzione che le misure legali apprestate non siano sufficienti a chiarire le problematiche connesse al fenomeno²², e che il metodo utilizzato nella valutazione circa la sussistenza o meno della violazione del diritto sia senz'altro poco chiaro oltretutto altamente opi-

¹⁸ Luciana Borsetto, ricercatrice – e autrice, fra l'altro, di *Traduzione e furto nel Cinquecento. In margine ai volgarizzamenti dell'Eneide*, in R. GIGLIUCCI (a cura di), *Furto e plagio nella letteratura del Classicismo*, Roma, 1998, 69 – accusò i traduttori Alessandro Jovinelli e Sonia Roic, insieme all'editore Francesco Cenetempo, di aver messo in vendita la traduzione da lei compiuta dell'opera croata *Il garofano sulla tomba del poeta*, ma con il nome di Jovinelli, oltre che contro la sua esplicita volontà a che la traduzione non fosse pubblicata. C. ERNÉ, *Accusati di plagio letterario un editore e due traduttori*, in *Il Piccolo* 11 maggio 2008, 23.

¹⁹ Lo scenografo e pittore Enzo Carnebianca ha più volte accusato il collega cinese Shen Wei di aver plagiato le sue coreografie, minacciando l'ennesima diffida in occasione delle olimpiadi 2008. M. RAZZI, *Giochi, cerimonia col maquillage. Aumentate le misure di sicurezza*, in *La Repubblica.it*, 12 agosto 2008, disponibile all'URL: <<http://www.repubblica.it/2008/08/olimpiadi/servizi/pechino-20083/immagini-truccate/immagini-truccate.html?ref=search>>.

²⁰ In più di un'occasione, Hillary Clinton aveva accusato l'allora rivale Barack Obama di aver plagiato parte dei suoi discorsi e slogan. REDAZIONE (a cura di), *Duello tv fra Obama e Hillary. Fair play ma divisi su Cuba*, in *La Repubblica.it*, 22 febbraio 2008, disponibile all'URL: <<http://www.repubblica.it/2008/01/speciale/altri/2008primarie/dibattito/dibattito.html?ref=search>>.

²¹ G. GAGLIARDI, *Il plagio da Beethoven a Zuccherò. Quando le 7 note coincidono troppo* in *La Repubblica.it*, 18 agosto 2006, disponibile all'URL: <http://www.repubblica.it/2006/08/sezioni/spettacoli_e_cultura/plagio/plagio/plagio.html?ref=search>.

²² Concetti altrettanto complessi, come quello di creatività o di originalità, che il diritto propone come criteri di valore, sono a loro volta interpretati nella maniera più varia. L'incertezza che domina l'opinione comune intorno al plagio, infatti, si ripercuote sulla dimensione giuridica, al punto che viene messa in dubbio la stessa opportunità di definire i confini di un'opera originale e di distinguere tra pedissequa riproduzione e lecita ispirazione.

nabile²³.

In conclusione, benché sia innegabile riconoscere una minima consapevolezza del pubblico rispetto a questioni connotate da notevole astrattezza²⁴, le regole prodotte a livello istituzionale ed esternate nella legislazione o nella giurisprudenza hanno il limite di non essere sempre di immediata cognizione e di non essere necessariamente condivise.

Di conseguenza, è auspicabile una rilettura critica dell'istituto, sia nel senso di tenere in considerazione quelle che sono le legittime aspettative e interessi della collettività, attraverso la riscoperta della dimensione normativa sociale, sia nel senso di fare tesoro dell'analisi che gli altri saperi, diversi dal diritto, possono validamente offrire.

3. I «periti in arte»: cenni alla visione della critica artistica e letteraria

La dimensione sociale del plagio si esprime in tutta la sua complessità non solo nel comune sentire, ma soprattutto nella variegata letteratura specialistica. Dopo aver offerto uno scorcio della narrazione e della percezione «comune» del plagio, la cui voce essenzialmente si

²³ Secondo il compositore Ennio Morricone, la questione della copia e del plagio è sopravvalutata, soprattutto nel campo delle cosiddette canzonette; per questo, l'artista è particolarmente severo nell'ammonire «[chiunque] abbia coscienza [...] dell'orecchiabilità forzata di queste canzoni che hanno vita breve [ad] astenersi dal fare cause e controcause per plagii indimostrabili e disturbare i giudici per quest[o]». GAGLIARDI, *Il plagio da Beethoven a Zuccherò. Quando le 7 note coincidono troppo*, cit.

²⁴ L'incertezza su cosa fondi esattamente il plagio, inoltre, è ulteriormente aggravata dalla paura, comune a molti, di appropriarsi inconsapevolmente di un lavoro altrui. BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 103. Ciò nonostante, è ben difficile che il nostro inconscio e la nostra memoria siano in grado di riprodurre pedissequamente intere parti del pensiero interamente o in parte da altri sviluppato. Del resto, benché l'artista si nutra d'imitazione, e grazie a essa accresca la propria arte e creatività, il suo dovere è quello di imitare coscienziosamente e di non copiare con spudoratezza. M. BRANDER, *The Duty of Imitation*, in ID. (a cura di), *Gateways to literature, and other essays*, New York, 1912, disponibile all'URL: <<http://www.archive.org/details/gatewaystolitera00mattiala>>. Cfr. MALLON, *Stolen Words*, cit., 123.

manifesta nelle parole del giornalista o del protagonista attivo o passivo della vicenda plagiaria, è coerente soffermarsi sul giudizio di quelli che definiremo «periti in arte»²⁵, ossia degli esperti dei diversi saperi che guardano alle dinamiche creative, nonché sulle osservazioni critiche che questi fanno a margine della regolamentazione giuridica del fenomeno.

Cogliendo la provocazione di Green, il quale nota come il plagio non sia stato sufficientemente trattato dalla dottrina giuridica²⁶, tale disamina si propone di segnalare e scoraggiare il rischio che il diritto si allontani dall'esperienza artistica e dalla realtà sociale.

Per quanto concerne il suo sviluppo storico, si è concordi nel ritenere che il plagio abbia avuto la sua massima espressione in tempi recenti. La dimensione contemporanea dell'arte, in particolare, rappresenta senza dubbio il terreno più fertile per la sua affermazione²⁷ e, al tempo stesso, per la sua negazione. Nel 1870, Lautréamont così scriveva:

«[...] Le plagiat est nécessaire. Le progrès l'implique. Il serre de près la phrase d'un auteur, se sert de ses expressions, efface une idée fausse, la remplace par l'idée juste...»²⁸.

²⁵ L'appellativo di perito in arte, ricavato da una sentenza del 1868 in tema di contraffazione (n.d., in *Giur. It.*, 1868, II, 2, 344), è utilizzato in questa sede nel significato di esperto o cultore del preciso settore creativo in cui si colloca il fatto di presunto plagio, ben potendo qualificare anche l'esperto tecnicamente e processualmente inteso come perito o consulente tecnico.

²⁶ L'osservazione di Green appare evidentemente incompleta, giacché la sua analisi è limitata al campo esclusivamente statunitense, ma al contempo rafforza l'idea che il fenomeno plagiario meriti ulteriori approfondimenti, possibilmente aprendo nuovi scenari di riflessione.

²⁷ Secondo Marziani, infatti, «l'unico plagio possibile e vitale deve riguardare il sempre vivo furto tra le cose dei luoghi contemporanei, dove le opere d'arte succhiano il maggior quantitativo di sangue ossigenante». G. MARZIANI, *Contemporanea-mente poplariaristi*, in AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, Bertolo, 1998, 39-40.

²⁸ COMTE DE LAUTRÉAMONT, *Poésies II*, Paris, 1870, 6, disponibile all'URL: <http://fr.wikisource.org/wiki/Livre:Comte_de_Lautréamont_-_Poésies_II.djvu>. Inoltre, come

Del resto, l'oceano di plagi a cui si riferisce Masi, e che nella sua visione hanno il pregio di valorizzare l'arte contemporanea, sono innumerevoli e ricorrenti anche nelle epoche artistiche precedenti²⁹, mentre per quanto riguarda la sua definizione, l'orientamento prevalente conduce a considerare l'appropriazione la regola fondamentale dell'arte: «Nulla si crea, tutto si trasforma e si ricicla», disse Blisset³⁰.

Qual è dunque l'opinione che l'esperto ha del plagio? È un male (in)curabile della società moderna intellettuale, oppure è una necessità intrinseca del progresso? Sono interrogativi che il giurista – legislatore, giudice o accademico che sia – deve porsi: una matura cognizione del fenomeno, infatti, rende indispensabile una piena coscienza di ciò che il plagio rappresenta nello specifico contesto in cui si concretizza.

altrimenti precisato, il plagio così inteso altro non è che «una deviazione», «un atto di dirottamento» che negli anni '50 si riassume nella tecnica di *détournement*, utilizzata dai situazionisti allo scopo di promuovere un 'uso entusiastico del plagio'. Cfr. S. OUTPUT, *Plagiarismo, il mondo è nuovo*, in AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, cit., 125. Per ulteriori approfondimenti, si veda l'articolo *Methods of Détournement*, di Guy-Ernest Debord, in cui, fra l'altro, l'autore si duole della scarsa considerazione riservata alla celebre frase di Lautréamont: «“A slogan like Plagiarism is necessary, progress implies it” is still as poorly understood, and for the same reasons, as the famous phrase about the poetry “that must be made by all”». G.E. DEBORD, *Methods of Détournement*, in *Les Lèvres Nues*, 8, 1956, disponibile all'URL: <<http://library.nothingness.org/articles/SI/en/display/3>>.

²⁹ Si pensi, ad esempio, alla *Tempesta* di Giorgione (GIORGIONE, *La Tempesta*, 1507-08, olio su tela, 83 cm × 73 cm. Venezia, Gallerie dell'Accademia) e al suo inequivocabile rinvio alla *Tempesta* di Amadeo (G.A. AMADEO, *La Tempesta*, 1472-1522, Rilievo in marmo. Bergamo, Cappella Colleoni). Cfr. C. MASI, *L'iperestetica del plagio*, in AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, cit., 34.

³⁰ Con fare ironico e provocatorio, Blisset propone al lettore un articolo interamente realizzato attraverso un'operazione di «copia e incolla» di scritti riguardanti la pellicola *F for Fake* di Orson Welles. Nella parte conclusiva, l'autore si domanda (e la domanda rimbalza sul lettore) se il «plagio-montaggio-autocommento» che ha realizzato sia comunque riuscito a comunicare qualcosa, se pertanto gli si possa riconoscere una propria autonomia, e per finire, se si possa chiarire chi ne sia il vero autore. L. BLISSETT, *P per plagio*, in AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, cit., 141.

La diffusa e largamente condivisa affermazione secondo cui «il [plagio] è un esercizio altamente creativo» non deve sconcertare³¹. Posto che la peculiare e tendenziale soggettività dell'arte moderna ha senza dubbio spinto l'artista nella direzione di perseguire un modello esemplare di originalità, qualcuno guarda al plagio come ad uno strumento di sopravvivenza il quale, pur permettendo di economizzare tempo e fatica, richiede un certo grado di talento nella scelta del materiale da plagiare³². Per molti il cuore della questione va rintracciato nel significato da attribuire alla parola creatività³³. Suggestendo che «l'alternativa all'inutilità dell'arte presente è l'appropriazione (in)debita», l'atto plagiario che colpisce l'arte si trasformerebbe in una vera e propria arte del plagio³⁴.

In aggiunta a ciò, come ben puntualizza Oswald, a differenza della letteratura e in generale delle opere scritte, in campo musicale non è altrettanto immediato citare la fonte da cui si trae l'origine di una nuova opera; per di più, partendo dalla considerazione che la creatività non possa fare a meno della derivabilità, per molti artisti il riconosci-

³¹ Ciò si spiega con la considerazione che all'opera plagiaria è riconosciuto il merito di valorizzare quella originaria, attribuendo a essa un nuovo significato e portandola in una nuova dimensione. S. HOME, *Nessuno osi chiamarlo plagiarismo*, in AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, cit., 121.

³² Tuttavia, se la vera sfida per chi plagia è selezionare il materiale da cui attingere, è auspicabile che egli non si limiti a riprodurre pedissequamente l'opera altrui, ma piuttosto si appropri «dell'idea e dello spirito» profusi in essa. AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, cit., 122.

³³ Secondo Carlo Masi, «il vero problema della creatività [...] non sta nel creare qualcosa di nuovo, ma nell'imparare ad utilizzare ciò che è già stato creato». MASI, *L'iperestetica del plagio*, cit., 36.

³⁴ Giorgio De Chirico, ad esempio, offre un interessante esempio di auto-plagio, consapevolmente copiando e riproducendo le sue stesse opere; una pratica che Masi commenta indicandola come prova del fatto che l'artista abbia voluto infrangere il mito dell'unicità e quindi dell'originalità dell'opera d'arte. MASI, *L'iperestetica del plagio*, cit., 36.

mento della fonte diviene inutile e superfluo³⁵. La posizione dei titolari dei diritti sulle opere originarie, preoccupati del danno che tali pratiche appropriate e/o derivate cagionano, appare indubbiamente più severa, ma in tale prospettiva un diritto d'autore che rifiuta lo scambio e la flessibilità dell'arte rischia, invero, di provocare ben più gravi danni non solo per l'artista ma per l'intera società³⁶.

Tali considerazioni sono suffragate da una concezione del plagio quale prodotto dell'era capitalista, e quindi quale strumento finalizzato ad estendere la proprietà individuale ben oltre i confini della materialità³⁷. Si comprende, dunque, come le arti riservino al plagio un posto ben diverso da quello più circoscritto del diritto. In *Creatigality*, John Oswald esordisce affermando che «se la creatività è un campo, il *copyright* è un recinto»³⁸. Orbene, a questa considerazione si potrebbe aggiungere che quando lo spazio circondato diventa troppo angusto, il rischio è quello di spingere anche il meno smaliziato ortodosso a non ottemperare più al precetto³⁹.

³⁵ Coniando il termine *plunderphonics* (o 'saccheggiofania'), altrimenti definita «una citazione musicale non ufficiale ma riconoscibile», Oswald ha inteso descrivere quel fenomeno di appropriazione di opere (o elementi di opere) altrui che appare giustificato dalla natura stessa dell'arte. J. OSWALD, *Creatigality*, in AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, cit., 81.

³⁶ Il timore espresso da Oswald nell'affermare «[...] gli epiteti di *plagiarismo* o *derivativo* sono in agguato [!]

, rende bene l'idea di quanto il fenomeno plagiatario sia protagonista della quotidianità di chi crea, e in particolare dei compositori, i quali sono spesso ossessionati dalla paura che quanto composto sia il frutto della combinazione diatonica riconducibile a una precedente composizione. J. OSWALD, *Creatigality*, in AA.VV. (a cura di), *Vero è falso. Plagi, cloni, campionamenti e simili*, cit., 78, 80-81.

³⁷ In questo senso, al plagio non è riconosciuta un'origine naturale o universale, bensì si ricollega la ragione della sua incredibile fortuna a questioni essenzialmente economiche, al pari (e forse anche aldilà) delle realissime *enclosures*. OUTPUT, *Plagiarismo, il mondo è nuovo*, cit., 125.

³⁸ OSWALD, *Creatigality*, cit., 78.

³⁹ In quest'ottica, il plagio rischia di essere un capro espiatorio e la rigidità del diritto d'autore la chiave d'accesso per gli abusi. OUTPUT, *Plagiarismo, il mondo è nuovo*, cit., 128-129.

Ammesso e non concesso che nel prossimo futuro si possa disporre di una definizione legislativa e di una normativa organica in materia di diritto d'autore e plagio, è verosimile che questo non sia sufficiente a risolvere le complesse questioni finora analizzate. Non rimane che chiedersi se la risposta sia davvero nella legge o piuttosto vada ricercata nella società e nelle norme (sociali) che la sorreggono. D'altra parte, benché si ammetta che estendere lo studio della proprietà intellettuale alle norme sociali significhi complicare ulteriormente il quadro di una materia per sua natura estremamente complessa, è essenziale provare ad indagare l'effetto che tali norme hanno sul diritto d'autore, anche al fine di comprendere appieno il riflesso di quest'ultimo sul comportamento delle persone⁴⁰.

4. L'importanza delle social norms

Che il nostro comportamento sia governato da regole sociali è un assunto indiscutibilmente noto⁴¹, così come lo è l'interesse che la dottrina ha da sempre dimostrato per il tema⁴². Eppure, nonostante l'insistenza con cui si è ragionato su di esse, considerata la dovizia di

⁴⁰ L'interazione tra norma sociale e legge, difatti, è indiscutibile: mentre la legge può influenzare o rafforzare il contenuto della norma sociale, quest'ultima può favorire l'osservanza o la violazione della legge oppure addirittura sostituirsi a essa. M.F. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, in P.K. YU (a cura di), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age. Vol. 1: Copyright and Related Rights*, Westport, 2007, 8-11.

⁴¹ Di conseguenza, vi sono comportamenti socialmente adeguati e comportamenti meno adeguati, i quali risultano per l'appunto dall'influenza che tali regole hanno su di noi. P. COLLETT, *Social Rules and Social Behaviour*, Oxford, 1977, 1.

⁴² A partire dal 1700, nel pensiero di Hume e Kant, proseguendo con Saussure nel primo '900, Wittgenstein e Chomsky negli anni '50-60, nonché Fillmore e Hymes negli anni '60-70 e altri, vari illustri filosofi e cattedratici, principalmente linguisti e sociologi, si sono occupati di definire e contestualizzare la nozione di regola sociale. COLLETT, *Social Rules and Social Behaviour*, cit., 1-3.

teorie e dissertazioni in merito⁴³, la sua fisionomia appare talvolta approssimativa o impropriamente richiamata⁴⁴. Ciascuno dei contributi offerti, infatti, si è proposto di enucleare le caratteristiche peculiari della regola sociale distinguendola così dalle altre tipologie di norma (la legge *in primis*)⁴⁵. Al contempo, è stato proposto di considerare la norma sociale come una delle numerose sottocategorie di norma, la quale si esprimerebbe non solo nel binomio regola sociale / legge, ma nella lunga lista di regole morali⁴⁶, religiose, di etichetta ecc., come pure in istruzioni, canoni, principi ecc.⁴⁷.

Fra le varie definizioni proposte, quella di Posner, descrive la norma come «[la] regola che distingue fra comportamenti desiderabili e

⁴³ Nonostante la profusione e la frequenza con cui gli studiosi si sono occupati della nozione di «norma», ancora adesso non possiamo affermare che vi sia uniformità di pensiero riguardo a definizione, caratteristiche e applicazione. Peraltro, vi è chi ravvisa l'opportunità di distinguere tra *norm* (norma) e *rule* (regola). C. HORNE, *Sociological perspectives on the emergence of social norms*, in M. HECHTER, K.D. OPP (a cura di), *Social Norms*, New York, 2001, 3. Si preferisce in questa sede non prendere posizione al riguardo e, anche per ragioni di linearità nella trattazione, utilizzare indiscriminatamente il due termini.

⁴⁴ I tentativi di riempire di contenuto la nozione di «regola» sono stati numerosi e non sempre omogenei; l'utilizzo del termine, pertanto, è estremamente variabile. Tuttavia, nonostante il fascino che tale problematica può suscitare, per ovvie ragioni di speditezza e di concisione, non ci soffermeremo oltre, rimandando ad altra sede i dovuti approfondimenti. Si veda, fra gli altri, P. ROBINSON, *The Rise of the Rule: Mode or Node?*, in COLLETT, *Social Rules and Social Behaviour*, cit., 74; R. LINDSAY, *Rules as a Bridge between Speech and Action*, in P. COLLETT, cit., 159-173.

⁴⁵ In particolare, è stato sottolineato come l'elemento del cambiamento sia rilevante in tale distinzione, poiché mentre la legge postula la sua osservanza e non la sua violazione, la regola sociale, invece, è per sua natura soggetta ad essere violata, o meglio, superata e quindi cambiata.

⁴⁶ Riguardo alle regole morali, ad esse va indubbiamente riconosciuta una qualche capacità di influenzare il cambiamento sociale: ciò è quanto si cerca di dimostrare nel suggerire che la moralità concorre a spiegare e giustificare la fenomenologia empirica della condotta sociale. G. SAYRE-MCCORD, *Normative Explanations*, in D. BRAYBROOKE (a cura di), *Social Rules*, Boulder, 1996, 36.

⁴⁷ SAYRE-MCCORD, *Normative Explanations*, in D. BRAYBROOKE (a cura di), *Social Rules*, cit., 9.

non e che attribuisce ad un terzo l'autorità di punire la condotta indesiderabile»⁴⁸. Richard McAdams, invece, descrive la norma sociale in termini di comportamento connotato da regolarità e informalità che l'individuo osserva in ragione di un innato senso del dovere ovvero perché spinto dal timore di sanzioni di natura extralegale o per entrambe le ragioni⁴⁹. Per essere tale e quindi essere osservata⁵⁰, essa necessita dell'accettazione da parte dei membri del gruppo in cui si forma, il che equivale a considerare l'entità della sua estensione all'interno della comunità di riferimento⁵¹.

Vi sono alcune norme sociali la cui efficacia è sensibilmente maggiore di altre⁵². Ad esempio, se il comportamento seguito dagli altri

⁴⁸ E.A. POSNER, *Law, Economics, and Inefficient Norms*, 144 *U. PA. L. REV.* 1697 (1996), 1699. Letteralmente: «a rule that distinguished desirable and undesirable behaviour and gives a third party the authority to punish a person who engages in the undesirable behaviour». L'analogia con la legge è evidente, benché la norma sociale si contraddistingua per il fatto che, in caso di violazione, chi punisce è sempre un soggetto privato e non un'istituzione.

⁴⁹ La definizione di *social norms* offerta da McAdams è precisamente quella di «informal social regularities that individuals feel obligated to follow because of an internalized sense of duty, because of a fear of external non-legal sanctions, or both». R.H. MCADAMS, *The origin, development, and regulation of norms*, in 96 *Michigan Law Review* 338 (1997), 340.

⁵⁰ In linea con tali considerazioni, la norma sociale è «[the] rule governing an individual's behaviour that is diffusely enforced by third parties other than state agents by means of social sanctions». Tali sanzioni, le quali intervengono in seguito alla violazione di suddetta norma, consistono, ad esempio, in dicerie pregiudizievoli oppure atti di ostracismo. R.C. ELLICKSON, *The evolution of social norms: a perspective from the legal academy*, in M. HECHTER, K.D. OPP (a cura di), *Social Norms*, New York, 2001, 35.

⁵¹ Il riconoscimento della norma si spiegherebbe in ragione della diffusione della regola; della posizione sociale rivestita dagli individui che fanno parte del gruppo; della selezione che questi operano fra le diverse regole. HORNE, *Sociological perspectives on the emergence of social norms*, cit., 21-25.

⁵² Partendo dalla distinzione tra norme descrittive e prescrittive (*injunctive norms and descriptive norms*) offerta da Cialdini (R.B. CIALDINI, C.A. KALLGREN, R. RAYMOND, *A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior*, in *Advances in Experimental Social Psychology*, 24, 1991, 201), Schultz illustra i principali fattori influenzanti il comportamento degli

in qualche modo influenza il nostro, maggiore ascendente avrà su di noi la condotta di chi ci è vicino o magari appartiene ad un determinato gruppo sociale piuttosto che ad un altro; più persone seguiranno un dato atteggiamento, maggiore sarà la nostra propensione a seguire il medesimo. Nondimeno, l'interesse personale ha una propria autonoma rilevanza, ma lo ha anche, sul versante opposto, il concorso dei vari interessi di singoli soggetti riuniti che perseguono finalità comuni e cooperative⁵³.

Né si può prescindere dall'analisi del comportamento sociale all'interno della comunità, giacché il dato empirico rappresenta uno strumento di eccezionale valore e utilità per il giurista o, usando la definizione di Pocar, per l'operatore del diritto⁵⁴. A tali studi Ellickson riconduce la rinnovata teoria della norma comportamentale, la quale si spiega attraverso il modello economico-razionale della scelta individuale⁵⁵, distinguendo fra i diversi ruoli che ciascun membro del gruppo riveste in termini di *Norm-Makers* (artefici della norma)⁵⁶ e *Change Agents* (modificatori della norma)⁵⁷.

individui rispetto all'osservanza o meno della norma: (a) *Perceptions Regarding Peer Behaviour* (ossia il comportamento dei propri simili); (b) *The Number of People Perceived to Follow a Norm* (ossia il numero di persone che osservano la norma); *Relevant Peer Groups* (ossia la rilevanza delle norme proprie di determinati gruppi); (c) *Self Interest* (ossia motivi di interesse personale); (d) *Reciprocity* (ossia ragioni di reciprocità e collaborazione); e infine (e) *Deterrent Strategies vs. Normative Strategies* (ossia la preferenza per strategie deterrenti piuttosto che costrittive). SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 12-17.

⁵³ Dalle parole di Schultz, infatti, ricaviamo che «what others are doing matters» ma allo stesso tempo, «context matters», «self-Interest matters», «fairness and cooperation matter». Eppure, stando alle sue conclusioni, «social norms matter more». SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 12-17.

⁵⁴ SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 63. Cfr. V. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, Milano, 1997, 133-151.

⁵⁵ ELLICKSON, *The evolution of social norms: a perspective from the legal academy*, cit., 35-36.

⁵⁶ Fra i primi, *the actors* (gli attori), i quali agiscono semplicemente seguendo un determinato comportamento che rispetta o viola la norma; *the enforcers* (gli esecutori), i

In linea con gli studi condotti da Ellickson⁵⁸, i contributi della dottrina in materia di regole sociali sono stati numerosi e particolarmente ricchi. L'esempio di *Shasta County*, in particolare, anticipa e avvalorata le tesi di chi asserisce la centralità del ruolo svolto dalla norma sociale nel processo di attuazione della regola di diritto⁵⁹, ma al tempo

quali intervengono a rafforzare la norma, incentivando la sua applicazione oppure sanzionando la sua violazione; *the member of the audience* (il pubblico), i quali osservano e partecipano con la loro presenza a questi meccanismi, incentivando con il loro apprezzamento agenti ed esecutori. ELLICKSON, *The evolution of social norms: a perspective from the legal academy*, cit., 37-40, 46.

⁵⁷ Al secondo gruppo appartengono gli stessi soggetti (siano essi agenti, esecutori o pubblico), ma che con i loro comportamenti sono in grado di modificare la norma: *self-motivated leaders* (leader auto-motivati), i quali sono motivati da interessi personali; *norm entrepreneurs* (imprenditori di norme) e *opinion leaders* (leader di opinione), i quali, motivati da una ricompensa esterna, agiscono rispettivamente in prima persona o si limitano a supportare gli altri. Ciascuno di essi, in quanto dotato di particolare intelligenza, carisma e capacità (nonché esperienza in un particolare settore, nel caso dei *norm entrepreneurs*), è in grado di modificare la norma anticipando il cambiamento con la propria condotta e ricevendo in cambio delle utilità. ELLICKSON, *The evolution of social norms: a perspective from the legal academy*, cit., 40-45.

⁵⁸ Nell'osservare le dinamiche sociali che si verificavano all'interno della comunità agricola di *Shasta County* (California), Ellickson argomenta come i membri di suddetta comunità preferiscano seguire le regole derivanti dall'osservanza di precise norme sociali, create e sviluppate dalla comunità stessa, piuttosto che quelle prodotte dalla legge; secondo la sua analisi, infatti, le prime risultano essere più efficienti delle seconde, e in tal modo più influenti sul comportamento tenuto dai componenti del gruppo. R.C. ELLICKSON, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, 1991. Cfr., dello stesso autore, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, 38 *Stanford Law Review* 623 (1986), disponibile all'URL: <<http://www.jstor.org/pss/1228561>>.

⁵⁹ Critico verso una spiegazione del fenomeno in termini esclusivamente economici, Braybrooke propone di considerare, accanto al modello secondo cui la regola consiste in una risposta razionale ad un problema di natura economica, un approccio più generale, favorito dalla disciplina filosofica, che tenga conto anche di elementi che non sono spiegabili in termini di costi, bensì rimandano a nozioni come quella di autorità, morale e altre di natura personale. D. BRAYBROOKE, *Comment on Reconciling the Philosophers' Approach to Rules with the Economists'*, in ID. (a cura di), *Social Rules*, Boulder, 1996, 185-186. Inoltre, accertato che la regola non è semplicemente una complessa e variabile espressione linguistica, è essenziale premettere che, nell'analizzare il comportamento

stesso è produttivo di critiche da parte di chi sottolinea l'essenzialità della legge ai fini di garantire il rispetto dell'ordine⁶⁰. Eppure come ricorda Ellickson, la stretta relazione tra legge e norme sociali è innegabile e oggi largamente visibile anche alla dottrina giuridica⁶¹, a lungo restia ad abbandonare l'idea della autoreferenzialità del diritto.

4.1. *Le copynorms e il riscatto della comunità flessibile*

Nel novero delle norme sociali pocanzi descritte rientrano quelle che Solum definisce *copynorms*, le quali rispetto al diritto d'autore distinguono i comportamenti accettabili e quelli non tollerabili, caratterizzandosi come «the informal social attitudes that create expectations about what is 'okay' and what is socially unacceptable»⁶². Tuttavia, le norme in questione non sono sempre di immediata visibilità⁶³, facendo

sociale individuale, occorre tener presente, in una prospettiva storica ed economica, anche le variabili del potere e dell'interesse. D. BRAYBROOKE, *The Representation of Rules in Logic and Their Definition*, in ID. (a cura di), *Social Rules*, cit., 11-13.

⁶⁰ Pur riconoscendogli il merito di aver consacrato l'unione delle teorie di *Law and Society* e *Law and Economics*, Brigham critica la visione, a suo dire eccessivamente romantica, di Ellickson. L'idea di un ordine senza legge, insomma, non sembra essere pienamente convincente, mentre potrebbe – provocatoriamente – esserlo l'immagine di un mondo senza avvocati. J. BRIGHAM, *Order without Lawyers: Ellickson on How Neighbors Settle Disputes*, recensione a R.C. ELLICKSON, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, 27 *Law & Society Review* 609 (1993), disponibile all'URL: <<http://www.jstor.org/pss/3054107>>.

⁶¹ ELLICKSON, *The evolution of social norms: a perspective from the legal academy*, cit., 62.

⁶² L.B. SOLUM, *The Future of Copyright*, recensione a L. LESSIG, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and The Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, 2004, in *Texas Law Review*, 83, 2005, 1148, disponibile all'URL: <<http://ssrn.com/abstract=698306>>.

⁶³ Quella che Solum chiama «normalization of illegality» è il risultato della discrepanza tra quello che il diritto d'autore prescrive e ciò che invece la norma sociale permette; tale definizione nasce per spiegare il fenomeno di file-sharing, ma può benissimo essere estesa ad altri contesti, come il plagio. SOLUM, *The Future of Copyright*, cit., 1164.

si che ci si renda conto della loro esistenza solo quando cambiano⁶⁴, si incrinano o vengono meno⁶⁵.

Ammettere l'esistenza delle *copynorms* e, al contempo, comprenderne il ruolo nella nostra società e nel mercato delle opere intellettuali, permette di individuare i limiti della legge e, auspicabilmente, superarne i contrasti. Non è detto però che gli esiti di tale operazione siano certi, tutt'altro. Ecco perché diventa estremamente rilevante preoccuparsi del futuro del *copyright* anche secondo questa nuova prospettiva. Se le *copynorms* sono in grado di limitare gli effetti della legge (sul *copyright*), non si può negarne la rilevanza ai fini di una migliore comprensione delle dinamiche sociali e giuridiche che si verificano nel campo del diritto d'autore. D'altronde è chiaro che le norme sociali, trovando la propria fonte e alimentazione in vari contesti extralegali, interagiscono con le legge su vari livelli⁶⁶ e non necessariamente in termini di subordinazione.

Fintanto che il contenuto della norma giuridica coincide con quello della norma sociale, non sembrerebbe esserci la necessità di distinguerle. Viceversa quando si verifica una discordanza tra il dettato normativo e l'osservanza del comportamento sociale contrario, si riconosce l'opportunità di discernere i due elementi al fine di individuare e

⁶⁴ Eppure, il cambiamento non investe solo la regola sociale, ma può ben coinvolgere anche la legge. Le cause sono molteplici e in primo luogo istituzionali, ma ciascuna di esse preannuncia l'accertamento di una tangibile discordanza tra il dettato normativo e il comportamento sociale individuale. Tuttavia, se il cambiamento normativo è sottoposto ad un semplice riscontro formale, rimangono da chiarire i meccanismi sottesi al cambiamento sociale e comportamentale. L.A. KORNHAUSER, *Notes on the Logic of Legal Change*, in D. BRAYBROOKE (a cura di), *Social Rules*, cit., 169-170, 178.

⁶⁵ Citando le parole di Solum, «copynorms are the sea we swim in when we think about copyright law. We don't see them, except when they begin to break down or change». SOLUM, *The Future of Copyright*, cit., 1164.

⁶⁶ Tale interazione, ad ogni modo, non è sempre pacifica; anzi, è sovente conflittuale e contrastante. Infatti, se la legge influenza il contenuto della norma sociale, quest'ultima può in maniera ambivalente incoraggiare o scoraggiare l'osservanza della legge, o addirittura può sostituirla. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 11-12.

comprendere le ragioni di tale difformità⁶⁷. Tale discrasia assume particolare rilevanza nel momento in cui il giudice, consapevole del contrasto tra la norma legale e quella sociale, ha il compito di risolvere l'antinomia senza stravolgere i delicati equilibri sottesi⁶⁸.

Ebbene, ammettendo che il diritto d'autore sia in gran parte il regno delle scelte private⁶⁹ e non avendo particolari difficoltà a considerarlo familiare alle dinamiche del diritto proprietario⁷⁰, è altrettanto plausibile che, al fine di capire pienamente i meccanismi comportamentali di tutti i soggetti che ruotano intorno al *copyright*, occorra avere maggior riguardo per la norma sociale, la quale appare visibilmente centrale nei rapporti privatistici. Infatti, le teorizzazioni sul ruolo della norma sociale nei rapporti giuridici sono particolarmente utili quando si tratta di analizzare determinate scelte individuali⁷¹.

A livello di *copyright*, questi atteggiamenti si riflettono nelle scelte che gli amministratori dei diritti (o intermediari) compiono a tutela dei propri interessi, ma anche nelle scelte compiute dagli utenti o

⁶⁷ Nel compiere tale operazione, si esalta la natura non autoreferenziale del diritto, la cui operatività non può trascurare l'interazione con le norme sociali così come lo stretto legame che lo associa ad altre discipline e altri ambiti del sapere. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 33-34. 133, 138.

⁶⁸ Al tempo stesso, è importante precisare che il giudice è innanzitutto un individuo e membro della società, così come di un particolare gruppo; di conseguenza, la sua attività interpretativa non è insensibile alle regole sociali che individualmente osserva o disconosce nonché ai valori di cui si fa portatore. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 146.

⁶⁹ Schultz definisce il copyright «a realm of private choice». SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 5.

⁷⁰ A sostenere la visione di un diritto d'autore di ispirazione fortemente privatistica è, ad esempio, la presenza dei molteplici confini o limiti all'esercizio delle facoltà annesse nonché la previsione di determinati meccanismi rivolti a impedirne la violazione.

⁷¹ Si pensi, innanzitutto, alla *rational choice theory*, i cui meccanismi di funzionamento ed esiti sono analizzati, fra gli altri, da Eric Posner nel descrivere il comportamento di gruppi di individui che interagiscono costantemente fra loro. E.A. POSNER, *Law and social norms*, Cambridge, 2000, 342. Cfr. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 9.

consumatori del settore. Tuttavia, mentre le azioni dei primi sono, in linea di massima, sorrette da ragioni quasi esclusivamente commerciali, le condotte dei secondi sono al tempo stesso determinate da motivazioni extra-economiche e per meglio dire sociali che possono essere pienamente comprese giustappunto guardando oltre i *blindages* della legge⁷². Da ciò, l'importanza di filtrare le norme di diritto d'autore e di identificare le norme propriamente sociali che, da tempo e gradualmente, erodono il fortilizio dei *copyright owners*.

5. La funzione moderatrice della norma sociale applicata al plagio

Come si è puntualmente rilevato, i comportamenti individuali all'interno della società sono guidati dall'osservanza o inosservanza di determinate regole «sociali»⁷³, identificabili sia all'interno di comunità ampie che, soprattutto, in gruppi di minore estensione⁷⁴. La semplice

⁷² È facile comprendere tale duplicità se si pensa al classico squilibrio che caratterizza la posizione del titolare dei diritti d'autore rispetto a quella del semplice utilizzatore e che trova una chiara esemplificazione nel mondo contrapposto elaborato da Schultz, dove le differenze tra *copyright owners* e *copyright users* sono estremamente ampie e tangibili, e ciò sia per quanto riguarda il modo in cui il diritto d'autore è concepito che per le modalità con cui è rispettato. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 6.

⁷³ Benché si riconosca l'estrema elementarità e criticabilità dell'assunto, è di immediata percezione il postulato che tutti i comportamenti individuali di interazione siano 'sociali' e di conseguenza, ciascuna regola applicabile ad essi, morale o giuridica che sia, possa essere definita 'sociale'. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 9-10.

⁷⁴ Le regole così descritte, indistintamente chiamate regole o norme sociali, hanno natura convenzionale e sono osservate di membri del gruppo o della comunità in ragione della regolarità del comportamento in esse sotteso. In altre parole, «la norma sociale descrive la regolarità di comportamento che l'interazione stessa determina all'interno del gruppo...». POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 14-15. Al contrario, vi è chi asserisce la necessità di distinguere la semplice regola dalla norma. Cfr. HORNE, *Sociological perspectives on the emergence of social norms*, cit., 4.

appartenenza al gruppo è indicativa dell'osservanza di un determinato comportamento, ma non è sufficiente a spiegare le variabili difformi. È nel momento in cui è conosciuta o condivisa dai suoi membri che diviene una vera e propria «aspettativa di comportamento»⁷⁵. A tale aspettativa si collega l'eventualità che essa venga delusa; da ciò, la conseguenza dell'applicazione della sanzione, a sua volta sociale e di natura convenzionale⁷⁶.

Nondimeno, gli studi condotti intorno alla regola sociale sono contraddistinti da risvolti problematici. Non è detto, ad esempio, che essa, pur essendo riconosciuta nella società (o in una determinata comunità), venga rispettata⁷⁷. Ugualmente, non si può dare per scontato che ciascun individuo ne abbia piena cognizione; infine, non tutte le regole sociali prevedono una sanzione che consegue, direttamente o indirettamente, alla violazione⁷⁸.

Quanto appena descritto vale, altresì, a spiegare le dinamiche comportamentali nell'ambito specifico della legge. Difatti, estendendo a tale contesto la combinazione delle variabili conoscenza vs. non conoscenza della regola e della conformità vs. difformità del comportamento rispetto a essa⁷⁹, notiamo come le azioni individuali possano variare in

⁷⁵ POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 16-17.

⁷⁶ La delusione dell'aspettativa, dunque, non è altro che la violazione della norma sociale, la quale varia in ragione di diverse possibilità, fra cui la sua ignoranza oppure la volontaria intenzione di trasgredirla. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 26-27.

⁷⁷ All'esistenza di un'aspettativa normativa, peraltro, non segue necessariamente l'attivazione della norma. Difatti, può accadere che nessuno la violi ma ciascuno eviti consapevolmente di «ritrovarsi nella situazione di chi dovrebbe seguirla». C. BICCHIERI, *The grammar of society: the nature and dynamics of social norms*, New York, 2006, 9.

⁷⁸ COLLETT, *Social Rules and Social Behaviour*, cit., 8-13.

⁷⁹ Possibilità che possono risultare dalla combinazione degli assunti, (a) non conoscenza della regola / comportamento non conforme ad essa; (b) non conoscenza della regola / comportamento conforme a essa; (c) conoscenza della regola / comportamento non conforme a essa; (d) conoscenza della regola / comportamento conforme a essa, COLLETT, *Social Rules and Social Behaviour*, cit., 14-27.

relazione alla conoscenza che ciascun soggetto ha o non ha della legge⁸⁰. In breve, la conoscenza e, all'opposto, l'ignoranza della legge concorrono a illustrare i comportamenti di rispetto o di violazione della regola legale⁸¹.

Come sintetizza Cooter, la legge non nasce unicamente attraverso l'imposizione istituzionale, ma anche per mezzo del rafforzamento di norme sociali⁸²; dunque, non solo *law and order*, ma anche *law from order*⁸³. Al contempo, vi sono circostanze in cui è evidente come, a sua volta, la norma sociale non possa fare a meno del diritto. Eppure, a causa dei costi transattivi e della severità tipica della legge, l'intervento energico di quest'ultima non è sempre desiderabile, mentre sarebbe auspicabile che fosse la società stessa, con i suoi meccanismi informali ma possibilmente più efficienti e incisivi, a provvedere da sé

⁸⁰ Di conseguenza, un soggetto potrebbe rispettare il dettato normativo in quanto conosce la regola, oppure farlo a prescindere dalla sua cognizione; ugualmente, un individuo potrebbe intenzionalmente violare la regola pur avendo coscienza del suo contenuto oppure violarla inconsapevolmente. C. SILVER, *Do We Know Enough About Legal Norms*, in D. BRAYBROOKE (a cura di), *Social Rules*, cit., 141.

⁸¹ Secondo il modello elaborato da Landes e Posner, maggiore è l'incertezza (giacché minore è la conoscenza della legge) intorno alla regola, maggiore è la propensione alla litigiosità nelle aule di giustizia; al contrario, minore è l'incertezza, minore sarà la scelta di risolvere la controversia davanti al giudice, preferendo la sede extragiudiziale. Conseguentemente, un alto tasso di litigiosità promuoverebbe una migliore conoscenza della legge, sia in termini quantitativi che qualitativi. Benché suddetta teoria non sia insensibile alle critiche di chi la considera eccessivamente semplicistica, essa continua a esercitare un forte ascendente sui modelli esplicativi più recenti. SILVER, *Do We Know Enough About Legal Norms*, cit., 142-143.

⁸² R. COOTER, *Normative failure theory of law*, in *Cornell Law Review*, 82, 1997, 947, disponibile all'URL: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=robert_cooter>.

⁸³ R. COOTER, *Law From Order: Economic Development and the Jurisprudence of Social Norm*, in M. OLSON, S. KAHKONEN (a cura di), *A Not-so-dismal Science: A Broader, Brighter Approach to Economics and Societies*, New York, 1998, disponibile all'URL: <http://works.bepress.com/robert_cooter/61>.

a garantire il rispetto di determinate norme⁸⁴.

Nello specifico del plagio, Green individua nella *norm of attribution* (regola della paternità) il fondamento della condanna sociale dell'atto plagiario, che consisterebbe nel riconoscere a ciascun individuo la facoltà di copiare il lavoro altrui, ma solo a condizione che l'autore originario sia riconosciuto come tale e in tale veste sempre citato. Diversamente, la riproduzione dell'opera priva della citazione dell'autore è qualificabile come plagio e pertanto produttiva di specifiche conseguenze e sanzioni⁸⁵.

In linea con tali considerazioni, Schultz propone alcuni esempi che chiariscono il meccanismo in base al quale le copynorms sono in grado di moderare gli effetti del *copyright*. Uno di essi è, per l'appunto, il plagio. Ad essere esaminate sono le copynorms cosiddette impositive (*injunctive copynorms*), fra le quali rientrano le regole di scrittura che favoriscono un prestito limitato (dell'opera altrui) imprescindibile

⁸⁴ Tuttavia, allorché la norma sociale non sia in grado di realizzare tale obiettivo, è concesso alle istituzioni di intervenire, con misure di legge, al fine di correggere la distorsione e far fronte all'inadeguatezza di una regolamentazione informale. È qui che interviene «the normative failure theory of law», ossia la teoria del fallimento della norma (sociale), elaborata per analogia con la teoria del fallimento del mercato (*the theory of market failure*). Secondo Cooter, l'intervento della legge e dello stato, tuttavia, non si spiega in termini di una legittimazione che deriva dal potere maggioritario, bensì è giustificata, in chiave minoritaria, dal consenso che la norma sociale implica per essere rispettata. COOTER, *Normative failure theory of law*, cit., 948-950, 978.

⁸⁵ Partendo dal presupposto che la *norm of attribution* è prodotta dall'aspirazione di ciascuno a essere apprezzato dagli altri, possiamo agevolmente asserire che l'autore di un'opera intellettuale sia incentivato a creare nuove opere fintantoché egli sia identificato come artefice; al contrario, nel caso in cui tale attribuzione venga a mancare, verrebbero meno gli equilibri alla base della produzione creativa. La situazione di equilibrio, infatti, si mantiene perché la norma di attribuzione viene interiorizzata dai membri del gruppo (o della società), divenendo il modello comportamentale di riferimento qualora si voglia riprodurre o citare il lavoro altrui. Per contro, quando la norma non è interiorizzata e quindi non condivisa, si può verificare che chi copia cerchi a sua volta l'apprezzamento e la stima degli altri, ma a spese del legittimo autore. GREEN, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, cit., 171, 174-175.

dall'attribuzione (di paternità) e quindi avverse al plagio (*Writer's Norms In Favor of limited Borrowing With Attribution and Against Plagiarism*). Più analiticamente, nel permettere la riproduzione o la citazione della propria opera, l'autore ha una precisa aspettativa, ossia che chi la copia riconosca l'effettiva paternità del lavoro altrui. Affinché non venga frustrata, tuttavia, tale aspettativa deve essere condivisa da entrambi, altrimenti ciò che si realizza è una grave violazione della norma, ovvero si compie un plagio⁸⁶.

5.1. Tutti contro il plagio: sanzioni sociali vs sanzioni (il)legali?

Al pari di quelle propriamente giuridiche⁸⁷ anche le norme sociali sono caratterizzate da prescrittività (vista l'imposizione di una determinata condotta), ma anche da coattività (data la previsione di sanzioni conseguenti alla violazione del precetto)⁸⁸. Tuttavia, nonostante l'analogia, vi sono evidenti differenze per quanto concerne la loro concreta attuazione e non necessariamente in ragione della maggiore o minore gravità che conseguirebbe alla loro inosservanza⁸⁹.

La questione dell'osservanza della norma sociale e quindi della sua efficacia, è di indiscussa centralità⁹⁰. Come precedentemente ac-

⁸⁶ SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, cit., 19.

⁸⁷ Un interessante studio sulle applicazioni pratiche del rapporto tra sanzione formale e informale è offerto da R. COOTER, P. ARIEL, *Should courts deduct nonlegal sanctions from damages?*, in *The Journal of Legal Studies*, 30, 2001, 401, disponibile all'URL: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=robert_cooter>.

⁸⁸ POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 30-31.

⁸⁹ Come precisa Pocar, sovente le sanzioni sociali si mostrano più incisive di quelle giuridiche, in quanto maggiormente severe e temibili in ragione dell'ascendente che queste hanno sull'individuo che le subisce. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 41-42.

⁹⁰ L'efficacia di una norma è desunta dalla sua capacità di massimizzare i benefici o utilità sociali a cui mira. E.A. POSNER, *Law, Economics and Inefficient Norms*, in *University of Pensilvania Law Review*, 144, 1996, 1697-1701, disponibile all'URL: <<http://www.ericposner.com/Law,%20Economics,%20and%20Inefficient%20Norms.pdf>>.

cennato, la prima reazione alla violazione del precetto è costituita dall'applicazione della sanzione informale irrogata dal gruppo di appartenenza, la cui previsione, peraltro, funge anche da fattore incentivante all'osservanza della norma⁹¹.

Come illustrato da Cooter, le sanzioni possono essere di vario tipo: *inherent sanctions*, ossia sanzioni inerenti (alla cattiva condotta) e *reputational sanctions*, ossia sanzioni incidenti sulla reputazione. Alla prima categoria appartengono l'esclusione e il disprezzo, l'ostracismo e l'allontanamento; nella seconda categoria, invece, ritroviamo la riprovazione, la condanna e la denuncia⁹². Tuttavia, esse non si dimostrano sempre efficienti e risolutive del conflitto. Ad esempio, se il membro del gruppo che viola la norma non si preoccupa dell'opinione altrui, l'incisività della sanzione viene meno ed emerge con chiarezza un classico caso di fallimento dell'autonomia di controllo della norma sociale⁹³.

Quanto finora detto a proposito della riconduzione del fenomeno plagiatario alla dimensione sociale, può far riemergere il tradizionale dibattito su quale sia la soluzione normativa in concreto più efficace: la norma informale o la sanzione penale? Ebbene, nonostante la copiosa letteratura sulla delittuosità del plagio⁹⁴, pur ammettendo che la metafora del furto letterario sia fedele all'etimologia del termine (lat. *pla-*

In altre parole, l'efficacia della sanzione garantisce il successo della norma, mentre la sua inefficacia ne causa il fallimento. R. COOTER, *Normative failure theory of law*, cit., 969.

⁹¹ HORNE, *Sociological perspectives on the emergence of social norms*, cit., 19.

⁹² R. COOTER, *Normative failure theory of law*, cit., 968.

⁹³ R. COOTER, *Normative failure theory of law*, cit., 975.

⁹⁴ Numerosi, infatti, sono gli autori che parlano del plagio in termini di diritto penale. Un caso esemplare è quello di Neal Bowers, personalmente vittima dell'appropriazione di una poesia, il quale denuncia il fatto in termini di furto, etichettando il plagiatario come *perpetrator of a crime*. BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 13.

gium)⁹⁵, il diritto penale appare inadatto a disciplinare efficacemente il fenomeno. D'altronde, è stato sottolineato come nessun plagio sia stato perseguito penalmente come furto⁹⁶ e, in virtù di tale considerazione, sorge spontanea la domanda sul perché la legge non lo punisca come tale⁹⁷.

Infine, a cosa mira la 'vittima' del plagio? Sicuramente, è possibile intravedere un desiderio di riscatto, oltre che di rivincita, ma soprattutto il plagiato desidera che il pubblico abbia cognizione del plagio⁹⁸, affidando così il verdetto finale alla collettività oltre che al giudice⁹⁹. Pertanto, dovremmo legittimamente chiederci se la soluzione risieda nel rendere il plagio impunito. In verità, è altrettanto verosimile che, nel caso della letteratura in particolare, gli autori plagiati ritengano

⁹⁵ GREEN, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, cit., 170.

⁹⁶ Ricordando le parole di Peter Shaw, Mallon sottolinea come il plagiario si avvicini alla figura del ladro cleptomane, giacché al pari di quest'ultimo egli non ha, in realtà, alcuna necessità di sottrarre l'opera altrui, mentre è evidente il suo desiderio di essere scoperto. Ebbene, fra le considerazioni fatte a proposito delle ragioni che conducono al plagio, c'è uno spazio legittimo per le condizioni mentali? Bowers, ad esempio, suggerisce che la devianza sia un elemento da tenere in considerazione. BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 44, 46. Cfr. MALLON, *Stolen Words*, cit., 121.

⁹⁷ A questa domanda Green risponde avanzando ulteriori dubbi: «does the plagiarism satisfy the legal definition of theft?». Inoltre, se non corrisponde al concetto legale di plagio, corrisponde forse a quello morale? Infine, se non soddisfacesse né l'uno né l'altro, quali conclusioni si possono trarre? GREEN, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, cit., 170.

⁹⁸ BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 128.

⁹⁹ Inizialmente, Bowers mirava unicamente alle scuse da parte del plagiario, il quale avrebbe dovuto, altresì, informare della propria scorrettezza le riviste a cui aveva inviato copia della poesia plagiata, ma poiché quest'ultimo non intendeva in alcun modo assumersi alcuna responsabilità, definendo il fatto una «unconscious injustice», è stata proprio la ricerca di giustizia che ha spinto l'autore plagiato ad adire le vie legali. BOWERS, *Words for the Taking: the Hunt for a Plagiarist*, cit., 56, 71-72.

di avere meno incentivi a scrivere nuove opere e quindi minore incentivo ad essere creativi¹⁰⁰.

5.2. Codes of conduct: *etica del web e fondamenti di netiquette*

Quanto detto finora si complica ulteriormente se si avvallano i timori espressi a proposito dell'inidoneità delle regole tradizionali a rispondere alle nuove e diverse esigenze del mondo tecnologico¹⁰¹. Si sostiene che a dover rappresentare il vero obiettivo della regolamentazione siano i comportamenti dei soggetti che in esso interagiscono piuttosto che le tecnologie che influenzano i medesimi¹⁰². Secondo tale orientamento, il cyberspazio non rappresenta semplicemente una complessa rete di comunicazioni e informazioni, ma anche un insieme di norme che disciplinano e guidano il comportamento degli utenti e che sono autonome per produzione e attuazione¹⁰³.

¹⁰⁰ Tuttavia, contrariamente a quanto siamo portati a pensare non è sempre e solo una questione puramente economica: non è detto, infatti, che il plagio aspiri ad una compensazione economica, né è detto che il plagiatore ricavi effettivamente qualcosa in termini monetari dal plagio che compie. Cfr. MALLON, *Stolen Words*, cit., 237-238.

¹⁰¹ A tal proposito, le preoccupate parole di Algardi, nell'affrontare la questione della mancata punibilità di atti compiuti in violazione dei soli diritti morali d'autore (e quindi la mancata repressione del semplice plagio non accompagnato da contraffazione), ritornano assolutamente attuali. Citando le sue parole, «[...] se l'evoluzione dei mezzi di espressione e riproduzione delle opere dell'ingegno sarà tale da consentire utilizzazioni attualmente non previste – già tale situazione si manifesta – sarà necessaria una modifica della legge [,] particolarmente nel campo della repressione penale». Z.O. ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Padova, 1978, 323.

¹⁰² Al contrario, secondo l'analisi di Elkin-Koren, i recenti contributi legislativi vanno nella direzione opposta, nel tentativo di colpire i comportamenti che costituiscono violazione del diritto d'autore attraverso la predisposizione e rafforzamento di strumenti e dispositivi tecnologici. N. ELKIN-KOREN, *Copyright in Cyberspace: The Rule of Law and the Rule of Code*, in E. LEDERMAN, R. SHAPIRA (a cura di), *Law, Information and Information Technology*, The Hague, 2001, 132.

¹⁰³ Peraltro, suddette norme si aggiungono al tradizionale dualismo di regole sociali e legislative in precedenza analizzato e con il quale interagiscono, competono e talvolta confliggono.

Le difficoltà che emergono nell'applicare all'universo digitale le stesse regole interpretative e operative tradizionalmente riservate al mondo pre-digitale consentono di scoprire la validità e l'efficacia di norme alternative¹⁰⁴, riconducibili alle regole comportamentali o *codes of conduct*. Tale tipologia di regolamentazione rientra fra le misure di autoregolamentazione di cui sono dotate le tecnologie stesse e, rappresentando un concetto assai ampio e inclusivo di quella che Elkin-Koren definisce *regulation by code*, si affianca alle classiche norme di *copyright* derivanti dalla legge e da contratto, ma allo stesso tempo si differenzia da queste sotto alcuni importanti profili¹⁰⁵.

Nondimeno, poiché la tecnologia stessa è a sua volta fallibile e alterabile¹⁰⁶, al codice regolamentare si contrappone la minaccia di un contro-codice (*counter code*) non meno temibile della violazione espressa della norma di legge¹⁰⁷. Difatti, nonostante il concetto di *code* (codice) nasca nel cyberspazio con un'accezione ben definita e tecnica¹⁰⁸, è possibile accogliere un significato più ampio del termine che

¹⁰⁴ A supportare tale conclusione vi sono ragioni economiche, fra cui l'onerosa attività di protezione che si contrappone all'estrema economicità della copia realizzata in violazione dei diritti esclusivi, ma anche più generalmente logistiche, prima fra tutti la difficoltà di far fronte a fenomeni illeciti sempre più transfrontalieri. ELKIN-KOREN, *Copyright in Cyberspace: The Rule of Law and the Rule of Code*, cit., 133.

¹⁰⁵ ELKIN-KOREN, *Copyright in Cyberspace: The Rule of Law and the Rule of Code*, cit., 134-135.

¹⁰⁶ Peraltro, sul piano specifico dell'attuazione concreta di tale struttura regolamentare, benché i costi legati al mantenimento di siffatto sistema siano sostanzialmente inferiori rispetto a quelli derivanti dall'intervento repressivo della legge, essi sono comunque reali e consistenti.

¹⁰⁷ Da ciò l'affermazione per cui, nonostante il considerevole tentativo di controllare la tecnologia per mezzo della legge, «correcting technology with other technology has been far more effective». R. SPINELLO, *Cyberethics. Morality and Law in Cyberspace*, Sudbury, 2000, 1.

¹⁰⁸ Si veda, in particolare, L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, 2006, disponibile all'URL: <<http://codev2.cc/download+remix/>>; ID., *Code: and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

non si esaurisca semplicemente in meccanismi di protezione e autodisciplina tecnologica.

Nel quadro delineato da Lessig, il complesso sistema della regolamentazione della proprietà intellettuale prevede la compresenza e l'interazione di quattro principali fattori: la legge, le norme sociali, il mercato e infine l'architettura, intendendo quest'ultima come l'insieme dei vincoli (reali o digitali) sul comportamento¹⁰⁹. Secondo l'autore, il futuro del diritto d'autore sarebbe rappresentato dal *codice*¹¹⁰, il quale è di per sé legge¹¹¹. Tale affermazione (il codice è la legge) è dunque una chiara illustrazione del 'potere autoregolativo della tecnica'¹¹².

In questa sede, con l'espressione *regulation by code*, si vogliono includere sia i codici di protezione suddetti che, più in generale, tutti i codici di comportamento che popolano l'universo digitale. In ragione di tale impostazione, si riconosce espressamente il significativo ruolo dell'etica¹¹³, per quanto rimangano meno ovvie le dinamiche che legano i codici (etici) comportamentali alle norme legislative e alle regole del

¹⁰⁹ L. LESSIG, *Cultura libera. Un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005. Traduzione italiana di ID., *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, New York, 2004, disponibile all'URL: <<http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>>.

¹¹⁰ Rispetto all'architettura, pur riconoscendo l'affinità dei termini, il concetto di 'code' è tuttavia più specifico e, come osserva correttamente Pagallo, rinvia al «dispositivo tecnologico che detta le istruzioni del programma informatico». U. PAGALLO, *Teoria giuridica della complessità. Dalla "polis primitiva" di Socrate ai "mondi piccoli" dell'informatica. Un approccio evolutivo*, Torino, 2006, 153.

¹¹¹ L. LESSIG, *Cultura libera*, cit., 143-150.

¹¹² M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, Torino, 2007, 225.

¹¹³ Le prime riflessioni intorno all'etica del computer le dobbiamo negli anni '40 a Wiener, conosciuto come il padre della cibernetica, il quale nell'ambito di un programma di ricerca militare si confrontò con la questione del delicato rapporto tra sviluppo tecnologico e diritto. N. WIENER, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, 1948.

mercato¹¹⁴.

Al di là dei codici propriamente tecnologici e quindi oltre l'architettura del cyberspazio, si riconosce l'esistenza di norme etiche-sociali regolatrici del comportamento cibernetico¹¹⁵. Tali regole, originate e disciplinate all'interno dei gruppi sociali o comunità che popolano lo spazio digitale, consistono in canoni comportamentali che si articolano in norme sociali e nella cosiddetta *netiquette*¹¹⁶. Come chiarisce Durante, l'etica del computer rappresenta un particolare ambito di applicazione dell'etica e permette di identificare regole di comportamento, ossia norme di condotta, ma anche mere linee guida, seguite e prescritte dagli utilizzatori di strumenti tecnologici¹¹⁷.

La funzione della *cyberethics*, dunque, è integrativa e talvolta sostitutiva della tradizionale regolamentazione legislativa e tecnologica: essa, infatti, si pone a metà strada fra diritto e tecnologia, facendo fronte ai limiti dell'uno e dell'altra, colmandone le lacune e talvolta sostituendosi a essi. Ciò non significa proclamarne l'assoluta autonomia né tantomeno l'infallibilità, in quanto essa non sempre è in grado di offrire

¹¹⁴ DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, cit., 15, 19. Negli anni '80 e '90, il tema del *computer ethics* è stato ampiamente approfondito da studiosi fra cui J. MOOR, *What is computer ethics?*, in T.W. BYNUM (a cura di), *Computer and Ethics*, Malden, 1985; D. JOHNSON, *Computer Ethics. Upper Saddle River*, New Jersey, 1994; L. LESSIG, *Code: and Other Laws of Cyberspace*, cit.

¹¹⁵ In linea con le ponderate riflessioni di Lessig, il quale ribadisce l'autonomia del cyberdiritto ma al tempo stesso ne sottolinea la specialità e la profonda commistione con molte altre aree del diritto e del sapere in genere (L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 113, 1999, 501, disponibile all'URL: <<http://www.lessig.org/content/articles/works/finalhls.pdf>>), ne deduciamo che la questione dell'interdisciplinarietà continua ad essere un'indiscussa protagonista anche del dibattito sui rapporti tra diritto e tecnologia. Ciò pone le basi per ulteriori riflessioni intorno al ruolo che l'etica riveste nel mondo digitalizzato.

¹¹⁶ In altre parole, l'etica cui si allude può essere rappresentata in termini di: «[the] ultimate regulator of cyberspace that sets the boundaries for activities and politics», ossia lo strumento di regolamentazione con cui si confinano le attività e le politiche inerenti al cyberspazio. SPINELLO, *Cyberethics. Morality and Law in Cyberspace*, cit., 7.

¹¹⁷ DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, cit., 21.

risposte certe alle composite questioni che la tecnologia pone¹¹⁸.

Del resto, in proporzione alla celerità con cui le tecnologie mutano, i comportamenti umani rispetto all'utilizzo di queste e alla comprensione dei meccanismi ivi sottesi si evolvono con altrettanta rapidità, richiedendo un'attenta ponderazione dei valori e degli interessi in gioco¹¹⁹.

Nel ripercorrere brevemente la storia di internet e della sua diffusione, è stato osservato come il comportamento di chi vi accede sia profondamente mutato nel corso degli anni. Difatti, se inizialmente l'utente medio, inesperto e timoroso, dimostrava grande cautela e con una certa difficoltà si addentrava nel neonato ambiente cibernetico, oggi assistiamo ad un fenomeno del tutto diverso. L'utente di oggi, non più intimorito e anzi decisamente spavaldo, interagisce con grande disinvoltura e ben poca cautela, districandosi con minor esitazione nella fitta rete informatica¹²⁰.

Si è trattato di un'evoluzione rapida e difficilmente prevedibile, ma ben presto è sorta anche la preoccupazione di richiamare l'attenzione sulla prudenza e la ponderatezza. Da ciò l'individuazione di una serie di regole di comportamento, le quali ricordano in qualche

¹¹⁸ Con ciò si allude alla situazione in cui, a causa della rapidità con cui la tecnologia si evolve, non si è in grado di individuare con precisione e certezza i principi etici che andrebbero applicati al caso concreto. Di conseguenza, di fronte a tale vuoto altrimenti denominato *policy vacuum*, non basta applicare i principi e regole di comportamento che si è soliti utilizzare in ambito reale (non digitale), bensì occorre formularne dei nuovi. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, cit., 25-26.

¹¹⁹ DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, cit., 27. Partendo da tali considerazioni, Moor rievoca la questione della neutralità o meno della tecnica (e tecnologia). Si rimanda al suo saggio per un maggiore approfondimento. MOOR, *What is computer ethics?*, cit., 267-271.

¹²⁰ Per far fronte all'eventualità di comportamenti irresponsabili e scorretti, si auspica un vero e proprio 'addestramento' dell'utente in termini di principi e linee guida che orientino il comportamento di ciascun individuo nella società informatizzata. L. SAGGIN, *Netiquette - Il galateo di Internet*, ultima versione: 20 dicembre 2002, disponibile all'URL: <http://www.bio.unipd.it/local/internet_docs/netiq.html>.

modo il galateo della buona società e nel cyberspazio prendono il nome di *netiquette* (dall'unione di *net* ed *etiquette*)¹²¹.

Ebbene, limitatamente al plagio di opere digitali, le conseguenze di siffatto mutamento di prospettiva si toccano con mano. Se dapprima l'internauta cortese mostrava un quasi religioso rispetto per l'opera altrui e raramente tradiva il paradigma dell'autorialità, oggi non possiamo non constatare che nella pratica dell'informazione digitale appare decisamente preponderante il fenomeno opposto. I casi di copia spudorata e usurpativa, insomma, si sono affermati in maniera esponenziale: in un crescendo di informazioni sempre più complete e interattive, la tentazione d'impossessarsi del prodotto dell'intelletto altrui appare decisamente più forte dello sforzo creativo proprio¹²².

6. Considerazioni finali

Ontologicamente collocato nella dimensione della moralità, il plagio è un concetto che fatica a districarsi nell'intreccio degli elementi giuridici ed extragiuridici che lo connotano. La dimensione morale emerge nel momento in cui lo si definisce «atto usurpativo della paternità che pregiudica il diritto morale dell'autore ad essere riconosciuto come tale», eppure il volerlo reprimere come atto riprovevole spinge a rivestirlo di una formalità e rigidità che si scontra con la sua vocazione

¹²¹ Detto galateo si sostanzia nell'osservanza di atteggiamenti che abbiano rispetto degli altri utenti e di ciò che ciascuno mette a disposizione della comunità di rete. Un internauta galante, dunque, è tale quando si assume le responsabilità che conseguono all'interazione cibernetica, astenendosi, fra l'altro, dal 'saccheggiare' quando gli altri utenti hanno scelto di condividere.

¹²² Fra le regole di netiquette individuate da Saggin, è opportuno richiamare la voce relativa alle pagine html. Al 'comandamento n. 10', infatti, è prescritto che un documento html debba (anche) includere l'indicazione del suo autore. Di conseguenza, la riproduzione di una pagina web altrui con usurpazione della paternità di chi l'abbia effettivamente originata è plagio. SAGGIN, *Netiquette - Il galateo di Internet*, cit.

morale e sociale.

Ne consegue che la propensione a disciplinarlo in chiave essenzialmente legalistica non è affatto agevole né opportuna. L'incertezza che ruota attorno alla definizione di plagio è sintomatica della sua inafferrabilità e della sua inclinazione a rifuggire rigide etichettature e formalizzazioni. Pertanto, l'interprete¹²³ che si appresti a esaminare il plagio e le sue dinamiche deve dimostrare una certa prudenza, oltre che un'indiscutibile sensibilità nei confronti di tutti i saperi che partecipano alla lettura del fenomeno.

L'indagine multisetoriale e interdisciplinare è dunque centrale rispetto al ragionamento sul plagio. Posto che il diritto non è in grado di maniera spiegare autonomamente e sufficientemente il plagio, del pari non si ritiene possano farlo separatamente la norma sociale, la critica letteraria e artistica, la tecnologia. L'immagine dei vasi comunicanti ciascuno connotato da innate peculiarità, è metafora del dialogo reciproco interdisciplinare che lo studio e la disciplina del plagio richiedono. Per di più, le difficoltà di riconoscere, sanzionare e normalizzare il plagio aumentano in proporzione all'evoluzione della tecnologia e della creatività, sicché maggiori tendono ad essere le incertezze e, parallelamente, lo spazio da conferire a ulteriori chiavi di lettura.

Del resto, le manifestazioni della vita sociale sono tanto rilevanti quanto difficili da comprendere e disciplinare. Orbene, ammettere che il plagio possa trovare una nuova e più vantaggiosa collocazione sociale, più confacente alla sua natura esplicitamente morale, non implica la sua estirpazione *in toto* dal contesto giuridico. Piuttosto, la norma sociale interviene proprio in vece dell'inopportuno rigore legale, conducendo a esiti nuovi ma pur sempre in connubio con gli strumenti dell'analisi giuridica. A ben vedere, la si potrebbe ritenere una formula

¹²³ In particolare per il giurista, il supporto di saperi non giuridici è indubitabile poiché il sostegno di esperti e tecnici di altre discipline consente di comprendere meglio il significato e la latitudine del plagio.

inusuale, ma il diritto d'autore è in ogni caso «singolare» e per la sua stessa peculiare natura necessita del dialogo costante con gli altri saperi.

In conclusione, ricordando il monito di Muzafer con cui si sono aperte le premesse di questa trattazione, le norme non sono socialmente edibili se non a condizione che la società stessa le metabolizzi. È a queste condizioni che la norma sopravvive, le stesse condizioni che consentono di spiegare e disciplinare il plagio senza sacrificare tutte le variopinte realtà che in esso si nascondono. Le *social norms* hanno il pregio di mirare a questi obiettivi risparmiando al diritto limitando il ricorso aprioristico alla forza della legge senza aver prima scandagliato le possibili alternative informali di cui si nutrono le relazioni sociali e che, evidentemente, alimentano il diritto stesso.