



*UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO*

*DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ E DELLO SPORT*

*CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO - IUS01*

*SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"*

**IL PARADIGMA PROPRIETARIO E  
L'APPROPRIAZIONE DELL'IMMATERIALE**

COORDINATORE

CH.MA PROF. ROSALBA ALESSI

TUTOR

CH.MO PROF. LUCA NIVARRA

Candidato

Guido Noto La Diega

*Ai miei genitori,  
per avermi lasciato la libertà di errare*

## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	vi
Cap. I	
ALLE ORIGINI DELL'APPROPRIAZIONE. DALLA PROPRIETÀ COME LIMITE ALLA PROPRIETÀ SENZA	
LIMITI	
1.1. Cenni preliminari e precisazioni metodologiche.....	20
1.2. Il diritto di proprietà come limite al diritto di autore: le opere dell'ingegno nei diritti dell'antichità.....	23
1.3. Il paradigma proprietario come strumento anti-capitalistico: il passaggio dal privilegio al diritto.....	35
1.4. Alle origini della tutela dei diritti morali, nucleo forte gli IPRs.....	52
1.5. Le creazioni dell'ingegno nell'Italia preunitaria e nel Regno d'Italia.....	64
Cap. II	
LA NATURA DEI DIRITTI IP. PERSONA E PROPRIETÀ NELLA RIFLESSIONE SULL'APPROPRIAZIONE	
IMMATERIALE	
2.1 Cenni preliminari.....	71
2.2 IPRs e personalità.....	84
2.3 Alcune note su equivoci kantisti e permanenze kantiane.....	88
2.4 Della sussunzione degli IPRs nel paradigma dominicale tradizionale. Spigolature fra dottrine e giurisprudenza.....	94
2.5 Fichte, Hegel e la teorica proprietaria. Le ragioni della fortuna (e della strumentalizzazione).....	101
2.6 Paralipomeni hegelisti. La teorica proprietaria nella cultura giuridica italiana novecentesca. Rileggendo Barassi e Ascarelli.....	113
2.7 Dell'inadeguatezza delle teoriche in voga e di qualche proposta metodologica.....	122

## Cap. III

### EUROPA, SLITTAMENTO DI PARADIGMI E FUNZIONE SOCIALE

3.1 Le ragioni di una scelta.....	123
3.2 La dichiarata estraneità dell'Unione alla disciplina del diritto di proprietà e la sterilizzazione del principio di neutralità.....	125
3.3 L'ultima Carta dei diritti fra individualismo e omnicomprensiva.....	132
3.4 La proprietà europea, con particolare riguardo all'art. 17 CDFUE.....	143
3.5 Sul fondamento della proprietà intellettuale. Concezioni debolissima, debole e forte in giurisprudenza e dottrina.....	170
3.6 Dalla libertà alla funzione. E ritorno.....	202
3.7 Tre passi verso il Sud del mondo. Funzione sociale dell'IP e beni comuni.....	232

## Cap. IV

### IL VINO NUOVO NELLE VECCHIE BOTTI. APPROPRIAZIONE ED EVOLUZIONE TECNOLOGICA

4.1 Considerazioni preliminari.....	244
4.2 I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea. Le idee e il muro del suono.....	246
4.3 I nuovi beni comuni dell'era digitale. Brevi note in tema di <i>open software</i> .....	268
4.4 Il ritorno delle cose. <i>Makers, Fablabs e open hardware</i> .....	276
4.5 La condivisione dei dati in modalità <i>peer-to-peer</i> (P2P).....	284
4.6 Fugaci riflessioni su <i>social networks</i> e IPRs.....	293
4.7 Lo <i>streaming</i> : flusso di <i>openness</i> .....	299
4.8 Il diritto fra le nuvole. Il <i>cloud computing</i> e l'IP.....	309
4.9 <i>Zwischenergebnis</i> : la natura degli IPRs e il progresso tecnologico.....	336

CONCLUSIONI. DI DARWIN, DELLA SEMPLICITÀ E DI QUALCHE ALTRA COSA.....	347
---	-----

INDICE DELLE OPERE CITATE.....	359
--------------------------------	-----

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA.....	440
----------------------------------	-----

## INTRODUZIONE

*L'Accademia nostra ha debito di tornare sul difficile argomento col quale io pongo fine a questo lungo discorso; per vedere se quando si vuole arare nel cervello altrui e piantarvi un'idea il possesso di questa sia poi tutto dell'aratore; e se al seme che fruttifica, e al terreno nel quale si feconda, germoglia e si trasforma si possano imporre leggi, termini, ipoteche, prescrizioni e rivendicazioni di possesso.*

G. Buonazia, *Rapporto sugli Studi Accademici per l'Anno 1867*, in *Continuazione degli Atti della R. Accademia economico-agraria dei Georgofili di Firenze*, XV, Firenze, 1868, 16

La struttura dei paradigmi appropriativi – con elettivo riguardo al rapporto fra proprietà intellettuale <sup>(1)</sup> e tradizionale proprietà – è un tema che ha impegnato per secoli i pensatori più reputati <sup>(2)</sup>. Non è un caso che una delle principali riflessioni sulla natura dei diritti in esame si apra

---

<sup>1</sup>«Proprietà intellettuale» è locuzione polisemica, che qui verrà usata per indicare promiscuamente diritto d'autore e proprietà industriale (marchi, brevetti, denominazioni di origine, segreti industriali, ecc.); cionondimeno, non infrequentemente essa sarà studiata dalla particolare specola del diritto d'autore, traverso la quale, ad avviso di chi scrive, più chiaro si delinea il motivo del ricorso al paradigma proprietario e rispetto alla quale più ricorrenti sono gli accostamenti al diritto di proprietà *tout court*. Resta inteso che non tutti i principi e le regole validi nel campo autoriale sono meccanicamente applicabili al campo industrialistico, ma ciò sarà di volta in volta, se del caso segnalato. V., ad es., Trib. Genova, 20-4-2006, inedita, per cui «in tema di proprietà intellettuale non si applica "il principio dell'esaurimento", elaborato sul diverso terreno del diritto industriale, con la conseguenza che, l'aver l'autore già autorizzato la divulgazione dell'opera attraverso mostre, iniziative promozionali o inserimento in siti internet, non comporta per ciò solo una "cessione" del diritto di sfruttamento, che continua ad appartenere al creatore. Pertanto, l'utilizzazione a fini commerciali senza previa autorizzazione della riproduzione di un disegno, ancorché già esposto in pubblico ed immesso in Internet, concreta lesione del diritto d'autore, che si articola nel pregiudizio recato all'esclusiva sulla riproduzione dell'opera, all'esclusiva sulla messa in commercio, all'illegittimo sfruttamento economico ed al diritto al riconoscimento della paternità dell'opera. In assenza di prova del danno patrimoniale (per assenza di indicazioni in ordine alla quotazione 'di mercato' dei disegni, al danno derivato a causa della illecita utilizzazione, al profitto derivato alla convenuta dalla pubblicazione dell'opera, al prezzo eventualmente praticato per la cessione dei diritti di utilizzazione relativi ad altre sue opere) va riconosciuto il danno morale ed esistenziale da liquidarsi equitativamente». Un possibile catalogo è fornito, ad es., dalla dich. 2005/295/CE della Commissione «relativa all'articolo 2 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale», per cui sono considerati IPRs: diritto d'autore, diritti connessi al diritto di autore, diritto *sui generis* del titolare di una banca di dati, diritti dei creatori di topografie di prodotti a semiconduttori, diritti relativi ai marchi, diritti relativi ai disegni e modelli, diritti brevettuali, compresi i diritti derivanti da certificati protettivi complementari, indicazioni geografiche, diritti relativi ai modelli di utilità, diritti di privativa per ritrovati vegetali, nomi commerciali, se protetti da diritti di privativa nella legislazione nazionale.

<sup>2</sup>V., ad es., A. MANZONI, *Lettera al Signor Professore Girolamo Boccoardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria*, in *Opere varie*, Milano, 1870, 567; J.G. FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1791, XXI, 443, ora in ora in ID., *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, a cura di R. Lauth, H. Jacob e H. Gliwitzky, I, *Werke*, 1, *Werke 1791-1794*, a cura di R. Lauth e H. Jacob, Stuttgart, 1964 e anche in *UFITA*, 1987, 155; G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin, 1821; I. KANT, *Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1785, V, 403, ora in *UFITA*, 1987, 137; VOLTAIRE, *Lettre à un premier commis*, 20-6-1733, in *Oeuvres de M. de Voltaire. Mélanges de littérature, d'histoire et de philosophie*, Genève, 1775, 328; J.F. DE LA HARPE, *Adresse des auteurs dramatiques à l'Assemblée nationale prononcée par M. Jean François de La Harpe dans la séance du mardi soir 24 août 1790*, Paris, 1790; D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Paris, 1763, in *La propriété littéraire au XVIIIe Siècle*, a cura di É. Laboulaye e G. Guiffrey, Paris, 1861; P.-A. CARON DE BEAUMARCHAIS, *Compte rendu de l'affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français*, Paris, 1780 e in *Oeuvres complètes de Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais*, XVI, Paris, 1809, 1; L. D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requête à Monsieur le Garde des Sceaux. Question. S'il seroit juste & équitable, d'accorder aux Libraires de Province, la permission d'imprimer les Livres qui appartiennent aux Libraires de Paris, par l'acquisition qu'ils ont faite des Manuscrits des Auteurs?*, Paris, 1725, in *Oeuvres posthumes de Maître Louis d'Héricourt, avocat au Parlement*, III, *La suite de ses mémoires sur des questions de droit civil*, Paris,

con la premessa che «nel campo dell'identificazione e qualificazione dei diritti soggettivi, forse nessuna materia è stata più feconda di difficoltà costruttive e di spiegazioni dogmatiche che quella [...] dei poteri riconosciuti all'autore in rapporto all'opera dell'ingegno»<sup>(3)</sup>. Si tratta, invero, di questioni che non si lasciano confinare nell'iperuranio metateoretico: e perché le dispute in esame si sono con evidenza riverberate sul diritto positivo<sup>(4)</sup>, e perché, come pone in luce l'analisi economica del diritto, «una tassonomia proprietaria che non tiene conto della natura della risorsa scarsa ha un costo sociale che si configura come uno spreco»<sup>(5)</sup>.

Con Ascarelli, ritengo che il problema giuridico non sia «quello ontologico della ricerca di essenze e nature eternamente poste»<sup>(6)</sup>. Mi preme precisare, però, che, mentre emerge chiara e condivisibile la laicità storicista ascarelliana, si presta a interpretazioni non univoche il passaggio in cui l'A. ritiene che al giurista non interessi la «ascosa natura delle creazioni intellettuali»<sup>(7)</sup>. Esso, a mio parere, va inteso come il rifiuto di qualsiasi atteggiamento (neo)giusnaturalistico, non, invece, come una scetticismo tanto radicale da occultare dati difficilmente negligenze. Sono convinto, in

---

1759, 53 (che ho potuto consultare in originale grazie alla meritoria opera di digitalizzazione portata avanti col progetto [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org)); ma anche W. WARBURTON, *A Letter from an Author to a Member of Parliament concerning Literary Property*, London, 1747; A. BATTAGLINI, *Dissertazione accademica sul commercio degli antichi e moderni librai*, Roma, 1787; E. PIOLA CASELLI, *Le ragioni del secolare dissenso sulla natura e sul nome dei diritti degli autori e inventori*, in *Foro it.*, 1901, I, 1294; G. TODDE, *Studio sulla pretesa proprietà letteraria e rivista del libro di P.J. Proudhon sui Maggioraschi letterari*, Cagliari, 1863; J. KOHLER, *Autorrecht. Eine zivilistische Abhandlung; zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*, Jena, 1880; O.F. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, in *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, a cura di K. Binding, Leipzig, 1895; E.M. GRÄFF, *Versuch einer einleuchtenden Darstellung des Eigenthums und der Eigenthumsrechte des Schriftstellers und Verlegers und ihrer gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten*, Leipzig, 1794; K.F. HOMMEL, *Litteraturis juris*, Leipzig, 1761; I.R.G. LE CHAPELIER, *Rapport fait par M. Le Chapelier; Au nom du Comité de Constitution, sur la Pétition des Auteurs dramatiques, dans la Séance du Jeudi 13 Janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette Séance*, Paris, 1791; S.-N.-H. LINGUET, *Memoires et plaidoyers de M. Linguet avocat à Paris*, Amsterdam, 1773; J.S. PÜTLER, *Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätze des Rechts geprüft*, Göttingen, 1774; J.R. THURNEISEN, *De recusione librorum furtiva zu Teutsch dem unerlaubten Büchernachdruck*, Basel, 1738; M. EHLERS, *Ueber die Unzulässigkeit des Büchernachdrucks nach dem natürlichen Zwangsrecht*, Dessau-Leipzig, 1784; C. MASSA SALUZZO, *Diritti di personalità e natura dei diritti di autore*, Torino, 1906. Fra gli studi più recenti, davvero notevole mi è parso A. PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen, 2008, 26, che ha fra le *Kernfragen* l'interrogativo se, fra *Sacheigentum* e *Immaterialgüterrechte*, «zumindest eines als allgemeine Grundlage der Güterzuordnung dienen kann».

<sup>3</sup>P. GRECO-P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XI, 3, Torino, 1974.

<sup>4</sup>Ampia prova della mia affermazione si ricava dalla lettura dei lavori preparatori e delle relazioni di accompagnamento ai principali interventi normativi in materia. In termini v., ad es., A. GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 359: «in questa materia le influenze dottrinali sulle leggi sono state sempre notevoli».

<sup>5</sup>U. MATTEI, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 26.

<sup>6</sup>T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*<sup>3</sup>, Milano, 1960, 330.

<sup>7</sup>*Ibidem*.

particolare, che, di là dalle contingenze storiche che plasmano anche radicalmente gli IPRs<sup>(8)</sup>, esistano dei caratteri che, in quanto costanti e coesenziali alla struttura, possono dirsi attinenti alla natura del diritto. Ad es., una giurisprudenza ardita potrà pure applicare la disciplina del possesso ai beni immateriali<sup>(9)</sup>, ma resta il fatto che limiti naturalistici dell'oggetto non potranno mai occultare il carattere fittizio di una consimile operazione, con immediati riflessi in termini di disciplina. Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, che senso abbia interrogarsi sulla struttura dei paradigmi appropriativi, quando il legislatore e la giurisprudenza non sembrano, spesso, agire in conformità ad essa. Rifuggo la tentazione di lanciarmi in una perorazione dell'utilità dell'inutile, tema oggi tornato *à la page*<sup>(10)</sup>. Piuttosto, credo che compito dell'Accademia non sia la stenografia dell'attività parlamentare e giurisprudenziale, bensì lo sforzo di rendere 'sistema' codesta produzione magmatica, nella convinzione che solo la coerenza possa assicurare (condizione necessaria, ma non certo sufficiente) non solo la sicurezza dei traffici, ma, più in generale, un convivere dell'umano consesso improntato alla massimizzazione del benessere di ciascuno.

Una novità degli ultimi anni impone, a mio avviso, di tornare a riflettere sul tema. Penso, in

---

<sup>8</sup> Preciso sin d'ora che, a fronte di un ginepraio terminologico comprendente – per limitarsi alle locuzioni più in voga – diritto d'autore, proprietà intellettuale, diritti sulle opere dell'ingegno, proprietà industriale, diritti sui beni immateriali, prediligerò l'acronimo inglese IPRs (o diritti IP), non solo perché vanta il campo semantico più vasto (conformemente al concetto europeo di proprietà intellettuale), ma soprattutto perché non chiama in causa il pesante corredo dogmatico connesso al diritto di proprietà, consentendo di evitare di prender partito sin d'ora per l'una o l'altra delle teoriche sviluppate sulla natura dei diritti in esame. Per motivi analoghi, E. BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, Thèse de Doctorat en Droit Privé, 2009, 19 del dattiloscritto, preferisce parlare di *droit intellectuel*: «*afin de ne pas préjuger de la réponse à ces questions, il sera donc souhaitable, dans la suite des développements, de préférer la dénomination «droit intellectuel», voire «droit sur les biens intellectuels» à celle de «propriété intellectuelle»*». Non aderisco alla proposta sia perché IP e IPRs sono formule assai più diffuse, sia perché quella del diritto intellettuale è una teoria, accostabile a quella filo-proprietaria, avanzata da J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, spec. 189. Un estratto dello studio dottorale di Bouchet-le Mappian è stato pubblicato, col medesimo titolo, in *RIDA*, 2011, 227, ma le citazioni che da qui innanzi si riporteranno, faranno riferimento alla numerazione del dattiloscritto della tesi di dottorato, che ho potuto consultare nella biblioteca del Max-Planck-Institut di Monaco di Baviera. Autorevole dottrina propone di parlare di «poteri riconosciuti all'autore in rapporto all'opera dell'ingegno» (P. GRECO, *Saggio sulle concezioni del diritto di autore*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 539).

<sup>9</sup> Con ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 315, escluderò dalla trattazione i temi del diritto sul diritto e delle energie, ciò che – insieme alla generale non appropriabilità dell'immateriale – conduce l'insigne giurista a distinguere i beni immateriali dalle creazioni intellettuali, le quali costituiscono beni individualizzati la cui costituzione è normativamente disciplinata partendo dall'esistenza di una creazione intellettuale le cui caratteristiche corrispondono a quelle di uno dei tipi di creazione intellettuale tutelabile nello stesso ordinamento giuridico. Cionondimeno, io parlerò di beni immateriali per indicare quelle che l'A. chiama creazioni intellettuali, essendo le due locuzioni ormai fungibili nel linguaggio corrente ed essendo la prima ben più in voga della seconda. Si avverte un'eco ascarelliana in H. SCHACK, *Urheber- und Vertragsrecht*<sup>2</sup>, Tübingen, 2001, § 21, secondo il quale una cosa immateriale diviene un bene immateriale quando l'ordine giuridico l'attribuisce a una persona determinata e la rende «*als Rechtsobjekt verfügbar*» ed è a buon titolo che l'ordine giuridico non trasforma indiscriminatamente cose immateriali in beni immateriali, ma consente l'appropriazione «*nur für wenige Immaterialgüter*». Cfr. L. VITOLS, *Der Zwangslizenzinwand gegen Unterlassungsansprüche des Immaterialgüterrechts*, Göttingen, 2013, 19 e K. GANTERT, *Der virtuelle Gegenstand im Recht*, Hagen, 2010, 29.

<sup>10</sup> Cfr. N. ORDINE, *L'utilità dell'inutile. Manifesto*, Milano, 2013, che, attraverso le parole di grandi pensatori, pone in luce come vi siano, nelle democrazie mercantili, saperi considerati inutili, che si rivelano, tutt'al contrario, di straordinaria utilità.

particolare, alla «costituzionalizzazione»<sup>(11)</sup> della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nel prosieguo, CDFUE), attuata mediante conferimento ad essa, ad opera del Trattato di Lisbona, dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (art. 6, § 1 TUE). In un sistema «composito ruotante alla Carta di Nizza, ai principi generali e alla CEDU»<sup>(12)</sup>, dedicare maggiore attenzione alla Carta, e minore alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali – intorno alla quale si è sviluppata comprensibilmente una giurisprudenza assai corposa – si giustifica, da una parte, con la necessità di non percorrere strade già ampiamente da altri battute<sup>(13)</sup>, dall'altra con la circostanza, posta in luce da due recenti arresti delle Sezioni Unite

<sup>11</sup>In giurisprudenza si preferisce parlare di 'trattatizzazione' (così Cass., 11-6-2013, n. 25554, inedita e Trib. Brindisi Ostuni, 3-4-2012, inedita). La formula è, invece, piuttosto in voga in dottrina, v. ad es. J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione Europea dopo Lisbona*, a cura di S. Civitarese Matteucci, F. Guarriello e P. Puoti, Roma, 2013, 47; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, 2012, 381 e già R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, 440; L. BURGORGUE-LARSEN, *Ombres et lumières de la Constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Cah. dr. eur.*, 2004, 663; F. TURPIN, *L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne*, in *Rev. triv. dr. eur.*, 2003, 615 e G. VACCA (a cura di), *L'unità dell'Europa. Rapporto 2003 sull'integrazione europea*, Roma, 2003, 177. Più in generale, come si è osservato in Cass., 10-12-2002, n. 17564, in *Arch. civ.*, 2003, 1107, nell'ambito dei principi, elaborati da tempo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee - che hanno contribuito a segnare il c.d. "processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario" ed a realizzare progressivamente la "effettività" e la uniformità di interpretazione ed applicazione del diritto comunitario - assumono rilievo assolutamente preminente e congiunto, soprattutto nella dimensione dell'interpretazione e dell'applicazione (anche) giurisdizionale delle disposizioni comunitarie, quelli del c.d. "primato" e dei c.d. "effetti diretti" del diritto comunitario.

<sup>12</sup>M. ASTONE, *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 164, che rinvia sul punto a Corte cost., 11-3-2011, n. 80, in *Corr. giur.*, 2011, IX, 1242, con nota di CONTI, nella parte in cui si statuisce che «alla luce della nuova norma [sc. l'art. 6 TUE] la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che - secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato - comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

<sup>13</sup>V., *ex plurimis*, per restare alla dottrina italiana, S. PRADUROUX, *Una costellazione europea: la proprietà e i beni nel quadro dei parametri di legalità enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, 2012, XII, 2, 766; A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 2, 115; P. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 325; A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla CEDU e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, Relazione al convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa, Milano, 6-6-2008, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. Damico e B. Randazzo, Torino, 2009, 161 (volume cortesemente messo a disposizione all'indirizzo [http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/12/2008Milano2008\\_1.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/12/2008Milano2008_1.pdf)); F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, II, 379; F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005; M.L. PADELLETTI, *Protocollo I, Art. 1. Protezione della proprietà*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 801; ID., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di studi senesi n. 98*, Milano, 2003; R. CONTI, *La Cassazione, il diritto di proprietà e le norme della CEDU. Una sentenza da non dimenticare. Cassazione civile, 19 luglio 2002, n. 10542*, in *Corr. giur.*, 2003, VI, 769; L. CONDORELLI, *Premier protocole Additionel, Article 1*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, a cura di L.E. Pettiti, E. Decaux e P.H. Imbert, Paris, 1999, 971 s, spec. 975; ID., *La proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1970, 175; S. BARIATTI, *Genesi ed interpretazione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 215; C. PANZARINO, *Il diritto di proprietà nell'art. 1 del I Protocollo addizionale alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle*



in materia di espropriazione per pubblica utilità, per cui «la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla luce della clausola di equivalenza sancita dall'art. 52, § 3, non ha determinato una “trattatizzazione” indiretta e piena della CEDU»<sup>(14)</sup>, con *dictum* conforme alla più recente giurisprudenza europea<sup>(15)</sup>, la quale, inoltre, dopo una prima fase in cui aveva sostanzialmente ignorato la CDFUE<sup>(16)</sup>, comincia ad applicarla sistematicamente, talvolta del tutto in sostituzione della CEDU<sup>(17)</sup>. La CDFUE è, quindi, l'unico catalogo di diritti *stricto iure* eurunionista<sup>(18)</sup>, non essendo il processo di adesione alla CEDU ancora completato. Da ciò segue che, come statuito dalla Cassazione nel 2013, «nel sistema normativo successivo all'entrata in

---

*libertà fondamentali*, in *Riv. amm. Rep. Ital.*, 2003, IV, 2, 329; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002; M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002; L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. UE*, 1998, I, 53. Per alcune significative applicazioni giurisprudenziali, R. PETRUSO, *L'Affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 243 (su cui v. pure M. CASTELLANETA, *Punta Perotti: spettano ai proprietari dei terreni i danni subiti nel periodo di mancato godimento. La confisca abusiva dei suoli ha determinato la lesione di un diritto*, in *Guida al dir.*, 2012, XXII, 48); T. SCOVAZZI, *Un'altra sentenza della Corte europea dei diritti umani in tema di caccia su terreni altrui*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, I, 117; G. GARUTI, *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo. Diritto alla libertà e alla sicurezza e protezione della proprietà. Mancanza di presupposti per l'applicazione di misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, II, 255; V. COLCELLI, *Reddito futuro e diritto di proprietà (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Prima, 19 giugno 2008)*, in *Rassegna giur. umbra*, 2011, II, 655; F. GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello statuto*, in *Giust. amm.*, 2009, III, 67; G. SORICELLI, *Espropriazione di fatto e tutela della proprietà tra tecniche di positivizzazione della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e principio di legalità come presidio della certezza del diritto espropriativo*, in *Riv. amm. Rep. Ital.*, 2003, X, 3, 1065; G. MILO, *Giudici italiani e Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al diritto di proprietà*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2003, VI, 1485; S. ROSSI, *Corte europea dei diritti dell'uomo: la mancata adozione di strumenti attuativi del piano regolatore non lede il diritto di proprietà*, in *Cons. Stato*, 2001, XI, 2, 1999; F. NICOLETTI, *L'occupazione acquisitiva tra acquisto della proprietà e configurazione di illecito. La Corte europea dei diritti dell'uomo stigmatizza un istituto creato dalla giurisprudenza italiana*, in *Dir. econ.*, 2001, II, 455; P. BRAMBILLA, *La funzione sociale ed ambientale della proprietà privata: il nuovo diritto di opposizione alla caccia quale libertà individuale ed associativa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, III-IV, 477; S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 1999, III-IV, 833 e P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, 152. Sull'integrazione del parametro di costituzionalità ad opera della disciplina CEDU in punto di funzione sociale v., fra gli altri, M. VILLANI, *La funzione sociale della proprietà, così come profilata dalla Corte di Stasburgo, assume a parametro di costituzionalità*, in *Giust. civ.*, 2009, 2511 e F.A. CANCELLA, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali: l'integrazione «europea» del parametro di costituzionalità*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 189. Su talaltri rilevanti aspetti S. VEZZANI, *Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali*, in *Dir. umani dir. internaz.*, 2007, II, 305. Per alcuni sforzi di ricostruzione unitaria del sistema (sia pur con un'attenzione preponderante per la CEDU), segnalo G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013; R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012 e L. BRISCUGLIA-G. GRISI-O.T. SCOZZAFAVA (a cura di), *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Napoli, 2007. Ciò posto, non sono mancate riflessioni principalmente incentrate sulla Carta di Nizza, come quelle di M. COMPORI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005 e A. LUCARELLI, *Art. 17. Diritto della proprietà*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, 139. Non è un caso che, come scritto da ASTONE, *Danni non patrimoniali*, cit., 164, che le discussioni suscitate dall'art. 6 TUE siano «vertenti tutte essenzialmente sul valore dell'adesione da parte della Unione Europea alla Convenzione Edu».

<sup>14</sup>Cass., sez. un., 13-6-2012, n. 9595, in *Notariato*, 2012, V, 502 e Cass., sez. un., 20-6-2012, n. 10130, inedita. V. pure Corte cost., 11-3-2011, n. 80, cit. Si tornerà sul punto più oltre.

vigore del Trattato di Lisbona, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha modificato la propria posizione nel sistema delle fonti»<sup>(19)</sup>, per cui non possono non essere considerate riduttive e ardite le letture di chi osservi, ancor oggi, che «la protezione offerta dalla Carta (deve) cedere rispetto a quella offerta dalla CEDU per come interpretata dalla Corte di Strasburgo [...] la protezione della Carta di Nizza-Strasburgo, ove capace di offrire una tutela migliore rispetto a quelle delle costituzioni nazionali o della CEDU, non potrà essere tralasciata, anche solo in chiave ermeneutica»<sup>(20)</sup>.

Resta, comunque, fermo che le disposizioni della Convenzione come interpretate dalla

---

<sup>15</sup>Corte eur. giust., 18-7-2013, C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd e a. c. Commissione europea*, inedita, § 124: «fintantoché l'Unione non abbia aderito alla CEDU, quest'ultima non costituisce un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Tuttavia, secondo costante giurisprudenza, i diritti fondamentali, fra i quali rientra il diritto di proprietà, costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce il rispetto». Sulla decisione v. S. LIEBICH, *Kommentar zu EuGH, Urteil vom 18.7.2013, C-501/11 P – Schindler*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2013, X, 1330.

<sup>16</sup>Sino a un paio d'anni fa si poteva scrivere, esattamente, che «almeno fino ad ora, la Corte del Lussemburgo ha ritenuto di ravvisare il fondamento del diritto di proprietà nella propria «costante giurisprudenza» oppure, più raramente, nell'art. 1, I Prot. add. CEDU. Ad ogni modo, è di certo molto significativo che in uno dei pochi casi in cui l'art. 17 CDFUE viene espressamente richiamato, se ne sottolinei, in pari tempo, la perfetta continuità con la più volte menzionata disposizione della CEDU» (L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, III, 575, ora in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di C. Salvi, Torino, 2012, 203, segnatamente a p. 15, nt. 52 del dattiloscritto, che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'A.).

<sup>17</sup>Così, ad es., Corte eur. giust., 18-7-2013, C-201/11 P, *Union des associations européennes de football (UEFA) c. Commissione europea*, inedita e Corte eur. giust., 18-4-2013, C-565/11, *Mariana Irimie c. Administrația Finanțelor Publice Sibiu e Administrația Fondului pentru Mediu*, inedita.

<sup>18</sup>Essendo, a mio parere, preferibile confinare i neologismi a casi di stretta infungibilità, tendo a prediligere l'aggettivo 'europeo' a 'eurunionista', cui ritengo sia utile far ricorso solo qualora sia necessario distinguere il diritto UE da quello CEDU. L'occasione, comunque, è propizia per suggerire l'abbandono della più diffusa variante «eurunitario», che sarebbe corretta solo allorquando l'organizzazione in parola si chiamasse Unità Europea. Da una rapida ricerca, mi risulta aver ricorso al lemma qui proposto già L. AGOSTINI, *Abolitio sine abrogatione? Brevi note sulla successione mediata di norme penali per effetto dell'interazione tra ordinamento eurunionista e ordinamento italiano (nota a C.G.U.E. 28 aprile 2011, ric. El Dridi)*, in *L'Indice penale*, 2011, II, 725 ; A. VITALE-G. ROMEO, *La Russia postimperiale. La tentazione di potenza*, Soveria Mannelli, 2009 e G. BERTOL-G. ROMEO, *Alleanze e conflitti nel cono sud dell'Europa*, Soveria Mannelli, 2006.

<sup>19</sup>Cass., 19-2-2013, n. 4049 , inedita. Per conseguenza, il rinvio operato dall'art. 6, §. 3 TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa , atteso che, in tale evenienza, il rimedio è costituito dal giudizio di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 Cost. In tal senso v. anche Corte eur. giust., 12-12-2013, C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*, inedita, § 20; Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, inedita, § 44 e Corte eur. giust., grande sez., 24-4-2012, C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e a.*, inedita, § 63. Cfr. anche Corte cost. 12-1-2011, n. 10, inedita. La dottrina è sconfinata, v. da ultimo F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 454 ; C. ROTH-F. BURGAUD, *Charte des droits fondamentaux vs Convention européenne : dommages collatéraux en vue*, in *Recueil Le Dalloz*, 2013, 977 ; S. CAMPAILLA, *L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.* 2012, IV, 99; M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, III, 825.

<sup>20</sup>CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., 288.

Corte di Strasburgo <sup>(21)</sup> non potranno essere ignorate, non foss'altro che perché fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6, § 3 TUE), nonché in quanto qualora la Carta «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» (art. 52, § 3 CDFUE), salva una tutela più penetrante in sede propriamente eurunionista. E, d'altronde, anche la Corte di Giustizia ha, specie in passato <sup>(22)</sup>, ampiamente fatto ricorso alla CEDU, segnatamente al I prot. add., per ricostruire una nozione di proprietà europea, ciò che ha contribuito a creare, come recentemente scritto da Carlo Argiroffi, la «illusione che l'ordinamento comunitario abbia già inglobato» <sup>(23)</sup> la normativa convenzionale, il contrasto con la quale, però, continua a non consentire la diretta disapplicazione da parte del giudice interno <sup>(24)</sup>, dovendosi procedere a sollevare questione d'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost., come ribadito dalla giurisprudenza europea fino alle ultime decisioni in cui ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione <sup>(25)</sup>. Sul punto, infine, merita di essere ricordata una

---

<sup>21</sup>Sul fenomeno di codesta singolare integrazione del parametro costituzionale, inglobante la disposizione CEDU come trasformata in norma dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e sul correlativo obbligo, gravante sui giudici nazionali, di interpretazione conforme, v. ad es. Corte cost., 28-11-2012, n. 264, inedita; Corte cost. 7-3-2012, n. 43, inedita; Cass., 22-8-2011, n. 17440, inedita. Resta di insuperato nitore Cass.. 29-3-2010, n. 7559, inedita, per cui, «il giudice chiamato a dare applicazione alla legge n. 89 del 2001, deve interpretarla in modo, appunto, conforme alla CEDU per *come essa vive nella giurisprudenza della Corte Europea*, ovviamente nei limiti in cui la stessa legge richiamata permetta una interpretazione conforme alla Convenzione». In dottrina, si auspica che prendano «corpo pratiche d'interpretazione doppiamente conformi che metodicamente e teoricamente s'ispirino al principio della mutua "apertura", del reciproco fondamento» (A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Capri, 3/4-6-2005, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 7)

<sup>22</sup> Non troviamo più, oggi, affermazioni come quella del Trib. eur., 19-5-2010, T-181/08, *Pye Phyto Tay Za c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2010, II-1965, § 156, per cui «secondo una giurisprudenza costante, il diritto di proprietà, sancito, segnatamente, dagli artt. 6, n. 2, UE nonché dall'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU, e ribadito dall'art. 17, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fa parte dei principi generali del diritto».

<sup>23</sup>C. ARGIROFFI, *Delle azioni a difesa della proprietà. Art. 948-951*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 29.

<sup>24</sup>Il meccanismo della diretta disapplicazione da parte dei giudici nazionali vale solo per il diritto propriamente eurunitario e quindi, ad es., per la CDFUE. Come ricordato da Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 45, per cui «per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». La costante giurisprudenza richiamata è costituita, *ex multis*, da Corte eur. giust., 9-3-1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, 629, §§ 21 e 24; Corte eur. giust., 19-11-2009, C-314/08, *Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, *ivi*, 2009, I-11049, § 81 e Corte eur. giust., 22-6-2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, *ivi*, 2010, I-5667, § 43.

<sup>25</sup>Così, da ultimo, Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 44, per cui «anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto

interessante statuizione che, nel differenziare il regime CEDU da quello CDFUE, introduce un singolare divieto a prassi di *self-restraint* con cui i giudici interni limitavano la propria discrezionalità. In particolare, per la Corte di Lussemburgo «il diritto dell'Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta [n.d.r. non, invece, della Convenzione] alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima» (26).

Come noto, l'art. 17 § 2 CDFUE ha introdotto, per la prima volta a livello europeo (27), un fondamento espresso (28) agli IPRs (29) e l'ha fatto con una disposizione lapidaria – «la proprietà

---

dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale».

<sup>26</sup>Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 48.

<sup>27</sup>Prima della costituzionalizzazione, la situazione era molto più semplice: «Art. 295 EG lässt die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich unberührt; das «gewerbliche und kommerzielle Eigentum» erscheint nur als Rechtfertigungsgrund für mitgliedstaatliche Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 S. 1 EG)» (PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 25). A livello internazionale, invece, già da tempo c'erano disposizioni contemplanti espressamente gli IPRs, segnatamente gli artt. 27, § 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani (DUDU) e 15, § 1, lett. c) del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali (PDESC). Queste prescrivono, rispettivamente, che ogni individuo ha diritto «alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore» e «a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore» (con la precisazione, di cui al secondo comma, che «Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura»). Ai miei fini è sufficiente osservare, da una parte, che non può essere senza significato che le disposizioni in esame non si inseriscano fra quelle sulla proprietà (art. 17 DUDU), bensì fra quelle sulla promozione culturale, dall'altra che sono tanto generiche che «consentirebbero anche la sostituzione del diritto esclusivo degli autori con un sistema di dominio pubblico pagante o di licenze legali od obbligatorie generalizzate» (L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, I, *Diritto d'autore: introduzione*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, IV (Torino, 1989), 370). La bibliografia in materia è impossibile da compendiare, mi piace però segnalare il recente contributo di M. MELI, «Sistema internazionale» e sua incidenza sull'ordinamento interno, Relazione al Convegno SISDIC, Capri, 25/27-3-2010, ora in *Riv. dir. civ.*, 2012, V, 685.

<sup>28</sup> Ciò non toglie che, superati i primi dubbi sulla competenza dell'Unione in materia IP, già negli anni '70 la Corte di Giustizia aveva cominciato a intervenire nella materia azionando l'odierno art. 36 TFUE. V., ad es., la storica Corte eur. giust., 3-7-1974, 192-73, Van Zuylen frères c. Hag AG, in *Racc.*, 1974, 731. Per un'attenta ricostruzione storica del diritto europeo della proprietà intellettuale v. L.C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. Ubertazzi, in *Tratt. dir. priv. UE*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, XII, Torino, 2012, 19-26.

<sup>29</sup> Un discorso diverso vale per l'art. 118 TFUE, che non attribuisce all'Unione la competenza a disciplinare uniformemente l'IP, ma le conferisce il diverso potere di creare titoli europei (come il brevetto europeo, su cui si tornerà più oltre).

intellettuale è protetta» – il cui primo paragrafo è dedicato al tradizionale *dominium* <sup>(30)</sup>, all'apparenza fornendo un appiglio inattaccabile alla teorica proprietaria <sup>(31)</sup>.

Nonostante ci si affanni, quindi, da lungo tempo sul tema, il discorso non sembra essere mai giunto a un punto di non reversibile nitore e ciò almeno per due motivi: uno di ordine ideologico, l'altro di ordine metodologico.

Quanto al primo ordine, s'intende qui rilevare che troppo spesso i ragionamenti sui paradigmi appropriativi – e, in primo luogo, sul rapporto fra IPRs e proprietà in generale – sono stati viziati dall'opzione ideologica dei giuristi, i quali, allorché ritengono che i diritti sui beni immateriali intellettuali siano meritevoli di una protezione maggiore, si dichiarano a favore della c.d. *propertization* di detti diritti <sup>(32)</sup>, quando, invece, siano contrari ad una soverchiante

---

<sup>30</sup>Il ricorso al termine *dominium*, qui dovuto più che altro alla fuga dalle ripetizioni, sta anche a significare che la proprietà europea ha un'assolutezza tale da ricordare, *mutatis mutandis*, quella dell'istituto di diritto romano. L'obiezione che la proprietà europea incontri dei limiti – *in primis* quelli imposti dal principio concorrenziale – può essere agevolmente superata aderendo a quella corrente dottrinale che ha dimostrato come il *dominium* non fosse affatto un diritto senza limiti (R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*<sup>3</sup>, IV, Paris, 1880, 474, che bolla come un mero pregiudizio la supposta assolutezza del *dominium* e, in termini, anche B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano. Con speciale riguardo a tutto il diritto privato*<sup>3</sup>, Milano, 1914, 288; per più ampi ragguagli v. G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europa dir. priv.*, 2013, II, 594, nt. 166).

<sup>31</sup>La prima formulazione della teorica in esame è, a mio avviso, da attribuire a D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requête à Monsieur le Garde des Sceaux* cit., 53. Di poco successivi sono tre significativi pamphlets di William Warburton: *A Letter from an Author to a Member of Parliament concerning Literary Property* cit. – considerato «*the first significant commentary upon the nature and classification of property and its relevance to, and relationship with, an author's work*» (R. DEAZLEY, *Warburton's Letter from an Author (London 1747)*, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, a cura di L. Bently e M. Kretschmer, [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org)) – *An Inquiry into the Nature and Origin of Literary Property* (London 1762) e *A Vindication of the Exclusive Right of Authors to their own Works* (London 1762). Cfr. R. HURD, *The Works of the Right Reverend William Warburton, D.D. Lord Bishop of Gloucester*, 12 voll. (London 1788-1811) (i volumi sono stati consultati online grazie al portale <http://archive.org/>). Si nota sin d'ora che FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 155-156, considerato fra i principali teorici della proprietà intellettuale, ebbe il merito – spesso non riconosciuto – di distinguere, quanto al libro, «*das Körperliche desselben, das bedruckte Papier; und sein Geistiges*», col secondo elemento a sua volta bipartito: «*in das Materielle, den Inhalt des Buches, die Gedanken, die es vorträgt; und die Form dieser Gedanken, die Art, wie, die Verbindung, in welcher, die Wendungen und die Worte, mit denen es sie vortragt*». Cfr. in tal senso anche GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 357, che addebita la teorica proprietaria anche a HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. Per la dottrina italiana i riferimenti principali restano ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 309; P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948, 3; L. BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Milano, 1943, 161; G.G. AULETTA-V. MANGINI, *Marchio. Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno*<sup>2</sup>, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977; A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*<sup>2</sup>, Torino, 1917, 285. Per GRECO, *Saggio sulle concezioni del diritto di autore*, cit., 542, nt. 11, «è evidente che si tratta di di uno schema *sui generis*, che ha della proprietà certi attributi, come il potere esclusivo e generale di disporre delle utilizzazioni economiche del bene individuato che ne forma oggetto, ma non certi altri, ad es., gli stessi modi di acquisto e gli stessi mezzi di difesa».

<sup>32</sup>Il termine, designante il trattamento proprietario di beni in origine aventi altro statuto, è d'uso comune nella letteratura internazionale; v., *ex plurimis*, J. HUGHES, *Copyright and Incomplete Historiographies: Of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2006, 993 e M. SUNDER, *Authorship and Autonomy as Rites of Exclusion: The Intellectual Propertization of Free Speech in Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, in *Stan. L. Rev.*, 1996, I, 143. Esso è stato, talvolta, usato come sinonimo di *commodification*, cioè la trasformazione delle idee – e, più in generale, di beni – che normalmente non sarebbero considerati come merce, in una *commodity*. A tacer d'altro, la scelta del termine *propertization* sembra opportuna, giacché non rinvia ad un concetto tanto controverso come quello di *commodity*, inesorabilmente polisemico, non foss'altro che per la differenza fra la

appropriazione dei beni intellettuali, perché vista come nociva per lo sviluppo culturale e scientifico, ne propugnano l'irriducibilità al paradigma proprietario. Ciò dipende, in gran parte, dalla circostanza che dal modo in cui sono intesi e disciplinati i diritti in esame – mutuando le parole di un Padre costituente, che le riferì all'art. 42 cost. – «deriverà la struttura del nuovo Stato»<sup>(33)</sup>.

Ora, sebbene non si contesti che anche prendere posizione sul *quantum* auspicabile di protezione per i diritti di proprietà intellettuale rientri fra i compiti del giurista, si deve stare accorti a non confondere piani che debbono restare distinti.

Si cercherà, allora, con abito spinoziano, di lavorare in modo disinteressato<sup>(34)</sup>, perché se

---

concezione marxista e la teoria economica *mainstream*. Chiaramente, anche *propertization* non gode di una definizione unica, ma le varie accezioni sono comunque riconducibili ad un tronco comune (in T. LAWSON-REMER, *Values Under Siege: NAFTA, GATS, and the Propertization of Resources*, in *N.Y. Envtl. L.J.*, 2006, II, 481, ad es., è definita come «*the process of increasing the legally protected ownership rights of private economic actors*»), mentre *commodity* sembra avere le fattezze di un *essentially contested concept*, cioè una nozione che, pur potendo avere una base concettuale comune (ma ciò non può esser dato per scontato), è passibile di ricostruzioni anche diametralmente opposte, per scegliere tra le quali possono essere adottate solo buone ragioni (cfr. W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, 167, ora in *Philosophy and the Historical Understanding*, London, 1964, 157). Considero come un riflesso della *propertization* la concessione di brevetti per invenzioni decisamente singolari, come «*pat on the back apparatus*» (U.S. Pat. No. 4,608,967), dispositivo che simula una pacca sulla spalla, il «*sanitary appliance for birds*» (U.S. Pat. No. 2,882,858), pannolino per volatili o anche il «*method of preserving a dead*» (U.S. Pat. No. 3,936,384), metodo per conservare la testa di un defunto in un blocco di vetro. Per altri casi analoghi v. S.N. KINSELLA, *Contro la proprietà intellettuale*, Catanzaro, 2010, 61-62.

<sup>33</sup> Le parole di Antonio Pesenti – pronunciate il 26-7-1946 nella seduta della terza Sottocommissione, Commissione per la Costituzione, sotto la Presidenza di Gustavo Ghidini – sono riportate in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VIII, Roma, 1971, 2075, sono ricordate anche da L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 s., ora in *Scritti, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, I, Milano, 2011, 92.

<sup>34</sup>Un grande ammiratore di Spinoza per quanto concerne il punto in esame fu Goethe, nel cui lessico nitida s'ode l'impronta spinoziana, là dove osserva «*Uneigennützig zu sein in allem, am uneigennützigsten in Liebe und Freundschaft, war meine höchste Lust, meine Maxime, meine Ausübung, so daß jenes freche spätere Wort: »Wenn ich dich liebe, was geht's dich an?« mir recht aus dem Herzen gesprochen ist. Übrigens möge auch hier nicht verkannt werden, daß eigentlich die innigsten Verbindungen nur aus dem Entgegengesetzten folgen*» (J.W. VON GOETHE, *Aus meinem Leben: Dichtung und Wahrheit*, Tübingen, 1811, in *Goethes Werke. Hamburger Ausgabe in 14 Bänden*, IX, Hamburg, 1948, III, XIV). Critico, invece, fu F.W. NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft*, Chemnitz, 1882, § 27, che accusava il noto filosofo olandese, di là dalle affermazioni di principio, di funzionalizzare la scienza rispetto al suo prioritario obiettivo politico, ossia come strumento geometrico sintetico per conoscere e dimostrare ontologicamente e logicamente una divina sostanza grazie a cui «*indubitata ratione demonstrare, aut ex ipsa humanae naturae conditione deducere*» (B. SPINOZA, *Tractatus Politicus*, in *B. d. S. Opera Posthuma. Quorum series post Praefationem exhibetur*, Amsterdam, 1677, 268, I, IV), il suo mondo politico-sociale di tipo democratico, che egli però avrebbe potuto derivare dalla sostanza solo perché ve lo aveva surrettiziamente presupposto (G. TURCO LIVERI, *Nietzsche e Spinoza: ricostruzione filosofico-storica di un «incontro impossibile*», Roma, 2003, 139). Critiche provengono anche da Kant, il quale teme che la nullità dello scopo ultimo possa far vacillare l'intenzione morale disinteressata di Spinoza, in quanto questi potrebbe rendersi conto che una obbligazione assoluta finalizzata al nulla è assurda, di talché esso sarebbe costretto, per salvaguardare la sua intenzione morale, ad ammettere l'esistenza di un autore morale del mondo: Dio. Così A. ALES BELLO-L. MESSINESE-A. MOLINARO, *Fondamento e fondamentalismi. Filosofia, teologia, religioni*, Roma, 2004, 119. La scelta metodologica risente senz'altro anche della lezione di P. GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 247, che, registrato che «ogni giurista si è [...] ritenuto investito della facoltà di salire su un piedistallo per pronunciare la propria concione», denuncia che «sulla Carta si è esercitata una enfasi incontrollata, da un lato apologetica dall'altro acutamente corrosiva, mentre quel che occorre è una visione serena e distaccata che rinunci ai facili moti sentimentali» (*ivi*, 247-248).

una ricerca non può mai essere neutrale nel senso forte del termine, un atteggiamento epistemologico teso alla comprensione intellettuale, piuttosto che alla condanna o allo strale, si rivela assai più proficuo per la descrizione di fenomeni, come quello in esame, che chiamano in causa ognuno di noi, da cittadini, prim'ancora che da operatori del diritto.

La seconda fallacia, come detto, è metodologica: il tema che ora interessa, infatti, è stato per lo più sviluppato o come inciso introduttivo in ampie trattazioni istituzionali oppure strumentalmente, per inquadrare tematiche specifiche quali l'*enforcement* della proprietà intellettuale o l'atteggiarsi di questa rispetto ai diritti fondamentali.

Ebbene, l'impressione che se ne ricava è che queste ricostruzioni siano, quando non incomplete, viziate dalla predetta visione teleologica, per cui, per giustificare la propria visione sul tema centrale e finale, si finisce, anche inconsapevolmente, per plasmare *a posteriori* la concezione della proprietà intellettuale che si vorrebbe presupposta, con effetti distorsivi facilmente immaginabili.

Per ovviare alle accennate mende, ci si propone qui, da una parte, di non far interferire in alcun modo il piano prescrittivo – che pure non sarà trascurato <sup>(35)</sup> – con quello più strettamente descrittivo, dall'altra di trattare del rapporto fra proprietà intellettuale e proprietà in generale non strumentalmente ad altri temi pur contigui, sibbene come un fine in sé, *für ewig* <sup>(36)</sup>. Capovolgendo l'approccio tradizionale, i limiti ai diritti in esame saranno studiati strumentalmente rispetto al tema centrale della struttura dei paradigmi appropriativi.

La novità del presente studio risiede, poi, nell'affrontare il tema da una specola sinora pressoché inesplorata, l'evoluzione tecnologica: lo studio di concegni tecnici quali, ad es., il *cloud computing*, il *peer-to-peer*, lo *streaming* e i *social network*, può dare un contributo importante per comprendere cosa resti del diritto nell'era digitale. Essi rileveranno dei cambiamenti radicali nei paradigmi appropriativi che, se per certi versi rendono accostabili IP e proprietà, per altri

---

<sup>35</sup> Alle conclusioni del presente studio non sarà estranea una riflessione anche politica sul tema, proprio perché, come detto, è auspicabile che i giuristi – e, come chi scrive, i neofiti del diritto – prendano posizione su un tema che ha cospicue implicazioni. Il discorso, però, è volutamente relegato nelle conclusioni, al fine di non offuscare il rigore della ricostruzione del sistema.

<sup>36</sup> A. GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, 19-3-1927, Torino, 1972, 58. Com'è noto, in Gramsci, *für ewig* - «complessa concezione di Goethe, che ricordo aver tormentato molto il nostro Pascoli» - è un concetto polisemico: più e oltre che «per l'eterno», come vorrebbe una traduzione letterale, esso fa riferimento tanto a un approccio intenso, sistematico e centralizzante, quanto ad un'attitudine disinteressata, ciò che rimanda a quello che sopra si è definito «abito spinoziano». Da una rapida ricerca, credo che l'A. si riferisca alla poesia intitolata «*Für ewig*», contenuta in J.W. VON GOETHE, *Trilogie der Leidenschaft*, in *Gedichte*, in *GoethEs Sämmtliche Werke*, I, Paris, 1836, 133, che per la bellezza mi piace qui riportare: «*Denn was der Mensch in seinen Erdeschranken / Von hohem Glück mit Götternamen nennt: / Die Harmonie der Treue, die kein Wanken, / Der Freundschaft, die nicht Zweifelsorge kennt; / Das Licht, das Weisen nur zu einsamen Gedanken, / Das Dichtern nur in schönen Bildern brennt: / Das hatt' ich all, in meinen besten Stunden / In ihr entdeckt und es für mich gefunden*».

dimostrano come logiche rigidamente proprietarie non siano più seriamente sostenibili <sup>(37)</sup>.

Occorre, poi, dire che, dalla lettura della dottrina industrialistica si ricava la sensazione che non sempre all'accuratezza di ragionamento sulla proprietà intellettuale è corrisposta altrettanto approfondimento del secondo termine del raffronto, cioè la proprietà in generale. Ciò che qui si vuol dire, è che non infrequentemente si è propugnata o si è avversata una ricostruzione in termini proprietari degli IPRs, avendo, però, presente una visione del diritto di proprietà non più attuale e comunque lacunosa, soprattutto in quanto monca di punti di vista oggi ineliminabili per un giurista, quali quello del diritto dell'Unione Europea e del diritto comparato. I termini della relazione fra proprietà intellettuale e proprietà in generale non possono essere definiti in modo valido *nunc et semper hic et ubique*, poiché dipendono non solo dalla specifica storia e il concreto atteggiarsi della prima nell'ordinamento considerato, ma anche – e, da un punto di vista logico, prim'ancora – dalla nozione di diritto di proprietà assunta a parametro: così, ad es., se nel *Common Law* inglese, dove viene considerata *property* financo la *goodwill* <sup>(38)</sup>, sarà meno peregrino attribuire qualificazione proprietaria ai diritti sui beni intellettuali, il discorso cambierà in ordinamenti strutturati su categorie dogmatiche più rigide, come ad esempio quello tedesco e, in certa misura, l'italiano.

Per questi motivi, non va considerata un fuor d'opera l'attenzione dedicata ad una ricostruzione aggiornata tanto della proprietà in generale, quanto di quella intellettuale ponendo costantemente in luce le fonti che oggi contribuiscono a costruire il sistema giuridico. Accanto all'ordinamento nazionale e alla giurisprudenza interna, primaria importanza andrà tributata al diritto privato europeo, in seno al quale forza viepiù propulsiva assumono le decisioni delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, che, specialmente dopo la costituzionalizzazione della CDFUE, sono diventate a pieno titolo i giudici europei dei diritti di proprietà.

Vale, poi, appena la pena di precisare che lo spazio non esiguo lasciato all'analisi della nascita e dell'origine della proprietà intellettuale non vuol essere un parergo: lungi da velleità antiquarie, è importante indagare il senso originario del ricorso al paradigma proprietario onde conoscere le ragioni delle resistenze a detto schema, come anche della sua fortuna, le une e le altre mutate sensibilmente nel corso dei secoli. Anche se il presente della proprietà ha, a ben guardare, un volto antico, lo storico, trattandosi di una «vicenda monca e incompiuta lascerà il suo cantuccio

---

<sup>37</sup>Limiti dei diritti ed evoluzione tecnologica sono, come ovvio, solo due delle possibili specole da cui analizzare il tema che ci occupa. Avevo, ad es., pensato di dedicare un apposito capitolo alla l.c.d. prospettiva rimediabile, ma poi ho ritenuto che i rimedi abbiano ormai una rilevanza tale per la riflessione del giurista da non poter essere relegati a un capitoletto, dovendo, piuttosto, costituire quasi una *forma mentis* permeante l'intero lavoro. Non so se vi sono pienamente riuscito, ma credo che proprio la giurisprudenza sulle azioni civili a tutela dell'IP, nel fornire nuovi argomenti alla riflessione teoretica sulla natura di codesti diritti, confermi le mie intenzioni.

<sup>38</sup> Come si legge in L. BENTLY-B. SHERMAN, *Intellectual property law*<sup>3</sup>, Oxford, 2009, 729, « *Goodwill is a form of intangible property that is easy to describe, but difficult to define. It is the ineffable thing, the magnetism that leads customers to return to the same business or buy the same brand*».



umbratile non appena la burrasca sarà placata, e il fondo delle cose si farà di nuovo trasparente»<sup>(39)</sup>. Nell'attesa, lo strumentario del civilista potrà fornire risultati utili, quantunque spesso destinati, nel breve o lungo periodo, all'obsolescenza.

Nel corso di tutto il lavoro, inoltre, affiorerà più volte il tema dei beni comuni, oggi tornato di grande attualità<sup>(40)</sup>, e che sembrano essere una via da percorrere per convinzione, in alternativa a quella proprietaria, ciò che si rende urgente a seguito del tentativo fallito di incistare, per il tramite della funzione sociale, istanze solidaristiche in schemi che si sono mostrati idrofobi a umori costituzionali.

Mi chiederò, insomma, se si corra il rischio che il paradigma proprietario, cui si ricorse in origine in chiave anti-capitalistica – per superare il sistema dei privilegi e restituire ai cittadini il frutto del loro lavoro<sup>(41)</sup> – sia oggi niente più che un orpello retorico neoliberalista funzionale all'appropriazione onnivora, ad un'espropriazione da parte di soggetti privati dei beni immateriali intellettuali a detrimento della collettività.

Le conclusioni cui giungo, devo confessarlo, sono in buona parte diverse da quelle che mi attendevo<sup>(42)</sup>: mosso dall'idea dell'irriducibilità dei diritti IP alla proprietà, sono aggiunto all'approdo parzialmente diverso per cui, effettivamente, fra i due universi esistono differenze

---

<sup>39</sup>P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, 106 (ristampa dell'omonima relazione a *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Atti del Convegno di Pontigliano, 30-9/3-10-1985, Milano, 1988, edita anche nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* dell'88 e in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 603). Densè di significato sono, poi, le parole di ID., *Pagina introduttiva (Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini')*, in *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, a cura di P. Grossi, Milano, 2009, 3, là dove muove una garbatissima polemica a F. CALASSO, *Colloquio con i giuristi*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, 1960, 134, ora in ID., *Storicità del diritto*, Milano 1966, 157, per il fatto che l'illustre Maestro sembra presupporre una scissione, se non proprio una contrapposizione, fra storici del diritto e giuristi positivi. Meglio sarebbe, nota Grossi, parlare di un «colloquio fra i giuristi».

<sup>40</sup>L'attualità dell'interesse per il rapporto fra *IP rights* e beni comuni è testimoniata, a recente esempio, dalla VII conferenza mondiale organizzata dalla *European Policy for Intellectual Property Association*, tenutasi il 27/28-9-2012 a Leuven, in Belgio e intitolata «*IP in motion. Opening up IP?*» con lo scopo di esplorare e stimolare il dibattito riguardante l'*open innovation* e la creazione, ed esaminare l'interazione fra l'*open innovation* e i meccanismi proprietari di tutela della proprietà intellettuale. Gli atti della conferenza non sono ancora stati pubblicati. V. anche, per un aspetto particolare, la monografia di G. KAISER, *Eigentum und Allmende: Alternativen zu geistigen Eigentumsrechten an genetischen Ressourcen*, München, 2012.

<sup>41</sup>A mio avviso, il sistema dei privilegi può essere definito capitalistico almeno in due accezioni: da una parte perché si trattava di concessioni particolari del Re ad una ristretta cerchia di favoriti [i quali, peraltro, quasi mai erano i creatori dell'idea, ma solo coloro che la sfruttavano imprenditorialmente], dall'altra perché i privilegi furono uno strumento adottato in seno ad una delle prime forme di capitalismo, cioè il mercantilismo. A ciò si aggiunga che, come noto, il sistema dei privilegi era strumentale alla censura – poiché al momento della concessione si effettuava sempre una valutazione di merito sulle idee veicolate – mentre il riconoscimento della proprietà agli autori consentì una maggiore e più libera circolazione delle idee. Sui diritti riconosciuti ai librai e non agli autori, v. già MARZIALE, *Epig.*, XI, 4, ove si rileva che *nescit sacculus ista [le sue opere] meus*, e tutto il guadagno andava ai librai.

<sup>42</sup>Il merito dell'approfondimento della riflessione, con parziale mutamento di traiettoria, va al confronto coi Proff. Luca Nivarra e Mario Trimarchi, cui rinnovo i sensi della mia gratitudine.

alquanto marcate, ma è ipotizzabile che il paradigma proprietario tradizionale sia, esso stesso, andato incontro a tali e tante trasformazioni da avere subito esso stesso una mutazione genetica che impone all'interprete un ripensamento radicale dei caratteri del paradigma e che rendono, forse, superato il dibattito sulla contrapposizione fra i due termini in esame.

Studiare il terribile diritto è estremamente rischioso, perché esso, come notò con la consueta lucidità Ugo Natoli, è il «prototipo di tutti i diritti soggettivi»<sup>(43)</sup> (e interseca, quindi, numerosi temi cruciali che qui non potranno che essere sfiorati), nonché la cartina di tornasole «del tipo di società la cui organizzazione si esprime nell'ordinamento giuridico»<sup>(44)</sup>. Ma proprio questi sono i principali motivi che impongono di tornare su terreni già dissodati, con gli strumenti dell'oggi, consci che «*a viagem não acaba nunca [...] é preciso ver o que nao foi visto, ver outra vez o que se viu já, ver na Primavera o que se vira no Verão, ver de dia o que se viu de noite [...] é preciso voltar aos passos que foram dados, para os repetir, e para traçar caminhos novos ao lado deles*»<sup>(45)</sup>. La strada è davvero impervia, ma se, imparando da Epicarmo<sup>(46)</sup>, sarò stato, tutto sommato, sobrio e diffidente, potrò ritenermi soddisfatto.

---

<sup>43</sup>U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*<sup>2</sup>, Milano, 1980, 2, che le qualificazioni della proprietà come «diritto fondamentale» à la Pugliatti e «fondamentissimo tra i diritti soggettivi», in sé «assai equivoc[he] e certamente errone[e] se considerat[e] sul piano dei valori, che rappresentano la base e la direttiva del nostro attuale sistema» (*ivi*, 1).

<sup>44</sup>NATOLI, *La proprietà*, cit., 2.

<sup>45</sup>J. DE SOUSA SARAMAGO, *Viagem o Portugal*, Lisboa, 1981, 233.

<sup>46</sup>L'ammonimento del grande poeta comico siciliano è ricordato da CICERONE, *Epistulae ad Atticum*, I.19, «*Naphe kai memnas apistein; arthra tauta tan phrenon*», reso in ID., *De petitione Consulatus*, X come «*sobrius esto atque illud teneto: nervos atque artus esse sapientiae non temere credere*» (consultato nell'edizione parigina del 1554).

## CAPITOLO I

### ALLE ORIGINI DELL'APPROPRIAZIONE.

#### DALLA PROPRIETÀ COME LIMITE ALLA PROPRIETÀ SENZA LIMITI

*Cum semel a te profectum carmen est, jus omne posuisti: oratio publicata, res libera est*

Q.A. Simmaco, *Epistulae*, XVIII, I, 31

### 1.1 Cenni preliminari e precisazioni metodologiche

*Mcccclxviiij, die xviiij septembris. Inducta est in hanc nostram inclytam civitatem ars imprimendi libros, in diesque magis celebrior & frequentior fiet, per operam, studium & ingenium Magistri Joanni de Spira, qui caeteris aliis urbibus hanc nostram praelegit, ubi cum conjuge, liberis & familia tota sua inhabitaret, excerceretque dictam artem librorum imprimendo rum* <sup>(47)</sup>. Così comincia, secondo la vulgata, la storia dei diritti IP.

Nella ricostruzione della storia dei diritti sulle opere dell'ingegno <sup>(48)</sup> vengono, solitamente,

47

Il privilegio di Johannes von Speyer, noto anche come Giovanni da Spira o lo Spirese, concesso allo stampatore tedesco dalla Repubblica di Venezia il 18-9-1469, è «il più antico di quanti privilegi di stampa sieno stati emessi presso qualunque nazione» (C. CASTELLANI, *I privilegi di stampa e la proprietà letteraria in Venezia. Dalla introduzione della stampa nella città fin verso la fine del secolo XVIII. Lettura*, Venezia, 1888, 5) e fu pubblicato per la prima volta in D.M. PELLEGRINI, *Della prima origine della stampa in Venezia per opera di Giovanni da Spira del 1469. E risposta alla difesa del decor puellarum del Signor Ab. Mauro Boni. Dissertazione*, Venezia, 1794, 7-8 e così prosegue: *janique summa omnium commendatione impressit Epistulas Ciceronis, et nobile opus Plinii de Naturali Historia, in maximo numero & pulcherrima litterarum forma, pergitque quotidie alia praeclara volumina imprimere, adeo ut industria & virtute hujus hominis, multis praeclarisque voluminibus, & quidem pervili pretio, locupletabitur. & quoniam tale inventum aetatis nostrae peculiare & proprium, priscis illis omnino incognitum, omni favore & ope augendum atque fovendum est, eidemque Magistro Joanni, qui magno urgetur sumptu familiae, & artificum mercede, praestanda sit materia, ut alacrius perseverare, artemque suam imprimendi potius celebriorem reddere, quam desinere, habeat; quemadmodum in aliis exercitiis sustentandis; & multo quidem inferioribus fieri solitum est; infrascripti Domini Consilarii, ad humilem et devotam supplicationem praedicti Magistri Joannis, terminarunt, terminandoque decreverunt, ut per annos quinque proximo futuros nemo omnino sit, qui velit, possit, valeat, audeatve exercere dictam artem imprimendorum librorum in hac inclyta civitate Venetiarum, & districto suo, nisi ipso Magister Joannes. Et toties quoties aliquis inventus fuerit qui contra hanc terminationem et decretum ausus fuerit excercere ipsam artem & imprimere libros, multari condemnarique debeat, & amittere instrumenta & libros impressos. Et sub hac eadem poena nemo debeat aut possit tales libros in aliis terris & locis impressos vendendi causa huc portare. Consilarii - Ser Angelus Gradenico. Ser Bertuccijs Contareno. Ser Angelus Venerio. Ser Jacobus Mauroceno. Ser Franciscus Dandolo. Sui privilegi veneti cfr. C.L.C.E. WITCOMBE, *Copyright in the Renaissance. Prints and the Privilegio in Sixteenth-Century Venice and Rome*, Leiden-Boston, 2004.*

<sup>48</sup>Il discorso è valido sia quanto al diritto d'autore, che con riferimento al diritto industriale, la cui origine solitamente si fa risalire alla c.d. Parte veneziana del 19-3-1474, pubblicata per la prima volta in G. MANDICH, *Le privative industriali veneziane (1450-1550)*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 511 e, successivamente in R. FRANCESCHELLI, *La prima legge generale in materia di invenzioni industriali (la «parte» veneziana 19 marzo 1474)*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, I, 371. Cfr., da ultimo, l'approfondito studio di F. MAZZARELLA, *Diritto e invenzioni: un'introduzione storica*, in *Riv. st. dir. it.*, 2010, LXXXIII, 69. La «parte», per la verità, sarebbe in astratto più

commessi due errori. Il primo consiste nel fissare il *dies a quo* della narrazione nei privilegi veneziani del XV secolo<sup>(49)</sup> – e, in particolare, in quello concesso dalla Serenissima a Johannes von Speyer<sup>(50)</sup> – il secondo, forse più grave, consiste nel profondersi in dissertazioni sullo *Statute of Anne* o sulle leggi rivoluzionarie francesi, per poi pindaricamente passare, con qualche lodevole eccezione, alla legislazione novecentesca, quasi che in mezzo vi sia stato un nulla indistinguibile o comunque indegno di specifica attenzione<sup>(51)</sup>.

Va premesso che il punto di partenza di ogni studio storico sulla proprietà e gli IPRs, per

---

rilevante del privilegio concesso a Johann de Speyer, trattandosi della prima legge generale in materia di invenzioni, ma, a renderla d'interesse poco più che archeologico, è la circostanza, posta in luce da FRANCESCHELLI, *La prima legge generale in materia di invenzioni industriali*, cit., 371 che si sia «lecito dubitare che essa sia in realtà mai stata applicata, non foss'altro che per il fatto che tutta la normazione successiva è avvenuta in forma di privilegio, senza mai fare riferimento a questa «parte» né applicarne le regole». Il «parte» veneziana è del seguente tenore: «Mcccclxxiiii die xviii Martij. El Sono in questa Cita, & anche ala zornada per la grandeza & bonta soa concorre homeni da diuerse banda, & accutissimi Ingegni, apti ad excogitar & trouar varij Ingegnosi atrificij. & sel fosse prouisto, che le opere & artificij trouade da loro, altri viste che le hauesseno, non podesseno farle, & tuor l'honor suo, simel homeni excercitarianso l'ingegno, troueriano, & fariano dele chosse, che sariano de non piccola talita & beneficio al stado nostro. Pero L andara parte Che per autorita de questo Conseio, chadaun che fara in questa cita algunouo & ingegnoso artificio, non facto perauanti nel dominio nostro. Reducto chel sara a perfection, Siche el se possi vsar & exercitar, sia tegnudo darlo in nota al officio di nostri Prouededor di Comun. Siando prohibito a chadaun altro in alguna terra e luogo nostro, far algun altro artificio, ad Imagine & similitudine de quello, senza consentimento & licentia del auctor, fino ad anni X. & tamen se algun el fesse, L auctor & Inuentor predicto, hibia liberta poderlo citar achadaun officio de questa cita, dal qual officio, el dicto, che hauesse cotrafacto, sia astreto apagarli ducati Cento, & l'artificio, subito sia desfacto. Siando pero in liberta de la nostra Signoria ad ogni suo piaxer, tour & vsar ne i suo bisogni chadaun di dicti artificij, & Instrumenti, Cum questa pero condition, che altri cha i auctori non li possi exercitar. de parte 116 de non 10 non sinceri 3». G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*<sup>4</sup>, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, 15-16 (nel prosieguo, ogni qual volta mi riferirò a “*Tratt. dir. civ. comm.*”, il rinvio sarà da intendersi al trattato in parola), ricorda come anche prima delle «parti» venissero concessi privilegi industriali, come quello a tale Petri nel 1416 o nel 1421 a Filippo Brunelleschi.

49

Così, *ex plurimis*, UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 366, ove si legge che « la Storia moderna del diritto d'autore nel mondo occidentale inizia...con i primi privilegi concessi dalla Repubblica di Venezia ad autori e librai nella seconda metà del 1400». Cfr., in generale, U. SANTARELLI, *Privilegio. Diritto intermedio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Roma 1986, *ad vocem*; G.B. SALVIONI, *L'arte della stampa nel Veneto: la proprietà letteraria*, in *Giornale degli Economisti di Padova*, 1877, IV, 191 e, per l'ordinamento francese, E. ARMSTRONG, *Before Copyright. The French Book-Privilege System 1498-15262*, Cambridge 2002.

<sup>50</sup>Il privilegio a von Speyer – o, nella deformazione italiana cui tralattivamente si ricorre, Giovanni da Spira – è stato pubblicato più di recente in R. FRANCESCHELLI, *Il primo privilegio in materia di stampa. Il privilegio concesso il 18 settembre 1469 dal Senato Veneto allo stampatore Giovanni da Spira*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, I, 372, ma fu da sempre oggetto di grande attenzione, come testimonia PELLEGRINI, *Delle prima origine della stampa in Venezia per opera di Giovanni da Spira del 1469*, cit., iv: «L'origine della Veneta stampa [è] materia che esercitò molte penne erudite non men forastiere che nazionali»; il riferimento è, *in primis* ma non solo, a P.G.M. PAITONI SOMASCO, *Venezia Prima Città fuori della Germania dove si esercitò l'Arte della Stampa. Dissertazione*, Venezia, 1772 e, ai tempi di fresca stampa, M. DENIS, *Suffragium pro Johanne de Spira, primo Venetiarum typographo*, Vienna, 1794. Da ultimo, cfr. A. CHIESA-S. PELUSI (a cura di), *L'editoria libraria in Veneto. Analisi dello scenario e ipotesi di sviluppo*, Milano, 2010, 29 e *passim*.

<sup>51</sup>Della seconda ricorrente menda, avverte già L.C. UBERTAZZI, *Alle origini piemontesi del diritto italiano d'autore*, in *AIDA 1992*, 1993, 301 *del diritto italiano d'autore*, in *AIDA 1992*, 1993, 301, ove si legge che gli «studi giuridici pregressi sulla nascita del diritto d'autore italiano...si limitano ad alcuni stati ed epoche: e precisamente esplorano le origini veneziane e milanesi del sistema dei privilegi di stampa e librari, e da qui saltano ai lavori ministeriali/parlamentari che dopo l'unità d'Italia hanno condotto alla legge del 1865 sul diritto d'autore. Per il resto molto si riferisce sulla nascita del diritto anglosassone moderno d'autore con il *case of monopolies* e con lo statuto della regina Anna, come pure sul passaggio dall'*ancien régime* francese alle leggi rivoluzionarie e napoleoniche sul diritto d'autore: per cominciare poi alla fine dell'800 e nel primo 900 a prendere partito sulle costruzioni dogmatiche

quanto sembri paradossale, è che, come nota Capograssi, «il problema della proprietà in termini generali ed astratti non esiste»<sup>(52)</sup>; ci si potrebbe chiedere, allora, quale sia il senso delle pagine a venire: a mio avviso, la storia degli IPRs offre utilissimi spunti di riflessione per comprendere l'attuale conformazione dei diritti in esame e ciò non è in alcun modo in contraddizione con la consapevolezza dell'impossibilità di una definizione eterna del fenomeno. Le basi storiche, infatti, non intralciano in alcun modo un processo astrattivo dei concetti che, ammonisce Pugliatti, non mai può oltrepassare quel segno oltre il quale il concetto perde ogni contatto con la realtà, anche se il giurista, pur a fronte di una realtà cangiante nello spazio e nel tempo, non può sacrificare i processi astrattivi «sugli altari di un assoluto empirismo»<sup>(53)</sup>.

Dicevamo dei due errori. Il primo sottende, a sua volta, una duplice fallacia: v'è, fra il diritto d'autore e i privilegi librari uno scarto ontologico, prim'ancora che giuridico, trattandosi i secondi di situazioni giuridiche, a volerle così definire, nemmeno alla lontana imparentate col diritto soggettivo, essendo, per converso, dipendenti dal capriccio del sovrano e revocabili in ogni momento; ciò a tacer della circostanza, affatto rilevante, che sovente i beneficiari non erano gli autori delle opere, bensì chi queste sfruttava a fini commerciali<sup>(54)</sup>.

Questa premessa, però, non vuole affatto sminuire la rilevanza degli studi storici che si soffermino sul sistema dei privilegi, però, una volta compiuta la scelta, del tutto legittima, di studiare il diritto d'autore partendo da antecedenti così profondamente diversi – accomunati, e solo parzialmente, dall'oggetto di tutela – non si comprende come si possa, inconseguenzialmente, del tutto tacere sulle vicende della produzione di opere dell'ingegno durante gli evi che costituiscono la vera base del nostro attuale ordinamento, anche allorquando – come nel caso di specie – vani saranno gli sforzi di ritrovare un istituto corrispondente ai diritti sui beni immateriali intellettuali nel diritto greco e in quello romano. Indagare le ragioni di una tale assenza è sforzo proficuo, specie per chi indaghi il rapporto fra detti diritti e il paradigma proprietario, che, sebbene abbia oggi perso la monoliticità del *dominium ex iure Quiritium*, è di esso l'erede legittimo e sembra ritrovare

---

offerte dalla pandettistica e dalla dottrina giuridica tedesca. Pochi tratti appena accennati sono invece dedicati alle legislazioni italiane preunitarie del primo 800 ed in particolare alla transizione italiana dal sistema dei privilegi mercantilistici al moderno diritto d'autore».

52

G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.*, 1952, I, 271.

<sup>53</sup>S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario, Palermo, 19/23-10-1942, a cura di S. Orlando Cascio, Milano, 1954, 46, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 147.

<sup>54</sup>Nel caso di specie, a diminuire ulteriormente l'importanza della vicenda di von Speyer, contribuisce anche la sfortunata circostanza della morte del medesimo durante la stampa del *De Civitate Dei* di Agostino, nel 1470, neanche un anno dopo la concessione. Da ciò seguì che «dalla mano medesima, che nel Notatorio l'aveva scritto, al margine di esso fu aggiunto: *Nullius est vigoris, quia obiit Magister & Auctor*» (PELLEGRINI, *Delle prima origine della stampa in Venezia per opera di Giovanni da Spira del 1469*, cit., 8). Dell'estinzione del «diritto» è prova la riproduzione, da parte di Nicholas Jenson, durante il periodo di supposta vigenza del privilegio, della prima opera stampata da von Speyer, cioè le Epistole ciceroniane.

nell'epoca attuale, ad avviso di chi scrive, una più netta somiglianza al nobile progenitore.

Al secondo summentovato errore, invece, figlio di atteggiamenti metodologici non sinceramente storicistici, si proverà a porre rimedio riportando luce sui più immediati antecedenti alle nostre legislazioni. In particolare, soverchia attenzione sarà dedicata alla *Relazione sul progetto di legge relativo alla proprietà letteraria ed artistica* <sup>(55)</sup> di cui estensore fu Antonio Scialoja, principale autore della prima legge italiana sul diritto d'autore <sup>(56)</sup>, ove in nuce si ritrovano i principali cardini del diritto vigente.

## **1.2 Il diritto di proprietà come limite al diritto di autore: le opere dell'ingegno nei diritti dell'antichità.**

Il diritto dell'antichità che più riconoscibili tracce ha lasciato nel diritto successivo, dopo il diritto romano che molti suoi contenuti ha mutuato, è senza dubbio quello greco, di talché da questo partirà la nostra sintetica ricostruzione storica <sup>(57)</sup>.

Possiamo sin da subito precisare che non è esistito, fra i Latini e i Greci <sup>(58)</sup>, niente di simile al diritto d'autore <sup>(59)</sup> come coagulo di facoltà di sfruttamento economico esclusivo e diritti morali.

---

<sup>55</sup>A. SCIALOJA, *Relazione dell'Ufficio centrale composto dai senatori Scialoja, Castelli Michelangelo, De Foresta, Arrivabene e Matteucci sul progetto di legge relativo alla proprietà letteraria ed artistica*, Roma, 1865 e in *Leggi, regolamento e disposizioni sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno*, Firenze, 1867.

<sup>56</sup>Si tratta, come noto, della l. n. 2337/1865 «sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno». Questa legge è stata pubblicata in *Raccolta Ufficiale delle leggi e decreti del Regno d'Italia*, Torino, 1865, n. 2337, ed in GU 5 luglio 1865 n. 162. Essa è entrata in vigore l'1-8-1865, e fu presto estesa ai territori di Mantova e Venezia (l. n. 3769/1867); alle provincie romane (r.d. n. 6045/1870 e l. n. 143/1871 n.143); all'ex Regno delle due Sicilie (l. Prod. 18-8-1860, e d.lgt. n. 264/1861) e fu poi modificata ad opera delle l. n. 2652/1875, l. n. 756/1882 e r.d. n. 1012/1882, fino a quando fu abrogata dal r.d.l. n. 1950/1925 conv. in l. n. 562/1926.

<sup>57</sup>Anche studi recenti si sono soffermati sulla questione, cfr., ad es., U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Torino, 2009 e K. DE LA DURANTAYE, *The Origins of the Protection of Literary Authorship in Ancient Rome*, in *B.U. INT'L L.J.*, 2007, 37.

<sup>58</sup>Cfr., a titolo esemplificativo, i risalenti, ma approfonditi BATTAGLINI, *Dissertazione accademica sul commercio degli antichi e moderni librai*, cit.; E. CAILLEMER, *La propriété littéraire à Athènes*, Paris, 1868; J. GOELL, *Über den Buchhandel bei den Griech. und Römern.*, Schleiz, 1865; P.A. BÖCKH, *L'economia pubblica degli Ateniesi*, in *Biblioteca di storia economica*, diretto da V. Pareto, I, 1, Milano, 1903, 358.

<sup>59</sup>In tal senso, recentemente, anche DE LA DURANTAYE, *The Origins of the Protection of Literary Authorship in Ancient Rome*, cit., 38, la quale scrive che «*in ancient Rome authors' interests were offered no comprehensive legal protection*». Il discorso, apparentemente, cambia per ciò che concerne marchi e brevetti, posto che «*The use of trademarks dates back thousands of years. The first marks – the branding of livestock depicted in Stone Age cave paintings – identified personal property to prevent theft. Egyptian masonry from some six thousand years ago shows quarry marks and stonemasons signs, which named the source of the stone and the laborer who carried out the work. The practice of marking goods with a graphic design to certify its origin and quality spread throughout the ancient world as the scale of commerce increased and goods became more sophisticated. Some of the marks used by trade guilds in the middle ages – such as the hallmark for gold purity – are still in use today although the guilds no longer exist*» (AA. VV., *Trademarks Past and Present*, in *WIPO Magazine*, 2005, II, 8) e che «*«Potters marks» appeared in relics left from the Greek and Roman periods and were used to identify the maker (potter) of a particular vessel*» (S. ONO, *商標法概説 第2版*, Tokyo, 1999, trad. ingl., *Overview of Japanese Trademark Law*<sup>2</sup>, [www.iip.or.jp](http://www.iip.or.jp)). Anche

Questa mancanza, però, non può essere liquidata, come sovente accade, con la sola spiegazione dell'assenza della stampa. Senz'altro quest'invenzione è la prima preconditione perché si possano configurare diritti degli autori sulle proprie opere, essendo essa, per dirla con Abel-François Villemain «*ce qui marque la fin du moyen âge, le grand événement, l'hégire de la raison humaine [...] Là commence, avec son éclat et sa force, la civilisation moderne*»<sup>(60)</sup>, però vi sono anche delle questioni più prettamente giuridiche – e, segnatamente, connesse al diritto di proprietà – che completano la spiegazione della lacuna in parola.

In effetti, per avere una legislazione greca in materia di IPRs occorre aspettare il XX secolo, quando – ancor prima della ratifica della Convenzione di Parigi con l. n. 3092/1924 – fu approvata la l. ΒΡΝΣΤ/1893 per la protezione dei marchi, «*the first regulation for the transformation of immaterial property to exclusive rights*»<sup>(61)</sup>.

Dal vuoto normativo «deriva che non si possa, con sicurezza, escludere una piuttosto che un'altra teorica»<sup>(62)</sup>, ma altri elementi ci possono dare delle indicazioni.

È anzitutto da dirsi che non tutti gli intellettuali avevano la necessità di vivere sfruttando commercialmente i prodotti del proprio ingegno, giacché filosofi, oratori, letterati e poeti «in alcune repubbliche greche...avevano anche il diritto di essere mantenuti a spese dello Stato nel Pritaneo, insieme con i più eminenti statisti, perché si riteneva fosse compito dello Stato assicurare i mezzi di vita a chi aveva in qualunque modo giovato alla cosa pubblica»<sup>(63)</sup>.

Ora, è noto come la prima – e ancora oggi rilevante – giustificazione per il riconoscimento degli IPRs, risiede nella necessità di compensare lo sforzo creativo consentendo il sostentamento dell'autore mediante lo sfruttamento commerciale delle proprie opere. Mi sembra che ciò sia stato espresso egregiamente da Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais – che un grande contributo avrà, come si dirà, specie alla nascita del *droit moral* – là dove scrive che «*on dit aux foyers des spectacles, qu'il n'est pas noble aux auteur de plaider pour le vil intérêt, eux qui se piquent de prétendre à la gloire. On a raison, la gloire est attrayante, mais on oublie que pour en jouir seulement une année, la nature nous condamne à diner trois cent soixantecinq fois; et si le guerrier, l'homme d'état, ne rougit point de recueillir la noble pension due à ses services, en sollicitant le*

---

quei marchi, però, possono essere considerati commensurabili a quelli che oggi conosciamo solo a costo di forzate e antistoriche distorsioni.

<sup>60</sup>A.-F. VILLEMMAIN, *Cours de littérature française, Tableau de la Littérature du Moyen Age en France, en Italie, en Espagne et en Angleterre*, in *Œuvres de M. Villemain*, II, Paris, 1851, 270, consultato tramite la versione digitalizzata da Google Books.

<sup>61</sup>A. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property Law in Greece*, The Hague-London-Boston-Athens, 1999, 27.

<sup>62</sup>N. STOLFI, *Proprietà intellettuale*<sup>2</sup>, I, Torino, 1915, 1. L'A., però, conclude più avanti col dire che «l'assoluto silenzio conservato al riguardo dalle fonti giuridiche lascia purtutto dedurre che i Romani non pensarono affatto a dare all'opera dell'ingegno la tutela che le è stata data nei tempi moderni, per effetto di nuove condizioni di cultura e di ambiente, e soprattutto di un più evoluto concetto della estensione del diritto di proprietà» (ivi, 11, enfasi aggiunta).

<sup>63</sup>STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 2-3.

*grade qui peut lui en valoir une plus forte, pourquoi le fils d'Apollon, l'amant des Muses, incessamment forcé de compter avec son boulanger; négligerait-il de compter avec les comédiens? Aussi croyons-nous rendre à chacun ce qui lui est dû, quand nous demandons les lauriers de la comédie au public qui les accorde; et l'argent reçu du public, à la comédie qui le retient»* (64).

Le cose così stando, è agevole inferirne che la prima preconditione – da un punto di vista cronologico – per la *propertization* dei frutti dell'ingegno sia stata la rinuncia, da parte degli Stati, di incaricarsi pienamente dello sviluppo culturale del Paese, delegando alle leggi del mercato la retribuzione degli intellettuali, il cui servizio non è più considerato profittevole per la collettività tanto quanto quello degli statisti. In altri termini, una scelta politica – sul cui merito non è qui necessario pronunziarsi, ma che certamente incide, se non altro, sulla piena libertà di manifestazione del pensiero degli intellettuali (65) - che oggi definiremmo liberista è alla base, come una delle preconditioni (66), della nascita dei diritti di sfruttamento esclusivo delle opere dell'ingegno.

I tempi, va da sé, non erano ancora maturi – per temperie culturale, ma soprattutto per arretratezza tecnologica (67) – acché detta nascita vi fosse, ciò è testimoniato dalla diffusissima

---

<sup>64</sup>CARON DE BEAUMARCHAIS, *Compte rendu de l'affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français*, cit., 2-3. Come rileva STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 226, «la sua gloria [...] non può bastargli, in vista delle urgenti necessità della vita materiale [...] mancato il tornaconto individuale, cesserebbe la spinta più potente per la creazione di nuove opere». Come noto, Caron de Beaumarchais creò, il 3-7-1777, la *Société des Auteurs Dramatiques* (SAD), progenitrice dell'attuale *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques* (SACD), «con l'intento di riunire gli autori e compositori drammatici, fornirà alla nascente rivoluzione un terreno fertile con una coscienza piena delle aspettative degli intellettuali dell'Illuminismo» (L. MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. Liotta, II, Bologna, 2007, 284).

<sup>65</sup>Come osserva STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 3, «si deve a tale nobile tradizione di ossequio al genio, se Socrate, anziché scolararsi dell'accusa di negare gli Dei dello Stato e di corrompere la gioventù, proclamò, davanti ai suoi giudici, che aveva il diritto di essere nutrito a spese pubbliche». Bisogna, però, ricordare che, ai tempi, l'alternativa al sostentamento a spese dello Stato, era quella di porsi sotto la protezione di qualche potente signore (al riguardo, è divenuta proverbiale la figura di Mecenate, protettore, fra gli altri, di Orazio, Virgilio e Properzio), il che, è agevole intuirlo, condizionava talvolta la libertà di manifestazione del pensiero degli intellettuali, interessati a mantenere il favore del mecenate di turno.

<sup>66</sup>Resta ben inteso che non è sufficiente la menzionata abdicazione dello Stato a spiegare l'appropriabilità dei beni immateriali intellettuali, rivestendo l'invenzione della stampa, come si vedrà *infra*, il ruolo principale.

<sup>67</sup>Nonostante non fosse stata ancora inventata la stampa a caratteri mobili, si registrò, già nella Grecia antica, un fiorente commercio librario, ma, posta la differenza tra *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*, la circostanza è indifferente per i fini che qui interessano. AULO GELLIO, *Noctes atticae*, III, 17, ricorda che «*Id quoque esse a gravissimis viris memoriae mandatum, quod tris libros Plato Philolai Pythagorici et Aristoteles pauculos Speusippi philosophi mercati sunt pretiis fidei non capientibus*. [1] *Memoriae mandatum est Platonem philosophum tenui admodum pecunia familiari fuisse atque eum tamen tris Philolai Pythagorici libros decem milibus denarium mercatum*. [2] *Id ei pretium donasse quidam scripserunt amicum eius Dionem Syracosium*. [3] *Aristotelem quoque traditum libros pauculos Speusippi philosophi post mortem eius emisse talentis Atticis tribus; ea summa fit nummi nostri sestertia duo et septuaginta milia*. [4] *Timon amarulentus librum maledicentissimum conscripsit, qui sillos inscribitur*. [5] *In eo libro Platonem philosophum contumeliose appellat, quod inpenso pretio librum Pythagoricae disciplinae emisset exque eo Timaeum, nobilem illum dialogum, concinnasset. Versus super ea re Timonos hi sunt: kai sy, Platon, kai gar se matheteies pothos eschen, pollon d'argyriou oligen ellaxao biblon, enthen aparchomenos timaiographein edidachthes; e, come si legge in CICERONE, *De finibus bonorum et malorum, Ad Brutum*, V, 3, «*Hujus opera [sc. di Speusippo], quamquam numero exigua, tribus talentis, id est, 16,200 fr. Gallicae moneate Aristoteles emit*.*



pratica del plagio <sup>(68)</sup>. Qualche condanna, è da dire, vi fu, come quella seguita alla denuncia, ad opera di Aristofane, di alcuni plagiari – nell’ambito di un concorso di poesia tenutosi ad Alessandria in onore delle Muse e di Apollo: avendo il commediografo di Cidatene provato – «*fretus memoria e certis armariis infinita volumina eduxit*» – che essi «*aliena recitavisse, rex jussit cum his agi furti, condemnatosque cum ignominia dimisit*» <sup>(69)</sup>. Come rileva, però, Nicola Stolfi, « fu più il fatto della volontà di un tiranno che l’applicazione di una legge» <sup>(70)</sup>. C’è chi, invece, ritiene la repressione del plagio più diffusa e la ricollega a un fattore ben preciso: «*the gods themselves were conceived as participating in the creative process, the arbitrary alteration of texts was seen not only as a violation against the author, but against the forces that inspired him and was correspondingly criticized*» <sup>(71)</sup>.

Venendo al diritto romano, è da dire che sono oggi, condivisibilmente, senza seguito le posizioni, come quella di Adolphe Breulier e Francesco Buonamici, i quali, basandosi su argomenti testuali fragili e supposizioni ancor più deboli, elaborarono una teorica ignorante la distinzione fra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*, alla stregua della quale ritennero potersi affermare l’esistenza di un diritto romano della proprietà intellettuale, nella convinzione che i Latini fossero stati «creatori di ogni criterio giuridico» <sup>(72)</sup>.

Sebbene, ormai, la dottrina pressoché unanime <sup>(73)</sup> abbia posto in non cale la tesi breulierana, possono esserne considerati epigoni, depurati dall’oltranzismo filo-romanista di cui sopra, Carlo Fadda e Leopold Joseph Neustetel <sup>(74)</sup>, i quali affermarono che l’autore avesse a disposizione, a tutela del diritto di pubblicazione e d’inedito, l’*actio injuriarum*, «che nella sua elasticità comprende sicuramente anche queste violazioni ingiuriose della personalità» <sup>(75)</sup>. Se ciò fosse accettato, significherebbe, oltre tutto ciò che è di primo acchito intuibile, che il diritto morale è, anche storicamente, il primo nucleo del diritto d’autore.

Se quest’inferenza, partendo da basi non solidissime, può apparire ardita, certo è che gli

---

<sup>68</sup>Attesta numerosi casi di plagio il recente studio di G. CAVALLO, *Libri, editori e pubblico nel mondo antico*, Bari, 2009, ma cfr. anche H. BLANCK, *Das Buch in der Antike*, München, 1992, trad. it. a cura di R. Otranto, *Il libro nel mondo antico*, Bari 2008. Per un aspetto particolare e con un approfondita base storica, v. anche D. BONAMORE, *Il plagio del titolo delle «opere dell’ingegno» nella dogmatica del diritto d’autore*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, diretto da V. Lo Iacono e G. Frezza, Milano, 2011.

<sup>69</sup>VITRUVIO, *De Architectura*, VII, *Praefatio*, 4. La vicenda è significativa non solo della riprovazione della pratica da parte dell’opinione pubblica, ma anche del fatto che il modo in cui si sanziona una violazione non sempre discende dall’intensità della sua protezione o, *rectius*, da un determinato inquadramento dogmatico della fattispecie: si sanziona alla stregua di furto una fattispecie che nessuno, ai tempi, avrebbe mai potuto considerare proprietaria.

<sup>70</sup>STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 3.

<sup>71</sup>DE LA DURANTAYE, *The Origins of the Protection of Literary Authorship in Ancient Rome*, cit., 110.

<sup>72</sup>STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 2-3.

<sup>73</sup>*Ibidem*.

<sup>74</sup>*Ibidem*.

<sup>75</sup>*Ibidem*.

attentati alla reputazione degli autori provocavano viva ripulsa nell'animo romano <sup>(76)</sup>, basti pensare all'epigramma – da taluno considerato come il punto d'inizio della storia della proprietà intellettuale <sup>(77)</sup> – in cui Marziale, con sdegno, scrive: «*commendo tibi, Quintiane, nostros - / Nostros dicere si tamen libellos / Possum, quos recitat tuus poeta / Si de servitio gravi queruntur, Adsertor venias satisque praestes / Et, cum se dominum vocabit ille, / Dicas esse meos manumque missos. /Hoc si terque quaterque clamitaris,/ Impones plagiaro pudorem*» <sup>(78)</sup>.

Ad essere esecrato, non era solo il plagio, ma anche altri attentati a quello che oggi chiameremmo diritto morale, come lo sfruttamento della fama degli autori più reputati, mediante l'attribuzione infedele ai medesimi di opere da questi mai composte, per non dire degli adattamenti e delle deformazioni operati *invito auctore* a fini didattici, ma anche nelle pubbliche letture <sup>(79)</sup>.

Le superiori considerazioni consentono di enucleare il secondo guadagno conoscitivo che si ottiene dallo studio dei diritti dell'antichità *in subiecta materia*, e cioè che, se è appurato che mai i Latini disciplinarono e riconobbero i diritti d'autore, cionondimeno la personalità di questo meritò la tutela ordinamentale, specie sino al momento della pubblicazione.

La spiegazione del perché vi fosse questo netto discrimine, fra i diritti prima della pubblicazione e dopo questa, ci consente di giungere al terzo – e, ai nostri fini, più rilevante – approdo, che ci consentirà anche di mettere in dubbio la consueta narrazione sulle cause dell'assenza degli IPRs a Roma, ricondotte dai più al fatto che «*the law of imperial Rome specifically prohibited monopolies for individuals, discouraging legal protection for individuals' interests in creative work*» <sup>(80)</sup>, nonché alla *Rangordnung* diversa, che vedeva al vertice non la locupletazione, bensì l'aspirazione all'immortalità <sup>(81)</sup>.

Quinto Aurelio Simmaco può dire che «*cum semel a te profectum carmen est, jus omne posuisti: oratio publicata, res libera est*» <sup>(82)</sup>, per il fatto che, dopo la pubblicazione, le situazioni

---

<sup>76</sup>*Ibidem.*

<sup>77</sup>Si v. la cronologia pubblicata da Caslon Analytics all'indirizzo <http://www.caslon.com.au/ipchronology.htm>.

<sup>78</sup>MARZIALE, *Epigrammaton*, I, 52. Per attendere un uso più vicino al diritto odierno della parola 'plagio', occorrerà attendere il Cinquecento. Cfr. HOMMEL, *Litteraturis juris*, cit., 322 e *passim*. Da notare, pur nella sua totale atecnicità, il ricorso alla parola *dominus* per riferirsi all'autore.

<sup>79</sup>STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 6.

<sup>80</sup>S.P. LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, in *J. Intell. Prop. L.*, 2011, 73, che, sul punto, rinvia, sia pur con qualche imprecisione, a F.D. PRAGER, *The Early Growth and Influence of Intellectual Property*, in *J. Pat. Off. Soc'y*, 1950, II, 106, ove si riflette sulla proibizione dei monopoli nella legge di Zenone (il contributo prageriano è consultabile all'indirizzo <http://www.compilerpress.ca/Library/Prager%20Early%20Growth%20&%20Influence%20of%20IP%20JPOS%201950.htm>).

<sup>81</sup>Non si intende, chiaramente, qui sostenere che questi due fattori non ebbero il loro peso, ma solo che non furono le uniche, e forse neanche le principali, cause della mentovata lacuna. Sommessamente, inoltre, ci si chiede se sia del tutto lecito escludere che una tutela delle opere dell'ingegno vi sia stata, per il solo fatto che non ne venisse tutelato lo sfruttamento economico. Sulla tutela del *droit moral*, ci si soffermerà *amplius* più oltre.

<sup>82</sup>Q.A. SIMMACO, *Epistulae*, XVIII, I, 31

giuridiche di cui è titolare l'autore in quanto tale – attinenti, come s'è detto, più alla sfera morale che ad altro – si scontrano con un diritto al cospetto del quale, esse, non possono che scomparire: il dominio quiritario incidente sul supporto materiale dell'opera.

Come pone in luce acutamente Stolfi, infatti, «essendo la proprietà concepita nel senso più rigorosamente individualistico, doveva sembrare logico che chi aveva acquistato il libro, avesse il diritto di usarne a suo piacimento, non escluso quello di riprodurlo e diffonderne e venderne le copie»<sup>(83)</sup>.

Qui non rileva solo e tanto la confusione per bene immateriale e supporto materiale, quanto piuttosto la circostanza che il diritto di proprietà, diritto dell'individuo più che della persona come sembrano essere i diritti umani nel tempo della CDFUE<sup>(84)</sup>, costituisce il primo limite al diritto d'autore, il quale, per potersi affermare, dovrà farsi – o, almeno, chiamarsi – esso stesso 'proprietà', sebbene difficilmente incasellabile nel diritto che la tradizione aveva consegnato.

Il privilegio, antenato medievale del diritto d'autore, fu ed è da considerare anzitutto come una limitazione del diritto di proprietà del manoscritto<sup>(85)</sup>. In altri termini, e questo è il quarto guadagno conoscitivo, i diritti IP nascono, essi stessi, come limite.

Oltre agli ostacoli giuridici di cui s'è detto, il problema principale restava, però, l'assenza della stampa a caratteri mobili<sup>(86)</sup>. Certo, c'è chi, come Levin Goldschmidt, ha rilevato come la possibilità che più schiavi effettuassero copie simultanee, faceva sì che il costo dei libri fosse talvolta del medesimo ordine di grandezza di quello raggiunto dopo l'invenzione di Gutenberg<sup>(87)</sup> (arrivando financo ad affermare che il commercio di Roma imperiale fu appena raggiunto dopo la scoperta dell'America e superato solo a partire dal XVIII secolo<sup>(88)</sup>), ma sono «le esagerazioni dei romanisti che spesso offuscano la visione del vero stato delle cose»<sup>(89)</sup>: i casi di commercio in libri dell'antichità non sono minimamente commensurabili all'industria libraria del XV-XVI secolo.

---

83

STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 7.

<sup>84</sup>P. PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., 333, ora, col titolo *A margine della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 65.

<sup>85</sup>In questi termini STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 11, ove si legge che «il diritto di autore si è venuto elaborando in seguito, come un vero privilegio, nel senso di limitazione di quel diritto di proprietà».

<sup>86</sup>Con la locuzione 'invenzione della stampa' si tende a riferirsi a quello «a caratteri mobili», non invece a quella con blocchi di legno su carta, dove i singoli fogli venivano impressi per mezzo di matrici di legno sulle quali erano presenti testi o illustrazioni intagliate. Questa tecnica, risalente quantomeno alla dinastia cinese Tang, non consentiva copie a costi tali da poter avviare un commercio di largo consumo.

<sup>87</sup>Non è qui necessario soffermarsi sulla disputa relativa all'effettiva paternità dell'invenzione della stampa, fra Bi Sheng, Chae Yun-ui e Johann Gutenberg. Resta certo che il merito per la diffusione della medesima nel mondo occidentale va a quest'ultimo.

<sup>88</sup>L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, I, 1, Stuttgart, 1891, 66

<sup>89</sup>STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 8.

La storia medievale, per conto suo, segna davvero un'epoca buia per i diritti sulle produzioni dell'ingegno <sup>(90)</sup> e ciò anche quando la temperie culturale cambiò e, superato il fatidico anno Mille, si ritrovò il gusto per la cultura, specialmente nel Quattrocento, allorquando il furore umanista portò alla riscoperta dei classici e allo studio della filologia; era chiaro, però, che i tempi non erano ancora venuti a maturazione, non solo per motivi di arretratezza tecnologica (dal che seguiva, anzitutto, l'elevato costo dei libri), ma anche perché nessuno avrebbe potuto reclamare la titolarità di diritti su opere che per lo più erano imitazioni di quelle del mondo antico.

Ad impedire la configurabilità, nel medioevo, dei diritti sulle produzioni intellettuali, oltre quanto detto, concorrevano senz'altro che anche gli intellettuali, al soldo dei munificenti Signori, erano considerati come artigiani <sup>(91)</sup>, meri esecutori della volontà del Signore, cui si limitavano a dare veste pregiata. Ciò a tacere del fatto che, poiché sovente il lavoro in bottega veniva portato avanti a più mani, difettava, oltre l'originalità, anche l'individualità, se non addirittura l'identificabilità *tout court* dell'autore dell'opera.

Pur con tutti i *caveat* sopra accennati con riferimento al rapporto fra privilegi e diritti, si può affermare che «la Storia moderna del diritto d'autore nel mondo occidentale inizia...con i primi privilegi concessi dalla Repubblica di Venezia ad autori e librai nella seconda metà del 1400» <sup>(92)</sup> e lo stesso vale, come visto, per la proprietà industriale, posto che la prima legge generale in materia di brevetti fu la «parte» veneziana del 19 marzo 1474 <sup>(93)</sup>.

Nell'analizzare le cause della nascita degli IPRs, si tende, se non prendiamo un abbaglio, a porre sullo stesso piano – o, se non altro, su piani vicini – i mutamenti culturali e le novità tecnologiche.

Quando Luigi Carlo Ubertazzi scrive che «a partire dalla crocifissione firmata da Benedetto Antelami nel duomo di Parma <sup>(94)</sup> gli artisti hanno cominciato un lento processo che li ha condotti a

---

<sup>90</sup>Come nota STOLFI, *Proprietà intellettuale*, 13-14, «l'arte, le lettere e scienze si rifugiarono quasi del tutto nei chiostri; l'ignoranza divenne quasi generale tra i laici [...] Le invasioni barbariche dispersero i manoscritti antichi [...] l'abolizione della schiavitù concorse a questa decadenza...la questione della proprietà letteraria [...] non è neppure sfiorata dalle leggi barbariche». L'A. ritiene significativo che J. CUJAS, *In quaestiones et responsa Papiniani*, in *Jacobi Cujacii IC. Tolosatis opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*, IV, 1825, Prato, 1841, 7, r. 291 c, r. 312 b, c, e 313 e, si interroghi se i libri si debbano intendere contenuti nei legati delle carte, o della *domus instructa*; tratta *de libris Aegyptiorum artem eorum admirabilem contentibus* (t. 2, obs. 166 b), ma non faccia menzione alcuna ai diritti degli autori.

<sup>91</sup>Come nota E. LINCOLN, *Invention and Authorship in Early Modern Italian Visual Culture*, in *DePaul L. Rev.*, 2003, 1095, dopo aver narrato la vicenda del contratto stipulato nel 1453 fra Madonna Ovetari e Andrea Mantegna per la realizzazione dell'Assunzione della Vergine, rileva che «*the artist's work was not self-expressive in the sense that we value individual self-expression and originality today; authorship accrued to different aspects of creation in the pre-modern period*».

<sup>92</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 366.

<sup>93</sup>FRANCESCHELLI, *La prima legge generale in materia di invenzioni industriali*, cit., 371.

<sup>94</sup>Il riferimento è alla *Deposizione di Cristo dalla Croce*, bassorilievo del 1178 che, unico pannello sopravvissuto di un pontile che si trovava nel Duomo di Parma, oggi è apprezzabile nel transetto destro della Cattedrale parmense. È ancora leggibile il distico a suo tempo inciso, che recita: «Anno mileno centeno septvageno /

uscire dall'anonimato del chiostro o della corporazione [...] d'altro canto nella prima metà del 1400 l'invenzione della stampa a caratteri mobili ha consentito l'avvio dell'industria libraria», dà un'informazione molto importante, ma potrebbe ingenerare, in un lettore sprovvisto, un errato convincimento circa il rapporto fra le evocate concause.

È bene dire con chiarezza che i mentovati fattori – mutato clima culturale e progressi della tecnologia – non siano da porsi sul medesimo piano. Se così non fosse, mi si consenta la provocazione, diverrebbe logico, in una perversa *regressio ad infinitum*, chiedersi come mai il diritto d'autore non sia nato nel passaggio da Omero a Esiodo: mentre il primo si limitò a interrogare *Μνημοσύνη* e metterne insieme i canti, il secondo le diede voce, segnalandosi come il primo, nella storia mondiale della letteratura, a parlare in prima persona, «*il se détache de l'ensemble des hommes par l'emploi de la première personne du singulier*»<sup>(95)</sup> (e, d'altronde, la differenza fra i due è ricavabile già da una delle spiegazioni etimologiche dei loro nomi, secondo cui Omero deriverebbe da «mettere insieme», Esiodo da «emettere una voce»).

Di là dalle provocazioni, se proprio si vuole trovare il *turning point* per ciò che concerne l'affermazione dell'*io* degli intellettuali, occorre rimontare, se non prendiamo un abbaglio, più che al distico antelamiano, alla proibizione a Papa Giulio II, da parte di Michelangelo Buonarroti, di entrare nella Cappella Sistina onde visionare lo stato dei lavori, sul presupposto che il secondo «*had the right as an artist to say when the work was ready to be disclosed*»<sup>(96)</sup>. Come racconta Giorgio Vasari, «Era Papa Giulio molto desideroso di vedere le imprese che faceua, per ilche di questa, che gli era nascosa, venne in grandissimo desiderio; onde volse vn giorno andare a vederla; & nò gli fu

---

*octavo scvltor pat[ra]vit m[en]se se[c]v[n]do // Antelami dictvs scvltor fvit hic benedictus». Su Benedetto Antelami e le sue opere, v., ex plurimis, G. DE FRANCOVICH, Benedetto Antelami. Architetto e scultore e l'arte del suo tempo, 2 voll., Milano, 1952 e K.W. FORSTER, Benedetto Antelami. Der grosse romanische Bildhauer Italiens, München, 1961.*

95

M.-C. LECLERC, *La parole chez Hésiode*, Paris, 1993, 170, che interpreta l'*εγώ* esiodeo col dire che «va da sé che anche nell'Iliade si riscontra il lemma *εγώ*, ma, in quel contesto, esso non risulta essere espressione identitaria dell'autore (autore, peraltro, la cui reale esistenza storica trova sempre minori consensi)».

<sup>96</sup>LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral*, cit., 78. Queste vicende, sono in buona parte da ricollegare al temperamento del genio, ma vanno altresì messe in relazione con la circostanza che la fama di Michelangelo, gli consentiva di scegliere liberamente i temi delle proprie opere, cercando solo *ex post* un mecenate. La sfrontatezza dell'artista capresano non fu tale da compromettere definitivamente i rapporti col Sommo Pontefice, come testimonia la circostanza che gli fu affidato l'incarico della sepoltura di questo, vicenda che lo rese vittima di dolorose calunnie riportate in M. BUONARROTI, *Lettera di Michelangiolo Bonarroti per giustificarsi contro le calunnie degli emuli e d'È nemici suoi sul proposito del sepolcro di Papa Giulio II*, a cura di S. Ciampi, Firenze, 1834, che si chiude con l'amaro «Prego VS. per amore di Dio, e della verità quando à tempo legua queste cose, acciò quando achadessi mi possa col Papa difendermi da questi che dicono male di me senza notitia di cosa alcuna, e che m'anno messo nel ciervello del Duca per gran ribaldo colle false informazioni, etc. Tutte le discordie che nacquono tra Papa Iulio et me, fu la invidia di Bramante, et di Raffaello da Urbino, et questa fu causa che non è seguito la sua sepultura in vita sua per rovinarmi; et avevane bene cagione Raffaello, che ciò che haveva dell'arte, l'haveva da me» (l'originale della lettera è conservato nel Fondo Magliabechiano della Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze, n. 401, VIII, 4 ed è senza data). A voler cercare un corrispondente del Buonarroti nell'Europa continentale, questo è senz'altro Albrecht Dürer, la cui fama e il cui genio gli permisero libertà sconosciute ai suoi contemporanei.

aperto, che Michele Agnolo non aurebbe voluto mostrarla. Perlaqual cosa il Papa, a cui di continuo cresceua la voglia, aueua tentati piu mezi...Il Papa andato per entrar nella cappella fu il primo che la testa ponesse dentro; & appena ebbe fatto vn passo, che da l'ultimo ponte su 'l primo palco cominciò Michele Agnolo a gettar tauole. Perilche il Papa vedutolo, & sapendo la natura sua, con non meno collera che paura, si mise in fuga, minacciandolo molto» (97).

Non è un caso, che il medesimo Michelangelo incise di nascosto il proprio nome su una sua opera onde assicurarne l'incontestabile paternità. Per dirla con Susan P. Liemer, «*Michelangelo began a paradigm shift [...] Force of reputation would have to become force of law before visual artists could really be said to enjoy the protection of le droit moral, but prerequisite changes in underlying concepts were starting to take place*» (98).

A mio avviso, resta però fermo che la forte espressione identitaria, la consapevolezza di sé e del proprio ruolo di intellettuale, giammai avrebbero potuto dare i frutti che conosciamo senza l'invenzione della stampa a caratteri mobili, che segna, come detto circa i *Tableaux* villemainiani, la fine del medioevo, l'egira della ragione umana (99).

Ciò a tacere della quasi trascurabile rilevanza delle «dimensioni dell'élite alfabetizzata», che avrebbero garantito «ad autori e librai un sufficiente mercato» (100), che nel Quattrocento non erano poi così superiori a quelle dell'evo antico.

Il lasso di tempo che ci separa, a questo punto dai giorni nostri, può essere – per fini di perspicuità ricostruttiva, ma con tutti i limiti delle operazioni che pretendono di frantumare il flusso della storia – suddiviso in tre epoche successive (101).

---

<sup>97</sup>G. VASARI, *Le vite d'è piv eccellenti pittori, scvltori, e architettori italiani, da Cimabve insino a' tempi nostri*, III, *La terza et vltima parte delle vite degli architettori pittori et scvltori*, Firenze, 1550, 963-964, enfasi aggiunta.

98

LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral*, cit., 79

<sup>99</sup>VILLEMMAIN, *Tableau de la Littérature au Moyen Age*, cit., 628 e, nel medesimo solco, ma con minore enfasi, anche STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit. 7. Non bisogna, però, peccare d'ingenuità e credere che all'invenzione della stampa segua immediatamente e con la diffusione che noi conosciamo, il sistema dei privilegi: ne è testimone, fra gli altri, D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*, cit., 57-58, là dove scrive che «*Pendant près d'un siècle, depuis l'invention de l'Imprimerie jusques vers l'an 1550, les Auteurs & les Libraires, en conséquence de la liberté commune à tous les hommes, avoient toujourns fait imprimer leurs Ouvrages sans être assujettis à en obtenir la permission du Roi ; mais comme le mauvais usage de ce don précieux de la Nature commençoit à devenir dangereux à la Societé ; que chacun faisoit imprimer ce que bon lui sembloit au préjudice de la Religion, des Loix de l'Etat, & de la tranquillité publique, Henri II. & après lui Charles IX. furent obligés pour mettre de justes bornes à cette licence, non pas de s'approprier les ouvrages des Hommes de Lettres de leur siècle pour en disposer à leur volonté, mais simplement de défendre comme ils firent par les Edits, dont nous venons de rapporter les motifs, d'imprimer quelque Ouvrage que ce fût, qu'il n'eût été préalablement examiné en leur Conseil, & autorisé d'un Privilège du Grans-Sceau, qu'étoit accordé après l'examen de l'Ouvrage, quand il ne s'y étoit rien trouvé de contraire à la Religion, aux Loix de l'Etat, à l'honneur & à l'intérêt des Particuliers*» (enfasi del testo). Il passaggio, fra le altre cose, sembra indicare che il sistema dei privilegi si sia affermato principalmente per limitare la libertà di manifestazione del pensiero, a fini, quindi, censori.

<sup>100</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 366.

<sup>101</sup>Riprendo la periodizzazione consigliata da UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 633.

Come già anticipato, gli albori dei diritti sulle opere dell'ingegno rimontano al sistema dei privilegi, ottriati dai Sovrani in un primo momento a soggetti diversi dagli autori, al fine di sfruttare commercialmente l'opera e, solo successivamente, anche agli autori medesimi (<sup>102</sup>).

I privilegi possono essere così tripartiti: i. Riservati agli stampatori, senza indicazione del tipo di opere la cui riproduzione fosse riservata («*pergitque quotidie alia praeclara volumina imprimere, adeo ut industria & virtute huius hominis, multis praeclarisque voluminibus, & quidem pervili pretio, locupletabitur*» (<sup>103</sup>)); ii. Limitati a singole opere letterarie e concessi ai librai; iii. Ad oggetto predeterminato, ma intestati all'autore (di cui il primo esempio fu quello concesso il 1 settembre 1486 a Marco Antonio Coccio Sabellico per la riproduzione delle sue «*Decades rerum Venetarum*» (<sup>104</sup>)); questi ultimi, nei quali si può, *mutatis mutandis*, ritrovare il germe dei diritti degli autori, furono però, fra tutti, i meno diffusi, se è vero, e lo è, che «*those privileges were granted rather to publishers than to authors thus protecting the industrial investment rather than the intellectual production*» (<sup>105</sup>).

Le cose stando così, le prime contese sulle situazioni giuridiche incidenti sulle opere dell'ingegno, non videro agitarsi sulla scena autori, ma, come veri protagonisti, solo quanti intendevano fare della produzioni intellettuali uno sfruttamento commerciale. Se senz'altro degni di nota sono i tentativi dei librai tedeschi e inglesi di affermare l'esistenza di una *Verlagseigentum* perpetua sugli stampati, merita qui più attenzione la contesa fra i librai parigini e quelli della

---

<sup>102</sup>Per comprendere la differenza tra i privilegi e i diritti soggettivi, sarà sufficiente sfogliare, a titolo esemplificativo, U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943 e A. THON, *Natura giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*<sup>2</sup>, Padova, 1951. Più di recente, v. G. ALPA, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2, *La parte generale del diritto civile*, Torino, 2001. Il tema è tornato in auge alla fine dello scorso millennio in seguito all'emanazione della notissima Cass., 22-7-1999, n. 500, edita su tutte le principali riviste giuridiche, fra cui *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832, con nota di L. TORCHIA, che ha indotto ad un ripensamento della categoria, la quale è stata nuovamente oggetto d'interesse, in sede di studio della nozione di abuso del diritto, come in G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti: note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, XXIV, 161 e C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, ma anche in connessione ad altri temi, come in E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Contr. e Impr.*, 2010, III, 599.

103

Così il privilegio concesso dal Senato veneto a Johann von Speyer, su cui ho detto qualche cosa *supra*.  
<sup>104</sup>Il privilegio era del seguente tenore: «*Mccccxviiij, die primo septembris. Opus gestorum urbis nostrae: compositum per doctissimum virum Marcum Antonium Sabellum Romanum: per elegantiam suam, et ueritatem hystorie dignum est ut in lucem ominium veniat: Ideo infrascripti domini Consilarii deliberarunt et terminarunt, quod opus prefatum, per Marcum Antonium prefatum possit alicui diligenti impressori, qui opus illud imprimat suis sumptibus et edat: sicuti convenit elegantiae Hystoriae dignae: ut immortalis siat: et nemini praeter eum liceat opus illud imprimi facere sub pena indignationis Serenissimi Domini et ducatorum quingentorum tam in Venetiis quam in quacumque civitate et loco Serenissimi Domini. Consilarii Ser Lucas Navaierio. Ser Fantinus de cha de Pexaro. Ser Zacharias Barbaro eques. Ser Sebastianus Baduario eques. Ser Benedictus Trivisano*». Cfr. R. CHAVASSE, *The First Known Author's Copyright, September 1486, in the Context of a Humanist Career*, in *Bulletin of the John Rylands University Library of Manchester*, 1986-1987, 11. Per un'attenta ricognizione di tutti i privilegi concessi ad autori in Francia fra il 1498 e il 1526, cfr. ARMSTRONG, *Before Copyright*, cit., *passim*.

<sup>105</sup>U. LOEWENHEIM, *Copyright in Civil Law and Common Law Countries: a Narrowing Gap*, in *AIDA 1994*, 1995, 162. In tal senso, anche L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 180.

provincia. Questo, a mio avviso, nella storia delle idee, è il momento in cui si chiude veramente un'epoca e se ne apre un'altra, in cui si riconosce la signoria sull'opera dell'ingegno da parte di colui che le ha dato la luce, fuori da una logica di graziosa concessione, per cui al punto si dedicherà specifica attenzione nel prosieguo.

Dai privilegi del terzo tipo di cui s'è testé detto, partì un'evoluzione «nel senso di uniformarne la durata, evitare duplicazioni, limitarne la concessione ad opere nuove»<sup>(106)</sup>: osserviamo, insomma, il volgere di un'epoca e l'aprirsi di un'altra in cui, almeno in teoria, protagonisti della scena saranno coloro che potranno vantare la paternità delle opere dell'ingegno.

Un'ultima considerazione è ricavabile già dalla «*Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*» di Louis d'Héricourt du Vatier, la cui analisi occuperà la nostra attenzione più oltre. Giova, però, già ora notare come «*Henri II. & après lui Charles IX. furent obligés pour mettre de justes bornes à cette licence, non pas de s'approprier les ouvrages des Hommes de Lettres de leur siècle pour en disposer à leur volonté, mais simplement de défendre comme ils firent par les Edits, dont nous venons de rapporter les motifs, d'imprimer quelque Ouvrage que ce fût, qu'il n'eût été préalablement examiné en leur Conseil, & autorisé d'un Privilège du Grans-Sceau, qu'étoit accordé après l'examen de l'Ouvrage, quand il ne s'y étoit rien trouvé de contraire à la Religion, aux Loix de l'Etat, à l'honneur & à l'intérêt des Particuliers*»<sup>(107)</sup>.

Quanto normalmente si osserva è la funzione censoria dei privilegi<sup>(108)</sup>, che consentivano, al

---

<sup>106</sup>GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 3. Per UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 367, si può parlare di un vero e proprio diritto al privilegio, ma a chi scrive sembra, al netto di abbagli, che si tratti di un ossimoro logico e giuridico, poiché là dove comincia ad esserci diritto, nel senso proprio del termine, smette di esserci il privilegio.

107

D'HÉRICOURT DU VATIER *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*. cit., 57-58.

<sup>108</sup>A. SIROTTI GAUDENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, IV, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, Torino, 2010, 396, rileva che «i privilegi (dette anche patenti) venivano rilasciati dal sovrano agli stampatori, assieme all'imprimatur concesso da una forma di censura preventiva», ma v. anche L. GALEOTTI, *Trajano Boccalini e il suo tempo. Memoria storica*, in *Archivio storico italiano*, 1855, I, 124 e *passim*. Uno dei primi casi di censura è collegato a motivi religiosi: il riferimento è all'editto censorio di Berthold von Henneberg, Arcivescovo di Kurmainz, del 1485, contro la non autorizzata traduzione della Bibbia e di altri scritti religiosi, il quale si apre così: «*etsi ad mortalium eruditionem diuina quadam imprimendi arte ad singularum scientiarum codices habunde facile que perueniri possit, compertum tamen habemus, quosdam homines inanis gloriae aut pecuniae cupiditate ductos hac arte abuti, et quod ad vite hominum institutionem datum est ad perniciem et calumniam deduci*». Cfr. anche M. BESSON, *L'Eglise et l'imprimerie dans les anciens diocèses de Lausanne et de Genève jusqu'en 1525*, Genève, 1937. È interessante, a tal proposito, leggere la *Royal Charter of the Company of Stationers*, del 1557, il cui incipit val la pena riportare: «*the kind and queen to all whom etc. greeting. Know ye that we, considering and manifestly perceiving that certain seditious and heretical books rhymes and treatises are daily published and printed by divers scandalous malicious scismatical and heretical persons, not only moving our subjects and lieges to sedition and disobedience against us, our crown and dignity, but also to renew and move very great and detestable heresies against the faith and sound catholic doctrine of Holy Mother Church, and wishing to provide a suitable remedy in this behalf, of our special grace and from our certain knowledge and mere motion we will, give and grant for ourselves, the heirs and successors of us the foresaid Queen, to our beloved and faithful lieges...free men of the mistery or art of Stationery of our City of London, and the suburbs of the same, that they from hence forth may be in fact, deed and name one body by themselves for ever, and one perpetual community incorporated of one Master and two Keepers or Wardens in the community of the same Mistery or Art of Stationery of the foresaid City, and that they may have perpetual succession*» (enfasi aggiunta). MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 266, rileva che «Il



momento della concessione, un controllo di merito sull'opera. Ciò che, per quanto ci consta, non è messa nella dovuta luce, è che il motivo per cui lo Stato decide d'ingerirsi nella materia dei beni immateriali intellettuali risiede nella inevitabile collisione fra questi ed interessi pubblicistici, nella necessità, connaturata al corredo genetico delle produzioni intellettuali, che si operi un attento bilanciamento d'interessi (<sup>109</sup>). Sempre ragioni pubblicistiche portavano a concedere i monopoli di sfruttamento mediante lettere patenti, cioè, appunto, pubbliche (<sup>110</sup>).

In altri termini, e conclusivamente, il principale approdo conoscitivo che deriva dallo studio della storia dei privilegi – e il discorso vale pure per la proprietà industriale – è che l'antecedente più immediato dei diritti sulle opere dell'ingegno nasce col marchio indelebile della limitazione: se nel diritto romano erano essi stessi un limite, nel diritto medievale e moderno, allorché i tempi sono maturi, essi nascono e si sviluppano come situazioni giuridiche quanto mai eterogenee, ma tutte accomunate da una struttura resa viepiù porosa da tutti i limiti, di diritto pubblico e di diritto privato, che esse, per natura, incontrano.

Questo è tanto più importante, quanto più si ponga mente alla circostanza che « la disciplina

---

diritto d'autore nasce...come diritto europeo con provvedimenti relativi ai privilegi prima e alla censura poi», ciò è vero, ma solo nella misura in cui il controllo censorio era operato al momento della concessione del privilegio in modo indiretto, almeno sino all' *Ordonnance sur la réforme de la justice* del febbraio 1566 – nota come ordinanza di *Moulins* – emanata da Carlo IX, in virtù della quale si passerà da un regime facoltativo, all'obbligo di richiesta del privilegio. V. *Ordonnance sur la réforme de la justice*, in F.A. ISAMBERT-N. DECRUSY-A.H. TAILLANDIER (a cura di), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789. Contenant la notice des principaux monuments des Mérovingiens, des Carolingiens et des Capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, règlements, arrêts du conseil, etc.; de la troisième race, qui ne sont pas abrogés, ou qui peuvent servir, soit à l'interprétation, soit à l'histoire du Droit public et privé, XIV/I, Juillet 1559-mai 1574*, Paris, 1829, 189. V., in particolare, l'art. 78 a mente del quale «*défendons [...] à toutes personnes que ce soit, d'imprimer ou faire imprimer aucuns livres ou traités sans nostre congé et permission, et lettres de privilège expéditées sous nostre grand scel: auquel cas aussi enjoignons à l'imprimer d'y mettre et insérer son nome, et le lieu de sa demeure, ensemble ledit congé et privilège, et ce sur peine de perdition de biens, et punition corporelle*». Per vero, la medesima A. sembra dare atto nel prosieguo di quanto qui rilevato, se ben intendiamo il passaggio ove scrive «Il re, infatti, fa del privilegio, sia inizialmente sia quando sarà reso obbligatorio, uno degli strumenti essenziali di polizia della stampa e dell'editoria nonché precisamente della stessa censura» (MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 271). Il controllo centralizzato accompagnato dalla censura preventiva si era già avuto in Inghilterra con Edoardo VIII; ne dà atto anche L. MOSCATI, *Un «Memorandum» di John Locke tra Censorship e Copyright*, in *Riv. st. dir. it.*, 2006, 73-74. UBERTAZZI, *Alle origini piemontesi del diritto italiano d'autore*, cit., 309 ricorda che la censura sull'opera degli autori, degli editori, dei librai e sulle rappresentazioni teatrali «aveva origini risalenti negli stati sabaudi. La si ritrova prevista nelle costituzioni del 1723, del 1729 e del 1770, con prescrizioni e pene draconiane. Era regolata senza ordine: tanto che vi erano organi diversi per la censura ecclesiastica, per quella generale civile, per la censura relativa alla pubblicazione degli scritti di causa, e per quella delle opere degli universitari».

109

Ciò riceve ulteriore conferma là dove D'HÉRICOURT DU VATIER *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*. cit., 59, scrive che il fondamento in base al quale il Re concede i privilegi è «*une justice qu'il leur rend pour animer au travail pour la gloire de son Royaume, & l'utilité de son Peuple*».

<sup>110</sup>Cfr. C. DENT, *Patent Policy in Early Modern England: Jobs, Trade and Regulation*, Intellectual Property Research Institute of Australia Working Paper No. 06.07, luglio 2007, <http://www.ipria.com>, 3, che da ultimo ricorda che *patent* – il nome dato ai brevetti in molti diritti, come quelli di area anglosassone, ma anche nel diritto tedesco – deriva proprio da *litterae patentes*, cioè lettere aperte, pubbliche. Le lettere patenti vennero prima concesse con riferimento ad attività diverse da quelle intellettuali, onde favorire lo sviluppo di determinate industrie, come quella tessile o manifatturiera.

legislativa del diritto di autore...si trascina tuttora, legata al piede, la *palla di piombo* delle sue origini, che affondano nel sistema dei privilegi librari»<sup>(111)</sup> e considerazioni non dissimili si possono fare sul diritto industriale («*chosse, che sariano de non piccola utilità et beneficio al stado nostro*») <sup>(112)</sup>.

### **1.3 Il paradigma proprietario come strumento anti-capitalistico: il passaggio dal privilegio al diritto.**

Come noto, il primo riconoscimento di diritti soggettivi sui beni immateriali intellettuali si ha con l'Act 8 del 1709<sup>(113)</sup>, rubricato «*An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*», più noto come *Statute of Anne*<sup>(114)</sup>.

---

<sup>111</sup>V. DE SANCTIS, *Considerazioni sulla durata del diritto di autore*, in *Revue internationale du droit d'auteur*, 1953-1954, V, 35. Il motivo per cui l'A. si esprime in termini così coloriti è senz'altro da ricollegare al suo tentativo di sminuire l'importanza tassonomica del dato della non perpetuità del diritto d'autore, dato che qui, invece, si valorizzerà.

<sup>112</sup>In termini, la c.d. Parte veneziana di cui già s'è detto, la quale prevede anche la possibilità di un'espropriazione per pubblica utilità *ante litteram*, là dove statuisce che «*Siando pero in liberta de la nostra Signoria, ad ogni suo piaxer, tour e vsar ne i suoi bisogni chadaun di dicti artificij, et Instrumenti*». Cfr. L. SORDELLI, *Interesse sociale e progresso tecnico nella «parte» veneziana del 19 marzo 1474 sulle privative agli inventori*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, 358.

113

8 Anne c. 19, «*Act for the Encouragement of Learning*» in *The Statutes at Large*, IV, London, 1769, 417. Prima del 1710, quando venne data attuazione allo *Statute* (il *royal assent* si ebbe il 5 aprile e il *commencement* il 10), le restrizioni al *copyright* erano autorizzata dall'Act 14 del 1662 (*14 Car. II. c. 33*), rubricato «*An Act for preventing the frequent Abuses in printing seditious treasonable and unlicensed Bookes and Pamphlets and for regulating of Printing and Printing Presses*», più noto come *Licensing of the Press Act* di Carlo II. L'enforcement delle restrizioni era assicurato dalla *Company of Stationers*, corporazione creata con la *Royal Charter of the Company of Stationers* di Maria Stuarda nel 1557 (*Pat. 8 & 4 Phil. & Mar., part 10. m. 46*), col monopolio della stampa e il compito, ad esso connesso, di operare una censura delle opere considerate «*seditious and heretical*». Soprattutto al fine di porre fine al sistema censorio, quest'atto fu duramente contestato, di talché nel 1689 il Parlamento rifiutò il rinnovo dell'Act. 14. V. M. ROSE, *The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company, and the Statute of Anne*, in *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2009, XII, spec. 137.

<sup>114</sup>Quanto alla proprietà industriale, v. 21 James I, c.3, noto come lo *Statute of Monopolies*, con cui Giacomo I, all'art. VI, pose, si ritiene, il primo modello di disciplina giuridica dei brevetti di invenzione, nonché il più antico esempio di normativa antimonopolistica, ma, come nota F. BENUSSI, *Proprietà industriale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, XI, Torino, 1995, 418, già «nella Germania dell'età imperiale si fece luogo a un sistema di norme consuetudinarie che può essere considerato un vero e proprio sistema di tutela delle invenzioni» (cfr. anche J. KOHLER, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim, 1900). Lo *Statute of Anne* sembra essere tributario dello *Statute of Monopolies*, come afferma L. MOSCATI, *Lo Statuto di Anna e le origini del copyright*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3678, che rinvia sul punto a P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, I-II, Paris, 1952-1954, 63; J. FEATHER, *Publishing, Piracy and Politics. An Historical Study of Copyright in Britain*, London, 1994, 34 e L.R. PATTERSON, *The Statute of Anne: Copyright Misconstrued*, in *Harv. J. on Leg.*, 1966, III, 245 nt. 3. La letteratura riguardante lo *Statute of Anne* è davvero sconfinata; ci si limiterà qua a ricordare i lavori più significativi: AA. VV., *300 Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham-Northampton, 2010; A. BIRRELL, *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books*, London, 1899; O. BRACHA, *The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 2010, I, 25; W.R. CORNISH, *Das «Statute of Anne» (8 Anne c. 19)*, in *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungslinien und*

Non ci si soffermerà su quest'atto, in quanto, nella sua versione definitiva <sup>(115)</sup>, nonostante le pressioni lobbistiche degli industriali – di cui comunque lo *Statute* è espressione – il *copyright* non venne trattato come proprietà, bensì come un diritto limitato, in quanto situato al crocevia degli interessi di librai, autori e pubblico, come dimostra, *inter alia*, il fatto che l'autore avesse «*the sole liberty of printing and reprinting...for the term of fourteen years to commence from the day of the first publishing the same, and no longer*» <sup>(116)</sup>, di talché l'opera tornava nel dominio pubblico sovente prima della morte dell'autore <sup>(117)</sup>.

Non è stato senza conseguenze il fatto che si sia in parte perso di vista, negli ordinamenti tributari dell'*Act 8*, il primario scopo della legislazione in materia di diritti sulle opere dell'ingegno, cioè, come è chiarito sin dalla rubrica dello *Statute*, *l'encouragement of learning*.

Bisognerà aspettare il già citato caso *Donaldson v. Beckett* perché si consacri l'approccio proprietario, ma saranno pagine storiche che in questo studio non saranno visitate. A me sembra, infatti, che, al di là di tutte le altre considerazioni, lo studio degli ordinamenti francese e tedesco

---

*Grundfragen*, a cura di E. Wadle, Berlin, 1993, 57; R. DEAZLEY, *On the Origin of the Right to Copy*, Oxford, 2004; J.W. DRAPER, *Queen Anne's Act: a Note on English Copyright*, in *Modern Language Notes*, 1921, XXXVI, 146; D.W.K. KHONG, *The First British Copyright Act of 1710 and its Struggle Against Monopolies*, in *ESNIE*, 2003; W.F. PATRY, *Copyright Law and Practice* (1994), in *The Bureau of National Affairs, Inc.*, 2000, 3; H. RONSOM, *The First Copyright Statute. An Essay on An Act for the Encouragement of Learning, 1710*, Austin, 1956; M. ROSE, *Authors and Owners. The Invention of Copyright.*, Cambridge-London, 1993; M. SARFATTI, *Origine e svolgimento del diritto d'autore in Inghilterra*, in *Riv. dir. comm. ind. marit.*, 1909, I, 325; C. SEVILLE, *The Statute of Anne: Rhetoric and Reception in the Nineteenth Century*, in *Hous. L. Rev.*, 2010, IV, 47.

<sup>115</sup>Rileva S. STERN, *From Author's Right to Property Right*, in *U. Toronto L. J.*, 2012, I, 81-82, che «*Given that the Statute of Anne was the result of many years of lobbying by the publishing industry, it is hardly surprising that the first version of the bill framed the object of protection as an object of property. As Benjamin Kaplan notes, those who drafted the bill in its original form were thinking about the rights involved 'as a printer would.' As the bill was revised, however, other perspectives were brought to bear, however imperfectly. The stationers' monopoly on printing and on copy-owning was eliminated, and a limited term of protection was created. The result, in the final form of the statute, was an uneasy compromise between the needs of booksellers, authors, and the public*». Cfr., su questa soluzione di compromesso, anche L.R. PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, 1968, 14.

116

Si introduceva una disciplina comprensibilmente differenziata a seconda che il libro fosse pubblicato prima dell'entrata in vigore dell'*Act 8* o solo successivamente. Come recita l'Atto stesso: «*the Author of any Book or books already printed who hath not transferred to any other the copy or copies of such Book or Books share or shares thereof or the Bookseller or Booksellers printer or printers or other person or persons who hath or have purchased or acquired the copy or copies of any Book or Books in order to print or reprint the same shall have the sole right and liberty of printing such Book and Books for the term of One and twenty years to commence from the said tenth day of April and no longer And that the Author of any Book or Books already composed and not printed and published or that shall hereafter be composed and his assignee or assignees shall have the sole liberty of printing and reprinting such Book and Books for the term of fourteen years to commence from the day of the first publishing the same, and no longer*». L'*Act 8*, nell'*excipit*, precisa infine che «*provided always that after the expiration of the said term of fourteen years the sole right of printing or disposing of copies shall return to the Authors thereof if they are then living for another Term of fourteen years*».

<sup>117</sup>Se ciò ci sembra incontestabile, non è men vero che gli autori sembrano essere, per la prima volta, al centro della scena. Appare, in tal senso, esemplare, l'apertura dello *Statute of Anne*, là dove si legge che «*Whereas Printers, Booksellers, and other Persons, have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books*».

possa portare risultati più utili per ciò che qui interessa, non foss'altro che per il semplice fatto che nella maggior parte dei sistemi giuridici continentali il diritto di proprietà ha una fisionomia ben definita, derivata dal ceppo romano, mentre nel mondo del *Common Law* <sup>(118)</sup>, la sussunzione della categoria della *property* non ha, in fin dei conti particolari effetti in termini di trattamento normativo, dacché sotto detta etichetta vanno gli oggetti più diversi, financo la *goodwill* <sup>(119)</sup>. Se può non essere priva di qualsivoglia fondamento l'affermazione per cui la classificazione del *copyright* come *property* abbia avuto un ruolo significativo nello sviluppo, è, però, certo che oggi, in quell'area, «*it makes little difference whether property is assumed to provide the defining framework*» <sup>(120)</sup>.

Ciò a tacere la circostanza per cui «il diritto d'autore moderno è stato elaborato nel XVIII-XIX secolo e le regole fondamentali della Convenzione di Berna a cui si fa riferimento oggi (rispetto del diritto morale dell'autore, attribuzione all'autore di ogni diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera, durata minima della protezione dell'opera sino a settant'anni dopo la morte dell'autore) sono ispirate al sistema europeo-continentale del *droit d'auteur* di tipo francese e in particolare ai principi espressi dalla legge francese del 1793» <sup>(121)</sup>.

Per questi motivi, sia nella parte storica di questo studio, sia in quella di diritto positivo, non ci si soffermerà lungamente sul diritto di area anglofona, sia pur con eccezioni riconducibili a due ordini di ragioni.

Anzitutto, perché non è infondato affermare che la Corte di Giustizia faccia ormai propria una «nozione ampia di *Property*, già appartenente al *Common Law*, che fa rientrare, nella garanzia proprietaria, tutti i diritti anche di natura personale, nascenti dall'esercizio di attività economica» <sup>(122)</sup>.

Inoltre, non si trascureranno gli studi sulla natura dell'*intellectual property*, che fra i giuristi di *Common Law* fioriscono oggi ben più che tra quelli di *Civil Law*; ciò perché si pone attualmente un problema che ha fattezze affatto simili al nostro e consiste nell'avvicinamento degli *IP rights* alla *real property*, fra i quali si vuole vi sia una *structural unity* <sup>(123)</sup>: «*intellectual property rights are*

---

<sup>118</sup>Negli ultimi anni, però, si tende più a sottolineare le convergenze fra *Civil Law* e *Common Law*, che a porre in luce le differenze. In tal solco, ad es., A.W.B. SIMPSON, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, in Id. *Legal Theory and Legal History. Essays on the Common Law*, London-Ronceverte, 1987, 171.

<sup>119</sup>V. BENTLY-SHERMAN, *Intellectual property law*3, cit., 729: «*goodwill is a form of intangible property that is easy to describe, but difficult to define. It is the ineffable thing, the magnetism that leads customers to return to the same business or buy the same brand*».

120

STERN, *From Author's Right to Property Right*, cit., 64, che rinvia sul punto a N.W. NETANEL-D. NIMMER, *Is Copyright Property? – The Debate in Jewish Law*, in *Theoretical Inq. L.*, 2011, 12, I, 242.

<sup>121</sup>MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 263-264.

<sup>122</sup>A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 264-265.

<sup>123</sup>Così, tra gli altri, R.A. EPSTEIN, *The Structural Unity of Real and Intellectual Property*, 2006, [www.pff.org](http://www.pff.org), con forza criticato da P.S. MENELL, *Governance of Intellectual Resources and Disintegration of*

*treated today as real property, in an aim to benefit from the exclusionary nature of real property»*<sup>(124)</sup>.

Volando, quindi, in Francia, potrebbe apparire bizzarro<sup>(125)</sup>, che l'occasione della difesa dei privilegi della *Communauté des Libraires et Imprimeurs Jurés de l'Université de Paris*<sup>(126)</sup>, finisca per essere la sede – nel 1725, con la nota memoria di d'Héricourt du Vatier al *Garde des Sceaux* di Luigi XV, Joseph Fleuriau d'Armenonville<sup>(127)</sup> – in cui si ricorse per la prima volta<sup>(128)</sup>, con nitore,

---

*Intellectual Property in the Digital Age*, in *Berkeley Tech. L. J.*, 2011, IV, 1523. Non ci si può stupire della posizione espressa dal *paper* di Richard Allen Epstein, non foss'altro che per la sede, cioè la *Progress & Freedom Foundation*, un *market-oriented think tank* considerato fra i più influenti al mondo, che – sino alla sua chiusura il 1-10-2010 – è stato fra i più convinti animatori del *property rights movement*. Bisogna, cionondimeno, precisare, che il medesimo A., in R.A. EPSTEIN, *La libertà contro la proprietà*, in *La proprietà (intellettuale) è un furto? Riflessioni su un diritto per il futuro*, a cura di J. V. DeLong et al., Catanzaro-Bergamo, 2006, 178-179, riconosce che «quando guardiamo alla situazione del *copyright*, sembra chiaro che la natura peculiare dei diritti in questione giustifichi le regole che ne permettono sia la tutela per un tempo limitato, che l'uso compatibile, e forse anche qualche altra restrizione».

<sup>124</sup>M.A. NASER-S.H. HADDADIN, *On the Recognition of the Public Domain in Intellectual Creations under Islamic Sharia*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2012, II, 94. Ma v. anche M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, in *Tex. L. Rev.*, 2005, LXXXIII, 1035, dove scrive che «*The result is a legal regime for intellectual property that increasingly looks like the law of real property, or more properly an idealized construct of that law, one in which courts seek out and punish virtually any use of an intellectual property right by another*» e R.D. GROSS, «*Tragedy of the Commons*»: *Intellectual Property Rights in the Information Age. The Threat to Civil Liberties and Innovation Posed by Expanding Copyrights*, Cambridge, 2006, 1: «*another major myth regarding «intellectual property» protection is that it is the same as more traditional forms of property such as personal property or real estate. But this conflation of intellectual property is grossly misleading and harmful. Copying another's intellectual creation does not end the owner's right to make use of the original. Intellectual property rights are created only as a means to encourage further creativity for the ultimate benefit of all society, while more traditional forms of property rights are designed to protect the personal and private interests of their owners. This crucial distinction can be seen when considering that one's house is not intended to pass into the public domain at some time; nor does anyone have a fair use right to borrow another's car. Intellectual property is intended to have ownership «holes», to be imperfect in its control, while real or personal property are more absolute in the their grants to owners*».

125

É. LABOULAYE, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858, 41, la considerò davvero una *chose bizarre*: «*la plus ancienne consultation que nous ayons sur le droit des auteurs a traité ce sujet d'une façon supérieure, et je ne sais ce qu'on pourrait ajouter aux sages considérations de Louis d'Héricourt. Consulté, en 1725, par les libraires de Paris, qui défendaient le principe de la continuation des privilèges contre les libraires de province, Louis d'Héricourt, bien connu dans la jurisprudence par ses travaux canoniques, rédigea un mémoire en faveur de la perpétuité du privilège, en d'autres termes, en faveur de la pleine propriété des auteurs*», ma STERN, *From Author's Right to Property Right*, cit., 80, sia pur con riferimento alle vicende inglesi, rileva che «*In the course of the effort to restore the status quo, the booksellers had to offer publicly persuasive justifications, and some of these involved claims about the author's right to speak to the public. Historians have noted that during the fifteen-year struggle for legislation recognizing an exclusive right to print, the booksellers shifted from censorship-oriented regulatory rationales, of the kind that had been persuasive in the seventeenth century, to arguments emphasizing authors' interests. The idea of an author's right to decide when to publish obviously helped to buttress this new emphasis, and indeed some commentators remarked cynically on that motivation*» (enfasi aggiunta). L'A. riporta, sul punto, un argomento usato dall'*Attorney General* degli *Endinburgh Booksellers* Edward Thurlow in *Donaldson v. Becket*, (1774) 2 *Brown's Parl. Cases* 129: »[t]he [London] Booksellers . . . have not, till lately, ever concerned themselves about Authors, but have generally confined the Substance of their Prayers to the Legislature for the Security of their own Property; nor would they probably have, of late Years, introduced the Authors as Parties in their Claims to the Common Law Right of exclusively multiplying Copies, had they not found that necessary to give a colourable Face to their Monopoly» (enfasi aggiunta).

<sup>126</sup>Le *Lettres-Patentes sur les nouveaux statuts des libraires, imprimeurs et relieurs de la ville et université de Paris*, del giugno 1618 contengono lo Statuto dei librai, stampatori e rilegatori parigini e sono edite in in *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., 117.

coerenza e rigore senza precedenti al paradigma proprietario (<sup>129</sup>) – nel caso di specie, di stampo lockiano (<sup>130</sup>) – per qualificare i diritti sulle opere dell'ingegno, preconizzando (<sup>131</sup>) così lo scardinamento del sistema dei privilegi (<sup>132</sup>), che sarà definitivo solo con il «*Décret portant abolition du régime féodal, des justices seigneuriales, des dîmes, de la vénalité des offices, des privilèges, des annates, de la pluralité des bénéfices*» del 4-8-1789 (<sup>133</sup>).

Questo fenomeno, che potremmo definire di eterogenesi dei fini, è, però, agevolmente esplicabile. Anche in altri contesti, infatti, è stato osservato il passaggio «*from censorship-oriented*

---

<sup>127</sup>D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*, cit., 53.

<sup>128</sup>Come nota F. RIDEAU, *Louis d'Héricourt's memorandum, Paris (1725-1726)*, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, cit., «*The memorandum presented by Louis d' Héricourt at this occasion to the Keeper of the Seals Armenonville, constitutes the first defence of the exclusive rights of the Parisian corporation under a clear legal qualification of literary property right based upon the work of the author himself*». Come si è testé fuggacemente visto, le prime affermazioni di veri e propri diritti in capo ad autori ed inventori furono precedenti alla memoria qua citata, epperò in quei testi non vi fu un uso coerente e sistematico del paradigma proprietario, ciò che ci sembra potersi registrare nel pensiero di d'Héricourt du Vatier.

<sup>129</sup>Non ci si limita, in altri termini, a blande e generiche enunciazioni di principio o a consimili operazioni di inquinamento semantico, bensì si fa discendere, con coerente consequenzialità, dal nome di proprietà, la relativa disciplina, dall'acquisto, sino alla successione. Che l'operazione fosse, se non altro, inedita, lo testimonia E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et pratique du droit de représentation*, Paris, 1879, 9-10, il quale riferisce che «*ce mémoire parut si hardi pour le temps (1725), que Jacques Vincent, qui l'avait imprimé, fut obligé de se cacher*».

<sup>130</sup>Oltre ai passaggi che si citeranno *infra* nel corpo della tesi, v. anche D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*, cit., 53-54, là dove scrive : «*personne n'ignore que les hommes destinés par la Nature à la Société, & par conséquent au travail qu'en est le lien, en forment nécessairement une dans chaque état, au profit de laquelle ils appliquent mutuellement leur talents pour l'utilité commune, dans laquelle ils ont droit de vivre de leur travail, & de tirer de leur industrie un profit légitime, qu'ils puissent posséder sûrement & tranquillement, afin de se procurer, & à leurs familles, les commodités de la vie ; & pour cet effet il faut...qu'ils foient conserbés dan la propriété permanente & incommutable des choses qu'ils se communiquent les uns aux autres ; nelle sue parole riecheggia nitidamente J. LOCKE, *Two Treaties of Government. In the former, The false Principles, and Foundation of Sir Robert Filmer, and his Followers, are Detected and Overthrown. The latter is an Essay concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, II, *Of Civil Government*, London, 1690, 5, §25, ora in *Two Treaties of Government*, II, *Of Civil Government*, London, 1821, 208. Locke scrive che «*God, who hath given the world to men in common, hath also given them reason to make use of it to the best advantage of life, and convenience...Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person; this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work oh his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common right to other men: for this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others*» (§§ 26-27, corsivo del testo). Cfr. MOSCATI, *Un «Memorandum» di John Locke tra Censorship e Copyright*, cit., 69; S SHIFFRIN, *Lockean Arguments for Private Intellectual Property*, in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, a cura di S.R. Munzer, Cambridge, 2001, 138; W. FISHER, *Theories of intellectual property*, *ivi*, 168 (consultato nella versione resa gentilmente disponibile dall'A. all'indirizzo <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>). Più in generale, sull'apporto di Locke alla teoria della proprietà, cfr., *ex plurimis*, M.H. KRAMER, *John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community and Equality*, Cambridge, 1997; J. HAHN, *Der Begriff des Property bei John Locke. Zu den Grundlagen seiner politischen Philosophie*, Frankfurt, 1984; J.T. PETERS, *Der Arbeitsbegriff bei John Locke*, Münster, 1997; H. HOLZHEY, *Lockes Begründung des Privateigentums in der Arbeit*, in *Studia philosophica*, 1983, XII, 19; J. ROHBECK, *Property and Labour in the Social Philosophy of John Locke*, in *History of European Ideas*, 1984, I, 65; M. CHERNO, *Locke on Property. A reappraisal*, in *Ethics*, 1958, 51 e l'insuperato N. BOBBIO, *Studi lockiani*, Napoli, 1965. Bisogna registrare la diffida a, secondo l'A., indebiti trapianti, espressa da MOSCATI, *Un «Memorandum» di John Locke tra Censorship e Copyright*, cit., 77, per cui sarebbe di per sé irrealistico il fatto che alcuni studiosi abbiano legato il pensiero di Locke sulla proprietà materiale ai diritti IP,*

*regulatory rationales, of the kind that had been persuasive in the seventeenth century, to arguments emphasizing authors' interests»* (<sup>134</sup>), e da quell'area possiamo anche importare, *mutatis mutandis*, la spiegazione dell'apparente bizzarria: si tratta, prendendo in prestito le parole di Edward Thurlow, *Attorney General* in *Donaldson v. Becket*, di una scelta strategica non dettata da convinzione, ma da mera convenienza: «*to give a colourable Face to their [dei librai] Monopoly»* (<sup>135</sup>).

Se ve ne fosse bisogno, a dimostrare che i librai e gli stampatori non avevano un interesse sincero alla difesa degli autori, i quali, al contrario, venivano visti come nemici, basterebbe la

---

trasferendo il discorso dal lavoro fisico a quello creativo. La medesima A., però, ammette che «d'Héricourt delinea, per la prima volta in Francia, una precisa definizione della proprietà letteraria frutto del lavoro personale dell'uomo, elaborando il pensiero di Locke in materia [...] Locke era conosciuto in Francia, dove aveva vissuto a lungo, e soprattutto dal 1712, Barbeyrac aveva tradotto alcune opere di Pufendorf che contenevano molte annotazioni relative al pensiero di Locke» (MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 275-276). La scelta di concentrarsi, come padri delle teoriche proprietarie, su Fichte e Hegel si ricollega, principalmente, alla circostanza che l'ascendenza lockiana è quella senz'altro più esplorata (quand'anche non sopravvalutata).

131

Anche altri pensatori, su cui non è necessario qui soffermarsi, posero le basi per la teorica della proprietà letteraria in Francia, anticipando di molto il legislatore. Rileva MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, cit., 181, che il riferimento è, primariamente, a Denis Diderot, a Michel-Antoine David, detto David *l'ainé* e, non ultimo, Voltaire. A tacere dei più noti, mi sembra che l'impostazione di David rechi ancora le stimmate del vecchio diritto, là dove – alla voce «*droit de copie*» dell'*Encyclopédie* di Diderot e d'Alambert – scrive che «*le droit de propriété du libraire sur un ouvrage littéraire qu'il tient de l'auteur, est le droit même de l'auteur sur son propre ouvrage, qui ne paroît pas pouvoir être contesté*». Cfr. M FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre: autour de la Lettre sur le commerce de la librairie*, in *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2005, 1, 79; DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, cit.; VOLTAIRE, *Lettre à un premier commis*, cit., 328, la cui importanza ai nostri fini va, a mio sommo avviso, alquanto ridimensionata, perché si tratta per lo più di una perorazione contro la censura e, più in generale, per la libertà degli intellettuali. V. anche P.-J. BLONDEL, *Mémoire sur les vexations qu'exercent les librairies et imprimeurs de Paris publié d'après l'imprimé de 1725 et le manuscrit de la Bibliothèque de Paris par Lucien Faucou*, Paris, 1879, che, fra le altre cose, pone in luce che l'importanza delle opere dell'ingegno è da riconnettere alla loro funzione d'innalzamento del livello culturale della Nazione. Sul contributo dell'Abbé Blondel si sofferma MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 274-275.

132

Rileva STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 229, che «Debbono perciò [per essersi contrapposte ai privilegi] considerarsi come un grande progresso rispetto alla precedente dottrina tanto la teorica del d'Héricourt, messa avanti per abbattere il sistema dei privilegi: - che cioè si tratti di un diritto di proprietà sul frutto del proprio lavoro, che *nec per regem tolli potest* – quanto il rigetto che Adriano Beyer fece della teorica, che dove non vi era privilegio non potesse esservi né diritto, né azione, né risarcimento, né pena».

<sup>133</sup>L'Assemblée nationale il 4-8-1789, a seguito della c.d. *grande nuit*, decise di *détrui[re] entièrement le régime féodal* (art. 1), di talché fu proclamata l'abolizione di ogni privilegio e immunità, disponendo al contempo l'abolizione a titolo gratuito dei diritti onorifici e comportanti esercizio di poteri pubblici, condizionando, però, la soppressione dei diritti reali ed obbligatori al *rachat*. Questa scelta di compromesso fu superata il 17-6-1793 con l'eliminazione, voluta dalla Convenzione montagnarda, di ogni distinzione tra diritti feudali e signorili, chiudendo così un'era durata mille anni.

<sup>134</sup>STERN, *From Author's Right to Property Right*, cit., 80.

<sup>135</sup>*Donaldson v. Becket*, (1774) 2 *Brown's Parl. Cases* 129. Come nota STERN, *From Author's Right to Property Right*, cit., 75, «*For the booksellers, perpetuity was the key. Until 1695, they had enjoyed a perpetual right, and so they regarded the limited term of protection in the 1710 statute as illegitimate. Their preferred approach was to show that copyright existed at common law before the statute was passed. This was most easily achieved by affirming what they already knew from experience: that copyright was a form of property*». In altri termini, il senso del ricorso al paradigma proprietario in Gran Bretagna fu, inizialmente, strumentale ad un'affermazione della preesistenza del *copyright* rispetto allo *Statute of Anne*. Quanto alla *mémoire* in esame, l'uso strumentale è confessato là dove D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*, cit., 59 scrive che «*les manuscrits que les Libraires achètent des Auteurs, aussibien que les Textes des Livres qu'ils acquièrent en s'établissant dans ce genre d Commerce, sont en leurs personnes de véritables possessions, de la même nature que celles qui tombent dans le commerce de la Société civile, & par conséquent on doit leur appliquer*

lettura dell'art. 14 degli «*Statuts des Libraires, Imprimeurs et Relieurs de la Ville et Université de Paris*» del 1618, che recita: «*les auteurs des livres ou correcteurs ne pourront avoir d'imprimerie ni presses, en leurs maisons ou ailleurs, pour imprimer ou faire imprimer leurs livres, ni les vendre, ni faire afficher, sous leurs noms ou autres...à peine de confiscation et d'ammende aux contrevenans*»<sup>(136)</sup>.

L'approvazione del *Code de la Librairie* del 23-2-1723<sup>(137)</sup>, non era stata sufficiente a configurare un vero e proprio diritto d'autore, non solo e non tanto perché poneva una disciplina alquanto lacunosa<sup>(138)</sup>, quanto piuttosto per il ruolo pervasivo, e connotato da amplissima discrezionalità, del *Garde des Sceaux*: si trattava, in sostanza, di un istituto *pleno iure* di diritto pubblico.

Sebbene d'Héricourt du Vatier usi il termine *manuscrit* – ai tempi non era venuta a piena maturazione la distinzione fra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*<sup>139</sup> – dalla lettura della memoria risulta evidente che l'*Avocat général* si riferisce piuttosto all'opera immaterialmente considerata, che, se «*ne contient rien de contraire à la Religion, aux Lois de l'État ou à l'intérêt des Particuliers*»<sup>(140)</sup>, *est en la personne de l'Auteur un bien qui lui est tellement propre, qu'il n'est pas plus permis de l'en dépouiller, que de son argent, de ses meubles, ou même d'une terre*<sup>(141)</sup>, *parce que...c'est le fruit d'un travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré,*

---

*les Lois qui assurent l'état de toutes celles qui se font entre les hommes, soit terres, maisons, meubles ou autres choses de quelque espèce que ce puisse être».*

<sup>136</sup>Art. 14, *Lettres-Patentes sur les nouveaux statuts des libraires, imprimeurs et relieurs de la ville et université de Paris*, in *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., 120.

<sup>137</sup>L'intitolazione integrale recitava «*Code de la librairie et imprimerie de Paris ou conférence du règlement arrêté ou Conseil d'état du Roy le 28 Février 1723. Et rendu commun pour tout le Royaume, par Arrêt du Conseil d'Etat du 24 Mars 1744*».

138

Aspetto correttamente messo in luce da MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, cit., 180, là dove si dice che «non si occupa di tutto quanto concerne la materia di proprietà del testo...non è di alcuna utilità per regolamentare il mercato del libro in maniera globale».

<sup>139</sup>Ciò non vuol dire che la distinzione non fosse già stata abbozzata, senza però radicarsi nella cultura giuridica comune. V. in particolare S. MARION, *Plaidoyez de M. Simon Marion, avocat en Parlement. Avec les arrest donnez sur iceux*, Paris, 1693, 4, in cui si legge «*De mesme il y a des livres purs profanes et d'autres tellement composez, que si on les considère comme un papier écrit, c'est chose temporelle qui peut être vendue en toute liberté; mais si on les régarde comme estant l'écriture sainte et sacrée, c'est chose spirituelle, qui ne peut admettre ny troque, ny prix*». Con i dovuti caveat, Simon Marion potrebbe essere considerato un teorico dei beni comuni *ante litteram*, là dove formula «l'idea di un diritto di proprietà dell'autore sulla sua opera, relativo solo al supporto materiale e non all'opera intellettuale, con la necessaria abolizione del privilegio esclusivo che limita il diritto comune alla libera riproduzione dei testi» (MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 272). Va da sé, però, che oggi un argomento siffatto non potrebbe essere avanzato, essendo divenuto incontestabile che possano vertere dei diritti anche esclusivi sulle opere dell'ingegno, discutendosi solo – e sul punto questo studio si propone di esprimersi – sulla natura dei mentavoati diritti.

<sup>140</sup>Si noti che anche chi è chiamato a difendere i diritti IP, si sente in dovere di porre in posizione incipitaria i limiti di questi diritti.

<sup>141</sup>Sembra senz'altro debitore delle riflessioni dericurtiane anche DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, cit., che scrive: «*c'est qu'on ne connaît point là la différence de l'achat d'un champ ou d'une maison à l'achat d'un manuscrit, et en effet il n'y en a point*».



*pour se procurer, outre l'honneur qu'il en espère, un profil qui lui fournisse ses besoins»* <sup>(142)</sup>.

D'Héricourt du Vatier prosegue col dire che «*si un auteur est constamment propriétaire, & par conséquent seul maître de son Ouvrage, il n'y a que lui ou ceux qui le représentent qui puissent valablement le faire passer à un autre, & lui donner dessus le même droit que l'auteur y avait: Par conséquent le Roi n'y ayant aucun droit, tant que l'Auteur est vivant, ou représenté par ses héritiers ou donataires, il ne peut le transmettre à personne, à la faveur d'un Privilège, sans le consentement de celui à qui il se trouve appartenir»* <sup>(143)</sup>. Com'è chiaro, l'affermazione della proprietà originaria, naturale, sulle opere dell'ingegno è strumentale all'affermazione della carenza di legittimazione del Re a incidere su diritti regolarmente ceduti dal legittimo titolare.

Come si è detto, si tratta di una proprietà di stampo lockiano, in cui l'enfasi per il lavoro va di pari passo con l'attenzione per gli interessi della collettività: «*pour mettre ces grands hommes en état d'appliquer leurs talents au profit de la Société...il est nécessaire qu'ils puissent tirer de cette précieuse industrie des avantages proportionnés à l'importance de leur travail, & à l'utilité que le Public en tire»* <sup>(144)</sup>; la giustificazione prima della trasmissibilità delle opere dell'ingegno, si badi bene, resta infatti che «*si les productions littéraires tiennent le premier rang entre toutes celle dont les hommes sont capables par rapport aux avantages qu'ils en tirent, elles doivent se communiquer, pour l'intérêt commun: Si elles doivent se communiquer, il faut que les Auteurs les puissent faire passer à autrui par le canal de la vente ou de l'échange»* <sup>(145)</sup>.

La conclusione, sebbene prevedibilmente a favore dei Librai e non degli autori, è significativa: «*un libraire qui a acquis un manuscrit...obtenu un Privilège pour l'imprimer, doit demeurer perpétuellement propriétaire du Texte de cet Ouvrage, lui & ses descendants, comme d'une terre ou d'une maison qu'il aurait acquise, parce que l'acquisition d'un héritage ne diffère en rien, par la nature de l'acquisition, de celle d'un manuscrit»* <sup>(146)</sup>.

Della teorica dericurtiana, saranno presto abbandonati i nodi caduchi – seppure per l'Autore più importanti – qual era la conclusione della cessione totale della proprietà all'editore <sup>(147)</sup>, mentre l'idea dell'autore come proprietario *tout court* entrerà nel corredo genetico del diritto

---

<sup>142</sup>D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux*, cit., 54, enfasi aggiunta.

<sup>143</sup>*Ivi*, 57.

144

*Ivi*, 60, enfasi aggiunta.

<sup>145</sup>*Ivi*, 61, enfasi aggiunta.

<sup>146</sup>*Ibidem*, enfasi aggiunta. Si è già visto come, nonostante si parli di *manuscrit*, la lettura complessiva della *mémoire* rende chiaro che l'equivoco è solo nominale, riferendosi l'*Avocat général* in realtà all'opera.

<sup>147</sup>Come nota BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit., 47 del dattiloscritto, «*l'idée de la propriété perpétuelle de l'auteur retint la faveur du Conseil du Roi, mais celle de la cession totale de cette propriété à l'éditeur eut nettement moins de succès. La série d'arrêts qui suivit dans diverses affaires retint la première, mais atténua la seconde* ».

francese <sup>(148)</sup>, che è oggi uno dei pochi Paesi di *Civil Law* in cui sia difficilmente contestabile la natura proprietaria dei diritti sulle opere immateriali intellettuali <sup>(149)</sup>.

In altri termini, nonostante il tentativo di strumentalizzare il paradigma proprietario a fini, diremmo oggi, capitalistici, una volta che esso fu applicato ai beni immateriali intellettuali, subì immediatamente il rinculo della moltitudine di interessi che costituivano e costituiscono l'ineliminabile *framework* degli IPRs, di talché non solo si dovette sempre tenere in primaria considerazione la questione del bilanciamento, ma la proprietà, calata nel calco delle produzioni intellettuali, diventa strumento di abbattimento dei privilegi e di valorizzazione di chi possa vantare la paternità dell'opera dell'ingegno, e non di coloro che su detta opera vantano solo interessi commerciali.

Insomma, sembra potersi affermare, forse arditamente, che sia connaturato ai diritti IP, la predilezione per la remunerazione del fattore-lavoro (gli autori), rispetto a quella del capitale (editori e librai).

Fatta eccezione per alcuni tentativi fallimentari <sup>(150)</sup>, la teorica dericourtiana sembrò trovare chiaro accoglimento già nella prima legge disciplinante la proprietà industriale, il *décret* del 31 dicembre 1790-7-1-1791 – «*relatif aux auteurs de découvertes dites «utiles»*» <sup>(151)</sup> – la quale inaugura l'applicazione legislativa del paradigma proprietario *in subiecta materia* <sup>(152)</sup>.

---

<sup>148</sup>Cfr. il risalente, ma per molti versi attuale, L. CRISTEA, *Contribution à l'étude du droit d'auteur. Sa nature juridique à travers son évolution. Etude du droit français*, Paris, 1938, nonché, più recentemente, L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2004, 103.

<sup>149</sup>Cfr. l'approfondito studio di BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit., *passim*. Secondo l'A., la conclusione ha carattere generale e non solo limitato all'ordinamento francese: «*les développements historiques...ont abouti à la conclusion que la houleuse relation du droit intellectuel avec le droit de propriété s'est apaisée. Elle repose désormais sur la reconnaissance de l'appartenance du droit intellectuel au concept général de propriété. Les développements de droit positif actuel ont confirmé ce constat*» (ivi, 385).

150

Come riferisce BENUSSI, *Proprietà industriale*, cit., 418-419, «Nel 1776...il Turgot [Anne-Robert-Jacques Turgot de l'Aulne, ai tempi *contrôleur général des finances*] fece promulgare un editto nel quale si riconosceva il diritto naturale e il principio di libertà del lavoro e si confermava il sistema della concessione dei privilegi...è questa la prima volta che in un testo normativo si afferma che il diritto al lavoro appartiene all'uomo e che tale proprietà è la prima, la più sacra e la più essenziale di ogni altra. Le reazioni...troppo liberistico e innovatore, portarono alla sua abrogazione e alla esautorazione dello stesso Turgot...grazie a tale editto, aveva potuto farsi strada il concetto di proprietà nella materia delle invenzioni, concetto che era destinato a rimanere fino ai nostri giorni»

<sup>151</sup>Il *décret* è consultabile in *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'Etat*, a cura di J.-B. Duvergier, II, Paris, 1834, 136. Il suo regolamento di esecuzione fu presto approvato con la *Loi portant règlement sur la propriété des auteurs d'inventions et découvertes en tout genre d'industrie* del 25-5-1791, commentata in T. REGNAULT, *De la législation et de la jurisprudence concernant les brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation*, Paris, 1825, 166.

<sup>152</sup>Anche considerata la poca fortuna dell'editto di Turgot de L'Aulne, si può correttamente affermare con R. FRANCESCHELLI, «*Proprietà industriale*». *Origini e portata di tale formula legislativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, I, 117-118, che «l'“invenzione” di essa [della formula proprietà industriale] è, in sostanza, da attribuire alla legge francese del 7 gennaio 1791».

Detta legge, mossa *apertis verbis* dall'intento di depurare l'istituto da ogni idea di aleatorietà e discrezionalità, premesso «*que toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence, que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur*» e che «*tous le principes de justice, d'ordre public e d'intérêt national lui commandent impérieusement de fixer désormais l'opinion des citoyens français sur ce genre de propriété, par une loi qui la consacre et qui la protège*» ha stabilito, al suo art. 1 che: «*toute découverte ou nouvelle invention, dans tout les genres d'industrie, est la propriété de son auteur*»; ed ha qualificato al suo art. 4, una tale proprietà come «*une propriété industrielle*».

È importante riportare queste disposizioni, anche perché la legislazione « italiana » preunitaria, che è figlia legittima di quella francese, consta delle medesime formule. Per rendersene conto, è sufficiente leggere gli art. 3, r.d. 111/1806 e art. 1, r.d. n. 578/1810 <sup>(153)</sup>, il primo, decreto portante il « Regolamento sulla proprietà degli Autori d'invenzioni e scoperte d'industria », per il Regno Lombardo-Veneto, il secondo, relativo al Regno delle Due Sicilie e determinante « i privilegi da concedersi agli autori di nuove scoperte ed invenzioni per incoraggiamento dell'industria, e le formalità da praticarsi a questo riguardo ».

Su questa legge, ci sembra perfettamente condivisibile quanto espresso da Mario Rotondi, il quale, negando valore classificatorio alla formula, pone in luce che « il diritto dell'inventore, che era stato ucciso come privilegio e che la coscienza giuridica e le esigenze economiche volevano fosse ripristinato, non poteva più risorgere nella primitiva figura sotto il nome aborrito: bisognava che esso si presentasse in conformità dello spirito dei tempi, come il riconoscimento di un naturale diritto sull'invenzione a favore dell'inventore, diritto che *non potendo essere tutelato che sotto la forma di un diritto assoluto di godimento, si prestava ad essere assunto sotto quel diritto assoluto che la Rivoluzione aveva rispettato e rafforzato, il diritto di proprietà*» <sup>(154)</sup>.

Va da sé, insomma, che nel momento in cui occorre affermare un diritto da sempre contestato, è utile, se non necessario, prendere in prestito gli utensili giuridici più collaudati ed evocativi <sup>(155)</sup>, onde scardinare un sistema che era diventato ormai intollerabile. Come spesso

<sup>153</sup>

L'art. 1, r.d. n. 578/1810 è del seguente tenore: «Ogni scoperta o nuova invenzione in qualunque genere d'industria appartiene primitivamente al suo autore, e costituisce una sua proprietà. Gliene è perciò assicurato il pieno godimento, durante il tempo, e nel modo qui sotto stabilito. Saranno egualmente considerati come proprietà tutti qu'è ritrovati che renderanno più perfetta una manifattura o un ramo qualunque d'industria».

<sup>154</sup>M. ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1965, 178, enfasi aggiunta. Come rileva BENUSSI, *Proprietà industriale*, cit., 419, « nella materia dei marchi, l'evoluzione normativa è stata analoga...la prima registrazione di un segno distintivo risale al XV secolo, ancora inteso...come atto imposto dal sovrano per tutelare la collettività da azioni fraudolente. Tracce dell'esistenza di vere e proprie normative in materia di marchi non esistono tuttavia sino al XVIII secolo ».

<sup>155</sup>È significativo che, tanto i librai parigini, quanto quelli provinciali, per dare forza alle proprie argomentazioni, ricorrano al paradigma proprietario. Come nota MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 270, «I

accade, però, quello che nasce come uso, sen non metaforico, senz'altro strumentale, finisce per sedimentarsi nella coscienza, prim'ancora che nel diritto, giungendo, per tal via, a creare confusione sulla natura ed essenza dei diritti sui beni immateriali intellettuali.

Solo nel luglio del 1844 si registrerà un importante segnale di controtendenza: la *Loi sur les brevets*, all'art. 1, rinuncia alla maschera proprietaria, limitandosi più correttamente a prescrivere che «*toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industries confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps ci-après déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention. Ce droit est constaté par des titres délivrés par le gouvernement, sous le nom de brevets d'invention*». I tempi erano sufficientemente vicini per ricordare il senso del ricorso al termine proprietà nella legislazione passata, ma sembravano anche maturi per rendersi conto che l'applicazione della disciplina dominicale all'ambito in parola avrebbe prodotto effetti se non altro indesiderabili, *in primis* quanto alla durata della tutela.

Ciononostante, oramai il termine si era consolidato – e tale è anche oggi nell'ordinamento francese – forse nel timore che rinunciando ad esso venisse negato ogni diritto soggettivo ad autori ed inventori. Si riscontra, per certi versi, ancora una volta il fenomeno che, senza alcuna *vis polemica*, potremmo definire di «forza plasmante dell'ipocrisia»<sup>(156)</sup>. In forza di esso, un'etichetta inizialmente adottata strumentalmente, con la consapevolezza della sua insincerità, finisce, grazie alla forza che le donano l'uso prolungato e l'aura evocativa di taluni concetti e parole, ad affermarsi sino a plasmare la disciplina giuridica, transitando così dal mondo della finzione a quello della coerenza fra forma e sostanza. Questo vale senz'altro per il diritto francese, ma, come si vedrà nel prosieguo, non altrettanto per altri diritti continentali, come l'italiano e il tedesco, che tenderanno a non sacrificare il rigore sistematico sull'altare della battaglia giuspolitica<sup>(157)</sup>.

primi volevano esercitare il diritto di proprietà che avevano acquistato dall'autore, trasformandolo in un monopolio esclusivo delle opere stampate, con il chiaro tentativo di identificare il privilegio con la proprietà. Dal canto loro i librai di provincia, e di Lione in particolare, sostenevano che il privilegio costituisse la proprietà letteraria e che il sovrano, concedendo il privilegio, concedesse la proprietà. È in virtù di questo ragionamento, di cui è evidente la debolezza, che i librai di provincia domandarono al governo di stampare alcuni libri, di cui il privilegio era decaduto».

156

Quest'idea ci è stata suggerita dalla lettura di uno scritto avente tutt'altro tema, cioè J. ELSTER, *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998, che sviluppa concetti già espressi in ID., *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, New Haven, 1991, trad. it. a cura di G. Rigamonti, *Argomentare e negoziare*, Milano, 2005. Il filosofo e sociologo norvegese affronta i rapporti fra processi decisionali e *publicity*, rispetto ai quali il concetto-chiave è quello di *civilizing force oh hypocrisy*, in virtù del quale la presenza di un pubblico, trasformerebbe i caratteri della discussione e, poi, della deliberazione, «civilizzando» i politici: «*generally speaking, the effect of an audience is to replace the language of interest by the language of reason and to replace impartial motives by passionate ones. The presence of a public makes it especially hard to appear motivated merely by self-interest. Even if one's fellow assembly members would not be shocked, the audience would be. In general, this civilizing force of hypocrisy is a desirable effect of publicity...*Publicity does not eliminate base motives, but forces and induces speakers to hide them (ELSTER, *Deliberative Democracy*, cit., 111, enfasi aggiunta). L'A., in altri termini, suggerisce l'idea per cui un comportamento meramente esteriore e insincero, adottato per motivi di convenienza (come scrive F. DE LA ROCHEFOUCAULD, *Réflexions, sentences et maximes morales*, Paris, 1743, 191, §128, «*l'hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu*»), finisce col tempo per perdere la marca di artificialità, acquistando quella della convinta adesione.

<sup>157</sup>Si collocherà più oltre il discorso relativo al diritto internazionale, ma si può sin d'ora ricordare con BENUSSI,

Tornando alla Francia, si è già detto come le ricerche storiche abbiano appurato quanto grande sia, in materia di IPRs, il debito nei confronti di questa Nazione, da cui quest'istituto è stato trapiantato in altri ordinamenti, compresi quello europeo e internazionale. Il fenomeno è degno di nota, anche perché non è da ricollegare all'enorme fortuna che ebbe nel mondo la codificazione napoleonica, si tratta infatti di un «caso esemplare di recezione di un istituto di grande rilievo estraneo al *Code civil*»<sup>(158)</sup>.

L'*Edit des Jurandes* del 1776 in cui Turgot de L'Aulne lega originalmente in un unico testo legislativo il lavoro e la proprietà – prevedendo l'abrogazione delle «*institutions arbitraires, qui ne permettent pas à l'indigent de vivre de son travail*»<sup>(159)</sup> – dimostra, nonostante si sia trattato di un tentativo fallimentare<sup>(160)</sup>, che era venuta la stagione per mietere il raccolto dopo la semina dericourtiana<sup>(161)</sup>, non solo, come già s'è detto, in materia di invenzioni, ma anche di diritto d'autore<sup>(162)</sup>.

---

*Proprietà industriale*, cit., 420, che «All'apertura dei lavori del Congresso [N.d.R., si tratta del *Congrès international de la propriété industrielle* tenutosi a Parigi dal 5 al 17-9-1878, in virtù dell'*Arrêté du Ministre de l'agriculture et du commerce*, n. 24/1878; a differenza della Convenzione di Berna, cui l'Italia non portò alcun contributo né di persone né di idee, al *Palais du Trocadéro* erano presenti il Deputato, Professore e Consigliere di Stato Pietro Torrigiani, Vicepresidente del *Congrès*, delegato dal Governo italiano insieme all'allora Direttore del commercio e dell'industria al Ministero dell'agricoltura, dell'industria e del commercio; essi furono attivi soprattutto nelle discussioni riguardanti i brevetti farmaceutici, l'espropriazione per pubblica utilità e la pubblicità del marchio, cfr. *Congrès international de la propriété industrielle tenue à Paris du 5 au 17 Septembre 1878. Comptes rendus sténographiques*, Paris, 1879], il 5-9-1878, il ministro francese dell'agricoltura, Teisserenc de Bort, invitò i partecipanti a gettare le basi per una legislazione internazionale della materia...*propriété industrielle*...approdando ad un Avanzoprogetto di trattato relativo alla creazione dell'unione generale per la tutela della proprietà industriale...il testo fu ulteriormente rivisto, ma anche tale seconda versione non poté trovare accoglimento; si procedette quindi all'elaborazione di un nuovo testo più generale ultimato nel corso del 1879 e denominato «*Projet d'une Union internationale pour la protection de la propriété industrielle*» che costituisce la prima redazione del testo della Convenzione di Unione e che...recepisce completamente l'espressione. Nel preambolo al progetto di Convenzione discusso a Parigi nel novembre 1880, si legge che i Governi presenti alla Conferenza...*animés du desir d'assurer...une complète et efficace protection à l'industrie et au commerce des nationaux de leurs États respectifs et de contribuer à la garantie des droits des inventeurs*...Tre anni dopo che il progetto di Convenzione era stato trasmesso ai Governi degli Stati partecipanti alla Conferenza, il 20-3-1883, ebbe luogo a Parigi la seduta di chiusura della Convenzione di Unione per la protezione della proprietà industriale».

158

MOSCATI, *Alle radici del diritto d'autore*, cit., 263, che rinvia sul punto a EAD., *Un phénomène de réception étranger au Code civil: le système du droit d'auteur*, relazione tenuta nel maggio 2004 a Rotterdam nell'ambito delle *Journées internationales d'Histoire du droit* su *Le phénomène de réception*.

<sup>159</sup>Cfr. *Les Edits de Turgot*, Paris, 1976, 75.

<sup>160</sup>V. *supra* nt. 106. Come correttamente riporta BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit., 41, «*l'année 1776 vit, en France, une tentative du ministre Turgot de supprimer les jurandes ; mais leur puissance l'emporta sur l'attrait de la liberté*».

<sup>161</sup>L. PFISTER, *L'auteur, propriétaire de son oeuvre? La formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, Université Strasbourg III, *Thèse de Doctorat*, 1999, 360, considera l'*Edit des Jurandes* come il «*trait d'union entre la doctrine physiocratique et la consécration législative du droit de propriété de l'auteur*».

<sup>162</sup>Lo testimonia una serie di circostanze, correttamente messe in luce in MOSCATI, *Alle radici del diritto d'autore*, cit., 283-284: «una serie di voci dell'*Encyclopédie* relative alla contraffazione dimostrano che era stato recepito il concetto di proprietà dell'opera dell'autore, con una forte condanna delle opere contraffatte. Gli stessi principi si rintracciano chiaramente nelle varie voci sui privilegi. Anche la meno nota *Encyclopédie méthodique* non manca di sottolineare le caratteristiche essenziali della contraffazione, definita un «*crime*» contro l'autore o il libraio che ha ceduto il suo diritto di proprietà e il suo privilegio. Riferendosi agli *arrêts* più volte menzionati che formavano lo stato attuale della giurisprudenza su questo punto, l'*Encyclopédie* pone piuttosto l'accento sulle novità introdotte per combattere la contraffazione e conciliare gli interessi degli autori con quelli del commercio».

Sorvolando sui sei *arrêts* del 30-8-1777 e su quello del 30-7-1778, che, come notò Simon-Nicolas-Henri Linguet <sup>(163)</sup>, «non offrono nulla agli autori ma li spogliano dei loro diritti» <sup>(164)</sup>, possiamo finalmente osservare la nascita dei diritti d'autore.

Intendendo tener fede alla nostra premessa metodologica, per cui il privilegio nulla o quasi avrebbe a che vedere coi diritti sulle opere dell'ingegno, con riferimento al *Décret* con cui l'*Assemblée nationale* il 4-8-1789, a seguito della c.d. *grande nuit*, decise di «*détrui[re] entièrement le régime féodal*» <sup>(165)</sup>, va detto che, più che lo «spartiacque tra il vecchio e il nuovo regime in materia di diritto d'autore» <sup>(166)</sup>, costituisce la prima, propedeutica, pietra nella costruzione dell'edificio dei diritti soggettivi sui beni immateriali intellettuali.

Si arriva, così, al «*Décret relatif aux spectacles et à la propriété des auteurs des pièces de théâtre*» del 13/19-1-1791 sulle opere drammatiche, che, in accoglimento della petizione presentata 24-8-1790 da diciannove drammaturghi guidati da Jean-François de la Harpe <sup>(167)</sup>, positivizza l'idea di Isaac René Guy Le Chapelier secondo cui «*la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, &...la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un*

---

<sup>163</sup>Cfr. LINGUET, *Memoires et plaidoyers de M. Linguet avocat à Paris*, cit. L'importanza del pensiero di Linguet è testimoniata anche dalla recente edizione di ID., *Esprit Et Genie de M. Linguet, Avocat Au Parlement de Paris (1780)*, Whitefish, 2010. La *Opinion de Linguet sur les privileges* è riportata anche in É. LABOULAYE-G. GUIFFREY, *La propriété littéraire au XVIIIe siècle. Recueil de pièces et de documents*, Paris 1859, 31.

<sup>164</sup>MOSCATI, *Alle radici del diritto d'autore*, cit., 283,

<sup>165</sup>Art. 1, *Décret portant abolition du régime féodal, des justices seigneuriales, des dîmes, de la vénalité des offices, des privilèges, des annates, de la pluralité des bénéfices*.

<sup>166</sup>

MOSCATI, *Alle radici del diritto d'autore*, cit., 285. L'A. riferisce *ivi* la qualifica anche all'art. 11 della «*Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyens*» che consacrava la libertà di stampa». Bisogna precisare sin d'ora, però, che, nella materia dei diritti sulle opere d'ingegno, nell'ordinamento francese il riferimento costituzionale principale viene considerato l'art. 17 della *Declaration*, contemplante il diritto di proprietà (ed oggi, l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, CDFUE). In tal senso anche BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit., 181, là dove scrive che «*Le constituant français n'a jamais pris position sur la nature et la protection des droits intellectuels. Depuis la Déclaration des droits de l'homme, en 1789, jusqu'à la Constitution de 1958, la propriété intellectuelle est absente des textes constitutionnels. L'opinion dominante est toutefois que les biens intellectuels relèvent du droit fondamental de propriété et sont protégés comme tels par l'article 17 de la Déclaration de 1789*».

<sup>167</sup>J.F. DE LA HARPE, *Adresse des auteurs dramatiques à l'Assemblée nationale prononcée par M. Jean François de La Harpe dans la séance du mardi soir 24 août 1790*, Paris, 1790, 5: «*Aujourd'hui...elle est rendue aux talents dramatiques, comme à tous les autres travaux de l'esprit, cette liberté si précieuse et si long-tems invoquée en vain...Mais ce n'est pas assez pour maintenir et perpétuer un art dont l'importance...doit augmenter chaque jour*» E continua col dire che «*un privilège exclusif accordé aux comédiens Français, dans un temps où les productions même de l'esprit...ce qui, par sa nature, est le plus naturellement libre, étoient soumises à des privilèges, a détruit entièrement cette égalité légitimi qui doit exister entre des parties contractantes*» (*ivi*, 7). Il lessico sembra essere proprio quello della *grand nuit*, per cui non ci si stupisce nel leggere che: «*Nous ne vous demandons, messieurs, que ce qui est la conséquence de vos décrets, puisqu'ils ont prononcé l'abolition de tous les privilèges. Celui dont les comédiens ont joui pendant cent ans, a fait naître dans leur esprit une idée qui paroîtroit bien étrange, si nous n'étions pas accoutumés, par tant d'autres exemples, à voir la possession abusive érigée en propriété...Nous nous flattons d'avoir fait disparaître ce phantôme de propriété dans la petition que nous avons l'honneur de vous adresser*» (*ivi*, 8-9). L'*Adresse* si conclude con due richieste: «*deux choses principalement peuvent rendre aux auteurs leurs droits legitimes, et leur assurer l'indépendance dont tout citoyen doit jouir dans l'exercice de ses talents...1°. La concurrence légalement établie entre plusieurs troupes de comédiens légalement autorisées à jouer toutes les pièces des auteurs morts ou vivans. 2°. Un règlement général pour tous les théâtres, rédigé par la municipalité*» (*ivi*, 9).

*écrivain; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés»* (168).

Occorre osservare che, da una parte, queste plateali affermazioni sul carattere proprietario dei diritti sulle opere dell'ingegno si ritrovano più nei *rapports* che non nelle leggi stesse (eccezion fatta per la *rubrica legis*, che notoriamente *non est lex*) – ma, singolarmente, nella letteratura hanno maggior diffusione i primi delle seconde – dall'altra, questo *décret*, adottato teoricamente in accoglimento della petizione di de La Harpe, non sembra accoglierne punto i principi (169), là dove nell'*Adresse all'Assemblée Nationale* il discepolo di Voltaire (170), inserendosi perfettamente nel clima inaugurato dalla *grand nuit* e confermato dalle leggi d'Allard e Le Chapelier (171), rileva che «*celui dont les comédiens ont joui pendant cent ans, a fait naître dans leur esprit une idée qui paroîtroit bien étrange, si nous n'étions pas accoutumés, par tant d'autres exemples, à voir la possession abusive érigée en propriété...Nous nous flattons d'avoir fait disparaître ce phantôme de propriété dans la petition que nous avons l'honneur de vous adresser*» (172) e, di conseguenza, chiede all'*Assemblée* solo due cose: la libertà di concorrenza e una regolamentazione uniforme (173).

Di poco successivo è il «*Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*» del 19-24 luglio 1793.

Esemplari al riguardo le notissime parole del *rapporteur* Joseph Lakanal – il cui progetto di legge sarà approvato e godrà di un vigore inusitadamente longevo, essendo sostituito solo nel 1957 con la *Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique* (174) – per cui «*de*

---

<sup>168</sup>LE CHAPELIER, *Rapport fait par M. Le Chapelier*, cit., 16. Risuona nitida l'eco dei *plaidoyez* di Simon Marion e del *décret des Jurandes* di Turgot de L'Aulne.

<sup>169</sup>Sembra esprimersi in senso contrario LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in Frenche IP Law*, cit., 106 ove scrive che «*Isaac Le Chapelier agreed with the playwrights and attached a proposed law, incorporating their suggested provisions*».

<sup>170</sup>Cfr. C. TODD, *Voltaire's Disciple. Jean-François de La Harpe*, London, 1972.

<sup>171</sup>Il riferimento è alla *Loi du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente* – più nota come *décret d'Allarde*, dal nome del deputato Pierre Gilbert Le Roy d'Allarde – rilevante specie per la materia di marchi, seguito a stretto giro dal *Décret du 14-17 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession* – noto come *loi Le Chapelier* – che sopprime tutte le corporazioni di mestieri e instaura la totale libertà del lavoro, «*mais la liberté ne tarda pas à dégénérer en licence*» (A. DARRAS, *Nouveau traité sur les marques de fabrique et de commerce*, Arras, 1885, XIV). La *loi* del 22 germinale XI (1803), interviene al fine di «rimediare» a questo inconveniente, ed ha come scopo di imporre dei limiti alla concorrenza, eliminando in pari tempo la disparità di trattamento dei marchi nelle differenti materie, conseguentemente introducendo un regime uniforme per tutti i marchi, indipendentemente dal genere d'industria. Una legge ancora più precisa fu la *loi* del 24-7/4-8-1824, «*relative aux altérations et suppositions de noms dans les produits fabriqués*», la quale attenua le sanzioni della contraffazione, rendendole applicabili anche a ditta, insegna e indicazioni di origine dei prodotti.

<sup>172</sup>DE LA HARPE, *Adresse des auteurs dramatiques à l'Assemblée nationale prononcée par M. Jean François de La Harpe dans la séance du mardi soir 24 août 1790*, cit., 8-9, enfasi aggiunta.

<sup>173</sup>DE LA HARPE, *Adresse des auteurs dramatiques à l'Assemblée nationale prononcée par M. Jean François de La Harpe dans la séance du mardi soir 24 août 1790*, cit., 9.

<sup>174</sup>La legge è stata abrogata il 3-7-1992 dal *Code de la Propriété Intellectuelle* (nel prosieguo anche *CPI*), introdotto dalla *loi* n° 92-597 del 1-7-1992, che dedica al *droit d'auteur* e ai *droits voisins* tutta la Première partie, *La propriété littéraire et artistique*, divisa in tre libri. Il primo, *Le droit d'auteur*, è così ripartito: *Titre Ier, Objet du droit d'auteur*; *Titre II, Droits des auteurs*; *Titre III, Exploitation des droits*. Il secondo, *Les droits voisins du droit d'auteur*, è composto da un titolo unico. Il terzo, *Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données*, è suddiviso nei *Titres*: *Rémunération pour copie privée*, *Sociétés de perception et de*

toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive; c'est qu'une aussi grande révolution que la nôtre ait été nécessaire pour nous ramener sur ce point, comme sur tant d'autres, aux simples élémens de la justice la plus commune» (175).

Vediamo più da vicino il testo del *décret*, che si compone di sette *articles*. L'art. 1er dà un nome ben preciso al *droit exclusif* – in capo agli autori di scritti, ai compositori, ai pittori e ai disegnatori – di *vendre, faire vendre, distribuer* e *ceder* le loro opere: *propriété* (176). Dal punto di vista, diremmo oggi, rimediale (177), l'approccio proprietario è confermato dalla *confisque*, «à la réquisition et au profit» dei titolari, di «*tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées*» senza il permesso dei titolari medesimi (178).

È pure notevole che, sebbene sia prevista la formalità del deposito di due copie dell'opera presso la *Bibliothèque nationale* o il *Cabinet des estampes de la République*, esso non è costitutivo del diritto, poiché dalla mancanza della ricevuta di deposito consegue meramente che il titolare, «*faute de quoi...ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs*» (179).

---

*répartition des droits, Prévention, procédures et sanctions* e si chiude con quello dedicato ai *Droits des producteurs de bases de données*.

<sup>175</sup>Le *Moniteur universel*, 21-7-1793, consultabile in F. RIDEAU, *French Literary and Artistic Property Act, Paris (1793)*, in *Primary Sources on Copyright*, cit. Sembra sia riconducibile all'impostazione proprietaria, la denominazione di *pirates* e *corsaires littéraires* adottata *ivi* dal medesimo docente di retorica e filosofia. Non va considerato un fuor d'opera riportare il pensiero dei *rapporteur*, se è arduo, ma forse non del tutto infondato affermare, con BOUCHET-LE MAPPAIN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit., 60, che «*Plus qu'à leur contenu positif, c'est aux rapports qui les ont introduits que ces décrets doivent leur rayonnement et leur postérité. Ce sont leurs rapporteurs qui ont proclamé en termes inoubliés une intention qui, dans les décrets eux-mêmes, n'était que tacite: la reconnaissance légale d'une propriété préexistant à la loi, naturelle, existant de fait*».

176

Art. 1er, *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs* del 19/24-7-1793: «*Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux et dessins, jouiront, durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou en partie*».

<sup>177</sup> Cfr., *ex plurimis*, per quel che concerne gli IPRs, A. PLAIA, *Rimedi civilistici, risarcitori e restitutori, nel sistema speciale della proprietà intellettuale*, in Id., *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008 e L. NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Atti del convegno di Palermo del 25-26-6-2004, Milano, 2005. Quanto all'approccio rimediale, più in generale, v. D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 605 e F. PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2010, VIII, 35.

<sup>178</sup> Art. 3e, *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs* del 19/24-7-1793: «*les officiers de paix seront tenus de faire confisquer à la réquisition et au profit des auteurs, compositeurs peintres ou dessinateurs et autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle par écrit des auteurs*». Si segnalano, altresì, sanzioni a carico del contraffattore e del commerciante di libri contraffatti, *ex artt. 4e e 5e*. Art. 4e: «*tout contrefacteur sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de trois mille exemplaires de l'édition originale*». Art. 5e: «*Tout débitant d'édition contrefaite, s'il n'est pas reconnu contrefacteur, sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de cinq cents exemplaires de l'édition originale*».

<sup>179</sup> Art. 6e, *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de*



Il legislatore mostra di considerare di primaria importanza la questione della durata della *propriété exclusive* (art. 7e) sulle *productions de l'esprit ou du génie*, cui dedica tre delle sette disposizioni, due delle quali di contenuto analogo ai limiti del pleonasma: se i titolari originari di tali diritti possono goderne e disporne *durant leur vie entière* (art. 1er), i successivi *right holders*, siano essi *cessionnaires* (art. 2e) o *héritiers* (artt. 2e e 7e) non potranno sottrarre l'opera al pubblico dominio per più di dieci anni. Questa notazione è niente affatto superflua, perché concorre a dimostrare, da una parte, che si tratta di un diritto fortemente collegato alla persona dell'autore, dall'altra, che lo sforzo primario del legislatore consiste, come è naturale che sia, nel trovare un «*balance...between the interest of the individual and the interest of the public*»<sup>(180)</sup>, bilanciamento che trova nel limitare la durata del diritto alla vita dell'autore e ai dieci anni successivi la sua principale espressione.

Ciò che è stata per la storia delle idee la *memoire* di d'Héricourt, spostandoci nel campo della storia della legislazione, è proprio detto *décret*, che, in continuità la *loi* del 7-1-1791 sulla «*Protection de la propriété des auteurs de découvertes dites "utiles"*» di cui s'è già detto, inaugura stabilmente – senza la caducità che aveva caratterizzato il *décret des Jurandes*<sup>(181)</sup> – la stagione della sussunzione dei diritti sulle opere dell'ingegno, nel diritto di proprietà, di cui rappresenta la *species*, almeno dichiaratamente, più sacra e incontestabile<sup>(182)</sup>.

Dico «dichiaratamente», perché, se si studiano direttamente i testi normativi e non i commenti che su essi son stati con finezza sviluppati, risulta chiaro che la *propertization* è, se non altro, imperfetta. Ciò risulta in tutta la sua evidenza, sol che si osservi quanto questa *propriété* rechi

---

*musique, peintres et dessinateurs* del 19-24 luglio 1793: «*tout citoyen qui mettra au jour un ouvrage, soit de littérature ou de gravure, dans quelque genre que ce soit, sera obligé d'en déposer deux exemplaires à la Bibliothèque nationale ou au cabinet des estampes de la République, dont il recevra un reçu signé par la bibliothèque; faute de quoi, il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs*». La giurisprudenza ha provveduto, col tempo, a sminuire ulteriormente la rilevanza del requisito in esame, dacché «*il n'est pas nécessaire que le dépôt soit antérieur à la contrefaçon, pour que la contrefaçon puisse être poursuivie. Il suffit que le dépôt précède l'émission de la plainte*» (J.-B. DUVERGIER (a cura di), *Collection complète des lois, décrets ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'État*, VI, Paris, 1825, 37).

180

L. BENTLY-M. KRETSCHMER, *Sub French Literary and Artistic Property Act, Paris (1793)*, cit., [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org).

<sup>181</sup>A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts*, II, Paris, 1838, 5 – cui si deve niente meno che il conio dell'espressione *droit d'auteur* – ridimensiona grandemente, per contro, la soluzione di continuità fra *Ancien Régime* e legislazione rivoluzionaria, là dove scrive che si tratterebbe in entrambi i casi di privilegi, anche se dopo il 1793, essi «*existent de plein droit [mentre prima] étaient des concessions individuelles, conférées, dans leur origine, à titre de faveur et nés de l'opinion qu'il n'existait de droits que ceux qui étaient octroyés*».

<sup>182</sup>Più cauta, già, MOSCATI, *Alle radici del diritto d'auteur*, cit., 295, per cui «il vero punto oscuro lasciato dal *droit intermédiaire*, la cui legislazione resta in vigore anche dopo l'abrogazione dei diritti precedenti voluta da Napoleone, non fu tanto quello di accordare un diritto esclusivo all'autore quanto di verificare la natura del diritto stesso inteso come proprietà piena e soprattutto la sua possibile parificazione in tutto e per tutto alla proprietà materiale». Anche CASTELLANI, *I privilegi di stampa e la proprietà letteraria in Venezia*, cit., 16 parla della «più sacra delle proprietà».

su di sé le stimate, in parte, dei diritti della personalità, ma soprattutto, del necessario compromesso fra interessi dei privati e diritti della collettività, nell'ineffabile consapevolezza che – per dirla con le parole di Le Chapelier, di cui si tende a riportare tralasciamente solo la definizione della proprietà letteraria come la più sacra e intoccabile – «*comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée, tirent quelque fruit de leur travail...après le délai fixé, la propriété du public commence, & tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain*»<sup>(183)</sup>.

Ai nostri fini, si può evitare di proseguire un'analisi dettagliata dell'evoluzione giuridica del diritto francese dei beni immateriali, posto che «la legislazione rivoluzionaria contiene *in nuce* i principali elementi della successiva e più matura proprietà letteraria», e anche perché il *droit intermédiaire*, *in puncto* produzioni dell'ingegno viene mantenuto in vigore e considerato espressamente un completamento del *Code civil*<sup>(184)</sup>. La materia fu invece toccata dagli artt. 425-429<sup>(185)</sup> *Code pénal* del 1810, che la fonda su diritto all'espressione, la libertà dello spirito

---

<sup>183</sup>LE CHAPELIER, *Rapport fait par M. Le Chapelier*, cit., 16.

<sup>184</sup>V. J.G. LOCRÉ DE ROISSY, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des Codes français*, VIII, *Code civil. Livre II. Titre I. De la distinction des biens. Titre II. De la Propriété. Titre III. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. Titre IV. Des servitudes ou services fonciers*, Paris, 1827, 7-8, precisa che «*Les Lois des 19 janvier et 6 août 1791, relatives aux spectacles, celle du 30 août 1792, relative aux conventions faites entre les auteurs dramatiques et les directeurs de spectacles, celle du 19 juillet 1793, relative aux droits des auteurs d'écrits en tous genres, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs, celle du 1er septembre 1793, qui rapporte la loi du 30 août, et ordonne l'exécution de celles des 13, 19 janvier 1791, et du 19 juillet 1793, le décret du 1er germinal an xii, concernant les droits des propriétaires d'ouvrages posthumes, etc., etc., complètent donc le Code en cette partie*». Jean Guillaume Locré de Roissy motiva la mancata disciplina della materia da parte del *Code civil* con un niente affatto esplicativo «*le Code Civil [...] a évidemment supposé que d'autres lois s'en occupaient, qu'elles le suppléeraient et le compléteraient à cet égard*» (ivi, 7). La spiegazione è tanto più ridicola, quanto si consideri che furono oggetto di attenzione del legislatore codicistico anche argomenti non centrali quali la lunghezza del marciapiede, mentre «Nel complesso *iter* del *Code civil* non troviamo neanche un riferimento all'opportunità di inserire un articolo di principio relativo alla proprietà intellettuale» (MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 296, la quale non considera bizzarra la mentovata spiegazione).

185

Essi fanno parte del § V, *Violation des règlements relates aux manufactures, au commerce et aux arts*, Sec. II, *Banqueroutes, escroqueries, et autres espèces de fraude*, Cap. II, *Crimes et délits contre les propriétés*, Tit. II, *Crimes et délits contre les particuliers*, Livre III, *Des délits et de leur punition*. L'art. 425, restato in vigore sino al 1-3-1994, recitava: «*Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon; et toute contrefaçon est un délit*». Il nuovo codice penale, adottato con loi 92-686 du 22 juillet 1992, ha adottato un'altra sistemática e non contiene alcuna norma rilevante per la materia, la quale oggi si rinviene nel Chap. V, Tit. III, Livre III, Partie Ier del CPI, il cui art. L335-2 ne costituisce la copia conforme: «*Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit*». Di tenore leggermente diverso era l'art. 387 del c.d. *Projet Target*, che statuiva: «*Toute édition d'écrits, de compositions musicales, de dessins, de peintures ou de autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, sans le consentement formel et par écrit de l'auteur, de ses héritiers, cessionnaires ou ayant-droit, pendant sa vie et dix ans après sa mort, lorsqu'il aura été remis à la bibliothèque national ou au cabinet des estampes de la République, deux exemplaires de liédition originale, est une contrefaçon: et toute contrefaçon est un délit. Tout individu qui le premier aura mis au jour un écrit ou tout autre ouvrage de la nature de ceux que détermine le present article, jouira des droits que cet article attribue à l'auteur, si la propriété ne lui en est pas légitimement contestée: il transmettra les mêmes droits à ses héritiers, ayant-cause ou cessionnaires; et toute contrefaçon de cet ouvrage est un délit*».

dell'autore e del suo genio <sup>(186)</sup>, trattandosi di «*un des premiers droits de l'esprit humain*» <sup>(187)</sup>. Napoleone, che aveva seguito da vicino tutte le discussioni propedeutiche all'approvazione del *Code civil*, non altrettanto fece col *Code pénal*, ma cionondimeno fu presente alla seduta del 27-12-1808 sulla proprietà letteraria. Non ci si soffermerà sulle vicende della legislazione penalistica, perché inconferenti col tema oggetto della nostra attenzione: non è il diritto penale che definisce la natura dell'istituto civilistico, limitandosi solo a ricollegare una sanzione alla sua violazione <sup>(188)</sup>. Non si può, ciononostante, tacere sulla consapevolezza anche del legislatore penalistico sull'inquadramento della *propriété intellectuelle*: i «*fruits de l'esprit, de l'imagination et du génie...servent à l'utilité, à l'instruction, au charme, à l'ornement et à la gloire d'une nation*» <sup>(189)</sup>.

Si tornerà, però, presto sulla storia dell'ordinamento francese, cui occorre rimontare per descrivere il *droit moral*.

#### 1.4 Alle origini della tutela dei diritti morali, nucleo forte degli IPRs.

---

<sup>186</sup>I principi sono già visibili nel *Projet de Code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement* redatto da Guy-Jean-Baptiste Target, René Louis Marie Viellart, Jean-Baptiste Treilhard, Jean Blondel e Nicolas Oudart. Sul *Projet* è stato molto reputato il saggio di A. COSTES, *Observations sur les articles du projet du nouveau Code criminel, qui concernent la Librairie*, Lyon, 1804, il quale, fra le altre cose, sottolinea l'eccessivo rigore di tutela della proprietà letteraria, la quale risulta protetta, nel progetto, più di quella materiale, sebbene non ci si esprima sulla natura della prima.

<sup>187</sup>In G.-J.-B. TARGET, *Observations sur le projet de code criminel*, in *Projet de Code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, Paris, 1808, xxviii (conservato nella *Bayerische Staatsbibliothek* anche in versione digitale) si legge che «*Le droit d'écrire et de publier sa pensée, est l'un des attributs les plus inséparables de sa liberté. On y portera jamais atteinte; ce serait à-la-fois violer l'un des premiers droits de l'esprit humain, éteindre volontairement la lumière, et, sans aucun fruit réel, se condamner à ignorer l'opinion, plutôt que de la souffrir et d'en profiter. Point de censure donc avant la publication...La pensée et la parole ne sont libres que comme l'usage des membres. La loi ne lie pas les bras, mais frappe celui dont la main est devenue criminelle*».

<sup>188</sup>Come fece rilevare Théophile Berlier, nella seduta del *Conseil d'Etat* del 27-12-1808, «*c'est la violation de la propriété qui constitue le délit; mais le Code Pénal ne doit s'occuper que de la peine attachée à cette violation: car, les vols de toute espèce sont qualifiés et réprimés par ce Code sans qu'on y ait inséré rien de relatif à ce qui constitue la propriété; et il ne faut pas suivre ici une autre marche, qui, en confondant des objets distincts, ne ferait qu'embroïller la matière*». Questa fu la principale motivazione che spinse a modificare la versione dell'art. 387 del *Projet* sopra riportato e trasformarlo nell'art. 425 c.p. 1810. Fra le altre motivazioni, vi fu quella avanzata da Jean-Baptiste Treilhard, per cui «*au moment où l'article a été rédigé, le projet sur l'imprimerie et la librairie n'était pas encore soumis à la délibération du Conseil. Pour tout concilier, on doit se borner à dire ici que toute contrefaçon contraire aux lois et réglemens de la matière, est un délit*»; nello stesso senso anche l'intervento di Étienne-Denis de Pasquier. Il verbale della seduta del Consiglio di Stato del 27-12-1808 sono editi in J.G. LOCRÉ DE ROISSY, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des Codes français*, XXXI, *Code pénal. Tome III. Suite du Livre III. - Des crimes, des délits, et de leur punition. Livre IV. - Contraventions de police et peines. Table générale*, Paris, 1832, 69.

189

P.-F. LOUVET DE LA SOMME, *Rapport fait au Corps Législatif dans la séance du 19 février 1810 en présentant le voeu d'adoption émis par la commission législative sur le chapitre II du Titre II du Livre III du Code Pénal*, in LOCRÉ DE ROISSY, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des Codes français*, XXXI, cit., 187, sul *projet de loi* concernente *les crimes et le délits contre les propriétés*.

Occorre soffermarsi già qui, ma all'argomento verrà dedicata ulteriore specifica attenzione, sul *droit moral* <sup>(190)</sup>, che è considerato la principale differenza fra i diritti di area anglosassone e quelli sviluppati sul modello franco-tedesco, al punto da affermare che «*copyright in Civil Law countries, therefore, is not just a property right but includes the moral aspects*» <sup>(191)</sup>.

Non si intende qui, certamente, contestare che i diritti morali d'autore – o, come preferisce parte della dottrina, i diritti personali d'autore <sup>(192)</sup> – abbiano un ruolo centrale nella disciplina delle opere dell'ingegno, al contrario, se ne intende affermare la genetica e generalizzata inerenza, al

---

<sup>190</sup>Ai *droits moraux* è oggi dedicato il *Chapitre Ier* del *Titre II – articles* da L. 121-1 a L. 121-9 – che precede quello sui *droits patrimoniaux*, comprensivo degli *articles* da L. 122-1 a L. 122-12. È impossibile provare a stilare una bibliografia minima sul diritto morale; molti contributi verranno riportati *infra*, per cui ci si limita qua a segnalare l'insuperata completezza, sebbene oggi un po' datata di S.F. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, 2 voll., Stockholm, 1966-1967 e, recentemente, G. DAVIES-K.M. GARNETT, *Moral Rights*, London, 2010, ma anche, *ex plurimis*, A. PLAIA, *Rivendicazione della paternità, tutela della reputazione e ritiro dal commercio nel diritto di autore*, in *Dir. ind.*, 2012, I, 59; A. DE CUPIS, *Diritto all'identità personale, diritti ai segni distintivi personali, diritto morale d'autore*, Milano, 1961; ID., *Diritti della personalità, in Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1959; J. WERTHER, *Urheberpersönlichkeitsrechte in Deutschland und Australien Zusatz ein Rechtsvergleich zu Dispositionsbefugnissen des Urhebers über sein Urheberpersönlichkeitsrecht*, Berlin, 2012; R. ALEM DJRODO, *Das Urheberpersönlichkeitsrecht auf dem Prüfstand der Informationsgesellschaft*, Münster, 2005; K. SKRZIPEK, *Urheberpersönlichkeitsrecht und Vorfrage*, Baden-Baden, 2005; K.J. DICKSON, *Moral Rights*, Toronto, 2005; E. PIOLA CASELLI, *Intorno alla ragion d'essere del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*, Relazione al Primo Congresso Giuridico Italiano. Ottobre del Decennale, a cura del Sindacato Nazionale Fascista Avvocati e Procuratori di Roma, Tivoli, 1932; B. MARWITZ, *Intransmissibilità del diritto d'autore e diritto morale*, in *Dir. aut.*, 1938, 158; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, 2 voll., Aix-en-Provence, 2002.

<sup>191</sup>LOEWENHEIM, *Copyright in Civil Law and Common Law Countries*, cit., 162.

192

E.J. DAMICH, *The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors*, in *Ga. L. Rev.*, 1988, 6 sostiene che la perifrasi «*personal rights*» traduce più accuratamente «*droits moraux*» ed evita le equivoche connotazioni di «*moral rights*». Nella dottrina italiana più risalente, avevano criticato l'espressione «diritto morale» - coniata da A. MORILLOT, *De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*, in *Revue critique*, 1872, II, 29 – già STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 256 e PIOLA CASELLI, *Intorno alla ragion d'essere del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*, cit., 2, ma *contra* A. SACERDOTI, *Il diritto d'autore e la riproduzione mediante dischi fonografici*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, 53. Qui adotterò la dizione diritto morale/*droit moral*, non solo perché è quella più diffusa a livello mondiale e rispondente alla formula francese, che costituisce il modello per tutte le altre, ma anche perché 'moralè', non porta l'attenzione sulla persona *tout court*, ma sulla rilevanza ordinamentale degli interessi di cui essa è portatrice. La morale, intesa ampiamente come quel complesso delle norme accettate da una società che sono alla base del comportamento, rimanda, infatti, a valori pubblicistici quali la giustizia, il pudore e l'onestà. Il termine è sovente adoperato in funzione sinonimica con 'etica', ma sarebbe preferibile limitare il ricorso a quest'ultimo per i casi in cui si discorra della branca della filosofia (la c.d. filosofia morale) che studia la condotta morale dell'uomo e i criteri per valutarla. V., però, S.P. LIEMER, *Understanding Artists Moral Rights: A Primer*, in *B.U. Pub. Int. L.J.*, 1998, 41, per cui il *droit moral* è «*a right based on ethical behavior and societal interest, not morality per se*». Lo stesso PIOLA CASELLI, *Intorno alla ragion d'essere del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*, cit., 2, nt. 1, pur parlando di nome «stranamente ambiguo», ammette che «è entrato nell'uso generale ed ufficialmente consacrato nell'art. 11 bis-2 della Convenzione di Roma 2 giugno 1928 di revisione della Convenzione di Berna». Milita, infine, a favore della nostra scelta anche la volontà di evitare la confusione con la consimile espressione che designa quella che è considerata la principale teorica antagonista di quella proprietaria, messa a punto da GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 756, che scrive, sul solco del suo Maestro, G. BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrecht*, 4, Berlin, 1885, 210 che «*das Urheberrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, dessen Gegenstand ein Geisteswerk als Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphaere bildet*» ed è stato seguito, fra gli altri, da A. CANDIAN, *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, Milano, 1953. Si tende a far risalire detta teorica al pensiero di KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit der Büchernachdruck*, cit., 137 e ID., *Metaphysik der Sitten in zwei Theilen, Rechtslehre, Tugendlehre*, I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, II, 3, § 31, II, ora in *Immanuel Kant's Werke*, V, Leipzig, 1838, 97. Kant non parlava però che di *persönliches Recht* (nella sua

punto da contestare l'assunto tralaticio che vorrebbe il *Common Law* impermeabile alla tutela specifica <sup>(193)</sup> degli aspetti non meramente patrimoniali dei titolari originari delle produzioni intellettuali.

---

visione, diritto soggettivo incorporale), non invece di *Persönlichkeitsrecht*, di talché la sua paternità della teoria personalista è solo indiretta. Probabilmente l'antecedente diretto è da rinvenirsi nelle indagini penalistiche e romanistiche di L.J. NEUSTETEL, *Der Büchernachdruck nach römischen Recht betrachtet*, Heidelberg, 1824, consultabile nel sito istituzionale del *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>. Al valore del pensiero di Kant sul piano giuridico mosse una severa critica J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907, 76, per il quale la rappresentazione kantiana è una «*verwunderliche Vorstellung, als ob der Verfasser mit jedem Buchexemplar an das Volk spreche, so daß ihn der Nachdrucker unerlaubt an die Menschheit sprechen lasse, ist keinem juristischen Boden entsprungen, sondern die abenteuerliche Ausgeburt eines unjuristischen Geistes*». E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*<sup>2</sup>, in *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, diretta da W. Kunkel, H. Peters ed E. Preiser, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, 94, con riferimento alla medesima tesi, sottolinea che «*in der Tat hat KANT das Urheberrecht als persönliches Recht bezeichnet. Sein Anliegen war aber ein besonderes. Er stellte die Frage, wie man das Recht am Schriftwerk vom Eigentum am Manuskript und an den einzelnen Exemplaren sondern könne, und er beantwortete sie dahin, daß das buch einerseits ein körperliches Produkt und als solches Gegenstand des Eigentums, andererseits eine Rede des Verfassers an das Publikum und als solche Gegenstand eines persönlichen Rechts sei. Es ging ihm um das Problem, das später durch die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen gelöst wurde. Aber das Stichwort vom persönlichen Recht war gefallen. Es wurde aufgegriffen*», enfasi aggiunta. Per una recente riflessione sul «discorso al pubblico» kantiano, v. M. BORGHI, *Copyright and Truth*, in *Theoretical Inq. L.*, 2011, 4.

<sup>193</sup>Si badi bene che nessuno contesta che esista, in *Common Law*, anche una tutela degli aspetti non patrimoniali, ma essa tutela è quella generica posta a favore del *quisque de populo*, senza specificità che la conformino alla condizione del titolare originario dei diritti sulle produzioni dell'ingegno. Il *Common Law*, ad esempio, senz'altro tutela i «*garden variety torts, like slander*» (LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 67). Lo *slander* è un illecito civile definibile come quella *species* della *defamation* perpetrata senza supporto materiale, ma solo oralmente, in cui si addebitano a terzi circostanze false in grado di ledere la reputazione di questi. La diffamazione per *broadcasting* – quindi *in primis* via radio e televisione – non rientra nello *slander*, bensì nel *libel*, la diffamazione su supporto scritto.

Non è vero, oggi più di ieri (<sup>194</sup>), che «*the characteristic feature of Civil Law copyright law [sia] the protection not only of economic rights...but also of moral rights*» (<sup>195</sup>). Per dirla con le efficaci parole di Gerald Dworkin, «*the concept of moral rights is a relatively novel intruder into common law copyright systems; and that such systems, by dint of Article 6bis of the Berne Convention, are being compelled, kicking and screaming, to dilute their pure economic approach to copyright with alien personality rights. This is an over-stated, and to a large extent inaccurate,*

---

194

Segnala LOEWENHEIM, *Copyright in Civil Law and Common Law Countries*, cit., 162, che *Copyright laws on the European continent on one hand and in the United Kingdom, the Commonwealth countries and the United States of America on the other hand do not only have different roots but have also been going their own way for centuries, forming a considerable gap between them in many regards. The more is fascinating to observe how, in recent years, this gap has been narrowing and how these unlike copyright law systems have been approaching each other...the reasons for this phenomenon...the international trade and the exchange of copyrighted goods and services all over the world*». Più in generale, sul riavvicinamento fra *Civil Law* e *Common Law*, v. SIMPSON, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, cit., 171 e G. ALPA, «*In partibus Angliae*». Immagini del «*common law*» nella cultura giuridica italiana, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, I, 25; *contra*, sottolinea l'importanza delle differenze B. DAVIDSON, *Lost in Translation: Distinguishing Between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters*, in *Cornell Int'l L.J.*, 2005, 583 e spec. 612.

<sup>195</sup>LOEWENHEIM, *Copyright in Civil Law and Common Law Countries*, cit., 162. L'A. fa discendere la circostanza dalla natura *pleno iure* proprietaria del *copyright*, là dove rileva che «*the concept of copyright as a mere property right does not imply the recognition and protection of moral values. It is only the totally different concept of Civil Law which leads to protection of the author's personal interests in his work...until recently, there existed, if at all, only marginal moral rights protection in Common Law countries*» (ivi, 166). Che il *copyright* sia paragonabile alla proprietà – concetto vicino *mutatis mutandis* – alla *real property* dell'area di lingua inglese, ci sembra dubitabile, come indica, *ex plurimis*, la vastità delle limitazioni che può incontrare il diritto in virtù della clausola generale costituita dal *fair use*, il cui precedente è il «*Fairness Abridgement*» introdotto dalla *Court of Chancery* nel caso *Gyles v Wilcox* (1740) 26 ER 489 (v. 17 USC § 107 - «*Limitations on exclusive rights: Fair use*» - a mente del quale «*[I] Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include— (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. [II] The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors*». Queste quattro condizioni, che derivano dalla *opinion* di Joseph Story in *Folsom v Marsh*, 9 F.Cas. 342 (1841), non sono però congiuntamente vincolanti per le Corti, che possono dichiarare il *fair use* anche in virtù di ulteriori fattori non contemplati e anche se non ricorrono le fattispecie di cui sopra. L'istituto, con la sua intrinseca elasticità, è destinato a restare sempre attuale, come dimostrano, *ex plurimis*, E. ROSATI – C.M. ROSATI, *Copyright in diagnostic tests: not yet the end for fair use*, in *JIPLP*, 2012, VII, 510; N. SCHARF, *Digital Rights Management and Fair Use*, in *EJLT*, 2010, II, 1; M.C. DONALDSON, *Fair Use: What a Difference a Decade Makes*, in *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, 2009-2010, 331; R. OKEDIJI, *Toward an International Fair Use Doctrine*, in *Colum. J. Transnat'l L.*, 2000-2001, 75 e, per un'analisi più risalente, ma per molti versi non superata, H. SCHUMANN, *Fair Use im amerikanischen Urheberrecht*, in *GRUR-Int*, 1969, IV, 125. Il concetto, genuinamente statunitense, è comparabile, sia pur da tener distinto, a quello di *fair dealing* proprio di altre Nazioni della medesima area, *in primis* il Regno Unito e il Canada (Sec. 29, 30, 178, *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988 e § 29, *Copyright Act of Canada* del 1921). Cfr., *ex multis*, D. GERVAIS, *Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize Exceptions*

view»<sup>(196)</sup>.

Nel momento in cui mi soffermerò sulle teorie concernenti la natura dei diritti IP, questo discorso non sarà usato – come di consueto – onde dimostrare la natura personale del diritto, bensì per porre in luce la rilevanza ordinamentale che è cifra di questi diritti *ab origine* limitati perché incidenti immancabilmente su interessi pubblici e di terzi, e che porta l'ordinamento ad essere sensibile anche verso aspetti non meramente patrimoniali di diritti che, già solo da questa prospettiva, mostrano tutta la loro distanza dalla proprietà, quantomeno se intesa nel suo paradigma tradizionale.

Se il diritto morale fosse un argomento a favore della natura schiettamente personale dei diritti sulle opere dell'ingegno, non riuscirebbe a comprendersi, a mio sommo avviso, perché esso, a differenza dei diritti di sfruttamento economico, possa essere fatto valere da una vasta schiera di successibili, «senza limiti tempo» e financo, pur in presenza di eredi, dal Presidente del Consiglio, «qualora finalità pubbliche lo esigano» (art. 23, l. aut.)<sup>(197)</sup>.

Proviamo a rimontare alle origini del *droit moral*, espressione breviloquia che comprende il «*droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre*» (*droit à la paternité e droit au respect de l'oeuvre*, art. L. 121-1, CPI e art. 6, Loi N° 57-298)<sup>(198)</sup>; il «*droit de divulgation*» (art. L. 121-

---

*and Limitations to Copyright*, in *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, 2009-2010, 499; K. COSTELLO-B.A. LEVIN-M.J. LOCKERBY, *Good Faith and Fair Dealing – On Both Sides of the Border and Virtually Everywhere*, in *Franchise Law Journal*, 2001, IV, 206 e D.K. MENDIS, *Back to the Drawing Board: Pods, Blogs and Fair Dealing – Making Sense of Copyright Exceptions in an Online World*, in *EIPR*, 2010, XI, 582.

<sup>196</sup>

G. DWORKIN, *The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries*, in *Colum.-VLA J.L. & Arts*, 1995, XIX, 229-230, enfasi aggiunta, che continua col dire che «*Indeed, the great eighteenth century English common lawyer, Lord Mansfield, whether or not he could be claimed as a founding father of moral rights, pronounced weightily upon copyright as a blend of economic and personal rights of authors in the seminal case of Millar v. Tavor: «From what source, then, is the common law drawn... ?... [The author] can reap no pecuniary profit, if, the next moment after his work comes out, it may be pirated upon worse paper and in worse print, and in a cheaper volume. The author may not only be deprived of any profit, but lose the expense he has been at. He is no more master of the use of his own name. He has no control over the correctness of his own work. He can not prevent additions. He can not retract errors. He can not amend; or cancel a faulty edition. Any one may print, pirate, and perpetuate the imperfections, to the disgrace and against the will of the author; may propagate sentiments under his name, which he disapproves, repents and is ashamed of. He can exercise no discretion as to the manner in which, or the persons by whom his work shall be published».* It is certainly true, however, that the concept of moral rights played little, and some may argue no, role in the subsequent development of copyright in common law countries». Come si precisa *ivi*, 71, a ben guardare, sia «*the French judicial decisions, the 122-year-old Berne convention, the 1957 French legislation, and even the narrow United States law on point all guard the «honor and reputation» of the author».*

<sup>197</sup>Per la sua rilevanza ai nostri fini, si riporta il contenuto, pur abbondantemente noto, dell'art. 23, l. aut.: «*[I] Dopo la morte dell'autore il diritto previsto nell'art. 20 può essere fatto valere, senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e da discendenti diretti; mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti. [II] L'azione, qualora finalità pubbliche lo esigano, può altresì essere esercitata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita l'associazione sindacale competente».* Fa eccezione il diritto di ritiro, che, ai sensi dell'art. 142, co. 2, l. aut., «è personale e non è trasmissibile».

<sup>198</sup>Art. L. 121-1. «*l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires».* L'articolo

2/3, *CPI* e artt. 19-20, *Loi N° 57-298*)<sup>(199)</sup> e «*droit de repentir ou de retrait*» (art. L. 121-4, *CPI* e art. 23, *Loi N° 57-298*)<sup>(200)</sup>. Esso ha una connotazione molto simile nei principali ordinamenti di *Civil Law*.

Occorre rilevare sin d'ora che, sebbene la sistematica della l. aut. non sia identica – la «protezione dell'utilizzazione economica» precede la «protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore. Diritto morale dell'autore» (sez. I e II, capo III, titolo I, l. aut.) il contenuto appare analogo, così abbiamo il «diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione» (art. 20), il «il diritto di rivelarsi e di far riconoscere in giudizio la sua qualità di autore» (art. 21); curiosamente collocato in apertura della il «diritto esclusivo di pubblicare l'opera» (art. 12) e infine, «qualora concorrano gravi ragioni morali [il] diritto di ritirare l'opera dal commercio» (art. 142).

Fedele sia alla sistematica, che al contenuto del modello francese, è, infine, il «*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*» del 9-9-1965 (nel prosieguo, anche *Urheberrechtsgesetz* e *UrhG*)<sup>(201)</sup>; infatti l'*Abschnitt 4, Teil I*, riguardante l'*Inhalt des Urheberrechts*, dopo una disposizione a carattere generale, la quale significativamente, afferma che «*das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes*» (§ 11, *Abs. 1, UrhG*) disciplina, con priorità sui *Verwertungsrechte* (*Abschnitt 2*), gli *Urheberpersönlichkeitsrecht* (*Abschnitt 1*) e, segnatamente, il *Veröffentlichungsrecht* (§ 12,

---

costituisce copia conforme dell'art. 6 dell'abrogata *Loi N° 57-298*.

<sup>199</sup>

Art. L. 121-2. «[I] *L'auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. [II] Après sa mort, le droit de divulgation de ses oeuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. A leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir. [III] Ce droit peut s'exercer même après l'expiration du droit exclusif d'exploitation déterminé à l'article L. 123-1*». Art. L. 121-3. «[I] *En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. [II] Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture*». Gli artt. 19 e 20 dell'abrogata *Loi N° 57-298* avevano il medesimo tenore letterale.

<sup>200</sup>Art. L. 121-4. «*Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son oeuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originariamente choisi et aux conditions originariamente déterminées*». V. l'identico art. 23, *Loi N° 57-298*.

<sup>201</sup>Il *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (BGBl. I S. 1273) è stato da ultimo modificato dall'*Artikel 2, Absatz 53* del *Gesetz 22-12-2011* (BGBl. I S. 3044).



UrhG) <sup>(202)</sup>, l'*Anerkennung der Urheberschaft* (§ 13, UrhG) <sup>(203)</sup> e il diritto «*eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten*» (§ 14, UrhG) <sup>(204)</sup>.

Nella storia del *droit moral*, non rivisiteremo tutto il diritto romano perché abbiamo già chiarito che la vera storia dei diritti sulle opere dell'ingegno nasce nel XVII, ma mi sia consentito ricordare che, sebbene «non vi fu mai in Roma alcuna legge che tutelasse i diritti di autore, quali noi li intendiamo [cionondimeno] era tutelata la personalità dell'autore» <sup>(205)</sup> e aggiungere che anche recenti ricerche confermano che «*it was important to those authors that their works appear at times of their choosing, and only in the form agreed upon with the publisher. That the copies made be as accurate as possible was a primary concern...it was of particular importance to authors that they be recognized as the author of their work and that third parties not claim authorship for those works. The failure to respect this fundamental convention resulted in moral outrage and was seen as a violation of an important social norm*»<sup>(206)</sup>.

Volgendo lo sguardo alla protostoria, occorre rilevare che la prima legge generale sulla proprietà industriale, già nel 1474, mostrava preoccupazioni di tutela dell'onore e della fama, là dove statuiva che «*et se'l fosse prouisto, che le opere et artificii trouade da loro altri viste che le hauesseno, no[n] podesseno farle, e tuor l'honor suo, simel homeni exercitariano l'ingegno, troueriano, et fariano de le chosse, che sariano de non picola utilità et beneficio ad stado nostro*» <sup>(207)</sup>.

---

202

§ 12, UrhG: «[I] *Der Urheber hat das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist. [II] Dem Urheber ist es vorbehalten, den Inhalt seines Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, solange weder das Werk noch der wesentliche Inhalt oder eine Beschreibung des Werkes mit seiner Zustimmung veröffentlicht ist*».

<sup>203</sup>§ 13, UrhG: «*Der Urheber hat das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk. Er kann bestimmen, ob das Werk mit einer Urheberbezeichnung zu versehen und welche Bezeichnung zu verwenden ist*».

<sup>204</sup>§ 14, UrhG: «*Der Urheber hat das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden*».

<sup>205</sup>STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 6.

<sup>206</sup>DE LA DURANTAYE, *The Origins of the Protection of Literary Authorship in Ancient Rome*, cit., 110, enfasi aggiunta. L'A., *ibidem*, nota come, per quanto nella temperie culturale odierna caratterizzata spesso dalla tendenza alla *propertization*, possa sembrare assurdo, «*The reproduction, distribution, production or presentation of already published texts without the author or publisher's permission were not sanctioned in any form. On the contrary, authors strongly tended to be interested in a maximal circulation for their works and, as a rule, were quite content to see subsequent distribution*». Il principale motivo di ciò è chiaro: «*fundamental striving for immortality had as a result that, for authors, the exploitation rights for their works were of minor interest and importance to them. They wrote for what they saw as far higher goals than mere money. A legal instrument that would have secured a financial participation in the success of their works at the price of limiting the circulation of those works would not have met with their approval as it would not have satisfied the desires they so frequently voiced*» (ivi, 111). In conclusione, *the protection of authors' interests...was effected by means of powerful social norms governing conceptions of public morals and individual honor. Those authorial interests which today's droits morals or moral rights oversee were protected by those social norms*» (ivi, 38).

<sup>207</sup>L'enfasi è aggiunta. Come acutamente pone luce FRANCESCHELLI, *La prima legge generale in materia di invenzioni industriali (la «parte» veneziana 19 marzo 1474)*, cit., 372, «in quel prender via l'«honor suo» ritengo di veder adombrata anche una preoccupazione di natura non patrimoniale, e precisamente di tutela dell'onore e fama e rinomanza che può venir da quella che noi oggi chiamiamo la paternità dell'opera».

Se la legislazione ha non di rado mancato di dare attenzione al *droit moral*, la dottrina e la giurisprudenza hanno potuto riconoscerlo recuperandolo dalle «più pure tradizioni delle antiche leggi italiane» (208). Oltre al provvedimento del 1474, il riferimento è alla «parte» presa dal Consiglio dei Dieci il 7-2- 1545 (209), da molti considerata il primo atto normativo in materia di diritti IP (210), ma, anche a contestare questo primato, è universalmente riconosciuto che «*the notion of the author as an artistic personality is for the first time legally defined and offset against the financial interests of the printers*» (211).

Al di là di singoli atti normativi, la protostoria dei diritti sulle opere dell'ingegno è comunque ricca di episodi che testimoniano la tutela del *droit moral*, come ad esempio l'intervento di Cosimo I d'È Medici (212) avverso Anton Francesco Grazzini, che aveva fatto stampare un'opera dell'allora già defunto Giovanni Battista dell'Ottonaio; il fratello Paolo fece istanza a Cosimo I perché i *Canti* erano stati stampati in forma scorretta, e il Granduca, in accoglimento, ordinò l'espunzione delle pagine corrispondenti (213).

La nascita del *droit moral* è certamente debitrice degli sforzi di un gruppo di intellettuali, *Les Réthoriciens* – fra cui spiccavano André de La Vigne e Jean Lemaire – che riuscirono ad

---

208

STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 228, nt. 1.

<sup>209</sup>La Parte del 7 febbraio 1545, il cui originale è conservato nell'Archivio di Stato veneziano (ASV, CX, Comuni, b. 36, fol. 297r) ha il seguente tenore letterale: «1544. Die 7 Februarii in Consiglio X. È accresciuta in tanto l'audacia et cupidità di guadagno di alcuni stampatori in questa nostra città, che si fanno licito de imprimer quell che li pare, et nominar li compositori di quelle cose che stampano, senza alcuna loro scientia, anzi contra ogni loro voler: Essendo stà de ciò fatta querela alli capi di questo conseglio, con ricercar instantemente provisione, la qual si deve omnino far, et però; l'anderà parte, che de cetero alcun impressor in questa nostra città non habbia ardimento stampar, né stampata far vender alcuna opera in cadauna lingua, s'el non conterà per authenticò documento alli refformatori dello studio nostro di Padoa, à chi la cognition di tal cosa è stata deputata, l'autor di quella, over li suoi heredi più congionti esser contenti, et ricercar, che la si stampi, et venda, sotto pena di pagar ducato uno per cadaun libro et autor che stampassero contra il presente ordine, et di star mese uno serrato in preson, et che li sian brusati tutti li libri, che si troversero stampati di tal sorte: et l'accusator per il qual si venirà in luce della verità, habbia la mità della pena sopraditta, et l'altra mità vadi all'hostpedal della pieta; et la presente parte sia publicata sopra le scalle di San Marco et Rialto».

<sup>210</sup>Ma, contra, J. COSTYLO, *Venetian Decree on Author-Printer Relations, Venice (1545)*, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, cit., che rileva che, anche se «*it is often celebrated as the first European legislative act to recognise the author's 'copyright'*. In reality, however, it was one of a series of remedial decrees designed to regulate the printing trade and, rather than constituting an assertion of author's rights as such, it illustrates the abuses of the book trade. While setting out censorship rules it does, though, incidentally give more recognition to the author's personality».

<sup>211</sup>COSTYLO, *Venetian Decree on Author-Printer Relations, Venice (1545)*, cit., [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org).

<sup>212</sup>Anche per vicende come quella qui riportata, G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica da S. Pietro sino ai nostri giorni*, LXXVII, Venezia, 1856, 166, può affermare che, a Cosimo I d'È Medici, prima Duca di Firenze e poi Granduca di Toscana, «non mancò l'animo di promuovere opere nobilissime: né mancò per lui agli artisti quell'incoraggiamento che ancora a qu'È giorni fu grande...per tale rispetto [sc. i monumenti e gli edifici lasciati], siccome altresì riguardo alle lettere ed alle scienze, il segno suo segno tal epoca che sarà sempre degna di molti elogi». A Cosimo I è dedicata quel monumento culturale rappresentato da G. VASARI, *Le vite d'È piv eccellenti pittori, scvltori, e architettori italiani, da Cimabve insino a' tempi nostri*, cit., passim.

<sup>213</sup>Il riferimento è A.F. GRAZZINI (a cura di), *Tutti i trionfi, carri, mascherate o canti carnascialeschi andati per Firenze*, Firenze, 1559; a seguito dell'intervento di Cosimo I, i *Canti* riapparvero in P. DELL'OTTONAIO (a cura di), *Canzoni o vero mascherate carnascialesche*, Firenze, 1560. Qualche cenno sulla vicenda anche in STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 228, nt. 1.

ottenere nei Tribunali un allora sconosciuto diritto di pubblicazione e, mediante una serie di stratagemmi, il diritto di paternità<sup>(214)</sup> e di integrità.

Sotto il primo profilo, si pensi all'azione intentata da Lemaire, il quale, per prevenire gli abusi dello stampatore Michel Le Noir – che nel 1504 aveva pubblicato senza il suo consenso *Temple d'Honneur et de Vertus*, per giunta sbagliando il nome dell'autore<sup>(215)</sup> –, chiese e ottenne un privilegio reale di durata triennale e, per rafforzare il proprio controllo sulla stampa, vi procedette a proprie spese. Anche a tacere sulle entrate di Lemaire negli ambienti reali – grazie alle quali, secondo qualcuno, egli poté ottenere tutela<sup>(216)</sup> – è innegabile che questa e consimili vicende lasciano intravedere il passaggio da un'epoca, in cui i *droit moraux* non erano in nessun modo protetti, ad una in cui, faticosamente, cominciano ad affermarsi.

Quanto ai menzionati stratagemmi, necessaria a tutelare *in primis* il diritto di paternità, si trattava di «*the practice of hiding a coy acrostic in a manuscript text to remind a wealthy patron of the writer's name [that] gradually gave way to displaying the writer's name prominently on the title page of a printed book, for a wider reading audience to remember. Instead of a manuscript's hand painted picture of the patron's coat of arms, these writers began to include an engraving of their own pictorial symbol or coat of arms*»<sup>(217)</sup>.

Un ulteriore passo avanti – nella storia delle idee *in puncto* diritto morale d'autore – si compie con la *Comédie Française*<sup>(218)</sup>, fondata nel 1680 e titolare dell'esclusiva di messa in scena di spettacoli in francese a Parigi. Le più recenti ricerche valorizzano grandemente il ruolo di questa compagnia teatrale, al punto da affermare, arditamente, che «*it was the Comédie-Française playwrights, with their very particular, heightened need to assert their honor and reputations, who made it possible for non-economic interests in creative work to become more fully recognized*»<sup>(219)</sup>.

---

<sup>214</sup>Ai tempi, non solo non esisteva un diritto al nome dell'autore, ma era posto l'obbligo di inserire il nome e la dimora dell'editore, onde consentire un maggior controllo a fini censori. Cfr. l'art. 78 dell'*Ordonnance sur la réforme de la justice* del 1566: «*Défendons...à toutes personnes que ce soit, d'imprimer ou faire imprimer aucuns livres ou traitez sans nostre congé et permission, et lettres de privilège expéditées sous nostre grand scel: auquel cas aussi enjoignons à l'imprimer d'y mettre et insérer son nome, et le lieu de sa demurance, ensemble ledit congé et privilège, et ce sur peine de perdition de biens, et punition corporelle*».

215

Su cui cfr., ad es., C.J. BROWN, *Poets, Patrons, and Printers: Crisis of Authority in Late Medieval France*, Ithaca-London, 1995, 4.

<sup>216</sup>BROWN, *Poets, Patrons, and Printers: Crisis of Authority in Late Medieval France*, cit., 44 e *passim*.

<sup>217</sup>LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 88.

<sup>218</sup>Sulla *Comédie Française*, v. C. GOLDONI, *Memorie*, a cura di C. Bosisio, Milano 1993, 535 e *passim* e C. VARLET DE LA GRANGE, *Le registre de La Grange (1659-1685)*, a cura di B.E. Young e G. Philputt Young, Genève, 1947. Charles Varlet de La Grange era un giovane gentiluomo facente parte della *troupe* di Molière; il suo diario, nel riportare le proprie attività professionali, tocca di necessario anche la *Comédie Française* nel suo complesso.

<sup>219</sup>LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 94. L'A. conclude col dire che «*like the ancien régime playwrights who found recognition and personal dignity within their society by behaving as nobles, le droit moral recognizes the personal dignity and ennobling aspirations of all authors*» (ivi, 115).

Certamente, si trattò di un teatro di enorme influenza, come testimonia il fatto che uno dei quattro *Premiers Gentilhommes de la Chambre du Roi* <sup>(220)</sup> era deputato a controllarla e, per non prendersi pena d'intervenire ogni volta personalmente, sviluppò un folto apparato regolatorio e una fitta rete d'intermediari <sup>(221)</sup>. Il punto nodale starebbe, secondo questa ricostruzione <sup>(222)</sup>, proprio nella rinegoziazione di queste regole, portata avanti in particolare da Caron de Beaumarchais, che all'uopo, nel 1777, creò la *Société des Auteurs Dramatiques* (SAD), progenitrice dell'attuale *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques* (SACD). Liemer giustifica la trasformazione delle aspettative degli artisti in pretese giuridiche con una motivazione dal deciso sapore psicologico: « *playwrights who spent years exercising social self-restraint came to expect their proper behavior would lead to specific, promised results* » <sup>(223)</sup>. Così, chi seguiva tutte le regole poste allo scopo, acquisiva il diritto di riproduzione, così come il diritto all'integrità dell'opera, specialmente mediante la scelta degli attori.

Il momento in cui si osserva, forse per la prima volta, la netta separazione fra facoltà di sfruttamento economico e *droit moral* si ha quando una *pièce*, dopo un certo numero di rappresentazioni, veniva posta fuori calendario e inserita del repertorio permanente. Nel caso in cui si decidesse di mettere nuovamente in scena, l'autore dell'opera non avrebbe goduto dei risultati delle vendite dei nuovi biglietti, ma conservava il diritto di essere pienamente coinvolto in tutte le fasi, dall'*editing* alla rappresentazione, passando per il *casting* e la calendarizzazione. Osserviamo, in sostanza, due titolari diversi di diritti vertenti sul medesimo oggetto : da una parte gli attori, cui vanno i proventi dei *revivals*, dall'altra gli autori delle *pièces*, la cui pretese morali godevano di apposita disciplina <sup>(224)</sup>. Non ci si stupirà nell'osservare che, nonostante le molteplici prerogative di carattere non patrimoniale – oltre alle ricordate, si pensi al *droit d'entrée*, cioè di ingresso libero con

---

<sup>220</sup>Si tratta, come noto, di uomini di fiducia del Re, per lo più parenti stretti, due due quali con delega ai teatri ed uno, come detto, specificamente alla *Comédie Française*.

221

Cfr. lo studio sociologico G.S. BROWN, *A Field of Honor: Writers, Court Culture and Public Theater in French Literary Life from Racine to the Revolution*, New York-Chichester, 2005, 77 e *passim*,

<sup>222</sup>Sulla consistenza di questo apparato regolatorio getta ombre DE LA HARPE, *Adresse des auteurs dramatiques à l'Assemblée nationale prononcée par M. Jean François de La Harpe dans la séance du mardi soir 24 août 1790*, cit. , 7: « *Daignez, messieurs, considérer d'abord le régime de la comédie absolument anarchique, l'insuffisance et la violation de leurs prétendus réglemens, leur crédit tout-puissant auprès de leurs supérieurs de la cour* ».

<sup>223</sup>LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 99. Il riferimento è primariamente alla circostanza che la libertà degli intellettuali era sempre stata limitata dalla necessità di mantenersi il favore dei nobili, le cui risorse erano necessarie per la messa in scena, per non dire delle pressioni che esercitavano affinché il controllo dei *Premiers Gentilhommes de la Chambre du Roi* andasse a buon fine.

<sup>224</sup>Si è osservato correttamente che « *The Comédie-Française playwrights came to expect this continued control over their works in the repertoire, and the regulations came to protect these expectations. In this way, initial income from the work and continued control over its presentation were separated, creating different interests, one monetary and one personal* » (LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 101).

posti riservati – questi autori chiamassero questi diritti, oltre che *moraux*, anche *propriété*. Ancora una volta, si ricorre alla perversione dei significati per affermare diritti contestati.

Un primo riconoscimento positivo riguarda il diritto di pubblicazione – e il corrispettivo d'inedito – e si ha con l'art. 3 del citato *Décret relatif aux spectacles*, a mente del quale « *les ouvrage des auteurs vivans ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs* », con la previsione di una sorta di riversione degli utili, se ben intendiamo il « *sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs* ».

I medesimi diritti sono riconosciuti, ma con un ambito di applicazione soggettivo più ampio (<sup>225</sup>), dall'art. 3 del «*Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*», alla stregua del quale «*les officiers de paix seront tenus de faire confisquer à la réquisition et au profit des auteurs, compositeurs peintres ou dessinateurs et autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle par écrit des auteurs*».

Andati alla ricerca delle origini del diritto morale, unico nucleo stabile dei diritti sulle opere dell'ingegno, si può rimanere un po' delusi nel constatare che «*the French did not codify any of these rules until 1957*» (<sup>226</sup>), ma ciò è dovuto «*largely because the judge-made rules were considered to be sufficient*» (<sup>227</sup>), ciò che spiega anche perché la legislazione che verrà proposta nel 1908 a tutela dei diritti morali sarà rigettata (<sup>228</sup>). Nonostante le tendenze anti-giurisprudenzialiste sconsigliassero ai giudici del post-Rivoluzione un'applicazione della legge che andasse oltre il ruolo di montesquieuiana *bouche qui prononce les paroles de la loi* (<sup>229</sup>), essi, di fatto, un caso dopo l'altro, crearono quel *corpus* di facoltà – che la legge consentiva, ma certo non contemplava – che costituiscono oggi lo zoccolo duro della maggior parte degli ordinamenti, specie di *Civil Law*.

Si registrarono casi significativi sin dall'inizio dell'Ottocento, come *Billecocq c. Glenda* del 1814 (<sup>230</sup>), che riconobbe il diritto di paternità là dove statui che «*un ouvrage vendu par un auteur à*

---

225

L'ambito soggettivo, come individuato dall'art. 1er è dato da « *Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux et dessins* »

<sup>226</sup>C.P. RIGAMONTI, *The Conceptual Transformation of Moral Rights*, in *Am. J. Comp. L.*, 2007, 89.

<sup>227</sup>RIGAMONTI, *The Conceptual Transformation of Moral Rights*, cit., 89.

<sup>228</sup>V. A. VAUNOIS, *Rapport*, in *Bulletin de la société d'études législatives*, 1908, VII, 77-78.

<sup>229</sup>C.-L. DE SECONDAT DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des Loix ou de rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce*, XI, *Des loix qui forment la liberté politique, dans son rapport avec la constitution*, 1748, Amsterdam, ora in *Œuvres de monsieur de Montesquieu*, I, London, 1772, 200, scrive «*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle*».

<sup>230</sup>Trib. civ. Seine, 17-8-1814, in *Rép. méth. Dalloz, Prop. Litt.*, 1815, 309. Come rileva MOSCATI, *Alle*

un imprimeur ou à un libraire, et qui doit porter son nom doit être imprimé dans l'état dans lequel il a été vendu et livré»<sup>(231)</sup>, fino ad affermazioni di principio importanti, quale quella alla stregua della quale «*indépendamment de l'intérêt pecuniaire, il existe pour l'artist un intérêt plus précieux, celui de la réputation*»<sup>(232)</sup>, da cui seguì il riconoscimento all'integrità dell'opera, nella specie la *Femme Piquée par un Serpente* di Auguste Clésinger.

Uno dei *leading cases* fu *William Eden c. James Abbott McNeil Whistler*<sup>(233)</sup>, in cui il noto pittore statunitense vide riconosciuto il proprio diritto al pieno controllo dell'opera, in particolare «*the absolute right of the Artist to control the destiny of his handiwork – and, at all times, and in all circumstances, to refuse its delivery into unseemly and ridiculous keeping*»<sup>(234)</sup>.

André Morillot<sup>(235)</sup> fornì il nome nel 1872 e i filosofi tedeschi<sup>(236)</sup> ne misero a punto

---

*radici del droit d'auteur*, cit., 293, «Quanto al diritto morale, la dottrina più recente ritiene che cominci a essere tutelato dopo il *droit intermédiaire*, a seguito di alcuni *arrêts* del 1814». Il riferimento è a STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, cit., spec. 124; Y. GENDREAU, *Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1988, XIII, 41; LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, I, cit., *passim*.

231

Cfr., più diffusamente, STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur, en droit allemand, français, et scandinave*, I, cit., 196.

<sup>232</sup>Trib. corr. Paris, 5-1-1850, in *Revue de Belgique*, 1850, V, 225. Jean-Baptiste Auguste Clésinger, dopo aver ceduto *Femme Piquée par un Serpente* espressamente contemplando in contratto il diritto di copia, però, ritenne che la copia che era stata realizzata fosse lesiva della propria reputazione, perché al serpente era stato sostituito «*un personnage qui, d'une oeuvre leine de poésie, en avait fait un sujet licencieux...une oeuvre immorale...un enfant placé dans une position non équivoque*». Clésinger ottenne 500 franchi e la distruzione di stampi e delle copie. L'originale, ai tempi ospitato al Louvre, è oggi ammirabile al Musée d'Orsay.

<sup>233</sup>Cour de Cassation, 14-3-1900, in *Dalloz*, 1900, I, 63. Il caso è stato oggetto di rinnovato interesse, come dimostra la riedizione di J.A. MCNEIL WHISTLER, *Eden Versus Whistler. The Baronet & The Butterfly A Valentine With A Verdict*, New York, 1899, ora in *The Making of the Modern Law: Trials, 1600-1926*, Toronto, 2011. Un precedente può essere considerato, per certi versi, il caso *Veuve Vergne c. Créanciers Vergne* (Cour royale de Paris, 11-1-1828, in *Cours royales et Conseil d'Etat*, 1828, I, 5, consultabile in *Court of Appeal on moral rights (1843)*, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, cit.) in cui si riconobbe che «*une oeuvre musicale qui na pas encore été publiée par la voie de l'impression, et par exemple, une messe en musique qui est ecore en manuscrit, ne peut être saisie et vendue à la requête des créanciers de son auteur; bien qu'elle ait été exécutée deux fois dans une église*». Affronta la questione dell'esercizio surrogatorio del *droit de publier*, da parte dei creditori dell'*auteur*, già MORILLOT, *De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*, cit., 29.

<sup>234</sup>MCNEIL WHISTLER, *Eden Versus Whistler The Baronet & The Butterfly A Valentine With A Verdict*, cit., 79. Sir William Eden aveva commissionato e pagato a James Abbott McNeil Whistler un ritratto che questi si rifiutò di consegnare: nonostante l'artista l'avesse già esibito, la *Cour de Cassation* ineditamente...riconobbe il diritto di inedito.

<sup>235</sup>MORILLOT, *De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*, cit., 29 è considerato il padre della formula *droit moral*. Egli scrive che «*parmi les droits qui appartiennent à une personne, les uns sont moraux, de famille, en dehors du patrimoine, non susceptibles d'être évalués directement en argent; les autres sont dans le patrimoine, et comportent une estimation pécuniaire directe*» (ivi, 30).

<sup>236</sup>Si ritiene che il maggior apporto sia stato dato da Hegel e Kant; in tal senso, fra gli altri, FISHER, *Theories of intellectual property*, cit., 174, che scrive «*the French and German copyright regimes, for example, have been strongly shaped by the writings of Kant and Hegel. This influence is especially evident in the generous protection those countries provide for «moral rights» -- authors' and artists' rights to control the public disclosure of their works, to withdraw their works from public circulation, to receive appropriate credit for their creations, and above all to protect their works against mutilation or destruction*». Questa tesi sembra mostrare un po' di confusione fra la teoria personalistica e la riflessione sui diritti morali. *Contra*, per motivi diversi, LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 115 secondo cui «*by the time German philosophers were developing concepts of personal rights, which previous scholars have pointed to as required underpinnings of le droit moral, the French courts already had experience applying le droit moral*

l'essenza, ma il diritto morale viveva già, solido, negli orientamenti giurisprudenziali che si fecero sul punto viepiù costanti.

Se i giudici ebbero l'ardire di costituire, in maniera sempre più sistematica e forte, un *corpus* a tutela dei *droits moraux*, può essere ricondotto a diversi fattori (<sup>237</sup>), fra i quali – a mio sommesso avviso (<sup>238</sup>) – primario rilievo ha la circostanza per cui, da una parte, il paradigma proprietario era tanto netto nei *rappports* e nei commenti su *lois e décret*, quanto poco più che nominale nei testi delle leggi, le quali approntavano più raffinate soluzioni compromissorie, sia pur ideologicamente connotate; dall'altra, che – anche grazie ad esperienze come la *Comédie Française* – era ormai entrata nel patrimonio culturale comune del popolo francese, la coscienza che il cuore dei diritti sulle opere dell'ingegno non risiedeva nel mero *copyright*, diritto di riprodurre, bensì nel *droit moral*, nocciolo duro del diritto.

### 1.5 Le creazioni dell'ingegno nell'Italia preunitaria e nel Regno d'Italia

Come lumeggiato, *in puncto* si registra il silenzio di quel *Code civil* che fu il modello (solo in alcuni casi imposto con le armi, più spesso spontaneamente recepito) per tutte le codificazioni civilistiche realizzate in Italia dall'età della Restaurazione, giungendo ad influenzare profondamente il Codice civile del Regno d'Italia del 1865 (e indirettamente il codice vigente) tramite il Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna del 1837 (più noto come Codice albertino). Ciò anche in punto di proprietà, basti pensare al rapporto fra l'art. 544 del codice francese («*la propriété est le*

---

*concepts*». C'è anche chi – come RIGAMONTI, *The Conceptual Transformation of Moral Rights*, cit., 78 – riconoscendo l'importanza dell'apporto dei filosofi, precisa che «*many of the decisional rules currently associated with the moral rights doctrine were fully recognized in the early 19th century despite the fact the abstract concept of moral rights, described above as the copyright concept of moral rights, was not developed in legal theory until much later*».

237

Fra gli altri, LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 113, segnala che «*for decades after the Revolution, the French standard of living for most people declined dramatically. While deciding ordinary cases about inheritance, contract, and debt disputes, the courts seem to have been sensitive to finding ways to help people survive. Authors' widows and children sometimes had little to live on other than the sale of the deceased's manuscript or publishing royalties from his writing. Protecting the honor and reputation of deceased authors, and the practical equivalents of the author's rights of disclosure, attribution, and integrity, was already valued in France. The courts seem to have just assumed that interests in these rights were among those inherited, among the aspects of the ownership by heirs conferred by the 1791 and 1793 laws*». Dal canto suo, J.A.L. STERLIN, *World Copyright Law*<sup>3</sup>, London, 2007, § 2.17.C(ii), pone in luce che «*french Revolutionary concepts embraced links between the ideas of property, liberty and the rights of the person*».

<sup>238</sup>Il concetto è vicino a quello abbozzato in LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, cit., 114, là dove scrive che «*When court decisions appeared in the early 1800s talking about artists' noneconomic interests as if they were nothing new, and the advocates referred to these rights in their arguments, they did not just pluck them out of thin air. They reflected values and concerns ready known in the culture*». L'idea, però, sembra rimanere troppo poco definita.

*droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*)<sup>(239)</sup>, l'art. 439 del Codice albertino («la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti») (240) e l'art. 436 del codice Pisanelli («la proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti»), che, al netto di mutamenti più di forma che di sostanza, son stati riversati nell'art. 832 c.c.

Nonostante questo forte debito e anche se nel *Code civil* nessun cenno fosse fatto al *droit d'auteur*; tanto il codice albertino, quanto quello del 1865, difformemente dalla sistematica del fresco di bicentenario *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* (241), subito dopo la disposizione concernente il contenuto della proprietà, ne contempla una riguardante le opere dell'ingegno.

Ciò si spiega anche perché, nonostante l'assenza di previsioni esplicite, fu da subito dai più sostenuta l'applicabilità *de plano* della disciplina del *Code civil* concernente la proprietà anche ai diritti sulle opere dell'ingegno, come testimonia il *rapporteur* Pierre-Florent Louvet de la Somme, là dove afferma che «*ce droit précieux se trouve fortement consacré dans ce Code immortel qui déjà est devenue celui de la moitié de l'Europe...au Code Napoléon, dont le grand et principal objet est de régler les principes et le droits de la propriété, se rattache essentiellement le projet de loi que j'ai l'honneur de vous soumettre* (quello sui *délits et crimes contre les propriétés*)» (242).

La circostanza, però, non deve far pensare a una soluzione originale del legislatore italiano che, se non era in questo caso debitore *recta via* del *Code civil*, accoglieva comunque l'impostazione voluta dal grande statista di Ajaccio, se è vero – e lo è – che la «*napoleonic expansion in the early nineteenth century brought authors' rights to Belgium and Holland, and influenced legal developments in Italy and Switzerland*» (243).

---

<sup>239</sup>Cfr. S. RODOTÀ, *Note intorno all'articolo 544 del 'code civil'*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, 1969, 173.

<sup>240</sup>Copia di quest'articolo è l'art. 469 del Codice per lo regno delle Due Sicilie, come anche molti altri dell'Europa del tempo: v., *inter alia*, l'art. 430 del Codice civile degli Stati Uniti delle Isole Jonie.

241

L'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie* approvato il 1-6-1811, entrato in vigore il 1-1-1812 è ancora oggi vigente ed è stato da ultimo modificato con l'*Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz (IRÄ-BG)* del 22-7-2010. La circostanza riportata nel testo è già notata da L. FRANCHI (a cura di), *Leggi e convenzioni sui diritti d'autore. Raccolta generale delle leggi italiane e straniere e di tutte le convenzioni*2, Milano, 1902, 78.

<sup>242</sup>LOUVET DE LA SOMME, *Rapport fait au Corps Législatif dans la séance du 19 février 1810 en présentant le voeu d'adoption émis par la commission législative sur le chapitre II du Titre II du Livre III du Code Pénal*, cit., 169.

<sup>243</sup>DAVIDSON, *Lost in Translation*, cit., 612.



La differenza fra l'art. 441 c.c. 1837 <sup>(244)</sup> e l'art. 437 c.c. 1865 <sup>(245)</sup> – il primo parla *apertis verbis* di proprietà delle opere dell'ingegno, l'altro, più genericamente, di appartenenza <sup>(246)</sup> – va, a mio avviso, ridimensionata alla luce di un'interpretazione sistematica dell'apparato normativo rilevante. È vero che vi fu una giurisprudenza che, formatasi su quei codici, adottò con convinzione il paradigma dominicale (così, ad es., la colonna sonora di un film sarebbe stata il fondo servente su cui sarebbe gravato il peso imposto dall'immagine <sup>(247)</sup>), ma in essa autorevole ed equilibrata dottrina rinvenne «i segni di una educazione ricevuta in chiave positivista e di una superficiale formazione storica che utilizza schemi male assimilati» <sup>(248)</sup>.

Ora, la scelta di rinunciare al termine «proprietà» non fu casuale, ma motivata dalla volontà «di non chiamare, senza assoluta necessità, nelle aule parlamentari, la questione che ferve tra gli scienziati, se cotesto diritto dia una vera proprietà od un altro diritto *sui generis*, che possa più giustamente chiamarsi privativa, privilegio o simili: questione che crediamo essere più di nome che di sostanza» <sup>(249)</sup>. La medesima ragione sarebbe, secondo Lodovico Barassi, alla base della collocazione sistematica dell'attuale disciplina non fra le disposizioni sulla proprietà, bensì fra quelle dedicate al lavoro <sup>(250)</sup>.

Il dibattito sulla natura degli IPRs non ferveva, però, solo nei tribunali. Esempio è, a tal proposito, la disputa fra Alessandro Manzoni e l'editore Le Monnier, in particolare per la ristampa del 1845 de «I promessi sposi» <sup>(251)</sup>, ad esito della quale, accogliendo le osservazioni di Girolamo Boccoardo, Manzoni ci consegna la sua immortale riflessione: «questa formola «Proprietà letteraria» è nata, non da un intuito dell'essenza della cosa, ma da una *semplice analogia*. È un traslato che,

---

<sup>244</sup>Art. 441 c.c. 1837 «Le produzioni dell'ingegno umano sono proprietà dei loro autori sotto l'osservanza delle leggi e dei regolamenti che vi sono relativi»

<sup>245</sup>Art. 437 c.c. 1865: «Le produzioni dell'ingegno appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite da leggi speciali».

<sup>246</sup>Una lezione insuperata sull'indeterminatezza del concetto di «appartenenza», è quella di G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, I, Firenze, 1889, 43-44, là dove, lucidamente, commentando la compresenza, nelle fonti romane, del *pertinere ad aliquid* accanto al *pertinere ad aliquem*, scrive: «*pertinere ad aliquid* non significa pertinenza di diritto. Anche nel discorso volgare il falegname per esempio vi dirà, che quel cassetto appartiene al tale tavolino...Ma chi si è sognato di alludere a una pertinenza giuridica?» (*ivi*, 43-44).

247

Cass., 12-8-1953, in *Dir. aut.*, 1953, 510. Il caso è citato anche in P. RESCIGNO, *Intervento di chiusura*, in *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, a cura di E. Marmocchi, Milano, 2011, 116.

<sup>248</sup>P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 57, che riconduce, invece, le estremizzazioni ideologiche degli anti-proprietari alla «formazione idealistica di una larga parte della nostra dottrina» (*ivi*, 58).

<sup>249</sup>Di ciò informa anche STOLFI, *Proprietà intellettuale*, cit., 218.

<sup>250</sup>L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, *I diritti reali*, Milano, 1952, 187.

<sup>251</sup>Sulla vicenda v. R. DRAGO, *Considerazioni intorno ad un parere legale sopra una questione di proprietà letteraria tra Alessandro Manzoni e l'editore F. Le Monnier*, Genova, 1886; R. LUCIFREDI, *Alessandro Manzoni e il diritto*, Milano-Genova-Roma-Napoli, 1933 e UBERTAZZI, *Alle origini piemontesi del diritto italiano d'autore*, cit., 308 s. il quale ricorda come si tratti di uno dei pochi aspetti affrontati dai giudici nel periodo preunitario. V. Cass. Toscana, 20-12-1861, in *Giur. it.*, 1862, XI, 781, in conferma di App. Firenze, 25-4-1860, *ivi*, 1861, II, 505.

come tutti i traslati, *diventa un sofisma quando se ne vuol fare un argomento*: sofisma che consiste nel concludere da una somiglianza parziale a una perfetta identità»<sup>(252)</sup>.

Tornando al codice del 1865, la collocazione delle disposizioni sembra vada tenuta in debita considerazione ai fini di una corretta ermeneutica. È difficile, a tal proposito, non trarre conseguenze dal posizionamento della disposizione concernente le opere dell'ingegno, all'apertura del Titolo II «Della proprietà» del Libro II «Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni», in mezzo alla disposizione generale in tema di proprietà e quella concernente l'espropriazione, in tralascia continuità col Codice albertino.

Un vero passo avanti nel senso di un più corretto inquadramento della fattispecie – o, se non altro, un'abiura più netta della teorica proprietaria – si ha con la codificazione del 1942.

L'art. 2575 c.c., infatti, dismette del tutto il lessico della proprietà e financo quello dei beni – cui, comunque, l'idea pisanelliana di appartenenza rinviava – e si esprime, come noto, nei seguenti termini (corrispondenti a quelli di cui all'art. 1, l.aut.): «formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia qualunque ne sia il modo o la forma di espressione». Per la prima volta, anche l'interpretazione sistematica è pienamente conforme al mutamento semantico, dacché l'art. 2575 c.c. è inserito nel Capo I «Del diritto d'autore sulle opere letterarie e artistiche», Titolo IX «Dei diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali», Libro V «Del Lavoro».

Per ben comprendere la collocazione e la natura dei diritti sui beni immateriali in seno al codice vigente – espressione sul punto dei medesimi principi di cui alla l. aut. – è utile la lettura della Relazione al codice civile<sup>(253)</sup>, ove si giustifica la regolazione della materia a livello codicistico – nonostante tradizionalmente essa sia oggetto di leggi speciali – col dire che non era possibile «ignorare quella *superiore tutela del lavoro*, che trova espressione nel diritto di autore e nei diritti sulle invenzioni industriali» (§ 1043). Non si ha un mutamento radicale rispetto al passato, anche considerato il fondamento lavoristico della proprietà, ma è innegabile la soluzione di continuità.

---

<sup>252</sup>MANZONI, *Lettera al Signor Professore Girolamo Boccardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria*, cit., 567, in risposta a G. BOCCARDO, *Parere sopra una questione insorta tra Alessandro Manzoni e Felice Le Monnier*; Firenze, 1860. Cfr. C. MELE, *Sulla proprietà letteraria*, in *Il progresso delle scienze lettere e arti*, 1837, XVI, 142, là dove si legge «il solo esempio di Carlo Botta e di Alessandro Manzoni mostra che le ben cento edizioni fatte tra pochi anni in Italia delle immortali loro opere, non hanno dato loro neppur quel frutto che altrove han raccolto i più mezzani scrittori dalle loro commedie e dalle loro novelle».

253

Il riferimento è alla *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-xx per l'approvazione del testo del «Codice civile»*, nel prosieguo «rel. c.c. 1942», consultata nell'edizione romana del 1943. Il paragrafo dedicato alle opere dell'ingegno e alle invenzioni industriali è il § 1043.

Le leggi speciali si erano già da tempo mostrate più caute nella nomenclatura, così la l. n. 2337/1865 «Sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno» non parla mai di proprietà e solo una volta di 'proprietari', riferendosi però, correttamente agli strumenti di riproduzione delle opere dell'ingegno <sup>(254)</sup>; medesima scelta è operata dalla l. n. 2652/1875 «Sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno», dalla l. n. 756/1882 che «modifica la legge 10 agosto 1875 sui diritti di autore» e dal r.d. n. 1012/1882 «Testo unico delle leggi 25 giugno 1865, n. 2337, 10 agosto 1875, n. 2652 e 18 maggio 1882, n. 756», il cui art. 48, co. 1 è copia conforme dell'art. 41, l. n. 2337/1865. Il discorso non cambia significativamente con l'approvazione del r.d.l. n. 1950/1925 «Disposizioni sul diritto di autore», ove non si qualifica il diritto di autore, salvo poi contemplare un «Ufficio della proprietà intellettuale» presso il Ministero dell'Economia nazionale.

Le cose potrebbero apparire diverse, ove si volgesse lo sguardo alla l. aut., che si esprime in termini di proprietà all'art. 17 <sup>(255)</sup>, posto che il suo secondo comma è del seguente tenore: «il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce <sup>(256)</sup> nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso». L'attentato sistematico è nullo, non solo

---

<sup>254</sup>Art. 41, co. 1, l. n. 2337/1865: «i rami e le tavole calcografiche, le pagine stereotipe ed altri strumenti di riproduzione di opere dell'ingegno, adoperati a riprodurre in alcune provincie del Regno opere che non godevano in esse la guarentigia dei diritti d'autore, se mai fossero già per effetto dell'estensione delle leggi del Regno subalpino al resto d'Italia, rimasti inoperosi nelle mani di coloro che prima ne potevano per le leggi del paese fare un uso lecito, ovvero se avessero a rimanervi inoperosi per effetto della presente legge, possono a richiesta d'è loro proprietari essere estimati giudiziariamente in contraddizione di coloro cui appartiene il diritto d'autore, ed essere a costoro ceduti».

255

Il termine «proprietà» ricorre anche negli artt. 28, 52, 191 e 194 l. aut.. A ben guardare, però, gli artt. 28, 191 e 194 si limitano a riferirsi all'ufficio della proprietà letteraria, scientifica ed artistica presso il ministero presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, mentre l'art. 52 si riferisce a proprietari di « teatri...sale di concerto e...ogni altro luogo pubblico», in cui l'ente esercente il servizio della radiodiffusione ha la facoltà – alle condizioni e nei limiti indicati dall'art. 52 medesimo - di eseguire la radiodiffusione di opere dell'ingegno.

<sup>256</sup>Sull'esaurimento v., da ultimo, Corte eur. giust., grande sez., 3-7-2012, C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, non ancora edita sulla Raccolta ufficiale, ma consultabile su *Guida dir.*, XXXIII-XXXIV, 2012, 107 s. con nota di A. SIROTTI GAUDENZI, *Protezione software: legittima la rivendita delle licenze di programmi online «usate»*. La prima vendita della copia da luogo all'esaurimento del diritto di distribuzione. Si tratta della nota sentenza su *download*, rivendita di licenze ed esaurimento del diritto di distribuzione, là dove si conclude col dire che «gli articoli 4, paragrafo 2, e 5, paragrafo 1, della direttiva 2009/24 devono essere interpretati nel senso che, in caso di rivendita di una licenza di utilizzazione che implichi la rivendita di una copia di un programma per elaboratore scaricata dal sito Internet del titolare del diritto d'autore, licenza che era stata inizialmente concessa al primo acquirente dal titolare medesimo senza limitazione di durata ed a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentire a quest'ultimo di ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia della propria opera, il secondo acquirente della licenza stessa, al pari di ogni suo acquirente successivo, potrà avvalersi dell'esaurimento del diritto di distribuzione previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva medesima e, conseguentemente, potrà essere considerato quale legittimo acquirente di una copia di un programma per elaboratore, ai sensi del successivo articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva, beneficiando del diritto di riproduzione previsto da quest'ultima disposizione» (§ 88). Cfr., ad es., O. JANI, «*Secondhand*» *Software: Does European Copyright Law Permit the Sale of Secondhand Files?*, in *European Law Reporter*, 2012, 21 J. SCHNEIDER-G. SPINDLER, *Der Kampf um die gebrauchte Software -Revolution im Urheberrecht?*, in *Computer und Recht*, 2012, 489 A. MENDOZA-CAMINADE, *Vers une liberalisation du commerce du logiciel en Europe?*, in *Recueil Le Dalloz*, 2012, 2142 s. e anche il commento critico di C. LE STANC, *Le numérique et les contrats. Commercialisation de «logiciels d'occasion»: précisions*, in *Recueil Dalloz*, XXXV, 2012, 2345 s.

perché si tratta di una disposizione di carattere non generale, ma disciplinante un aspetto particolare, ma soprattutto perché non si qualifica il diritto come proprietà: si parla attecnicamente – e chiunque si avvede che è cosa completamente diversa – di proprietà del diritto, cioè di titolarità del medesimo, la cui natura resta, quindi, questione prudentemente non toccata.

La considerazione non proprietaria, di là dalla questione semantica, è confermata poi dall'intera architettura della l. aut. <sup>(257)</sup>, a partire dal capo III del titolo I dedicato a «contenuto e durata del diritto di autore» e trova conferma anche nella giurisprudenza, là dove, ad es., «l'acquirente del disco, sul quale sono registrate opere musicali altrui, non può, sol perché ne diventa proprietario, usare del disco medesimo anche per la radiodiffusione [...] perché il 2° comma del medesimo art. 42 cost. non considera il diritto di proprietà come illimitato» <sup>(258)</sup>: è evidente lo slittamento dalla proprietà romanistica come limite agli IPRs alla proprietà contemporanea, essa stessa limitata dall'appropriazione dell'immateriale <sup>(259)</sup>. Una *propertization* che si espande in tutte le direzioni: l'«allungamento dei tentacoli» <sup>(260)</sup>, scrive Nivarra, è tanto orizzontale (si allunga l'elenco delle opere protette), quanto verticale (ampliamento del ventaglio delle facoltà connesse al diritto d'autore e maggiore ampiezza di quelle preesistenti), secondo «logiche non del tutto sovrapponibili» <sup>(261)</sup>. E, oggi, l'allungamento è anche temporale. Mi riferisco all'approvazione, in data 21-11-2013, dello schema di decreto legislativo recante attuazione della dir. 2011/77, che modifica la dir. 2006/116 concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, che ha esteso la durata dei diritti connessi da cinquanta a settant'anni. E considero riconducibile a detto fenomeno anche il c.d. *patent trolling* <sup>(262)</sup>. Il *troll* dei brevetti – o NPE, *non-*

---

<sup>257</sup>Contra, L. MANDERIEUX, *Il DRM, il contratto ed il concetto di proprietà*, in *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*, Trento, 2008, 167 (che ho potuto consultare grazie alla cortese disponibilità dell'A.), ove leggo che «con l'entrata in vigore in Italia della legge del 22-4-1941 n. 633 e di leggi simili in tutta Europa a metà del secolo scorso, le discussioni sulla natura del diritto d'autore – credito dell'autore verso la società, o proprietà di un «bene immateriale» - sembravano definitivamente chiuse a favore dell'approccio detto «proprietario».

258

Cass., 28-9-1984, in *Riv. pen.*, 1985, 916.

<sup>259</sup>In termini ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., per cui la «appartenenza delle cose materiali [...] non costituisce un limite nei confronti del diritto assoluto di utilizzazione», oltre che, ovviamente, non implicarla.

<sup>260</sup>L. NIVARRA, *Il diritto d'autore*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007, 497.

<sup>261</sup>*Ivi*, 498. Cfr, in particolare P. AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *AIDA 2007*, 2008, 155.

<sup>262</sup>Il fenomeno è all'attenzione del legislatore statunitense, con l'*Invention Act* (H.R. 3309: «*To amend title 35, United States Code, and the Leahy-Smith America Invents Act to make improvements and technical corrections, and for other purposes*») approvato il 5-12-2013 dalla *House*, che attende, mentre scrivo, il passaggio al *Senate*. In particolare su spinta del Presidente Obama, il testo contrasta il *trolling* soprattutto prevedendo requisiti di registrazione più severi e aumento dei *discovery limits*. Sulle NPEs v. J.F. McDONOUGH, *The Myth of the Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy*, in *Emory Law Journal*, 2006, 189, disponibile all'indirizzo [ssrn.com/abstract=959945](http://ssrn.com/abstract=959945); M. RISCH, *Patent Troll Myths*, in *Seton Hall Law Review*, 2012, 457, disponibile all'indirizzo [ssrn.com/abstract=1792442](http://ssrn.com/abstract=1792442); C.V. CHIEN, *Startups and Patent Trolls*, in corso di pubblicazione su *Stanford Technology Law Review*, ma già consultabile all'indirizzo [ssrn.com/abstract=2146251](http://ssrn.com/abstract=2146251);

*practicing entity* – è una società che acquista brevetti, per lo più indiscriminatamente e in grandi quantità, senza lo scopo di utilizzarli per produrre beni o offrire servizi, ma solo per potere lucrare sull'inconsapevole violazione da parte di terzi.

Non mi sembra il caso di procedere oltre, perché dalla storia son giunto alla cronaca, cui saranno dedicate le riflessioni dei prossimi capitoli, nei quali si rifletterà sulla natura dei diritti IP nel diritto vigente (positivo e vivente, europeo e interno), da due punti di vista, che come si vedrà sono variamente interconnessi: la funzione sociale dei diritti e l'evoluzione tecnologica.

---

D.L. SCHWARTZ-J.P. KESAN, *Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System*, in corso di pubblicazione su *Cornell Law Review*, ma già disponibile all'indirizzo [ssrn.com/abstract=2117421](http://ssrn.com/abstract=2117421); C.A. COTROPIA-J.P. KESAN-D.L. SCHWARTZ, *Patent Assertion Entities (PAEs) Under the Microscope: An Empirical Investigation of Patent Holders as Litigants*, Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LBSS 14-20, 10-10-2013, [ssrn.com/abstract=2346381](http://ssrn.com/abstract=2346381). Qualche cenno anche in E. FALLETTI, *Internet: le novità giuridiche sul web*, 15-9-2011, in [dottrinaediritto.ipsoa.it](http://dottrinaediritto.ipsoa.it), che definisce il *copyright troll* come «locuzione in lingua inglese spregiativa che comunemente indica una parte la quale agisce in giudizio per proteggere la sua posizione di detentrica di diritti d'autore esclusivamente in modo aggressivo ovvero opportunistico, al fine esclusivo di guadagnare denaro con l'azione giudiziaria, senza lasciar spazio alla concessione di licenze, anche a pagamento, dei propri diritti». Il 3.5.2012, il deputato europeo Hans-Peter Martin ha formulato una *question for written answer* alla Commissione su «*patent trolls and changes to the patent system*», sulla scorta della considerazione per cui «*some large international concerns, in particular US companies Apple and Microsoft, have filed a large number of patent suits against competitors in EU Member States in recent months. Some observers believe that these patent suits and applications for a prohibition of sales are simply intended to inflict economic damage on competitors, rather than protecting rights to inventions and innovations. At the same time, according to reports in the media, there has been an increase in complaints in the EU relating to "patent trolls" (companies who impede other companies with patent suits for generally held patents or who blackmail these companies with threats of such suits)*». Il 14-6-2012, la Commissione ha risposto che l'abuso di IPRs «*can hamper innovation or exclude new entrants, especially SMEs, from markets. In its communication on the IPR Strategy [sc. la comunicazione "A Single Market for Intellectual Property Rights", COM(2011) 287 final], the Commission identified the need for strong protection and rigorous application of competition rules to prevent such abuses*»; l'estensione e, ancora prima, la definizione di *patent troll* non è ancora chiaramente stabilita nell'UE, ma «*most commonly it is understood as a phenomenon of non-practicing entities which buy and enforce patents against one or more alleged infringers, often in an aggressive or opportunistic manner, generally with no intention to further develop, manufacture or market the patented invention. In reality however, the reasons why certain entities do not practice their patent rights may be found in differentiated situations, thereby requiring a nuanced analysis*»; l'attuale sistema europeo dei brevetti «*provides for a number of safeguards against the activity of "patent trolls"*. According to a Commission study of 2011 [sc. lo *Study on the quality of the patent system in Europe*, [ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/docs/patent/patqual02032011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/patqual02032011_en.pdf) ], *the quality of the patent system in the EU is high, in particular thanks to a stringent examination procedure for granting European patents*». Inoltre, le Corti europee «*do not issue automatic injunctions and the assigned damage in infringement procedures tends to be lower than, for example, in the US*», ciò dovrebbe costituire un deterrente per le NPEs. Infine, l'introduzione del brevetto europeo e la creazione di un'unico giudice per le controversie in materia «*increase the legal certainty and would allow a more effective defence against any "patent trolls" due to the centralised patent revocation procedure*». Resta fermo, in ogni caso, che «*the Commission will continue to monitor the situation in order to assess whether other specific measures might be required*». Le *Interrogazioni scritte presentate dai deputati al Parlamento europeo e relative risposte date da un'Istituzione dell'Unione europea* (2013/C 241 E/01) sono consultabili tramite il portale Eur-Lex.

## CAPITOLO II

### LA NATURA DEI DIRITTI IP.

#### PERSONA E PROPRIETÀ NELLA RIFLESSIONE SULL'APPROPRIAZIONE IMMATERIALE

*La questione è sempre la stessa: cos'è l'uomo? cos'è la natura umana? Se si definisce l'uomo come individuo, psicologicamente e speculativamente, questi problemi del progresso e del divenire sono insolubili o rimangono di mera parola. Ma se si concepisce l'uomo come l'insieme dei rapporti sociali, intanto appare che ogni paragone tra uomini nel tempo è impossibile, perché si tratta di cose diverse, se non eterogenee. D'altronde, poiché l'uomo è anche l'insieme delle sue condizioni di vita, si può misurare quantitativamente la differenza tra il passato e il presente, poiché si può misurare la misura in cui l'uomo domina la natura e il caso*

A. Gramsci, *Quaderno 10*, II, § 48, 33

### 2.1 Cenni preliminari

La natura dei paradigmi appropriativi – e, in primo luogo, il rapporto fra diritti IP e *dominium* – è considerata in assoluto la materia «più feconda di difficoltà ricostruttive e di spiegazioni dogmatiche»<sup>(263)</sup>, fra quelle concernenti l'identificazione e qualificazione dei diritti soggettivi.

Anche solo provare ad enumerare tutte le teorie messe a punto nella storia del pensiero giuridico sulla natura degli IPRs sarebbe se non impossibile, certamente improficuo, trattandosi di un «*loose cluster of legal doctrines that regulate the uses of different sorts of ideas and insignia*»<sup>(264)</sup>. Sulla fattibilità dell'operazione è già illuminante la circostanza per cui già negli anni Cinquanta del secolo scorso<sup>(265)</sup> si configuravano già circa quindici teoriche<sup>(266)</sup>: dalla teoria del privilegio

---

<sup>263</sup>GRECO, Saggio sulle diverse concezioni del diritto di autore, cit., 539.

<sup>264</sup>FISHER, *Theories of Intellectual Property*, cit., 68.

<sup>265</sup>Il riferimento è, in particolare a E. VALDÉS OTERO, *Derecho de autor. Régimen jurídico uruguayo*, Montevideo, 1953, 67 s., cui rinvia W. GOLDBAUM, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht. Kommentar* 3, Baden-Baden, 1961, 13-14 (Goldbaum, per la precisione, rinvia genericamente a Valdés Otero, ma dalle mie ricerche risulta che il riferimento sia da intendersi all'opera che qui ho citato).

<sup>266</sup>A ciò si aggiunga che Valdés Otero non riporta molte teorie che non hanno avuto significativa eco. Penso a quella di S. BERGSTRÖM, *'Uteslutande rätt att förfoga över verket', studier över upphovsmannarättens föremål och innehåll enligt det s.k. nordiska förslaget, 'Ausschliessliche Befugnis, über das Werk zu verfügen', eine Studie über Gegenstand und Inhalt des Urheberrechts im nordischen Reformvorschlag 1949*, trad. ted. R. Greve, Uppsala, 1954, seguito in Italia da M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 648, per cui l'opera dell'ingegno è considerata solamente un fatto interno alla coscienza individuale, l'oggettività esterna sarebbe riconducibile unicamente ai mezzi materiali di riproduzione o diffusione dell'opera. Su alcune delle ragioni della fioritura in parola v. PIOLA CASELLI, *Le ragioni del secolare dissenso sulla natura e sul nome dei diritti degli autori e inventori*, cit., 1294 e A. DE GREGORIO, *Contributo ad uno Studio sulla natura del diritto d'autore*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 770

(<sup>267</sup>), alla dottrina Roguin (<sup>268</sup>), passando per la teoria dell'obbligazione *ex delicto* (<sup>269</sup>) e quelle della proprietà letteraria artistica (<sup>270</sup>), del diritto della personalità (<sup>271</sup>), di beni immateriali (<sup>272</sup>), della quasi-proprietà (<sup>273</sup>), dell'usufrutto dell'autore (<sup>274</sup>), della proprietà *sui generis* (<sup>275</sup>), della forma separabile dalla materia (<sup>276</sup>), del diritto patrimoniale (<sup>277</sup>), fino alle teorie di Edmond Picard (<sup>278</sup>), Eduardo Piola Caselli (<sup>279</sup>) e Nicola Stolfi (<sup>280</sup>). E la rassegna di Valdés Otero fu resa presto obsoleta dal nuovo fiorire di nuove proposte, come la teoria di diritti intellettuali (<sup>281</sup>) e della personalità

---

<sup>267</sup>Si tratta, come ovvio, di un mero residuo storico che «appare stranamente bifronte in quanto è insieme riconoscimento e disconoscimento del diritto d'autore [...] disconoscimento in quanto ammette che una persona determinata è l'autore di un'opera e perciò appunto gli si concede una protezione. Ma se non si fa luogo alla concessione [...] il suo diritto è misconosciuto, ed anzi la concessione può essere attribuita ad un terzo, che può essere una persona qualsiasi o lo stampatore» (GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 356, che ricorda anche l'efficace formula con cui Fichte apostrofò i concessionari: ladri privilegiati).

<sup>268</sup>Si tratta di Ernest ROGUIN (soprattutto a Id., *Partie sur les différentes activités intellectuelles*, Lausanne, 1931-1932), su cui v. le belle pagine di N. BOBBIO, *Un dimenticato teorico del diritto: Ernest Roguin*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV, *Scritti storico-filosofici*, Milano, 1978, 46, in cui si sostiene – concentrandosi primariamente su E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923 – che il teorico del diritto Roguin avrebbe meritato di stare accanto a grandi nomi come Rudolf VON JHERING, Hans Kelsen e Herbert L.A. HART, ma forse pagò il voler essere originale a tutti i costi, che lo fece apparire ai più stravagante (BOBBIO, *Un dimenticato teorico del diritto*, cit., 52).

<sup>269</sup>È la teoria di Karl Friedrich Wilhelm von GERBER, secondo cui la legge concede all'autore un interesse a non veder violato il divieto legale di riprodurre l'opera altrui: i violatori risponderebbero, quindi, di un'obbligazione *ex delicto* (questa l'illustrazione di GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 359, nt. 33, che non cita un'opera, ma ritengo che occorra riferirsi a K.F.W. von GERBER, *Über die Natur der Rechte des Schriftstellers*, in *Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1859, III, 359 e Id., *System des Deutschen Privatrechts*<sup>10</sup>, II, 2, Jena, 1870, § 219, spec. 590, dove si bolla come «falschen Gedanken [la] s.g. Literarischen Eigentum[...]» e si osserva *ivi*, 587, che «wer literarische oder artistische Erzeugnisse, welche einen Vermögenswerth haben, sofern sie in Deutschland entstanden sind, einerlei, ob sie schon durch den Druck veröffentlicht wurden oder nicht -, ohne Einwilligung des Urhebers oder Dessen, welcher das Recht am Originale erworben hat, auf mechanischem Wege vervielfältigt, oder Nachdrücke und Nachbildungen dieser Art wissentlich verkauft, ist dem Urheber, Verleger und Herausgeber der Originale oder deren Erben volle Entschädigung zu leisten solidarisch verpflichtet; diese wird nach dem Verkaufspreise einer gemäß der Größe des erlittenen Schadens vom Richter zu bestimmenden Zahl von Exemplaren des Original berechnet»). In senso critico già P. HARUM, *Zur Kritik einiger neuerer Ansichten über das Autor-Recht*, in *Oesterreichische Vierteljahresschrift für Rechts und Staatswissenschaft*, 1863, XII, 269. Cfr. G. JÄGER (a cura di), *Das Kaiserrecht (1870-1918)*, Frankfurt a. M., 2001, 317 e M. NIGRO, *Il segreto di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, II, 293 e *ivi* ampia bibliografia.

<sup>270</sup>Ho già mostrato che il merito della prima formulazione della teorica in esame è di D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requête à Monsieur le Garde des Sceaux*, cit., 53. Cfr. in tal senso anche GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 357, che addebita la teorica proprietaria anche a HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit. (per la traduzione mi è stato di grande aiuto G. MARINI (a cura di), *Hegel. Lineamenti di filosofia del diritto*<sup>2</sup>, Roma-Bari, 1999, che mi sembra più rigorosa delle altrettanto pregevoli versioni curate da Francesco MESSINEO del 1912, accolta da Benedetto CROCE nella collana «*Classici della filosofia moderna*» e da Vincenzo CICERO nel 1996 per Rusconi e inoltre, rispetto alla prima edizione curata per Laterza, vanta l'ottimo apparato delle *Zusätze* che E. GAUS trasse dagli appunti Heinrich Gustav Hotho e Karl Gustav Julius von Griesheim nella traduzione di B. Henry), nobile paternità di norma attribuita anche a FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 443. Per la dottrina italiana i riferimenti principali restano BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, cit., 161; Id., *I diritti reali*, I, cit., 187 s. e AULETTA-MANGINI, *Marchio*, cit., 160 e *passim*. Per un interessante riflessione filo-proprietaria v. anche F.H. EASTERBROOK, *Intellectual Property is still Property*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 1990, I, 108 e spec. 118 che considera come *Kernfrage* «*the right tradeoff between quasi-rents that create short-run allocative losses and incentives to invent that lead to dynamic gains over the longer course*» e conclude che «*patents may promote coordination, price discrimination, and innovation. Except in the rarest case, we should treat intellectual and physical property identically in the law*». Più moderato, ma sostanzialmente convergente, DE GREGORIO, *Contributo ad uno Studio sulla natura del diritto d'autore*, cit., 788-789,

industriale o economica <sup>(282)</sup>.

Quanto all'inutilità di ripercorrere tutte le prospettazioni avanzate in materia, a meno di non dedicarsi a studi antiquari, bisogna dare atto che poche sono le ricostruzioni che hanno avuto un seguito effettivo e che hanno lasciato una riconoscibile traccia nella storia delle idee: ad esse sole dedicherò la mia attenzione nel presente capitolo.

Le teorie sulla natura dei diritti IP possono distinguersi in monistiche e dualistiche <sup>(283)</sup>. Rientrano nella prima categoria due sottotipi: le monistiche unilaterali e quelle integrali; queste

---

per il quale « il diritto d'autore in senso proprio [...] ha come il diritto di proprietà il carattere della piena signoria [...] sul suo oggetto, e [...] anch'esso può dar luogo alla costituzione di diritti limitati forniti di quegli essenziali requisiti che la comune dottrina definisce come realtà [...] se poi si debba chiamarlo semplicemente diritto d'autore o diritto di proprietà intellettuale, non si potrà stabilirlo che quando la dottrina avrà meglio elaborato i criteri fondamentali della sistematica giuridica ».

271

Essa viene fatta risalire a KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 403; ID., *Metaphysik der Sitten*, cit., II, 3, § 31, II e NEUSTETEL, *Der Büchernachdruck nach römischem Recht betrachtet*, cit., *passim*; ma, come nota già W. BAPPERT, *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Frankfurt, 1962, 244, la paternità non è certa né comunque diretta (cfr. W. VON BRÜNNECK, *Kant über die Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, in *Altepreussische Monatschrift*, 1875, 482). Mi sembra più opportuno risalire a GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 762. Per la dottrina italiana v. A. CANDIAN, *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, Milano, 1953.

<sup>272</sup>Come è noto, si tratta della teorica messa a punto da KOHLER, *Autorrecht*, cit., *passim*; ID., *Das Immaterialgüterrecht und seine Gegner*, in *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1887, 190, ora in *UFITA*, 1993, CXXXIII, 81; ID., *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz. Eine juridisch-ästhetische Studie*, Mannheim, 1892; ID., *Die Idee des geistigen Eigentums*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894, XXXII, 141, ora in *UFITA*, 1993, CXXIII, 105; ID., *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 1895, 241; ID., *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, cit., *passim*; ID., *Das Eigenbild im Recht*, Berlin, 1903; ID., *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, cit., *passim*; ID., *Warenzeichenrecht*, Mannheim-Leipzig, 1910. Per due belle traduzioni italiane v. ID., *Manuale delle privative industriali*, a cura di F. Foà, Milano, 1914 e ID., *Moderni problemi del diritto*, a cura di L. Lordi, Bari, 1909. L'incredibile influenza che avrà la teoria kohleriana è attestata, non solo dal successo che ebbe, se non altro, la sua nomenclatura, oggi prevalente nell'ordinamento tedesco, ma anche dalle affermazioni dei critici della teorica degli *Immaterialgüterrechte*, così in GOLDBAUM, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht*, cit. si afferma, con un'ironia che non nega, ma assevera l'importanza di Kohler, «heiliger Josef, verzeih mir!». Per una serrata critica della categoria in esame, sotto il profilo specifico dei suoi fondamenti filosofici, v. P. MAYER, *Probleme der ethischen Begründung von «Geistigem Eigentum» und Immaterialgüterrechten im Informationszeitalter*, in *aggregat7.ath.cx*, 19-7-2009, 1, il quale, riflettendo su K.K. KIMPPA, *Problems with the Justification of Intellectual Property Rights in Relation to Software and Other Digitally Distributable Media*, TUCS Dissertations 83. Turku Centre for Computer Science, 2007, 1 s., ritiene che l'A. finlandese «zeigt nicht nur die Fehler und Missverständnisse in der Anwendung von Lockes Arbeitstheorie, Kants Pflichtethik und der utilitaristischen Begründung auf, er demonstriert auf Basis dieser Philosophien, dass das derzeitige Immaterialgüterrecht gegen praktisch alle wichtigen rechtsphilosophischen Prinzipien verstösst, auf denen es vorgibt, zu basieren».

<sup>273</sup>La messa a punto della teorica si deve fondamentalmente a W.A. KRAMER, *Die Rechte der Schriftsteller und Verleger*, Heidelberg, 1827 e E. LLOYD, *On the law of trade marks*<sup>2</sup>, London, 1865, il quale però la riferiva al solo marchio. P. Essa ha una valenza prettamente storica; v. G.A. CASTELLI, *Il codice civile generale austriaco confrontato colle leggi romane e col già codice civile italiano*, II, Milano, 1831, 114, § 355, per cui «secondo il Diritto Romano le cose incorporee [...] non formavano l'oggetto che di una quasi proprietà». La figura di Giuseppe Antonio Castelli è oggi pressoché dimenticata, ma qualche parola è spesa da R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, a cura di P. Caroni e E. Dezza, Atti del convegno internazionale di studi di Pavia, 11/12-10-2002, Padova, 2006, 339 (consultabile all'indirizzo <http://www.forhistiur.de/zitat/0601ferrante.htm>, v. spec. § 38).

<sup>274</sup>L. MIRAGLIA, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1903, 323 e S. OTTOLENGHI, *Atti della Commissione italiana del 1901*, Roma, 86 sostenevano, in particolare, che l'autore avesse l'usufrutto della propria opera, che apparteneva però alla collettività. *Contra*, però, STOLFI, *Proprietà intellettuale*, I, cit., 243, che considera la teoria dell'usufrutto



ultime, in pari tempo, sono accomunate alle teorie dualistiche per il fatto di essere eclettiche, nel senso di elevare a sintesi dogmatica gli aspetti personalistici e patrimoniali dei diritti in esame.

Le concezioni monistiche unilaterali sono anche dette «esclusivistiche», poiché pretendono che gli IPRs siano da considerare, alternativamente, o solo diritti personali o solo diritti patrimoniali (284). Si può dire sin d'ora che esse sono oggi da rigettare in quanto contrarie al diritto positivo vigente. Basti pensare che il capo III del titolo I della legge sul diritto d'autore dedica la prima sezione alla «protezione della utilizzazione economica dell'opera» e la seconda alla «protezione dei

---

dell'autore inaccettabile «sia per il contenuto, sia per la tutela giuridica. Nel contenuto, perché esso non soffre alcuna delle limitazioni imposte all'usufruttuario, per garanzia del diritto del proprietario; perché si tratta di un diritto originario e pieno, non di un diritto su cosa altrui; perché ne differisce notevolmente, anche per la durata e per i due periodi in cui è diviso. Nella tutela giuridica, perché spettano all'autore o ai suoi aventi causa le stesse azioni che spettano al proprietario, e che l'usufruttuario non potrebbe sperimentare. La teorica in esame può spiegarsi, pensando essere errore comunemente invalso che la proprietà sull'opera dell'ingegno spetti di diritto alla società». Parla di usufrutto, ma non riferendolo all'autore, anche Fichte, che distingue fra ciò che il lettore può trattenere dell'opera (*sich zu eigen machen*) – che è un *Gemeingut* – dalla forma, su cui l'autore ha un diritto di proprietà, di cui solo l'usufrutto passa all'editore (lo riferisce M. LANGE, *Kritik der Grundbegriffe von geistigen Eigentum. Auf Grundlage der Einleitung zum Gesetze vom 11. Juni 1837 und mit besonderer Rücksicht auf die preußische Gesetzgebung überhaupt*, Schoenebeck, 1852, ora in *UFITA*, 1991, CXVII, 174). Cfr. più di recente B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Aix-en-Provence, 2006.

275

Dopo un primo momento in cui, per superare il sistema dei privilegi, si evocò il terribile diritto, successivamente si ritenne di accogliere le tante voci critiche che s'erano levate avverso questa inconsistente e pericolosa sussunzione e, con scelta levantina, si inventò la formula della proprietà *sui generis* che «consente di dare ad essa particolari ordinamenti e di conciliare il diritto dell'autore con quello della società con una limitazione temporale della sua durata» (GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 357).

<sup>276</sup>Si tratta della ricostruzione operata da A. LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, Naumburg, 1882, 635, il quale – riferisce STOLFI, *Proprietà intellettuale*, I, cit., 244 – sostiene che il diritto d'autore sia un diritto reale sulla forma dell'opera. Oggetto di tale diritto sarebbe ogni esemplare dell'opera dell'ingegno. Inoltre il medesimo diritto sarebbe trasmissibile, e accanto ad esso l'autore godrebbe anche di un diritto reale sulla materia dell'opera. *Contra* v. F. FILOMUSI GUELFÌ, *Enciclopedia giuridica*<sup>5</sup>, Napoli, 1907, 235. Sull'apporto di quest'opera alla scienza giuridica v. P. PIOVANI, *L'enciclopedia giuridica di Filomusi Guelfi*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene. 1854-1954*, Napoli 1954, 241.

<sup>277</sup>Fra gli assertori del monismo della patrimonialità si ricorda ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 304-305 che, riferendo la paternità non alla creazione, bensì all'atto di creazione ed evidenziato che si tratta di un diritto che spetta nei confronti di qualunque azione del soggetto, ne inferisce che sia «necessario identificare il diritto sul bene immateriale in quello patrimoniale, mentre la generale tutela morale di ogni soggetto per ogni sua azione è poi invocabile anche per gli atti di creazione intellettuale». Secondo GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 178, è ascrivibile alla teorica in esame anche KOHLER, *Die Idee des geistigen Eigentums*, cit., 105, ritenuto per lungo tempo assertore della teoria dualistica: con i suoi *Individualrechte*, in contrapposto agli *Immaterialgüterrechte*, egli avrebbe inteso richiamarsi ai diritti comuni della personalità, considerando come diritto d'autore solo il diritto patrimoniale.

<sup>278</sup>Per E. PICARD, *Le droit pur. Cours d'encyclopédie du droit, Les permanences juridiques abstraites*, Bruxelles-Paris, 1899, 118, i diritti si distinguono in *droits personnels, droits obligationnels, droits réels (jura in re materiali)* e *droit intellectuels (jura in re intellectuali)* e, in particolare, « *le Plein du droit réel, c'est la propriété*», «*le Plein du droit d'un homme sur un autre, c'est l'esclavage*»; « *mêmes opérations pour les droits intellectuels. Le Plein, c'est le droit absolu de l'Auteur sur son oeuvre, sauf les limitations légales* ». V. anche E. PICARD, *Des droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme à la division classique des droits personnels, réels et d'obligation*, Bruxelles, 1879; ID., *Propriété littéraire*, in *Journal des Tribunaux*, 1882, 104; ID., *Embryologie juridique*, in *Journal du droit international privé*, 1883, 563. Cfr. D. MARIE-VIVIEN, *La protection des indications géographiques: France, Europe, Inde*, Versailles, 2012, 204 e già A. GUISLAIN, *Edmond Picard. Les meilleures pages*, Bruxelles, 1954. Mi consta che abbiano recepito la teorica picardiana, fra gli altri, A. DARRAS, *Des droits intellectuels – Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, 1887, 47; A. WEISS, *Traité du droit international privé*, II, Paris, 1892, 219; R. P. LEPAULLE, *Les droits de l'auteur sur son oeuvre*, Paris, 1927, 14; P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, I, *Les principes, le droit ancien*, Paris, 1934, 21; J. ESCARRA-J. RAULT-F. HEPP, *La*

diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore. Diritto morale dell'autore», mentre in seno al codice della proprietà industriale, il diritto morale dell'inventore è addirittura anteposto ai diritti patrimoniali (artt. 62 e 63 c.p.i.). Non mi convincono le obiezioni di Ascarelli riconducibili a tre notazioni: i. Bisognerebbe distinguere la creazione dall'atto di creazione, alla prima appartenendo l'utilizzazione economica (unico contenuto del diritto IP, sussumibile, con gli adattamenti di cui si dirà, nello schema proprietario), alla seconda il diritto morale (privo di autonomia ed esterno agli IPRs); ii. Gli orientamenti dualistici e monistici integrali sarebbero viziati perché identificherebbero «un diritto di paternità solo nei confronti delle creazioni intellettuali, anziché di qualunque azione del soggetto»<sup>(285)</sup>; iii. Detti orientamenti sarebbero contraddittori perché il presupposto di un diritto della personalità sarebbe «la non occorrenza di una sua peculiare fattispecie costitutiva»<sup>(286)</sup>. Il ragionamento, pur raffinatissimo, non persuade. Anzitutto, non capisco come si possa negare che il diritto morale attenga alla creazione in sé – e non all'atto creativo – posto che si tratta dell'unico diritto sempre gravante sulla stessa, indipendentemente da formalità e nulla potendo neanche l'autonomia privata, essendo una situazione giuridica inalienabile e inestinguibile. In secondo luogo, gli orientamenti che tengono conto del diritto morale giammai hanno inteso negare che esistano

---

*doctrine française du droit d'auteur*, Paris, 1937, 35.

<sup>279</sup>Cfr., in particolare, PIOLA CASELLI, *Le ragioni del secolare dissenso sulla natura e sul nome dei diritti degli autori e inventori*, cit., 1294; ID., *Intorno alla ragion d'essere del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*, Relazione al Primo Congresso Giuridico Italiano. Ottobre del Decennale, a cura del Sindacato Nazionale Fascista Avvocati e Procuratori di Roma, Tivoli, 1932; ID., *Codice del diritto di autore. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941-XIX. n. 633*, Torino, 1943.

280

Cfr., oltre al più volte citato STOLFI, *Proprietà intellettuale*, I, cit., *passim*, ID., *La proprietà intellettuale e la società*, in *Dir. comm.*, 1911, I, 148.

<sup>281</sup>Cfr. DABIN, *Le droit subjectif*, cit., spec. 190, che ricomprende nel *genus* «*droit sur les choses*», le *species* «*droits réels*» e «*droits intellectuels*». Ho rinvenuto qualche ragguaglio bio-bibliografico sul noto giurista belga in F. L. FERRARI, *Lettere e documenti inediti*, a cura di G. Rossini, I, Roma, 1986, 177. Qualche notizia si trova anche all'indirizzo [http://bib.us.es/guiaspormaterias/ayuda\\_invest/derecho/jeanDabin.pdf](http://bib.us.es/guiaspormaterias/ayuda_invest/derecho/jeanDabin.pdf).

<sup>282</sup>Cfr. F. LIGI, *Il problema economico della personalità*, in *Foro it.*, 1957, I, 588. Franco Ligi fu poeta, politico e giurista. Fu in conviviale consuetudine con Ludovico Mortara e Indro Montanelli in seno al MOP, movimento di opinione pubblica, fondando negli anni Settanta il Movimento dell'Italia Libera nella Libera Europa e, un decennio più tardi, il COMIN (Comitato di Informazioni e Iniziative per la Pace). Fra le sue pubblicazioni, vanno ricordate senz'altro F. LIGI, *Divorzio. Dibattito all'italiana*, Padova, 1968; ID., *Il referendum sul divorzio*, 1971 e G. NOCCIOLI-C. FABOZZI-F. LIGI (a cura di), *Attuazione da parte dell'Italia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Rapporto per l'Associazione giuristi italiani, Roma, 1964.

<sup>283</sup>Prendo in prestito la sistematica da GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 175 s., sembrandomi più proficua di altre in voga, come la «*Dichotomie utilitaristischer / ökonomischer und nicht-utilitaristischer Theorien*» (M. GOLDHAMMER, *Die Begründung des Geistigen Eigentums in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft und ihre Bedeutung für die deutsche Diskussion*, in *ZGE/ IPJ*, 2009, I, 151, nt. 63, il quale segnala che P. S. MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, a cura di B. Bouckaert e G. De Geest, II, Cheltenham-Northampton, 2000, 130, «*unterteilt [...] letztere in acht Untergruppen: Natural Rights / Labor Theory, Unjust Enrichment, Personhood Theory, Libertarian Theories, Distributive Justice, Democratic Theories, Radical / Socialist Theories, Ecological Theories*».

<sup>284</sup>V., in termini critici, C.G. STALLBERG, *Ist das Urheberrecht das moralische Recht des Urhebers? Eine Kritik der populären Arbeits- und Persönlichkeitsrhetoriken als Rechtfertigungsbasis des Urheberrechts*, in *UFITA*, 2007, 109 e *passim*.

<sup>285</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 304.

<sup>286</sup>*Ibidem*.

diritti della personalità anche fuori del settore in esame. Infine, il diritto morale è innato, non potendosi propriamente parlare di fattispecie costitutiva a proposito del fenomeno per cui vi sono «tanti diritti di personalità [...] quante sono le creazioni intellettuali» (287). Ciò che si richiede per l'esistenza di un diritto della personalità è il suo essere innato ed espressione della persona umana. Entrambi ricorrono nel diritto morale di autore, particolare applicazione del *Persoenlichkeitsrecht* (288).

Argomenti contrari ai monismi unilaterali mi sembra possano trarsi dall'analisi comparatistica (289), descrivendosi l'*Inhalt des Urheberrechts* anzitutto come *Urheberpersönlichkeitsrecht* (§ 12 s. UrhG) e in seconda battuta come *Verwertungsrechte* (§ 15 s. UrhG) e prevedendosi con rara chiarezza che «*das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes*» (§ 11 UrhG). È, peraltro, in via di superamento l'un tempo «*widely held belief, particularly among civil lawyers, that the concept of moral rights is a relatively novel intruder into common law copyright systems*» (290), come suggerisce già la considerazione, non sempre adeguatamente valorizzata, che «*Lord Mansfield, whether or not he could be claimed as a founding father of moral rights, pronounced weightily upon copyright as a blend of economic and personal rights of authors in the seminal case of Millar v. Taylor*» (291). Un cenno merita, infine, un ordinamento da noi per molti versi distante, ma che significativamente disciplina aspetti personali e patrimoniali in seno alla medesima disposizione, anteponendo i primi ai secondi. Mi riferisco all'art. 10 della legge sul diritto d'autore della Repubblica popolare cinese (292), là dove prevede che il diritto d'autore comprende i diritti personali e proprietari di cui alla successiva elencazione, che non presenta significative differenze

287

*Ibidem.*

<sup>288</sup>Il diritto «speciale» della personalità e quello generale non sono sempre agevolmente distinguibili. Da qui la confusione che fa sì che ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 303, ritenga che l'esistenza di un diritto di misconoscere la paternità di opere non compiute dimostri l'inesistenza di un autonomo diritto morale, come contenuto degli IPRs. In questo caso, infatti, torna ad operare il diritto generale della personalità.

<sup>289</sup>Qualche notazione comparatistica in materia è già stata proposta nello scorso capitolo, con particolare riferimento al diritto francese, su cui quindi qui non si tornerà.

<sup>290</sup>DWORKIN, *The Moral Right of the Author*, cit., 229.

<sup>291</sup>DWORKIN, *The Moral Right of the Author*, cit., 229-230, che riporta quel passaggio di *Millar v. Taylor*, 98 Eng. Rep. 201 (KB. 1769), in cui William Murray of Mansfield afferma che l'autore «*can reap no pecuniary profit, if the next moment after his work comes out, it may be pirated upon worse paper and in worse print, and in a cheaper volume [...] The author may not only be deprived of any profit, but lose the expense he has been at. He is no more master of the use of his own name. He has no control over the correctness of his own work. He can not prevent additions. He can not retract errors. He can not amend; or cancel a faulty edition. Any one may print, pirate, and perpetuate the imperfections, to the disgrace and against the will of the author; may propagate sentiments under his name, which he disapproves, repents and is ashamed of. He can exercise no discretion as to the manner in which, or the persons by whom his work shall be published*».

<sup>292</sup>La versione attualmente in vigore è stata promulgata il 26-2-2010 ed è consultabile, tanto in originale, quanto in inglese, sul portale della WIPO.

rispetto alla tradizione occidentale (<sup>293</sup>). Per inciso, l'idea cui ho accennato nel capitolo precedente, secondo cui la tutela del diritto morale sia dovuta, più e oltre che ad un'attenzione particolare per gli aspetti personalistici del diritto, alla cospicua presenza, spesso carsica, di elementi giuspubblicistici nei diritti IP, trova conferma nel complessivo impianto della legge autoriale cinese, la quale, nella disposizione di apertura, fonda il riconoscimento di detti diritti sulla finalità di «creazione e disseminazione di lavori coerenti con la costruzione di una società socialista eticamente e materialmente avanzata, nonché promozione del progresso e della fioritura della cultura e delle scienze socialiste» (art. 1).

Il discorso non cambia ove si ponga mente al diritto internazionale. Basti pensare al notissimo art. 6 *bis*, della Convenzione di Berna, il cui primo paragrafo prevede che «*independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation*», ma indicazioni convergenti provengono dall'art. 4 *ter* della Convenzione di Unione di Parigi, con riferimento alla proprietà industriale (<sup>294</sup>).

<sup>293</sup>I diritti dell'autore in Cina sono, in particolare: «(1) *the right of publication, that is, the right to decide whether to make a work available to the public; (2) the right of authorship, that is, the right to claim authorship in respect of, and to have the author's name mentioned in connection with, a work; (3) the right of revision, that is, the right to revise or authorize others to revise a work; (4) the right of integrity, that is, the right to protect a work against distortion and mutilation; (5) the right of reproduction, that is, the right to produce one or more copies of a work by printing, photocopying, lithographing, making a sound recording or video recording, duplicating a recording, or duplicating a photographic work, or by other means; (6) the right of distribution, that is, the right to provide the original copy or reproductions of a work to the public by selling or donating; (7) the right of rental, that is, the right to authorize others to use temporarily a cinematographic work or a work created by a process analogous to cinematography, or computer software, except where the software itself is not the essential object of the rental; (8) the right of exhibition, that is, the right to publicly display the original copy or reproductions of a work of the fine arts or of a photographic work; (9) the right of performance, that is, the right to publicly perform a work, and to publicly communicate the performance of a work by any means or process; (10) the right of presentation, that is, the right to publicly present a work of the fine arts, a photographic work, a cinematographic work, a work created by a process analogous to cinematography, or other works, by projector, slide projector or any other technology or instrument; (11) the right of broadcasting, that is, the right to broadcast a work or disseminate it to the public by any wireless means, to communicate the broadcast of a work to the public by wire or by rebroadcasting, and to publicly communicate the broadcast of a work by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting signs, sounds or images; (12) the right of communication through information network, that is, the right to make a work available to the public by wire or by wireless means, so that people may have access to the work from a place and at a time individually chosen by them; (13) the right of cinematography, that is, the right to fix an adaptation of a work in a medium by cinematography or a process analogous to cinematography; (14) the right of adaptation, that is, the right to change a work into a new one with originality; (15) the right of translation, that is, the right to change the language in which the work is written into another language; (16) the right of compilation, that is, the right to compile by selection or arrangement preexisting works or passages therefrom into a new work; and (17) other rights to be enjoyed by copyright owners» (art. 10, *中华人民共和国著作权法*).*

294

Si tratta della «Convenzione per la protezione della proprietà industriale» firmata a Parigi il 20-3-1883, ad esito del *Congrès international de la propriété industrielle* tenutosi nella capitale francese dal 5 al 17-9-1878 e convocato con *Arrêté du Ministre de l'agriculture et du commerce*, n. 24/1878. Il trattato è stato modificato significativamente a Bruxelles il 14-12-1900, a Washington 2-6-1911, a L'Aja il 6-11-1925, a Londra il 2-6-1934, a Lisbona 31-10-1958, a Stoccolma il 14-7-1967 e ivi emendato il 28-8-1979. A differenza della Convenzione di Berna, cui l'Italia non portò alcun contributo né di persone né di idee, al *Palais du Trocadéro* erano presenti il

Se la storia e il diritto positivo hanno sgomberato il campo dalle teorie esclusivistiche, il monismo in versione «integrale» non sembra, invece, possa essere di tutto principio rifiutata. Detta concezione dà conto dei due aspetti, il personalistico e il patrimoniale, i quali costituiscono il contenuto di un unico diritto soggettivo, variamente qualificato: entrambi gli elementi, ebbe a scrivere – anticipato in Italia da Piola Caselli (295) – Eugen Ulmer, «*erscheinen, wie bei einem Baum, als die Wurzeln des Urheberrechts, und dieses selbst als der einheitliche Stamm*» (296).

Quanto, poi, alla concezione dualistica (297) – rientrante, come detto, nel *genus* eclettico – essa ricostruisce «un sistema binario di diritti soggettivi ben distinti e diversi, in quanto uno avente i caratteri dei diritti della personalità, l'altro quello dei diritti patrimoniali» (298); diritti fra i quali, per vero, non vengono negate interrelazioni variamente atteggiandosi. Quest'opzione, che è dominante in

---

Deputato, Professore e Consigliere di Stato Pietro Torrigiani, Vicepresidente del *Congrès*, delegato dal Governo italiano insieme all'allora Direttore del commercio e dell'industria al Ministero dell'agricoltura, dell'industria e del commercio; essi furono attivi soprattutto nelle discussioni riguardanti i brevetti farmaceutici, l'espropriazione per pubblica utilità e la pubblicità del marchio, come ho ricavato dalla lettura degli atti congressuali. Cfr. *Congrès international de la propriété industrielle tenue à Paris du 5 au 17 Septembre 1878. Comptes rendus sténographiques*, Paris, 1879. V. M. PERTEGÁS SENDER, *Cross-border Enforcement of Patent Rights: An Analysis of the Interface Between Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, 2002, 4, che la definisce come «*the cornerstone of the international patent granting system*», ma anche U. DRAETTA, *Il Regime internazionale della proprietà industriale*, Milano, 1967; S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i Gatt-Trips*<sup>2</sup>. Padova, 1999; A. RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, 2 voll., Roma, 1909; E. LUZZATTO, *La proprietà industriale nelle convenzioni internazionali*, Milano, 1930; FRANCHI, *Leggi e convenzioni sulle privative industriali, disegni e modelli di fabbrica, marchi di fabbrica e di commercio*, cit., *passim*; L. DI FRANCO, *Trattato della proprietà industriale*, Milano, 1933; A. BOGSCH (a cura di), *The Paris convention for the protection of industrial property from 1883 to 1983*, Genève, 1983, W.R. LANE, *Convention for the Protection of Industrial Property*, in *American Bar Association Journal*, 1926, XII, 178; W.E. SCHUYLER JR, *Paris Convention for the Protection of Industrial Property - a view of the proposed revisions*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 1983, II, 155; G.R. GANSSER, *Violations of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, 1981, III, 138; H.-P. KUNZ-HALLSTEIN, *The United States proposal for a GATT agreement on intellectual property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property. (Symposium: Trade-Related Aspects of Intellectual Property, part 1)*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, II, 265.

295

In particolare, E. PIOLA CASELLI, *Diritto d'autore*, in *Nuovo Dig.*, XVI, Torino, 1938, 1000 e Id., *Codice del diritto d'autore*, cit., *passim*, che, come riferiscono S. PATTI-S. DELLE MONACHE, *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 515, nt. 4, propone una concezione «connotata dalla confluenza e commistione di elementi materiali ed elementi c.d. morali, in relazione alla bivalenza del correlativo oggetto e cioè della creazione artistica, quale bene materiale che è all'un tempo fonte di utilità economica e manifestazione del pensiero dell'autore e forma e proiezione della sua personalità».

<sup>296</sup>E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin, 1951, 69, nel presentare la dottrina del monismo integrale, per cui il diritto d'autore è un diritto complesso a contenuto sia patrimoniale che morale, ricorre all'evocata metafora arborea e continua: «*die urheberrechtlichen Befugnisse aber sind den Ästen und Zweigen vergleichbar, die aus Stamm erwachsen. Sie ziehen die Kraft bald aus beiden, bald vorwiegend aus einer der Wurzeln*».

<sup>297</sup>La concezione dualistica sarebbe quella propria del sistema italiano secondo A.E. COGO, *Diritto d'autore ed autonomia negoziale negli ordinamenti italiano e tedesco*, in *dirittoautore.cab.unipd.it/*, 12, ove si legge che «La legge italiana del 1941 riafferma l'adesione dell'ordinamento giuridico italiano alla concezione dualistica del diritto d'autore. L'impianto della l.a. del 1925 trova da questo punto di vista conferma integrale. Il contenuto del diritto è chiaramente spezzato in due: da una parte sta la "protezione della utilizzazione economica dell'opera", dall'altra la "protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore". Un conto sono dunque i diritti di utilizzazione economica, di stampo chiaramente patrimonialistico, un conto il diritto morale d'autore, che rinvia ai diritti della personalità». Cfr., diffusamente, Id., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2010.

<sup>298</sup>GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 175.

dottrina <sup>(299)</sup>, appare senz'altro quella preferibile, avuto riguardo in specie al diritto italiano, ma valida anche in sede europea.

Anzitutto, le teorie monistiche non hanno cittadinanza nel nostro ordinamento positivo, ciò che appare evidente sol che si pensi al disposto dell'art. 19, co. 1 l. aut., nella parte in cui prescrive, giova ricordarlo, che «i diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti» <sup>(300)</sup>.

A ben guardare, poi, come suggerisce già la categoria kohleriana del *Doppelrecht* <sup>(301)</sup>, gli aspetti patrimoniali e quelli personalistici sono talmente interconnessi da non risultare sempre agevolmente distinguibili <sup>(302)</sup>: basti pensare che, contraddicendo gli inquadramenti teorici più accreditati <sup>(303)</sup>, l'art. 12 l. aut. disciplina il diritto di pubblicazione in apertura della sezione dedicata all'utilizzazione economica dell'opera <sup>(304)</sup>, mentre il contenuto del diritto morale italiano è ricondotto fondamentalmente al «diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione» (art. 20, co. 1, l. aut.) <sup>(305)</sup>. Un

---

<sup>299</sup>V., fra gli altri, M. FABIANI, *In tema di illecito per lesione del diritto morale di autore*, in *Dir. aut.*, 1955, 474; L. SORDELLI, *Diritto morale d'autore e pregiudizio all'onore e reputazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, II, 116, V. DE SANCTIS, *Autore, diritto di*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 392; C. VARRONE, *Manuale teorico-pratico di diritto d'autore*, Napoli, 1998, 66 e PATTI-DELLE MONACHE, *Responsabilità civile*, cit., 515-516.

300

Una conferma ulteriore si può trarre dal secondo comma della mentovata disposizione: i diritti di sfruttamento esclusivo «hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti».

<sup>301</sup>KOHLER, *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, cit., 241.

<sup>302</sup>Sulla questione, anche nella prassi, sono sorte numerose controversie, come quella che ha portato a Trib. Bologna, sez. IP, 10-1-2011, inedita: «l'azione giudiziale diretta a contrastare l'asserito riflesso patrimoniale negativo causato dalla falsa attribuzione di un'opera ad un determinato autore, costituisce esercizio della facoltà di disconoscere la paternità dell'opera medesima, ovvero una delle estrinsecazioni del diritto morale, quale contenuto del diritto d'autore. Rilevato quanto innanzi deve farsi luogo ad una declaratoria del difetto di legittimatio ad causam, con rilevabilità d'ufficio da parte dell'adito Giudice di tale carenza anche in mancanza di specifica eccezione di parte, nelle ipotesi in cui l'azione suddetta sia proposta da un soggetto non rientrante nel novero di quanti sono legittimati ad azionare il diritto in questione ex art. 23 della legge n. 633 del 1941».

<sup>303</sup>Come ho già avuto modo di scrivere *supra*, la nascita del *droit moral* è certamente debitrice degli sforzi di un gruppo di intellettuali, *Les Réthoriciens* – fra cui spiccavano André de La Vigne e Jean Lemaire – che riuscirono ad ottenere nei Tribunali un allora sconosciuto diritto di pubblicazione e, mediante una serie di stratagemmi, il diritto di paternità e di integrità. Cfr. MORILLOT, *De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*, cit., 29 e FISHER, *Theories of intellectual property*, cit., 174 e J. C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, I, München, 1853, 192, che notoriamente si concentra sugli aspetti personalistici dell'*Autorrecht*, essendone uno dei principali teorici, scrive: «*der Autor hat daher vor allem das Recht, sein Werkes für sich zu behalten und eine Veröffentlichung desselben gegen seinen Willen zu verhindern. Er hat aber zugleich das Recht zur Veröffentlichung desselben und die Art und Zeit der Veröffentlichung und Vervielfältigung zu bestimmen*» (enfasi del testo).

<sup>304</sup>Ma v., a conferma della difficoltà di distinguere i due profili, l'art. 24 l. aut., là dove prescrive che «Il diritto di pubblicare le opere inedite spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, salvo che l'autore abbia espressamente vietata la pubblicazione o l'abbia affidata ad altri. Qualora l'autore abbia fissato un termine per la pubblicazione, le opere inedite non possono essere pubblicate prima della sua scadenza». AULETTA-MANGINI, *Marchio*, cit., 161, nt. 1, dopo aver considerato la pubblicazione come condizione per l'esercizio tanto del diritto di paternità, quanto del diritto patrimoniale, riportano l'oscillazione, sul punto, del pensiero di Carnelutti, che in un primo momento avrebbe attribuito il potere di pubblicare al contenuto del diritto di paternità ed in un secondo al contenuto del diritto patrimoniale.

<sup>305</sup>Quanto al diritto di brevetto, v. l'art. 62 c.p.i. a mente del quale «Il diritto di essere riconosciuto autore

importante argomento a favore di questa impostazione mi sembra si possa ricavare dall'architettura generale della l. aut. Non solo, come segnalato, esistono norme differenziate a tutela degli aspetti sostanziali del diritto morale e del diritto patrimoniale d'autore, ma, in pari tempo, il legislatore del 1941 ha approntato due *corpus* separati di disposizioni per quanto concerne il profilo rimediabile: così, quanto alle «difese e sanzioni civili», v'è una sezione dedicata alle «norme relative ai diritti di utilizzazione economica» (artt. 156-167) ed una alle «norme particolari ai giudizi concernenti l'esercizio del diritto morale» (artt. 168-170). E, infine, anche in giurisprudenza si ha coscienza della netta distinzione fra i due diritti, come quando si osserva che «a norma dell'art. 24, comma 1, l. n. 633 del 1941, i soggetti indicati nell'art. stesso (eredi o legatari dell'autore) sono legittimati ad opporsi alla pubblicazione, non autorizzata, di opere inedite anche se i relativi diritti di utilizzazione economica non possono essere esercitati per scadenza dei termini di durata di protezione»<sup>(306)</sup>. Ancor più chiare, nel delineare regole di funzionamento irriducibili ad unità, sono quelle decisioni in cui si statuisce che «se non è stato allegato e prodotto alcun elemento ai fini della determinazione del *quantum* del danno risarcibile, essendosi l'attore limitato a richiedere una consulenza tecnica d'ufficio, deve essere respinta la domanda di risarcimento per violazione del diritto patrimoniale. Di contro, quanto alla violazione del diritto morale d'autore, una volta accertato l'illecito e la riferibilità dello stesso al soggetto convenuto, il giudice può avvalersi del potere di liquidazione equitativa»<sup>(307)</sup>. D'acchito sembrerebbero trarsi, invece, indicazioni diverse dall'orientamento più recente secondo cui «la lesione del diritto d'autore, pur nella componente di diritto della personalità riferito alla paternità ed integrità dell'opera e non all'utilizzazione della stessa, può dar luogo al risarcimento del danno patrimoniale, qualora dalla sua lesione sia derivato un pregiudizio economico al soggetto che ne è titolare, ed in tal caso la risarcibilità del danno è illimitata, non restando soggetta alla restrizione ai soli casi determinati dalla legge, la quale riguarda, invece, il danno non patrimoniale, alla stregua dell'art. 2059 cod. civ., secondo la sua interpretazione costituzionalmente orientata»<sup>(308)</sup>. Orbene, non tragga in inganno la prima impressione letterale, là dove si parla di diritto al

---

dell'invenzione può essere fatto valere dall'inventore e, dopo la sua morte, dal coniuge e dai discendenti fino al secondo grado; in loro mancanza o dopo la loro morte, dai genitori e dagli altri ascendenti ed in mancanza, o dopo la morte anche di questi, dai parenti fino al quarto grado incluso»; per ciò che concerne le varietà vegetali, invece, l'art. 110 c.p.i. prevede che «Il diritto di essere considerato autore della nuova varietà vegetale può essere fatto valere dall'autore stesso e, dopo la sua morte, dal coniuge e dai discendenti fino al secondo grado; in loro mancanza o dopo la loro morte, dai genitori e dagli altri ascendenti ed in mancanza, o dopo la morte anche di questi, dai parenti fino al quarto grado incluso».

<sup>306</sup>

Trib. Ferrara, 5-4-2000, in *Dir. aut.*, 2001, 483, con nota di F. ASCANI, *La pubblicazione dell'opera postuma inedita e i diritti degli eredi*. Nel caso di specie si trattava della pubblicazione di un ricettario gastronomico e di un restauro pittorico.

<sup>307</sup>Trib. Catania, 27-8-2001, in *Dir. ind.*, 2002, 97 nota di P. CAVALLARO, *Le fotografie come oggetto di diritto d'autore*.

<sup>308</sup>Cass., 16-12-2010, n. 25510, inedita e, in termini, ad es. Trib. Bologna, sez. IP, 10-1-2011, cit.

singolare e di «componente di diritto della personalità», perché, a ben guardare, ciò che più rileva è che quello del diritto morale funziona come un sistema a sé stante, che anche per i riflessi patrimoniali è soggetto ad una sua propria disciplina e solleva sue peculiari problematiche. Si noti per inciso che la concezione dualistica è pienamente coerente col concetto di *ownership*, che, in *common law* <sup>(309)</sup>, è definito come un «*bundle of specific rights*» <sup>(310)</sup>, mentre è più difficile da conciliare col granitico *dominium* (per quanto sia da vedere quanto di quel diritto sia rimasto negli ordinamenti che a quella tradizione si ricollegano, specialmente dopo l'invasione del diritto europeo).

A metà strada, infine, fra monismo integrale e dualismo, si pone, infine un'ultima veduta, quella per cui «la protezione dell'autore si definirebbe come una posizione giuridica, detta di signoria sull'opera, in base alla quale si attribuirebbe all'autore un ampio numero di diritti soggettivi e di poteri» <sup>(311)</sup>, teoria a mio avviso levantina e che rischia di cumulare i difetti di quelle di cui pretende essere il superamento su un piano superiore.

Ora, considerato che è certo che gli ordinamenti italiano, europeo e internazionale tutelano tanto gli aspetti patrimoniali, tanto quelli morali, bisognerà vedere se si possa effettivamente costruire un diritto soggettivo unico oppure se si tratti di un fascio di diritti. Nel primo caso, va da sé, a mio avviso, che si tratterebbe di un diritto del tutto *sui generis*, diverso da tutti quelli conosciuti e creato dal legislatore per le motivazioni esposte *supra* in tema di fondamento dell'IP. È vero, ad es., che la violazione della proprietà tradizionale può provocare danni anche non patrimoniali e quindi attinenti alla sfera della persona, ma si tratta di effetti riflessi, non del contenuto del diritto: non sfugge a nessuno la differenza che corre fra un diritto patrimoniale a

---

309

Cfr. M. TRIMARCHI, *La proprietà*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, cit., 3, che ricorda come *property* «nella *common law* non identifica nemmeno i diritti reali bensì qualcosa di molto più ampio, perché rientrano nel concetto molti rapporti che in diritto italiano sono parte della materia delle obbligazioni; e si distingue così una *real property*, assistita da un'azione recuperatoria e una *personal property* alla quale è ricollegata solo un'azione di risarcimento del danno. Sul tema in generale la letteratura è comprensibilmente sconfinata, ma v. gli ottimi M. SERIO, *Property (diritto inglese)*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, 139; P. MATTHEWS, *La proprietà: storia e comparazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, cit., 21; U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, 2000 e A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino, 1997, 502, mentre in particolare sull'IP, v. da ultimo T. TAKENAKA, *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, Cheltenham-Northampton, 2013. Si segnala per il notevole approfondimento storico il pur risalente saggio di G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritium – Proprietà – Property*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova, 1982, 1225

<sup>310</sup> Come si ricorda H.E. SMITH, *Property is not just a bundle of rights*, in *Econ. Journal Watch*, 2011, III, 279, «*the roots of the bundle picture lie in the late nineteenth century and in early twentieth century analytical jurisprudence [...] The most famous precursor of the bundle picture is Wesley Hohfeld's theory of jural relations*». E *ivi*, 287 si spiegano così i motivi dell'*appeal* dell'immagine: «*the bundle theory should be apparent. It combines the convenient simplification of an analytical approach (in the spirit of Hohfeld) with an avoidance of the need to consider the cost of implementing all the good things that we in our wisdom as the experts and designers can come up with. It is designed to reduce humility and promote experimentation*». Il riferimento è a W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913, XXIII, 16.

<sup>311</sup> GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 176.



riflessi personali eventuali nonché secondari, e un diritto che abbiamo ritenuto di descrivere come un atomo la cui parte protonica è data dal diritto morale, indisponibile ed eterno (come ribadito anche in giurisprudenza <sup>(312)</sup>), attorno a cui ruotano gli elettroni delle facoltà di sfruttamento economico esclusivo, che possono alienarsi definitivamente e le cui vicende circolatorie possono spesso del tutto sfuggire al controllo dell'originario titolare. Anche in ragione della radicale diversità di regime, io ho l'impressione – che certo andrà meglio vagliata nel prosieguo – che ciò che con atecnica espressione breviloquia si chiama «proprietà intellettuale», in realtà non esiste come unitario diritto soggettivo: è un diritto oggettivo che contempla un fascio di situazioni giuridiche aventi contenuto, natura e regime affatto diversi. Se è così, se quindi è doveroso aderire a una teorica eclettica e preferibile sposare la *species* dualistica, non perde per ciò solo interesse interrogarsi sui caratteri dei diritti di sfruttamento economico esclusivo – in che rapporti, cioè, essi siano con il diritto di proprietà – proprio perché è innegabile essi occupano un posto di primo piano nella pratica degli affari e a cagione di ciò costituiscono il principale aspetto cui i legislatori si interessano. In pari tempo, non considero un fuor d'opera trattare della teoria personalistica, sia perché sembra essere la principale ad aver conteso il campo con quella proprietaria, sia in quanto è l'unica a descrivere il diritto morale (la cui importanza, almeno dal punto di vista dogmatico, non può essere ignorata), sia, infine, perché ho ricavato dalla lettura in originale della *Metaphysik der Sitten* di Kant alcune indicazioni che ritengo meritino di essere divulgate (al pari delle omologhe di

---

<sup>312</sup>V., *ex multis*, Cass., 13-3-2007, n. 26072, in *Giur. it.*, 2008, II, 425, con nota di Pavesi, ove si è statuito che «i titolari del diritto d'autore possono disporre del diritto patrimoniale alla utilizzazione dell'opera, ma non possono disporre del diritto morale al riconoscimento della paternità dell'opera, in modo tale da consentire la messa in circolazione di opere falsamente imputabili all'autore medesimo e da pregiudicare così la lealtà e la correttezza del mercato artistico».

Locke (<sup>313</sup>) ed Hegel (<sup>314</sup>), non colpiti dalla medesima *damnatio memoriae* subita dal filosofo di Königsberg per i motivi di cui si dirà).

Le riflessioni che seguono, giova precisarlo, non hanno una rilevanza meramente teorica, posto che «in questa materia le influenze dottrinali sulle leggi sono state sempre notevoli» (<sup>315</sup>). Detta prospettiva, quindi, può bene illuminare il senso delle scelte legislative, consentendo di leggere con maggiore chiarezza i principi ispiratori delle stesse, che oltre tutto costituiscono un riferimento fondamentale in sede interpretativa e applicativa. Non mi sento, più in generale, di concordare con la convinzione di un illustre giurista, per il quale «le categorie costruite dal giurista per una più conveniente disciplina giuridica s[on]o indipendenti dal problema gnoseologico affrontato dalla speculazione filosofica» (<sup>316</sup>) e spero che le pagine che seguono possano confortare la mia opinione.

Confrontarsi con tanti grandi pensatori è certamente rischioso e ambizioso, non però inutile.

---

313

I passaggi lockiani maggiormente valorizzati sono tratti da LOCKE, *Two Treatises of Government*, cit., §25 s. Cfr., ad es D.B. RESNIK, *A Pluralistic Account of Intellectual Property*, in *J. Business Ethics*, 2003, XLIII, 319; J. HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, in *Geo. L.J.*, 1988-1989, LXXVII, spec. 296 P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Sudbury (MA), 1996 (spec. il cap. III: «*Locke, Labour and the intellectual commons*», 41 s.); SHIFFRIN, *Lockean Arguments for Private Intellectual Property*, in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, cit., 138; FISHER, *Theories of intellectual property*, cit. (il quale, per vero, non omette il contributo di Kant); MOSCATI, *Un Memorandum di John Locke tra Censorship e Copyright*, cit., 73; Più in generale, cfr. l'insuperato BOBBIO, *Studi lockiani*, cit., *passim* e, *ex plurimis*, C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*<sup>3</sup>, Milano, 1982; ROHBECK, *Property and Labour in the Social Philosophy of John Locke*, cit., 65; KRAMER, *John Locke and the Origins of Private Property*, cit., *passim*; HAHN, *Der Begriff des Property bei John*, cit., *passim*; PETERS, *Der Arbeitsbegriff bei John Locke*, cit., *passim*; HOLZHEY, *Lockes Begründung des Privateigentums in der Arbeit*, cit., 19; ROHBECK, *Property and Labour in the Social Philosophy of John Locke*, cit., 65; CHERNO, *Locke on Property*, cit., 5. Bisogna registrare che MOSCATI, *Un «Memorandum» di John Locke tra Censorship e Copyright*, cit., 77, ritiene di per sé irrealistico il fatto che alcuni studiosi abbiano legato il pensiero di Locke sulla proprietà materiale ai diritti IP, trasferendo il discorso dal lavoro fisico a quello creativo. La medesima A., però, ammette che «d'Héricourt delinea, per la prima volta in Francia, una precisa definizione della proprietà letteraria frutto del lavoro personale dell'uomo, elaborando il pensiero di Locke in materia...Locke era conosciuto in Francia, dove aveva vissuto a lungo, e soprattutto dal 1712, Barbeyrac aveva tradotto alcune opere di Pufendorf che contenevano molte annotazioni relative al pensiero di Locke» (MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 275-276). Nel mio studio do per presupposto Locke, senza affrontarlo espressamente, essendo il suo pensiero già sufficientemente esplorato dagli studiosi degli IPRs, mentre non lo stesso mi sembra si possa dire per Kant, Fichte e Hegel.

<sup>314</sup>HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., *passim*, per ciò che concerne l'IP, è stato oggetto dell'attento studio, fra gli altri, di W. BAUER, *Hegels Theorie des geistigen Eigentums*, in *Hegel-Studien*, 2006, XLI, 52, secondo il quale «*Eine einheitliche Betrachtungs- und Behandlungsweise des Phänomens 'Geistiges Eigentum' bleibt eine aktuelle Forderung. Aufgrund der Zersplitterung der Normtexte, der Dynamik der zugrunde liegenden Entwicklung und der grundlegenden Spaltung in 'Persönlichkeit' und 'Vermögen' als Schutzobjekte ist eine solche bisher jedoch nicht zufrieden stellend möglich [...] Im Rahmen der Philosophie Hegels erscheint ein solcher einheitlicher und grundlegender Ansatz einer Theorie des geistigen Eigentums möglich*». Cfr. T.R. EIMER-K. RÖTTGERS-B. VÖLZMANN-STICKELBROCK (a cura di), *Die Debatte um geistiges Eigentum: Interdisziplinäre Erkundungen - Rechtswissenschaft - Politikwissenschaft - Philosophie*, Bielefeld, 2010, spec. 26 J.L. SCHROEDER, *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*, in *U. Miami L. Rev.*, 2005-2006, LX, 453; DAMICH, *The Rights of Personality*, cit., 1, ma anche HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, cit., spec. 330 e tutti gli A. citati alla nt. precedente.

315

GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 359.

<sup>316</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 320.

E ciò per i motivi illustrati introduttivamente, riconducibili primariamente alla costituzionalizzazione della CDFUE, alla costante pressione dei paradigmi appropriativi europei come plasmati dalle Corti di Lussemburgo e Strasburgo (e la connessa, progressiva, modifica della Costituzione economica italiana in senso filo-mercantile), alle nuove tecnologie che introducono costantemente nuove forme di «avere», costringendo, in pari tempo, a ripensare le vecchie e, infine, alla natura stessa del diritto di proprietà, irrimediabilmente immerso nel mare procelloso della postmodernità.

## 2.2 IPRs e personalità

Le teorie che qualificano i diritti IP <sup>(317)</sup> come diritto della personalità necessitano di essere studiate non solo perché hanno costituito il principale contendente di quelle, dominanti, proprietarie, ma anche perché, in un sistema eclettico-dualistico come il nostro, restano le migliori a descrivere il nocciolo morale del diritto. Esse, peraltro, assumono un particolare valore dalla prospettiva – che sarà indagata nel prosieguo – della funzione sociale, se è vero, come ha scritto Rescigno, che «il particolare 'favorÈ promesso nel testo costituzionale a forme di proprietà che abbiamo chiamate 'personali [...] e il trascorrere della dottrina dei beni immateriali dalla idea della proprietà alla tutela della personalità sembrano i segni più indicativi di un orientamento che sta modificando nelle nostre società il concetto tradizionale dell'istituto e cerca di fondarne in termini nuovi la legittimità» <sup>(318)</sup>.

Le ricostruzioni in esame si richiamano a un'ascendenza nobile, rimontante a talune limpide e dimenticate pagine di Immanuel Kant <sup>(319)</sup> il cui testimone, per il tramite di Leopold Josef

---

<sup>317</sup>In effetti la teoria personalistica riguardo primariamente il diritto d'autore, anche se non mancarno consimili ricostruzioni con riferimento al marchio: cfr. KOHLER, *Warenzeichenrecht*, cit., *passim*. Che il diritto morale riguardi, poi, anche i brevetti lo dimostra, ad es., il ricordato art. 62 c.p.i. BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit., 159, scrive che «cette théorie rendait difficilement compte des droits de propriété industrielle. Le droit des marques, seul, y donnait prise : nous avons vu que certains défenseurs de l'idée de propriété intellectuelle (Klostermann, par exemple) ou de la théorie des droits immatériels (Kohler) voyaient dans la marque une expression de la personnalité». Ma oggi anche il diritto francese riconosce il diritto morale dell'inventore, v., in particolare, l'art. L611-9 CPI: «L'inventeur, salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet; il peut également s'opposer à cette mention».

318

RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 60.

<sup>319</sup>Per lungo tempo si è attribuita la fondazione della teorica personalistica al pensiero di KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 137 (consultabile in originale sul portale [copyrighthistory.org](http://copyrighthistory.org) e tradotto a cura di M.C. PIEVATOLO in *Boll. telem. fil. pol.*, 22-6-2004, disponibile all'indirizzo <http://eprints.rclis.org/5667/1/kantUdB.html>; cfr. F. KAWOHL, *Commentary on Kant's essay On the Injustice of Reprinting Books (1785)*, 2008, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, cit.; W. STARK, *Nachforschungen zu Briefen und Handschriften Immanuel Kants*, Berlin, 1993 e A. WARDA, *Die Druckschriften Immanuel Kants bis zum*

Neustetel <sup>(320)</sup>, sarebbe stato raccolto un secolo più tardi da Johann Caspar Bluntschli <sup>(321)</sup>, Max Lange <sup>(322)</sup>, Karl Heinrich Franz von Gareis <sup>(323)</sup>, Carl Georg Christoph Beseler <sup>(324)</sup> e, soprattutto, l'allievo di quest'ultimo Otto Friedrich von Gierke <sup>(325)</sup>, che influenzarono grandemente, quanto alla dottrina novecentesca, per citarne alcuni, Aurelio Candian <sup>(326)</sup>, Cesare Massa-Saluzzo <sup>(327)</sup>, Stig Fredrik Strömholm <sup>(328)</sup>, Agnès Lucas-Schloetter <sup>(329)</sup> nonché, per quanto eterodosso, Philipp Allfeld <sup>(330)</sup>. La eco di questi intellettuali si avverte, nitida, pure in quelle decisioni della Cassazione in cui si considera il diritto d'autore come «diritto di natura strettamente personale, quale espressione

---

*Jahre 1838*, Wiesbaden, 1919, anche disponibile all'indirizzo [www.philosophiebuch.de/warda.htm](http://www.philosophiebuch.de/warda.htm); e ID., *Metaphysik der Sitten*, cit., II, 3, § 31, II (su cui, per gli aspetti che qui interessano, v., ad es., H. KLENNER (a cura di), *Kant Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie*, Ost Berlin, 1988), ma, come nota già BAPPERT, *Wege zum Urheberrecht*, cit., 244, la paternità non è certa, né comunque diretta (cfr. BRÜNNECK, *Kant über die Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 482). Kant parlava di *persönliches Recht* (nella sua visione, diritto soggettivo incorporale), non invece di *Persönlichkeitsrecht*, ciò che ha fatto considerare solo indiretta la sua paternità della teoria personalistica (così BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit. 62, nt. 216). Sul tema kantiano del discorso al pubblico ha riflettuto recentemente BORGHI, *Copyright and Truth*, cit., 1, che «*defines the copyright primary subject matter as the act of speaking publicly in one's own name, and the copyright sphere as the author-public coalescence that such act of speaking generate*».

<sup>320</sup>NEUSTETEL, *Der Büchernachdruck nach römischem Recht betrachtet*, cit., *passim* e già L.J. NEUSTETEL-S. ZIMMERN, *Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung*, Heidelberg, 1821; cfr. E. WADLE, *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, Weinheim, 1996, 129 e F. KAWOHL, *Commentary on Leopold Josef Neustetel, The Reprinting of Books (Heidelberg, 1824)*, 2008, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, cit.). I principali testi del penalista e romanista, in originale, sono meritoriamente oggi consultabili *online* nel *repository* del portale [copyrighthistory.org](http://copyrighthistory.org), ai cui curatori sono grato.

<sup>321</sup>BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, I, cit. (integralmente consultabile, nella versione originale, all'indirizzo <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22109401%22>), il cui sesto capitolo del primo libro («*das Personenrecht*») è dedicato a «*vom Autorrecht*». L'A. definì il diritto d'autore come un diritto naturale e personale al rispetto della relazione fra creatore e creazione. Sul contributo dogmatico del giurista svizzero v. M. REHBINDER, *Johann Caspar Bluntschlis Beitrag zur Theorie des Urheberrechts*, in *UFITA*, 1993, CXXIII, 29. V. anche il poco noto J. C. BLUNTSCHLI, *Das sogenannte Schrifteigentum. Das Autorrecht*, in *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1853, I, 1 (non è senza significato che quello citato è il saggio di apertura della rivista fondata quell'anno proprio da Bluntschli insieme ai suoi colleghi alla LMU di Monaco, Carl Ludwig ARNDTS VON ARNESBERG e Joseph VON PÖTZL). In ID., *Deutsches Privatrecht*, cit., 187-189, egli scrive: «*die Jurisprudenz kann unter Eigenthum nur ein Sachenrecht verstehen, nur die vollkommene Herrschaft der einzelnen Menschen über die körperlichen Sachen [...] Das Werk aber als Geistesproduct haftet nicht weder an einem bestimmten Manuscript, noch an einem bestimmten Buch [es] hat eine wesentlich unkörperliche Natur. Das lebendige Wort ist sein ächtster Ausdruck. Ferner ist das Recht des Autors darin verschieden von dem Eigenthum, dass jenes immer auf die bestimmte individuelle Person des Autors zurückweist, von der es sich nie völlig losmachen kann, so lange es überhaupt besteht: während für das Eigenthum die Person des Eigenthümers gleichgültig ist. Enlich ist die Richtung, und damit der Gehalt des Autorrechts verschieden von der Richtung und dem Gehalt des Eigenthums. Der Eigenthümer will die Sache für sich haben, der Autor will im Gegentheil sein Werk dem Publicum mittheilen, aber nur in geordneter Weise und so dass dabei seine Autorschaft gewürdigt werde*» (enfasi del testo). Ancor più chiaramente, qualche pagina dopo, richiamando Kant e criticando Renouard, continua: «*das Werk als Geistesproduct gehört zunächst dem Autor an, der es erzeugt hat, nicht als eine körperliche Sache, - denn das ist das Werk nicht -, sondern als eine Offenbarung und ein Ausdruck seines persönlichen Geistes. Zwischen Autor und Werk besteht ein natürlicher Zusammenhang, wie zwischen Schöpfer und Geschöpf, und jener hat ein natürliches Recht, dass dieses Verhältniss geachtet werde*» (ivi, 191-192, enfasi del testo).

322

LANGE, *Kritik der Grundbegriffe von geistigen Eigenthum*, cit., 174. Max Lange vedeva il fondamento del diritto d'autore nella necessità di proteggere l'attività intellettuale personale a discapito delle *rein mechanischer Handlungen* e sottolineava che le considerazioni patrimoniali non giocavano alcun ruolo nella giustificazione della protezione legale, ma andavano solo a completare la protezione personale. Lange differenziava il discorso a seconda che si trattasse di diritto d'autore o proprietà industriale: nel primo caso il supporto materiale non servirebbe che a trasmettere la parola dell'autore - *beim Buch ist die Substanz reines Mittel* - nel secondo, con particolare riferimento

diretta della personalità di un soggetto»<sup>(331)</sup>).

Chiaramente, si registrano oscillazioni fra un esponente e l'altro della corrente in parola. Così, ad es., Gierke – che non a caso tratta dell'*Urheberrecht* non nel secondo volume del suo mastodontico *Deutsches Privatrecht*, dedicato al diritto di proprietà, bensì nel primo *Allgemeiner Teil und Personrecht* – pone in particolare evidenza che la *Eigentumstheorie* «*vermag weder zu erklären noch zu rechtvertigen, daß die positive Rechtsordnung die Grenzen der Herrschaft an einem so verselbständigten Gute aus der Person seines Schöpfers bestimmt. Und sie nimmt nur kraft eines wenig folgerichtigen Verfahrens in den Inhalt dieses dinglich angelegten Rechtes an einem äußeren Gute auch den Schutz der rein persönlichen Beziehungen des Urhebers zu seinem*

---

alle invenzioni, ogni oggetto possiede un'utilità propria.

<sup>323</sup>K. GAREIS, *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*, in *Busch's Archiv*, 1877, 185. Karl Gareis identifica una categoria di diritti che non appartiene ad alcuna delle categorie romanistiche dei diritti *in rem* o *in personam*: il diritto di organizzare liberamente la propria vita, il diritto al nome, al nome commerciale e ai marchi, all'onore, alle opere letterarie e artistiche, nonché alle invenzioni, tutti raccolti sotto l'etichetta di *Individualrechte* (stesso nome, ma altro significato, ha la categoria kohleriana di cui si dirà *infra*), in quanto incentrati sull'individualità della persona, su ogni attività propria della persona e sui relativi risultati. Su Gareis, v. M. VOGEL, *Urheberpersönlichkeitsrecht und Verlagsrecht im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts*, in E. WADLE, *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa*, Berlin, 1993, 191.

<sup>324</sup>BESLER, *System des gemeinen deutschen Privatrecht*, cit., spec. 210.

<sup>325</sup>GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 103. La fama dell'A. è legata a doppio filo a ID., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Graz, 1868, che influenzò grandemente anche Santi ROMANO, come ricordano anche A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità: filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, 2002, 152 e, più di recente, F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011, 107, nt. 227, che rinvia sul punto a M. FUCHS, «*Genossenschaftstheorie*» di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria del diritto di Santi Romano, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, 65 e S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftstheorie di Otto von Gierke*, in *Filosofia politica*, 1993, XXXI, 445.

<sup>326</sup>CANDIAN, *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, cit., *passim*.

<sup>327</sup>MASSA SALUZZO, *Diritti di personalità e natura dei diritti di autore*, cit., *passim*.

<sup>328</sup>STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, cit., *passim*.

<sup>329</sup>LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, I, cit., *passim*.

<sup>330</sup>P. ALLFELD, *Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betreffend das. Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und über das Verlagsrecht sowie zu den internationalen Verträgen zum Schutze des Urheberrechts*, München, 1902. Il diritto d'autore, a suo avviso, non era in effetti né un diritto personale, né, tantomeno, un diritto patrimoniale, ma un diritto *sui generis* dalla natura inafferrabile, di cui sarebbe stato cedibile solo l'*Ausübung* e non anche la *Substanz*. L'opera dell'ingegno sarebbe entrata nella sfera dei beni meramente per effetto della volontà dell'autore. Ora, si non mi sembra sia poi così significativo lo scarto fra Allfeld e GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 707-708, là dove egli scrive che «*die Persoenlichkeitsrechte sind an sich unuebertragbar. Manche Persoenlichkeitsrechte koennen jedoch ganz oder teilweise der Ausubung nach, manche sogar der Substanz nach auf eine andere Person uebertragen werden [...] Insoweit eine Uebertragung stattfindet, geht durch sie das Persoenlichkeitsrecht in eine andere Persoenlichkeitsphaere ueber und wird fuer deren Subject zu einem Rechte an seiner eignen Person*» e *ivi*, 767 si conclude che «*immer ist das Urheberrecht nur der Ausuebung nach uebertragbar. Der Substanz nach haftet es untrennbar an der Person, in der es entstanden ist*» (mi sono reso conto di detta vicinanza casualmente, leggendo P.A. VERHULST, *Kweekersrecht*, Leiden, 1947, 17). Insomma, gli effetti della teoria di Allfeld sono esattamente gli stessi dei «personalisti».

331

Così ad es. Cass., 12-3-1991, in *Mass. Cass.*, 1991, V, 31, ove si legge che «poiché il diritto d'autore, in quanto *diritto di natura strettamente personale, quale espressione diretta della personalità di un soggetto*, è escluso dal fallimento, la tutela dei suoi *aspetti di carattere patrimoniale*, conseguenti ad un'illecita modificazione dell'opera ovvero alla sua arbitraria utilizzazione non può che appartenere al suo titolare ovvero, in caso di decesso, al coniuge superstite; ne consegue che quest'ultimo, anche dopo la dichiarazione di fallimento, conserva in proprio, in relazione alla tutela del diritto di autore del *de cuius*, la *legitimatatio ad causam*, e che pertanto va dichiarato inammissibile il ricorso proposto al riguardo, in qualità di parte civile, dal curatore fallimentare».

*Werke auf* »<sup>(332)</sup>. L'insigne allievo di Beseler continua col professore la sua fede monistico-unilaterale: « *die Herrschaft des Urhebers ueber sein Geisteserzeugnis kann sich freilich zu mancherlei besonderen Befugnissen entfalten, bleibt aber in allen ihren Aeusserungen ein einheitliches Recth* »<sup>(333)</sup>. Bluntschli, dal canto suo, sottolinea che « *das lebendige Wort ist sein ächtster Ausdruck. Ferner ist das Recht des Autors darin verschieden von dem Eigenthum, dass jenes immer auf die bestimmte individuelle Person des Autors zurückweist, von der es sich nie völlig losmachen kann, so lange es überhaupt besteht: während für das Eigenthum die Person des Eigenthümers gleichgültig ist. Endlich ist die Richtung, und damit der Gehalt des Autorrechts verschieden von der Richtung und dem Gehalt des Eigenthums. Der Eigenthümer will die Sache für sich haben, der Autor will im Gegentheil sein Werk dem Publicum mittheilen* »<sup>(334)</sup>.

Cionondimeno, tutti i citati autori considerano l'opera dell'ingegno come un'entità giuridica ontologicamente impensabile separatamente dalla persona dell'autore, perché «di questa persona, precisamente della sua attività spirituale creatrice, essa è e rimane sempre il riflesso»<sup>(335)</sup>. L'opera è vista come una qualità immanente alla persona il fatto che a un diritto della personalità corrispondano anche interessi economici non è visto come incompatibile con detta categoria. In robusta sintesi, le differenze fondamentali rispetto alla teorica proprietaria sono riconducibili all'oggetto del diritto (la personalità è inappropriabile), la natura (diritto della personalità e non diritto patrimoniale) e titolare (l'autore-creatore in quanto tale, non un indefinito e variabile proprietario).

In apertura mi esprimevo in termini dubitativi circa la paternità kantiana, sia pur indiretta, delle teorie in esame. Non stupisca, però, il presente tentativo di gettare nuova luce su talune sue pagine spesso dimenticate: si vedrà che, sebbene a Kaliningrad non riposi il padre delle teorie personalistiche, cionondimeno egli costituisce un riferimento culturale impreteribile anche per gli studiosi dell'IP. Con grande umiltà, non aspiro certo a contribuire alla *Kant-Renaissance* – che, iniziata come nuova riflessione sul metodo della ragion pratica in vista dello statuto delle scienze sociale e storiche, riguarda oggi anche le problematiche morali e politiche normative<sup>(336)</sup> – ma, molto più modestamente, auspico che, messe da canto attribuzioni peregrine, liberi dal pregiudizio, i giuristi tornino a leggere Kant, come esempio di rigore metodologico, ma anche per talune

---

<sup>332</sup>GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 762.

<sup>333</sup>*Ibidem*.

<sup>334</sup>BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 188-189.

<sup>335</sup>GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 177.

Cfr. R. MORDACCI, *Kant-Renaissance. La riscoperta dell'etica normativa di Kant*, in I. KANT, *Metafisica dei costumi*, a cura di G. Landolfi Petrone, Milano, 2006, 743 e F. GONNELLI (a cura di), *Kant. Scritti di storia, politica e diritto*<sup>9</sup>, Roma-Bari, 2011, *passim*.

sorprendenti visioni nel merito delle questioni che ci occupano.

Già nel 1838 Heinrich Ahrens ritenne di sminuire la *proposition* kantiana «*contient plutôt une règle de morale sociale qu'un principe de Droit dont la non-reconnaissance porterait atteinte à la coexistence sociale des hommes*»<sup>(337)</sup>. A determinare, però, una sorta di *damnatio memoriae* di Kant – quanto al suo contributo in materia di IPRs – fu, a mio avviso, il pesantissimo giudizio espresso da chi, nel momento in cui si andavano elaborando le principali teorie sulla natura dei diritti IP, era senz'altro uno dei giuristi più influenti d'Europa, al punto da essere considerato santo<sup>(338)</sup>. Mi riferisco, evidentemente, a Kohler, per il quale la rappresentazione kantiana «*ist keinem juristischen Boden entsprungen, sondern die abenteuerliche Ausgeburt eines unjuristischen Genius*»<sup>(339)</sup>; e, ancora, «*formalistischen Schematismus Kants [...] der das geistige Eigentum mit dem Persönlichkeitsrecht verwechselte*»<sup>(340)</sup>. Meno radicale, ma altrettanto chiaro, fu Ulmer<sup>(341)</sup>, il quale, con riferimento alla medesima tesi come espressa nella *Metaphysik der Sitten*, sottolinea che il filosofo – in una riflessione a suo dire non troppo approfondita – si era comunque espresso su una questione particolare, per distinguere la proprietà degli esemplari, come cose corporali, dal diritto relativo al discorso rivolto dall'autore al pubblico, oggetto di un diritto della personalità.

### 2.3 Alcune note su equivoci kantisti e permanenze kantiane.

Con buona pace di Kohler e Ulmer, credo che valga la pena rileggere le pagine immortali di Kant, che essi dovevano necessariamente distruggere (in pari tempo esaltando Locke, Hegel e Fichte<sup>(342)</sup>), essendo la teoria del *Persönlichkeitsrecht* incompatibile non solo con la teorica proprietaria, ma altresì con quella degli *Immaterialgüterrechte*<sup>(343)</sup>.

---

<sup>337</sup>H. AHRENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, Bruxelles, 1838, 227-228.

<sup>338</sup>GOLDBAUM, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht*, cit., nel criticare la teoria dei beni immateriali sente il dovere di scrivere «*heiliger Josef, verzeih mir!*».

<sup>339</sup>KOHLER, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, cit., 76.

<sup>340</sup>KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, cit., 98.

<sup>341</sup>ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, cit., 94.

342

V. KOHLER, *Urheberrecht*, cit., 80.

<sup>343</sup>Cfr. in particolare GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 761-762, là dove scrive che «*Von der Theorie des geistigen Eigentums haben sich andere Theorien abgezweigt, die an Stelle des Eigentums das Recht an einer unkoerperlichen Sache oder; wie nach Kohlers Vorgang oft gesagt wird, das Immaterialgüterrecht setzen. In der That gewahrt das Urheberrecht eine Herrschaft ueber eine unkoerperliche Sache oder; was im Rechtssinne dasselbe ist, ueber ein «immaterielles Gut». Es steht sogar nichts im Wege, diese Herrschaft, sobald die Unvergleichlichkeit ihres unsinnlichen Gegenstandes mit einem Sachkoerper fest ins Auge gefaßt wird, als ein «Eigentum» zu bezeichnen. Allein auch dies gelaeuterte Theorie des geistigen Eigentums verkennt das Wesen des Urheberrechts, weil auch sie das Geisteswerk seinem Erzeuger lediglich als ein von seiner Person geloestes Objekt gegenueberstellt*».

Il riferimento principale è al saggio «*Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*» nel *Berlinische Monatschrift* del maggio 1785 (le corrispondenti pagine della *Metaphysik der Sitten*, scritta dodici anni più tardi, ne costituiscono una sintesi). In esso, Kant esprime «*an interesting non-Lockean approach to the regulation of information*»<sup>344</sup>), assumendo una posizione che dovette apparire alquanto singolare, considerato che egli stesso era interessato al problema della stampa non autorizzata delle proprie opere, di talché aveva tutto l'interesse a inibire consimili pratiche. *Ivi*, il filosofo di Königsberg, pone la distinzione fra idea ed espressione, allora tutt'altro che pacifica, e ne trae, con grande originalità, ma non minore rigore, le dovute conseguenze: se ad essere protetto non è il «*content materialised in the book as such*»<sup>345</sup>) e il libro è solo un mezzo (anche la distinzione *corpus mechanicum/corpus mysticum* non era allora assodata<sup>346</sup>), la riproduzione non autorizzata degli altrui libri non contrasta, in sé, con alcun diritto dell'autore o dell'editore. Si spiegherà, poi, perché egli non sia il padre della teoria personalistica e come mai, ciononostante, la lettura delle sue riflessioni resti fondamentale per gli studiosi di IPRs.

Il punto più noto del ragionamento è che «*in einem Buche als Schrift redet der Autor zu seinem Leser; und der, welcher sie gedruckt hat, redet durch seine Exemplare nicht für sich selbst, sondern ganz und gar im Namen des Verfassers. Er stellt ihn als redend öffentlich auf und vermittelt nur die Überbringung dieser Rede ans Publicum*»<sup>347</sup>). In altri termini, come si legge nella *Metaphysik der Sitten*, «*ein Buch ist eine Schrift (ob mit der Feder oder durch Typen, auf wenig oder viel Blättern verzeichnet, ist hier gleichgültig), welche eine Rede vorstellt, die jemand durch sichtbare Sprachzeichen an das Publikum hält*»<sup>348</sup>). In queste parole è facile avvertire l'afflato

<sup>344</sup> KAWOHL, *Commentary on Kant's essay On the Injustice of Reprinting Books (1785)*, cit., § 3.

<sup>345</sup> *Ivi*, § 2.

<sup>346</sup> V. KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 403, là dove scrive: «*diejenigen, welche den Verlag eines Buchs als den Gebrauch des Eigenthums an einem Exemplare (es mag nun als Manuscript vom Verfasser, oder als Abdruck desselben von einem schon vorhandenen Verleger auf den Besitzer gekommen sein) ansehen und alsdann doch durch den Vorbehalt gewisser Rechte, es sei des Verfassers, oder des von ihm eingesetzten Verlegers, den Gebrauch noch dahin einschränken wollen, daß es unerlaubt sei, es nachzudrucken, - können damit niemals zum Zwecke kommen*». Ancora più chiaro il passaggio finale per cui «*der Autor und der Eigenthümer des Exemplars können beide mit gleichem Rechte von demselben sagen: es ist mein Buch! aber in verschiedenem Sinne. Der erstere nimmt das Buch als Schrift oder Rede; der zweite bloß als das stumme Instrument der Überbringung der Rede an ihn oder das Publicum, d. i. als Exemplar. Dieses Recht des Verfassers ist aber kein Recht in der Sache, nämlich dem Exemplar (denn der Eigenthümer kann es vor des Verfassers Augen verbrennen), sondern ein angebornes Recht in seiner eignen Person, nämlich zu verhindern, daß ein anderer ihn nicht ohne seine Einwilligung zum Publicum reden lasse, welche Einwilligung gar nicht präsumirt werden kann, weil er sie schon einem andern ausschließlich ertheilt hat*» (*ivi*, 416, quarta nt.; Kant non numerava le note, usando il sistema ad asterisco). La distinzione è sottile soprattutto in materia di opere d'arte: pensiamo, ad es., alla circostanza in cui l'acquirente distrugga una statua, così eliminando tanto il *corpus mechanicum*, quanto il *mysticum*. Va salutata con favore, quindi, Cass., 19-12-1996, n. 11343, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1194, con nota di A. ACCORNERO, *Il diritto di riproduzione delle opere d'arte*, per cui «l'alienazione di un'opera d'arte figurativa (del cosiddetto "corpus mechanicum") non comporta di per sé la cessione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera tra i quali il diritto di riproduzione».

347

KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 406.

<sup>348</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., 2, § 31, II.



illuministico che porta Knigge a scrivere che «*Schriftstellerey ist also öffentliche Mittheilung von Gedanken; gedruckte Unterhaltung; laute Rede, an jeden im Publico gerichtet, der sie hören will; Gespräch mit der Lesewelt*»<sup>(349)</sup>.

Secondo parte della dottrina contemporanea, «*it is exactly this assumption which might be able to play a significant role in contemporary disputes on non-proprietary concepts of regulating the exchange of information*»<sup>(350)</sup>. In Italia, serrata fu la critica di Stolfi, che pose in luce come il servizio reso dall'autore alla società non potesse costituire il fondamento dell'IP, come avrebbe dimostrato la circostanza per cui «godono della protezione della legge anche i libri che non rendono alcun servizio alla società [...] non è la società che compensa gli autori, ma sono coloro che ne acquistano le opere o le copie»<sup>(351)</sup>. Sul punto, però, l'insigne civilista, a mio sommosso avviso, non coglie nel segno. Intendo dire che il giurista aviglianese sovrappone due questioni diverse: il fondamento dell'IP, questione che Kant non affronta, e, peraltro solo indirettamente (essendo il centro del ragionamento la qualificazione del contratto di edizione, che pur qui non rileva), la natura dei detti diritti.

La copia di questo c.d. discorso al pubblico «*es sei in der Handschrift oder im Druck, mag gehören, wem es wolle; so ist doch, dieses für sich zu brauchen, oder damit Verkehr zu treiben, ein Geschäft, das jeder Eigenthümer desselben in seinem eigenen Namen und nach Belieben treiben kann*»<sup>(352)</sup>. Certo, non si può tacere la presenza di passaggi che possono fare sorridere il giurista contemporaneo, come quello in cui si giustifica così il divieto di consentire a terzi una riedizione di un testo in costanza di un contratto di edizione: «*weil alsdann jeder von beiden, der erste Verleger und der sich nachher des Verlags anmaßende (der Nachdrucker), des Autors Geschäft mit einem und demselben ganzen Publicum führen würde, die Bearbeitung des einen die des andern unnütz und für jeden derselben verderblich machen müsse*»<sup>(353)</sup>. Questo, però, è il profilo caduco del pensare kantiano<sup>(354)</sup>. Il passaggio veramente centrale, ma sovente ignorato, è quello fondato sulla distinzione fra proprietà e diritti di credito. In particolare, «*mit dem Eigenthum einer Sache ist zwar*

---

<sup>349</sup> A.F.F.L. VON KNIGGE, *Ueber Schriftsteller und Schriftstellerey*, Hannover, 1793, ora in *Knigges Werke. Eine Bibliographie der gedruckten Schriften, Compositionen und Briefe*, a cura di E.A. Knigge. Göttingen 1996, 317.

<sup>350</sup> KAWOHL, *Commentary on Kant's essay On the Injustice of Reprinting Books (1785)*, cit., § 4, il quale però scrive poco *infra* che «*Kant's concept thus proved to be that of an eighteenth-century elite writer - that is, a member of either the nobility or a class of professors or other learned state officials who regarded money as a base motive for writing*» (*ibidem*).

<sup>351</sup> STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 268.

<sup>352</sup> KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 406

353

*Ivi*, 407-408.

<sup>354</sup> Ma anche, a mio parere, là dove egli scrive «*der Grund also, warum alle Kunstwerke anderer zum öffentlichen Vertrieb nachgemacht, Bücher aber, die schon ihre eingesetzte Verleger haben, nicht nachgedruckt werden dürfen, liegt darin: daß die erstem n Werke (opera), die zweiten Handlungen (operae) sind, davon jene als für sich selbst existirende Dinge, diese aber nur in einer Person ihr Dasein haben können*» (*ivi*, 416).

das verneinende Recht verbunden, jedermann zu widerstehen, der mich im beliebigen Gebrauch derselben hindern wollte; aber ein bejahendes Recht auf eine Person [N.d.R. Kant più spesso usa la locuzione «*persönliches bejahendes Recht*»<sup>(355)</sup>, ben più perspicua], *von ihr zu fordern, daß sie etwas leisten oder mir worin zu Diensten sein solle, kann aus dem bloßen Eigenthum keiner Sache fließen*»<sup>(356)</sup>. Quello che, di là da specifiche clausole contrattuali (istitutive, appunto, di un diritto personale), non può scaturire dal mero diritto di proprietà è l'impingere nell'altrui sfera giuridica, come accadrebbe ove taluno procedesse a una nuova stampa in forza del diritto di proprietà vantato sul libro, diritto del tutto diverso dal «*persönliches bejahendes Recht, nämlich den Autor des Geschäftes zu nöthigen, daß er etwas prästire, nämlich für alles stehe, was er durch mich thun läßt, oder wozu er sich durch mich verbindlich macht*»<sup>(357)</sup>. Dalla dicotomia idea-espressione, poi, con grande coerenza, Kant esprime posizioni anche qua d'avanguardia per il tempo (ancor più degne di nota ove si pensi all'interesse che egli aveva, in quanto autore, a sostenere tesi opposte), ritenendo che «*wenn man indessen das Buch eines andern so verändert (abkürzt oder vermehrt oder umarbeitet), daß man sogar Unrecht thun würde, wenn man es nunmehr auf den Namen des Autors des Originals ausgeben würde: so ist die Umarbeitung in dem eigenen Namen des Herausgebers kein Nachdruck und also nicht unerlaubt*»<sup>(358)</sup>. E un discorso analogo vale per le traduzioni: «*kann die Übersetzung in eine andere Sprache nicht für Nachdruck genommen werden; denn sie ist nicht dieselbe Rede des Verfassers, obgleich die Gedanken genau dieselben sein mögen*»<sup>(359)</sup>. Così, il filosofo di Königsberg anticipava, di molto, disposizioni che oggi vigono nella maggior parte degli ordinamenti<sup>(360)</sup>, come quella di cui all'art. 4 l. aut., a tenore del quale, giova ricordarlo, «senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria, sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale»<sup>(361)</sup>.

---

<sup>355</sup> *Ivi*, 410 (due volte) e 411 (due volte).

<sup>356</sup> *Ivi*, 410.

<sup>357</sup> *Ivi*, 411.

<sup>358</sup> *Ivi*, 417.

<sup>359</sup> *Ibidem*.

<sup>360</sup> Per l'ordinamento tedesco v. il § 3, UrhG, a tenore del quale «*Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes, die persönliche geistige Schöpfungen des Bearbeiters sind, werden unbeschadet des Urheberrechts am bearbeiteten Werk wie selbständige Werke geschützt. Die nur unwesentliche Bearbeitung eines nicht geschützten Werkes der Musik wird nicht als selbständiges Werk geschützt*».

361

Nell'interpretazione elaborata dalla più recente giurisprudenza (Cass., 15-6-2012, n. 9854, inedita), l'elaborazione creativa si differenzia dalla contraffazione, in quanto mentre quest'ultima consiste nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto non di un apporto creativo, ma del mascheramento della contraffazione, la prima si caratterizza per un'elaborazione dell'opera originale con un riconoscibile apporto creativo; ciò che rileva, pertanto, non è la possibilità di confusione tra due opere, alla stregua

Ora, se l'auspicio espresso *in cauda*, per cui «*die hier zum Grunde gelegte Idee eines Bücherverlages überhaupt wohlgefaßt und [...] mit der erforderlichen Eleganz der römischen Rechtsgelehrsamkeit bearbeitet würde*»<sup>(362)</sup>, non fu accolto, non è addebitabile ai passaggi caduchi che pure ho segnalato, quanto piuttosto alla strumentalizzazione che di Locke, Hegel e Fichte<sup>(363)</sup> fu portata avanti dai teorici avversari (Kohler e Ulmer in testa), nonché alla generalizzata convinzione che l'appiattimento dell'IP sulla proprietà (e la connessa *propertization* dei beni immateriali) sia il modo migliore, se non l'unico, per tutelare le opere dell'ingegno.

Probabilmente, se la posizione kantiana in tema di IPRs non fosse stata, e talora sia, equivocata, oggi le pagine su cui ho cercato di gettare luce sarebbero ben più note fra i giuristi. La chiave di volta è costituita dalla differenza fra «*persönliches bejahendes Recht*»<sup>(364)</sup> e *Persönlichkeitsrecht*. Un buon punto di partenza è la notazione di Filippo Gonnelli – cui va il merito di aver recentemente raccolto alcuni scritti «minori» su storia, politica e diritto – ««diritto personale» è per Kant non, come è oggi, il diritto alla persona, ma il diritto *fra* persone, cioè l'obbligazione contrattuale reciproca a certi atti»<sup>(365)</sup>. Il diritto personale è, in altri termini, un diritto di credito, non un diritto della personalità<sup>(366)</sup>. Perspicua sul punto era stata già la critica di Hegel a Kant, che, dopo averlo tacciato di confusione, chiarì che «*die persönlichen Rechte bei Kant sind die Rechte, die aus einem Vertrage entstehen*»<sup>(367)</sup>, concludendo che «*jede Art von Rechten kommt nur einer Person zu, und objektiv ist ein Recht aus dem Vertrage nicht Recht an eine Person, sondern nur an ein ihr Äußerliches oder etwas von ihr zu Veräußerndes, immer an eine Sache*»<sup>(368)</sup>.

E se la teoria del *Persönlichkeitsrecht* è stata abbandonata in quanto incapace di dar conto

---

del giudizio d'impressione utilizzato in tema di segni distintivi dell'impresa, ma la riproduzione illecita di un'opera da parte dell'altra, ancorché camuffata in modo tale da non rendere immediatamente riconoscibile l'opera originaria. Nel caso di specie, il giudice di merito aveva correttamente accertato l'illecita riproduzione, da parte del brano musicale «*On va s'aimer*» di Gilbert Montagnier, dei caratteri essenziali della canzone «*Une fille de France*» di Gianni Nazzaro, per identità della melodia dei ritornelli.

<sup>362</sup>KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, cit.

<sup>363</sup> Sulle ragioni della difficoltà di penetrazione in Germania delle teorie lockiane sulla proprietà è molto chiaro M. BROCKER, *Arbeit und Eigentum: Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Darmstadt, 1992, 300, là dove scrive che «*die Vorstellung, die Grundprinzipien des Rechts unabhängig von den [...] Verhaltensweisen und Interessen, jenseits von Macht und bloßem Willen, begründen zu können [...] erschien mit einem Male obsolet*».

<sup>364</sup> *Ivi*, 410 (due volte) e 411 (due volte).

<sup>365</sup> GONNELLI, *Kant*, cit., 85, nt. 3, corsivo del testo.

<sup>366</sup> In KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., *passim*, il filosofo distingue il diritto reale (§ 11 s.), che si esercita sulle cose; il diritto personale, che si esercita nei confronti dell'arbitrio dell'altro (§ 18 s.) e il diritto personale di tipo reale, che si esercita nei confronti di altri senza intaccarne l'arbitrio (§ 22 s.) (v. G. LANDOLFI PETRONE, «*È difficile liberarsi dell'uomo*». *L'orientamento antropologico della filosofia kantiana*, Saggio introduttivo a I. KANT, *Metafisica dei costumi*, cit., XIII).

<sup>367</sup>

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 40, enfasi del testo.

<sup>368</sup> *Ibidem*, enfasi del testo.

degli aspetti patrimoniali deidritti IP, quella del *persönliches Recht* può essere oggi rivalutata, in quanto descrittiva deimeccanismi di funzionamento di detti diritti anche nella componente patrimoniale. Mi riferisco a quanto porrò in evidenza nel prossimo capitolo con riferimento al *cloud computing*: l'IP, nel *milieu* cibernetico, si atteggia sempre meno come un diritto assoluto e sempre più come un diritto per il cui esercizio è necessaria la cooperazione dei terzi, elemento caratteristico, per l'appunto, dei diritti di credito o personali. Certamente, comunque, un diritto personale che incontra limiti affatto peculiari, riconducibili *in primis* alla collettività ma anche ai singoli, limiti che Kant non manca di evidenziare.

Io ritengo, ad ogni modo, che il saggio in parola meriti di essere riscoperto, non solo come esempio di metodo (per la rigorosa coerenza interna ad ogni passaggio, il modo in cui questi sono legati e la capacità di sovvertire le prospettive ordinarie), ma anche per il merito. Ciò sotto almeno due profili <sup>(369)</sup>: da una parte l'antesignana posizione di una chiara differenza fra idea ed espressione e fra *corpus mechanicum* e *corpus mysticum* <sup>(370)</sup>, dall'altra la qualificazione in termini di diritto personale (e non «della personalità»), la centralità del diritto morale e l'importanza degli interessi della collettività alla fruizione delle opere dell'ingegno <sup>(371)</sup>, a godere del «*Rede ans Publicum*» <sup>(372)</sup>.

È vero che la paternità kantiana della teorica personalistica è un falso, ma ciò, al contrario di quanto si possa pensare, costituisce un ottimo motivo per rileggere gli scritti del filosofo potendo, abbandonati preconcetti ideologici, scremare il permanente dal caduco.

Chiudendo su Kant e concludendo sulla concezione che a questo punto possiamo definire gierkiana, si può tirare qualche somma. Nonostante la teorica del *Persönlichkeitsrecht* non sia in grado di dare conto degli aspetti patrimoniali, innegabilmente impreteribili nei diritti IP, essa ha il grande merito di dare conto del nucleo morale del diritto <sup>(373)</sup> e di avere mostrato le debolezze

---

<sup>369</sup>Oltre ai profili segnalati nel corpo del testo, anche la distinzione *supra* richiamata quanto alle differenze fra proprietà e diritti di credito non era da darsi così scontata, nella cristallina formulazione kantiana, specie ove si pensi che si trattava, mutando Kohler, di *ein unjuristischer Genius*.

<sup>370</sup>Oltre ai passaggi già citati, degno di essere ricordato è altresì KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., II, 3, § 31, II, nella parte in cui l'illustre filosofo scrive: «*das Buch einerseits ein körperliches Kunstprodukt (opus mechanicum) ist, was nachgemacht werden kann (von dem, der sich im rechtmäßigen Besitz eines Exemplars desselben befindet), mithin daran ein Sachenrecht statthat; andererseits aber ist das Buch auch bloße Rede des Verlegers ans Publikum, die dieser, ohne dazu Vollmacht vom Verfasser zu haben, öffentlich nicht nachsprechen darf (praestatio operae), ein persönliches Recht, und nun besteht der Irrtum darin, daß beides mit einander verwechselt wird*».

<sup>371</sup>V. *supra* per la mia opinione circa il collegamento fra diritto morale e interessi collettivi.

<sup>372</sup>Il medesimo concetto è espresso in KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., II, 3, § 31, II, là dove si legge che «*Schrift ist nicht unmittelbar Bezeichnung eines Begriffs (wie etwa ein Kupferstich, der als Porträt, oder ein Gipsabguß, der als die Büste eine bestimmte Person vorstellt) sondern eine Rede ans Publikum, d.i. der Schriftsteller spricht durch den Verleger öffentlich. – Dieser aber, nämlich der Verleger, spricht (durch seinen Werkmeister, operarius, den Drucker) nicht in seinem eigenen Namen (denn sonst würde er sich für den Autor ausgeben), sondern im Namen des Schriftstellers, wozu er also nur durch eine ihm von dem letzteren erteilte Vollmacht (mandatum) berechtigt ist*».

dogmatiche (e ideologiche) della contrapposta ricostruzione, la quale ha mostrato di essere dimentica del ricordato insegnamento manzoniano per cui la «formola «Proprietà letteraria» è nata, non da un intuito dell'essenza della cosa, ma da una *semplice analogia* [...] un traslato che, come tutti i traslati, *diventa un sofisma quando se ne vuol fare un argomento*: sofisma che consiste nel concludere da una somiglianza parziale a una perfetta identità»<sup>(374)</sup>.

Ritengo si possa dire che la ricostruzione gierkiana sia stata sconfitta, nella storia delle idee, da una parte perché «*n'en était qu'à ses débuts au moment de l'adoption du premier texte allemand moderne et constituait alors un modèle moins fort que celui de la propriété*»<sup>(375)</sup>, dall'altra perché conviene a quanti sfruttano capitalistamente le opere dell'ingegno altrui considerare i diritti IP come proprietà, come ha mostrato, ad es., la vicenda dei librai parigini di cui alla *mémoire* dericourtiana *supra* largamente ripercorsa. La sconfitta è solo parziale, come dimostra fra l'altro la prevalenza (quantomeno in diritto positivo) delle dizioni *Urheberrecht* e «diritto d'autore» su, rispettivamente, *geistiges Eigentum* e proprietà intellettuale; in ogni caso, non è detto che la partita sia chiusa e non è un caso che nell'età dei beni comuni da più parti si segnali il recupero di vecchie argomentazioni per nuove battaglie<sup>(376)</sup>.

Più in generale e da altro punto di vista, in considerazione del ricordato collegamento fra la proprietà costituzionale e l'affermarsi delle teorie anti-proprietarie, non ci si può stupire del tendenziale abbandono di queste ultime, in una fase storica in cui si celebra il *de profundis* della funzione sociale *ex art. 42 Cost.*, ciò cui si dedicherà soverchia attenzione più avanti.

## **2.4 Della sussunzione degli IPRs nel paradigma dominicale tradizionale. Spigolature fra dottrina e giurisprudenza.**

Accolta senz'altro la teoria eclettico-dualistica, e sommariamente ripercorse le ricostruzioni che a mio parere meglio si attagliano agli aspetti morali degli IPRs, è ora il momento di guardare all'altra metà del cielo, per osservare le riflessioni di un folto novero degli autori filo-proprietari<sup>(377)</sup>, che, di là da un interesse meramente culturale, non possono essere trascurate nel momento in

---

reazione all'indirizzo legislativo di un tempo, rivolto pressoché interamente alla disciplina degli interessi economici dell'autore, e influi meritevolmente per rettificarlo».

<sup>374</sup>MANZONI, *Lettera al Signor Professore Girolamo Boccardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria*, cit., 567.

<sup>375</sup>BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, cit., 62.

<sup>376</sup>Cfr. MANDERIEUX, *Il DRM, il contratto ed il concetto di proprietà*, cit., 167.

cui si disegnino i tratti degli aspetti patrimoniali dei diritti in esame.

Detta teorica, peraltro, sembra da ultimo aver permeato anche la giurisprudenza, come mi parrebbero attestare quelle decisioni in cui si pretende che «colui il quale intenda ottenere una pronuncia declaratoria della titolarità esclusiva dei diritti di sfruttamento di un'opera protetta dal diritto d'autore, al fine di richiedere le pronunce inibitorie nei confronti dei terzi che utilizzino la medesima opera, ha l'onere di allegare e provare il titolo originario di acquisto dell'opera, anche mediante la dimostrazione dell'esistenza di una serie ininterrotta di trasferimenti dei diritti di utilizzazione dal titolare originario sino al proprio dante causa»<sup>(378)</sup>; o ancora là dove si conclude che «il cessionario di un diritto di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno può esercitare l'azione di revindica nei confronti del terzo che pretenda avere acquistato ed essere titolare dei propri diritti di utilizzazione economica e ha l'onere, *ex art. 948 c.c.*, di dimostrare la titolarità del diritto in capo al suo dante causa ed a tutti i precedenti, fino a risalire al produttore dell'opera cinematografica; trattandosi di un conflitto tra più acquirenti del medesimo diritto, la prova degli acquisti deve essere fornita in forma scritta *ad probationem*»<sup>(379)</sup>. Si evidenzieranno più in là talune particolarità degne di rilievo.

Anche fra coloro che possono annoverarsi fra gli appartenenti all'orientamento filoproprietario v'è chi ammette che «la figura, riferita ai beni immateriali, non ha un significato ed un valore tecnico-giuridico preciso, non certamente quelli che convengono al caso delle cose

cit., 19, che ho avuto il piacere di scoprire solo recentemente (che comunque *ivi*, 26 precisa che «non è pensabile che le regole proprietarie possano essere identiche o anche soltanto pensate insieme per oggettivi così diversi come la terra, il denaro, un pacchetto azionario, l'acqua, un'informazione, una sacca di sangue o un libro»), credo possano essere sussunti nell'orientamento in esame P. GRECO-P. VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di F. Vassalli, XII, 2, Torino, 1969, 1; P. GRECO, *Beni immateriali*, in *Novis. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, *ad vocem* e già *Id.*, *I diritti sui beni immateriali*, cit., 3, per quanto essi parlino di un diritto assoluto su un bene immateriale avente caratteristiche analoghe, ma non identiche al diritto di proprietà sui beni materiali. In altri termini, poiché adottano *rationales* quasi sovrapponibili, vanno considerate congiuntamente le teoriche *stricto sensu* proprietarie e le affini, come quella del diritto reale (propria, se ho ben inteso, di GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 187, per cui «se lo schema del diritto di proprietà è inidoneo per i diritti su beni immateriali, non pare invece da escludere che resti valido, per il diritto esclusivo d'autore, il tipo generale del rapporto di diritto reale»). BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, cit., 210, fonda questa tesi – dall'A. poi parzialmente scartata – su basi storiche: «*Tirant parti de nos recherches historiques, nous accorderons une présomption favorable à la notion de droit réel (jus in rem, droit d'une personne sur un bien), à l'idée que le droit intellectuel est une forme de droit des biens. Nous avons donc la chance d'entamer notre recherche avec l'aide d'une présomption, une présomption simple*». Bisogna distinguere il discorso di Greco e Vercellone dalla teoria del diritto *in re aliena*, alla stregua della quale gli IPRs sarebbero diritti reali vertenti sugli esemplari materiali in cui si esplicano esteriormente detti diritti. Questa teoria ha un fervente sostenitore nel giurista svedese Stig Fredrik Strömholm, che la fa derivare dalle riflessioni di Alf Ross, là dove pone in luce che le opere dell'ingegno non appartengono alla realtà, anche a volere accettare di queste un profilo immateriale, e non possono essere afferrate tramite categorie giuridiche: esse sono una serie di emozioni e percezioni soggettive, le quali non posso costituire *Rechtsobjekte* (v. S.F. STRÖMHOLM, *Der Urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre*, in *GRUR*, 1963, 433).

<sup>378</sup>Cass., 5-3-2010, n. 5359, in *Foro it.*, 2011, VI, 1, 1875. Sull'inibitoria e IP nel diritto europeo v., da ultimo, F. FERRARI, *La Corte di giustizia e il foro dei provvedimenti cautelari inibitori in materia di proprietà industriale (Nota a sentenza C. giust. U.E., sez. 3, 12 luglio 2012, C-616/10)*, in *Int'l Lis*, 2012, III, 117.

379

Trib. Roma, 23-2-2007, inedita.

corporali»<sup>(380)</sup>. Si è già osservato come l'assenza di confini fisici, di unicità di collocazione spaziale, «onde il dono che essi hanno, come si può dire, dell'ubiquità»<sup>(381)</sup>, escludono che si possa concepire per essi un possesso esclusivo, «che non si saprebbe come individuare e fermare»<sup>(382)</sup> e non per regole del vecchio diritto, bensì «per una legge fisica della materia»<sup>(383)</sup> per cui l'esclusività in senso proprio si dà soltanto nel caso della proprietà tradizionale. Basti pensare al nome, la cui tutela, per quanto costituita da rimedi tipicamente proprietari, non può occultare che «non è impossibile che lo porti, pur non togliendolo a lui; anzi è impossibile che altri glielo tolga»<sup>(384)</sup>. Ciò che, fra l'altro, impone una riflessione sul senso dell'art. 167 l. aut., là dove prescrive che «i diritti di utilizzazione economica riconosciuti da questa legge possono anche essere fatti valere giudizialmente: a) da chi si trovi nel possesso legittimo dei diritti stessi». A me sembra – e mi conferma in questa convinzione lo studio della più recente giurisprudenza<sup>(385)</sup> – che più che al possesso del bene immateriale, la disposizione si riferisca al possesso di titoli da cui si possa desumere la titolarità del diritto, non potendo in nessun caso l'esercizio di un potere di fatto sovvertire l'attribuzione formale<sup>(386)</sup>.

Chi ha studiato la materia più da vicino non ha mancato di rivelare che «lo stesso fatto che il legislatore abbia dettato numerose regole in tema di godimento di fatto di beni immateriali induce alla cautela rispetto alla proposta di estendere le regole di cui all'art. 1140 ss.»<sup>(387)</sup>. In pari tempo si ammette il ricorso all'analogia, il quale va costruito e argomentato partendo da problemi peculiari di singoli beni immateriali, verificando che il legislatore non abbia previsto delle soluzioni

---

<sup>380</sup>GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 186.

<sup>381</sup>*Ibidem*.

<sup>382</sup>PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 249.

<sup>383</sup>PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 250.

<sup>384</sup>*Ivi*, 249-250.

<sup>385</sup>V. sul punto, da ultimo, Trib. Milano, sez. IP, 2-8-2012, in *Dir. ind.*, 2013, I, 13, con nota di S. ALVANINI, *Il design classico tra registrazione di modello, diritto d'autore e concorrenza sleale*, nella parte in cui statuisce che «una documentazione che confermi la titolarità dei diritti d'autore in capo alla Vitra Collections AG è sufficiente ai fini del riconoscimento della legittimazione attiva a far valere i diritti d'autore sulle opere di Charles e Ray Eames ed in particolare sulla Lounge Chair e Ottoman alla luce di quanto previsto dall'art. 167 legge sul diritto d'autore, L. n. 633/1941, che attribuisce la titolarità del diritto a chi si trovi nel possesso di quello di utilizzazione economica». O anche Cass., 29-12-2011, n. 30082, inedita, là dove si precisa che «seppure l'art. 167 della legge 22 aprile 1941, n. 633 abbia voluto assicurare, a chi si trovi in una posizione corrispondente a quella del possessore di buona fede, la possibilità di far valere i suoi diritti nei confronti di eventuali contraffattori, non ha tuttavia inteso innovare i principi che attengono alla natura immateriale dell'opera dell'ingegno ed ai modi di acquisto dei diritti ad essa inerenti».

<sup>386</sup>Ritengo non contrasti con quanto da me affermato Cass., 7-6-2012, n. 9247, inedita, ove si conclude che «l'art. 167 della legge n. 633 del 1941 esplicita la regola generale per la quale il diritto di proprietà non incontra limiti che non siano stabiliti dalla legge o dalla volontà del suo titolare, per cui esso si presume libero da pesi; ne consegue che incombe a chi sostiene l'esistenza di limitazioni, ovvero in concreto eserciti attività che oggettivamente pongano in essere limitazioni a quel diritto, a fronte dell'allegazione di un valido titolo di proprietà, l'onere di dimostrare l'esistenza di un proprio particolare diritto, ovvero la invalidità del titolo allegato dal suo contraddittore».

<sup>387</sup>R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, 1, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 386, che esprime considerazioni convergenti con quelle di P. POLA, *L'usucapione*<sup>3</sup>, Padova, 2006, 104; R. SACCO, *Usucapione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XI, Torino, 1999, 561 e S. RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992.

specifiche, dimostrando, in caso di lacuna, che i problemi possono essere efficacemente risolti facendo ricorso alle regole sul possesso dei beni immateriali. In ogni caso, chi nega la configurabilità del possesso *de quo*, rileva come «la impossibilità di invocare i rimedi possessori non uoce al titolare di un bene immateriale che possa disporre [...] di rimedi inibitori d'urgenza»<sup>(388)</sup>, dal che si fa discendere che «la esclusione della posizione possessoria comporta più un rafforzamento della proprietà dei beni immateriali che non una diminuzione della consistenza di tale diritto»<sup>(389)</sup>.

Quanto, poi, al gaiano «*incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*»<sup>(390)</sup>, per Pugliatti e Santoro-Passarelli costituì il principale argomento in base al quale rigettare qualsiasi meccanica sussunzione nel calco dominicale<sup>(391)</sup>, mentre v'è chi si limita a dare atto che «si discute [...] se siano suscettibili di usucapione anche diritti su taluni beni immateriali»<sup>(392)</sup>. In giurisprudenza, poi, le acque sono tutt'altro che immote<sup>(393)</sup>: da una parte si statuisce che «non è configurabile l'acquisto a titolo originario di un'opera immateriale dell'ingegno,

---

<sup>388</sup>A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, cit, 171.

<sup>389</sup>*Ibidem*.

<sup>390</sup>GAI, 7 *ad ed. prov.*, D.41.1.43.1 (il passaggio, da intendersi originariamente pensato con riferimento agli *iura praediorum*, è sopravvissuto nel gergo curialesco nella versione *incorporales res traditionem et usucapionem non recipiunt*). Cfr. C. BALDUS, *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus*, in *AUPA*, 2012, 57; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 104-105; C. BECKER, *Die «res» bei Gaius. Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht*, Köln, 1999, 49; G. ARCIERI, *Storia del dritto per servire d'introduzione allo studio delle leggi civili del dritto amministrativo*, Napoli, 1833, 431. Sul più noto passaggio di Gaio sulle *res corporales* e *incorporales*, qui già richiamato, segnalo le recenti riflessioni della Scuola romanistica palermitana racchiuse in G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*, 2012, 125. A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, cit, 170, suggerisce il superamento della *divisio* come distinzione fondamentale, conservando rilevanza solo in connessione con l'ammissibilità di concepire il possesso dei beni immateriali.

<sup>391</sup>Cfr. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 252 e F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1986, 58 (rist. 2002). V. anche F. CARNELUTTI, *La usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938 e E. SALAFIA, *Sulla usucapibilità dell'invenzione e sull'acquisto dell'invenzione per effetto di un contratto d'opera che la preveda quale risultato dell'attività del lavoratore*, in *Mon. Trib.*, 1971, 943. Pugliatti, in particolare, conclude scrivendo che «l'analogia tra proprietà (su cosa) materiale proprietà (su bene) immateriale, si limita al profilo assai generico cper il quale possono le due figure collocarsi nella categoria dei diritti assoluti. Profilo che, pur in termini generici, può avere una certa utilità, solo se si mantenga l'angolo visuale soggettivo; poiché se si considera dall'angolo visuale oggettivo, si impone la differenza, anche in termini generici, tra diritti (assoluti) reali e diritti (assoluti) personali, che costituisce il primo gradino verso quelle differenze specifiche che aprono un solco incolmabile tra le due categorie». Santoro-Passarelli, invece, scrive che «i beni immateriali si pongono accanto ai beni immateriali, perché, come questi, costituiscono oggetti immediati di diritti assoluti, che sotto questo riguardo si comportano come i diritti reali, ma ne differiscono profondamente, e perciò *non può correttamente parlarsi di una proprietà letteraria*, o artistica, o industriale, appunto *in dipendenza della natura profondamente diversa dell'oggetto*» (enfasi aggiunta).

<sup>392</sup>A. TORRENTE- P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*<sup>20</sup>, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2011, 351.

<sup>393</sup>Si concentrerà l'attenzione sulla giurisprudenza più recente, ma il carattere ondivago – e talora nettamente filo-proprietario – delle decisioni dei giudici non è una novità. Si pensi, giusto per fare un es., a Cass., 15-6-1951, n. 1552, in *Foro it.*, 1952, I, 1568, che considerò le opere collettive alla stregua di universalità di mobili, applicando *recta via* l'art. 816 c.c. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 58, riporta anche altri casi di applicazione analogica che oggi appaiono francamente risibili, come l'accostamento della cessazione di un periodico con la *derelictio* che *ex art. 923 cpv.* rende suscettibile di occupazione la cosa abbandonata e la considerazione della creazione intellettuale alla stregua del ritrovamento del tesoro a norma dell'art. 932.



nella specie opera cinematografica, in base a titolo astrattamente idoneo per effetto del possesso di buona fede, ai sensi dell'art. 1153 cod. civ., a ciò *ostando il carattere particolare del diritto d'autore*, che trova fondamento unicamente nell'atto creativo e realizzativo dell'idea, per il trasferimento del quale *non si richiede una consegna, perché questa, anche ove ricorra, si riferisce all'oggetto materiale* in cui l'opera si estrinseca, senza però mai immedesimarsi in essa»<sup>(394)</sup>, dall'altro che «il conflitto fra le posizioni giuridiche di due diversi cessionari dei diritti di utilizzazione economica di un'opera cinematografica deve essere risolto sulla base dell'art. 1155 c.c. che, nell'ipotesi di più alienazioni successive di un bene mobile, ne attribuisce la proprietà a chi ne ha acquistato in buona fede il possesso e quindi, nella specie, ha esercitato i diritti connessi all'utilizzazione economica dell'opera, e non già sulla base dell'art. 1380 c.c., che disciplina ipotesi di conflitto per cessioni successive di uno stesso diritto personale di godimento»<sup>(395)</sup>. A me sembra comunque che, di là dalle estensioni analogiche, l'argomento del possesso sia insuperabile per motivi naturalistici, a meno di non cadere in gravi equivoci che si potevano tollerare solo quando la riflessione in materia era ancora ai primordi, come nel 1871, quando Prospero Ascoli scriveva che «il diritto dell'autore si rende suscettivo d'uso e di possesso nella materialità e corporalità, che acquista colla stampa e cogli scritti; l'autore può quindi possedere anche materialmente il prodotto della sua creazione nel manoscritto, nel libro da lui composto»<sup>(396)</sup>.

---

<sup>394</sup>Cass., 29-12-2011, n. 30082, cit., conforme a Cass., 24-2-1977, n. 826, in *Giur. it.*, 1977, I, 1320, ove si era concluso che «la particolare caratteristica del titolo di acquisto dei diritti sull'opera dell'ingegno fa sì che l'autore sia l'unico titolare originario di quei diritti per il fatto della creazione dell'opera e che non possano in ipotesi invocarsi gli altri modi di acquisto a titolo originario previsti in ordine al diritto di proprietà, quali in particolare l'occupazione e l'usucapione», nonché, in materia di brevetti, Trib. Milano, 25-5-1970, in *Mon. Trib.*, 1971, 943 e App. Milano, 14-3-1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 100/1, queste due citate in SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, cit., 326, nt. 42. *Contra*, App. Milano, 7-3-1995, in *Dir. ind.*, 1995, 1149, che, in singolare confusione fra *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*, conclude che «il possesso continuato e di buona fede del negativo o di analogo mezzo di riproduzione di fotografia semplice, oggetto della protezione prevista agli artt. 87 ss. legge autore, comporta l'usucapione dei diritti di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia».

<sup>395</sup>Cass., 13-11-1973, n. 3004, in *Foro it.*, 1974, I, 1121. Mi sembra, però, che ormai la giurisprudenza sia orientata a escludere il possesso *ad usucapionem* in questa materia, come si può inferire, oltre che dalle sentenze già citate, anche da Cass., 5-3-2010, n. 5359, cit.: «in tema di diritti di utilizzazione esclusiva di opere cinematografiche, chi agisce in rivendicazione, facendo valere il possesso legittimo di tali diritti, previsto dall'art. 167 del r.d. n. 633 del 1941 e chiedendone l'accertamento in capo a sé con inibitoria dell'utilizzo da parte di terzi (e conseguente richiesta dei danni), ai fini della legittimazione *ad causam*, deve allegarne, come accade in ogni azione di rivendicazione, la serie ininterrotta di trasferimenti dal produttore, unico originario proprietario di essi, non essendo sufficiente, pertanto, la produzione dell'atto scritto di cessione di tali diritti da parte di una società di distribuzione».

<sup>396</sup>P. ASCOLI, *Della giurisprudenza teatrale. Studj*, Firenze, 1871, 175. Prospero Ascoli, nato a Trieste, ma laureatosi a Bologna con una tesi dal titolo «Della libertà commerciale», fu allievo di Oreste Regnoli (Ministro di Grazia e Giustizia nel Governo provvisorio delle Romagne e docente di diritto civile nell'Università di Bologna) e insegnò diritto civile nell'Università Ca' Foscari. A. ebbe una copiosa produzione, le cui opere principali restano senz'altro Id., *La moratoria ed il concordato preventivo*, Milano, 1896 e i ponderosi volumi de *Il codice di commercio. Commentato*, che diresse per l'editore UTET insieme a Cesare Vivante e Leone Bolaffio (per un periodo anche con Tullio Ascarelli, Antonio Cicu e Ludovico Mortara), di cui curò direttamente l'ottavo tomo Id., *Del commercio marittimo e della navigazione*, Torino, 1923. F. CARNELUTTI, *Avvocati di una volta*, in *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, a cura di F. Cipriani, Milano, 2006, 102, ritenne che egli, insieme a Renato Manzato e Giulio Sacerdoti, formò la trinità del sapere civilistico del tempo a Venezia. Nota di colore: mentre il Maestro meritò una lapide scritta da Giuseppe Carducci, Ascoli fu il soggetto di un bel medaglione bronzeo realizzato nel 1913 da Emilio Marsili., 175.

Per gli stessi motivi, sono per lo più considerate «inconcepibili per i beni immateriali le difese caratteristiche del diritto di proprietà»<sup>(397)</sup>, *in primis* le azioni petitorie, oltre che i rimedi possessori. Sul profilo rimediale si soffermò anche Pugliatti, considerandolo lo «scoglio [davanti al quale] si fermarono gli scrittori attratti dal miraggio delle analogie e spinti verso il tentativo delle identificazioni»<sup>(398)</sup>. Mentre non mi constano decisioni in cui siano esperite le azioni di reintegrazione e manutenzione in materia di IPRs, quanto al rimedio di cui all'art. 948 c.c., esso è generalmente ammesso, con la particolarità che l'acquisto a titolo originario ha un ambito operativo più ristretto, non essendo ammessa l'usucapione e dovendosi quindi, il più delle volte, dimostrare una serie ininterrotta di trasferimenti<sup>(399)</sup>. Per ciò che concerne, poi, l'azione negatoria, mi sembra significativo che nell'unica decisione che la contempra *in subiecta materia*, si consideri corretto «tenere conto del *principio generale* di cui all'art. 949, co. 2»<sup>(400)</sup>, ciò che mi pare fondare un interessante ricorso all'analogia *iuris* (in contrasto con le affermazioni dei filo-proprietari). Restano in ogni caso escluse, per un limite ontologico che neanche spericolate finzioni giuridiche possono superare, le azioni di regolamento dei confini e di apposizione di termini.

Nonostante le evidenti tensioni fra natura dei diritti IP e proprietà – fra l'altro «*intellectual property rights [...] do not rest on a natural scarcity of goods, but on an 'artificial, self created scarcity*»<sup>(401)</sup> – il calco dominicale è stato cionondimeno considerato preferibile da larghi settori della dottrina, che in Italia ha avuto i suoi massimi esponenti in Carlo Mele<sup>(402)</sup>, Alfredo de

GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 186.

<sup>398</sup>PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 249, che rinvia sul punto a Jhering, Brugi, Fadda e Bensa.

<sup>399</sup>V., ad es., Cass., 5.3.2010, n. 5359 cit.

<sup>400</sup>Cass., 7-6-2012, n. 9247 cit.

<sup>401</sup>T.G. PALMER, *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, in *Harv. J.L. & Pub. Pol'y.*, 1990, 864.

<sup>402</sup>In MELE, *Sulla proprietà letteraria*, cit., 129 (approfondimento pensato per costituire l'appendice di ID., *Degli odierni uffici della tipografia e de' libri. Discorso pratico ed economico*, Napoli, 1834, e mirante a criticare la mancata adesione del Regno di Napoli alla ricordata Convenzione austro-sarda del 1840), si parla del libro come di un'entità «soggett[a] al diritto di proprietà», una «proprietà letteraria [...] giusta secondo natura [...] può, fisicamente parlando, costituire un diritto [...] la legge civile può, come fa in tanti luoghi, venire in suo soccorso, e renderlo capace di essere conservato rivendicato ed anche alienato a somiglianza di tutti gli altri ch'ella crea o tutela». Ipotizzo che quello che mi risulta essere il primo ricorso nella dottrina italiana al paradigma proprietario per le opere dell'ingegno sia dovuto all'influenza francese, posto che proprio in quegli anni Carlo Mele aveva tradotto due opere di X. DE MAISTRE: *Le Lépreux de la cité d'Aoste*, Paris, 1811 (*Il lebbroso di Aosta*, Napoli, 1828) e *La Jeune Sibérienne*, Paris, 1825 (*La giovanetta sibera*, Napoli, 1839). Su taluni significativi aspetti della vita e dell'opera di Mele v. P. LANZA DI SCORDIA, *Degli odierni uffici della tipografia*, in *Effemeridi scientifiche e letterarie per la Sicilia*, 1835, IV, 188; G. CEVA GRIMALDI, *Considerazioni sul dazio d'introduzione dei libri stranieri*, Napoli, 1837 e F. PALERMO, *Sulla vita e le opere di Carlo Mele*, in *Museo di scienza e letteratura*, 1846, X, 129.

Gregorio<sup>(403)</sup>, Lodovico Barassi<sup>(404)</sup>, Giuseppe Auletta<sup>(405)</sup> e, coi dovuti distinguo, Tullio Ascarelli<sup>(406)</sup>, le cui pagine risentono evidentemente dei contributi di alcuni eminenti pensatori, che è opportuno brevemente richiamare.

A livello globale, poi, si registrano «*ubiquitous assertions that IP is absolute property*»<sup>(407)</sup>, ciò che potrebbe, però, essere giustificato dalla presenza in *common law* di un paradigma proprietario assai più lasco di quello europeo, tale per cui si qualifica proprietà pressoché ogni situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto un valore<sup>(408)</sup>, un «*pro-property mind-set has been further encouraged by the gradual recognition that income from intellectual property makes*

403

DE GREGORIO, *Contributo ad uno Studio sulla natura del diritto d'autore*, cit., spec. 788-789. Fra le opere principali del commercialista parabitesse si ricordano ID., *I bilanci delle società anonime*, Milano 1908; ID. *Il contratto di edizione*, Roma, 1912; ID., *Le società commerciali*, Torino, 1939; ID. *Vendita*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, Torino, 1940, *ad vocem*; ID., *Corso di diritto commerciale*, Roma 1945 (giunto nel '73 alla settima edizione) e ID.-G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987. In occasione del congedo gli furono dedicati i due volumi di *Studi in onore di Alfredo de Gregorio*, Roma-Città di Castello, 1955, con importanti contributi, fra gli altri, di Vassalli, Betti, Mengoni, Carnelutti, Satta, Ascarelli, Asquini, Cicu, Ferri e Messineo.

<sup>404</sup>BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, cit., spec. 161 e ID., *I diritti reali*, I, cit., 187 s.. Sull'illustre lavorista con solide basi civilistiche, v., fra gli altri, A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. Comm.*, 1911, 285 e L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, a cura di G. Boldt, G. Camerlynck e P. Horizon, Milano, 1965, 48. Definito «un civilista conservatore» da G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *DLRI*, 1986, 317 ora in *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, 1989, 343 il suo contributo è stato recentemente ridimensionato da P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 694, che bolla il volume miscelaneo *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003, come «un omaggio [...] non del tutto meritato», e ancora come «pagine apologetiche all'insegna di una disarmante inconsapevolezza culturale» (*ivi*, nt. 14), di cui sarebbe esemplare il saggio di L. CASTELVETRI, *L. Barassi e l'ideologia liberale*, «tutta ammirata dalla massiccia mole del librone di Barassi [guardato con] occhi impressionati solo dalla quantità delle pagine». Più generoso appare, invece, P. PASSANITI, *Lodovico Barassi*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012, [www.treccani.it](http://www.treccani.it), il quale ritiene che «dall'itinerario scientifico emerg[er]a un civilista a tutto tondo come vocazione e varietà di interessi [...] che ha coltivato costantemente il diritto del lavoro come derivazione moderna del diritto civile».

<sup>405</sup>AULETTA-MANGINI, *Marchio*, cit., 160 e già IID., *Invenzioni industriali e concorrenza*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1987, 195. Nel primo volume, in particolare, si propone una teoria della proprietà delle idee che oggi sarebbe senz'altro insostenibile. Cfr. gli *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988. G. LO CASTRO, *Francesco Finocchiaro*, in *Dir. Relig.*, 2007, II, 405, attesta che, insieme a Michele Giorgianni e Paolo Biscaretti di Ruffia, il primo allievo di Tullio Ascarelli ebbe grande influenza su Francesco Finocchiaro. Recentemente, ricorrendo il decimo anniversario della sua scomparsa, i colleghi e gli allievi gli hanno dedicato un convegno di studi, tenutosi a Catania il 24-9-2010, i cui risultati sono editi in V. DI CATALDO-P.M. SANFILIPPO (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013.

<sup>406</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 318. Sulla vita e l'opera dell'A. la bibliografia è comprensibilmente sconfinata: a titolo esemplificativo basti ricordare A. ASQUINI, *Tullio Ascarelli*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, 475; N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, LXXXVII (ora in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 224); F. FERRARA, *Tullio Ascarelli*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 113 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, spec. 145; ID., *Nobiltà del diritto*, cit., 445; M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, VI, Milano, 2006, 87.

<sup>407</sup>M.A. CARRIER, *Cabining Intellectual Property Through a Property Paradigm*, in *Duke L.J.*, 2004-2005, I, 12. In termini anche B.M. HOFFSTADT, *Dispossession, Intellectual Property and the Sin of Theoretical Homogeneity*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2006-2007, 911: «*by and large, the academy has concluded that intellectual property qualifies as "property" under all of the relevant analytical rubrics*». Entrambi si mostrano estremamente critici con la mentovata tendenza.

<sup>408</sup>In tal senso v. J. LITMAN, *Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age*, in *Yale L.J.*, 1999, 1717, spec. 1725.

up a very significant part of the United States' balance of payments in the international trade arena»<sup>(409)</sup>. A maggior ragione, quindi, diviene rilevante la recente tendenza di prominenti autori<sup>(410)</sup> di criticare codesta tendenza per cui «american courts, periodicals, and public rhetoric seem to have engaged almost exclusively in 'property talk' when discussing copyright»<sup>(411)</sup>, ciò che impedisce riflessioni più attente agli effettivi interessi in gioco.

## 2.5 Fichte, Hegel e la teorica proprietaria. Le ragioni della fortuna (e della strumentalizzazione).

Risalendo il fiume della teorica proprietaria, bisogna dar atto che i primi a far uso del paradigma dominicale per gli IPRs furono, come in parte *supra* anticipato, D'Héricourt du Vatier, Warburton e Diderot<sup>(412)</sup>. Così leggiamo già nel 1725 che il *manuscrit* è «un bien qui lui [all'autore]

409

---

D.L. ZIMMERMAN, *Who Put the Right in the Right of Publicity?*, in *DePaul-LCA J. Art&Ent. L. & Pol'y.*, 1998, 51. Le spiegazioni della tendenza possono essere molteplici. Ad es., per G.S. MOOHR, *Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, in *Am. U. L. Rev.*, 2005, 798, si tratterebbe di *lobbying*: «support for criminal copyright laws comes from copyright holders, and the new laws have been characterized as the result of their successful lobbying efforts». V'è poi chi si concentra sull'evoluzione tecnologica che ha reso più facile la pirateria, minimizzando i costi e massimizzando la qualità delle riproduzioni non autorizzate. Così, *inter alia*, L.P. LOREN, *Digitization, Commodification, Criminalization: The Evolution of Criminal Copyright Infringement and the Importance of the Willfulness Requirement*, in *Wash. U. L.Q.*, 1999, 835 e spec., ma anche HOFFSTADT, *Dispossession, Intellectual Property and the Sin of Theoretical Homogeneity*, cit., 913.

<sup>410</sup>V. anche, R. COOPER DREYFUSS, *Are Business Method Patents Bad for Business?*, in *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.*, 2000, 263, 274; M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2004, 129; ID., *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, in *Yale L.J.*, 1999, 1687; G.S. LUNNEY, *Trademark Monopolies*, in *Emory L.J.*, 1999, 367; M.J. RADIN, *Information Tangibility*, in *Economics, Law and Intellectual Property. Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field*, a cura di O. Granstand, Berlin-Heidelberg, 2004, 395; oltre ai citati oltre a CARRIER, *Cabining Intellectual Property Through a Property Paradigm*, cit., 1; HOFFSTADT, *Dispossession, Intellectual Property and the Sin of Theoretical Homogeneity*, cit., 909 e LITMAN, *Breakfast with Batman*, cit., 1717; ZIMMERMAN, *Who Put the Right in the Right of Publicity?*, cit., 35.

<sup>411</sup>S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs. The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York, 2003, 11-12.

<sup>412</sup>Rileva MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, cit., 181, che, giova tornare sul punto, le basi della teorica proprietaria in Francia furono poste primariamente da Denis Diderot, Michel-Antoine David l'ainé e, non ultimo, Voltaire, di cui vale la pena di rileggere l'indimenticabile difesa della libertà di stampa contenuta in VOLTAIRE, *Lettre à un premier commis*, cit., 370, che, celebrando la grandezza di Orazio, Giovenale, Cicerone, Milton, Dryden, Pope e Locke, resa possibile dall'assenza di obici censori, ricorda che «une liberté honnête élève l'esprit, & l'esclavage le fait ramper»; poi, invitando a limitare gli interventi della censura ai libelli diffamatori, senza adottare atteggiamenti paternalistici, osserva che «l'homme de goût ne lit que le bon: mais l'homme d'état permet le bon & le mauvais» (ivi, 371). Non mi sembra, comunque, che l'ascendenza voltairiana sia corretta, non sembrandomi bastevole quel passaggio in cui l'A. scrive che «les pensées des hommes sont devenues un objet important du commerce» (ibidem), poiché dal contesto è evidente il riferimento non alle idee come oggetto del diritto, bensì ai libri come oggetto del commercio. Più significativo mi pare, nel contesto francese, BLONDEL, *Mémoire sur les vexations qu'exercent les librairies et imprimeurs de Paris publié d'après l'imprimé de 1725 et le manuscrit de la Bibliothèque de Paris par Lucien Faucou*, cit., che, fra le altre cose, pone in luce che l'importanza delle opere dell'ingegno è da riconnettere alla loro funzione d'innalzamento del livello culturale della Nazione.

*est tellement propre, qu'il n'est pas plus permis de l'en dépouiller, que de son argent, de ses meubles, ou même d'une terre»* <sup>(413)</sup>; pochi anni dopo, che «*the right of property in Authors to their works [is] in the truest sense, their own, as acquired by a long and painful exercise of that very faculty which denominateth us Men»* <sup>(414)</sup>; mentre per il celebre enciclopedista, che fonti dimostrano aver consultato all'uopo la *mémoire* dericurtiana <sup>(415)</sup>, «*on ne connaît point là la différence de l'achat d'un champ ou d'une maison à l'achat d'un manuscrit, et en effet il n'y en a point»* <sup>(416)</sup>.

Ritengo, però, che l'interesse per codesti illustri contributi sia ormai poco più che antiquario, posto che non furono certo questi ad essere determinanti nell'affermazione dell'idea di proprietà intellettuale che è risultata storicamente vincente. Mi limiterò, quindi, a ripercorrere alcune belle pagine di Hegel e Fichte, che, sia per il prestigio personale, sia per la purezza della costruzione, possono essere considerati i padri nobili della teorica in esame, saggiando infine le loro persistenze nel pensiero giuridico italiano.

Johann Gottlieb Fichte fornisce il suo contributo maggiore sul tema in «*Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel»* (in prosieguo anche BdU) <sup>(417)</sup>, scritto nell'ottobre del 1791, ma pubblicato sul *Berliner Monatsschrift* – ai tempi diretto da Christian Ulrich Detlev von Eggers – solo nel maggio del 1793 <sup>(418)</sup>. Può apparire singolare <sup>(419)</sup>

---

Sull'apporto *in subiecta materia* dell'Abbé Blondel si sofferma anche MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit., 274-275.

413

D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requête à Monsieur le Garde des Sceaux*, cit., 54.

<sup>414</sup>WARBURTON, *A Letter from an Author, to a Member of Parliament, Concerning Literary Property*. cit., 405.

<sup>415</sup>Cfr. FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre*, cit., spec. 84.

<sup>416</sup>DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, cit., 30.

<sup>417</sup>FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 443. La versione digitale è stata resa disponibile dall'archivio Giuliano Marini: ad essa si riferirà la numerazione delle successive citazioni. La parabola cui fa riferimento il titolo, che ragioni di sintesi non mi consentono di ripercorrere in questa sede, riguarda il commercio non autorizzato di un estratto di erbe che, fra il 786 e l'809 (si parla, infatti, di Hārūn al-Rashīd, quinto califfo della dinastia abbaside), era stato offerto in esclusiva a un mercante che subiva la concorrenza sleale di un ciarlatano che surrettiziamente si era appropriato della formula.

<sup>418</sup>Lo stesso FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 11, nt. 2, precisa che «*der Umstand, warum diese Abhandlung so spät gedruckt wird, kann dem Leser sehr gleichgültig sein. Nur schien die Anzeige des Datums nöthig, damit man dem Hrn. Verfasser keinen Vorwurf daraus mache, daß er auf neuere Schriften über diesen Ge[gen]stand, z.B. von Hrn. Müller in Itzehoe von Hrn. von Knigge, u.a. nicht Rücksicht genommen hat»*.

<sup>419</sup>La circostanza mi pare singolare, considerato che erano già passati sei anni dal contributo kantiano in parola e considerato che la lettura della *Kritik der praktischen Vernunft* lo aveva già nell'agosto del 1790 entusiasmato (come si legge in I.H. FICHTE (a cura di), *Johann Gottlieb FichtEs Leben und literarischer Briefwechsel*, 2 voll., Sulzbach, 1830-1831, 109, il filosofo entusiasticamente affermò «*ich lebe in einer neuen Welt, seitdem ich die Kritik der praktischen Vernunft gelesen habe»*) e che nel 1791 conobbe personalmente il filosofo di Königsberg. D. FUSARO, *L'aporia dello Stato in Fichte. L'egemonia della politica sull'economia come reazione all'epoca della compiuta peccaminosità*, in *Giornale critico di storia delle idee*, 2011, V, 105 e spec. 108, pur non negando che «*nell'incontro con la kantiana Kritik der praktischen Vernunft [risiede] la scintilla che accese in Fichte l'esigenza della filosofia»*, si concentra maggiormente sull'influenza che sul pensiero fichtiano ebbe la Rivoluzione francese. A ciò si aggiunga che, proprio in seno a BdU Fichte appella Kant come il «*ersten Denkers dieses und der vergangenen Jahrhunderte, und höchstwahrscheinlich eines der Ersten aller künftigen»* (FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 2).

che esso sia stato scritto senza aver prima letto il saggio di Kant *supra* ampiamente ripercorso (lo confessa lo stesso A. <sup>(420)</sup>), ma il filosofo di Rammenau ritiene comunque che «*mit dem Manne sich auf Einem Wege finden, ohne von seinem Gange etwas gewußt zu haben, thut wohl*» <sup>(421)</sup>.

Il diverso registro di «*Die Zurückforderung der Denkfreiheit von den Fürsten Europas, die sie bisher unterdrückten. Eine Rede*» <sup>(422)</sup> del 1793 (che meritò le annotazioni, oltre che la traduzione, di Vittorio Alfieri <sup>(423)</sup>) può essere ricollegato al divieto che gli fu opposto alla pubblicazione di «*Versuch einer Kritik aller Offenbarung*» <sup>(424)</sup>, edito inizialmente in forma anonima nel 1792 e attribuito a Kant. Ciò posto, oggetto delle seguenti fugaci riflessioni non sarà la *Rivendicazione della libertà di pensiero*, bensì il saggio del 1791, poiché in esso più compiutamente si esprimono le idee di Fichte sulla materia in esame, essendo l'altro contributo un sapido e fine agglutinato di strali prevalentemente incentrato sull'esaltazione della libertà assoluta, più che sui diritti IP. Bisogna, cionondimeno, tenerne conto, perché se Fichte è considerato un antesignano della teorica proprietaria è anche perché al centro di tutta la sua meditazione v'è proprio la libertà – il filosofo «*macht die Freiheit zum Oberprinzip, der keine Begründung braucht*» <sup>(425)</sup> – ed è il binomio *dominium-libertas* che rende il paradigma proprietario così attraente fra Settecento e Ottocento (e che concorre a spiegare, a mio avviso, l'utilizzo del discorso hegeliano per fondare la teorica in parola).

BdU nasce come risposta critica a «*Der Bücherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Buchhändler und des Publikums abermals erwogen*» <sup>(426)</sup> di Johann Albert Heinrich Reimarus, ma la sua portata esorbita di molto l'*occasio*. Il naturalista, figlio del più noto Hermann Samuel,

---

420

V. FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 10, nt. 1, là dove scrive che «*nachdem ich diesen Aufsatz völlig geschlossen hatte, lese ich die Abhandlung des Herrn Prof. Kant, Berl. Monatsschrift, Mai 1785: über die Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks, die ich vorher durch einen Zufall nie gelesen hatte*».

<sup>421</sup>*Ibidem*.

<sup>422</sup>J.G. FICHTE, *Die Zurückforderung der Denkfreiheit von den Fürsten Europas, die sie bisher unterdrückten. Eine Rede*, Danzig, 1793, in ID., *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, cit., I, 1, ora A. Bergk, J.L. Ewald, J.G. Fichte u. a., *Aufklärung und Gedankenfreiheit. Fünfzehn Anregungen, aus der Geschichte zu lernen*, a cura di Z. Batscha, Frankfurt a. M., 1977.

<sup>423</sup>In V. ALFIERI, *Introduzione a J.G. FICHTE, Sulla rivoluzione francese. Sulla libertà di pensiero*, Bari, 1966, xxii, si legge che «il motivo centrale della *Rivendicazione* era già quello del liberalismo puro, cioè della libertà per l'individuo da ogni costrizione statale [...] la legge, il contratto sono solo nell'atto spirituale che li pone».

<sup>424</sup>J.G. FICHTE, *Versuch einer Kritik aller Offenbarung*, Königsberg, 1792, in ID., *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, cit., I, 1. Segnalo, in particolare, l'edizione curata da H. VERWEYEN, Hamburg, 1983.

<sup>425</sup>V. MURSKIY, *Freiheitsbegriff bei Fichte und Schelling (Vergleichsanalyse mit Bezugnahme auf Kant)*, Brüsseler Kongress der Internationalen Fichte-Gesellschaft, 2009, 2, consultabile all'indirizzo [http://www.europhilosophie.eu/recherche/IMG/pdf/17a-Murskiy\\_Beitrag.pdf](http://www.europhilosophie.eu/recherche/IMG/pdf/17a-Murskiy_Beitrag.pdf)

<sup>426</sup>J.A.H. REIMARUS, *Der Bücherverlag in Betrachtung der Schriftsteller; der Buchhändler und des Publikums abermals erwogen*, in *Deutsches Magazin*, 1791, I, 383, il cui originale è disponibile grazie a Google Books ed è consultabile in lingua originale anche all'indirizzo <http://archiviomarini.sp.unipi.it/28/>. Cfr. R. Pozzo (a cura di), *Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte, Johann A.H. Reimarus. L'autore e i suoi diritti. Scritti polemici sulla proprietà intellettuale*, Milano, 2005.

sostiene la legittimità della ristampa e la sua utilità, sulla scorta di una serie di considerazioni, quali quella per cui se l'IP è vera proprietà, nulla, neanche le ristampe, potranno privarne l'autore, ciò anche a tacere la circostanza per cui «*das wahre Geistes-Eigenthum, der Ruhm, das die Gedanken sein und keines anders sind, bleibt [...] dem Verfasser allein, auch nach dem Tode noch*»<sup>(427)</sup> e poiché, comunque, il diritto non investe il *corpus mechanicum*, chi lo acquista può liberamente ristampare. Reimarus *jr* ritiene, altresì, dannoso prevedere monopoli finalizzati a ricompensare gli autori, considerato che fanno alzare i prezzi e non garantiscono libri migliori.

Fichte, pur non ignorando che si tratta, a tutto concedere, di un «*vom Eigenthume abgeleiteten Rechts*»<sup>(428)</sup>, ritiene di poter dimostrare che si tratta di «*ein dergleichen fortdaurendes Eigenthum des Verfassers an seine Schrift*»<sup>(429)</sup>. Per asseverare l'esistenza di codesta proprietà durevole, si parte col chiedersi se la proposizione «*wir behalten nothwendig das Eigenthum eines Dinges, dessen Zueignung durch einen Andern physisch unmöglich ist*»<sup>(430)</sup> valga, o no, anche in materia di opere letterarie. Lo scopo fornisce l'occasione a Fichte per ricostruire una sistematica dei confini della tutela autoriale che, a mio avviso, in parte anticipa quella kohleriana incentrata su forma esterna, interna e contenuto<sup>(431)</sup>; in un libro, infatti, di primo acchito si possono distinguere due aspetti «*das körperliche desselben, das bedruckte Papier; und sein geistiges*»<sup>(432)</sup>, sul primo vi è un vero e proprio *ius utendi et abutendi*<sup>(433)</sup> di chi compri il manoscritto, il secondo si deve ritenere che consegua al primo, posto che «*man jedoch ein Buch selten auch darum, am seltensten bloß darum kauft, um mit seinem Papier und Drucke Staat zu machen, und damit die Wände zu tapeziren*»<sup>(434)</sup>. Il *Geistige* è, a sua volta, bipartito in *Materielle* e *Form*: da una parte «*den Inhalt des Buchs, die Gedanken die es vorträgt*», dall'altra «*die Art wie, die Verbindung in welcher, die Wendungen und die Worte, mit denen es sie vorträgt*». Comprando il libro non compriamo, *ipso facto*, anche il pieno diritto sui pensieri in esso espressi, bensì la mera «*Möglichkeit, uns die Gedanken des Verfassers zu eigen zu machen*»<sup>(435)</sup>, che per essere portata ad effettività richiede il lavoro del lettore: «*wir müssen das Buch lesen, seinen Inhalt, wofern er nur nicht ganz gemein ist,*

---

427

REIMARUS, *Der Bücherverlag in Betrachtung der Schriftsteller*, cit., 385.

<sup>428</sup>FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 1.

<sup>429</sup>*Ibidem*.

<sup>430</sup>*Ivi*, 2.

<sup>431</sup>Sulla tripartizione – e le critiche di Piola Caselli e Ulmer – v. P. AUTERI, *L'oggetto*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*<sup>4</sup>, a cura di P. Auteri et al., Torino, 2012, 553.

<sup>432</sup>FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 2, enfasi del testo.

<sup>433</sup>*Ibidem* si osserva, infatti, che «*das Eigenthum des erstern geht durch den Verkauf des Buchs unwidersprechlich auf den Käufer über. Er kann es lesen, und es verleihen, so oft er will, wieder verkaufen an wen er will, und so theuer oder so wohlfeil er will oder kann, es zerreißen, verbrennen; wer könnte darüber mit ihm streiten?*» (enfasi aggiunta).

<sup>434</sup>*Ibidem*.

<sup>435</sup>*Ibidem*.

durchdenken, ihn von mehrern Seiten ansehen, und so ihn in unsre eigne Ideenverbindung aufnehmen»<sup>(436)</sup>. In un secondo passaggio, poi, si contrappone 'bedruckte Papier' a 'Inhalt', termine che sembra comprendere tanto il *Materielle* quanto la *Form* (in ciò distinguendosi da Kohler): la carta stampata diviene proprietà esclusiva dell'acquirente «weil es nicht mehrere Herren haben kann»<sup>(437)</sup>, il contenuto, invece, per la sua natura spirituale può essere comune a molti «so daß doch jeder es ganz besitze»<sup>(438)</sup> (torna l'argomento antiproprietario imperniato sul possesso) e con la pubblicazione cessa di essere di proprietà esclusiva del primo titolare, ma «bleibt [...] sein mit Vielen gemeinschaftliches Eigenthum»<sup>(439)</sup>, ferma restando la inappropriabilità della forma dei pensieri, la connessione delle idee, «weil dies physisch unmöglich bleibt»<sup>(440)</sup>. Fichte giunge, quindi, ad una conclusione diametralmente opposta a quella risultata storicamente vincente e incentrata sull'illiceità dei monopoli sulle idee (ciò su cui spenderò qualche parola nel prossimo capitolo): poiché le *reine Idee* non sono pensabili né rappresentabili agli altri «ohne sinnliche Bilder»<sup>(441)</sup>, ogni scrittore deve pur dare ai suoi pensieri una certa forma, e «kann ihnen keine andere geben als die seinige, weil er keine andere hat»<sup>(442)</sup>; non può però, nell'autorizzare la pubblicazione, voler render comune anche questa forma: «denn Niemand kann seine Gedanken sich zueignen, ohne dadurch daß er ihre Form verändere. Die letztere also bleibt auf immer sein ausschliessendes Eigenthum»<sup>(443)</sup>.

Da ciò segue che l'autore avrebbe due diritti: quello ad avere riconosciuta la paternità dell'opera e «das Recht, zu verhindern, daß Niemand in sein ausschließendes Eigenthum dieser Form Eingriffe thue, und sich des Besitzes derselben bemächtige»<sup>(444)</sup>. Se nessuno scrittore si opporrebbe mai all'abuso dell'aspetto materiale dell'opera o all'uso dei propri pensieri, va considerato «verächtlich [...] wörtlich auszuschreiben, ohne den eigentlichen Verfasser zu nennen»<sup>(445)</sup>. L'immoralità del plagiatario risiede nel fatto che non si appropria di altrui pensieri dando loro forma propria, bensì della forma da altri data alle loro idee, qualificata come *ausschließendes Eigenthum*.

La seconda questione, poi, si risolve nel rispondere alla domanda «was überträgt der Erstere [der Verfasser] an den Letztern [den Verleger], indem er ihm seine Handschrift übergiebt?».

---

436

*Ibidem.*

<sup>437</sup>*Ibidem.*

<sup>438</sup>*Ibidem.*

<sup>439</sup>*Ibidem.*

<sup>440</sup>*Ibidem.*

<sup>441</sup>*Ivi*, 3.

<sup>442</sup>*Ibidem.*

<sup>443</sup>*Ibidem*, enfasi del testo.

<sup>444</sup>*Ibidem.*

<sup>445</sup>*Ibidem*, enfasi del testo.



La vera e propria *geistiges Eigentum* è quella dell'autore sulla forma delle idee ed è perenne, al lettore passa la proprietà dei pensieri e della carta stampata, all'editore, invece, a certe condizioni, l'usufrutto, il «Niessbrauch[...] *des Eigenthums des Verfassers*»<sup>(446)</sup>. In forza di questo usufrutto, egli può trasferire a terzi non i pensieri dell'autore, né la loro forma, ma «*nur die durch den Druck derselben hervorgebrachte Möglichkeit sich die erstern zuzueignen*»<sup>(447)</sup>, agendo sempre in nome e per conto del *Verfasser*.

Al pubblico le idee, all'autore la loro forma, all'editore il diritto di sfruttamento economico della forma (impropriamente chiamato usufrutto): resta da analizzare la posizione del *Nachdrucker*<sup>(448)</sup>, che «*stört den Verfasser in der Ausübung seines vollkommenen Rechts*»<sup>(449)</sup> abusivamente appropriandosi del c.d. *Nießbrauch*, al punto da poter essere qualificati ladri, essendosi macchiati di latrocinio «*an Dingen, die zur Geisteskultur gehören, der allersträflichste*»<sup>(450)</sup>, quasi a voler preconizzare recenti decisioni che non hanno mancato di stupire, come quella che ha condannato un programmatore di Goldman Sachs ad otto anni di reclusione per furto (*sic!*) di codice sorgente<sup>(451)</sup>, per poi essere scarcerato un anno dopo dell'U.S. Court of Appeals, 2nd circuit, dell'11-4-2012<sup>(452)</sup>, sulla scorta della considerazione, ripresa dal *dictum Bottone*<sup>(453)</sup>, che «*some tangible property must be taken from the owner for there to be deemed a «good» that is «stolen»*»<sup>(454)</sup> e, richiamando il caso *Dowling*<sup>(455)</sup>, «*the computer program itself is an intangible intellectual property, and as such, it alone cannot constitute goods, wares, merchandise, securities or moneys which have been stolen*»<sup>(456)</sup>. La conclusione merita di essere ricordata: «*we decline to stretch or update statutory words of*

446

*Ivi*, 4, enfasi del testo.

<sup>447</sup>*Ibidem*, enfasi del testo.

<sup>448</sup> In POZZO (a cura di), *Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte, Johann A.H. Reimarus. L'autore e i suoi diritti. Scritti polemici sulla proprietà intellettuale*, cit., *passim*, si traduce *Nachdruck* con edizione pirata; sono ampiamente condivisibili le osservazioni contenute nella recensione di M.C. PIEVATOLO apparsa su *Recensioni filosofiche*, 2006, V (l'A. ha apprezzabilmente messo a disposizione il proprio studio con licenza *creative commons* all'indirizzo <http://www.recensionifilosofiche.it/crono/2006-03/pozzo.htm>), la quale suggerisce il più neutro «ristampa» sulla scorta della considerazione per cui, dato che nella Germania del tempo la questione della legittimità della riproduzione non autorizzata di un libro era tutt'altro che pacifica, la scelta terminologica di Pozzo sembra dare per risolta una questione che non lo era affatto.

<sup>449</sup>FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 4, enfasi aggiunta.

<sup>450</sup>FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 5.

<sup>451</sup>*United States v. Sergey Aleynikov*, 10 CR. 96 (DLC), può essere consultata all'indirizzo <http://www.scribd.com/doc/26740845/Indictment-of-Sergey-Aleynikov>

<sup>452</sup>*United States v. Aleynikov*, No. 11-1126, 2012 WL 1193611 (April 11, 2012). La decisione si inserisce in un filone ormai consolidato, v. ad es. U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit, *U.S.A. v. Brown*, 925 F.2d 1301(10th Cir. 1991) sempre in materia di codice sorgente; U.S. Supreme Court, 28-6-1985, *Paul Edmond Dowling v. United States*, 473 13 U.S. 207 (1985), su un caso di *interstate bootleg record operation*. Cfr. anche U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 4-8-1966, *U.S.A. v. Caesar Bottone*, 365 F.2d 389 (2d Cir. 1966) (Friendly, J.), in cui documenti fotocopiati raffiguranti procedure di sintetizzazione di alcuni prodotti farmaceutici erano stati trasportati oltre i confini statali.

<sup>453</sup>U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 4-8-1966, cit., 393.

<sup>454</sup>U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 11-4-2012, cit., I, A.

<sup>455</sup>U.S. Supreme Court, 28-6-1985, cit., 1308.

<sup>456</sup>U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 11-4-2012, cit., I, A.

*plain and ordinary meaning in order to better accommodate the digital age*»<sup>(457)</sup>. Vi è, però, un'altra fattispecie di furto che Fichte collega all'IP ed è la sottrazione, da parte dei titolari dei privilegi, del diritto innato della collettività allo studio e alla riflessione, diritto il cui esercizio tornerà effettivo una volta che sarà soddisfatta la necessità di compensare lo sforzo inventivo<sup>(458)</sup>. Si torna a parlare di latrocinio, infine, in una terza accezione, che colpì anche Nicola Stolfi<sup>(459)</sup>: per Fichte i titolari dei privilegi, per lo più soggetti diversi dall'autore, sono «*privilegirte Räuber*»<sup>(460)</sup>.

Se ho ben inteso, per Fichte l'unico diritto che si possa contrattualmente cedere è codesto usufrutto, mentre l'unica *Eigentum* è quella dell'autore sulla forma delle proprie idee: un diritto che, però, ha solo il nome di proprietà, non anche la sostanza, posto che un diritto di tal fatta, assoluto e intrasferibile, rientra a pieno titolo nella tassonomia personalistica, non certo in quella proprietaria. Peraltro, cozza con la considerazione come «*natürliches, angebournes, unzuveräußerndes Eigentumsrecht*»<sup>(461)</sup>, una successiva precisazione in cui riemerge il fenomeno che ho descritto a proposito delle opere dell'ingegno nel diritto romano: la proprietà come limite alla proprietà intellettuale. Mi riferisco al passaggio in cui Fichte prende atto, né potrebbe fare altrimenti, che vendendo un'opera d'arte «*man kann folglich nicht nur das Eigentum der Materie, sondern [...] auch das des Begriffs, nach welchen sie bearbeitet ist, sich erwerben; und da man das Recht hat, sein Eigentum auf jede beliebige Art zu benutzen, so hat man ohne Zweifel auch das, dies Kunstwerk nachzumachen*»<sup>(462)</sup>. Questa eventualità viene bollata non come illegittima in base al diritto naturale<sup>(463)</sup>, bensì semplicemente «*nicht billig*» (da intendersi come «*iniqua*»), dal che segue che, per giusta ricompensa del suo lavoro<sup>(464)</sup>, «*tritt der Staat ins Mittel, und macht durch ein*

---

<sup>457</sup>U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 11-4-2012, cit., I, B. In un recente e approfondito studio, HOFFSTADT, *Dispossession, Intellectual Property and the Sin of Theoretical Homogeneity*, cit., 911, nota come «*traditional property law concepts have been imported into intellectual property law with little or no consideration given to the theoretical and utilitarian distinctiveness of intellectual property. Nowhere is this wholesale importation-and its shortcomings-more apparent than in the law governing sentencing for federal crimes involving the violation of intellectual property rights*».

458

Cfr. FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 7.

<sup>459</sup>STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 220.

<sup>460</sup>FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 7.

<sup>461</sup>*Ivi*, 5.

<sup>462</sup>*Ivi*, 6, enfasi aggiunta.

<sup>463</sup>Cfr. G. SPERNICELLI, *Le origini giusnaturalistiche del diritto d'autore*, Tesi di laurea, Università di Pavia, a.a. 1998/1999, reperibile *online*.

<sup>464</sup>Cfr. LOCKE, *Two Treaties of Government*, cit., §25. Il debito di Fichte nei confronti di Locke non è stato sinora adeguatamente esplorato, restando a mio avviso insuperato l'ormai risalente contributo di F. FUOCO (G. DE WELZ), *La metafisica dell'economia politica*, VI, *Rapporti del sistema dell'industria colla legislazione, colla politica, e la morale*, in *Saggi economici*, I, Pisa, 1825, § 1, spec. 301 s., il quale evidenzia il rimaneggiamento fichtiano della teoria proprietaria di Locke (sul dimenticato economista cfr. L. EINAUDI, *Francesco Fuoco rivendicato*, in *Saggi bibliografici e storici intorno alle dottrine economiche*, Roma, 1953, 175 e M. FASIANI, *Note sui Saggi di Francesco Fuoco*, Genova, 1923). V. anche, per altri profili, R. SCHOTTKY, *Untersuchungen zur Geschichte der staatsphilosophischen Vertragstheorie im 17. und 18. Jahrhundert (Hobbes-Locke-Rousseau-Fichte)*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophischen Fakultät der LMU zu München, 1962, 174 e *passim*, che – come ricorda S. AZZARO, *Politica e storia in Fichte*, Milano, 1993, 83 – intende

*ausdrückliches Gesetz, genannt Privilegium, dasjenige Rechtens, was vorher nur Sache der Billigkeit war»* (465).

In conclusione, anche *in subiecta materia* si manifesta il complesso rapporto fra Fichte e Kant (466). Da una parte, infatti, il primo fa professione di continuità con la concezione kantiana (467), in pari tempo macroscopicamente discostandosene là dove nega la fondazione degli IPRs su «*einen vermeinten Kontrakt [...] mit dem Publikum*» (468), dall'altra arriva a descrivere il diritto dello scrittore come diritto naturale, innato e inalienabile, in uno slancio declamatorio che affascinerà le generazioni successive di teorici filo-proprietari, ai quali sfugge però la sostanziale continuità con colui che, per quanto impropriamente, è considerato il precursore della teorica avversaria, posto che ciò che Fichte chiama *Eigenthum* ha, nella sua stessa costruzione, tutti i tratti di un diritto della personalità, confermandosi ancora una volta, non so quanto consapevolmente, «ardito e gagliardo esecutore del pensiero kantiano» (469).

Doveri di sintesi mi impongono di arrestare qui il discorso su Fichte e di procedere a dire qualche cosa sull'altro guru dei filo-proprietari, la cui influenza fu determinante per Kohler (470), che costruì la raffinata categoria dei beni immateriali, finendo però per «trattarli come diritti di proprietà» (471) e che fu, s'è detto, corresponsabile della *damnatio memoriae* patita dalle surricordate riflessioni kantiane. Parlo, ovviamente, di Hegel e delle sue «*Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatwissenschaft im Grundrisse*», edite da Nicolai nel 1821 (472),

la filosofia politica del primo Fichte come momento culminante dell'*Aufklärung*, entro lo sviluppo storico della dottrina politica del contratto da Hobbes, a Locke e a Rousseau.

465

FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, cit., 6-7. Bisogna dare atto che dal punto di vista dell'A. non v'è una reale contraddizione, giacché egli presuppone uno iato ontologico fra diritto d'autore e invenzioni, che però a mio avviso non si giustifica.

466 Sul tema la bibliografia è davvero amplissima, per cui mi limito a segnalare le belle ricostruzioni di S. MATURI, *L'ideale del pensiero umano ossia la esistenza assoluta di Dio*, Avellino, 1882, spec. 36; ID., *La filosofia e la metafisica*, Napoli, 1894, *passim*, ma anche di A. PONSETTO, *Jurgen Habermas, ossia il tentativo per la fondazione di una teoria critica della società*, in *La Civiltà cattolica*, 1970, 4, I, spec. 50 s.

467 *Ivi*, 10, nt. 1.

468 *Ivi*, 5.

469 S. MATURI, *Zibaldone*, inedito, cui fa riferimento A. GISONDI, *Forme dell'assoluto. Idealismo e filosofia tra Maturi, Croce e Gentile*, Soveria Mannelli, 2002, 31.

470 Cfr., ad es., KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, cit., spec. 78, 80 e 98, nonché ID., *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, cit., 31, 123 e 130. Più in generale, leggo nella versione online dell'Enciclopedia Britannica che «*his major work, Philosophy of Law (1909), was a study of the theory of justice based on the philosophy of Georg Wilhelm Friedrich Hegel*» (<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/321095/Josef-Kohler>).

471 DE GREGORIO, *Contributo ad uno Studio sulla natura del diritto d'autore*, cit., 788. Come s'è *supra* ricordato, Kohler dichiara che il diritto di autore non è un diritto di proprietà, ma un diritto affine, che ha lo stesso fondamento e che ne differisce solo, in quanto spetta sopra un bene immateriale. I due diritti non sono identici, ma sono fratelli. Comuni ne sono il fondamento e l'essenza, e la diversa natura dell'oggetto può produrre diversità non nella relazione tra titolare e oggetto, ma solo nella tecnica giuridica.

472 Il testo fu completato, in verità, già il 25-6-1820 e, come ricorda P. BECCHI, *Le filosofie del diritto di Hegel. La nuova situazione delle fonti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, XIV, 111, circolava sin dall'ottobre di quell'anno. Il compendio è l'esito delle lezioni tenute ad Heidelberg fra il '17 e il '20 (l'ultima sua *lectio* fu nel 1931, poco prima della morte). Su Hegel giusfilosofo v., fra gli altri, N. BOBBIO, *Hegel e il*

finalmente riconosciute a buon diritto come «sì un'opera filosofica [...] ma immersa nel dibattito giuridico del suo tempo»<sup>(473)</sup>. Per la versione italiana ho consultato il rigoroso volume curato da Giuliano Marini<sup>(474)</sup>, mentre per la consultazione dell'originale sono debitore della curatela di Vincenzo Cicero<sup>(475)</sup> e della edizione Holzinger del 2013<sup>(476)</sup>. Per Hegel parlare «speculativamente del diritto non può significare altro che parlare *speculativamente* della libertà»<sup>(477)</sup> ed è a mio parere soprattutto il ruolo della *Freiheit* a spiegare la fortuna arrisagli nella costruzione della teorica proprietaria. Ciò anche considerato che in quelle dense pagine il filosofo stoccardese fornisce un appiglio non autosufficiente a fondare la riconduzione degli IPRs al paradigma proprietario. Il passaggio in parola è quello in cui si osserva che «*geistige Geschicklichkeiten, Wissenschaften, Künste, selbst Religiöses [...] Erfindungen usf. werden Gegenstände des Vertrags, anerkannten*

---

*giusnaturalismo*, in *Riv. fil.*, 1966, IV, 45; K. MARX, *Zur Kritik der Hegel'schen Rechts-Philosophie*, in *Deutsch-Französische Jahrbücher*, 1844, 71 (la parte intitolata *Kritik des Hegel'schen Staatsrechts* ed edita per la prima volta nel 1927 è stata data nuovamente alle stampe come *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, a cura di C. Pizzingrilli, Macerata, 2008; P. CESARONI, *Governo e Costituzione in Hegel. Le "Lezioni di filosofia del diritto"*, Milano, 2006); M. CALEO, *Hegel filosofo di Babilonia*, Napoli, 2001; P. BECCHI, *Da Pufendorf a Hegel. Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto*, Roma, 2007; G. DUSO-G. RAMETTA (a cura di), *La libertà nella filosofia classica tedesca. Politica e filosofia tra Kant, Fichte, Schelling e Hegel*, Milano, 2000; G. SOLARI, *Il problema del diritto e dello Stato nella filosofia del diritto di Giorgio Guglielmo Federico Hegel*, a cura di F. D'Agostino, Torino, 2005. La critica marxiana a Hegel si fa più netta nel sapido scritto, completato a Parigi nel settembre del 1844, F. ENGELS-K. MARX, *Die heilige Familie, oder Kritik der Kritischen Kritik. Gegen Bruno Bauer & Consorten*, Frankfurt a. M., 1845, il cui originale è consultabile grazie a Google Books. Sono lontani anni luce i tempi in cui il filosofo di Treviri, allora studente, frequentava il *Doktorclub* di Berlino e, dedicando al padre un quaderno di poesie, quattro epigrammi erano consacrati proprio a Hegel (v. K. MARX, *Scritti politici giovanili*, a cura di L. Firpo, Torino, 1975, 490 e U. CERRONI, *Il pensiero di Marx*, Roma, 1975, 19). Degna di nota è l'interpretazione data da Gramsci all'iniziale passione marxiana per Hegel. In particolare, per A. GRAMSCI, *Quaderno primo (1929-1930)*, § 152, in *Quaderni del carcere*, a cura di V. Gerratana, I, Torino, 2007, 134-135, essa va letta alla luce della circostanza che Marx partecipò alla vita universitaria tedesca poco dopo la morte di Hegel, quando era ancora vivo il ricordo dell'insegnamento orale del grande filosofo, di talché «la concretezza storica del pensiero di Hegel doveva risultare molto più evidente di quanto risulti dagli scritti sistematici» (soprattutto l'espressione «Hegel fa camminare gli uomini a testa in giù [...] sembra scaturita da una conversazione, tanto è fresca, spontanea, poco «libresca»»).

473

MARINI, *Premessa del traduttore alla prima edizione*, in *Hegel*, cit., xvii, che ricorda le basi giuridiche hegeliane rimontanti a Heineccius, Hugo, Thibaut, Klein e Savigny.

<sup>474</sup>MARINI, *Hegel*, cit., *passim*.

<sup>475</sup>V. CICERO (a cura di), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Lineamenti di filosofia del Diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, Milano, 2006. Lo stesso A. aveva curato l'edizione Rusconi del 1996, su cui si sono abbattute le critiche di Marini, che lo accusa di un crimine ai suoi occhi imperdonabile: la traduzione ermeneutica à la Betti. Cfr. soprattutto E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955; ID., *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987 e V. FROSINI-F. RICCOBONO (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, 1994, nonché P. DE FRANCISCI, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, in *Riv. ital. scienze giur.*, 1951, 1. Come è noto, Betti studiò approfonditamente Hegel, soprattutto nel biennio 1909-1910 e ve n'è traccia già nella dissertazione E. BETTI, *Il diritto nel sistema della realtà secondo Platone. Contributo alla storia della filosofia del diritto nell'antichità*, 1912, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Macerata*, XXX, 1971, 3. In M. BRUTTI, *Betti Emilio*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, XXXIV, Roma, 1988, *ad vocem*, si osserva che «la "filosofia pura" coltivata dal giovane B. coincideva con la reazione antipositivistica e con il soggettivismo diffuso in quegli anni tra le giovani leve intellettuali che leggevano Hegel attraverso Bergson, Gentile e Croce» e che «il diritto, come lo spirito, è superamento del negativo, ma il B. sceglieva le concezioni di Nietzsche e Bergson proprio in quanto contrarie all'ottimismo di Hegel».

<sup>476</sup>M. HOLZINGER (a cura di), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 2013, consultata interamente online tramite l'utilissimo portale <http://www.zeno.org/>.

<sup>477</sup>DUSO-RAMETTA, *La libertà nella filosofia classica tedesca*, cit., 147, enfasi del testo.

Sachen in Weise des Kaufens, Verkaufens usf. Gleichgesetzt»<sup>(478)</sup>. Hegel non può, sul punto, non ammettere che l'intelletto non può non essere in imbarazzo circa la qualificazione giuridica della situazione giuridica gravante su entità immateriali che, per quanto oggetto di commercio, pertengono alla sfera spirituale. L'intelletto si trova, in particolare, di fronte a un'alternativa secca: «*daß Etwas entweder Sache oder Nicht-|Sache (wie das Entweder unendlich, Oder endlich), vorschwebt*»<sup>(479)</sup>. Cognizioni, scienze e talenti, però, finiscono per poter essere qualificati come cose allorquando lo spirito libero – «*der sein Inneres zur Unmittelbarkeit und Äußerlichkeit herabsetzt*»<sup>(480)</sup> – mercé l'*Äußerung*, dà loro un *Dasein* esteriore che consente di alienarli.

In seno alla «*summa* del pensiero etico-politico di Hegel»<sup>(481)</sup>, la mia attenzione si è concentrata primariamente sull'*erster Abschnitt*, «*Das Eigentum*», dell'*erster Teil* «*Das abstrakte Recht*» e in particolare sui §§ 41-53, di cui ho mantenuto i corsivi originari, qui resi in tondo.

L'*Abschnitt* si apre significativamente con il principio per cui «*die Person muß sich eine äußere Sphäre ihrer Freiheit geben, um als Idee zu sein*»<sup>(482)</sup>, concetto che viene sviluppato successivamente, in particolare là dove non si considera la proprietà tanto come un mezzo rispetto al bisogno, bensì come un fine in sé: «*die wahrhafte Stellung aber ist, daß vom Standpunkte der Freiheit aus das Eigentum, als das erste Dasein derselben, wesentlicher Zweck für sich ist*»<sup>(483)</sup>. In forza di questa convinzione, peraltro, il filosofo dileggia chi sostiene l'idea di una società dei beni comuni, in quanto si tratterebbe di una disposizione d'animo che «*welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennet und sie nicht in ihren bestimmten Momenten erfaßt*»<sup>(484)</sup> e non si può dire che la natura sia ingiusta sol perché la distribuzione delle ricchezze è diseguale, «*denn die Natur ist nicht frei und darum weder gerecht noch ungerecht*»<sup>(485)</sup>.

Proprietà-libertà, quindi. Ma anche proprietà-volontà. Ogni persona ha, infatti, «*das Recht, in jede Sache ihren Willen zu legen*»<sup>(486)</sup> e in virtù di ciò la cosa diventa di colui che vi pone la propria volontà, incistandovi determinazione e anima, dal che segue un «*absolutes Zueignungsrecht*

---

<sup>478</sup>HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 43.

479

*Ibidem.*

<sup>480</sup>*Ibidem.*

<sup>481</sup>V. CICERO, *Introduzione*, in *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, cit., 7. Testimonio la centralità delle *Grundlinien* nel pensiero hegeliano, fra l'altro, la circostanza che ivi è contenuto uno dei – se non il principale fra i – concetti fondanti della sua intera filosofia, il notissimo «*was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig*» (HEGEL, *Vorrede*, in *Grundlinien*, cit., xix), o, come ebbe a scrivere V. GIOBERTI, *Preliminari*, V, *Del pensiero*, in *Della Protologia*, 1, in *Opere inedite di Vincenzo Gioberti*, a cura di G. Massari, III, 1857, 251, «*realtà e mentalità [...] è tutt'uno*».

<sup>482</sup>HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 41.

<sup>483</sup>*Ivi*, § 45.

<sup>484</sup>*Ivi*, § 46.

<sup>485</sup>*Ivi*, § 49.

<sup>486</sup>*Ivi*, § 44.

*des Menschen auf alle Sachen*»<sup>(487)</sup>. C'è di più. Come persona, infatti, «*habe ich zugleich mein Leben und Körper, wie andere Sachen, nur, insofern es mein Wille ist*»<sup>(488)</sup>. Ad ogni modo, si tratta di un'assolutezza che, val la pena di notare, incontra qualche temperamento in una sorta di proto-funzione sociale della proprietà *sub specie* limitazioni fondate nell'organismo razionale dello Stato e infatti «*die Bestimmungen, die das Privateigentum betreffen, können höheren Sphären des Rechts, einem Gemeinwesen, dem Staate, untergeordnet werden müssen*»<sup>(489)</sup>, tuttavia «*können solche Ausnahmen nicht im Zufall, in Privatwillkür, Privatnutzen, sondern nur in dem vernünftigen Organismus des Staats begründet sein*»<sup>(490)</sup>. È ardito, ma non del tutto peregrino, ipotizzare che anche la coscienza dei limiti del diritto abbia contribuito al ricorso ad Hegel per fondare gli IPRs. Anche il binomio proprietà-volontà in sé, però, si presta a detto fine, là dove consente di configurare la proprietà a prescindere dal possesso<sup>(491)</sup>. Ciò perché la «*Wirklichkeit der Besitzergreifung ist verschieden von dem Eigentum als solchem, welches durch den freien Willen vollendet ist*»<sup>(492)</sup>.

L'ultima coppia su cui spendere qualche parola è, infine, proprietà-personalità. Hegel, infatti, rigetta la tassonomia gaiana e qualifica come «*Schiefe und Begrifflose*»<sup>(493)</sup> la partizione romanistica diritto delle persone/diritto delle cose e ciò in quanto «*nur die Persönlichkeit ein Recht an Sachen gibt und daher das persönliche Recht wesentlich Sachenrecht ist*»<sup>(494)</sup>. L'assioma presuppone una nozione lata di *Sache* – come tutto ciò che è esteriore alla libertà in generale<sup>(495)</sup> – e ha un importante corollario: quello per cui la proprietà è il «*Dasein der Persönlichkeit*»<sup>(496)</sup>. Potrà stupire che il binomio in esame si ritrovi in Marx<sup>(497)</sup>, là dove scrive che «*seine [del Signore] Familiengeschichte, die Geschichte seines Hauses etc. alles dies individualisiert ihm den Grundbesitz und macht ihn foermlich zu seinem Haus, zu einer Person*»<sup>(498)</sup>, sebbene la differenza si avverta già nel passaggio di un altro dei *Manoscritti economico-filosofici* in cui egli scrive che «*das subjektive Wesen des Privateigentums, das Privateigentum als für sich seiende Tätigkeit, als*

<sup>487</sup>*Ibidem.*

<sup>488</sup>*Ivi*, § 47.

489

*Ivi*, § 46.

<sup>490</sup>*Ibidem.*

<sup>491</sup>*Ivi*, § 53, la presa di possesso è il giudizio positivo che la volontà dà alla cosa, quello negativo è l'uso, l'infinito è l'alienazione.

<sup>492</sup>*Ivi*, § 52.

<sup>493</sup>HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 52.

<sup>494</sup>*Ibidem.*

<sup>495</sup>*Spec. ivi*, § 40.

<sup>496</sup>*Ivi*, § 51.

<sup>497</sup>Sulla circostanza richiama l'attenzione anche MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 75, che avverte che il pensiero del giovane Marx si è poi sviluppato in direzione diversa

<sup>498</sup>K. MARX, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, I, 1844, xviii. I *Manuskripte* sono consultabili all'indirizzo [http://www.mlwerke.de/me/me40/me40\\_465.htm](http://www.mlwerke.de/me/me40/me40_465.htm). Essi furono pubblicati molto dopo la morte di Marx, precisamente in *Marx-Engels-Gesamtausgabe*. 1, III, Berlin 1932, 29.



Subjekt, *als Person ist die Arbeit*»<sup>(499)</sup>. Mi sovengono, circa l'anzidetta coppia, alcune parole di Rescigno, là dove descrive un processo di cui si vogliono esponenti proprio i beni immateriali: «ogni tentativo di liberare una determinata forma di proprietà dal peso della funzione sociale [è] destinato a passare o de[ve] giungere, sul piano ideologico, a istituire un legame tra proprietà e personalità, a fare della proprietà che si vuole riscattare dal servizio al bene comune un diritto della personalità»<sup>(500)</sup>.

Può non essere superfluo ricordare che, come si evince dalla lettura dei lavori dell'assemblea costituente<sup>(501)</sup>, la formulazione definitiva dell'art. 42 Cost. derivò, non secondariamente, dal rifiuto dell'impostazione proposta da Paolo Emilio Taviani, per il quale, in singolare sintonia con la trimurti hegeliana proprietà-libertà-personalità, «la proprietà privata risponde alla natura delle cose, in quanto e solo e in quanto mira a garantire la libertà e a permettere l'affermazione della persona umana»<sup>(502)</sup>.

Si possono, a questo punto, avanzare due ordini di considerazioni, le une attinenti alle ragioni della fortuna della proposta epistemologica hegeliana *in subiecta materia*, le altre riconducibili ad alcuni equivoci che mi portano a parlare di un singolare caso di eterogenesi dei fini.

Anzitutto, ritengo che la buona sorte occorsa alle pagine *supra* rapidamente indagate sia riconducibile, più che alle poche righe espressamente dedicate ai beni immateriali, a numerosi altri fattori: i. La nozione ampia di bene come tutto ciò che è esteriore alla libertà; ii. L'esaltazione della libertà, che, da una parte, rende la proprietà un fine in sé e la emancipa dal bisogno, dall'altra pone *extra ordinem* la proposta dei beni comuni; iii. La configurabilità della proprietà a prescindere dal possesso; iv. Una ricostruzione della proprietà come diritto assoluto, ma che può pur sempre incontrare delle limitazioni; v. Il binomio proprietà-personalità. Più in generale, come notò Mengoni, «la concezione individualistica e la concezione idealistica convergono nell'attribuire al diritto di proprietà il carattere dell'inviolabilità»<sup>(503)</sup>.

Proprio l'ultimo fattore è alla base del secondo ordine di considerazioni. Mi riferisco alla circostanza, che può apparire bizzarra, per cui Kant sia stato considerato il padre del *Persönlichkeitsrecht*, quando invece scriveva di un *persönliches Recht* che è un pur sempre un diritto sulle cose. Hegel, invece, nune tutelare dei filo-proprietari, lungi dal considerare la proprietà come asettico paradigma dell'appropriazione e valore meramente patrimoniale, ne propose una versione

---

<sup>499</sup>MARX, *CEkonomisch-philosophische Manuskripte*, III, 1844, i, enfasi del testo.

500

RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 56.

<sup>501</sup>Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*2, Bologna, 1999, 301 e Id., *La proprietà all'assemblea costituente*, in *Pol. dir.*, 1979, 413.

<sup>502</sup>MARX, *CEkonomisch-philosophische Manuskripte*, III, 1844, i, enfasi del testo.

<sup>503</sup>MENGOINI, *Proprietà e libertà*, cit., 75.

più, per certi versi, umana: la proprietà come l'esserci della personalità.

## **2.6 Paralipomeni hegelisti. La teorica proprietaria nella cultura giuridica italiana novecentesca. Rileggendo Barassi e Ascarelli.**

Venendo, come anticipato, al contributo della dottrina italiana novecentesca<sup>(504)</sup>, il testimone filo-proprietario fu raccolto – per restare ai testi più significativi – prima da de Gregorio e Barassi, poco dopo, da Ascarelli e, infine, da Auletta. Val giusto la pena di precisare che il silenzio serbato sulla letteratura domestica ottocentesca, nonostante «la maggior parte degli autori riguarda[sse] la proprietà letteraria, come fondata in diritto, non altrimenti della proprietà materiale ordinaria»<sup>(505)</sup>, risiede nella circostanza che la riflessione italiana d'allora *in subiecta materia* era – non me ne vorranno Mele<sup>(506)</sup> e Ascoli<sup>(507)</sup> – ancora abbozzata e priva di tratti di particolare originalità, limitandosi spesso a recepire il pensiero tedesco e francese. Mi limiterò, anche per ragioni di sintesi, ad approfondire lo sviluppo della teorica in esame nei testi di Barassi e Ascarelli, che più volte tornarono a ragionare sul tema, costruendo le rappresentazioni filo-proprietarie più articolate nel panorama giuridico italiano.

Barassi, che insegnò diritto penale, corporativo, del lavoro e civile, visita il tema per la prima volta nel 1943 con la monografia «*I diritti reali nel nuovo codice*» e, nove anni dopo, col primo dei due volumi dedicati a «*Diritti reali e possesso*». Nel primo tomo dell'opera del '52 è presente la versione più compiuta della sua teoria, per cui principalmente ad esso farò qui riferimento.

Il punto di partenza è l'ampiezza della nozione di bene accolta nel nostro codice – tema su cui civilisti e storici sono recentemente tornati a riflettere<sup>(508)</sup> – che, a differenza del BGB e di altri codici, come ad es. quello argentino, non limita espressamente il concetto di bene al corporale. In particolare, «siccome il concetto di «bene» è desunto dalla vita, e questa è in continuo movimento,

---

504

Sempre nel Novecento, ma oltralpe, una delle più chiare ricostruzioni filo-proprietarie mi è apparsa quella di DABIN, *Le droit subjectif*, cit., spec. 189, sebbene l'etichetta utilizzata sia quella di *droits intellectuels*.

<sup>505</sup> ASCOLI, *Della giurisprudenza teatrale*, cit, 173, che *ibidem* pure dà atto della circostanza per cui «d'altro canto, sonvi filosofi e giureconsulti distintissimi, i quali sostengono che, propriamente parlando, non vi possa essere, proprietà letteraria»

<sup>506</sup> Cfr. MELE, *Sulla proprietà letteraria*, cit., 129.

<sup>507</sup> Cfr. ASCOLI, *Della giurisprudenza teatrale*, cit., 175 e *passim*.

<sup>508</sup> Cfr. soprattutto F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, III, 459 (la numerazione qui adottata è però quella del dattiloscritto, che ho potuto consultare grazie al cortese dono dell'A.); P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1083 e GAMBARO, *I beni*, cit, *passim*.



si evolve e si allarga, è da ritenere che nulla si opponga a un più largo concetto di «bene» (509). Per la verità, però, l'attuale formulazione dell'art. 810 offre, a mio avviso, un possibile argomento contro la proprietà intellettuale. Mi riferisco al fatto che, a differenza dell'art. 406 c.c. 1865, la nozione di bene non è più legata a quella di proprietà, limitandosi a disporre che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti», con formula rappresentante un «autentico rebus» (510). Intendo dire che la semplice notazione, peraltro niente affatto pacifica (511), che gli artt. 810 ss. c.c. rechino una disciplina applicabile anche ai beni immateriali (512), non ha la stessa portata euristica che avrebbe avuto sotto il regime dell'abrogato codice (nel quale non a caso v'erano disposizioni sui beni incorporali derogatorie rispetto agli artt. 406 ss., ma soprattutto il generale rinvio alle leggi speciali di cui all'art. art. 437 (513)), proprio perché dalla qualifica di bene non discende più, oggi, quella di oggetto del diritto di proprietà. E non a caso, infatti, chi è tornato a riflettere sulla nozione in parola non ha mancato di rilevare che, poiché i diritti reali presuppongono una relazione immediata col bene, «la c.d. proprietà intellettuale [...] non partecip[a] dei connotati del diritto di proprietà» (514).

Tornando, quindi, a Barassi, occorre ulteriormente premettere che egli non propone una concezione proprietaria monistica integrale, non mancando di precisare che l'indagine sulla natura è

---

<sup>509</sup>BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 159.

<sup>510</sup>PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., 10.

511

*Ibidem* si riporta l'opinione della dottrina maggioritaria per cui «l'art. 810 c.c. non esaurisc[e] i possibili contenuti della nozione di bene giuridico, in quanto ne definisce i contorni con esclusivo riferimento al parametro della cosa, la quale evoca il connotato della materialità, e, dunque, esclude tutte le entità immateriali che non appartengono alla realtà empirica percepibile con i sensi».

<sup>512</sup>V., ad es., Cass., 30-1-1997, n. 934, in *Società*, 1997, 8, con nota di PICONE, per cui «le quote sociali, anche nelle società di persone, costituiscono beni nel senso dell'art. 810 c.c. in quanto suscettibili di formare oggetto di diritti». Trib. Trento, 29-9-2011, inedita, poi, si esprime nel senso che i diritti di credito siano beni ai sensi dell'art. 810, ciò al fine di farli rientrare nella comunione legale. In materia di pignoramento e crediti del debitore d'imposta verso terzi, poi, ponendo l'accento sulla categoria residuale di «bene mobile», Cass., 14-7-1989, n. 3298, in *Giust. civ.*, 1990, I, 414, ne inferisce che «la generica dizione "beni" contenuta nella mora in esame è tale, nella sua ampia portata, e per il criterio generale stabilito dagli artt. 812 e 813 c.c., da ricomprendere anche i beni immateriali ed i crediti» (su art. 2910 c.c. e beni immateriali v. Cass., 5-5-2003, n. 6795, in *Arch. Civ.*, 2004, 378). Per un singolare caso di applicazione analogica dell'art. 844 c.c., invece, v. Cass., 6-4-1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 537, con nota di MASTROPAOLO, per cui «Il bene della salute ha carattere primario ed assoluto, e nell'ambito della tutela dei diritti assoluti assicurata agli art. 2043 e 2059 c. c., deve essere protetto contro qualsiasi attività che possa menomarlo, ma l'assolutezza e l'incomprimibilità del diritto non escludono la necessità di accertare quali siano le condizioni obiettive nel cui contesto il diritto viene esercitato, e se sia razionale il sacrificio totale di ogni altra esigenza in potenziale conflitto con esso, tenuto anche conto che la ricerca dell'effettiva esistenza della menomazione non può essere compiuta con criteri astratti che prescindano del concreto ambiente in cui la persona vive ed opera; pertanto, al fine di accertare la effettiva sussistenza della lesione e stabilire le concrete modalità della tutela, non può ritenersi ingiustificato il ricorso all'applicazione analogica delle disposizioni dell'art. 844 c. c. in tema di immissioni moleste, laddove fanno riferimento al criterio della tollerabilità della molestia ed alla possibilità di estendere l'intervento del giudice al di là della barriera dell'inibizione assoluta, in modo da ricomprendere la determinazione dei mezzi necessari per ricondurre l'attività aggressiva nei limiti del diritto».

<sup>513</sup>BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 187, ciononostante, ritiene che «nulla si poteva ricavare dal 437, né pro né contro».

<sup>514</sup>PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., 10.

limitata all'utilizzazione dell'opera, «a prescindere dalla tutela della paternità intellettuale di essa, sulla quale non possono esservi dubbi». Non chiarisce, però, quale sia il rapporto fra le due componenti <sup>(515)</sup> - limitandosi a parlare di un «solco profondo» <sup>(516)</sup> – né come si giustifichi un diritto di proprietà con tratti personalistici così marcati <sup>(517)</sup> o, quantomeno, tanto strettamente collegato al diritto morale, incontestabilmente personalistico <sup>(518)</sup>. Ad ogni modo, il poliedrico giurista non ha dubbi sulla circostanza per cui il diritto di sfruttamento «possa *benissimo costruirsi come proprietà*, cioè *proprietà sul pensiero*, sull'opera», trattandosi di una «signoria massima su un'entità obiettiva, avente un valore economico, che è veramente tipico della proprietà» <sup>(519)</sup>, in ciò avvertendosi, chiara, l'eco della dottrina ottocentesca tedesca <sup>(520)</sup>. Sorvoliamo sul riferimento al pensiero, che come è noto non è mai stato, né mai potrà essere oggetto di diritti proprietari, per ragioni ontologiche, prim'ancora che giuridiche <sup>(521)</sup>, già perspicuamente illuminate da Thomas Jefferson allorquando scriveva che la peculiarità del pensiero «*is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me*» <sup>(522)</sup>. Vediamo, piuttosto, gli argomenti portati a sostegno di codesta convinzione.

---

<sup>515</sup>Ipotizzo che per B. l'IP sia una situazione giuridica complessa costituita da un fascio di diritti, alcuni dei quali a natura proprietaria. Ritengo di poterlo dedurre dal passaggio in cui BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 183 si riferisce a un «fascio di diritti di utilizzazione». Si resta spiazzati, però, a leggere qualche pagina dopo che si tratterebbe di «fasci di facoltà» (*ivi*, 191).

<sup>516</sup>BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 184.

<sup>517</sup>È circostanza nota, che dal diritto di proprietà promanano anche facoltà non strettamente connesse all'utilizzazione economica (v. G. RESTA, *L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria*, in *Danno e responsabilità*, 2010, V, 477) , ma non v'è mai una vera e propria compenetrazione con un diritto della personalità.

518

Cfr., oltre a tutte le opere già citate, M. FABIANI, *In tema di diritto morale e di danno morale*, in *Dir. aut.*, 1955, 34.

<sup>519</sup>BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 185.

<sup>520</sup>Penso a C.F.M. EISENLOHR, *Das literarisch-artistische Eigentum und Verlagsrecht mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen*, Schwerin, 1855, § 27, 44, per cui «*wie das Eigentum die totale rechtliche Herrschaft über ein physisches Objekt ist, so ist das literarisch-artistische Eigentum die totale rechtliche Herrschaft über ein intellectuelles Objekt; beide erstrecken über eine Sache, die eine über formirte Materie; die andere über eine formirte Idee*».

<sup>521</sup>E della spericolatezza dell'osservazione parrebbe essere consapevole lo stesso BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 191: «la proprietà del pensiero? Parrebbe un'enormità dal punto di vista giuridicamente ricostruttivo», senonché subito si affretti a precisare – con argomentazione di cui non riesco intravedere un'accezione non tautologica – che «si trova subito il modo di coonestarla [*sic!*], ricordando che il pensiero è del suo autore» (*ibidem*).

<sup>522</sup>T. JEFFERSON, *To Mr Isaac M'Pherson*, Monticello, 13-8-1813, in *The Writings of Thomas Jefferson*, a cura di H.A. Washington, VI, Washington D.C., 1854, 181.

Barassi anzitutto procede a contestare alcune tradizionali obiezioni alla teorica proprietaria<sup>(523)</sup>. Per primi, il possesso e la rivendica. Egli ammette che non si possa esperire l'azione *ex art. 948 c.c.* <sup>(524)</sup>, ma nega la portata euristica del dato, sulla scorta della considerazione che comunque si può agire ai sensi dell'art. 20, l. aut., per rivendicare la paternità dell'opera. A me pare, però, che l'argomento sia facilmente controvertibile, sino al punto di contribuire a fondare la teorica personalistica. Se, infatti, l'unica rivendicazione possibile riguarda la paternità, ciò implica che il nucleo del diritto, quello che, quindi, ne definisce la natura, è proprio il diritto morale, cioè quello che anche Barassi considera un diritto senz'altro personalistico. Egli spiega, poi, che «non è possibile intentare [...] un'azione di rivendicazione perché non è stata sottratta al titolare della privativa la possibilità di attuarla». Si conferma così, ancora una volta, ciò che si vorrebbe confutare<sup>(525)</sup>.

Il paradigma proprietario, inoltre, sarebbe particolarmente adatto ai beni immateriali perché non è vero che sia sempre esclusivo, può non esserlo di fatto o di diritto. Questa sarebbe l'indicazione ricavabile dalla comproprietà, alla quale il nostro aveva dedicato l'anno precedente una monografia<sup>(526)</sup>. In senso critico si deve, però, osservare come sia scorretto postulare più diritti di proprietà limitati sul medesimo bene, trattandosi all'evidenza di un unico diritto di proprietà, assoluto com'è sua natura, di cui muta solo il profilo soggettivo (sarebbe meglio parlare di comunione nella proprietà, piuttosto che di comproprietà). E d'altronde la tendenza ad ampliare i poteri del comproprietario trova conferma, a mio avviso, nella più recente giurisprudenza di legittimità in materia di locazione del bene comune da parte di uno solo dei comproprietari. Nel 2012, infatti, Sezioni unite<sup>(527)</sup> hanno ritenuto applicabile alla ipotesi non la disciplina del mandato, bensì quella della *negotiorum gestio*, con la conseguente applicabilità, fra l'altro, dell'art. 2031, per cui i comunisti sono tenuti all'adempimento delle obbligazioni conseguenti alla stipula del contratto

---

523

Senza alcuna *vis polemica*, ma solo per amor del vero, mi preme segnalare che BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 186, attribuisce ad Ascoli l'opinione che «non sia un vero diritto di proprietà», laddove ASCOLI, *Della giurisprudenza teatrale*, cit., 177, scrive che «questo [...] infelice diritto, tanto naturale e pur da splendidi ingegni si vivamente combattuto, possiede tutti i requisiti della proprietà, né la società potrebbe, senza commettere grave ingiustizia, negarlo».

<sup>524</sup>Non rilevano qui gli approdi della più recente giurisprudenza *supra* riportati. V., ad es., Cass., 5-3-2010, n. 5359 cit.

525

BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 186.

<sup>526</sup>L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951. Barassi mutua da Bonfante l'idea di una proprietà plurima parziale della cosa, cioè una pluralità di diritti gravanti la cosa, qualitativamente uguali alla proprietà solitaria, e, come tali, aventi essi pure natura di proprietà, ma quantitativamente più ristretti perché limitantisi l'un l'altro.

<sup>527</sup>Cass., sez. un., 4-7-2012, n. 11135, in *Corr. merito*, 2013, I, 47.

da parte di uno solo di essi.

Quanto, poi, all'obiezione della non perpetuità<sup>(528)</sup>, Barassi replica, con mirabile ardimento, che la perpetuità non costituirebbe carattere essenziale del diritto di proprietà. Avrebbero preso, quindi, un abbaglio intere generazioni di giuristi che, con Karl von Gerber, hanno sottolineato la distinzione fra IP e proprietà proprio al fine di evitare che il legislatore facesse propria faccia propria «*die aus dem falschen Gedanken des s.g. literarischen Eigenthums entlehnte Idee eines ewigen Schutzes*»<sup>(529)</sup>. L'affermazione potrebbe, forse, apparire meno peregrina con riferimento alla proprietà turnaria o multiproprietà, ma, da una parte «non si configuri come un fenomeno di comproprietà e neanche come un diritto reale di godimento, ma come un diritto relativo di godimento o un diritto di credito connesso alla titolarità di una partecipazione azionaria»<sup>(530)</sup>, dall'altra, nota Mario Trimarchi<sup>(531)</sup>, si tratta di al più di una proprietà pur sempre perpetua, ma periodica nel suo esercizio. Una cosa è una proprietà che cade dopo un intervallo di tempo nel dominio del pubblico (espressione che rinvia all'idea che l'opera nasce come appartenente alla collettività, cui dovrà tornare dopo aver ricompensato l'autore), un'altra è una proprietà la cui titolarità è sempiterna, essendo solo l'esercizio, mi vien da dire, sinusoidale.

E infine la confutazione dell'argomento in base al quale «la lesione della proprietà su cose corporali può essere scevra di colpa, mentre non lo sarebbe mai quella della proprietà intellettuale»<sup>(532)</sup>. Per Barassi, infatti, esso prova troppo, incidendo su un episodio del tutto irrilevante. In contrario avviso, si può notare come la lesione incolpevole dei beni immateriali, lungi dall'essere un accidente muto, è il primo indice della differenza strutturale fra i due diritti: dallo *ius excludendi alios* incontestabile cifra del *dominium* non può che derivare un divieto indifferenziato inibente a tutti di interferire nel diritto, ciò che non è esigibile nel regno dell'incorporeo, dove ad ogni passo senza saperlo si rischia di violare un diritto IP. La mia convinzione diviene ancor più solida nell'ambiente digitale in cui, nota Paolo Spada, l'esclusiva rischia di diventare «un arnese declamatorio, che, al più, colpisce a caso e, quindi, in modo ingiusto; e ciò, soprattutto, per il depotenziamento dell'intermediazione e l'incertezza della «catena» dell'intermediazione»<sup>(533)</sup>. Ulteriore conferma si può, poi, trarre dall'estensione dei diritti IP in via di prassi. Mi riferisco al

---

<sup>528</sup>Essa è attribuita a F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Torino, 1922; PIOLA CASELLI, *Diritto d'autore*, cit., 1000; ID., *Codice del diritto di autore*, cit. (Barassi si riferisce genericamente a «Piola, *Diritto d'autore*») e V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Verona, 1898, 47.

<sup>529</sup>GERBER, *System des Deutschen Privatrechts*<sup>10</sup>, II, 2, cit., § 219, 590.

<sup>530</sup>P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2007, 15.

<sup>531</sup>M. TRIMARCHI, *La multiproprietà*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXVI, I, Torino, 2006, 304.

<sup>532</sup>

BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 187.

<sup>533</sup>P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 228, destinato agli *Studi in onore di Luca Buttaro*.

fenomeno delle NPEs, *non-practicing entities* o *patent trolls* (<sup>534</sup>), società che acquisiscono *random* grandi quantità di brevetti non al fine di produrre nuovi beni od offrire servizi innovativi, bensì confidando nell'altrui utilizzo delle «proprie» tecnologie, con conseguente incolpevole violazione e connesso contenzioso per le *royalties*.

Nelle conclusioni, il «civilista conservatore» (<sup>535</sup>) affronta quello che considera l'unico serio scoglio alla teorica proprietaria: «l'elemento personale derivante dall'autore dalla tutela dei suoi diritti» (<sup>536</sup>). Scoglio che, però, egli ritiene di superare osservando che la sintesi fra diritto morale e tutela dell'utilizzazione economica sarebbe solo formale «in quanto racchiude la tutela nel primo senso della paternità spirituale e nel secondo di un valore patrimoniale nell'interesse dell'autore e dei terzi» (<sup>537</sup>). Qua non si può dire che l'argomento provi troppo: più semplicemente prova altro. Concorre a dimostrare, al più, che è insostenibile una teoria monistica integrale, poco o nulla dicendo sulla natura di questi «particolari diritti di proprietà forgiati dalla legge con larghe rifrazioni dell'interesse sociale» (<sup>538</sup>), una «vera e propria signoria dominicale» (<sup>539</sup>), ma dal volto umano in quanto giustificata da «l'interesse sociale [...] l'esigenza culturale [il] progresso tecnico» (<sup>540</sup>).

Per ultimo, il nostro confessa l'inutilità della tesi che ritiene di avere dimostrato. Alla domanda «che cosa si guadagna con questa assunzione», infatti, egli risponde non si possono applicare analogicamente le norme sulla proprietà in generale in quanto «questo rinvio non è accennato né nel Codice né nelle due leggi speciali [...] perché non avrebbe praticamente alcuna probabilità di essere applicato» (<sup>541</sup>), per completezza della disciplina vigente. Completezza che, se dimostrata, costituirebbe un argomento potentissimo in senso anti-proprietario, fermo restando che l'evoluzione giurisprudenziale *supra* ricordata ha evidenziato non poche necessità d'ingegneria ermeneutica. Il nostro, però, non finisce di stupire allorquando, una pagina più avanti, conclude osservando che «si tratt[a] di un diritto di proprietà al quale è applicabile la sintesi contenuta nell'art. 832» (<sup>542</sup>).

Dopo pochi anni dal lavoro barassiano è consegnata alle stampe una delle opere principali

---

<sup>534</sup>Oltre alla bibliografia che ho richiamato nel primo capitolo, v., D.R. CAHOY-L.J. OSWALD (a cura di), *The Changing Face of US Patent Law and Its Impact on Business Strategy*, Cheltenham-Northampton, 2013, 200 e *passim*; TAKENAKA, *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, cit., 325; G. CLARK, *Working Regions. Reconnecting Innovation and Production in the Knowledge Economy*, Oxford, 2013, 71 e R. OSHANA-M. KRAELING, *Software Engineering for Embedded Systems*, Waltham, 2013, 663.

<sup>535</sup>GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, cit., 343.

<sup>536</sup>BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 190.

<sup>537</sup>*Ivi*, 192.

538

*Ivi*, 194.

<sup>539</sup>*Ivi*, 195.

<sup>540</sup>*Ibidem*.

<sup>541</sup>*Ivi*, 193.

<sup>542</sup>*Ivi*, 194.

del pensiero giuridico novecentesco, che racchiude anche alcune pagine importanti per il tema d'interesse. Mi riferisco alla «*Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: lezioni di diritto industriale*» di Ascarelli del 1956, qui consultata nella terza edizione (<sup>543</sup>).

La concezione ascarelliana è monistica unilaterale nel senso che gli IPRs sarebbero, dal punto di vista strutturale (<sup>544</sup>), diritti di proprietà – che tiene, però, conto della «contrapposizione tra cose materiali [...] e creazioni intellettuali» – il cui unico contenuto, a sua volta, sarebbe esclusivamente l'utilizzazione economica della creazione (<sup>545</sup>). L'illustre allievo di Cesare Vivante elabora una teoria ben più raffinata di quella di Barassi e fornisce ancora oggi utili spunti di riflessione, per quanto non si sottragga interamente a critiche.

Anzitutto, si presuppone una concezione di proprietà monco, limitato al carattere dell'assolutezza *sub specie* «obbligo di astensione da parte dei consociati dal compimento di determinati atti» (<sup>546</sup>). Per quanto si voglia scremare, però, se si vuole continuare a parlare di paradigma proprietario – pena, se non altro, il venir meno della distinzione fra diritti reali e diritti di credito – non si può occultare che la cifra del diritto *de quo* sia la relazione diretta e immediata fra soggetto e oggetto (<sup>547</sup>). E proprio il ruolo dei terzi, invece, non può non essere adeguatamente valorizzato in un discorso sui diritti IP (<sup>548</sup>), che per certi versi possono essere considerati come diritti geneticamente sociali. In primo luogo, perché il fenomeno del ritorno al pubblico dominio, come ho detto, descrive un diritto che nasce per la collettività e ad essa, quindi, deve tornare, al punto di poter ritenere – con affermazione certo ardua – che si tratti di beni comuni il cui esercizio collettivo sia solo sospensivamente subordinato allo scadere del termine. *In secundis*, Ascarelli ritiene che l'interesse tutelato non sia il diretto godimento delle utilità della cosa, bensì la «probabilità di guadagno costituita dalla possibilità di utilizzare la creazione intellettuale [...] *in un'attività con terzi*» (<sup>549</sup>). In terzo luogo, ma su questo mi riservo di tornare nel quarto capitolo, gli

---

<sup>543</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 302 s. Cfr. in particolare S. RODOTÀ, *Ascarelli Tullio*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, IV, Roma, 1962, *ad vocem* e LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, cit., 87.

<sup>544</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 324 distingue fra l'aspetto funzionale, che consente di ascrivere gli istituti considerati nella disciplina della concorrenza e quello strutturale, per cui i «diritti di utilizzazione esclusiva possono inquadrarsi nello schema del diritto di proprietà, inteso [...] come quello di un diritto assoluto patrimoniale di godimento e disposizione il cui punto di riferimento è un bene esterno al soggetto».

<sup>545</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 331.

<sup>546</sup>*Ivi*, 302.

547

PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., 10, parla, a proposito dei diritti reali, di «situazioni giuridiche che presuppongono la relazione immediata con il bene che ne costituisce oggetto».

<sup>548</sup>Di diverso avviso è DABIN, *Le droit subjectif*, cit., 194, se ho ben inteso il passaggio in cui scrive che «*le propriétaire de la chose matérielle a le droit négatif d'empêcher les tiers d'user de sa chose, exactement comme le titulaire du droit d'auteur ou d'invention a le droit d'empêcher les tiers d'user de son œuvre, notamment par la reproduction non autorisée de celle-ci*».

<sup>549</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 310.

sviluppi delle nuove tecnologie configurano sempre più i diritti IP come necessitanti, per il loro esercizio, della cooperazione dei terzi. Tutto ciò mi pare difficilmente sovrapponibile alla proprietà, diritto solitario che si consuma nell'immediato godimento di un bene in diretta relazione col soggetto, e ciò anche a prescindere dall'appassimento della funzione sociale della proprietà, di cui meglio si dirà.

Avendo già ricordato la critica ascarelliana ai diritti della personalità e non essendo qui rilevante la confutazione alla teoria del diritto di monopolio, sarà sufficiente visitare gli elementi della costruzione giuridica dell'istituto in chiave proprietaria, che si sostanzia, a ben guardare, in una serie di *caveat*. Anzitutto, come detto, l'interesse tutelato non è quello proprietario all'immediato godimento delle utilità del bene, bensì la probabilità di guadagno, la quale non è conseguibile «se non attraverso le cose materiali»<sup>(550)</sup>, a condizione che il supposto diritto assoluto sia limitato all'utilizzazione della creazione in un'attività destinata a terzi. In secondo luogo, si ammette che «al diritto esclusivo [può] sostituirsi un premio da parte dello Stato», come dimostra l'analisi comparatistica<sup>(551)</sup> o comunque un mero diritto al compenso<sup>(552)</sup>. Si ammette, poi, che a differenza della proprietà, il bene immateriale non è «immediatamente dato dalla realtà prenormativa»<sup>(553)</sup>, ma si dà rilievo dirimente alla circostanza che si tratta pur sempre di un bene esterno al soggetto (ciò che, peraltro, renderebbe insostenibili le tesi personalistiche), riconducendosi lo schema della proprietà «alla possibilità di considerare la creazione intellettuale oggettivamente e di individuarla in un bene immateriale la cui fattispecie costitutiva viene legalmente determinata»<sup>(554)</sup>. L'identificazione della creazione nella sua esistenza oggettiva e non come qualità della cosa permette, altresì, di attingere una tutela più penetrante e abbandonare la

---

<sup>550</sup>Ivi, 309

551

L'A. fa riferimento, in particolare, all'esperienza russa, circa la quale rinvio al prontuario predisposto per il Ministero dello sviluppo economico da IPR DESK MOSCA-STUDIO LEGALE PAVIA E ANSALDO (a cura di), *La tutela della proprietà industriale e intellettuale nella Federazione russa. Breve manuale per l'operatore italiano*, Москва, disponibile all'indirizzo: [http://www.uibm.gov.it/attachments/article/2006094/ipr\\_russia\\_manuale\\_per\\_operatore\\_italiano.pdf](http://www.uibm.gov.it/attachments/article/2006094/ipr_russia_manuale_per_operatore_italiano.pdf) Ivi, 9 si parla di un sistema di protezione dell'immateriale «radicalmente distinto rispetto a quello relativo alla proprietà su beni mobili e immobili», pur confidando che si possa realizzare «nel tempo la normalizzazione della materia» (ivi, 8). Bisogna però dire che il modello cui fece riferimento Ascarelli è stato quasi integralmente superato, sotto la spinta del diritto convenzionale, dalle leggi federali n. 230-FZ/2006, in vigore dal 1-1-2008 e n. 98-FZ/2004 sul segreto commerciale. Che, comunque, la tendenza non sia quella occidentale lo dimostra il fatto che le cause per violazione di IPRs continuano ancor oggi ad essere in numero alquanto esiguo, come si osserva in P. CHAUDHRY-A. ZIMMERMAN *Protecting Your Intellectual Property Rights. Understanding the Role of Management, Governments, Consumers and Pirates*, New York, 2013, 39. Cfr., in generale sull'IP in Russia, M. CONSERVA, *Russia: commercio internazionale e investimenti esteri*, Milano, 2007, 162.

<sup>552</sup>V. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 331, che però ritiene che proprio il ricorso allo schema proprietario consenta di distinguere tra «diritto di utilizzazione e diritto (e, si noti, pur sempre assoluto) a compenso».

<sup>553</sup>Ivi, 313.

<sup>554</sup>Ivi, 318.

teoria del monopolio, che presupporrebbe un generale divieto di esercizio di una attività nei cui confronti allora si pone una eccezionale libertà della stessa; la disciplina dei beni immateriali si coordina invece con una generale libertà di esercizio di attività<sup>(555)</sup>. La disciplina e la durata si coordinano con il principio della generale inappropriabilità delle creazioni intellettuali «conseguenza dell'ovvia inopportunità di una loro generale appropriabilità»<sup>(556)</sup> e dovuta alla necessità di perseguire il progresso, che – si è visto sopra – è singolarmente, insieme, fondamento della proprietà intellettuale e dei suoi limiti.

Abbiamo quindi un diritto che opera in un contesto in cui la regola è il divieto del suo esercizio (*sub specie* generale inappropriabilità), ciò che si vuole fondare sulla «gravità del limite che i diritti assoluti sulle creazioni intellettuali pongono all'esercizio dell'altrui attività»<sup>(557)</sup>, quasi che la proprietà tradizionale non imponesse limiti altrettanto penetranti e gravanti obiettivamente su tutta la collettività. Un diritto che, scaduto un termine<sup>(558)</sup>, torna nella fruizione collettiva (ritorno al pubblico dominio che molto ci dice anche dell'origine del bene). Un diritto, ancora, dalla cui struttura è espulsa la personalità, in aperto, per quanto argomentato, contrasto col diritto positivo. Un diritto, soprattutto, che non può realizzare il proprio scopo se non attraverso le cose materiali, ma a cui si pretende dare nome e disciplina di proprietà «intesa prescindendo dai connotati che le sono propri quando applicata a cose materiali»<sup>(559)</sup>, giungendo financo a scrivere che la giustificazione del ricorso allo schema in parola risiede proprio nella peculiarità della creazione rispetto alla cosa, che «si individua come utilizzazione della creazione intellettuale (in contrapposizione a quella della cosa materiale)»<sup>(560)</sup>.

Ebbene, se ancora ai tempi in cui scriveva Ascarelli, la proprietà era talmente «impastata della *res* sulla quale il dominio si esercita»<sup>(561)</sup> da far considerare se non altro molto ardita la sua proposta ricostruttiva, essa, però, retrospettivamente, sembra aver anticipato l'evoluzione dei diritti di proprietà nella direzione di un allargamento di paradigma, uno schema che è andato perdendo, uno dopo l'altro, tutti i tratti coi quali l'avevamo conosciuto – *in primis* l'impreteribilità ontologica

---

<sup>555</sup>V. spec. *ivi*, 322-323.

<sup>556</sup>*Ivi*, 320.

<sup>557</sup>*Ivi*, 331.

<sup>558</sup>Ciò sebbene sul punto vada dato atto di talune recenti novità che potrebbero essere interpretate come novità nel senso di un avvicinamento di paradigmi. Mi riferisco all'ampliamento a settant'anni dei termini di durata dei diritti connessi al diritto d'autore, a seguito dell'approvazione, in data 21-11-2013, dello schema di decreto legislativo recante attuazione della dir. 2011/77, che modifica la dir. 2006/116 concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi.

559

*Ivi*, 326-327.

<sup>560</sup>*Ivi*, 327. Data la peculiarità della creazione, questa, poi, «si analizza come un limite all'attività» (*ibidem*), ciò che confermerebbe la probabilità di guadagno come interesse tutelato.

<sup>561</sup>L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, 3. Appena prima di dare alle stampe il mio studio, il saggio citato è stato edito su *Riv. crit. dir. priv.* Si badi, quindi, che la numerazione si riferisce al dattiloscritto, di cui ho potuto prendere visione grazie alla cortesia dell'A.



delle cose e la relazione immediata soggetto-oggetto – per mantenere il carattere primigenio esclusivo, cifra di un paradigma sfrondata, idoneo quindi oggi a comprendere beni che, sino a pochi decenni fa, solo gli esperimenti ermeneutici più spinti potevano considerare *de plano* oggetto di proprietà.

### ***2.7 Dell'inadeguatezza delle teoriche in voga e di qualche proposta metodologica***

Giunti a questo punto e messe in luce, sia pur brevemente, le mende delle principali ricostruzioni dei paradigmi appropriativi, proverò a osservare i fenomeni, come anticipato, da due specole elettive: da una parte, i limiti incontrati dai diritti di proprietà e IP, dall'altra l'atteggiarsi degli stessi in relazione ai più recenti sviluppi della tecnologia. La scelta sconta un'ineliminabile discrezionalità, però confido che, dalle pagine che seguiranno, risulteranno chiare le ragioni dell'opzione metodologica.

## CAPITOLO III

### EUROPA, SLITTAMENTO DI PARADIGMI E FUNZIONE SOCIALE

*Le monde matériel est destiné à l'appropriation, parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le monde des idées est d'une nature toute différente: il est fait pour la communauté*

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, Paris, 1900, 455

*L'eau puisée au ruisseau n'est pas une partie du ruisseau: c'est de l'eau, et rien de plus*  
G. de Labroue de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *RTDciv.*, 1905, 494

#### 3.1 *Le ragioni di una scelta*

Lo sforzo di definire la proprietà è tanto necessario, quanto ambizioso (se non vano), trattandosi, per dirla con Rodotà, di un «concetto prensile [...] capace di impadronirsi delle situazioni più diverse»<sup>(562)</sup>, una pervasività semantica su cui pesa, da una parte, la considerazione della proprietà come «categoria fondamentale del diritto privato»<sup>(563)</sup>, dall'altra la «egemonia incontrastata dell'ideologia liberista»<sup>(564)</sup> che, si è di recente notato, è alla base di un equivoco non privo di conseguenze: quello che porta a sovrapporre proprietà e libertà ad esito dell'associazione, in un'unica categoria, dei diritti fondamentali di libertà, del diritto civile a divenire proprietari e godere dei propri beni e, infine, del diritto reale su beni in proprietà. Più in generale, resta sorprendentemente attuale la lezione pugliattiana per cui l'appropriazione va «restituit[a] alle sue reali dimensioni storico-sociali, che sono quelle di un istituto immerso [...] nel mare inquieto, liquido e fluido, della postmodernità, non più in grado di contare su caratteristiche stabili e permanenti»<sup>(565)</sup>.

I problemi aumentano ove si porti la riflessione al livello europeo, posto che l'Unione, come ha scritto lucidamente Roppo, è «una vibratile e fluida rete non gerarchica, in cui la pluralità degli attori e delle sedi competenti a interloquire rende particolarmente faticoso e difficile il formarsi di

---

562

S. RODOTÀ, *Proprietà: una parola controversa*, in *ParoleChiave*, Proprietà n. 30, 2003, 2.

<sup>563</sup>R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze della moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 180. Consimili affermazioni sono assai frequenti. V, *ex plurimis*, W. CESARINI-SFORZA, *Proprietà e impresa*, in *Arch. studi corp.*, 1938, II, 168, che considera la proprietà come «il perno di tutto il sistema dei diritti privati».

<sup>564</sup>L. FERRAJOLI, *Libertà e proprietà*, in *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, 91.

<sup>565</sup>SCALISI, *Salvatore pugliatti*, cit.

una riconoscibile, definita e definitiva 'volontà' dell'istituzione»<sup>(566)</sup>. Un terreno che si fa ancor più impervio in materia di paradigmi appropriativi, rispetto ai quali l'UE si dichiara, da una parte, indifferente, dall'altra introduce, in ordine sparso, disposizioni non facilmente elevabili a sistema, *empasse* che il dialogo fra le Corti di Strasburgo e Lussemburgo non è riuscito ancora a superare.

La scelta di analizzare il problema che ci occupa avendo particolare riguardo ai limiti ai diritti di proprietà e IP, a mio avviso, è imposta da almeno due ragioni. Anzitutto, la convinzione che per l'individuazione del *Wesensgehalt*<sup>(567)</sup> sia impreteribile un discorso sulle limitazioni incontrate dal diritto, le quali, anche quando esterne alla struttura (come oggi certamente la funzione sociale della proprietà), ci parlano *a contrario* del contenuto. In secondo luogo, la mancanza del carattere dell'assolutezza è sempre stato un argomento principe per gli anti-proprietari, ciò che si manifesta anzitutto nel fenomeno del pubblico dominio, che, osserva Ascarelli, «rappresenta un fenomeno che non ha riscontro nell'ambito delle cose materiali [...] e che a sua volta si coordina con la limitazione della durata del diritto»<sup>(568)</sup>. E non è un caso che anche i più convinti sostenitori della teorica proprietaria si siano trovati costretti a concludere che gli IPRs sono particolari diritti di proprietà, ma pur sempre «forgiati dalla legge con larghe rifrazioni dell'interesse sociale»<sup>(569)</sup>. Diventa, allora, *a fortiori* cruciale indagare l'atteggiarsi del momento negativo del diritto, non prima di aver ricostruito la nozione di proprietà europea, la cui comprensione illumina l'inabissamento della funzione sociale cui si assiste negli ultimi anni nell'ordinamento italiano e, più in generale, è espressione di valori che «hanno ormai acquisito una tale organicità e pregnanza da configurarsi come elementi essenziali di qualsiasi ricerca che voglia comprendere cosa oggi sia la proprietà»

---

<sup>566</sup>V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Il contratto del duemila*<sup>3</sup>, Torino, 2011, 50, che rinvia sul punto a O. REMIEN, *Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1998, IV, 627.

<sup>567</sup>

MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 84 e spec. 87. Oltre alla giurisprudenza europea sviluppatasi sul diritto di proprietà, di cui si dirà più avanti, giova sin d'ora rammentare che l'art. 52, § 1 CDFUE contiene una previsione di ordine generale, a tenore della quale «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

<sup>568</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 328. L'A. tiene nettamente distinto il fenomeno *de quo* dalla volgarizzazione del marchio, ma a me sembra che entrambi siano connessi con la struttura porosa degli IPRs e del loro nascere intrinsecamente limitati dall'interesse pubblico. Egli, poi, ritiene che «il termine «dominio pubblico» richiama [...] la circostanza che la creazione intellettuale, pur generalmente utilizzabile, è stata oggetto di diritto assoluto, appartiene appunto quei tipi di creazione intellettuale che soli sono suscettibili di diritto assoluto». A mio modesto avviso, però, la formula dominio pubblico va intesa in senso del tutto atecnico: non è infatti proprietà pubblica (e questo lo precisa anche l'A.), ma, d'altro canto, non è neanche concepibile una proprietà privata appartenente all'intera collettività nazionale, quando non mondiale: a ben guardare essa sarebbe il contrario del *dominium*, andando sussunta nel paradigma alternativo dei beni comuni.

<sup>569</sup>BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 194.

(<sup>570</sup>).

Peraltro, lo studio della proprietà europea presuppone e impone una riflessione sulla categoria dei diritti umani, se è vero, e lo è, che è «a partire dalla proprietà che la Corte di Lussemburgo ha enucleato la categoria dei diritti fondamentali comunitari» (<sup>571</sup>).

### **3.2 La dichiarata estraneità dell'Unione alla disciplina del diritto di proprietà e la sterilizzazione del principio di neutralità.**

A fronte della «*plethora of supra-national inroads into this field*» (<sup>572</sup>), l'interprete è chiamato al difficile compito di comprendere il senso dell'art. 345 TFUE, a mente del quale «i trattati lasciano impregiudicati il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Sforzo ermeneutico che si fa ancor più impervio da quando esiste una norma costituzionale eurunionista, l'art. 17 CDFUE, che fornisce una chiara visione di cosa sia la proprietà per il legislatore dell'Unione. Se, però, tutto sommato le norme sovranazionale toccano la proprietà tradizionale, come si vedrà, solo in modo tangente, esiste un già alquanto sviluppato *corpus* normativo concernente gli IPRs, fondato oggi sull'art. 17, co. 2 CDFUE, di talché diviene cruciale risolvere quella che appare come un'antinomia irresolubile fra fonti di pari rango costituzionale. Il riconoscimento dell'IP come proprietà – ciò che sembra d'acchito potersi inferire dalla citata disposizione – potrebbe, per assurdo, portare al risultato di impedire l'ulteriore sviluppo della legislazione europea in materia: se un tempo, come ricorda Annalisa Anchisi Passerin d'Entrèves (<sup>573</sup>), si poteva dire che il principio di neutralità riguardasse solo la proprietà tradizionale e non anche diritto d'autore, brevetti e marchi in virtù della differente natura di questi diritti, oggi questo tipo di argomentazione si mostrerebbe senz'altro più fragile.

Va sin d'ora precisato che la dichiarata neutralità dell'UE nei confronti del diritto di proprietà è una *fictio* pari, *mutatis mutandis*, a quella denunciata da Engels come propria della repubblica democratica, la quale «ufficialmente, non riconosce più alcuna differenza di proprietà» (<sup>574</sup>).

Non si deve pensare che, vista la costituzionalizzazione della Carta *post* Lisbona, proprio

---

<sup>570</sup>TRIMARCHI, *Proprietà ed indennità di espropriazione*, cit., 1056.

571

RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., 127.

<sup>572</sup>D. CARUSO, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, in *European Law Journal*, 2004, VI, 751.

<sup>573</sup>V. A. ANCHISI PASSERIN D'ENTRÈVES, *Diritto d'autore in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, IV, Torino, 1989, 464.

<sup>574</sup>F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato. In relazione alle ricerche di Lewis H. Morgan*, a cura di V. Parlato, Roma, 2006, 205.

l'art. 17 possa costituire un valido fondamento per una legislazione eurunionista dei diritti di proprietà, superando il dato di cui all'art. 345 TFUE. Non va dimenticato, infatti, che la CDFUE «non pretende di attribuire competenze»<sup>(575)</sup>, per cui l'art. 17 non può che operare su un piano diverso rispetto all'evocato principio di neutralità dell'UE nei confronti dei regimi proprietari interni. In particolare, l'art. 6 TUE e l'art. 51 § 2 tengon fermo che le disposizioni della CDFUE non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati; nello stesso senso, con riferimento alla CEDU, l'art. 2 del Protocollo n. 8, relativo all'art. 6, § 2 TUE sull'adesione dell'UE alla CEDU, prescrive che «l'accordo di cui all'articolo 1 [sc. l'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione] deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni»<sup>(576)</sup>. Si tratta di previsioni che vanno lette in combinato disposto con l'art. 51, § 1 CDFUE, a tenore del quale le disposizioni della Carta si rivolgono agli Stati membri soltanto allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione.

Mi preme, sempre a guisa di premessa, notare che il presente discorso è portato avanti primariamente per amore di coerenza sistematica, non potendosi negare che l'art. 345 TFUE «non ha rappresentato in termini realistici un ostacolo per l'Europa nell'adottare provvedimenti in materia di proprietà»<sup>(577)</sup>, compreso un profluvio di sentenze, conseguenza considerata da Argiroffi inevitabile, posta la considerazione della proprietà come diritto fondamentale<sup>(578)</sup>. Si è così ignorata

<sup>575</sup>R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA 2005*, 2006, 27, che riferisce l'affermazione all'art. 53 CDFUE, ma, come dimostrano le *Spiegazioni*, l'affermazione ha portata generale, ivi prevedendosi «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» (lo rammenta da ultimo anche Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 20). Molto chiara, recentemente, Corte eur. giust., 12-7-2012, *Gennaro Currà e altri c. Bundesrepublik Deutschland*, C-466/11, inedita, § 26, in cui si è statuito che ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (v. pure, ad es., Corte eur. giust., 8-5-2013, C-87/12, *Kreshnik Ymeraga e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, inedita, § 40). Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007, 734, rileva che «l'applicazione delle regole di concorrenza in *subiecta materia* [sc. gli IPRs] solleva delicate questioni [...] i DPI conferiscono infatti ai loro titolari facoltà esclusive, tendenzialmente contrarie alle finalità delle regole di concorrenza, ma [...] gelosamente tutelate dalle normative nazionali sulla proprietà intellettuale, la quale rientra nella sfera che il Trattato espressamente fa salva» (l'A. si riferisce, *ivi*, nt. 3, alla disposizione corrispondente al vigente art. 345 TFUE, per cui «i trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»). Come ricorda ANCHISI PASSERIN D'ENTRÈVES, *Diritto d'autore in diritto comparato*, cit., 464, «si pone una questione pregiudiziale relativa alla competenza comunitaria in materia di diritto d'autore [...] Il Trattato istitutivo in proposito tace... la maggioranza della dottrina è a favore [...] però non affronta e non risolve in maniera convincente il problema posto dall'art. 222 del Trattato [oggi art. 345 TFUE]. Se questa norma si riferisse anche al diritto d'autore, essa escluderebbe la competenza comunitaria in materia; però l'interpretazione che comunemente si dà di essa riferisce l'espressione «proprietà» al dominio su beni materiali. La *parentela giuridica* tra quest'ultimo e la proprietà su beni immateriali [...] non giustifica ancora una parità di trattamento sotto questo profilo» (enfasi aggiunta).

576

Su detto Protocollo v., ad es., M.E. GENNUSA, *L'Unione europea e la CEDU: verso l'adesione*, in *Scritti in memoria di Alessandro Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberi e M.P. Viviani Schlein, Milano, 2012, 293 e M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010, 63.

<sup>577</sup>F. MACARIO, Sub Art. 832, in *Della proprietà. Artt. 810-868*, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, 370.

<sup>578</sup>V. ARGIROFFI, *Delle azioni a difesa della proprietà*, cit., 28.

la *ratio* della disposizione in parola che, nota Mario Trimarchi, risiede nella circostanza che la proprietà, istituto «assolutamente centrale nell'esperienza giusciviltistica dell'età moderna, non può essere disciplinato *ex novo* o comunque in modi unitari a livello europeo [...] in presenza di modi (alquanto) diversi di concepire l'istituto nell'ambito dei singoli Paesi»<sup>(579)</sup>. Altrove, però, lo stesso insigne giurista osserva che la disposizione in parola va intesa «nel senso che la materia rimane nella competenza esclusiva degli Stati solo se non ricorrono finalità comunitarie che impongono l'adozione in dati settori di normative europee»<sup>(580)</sup>. Giova ricordare che – come ribadito anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo<sup>(581)</sup> – i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati tutte le volte che una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, al punto che «non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione»<sup>(582)</sup>, per cui anche se l'UE – a interpretar rigorosamente il principio di neutralità – non pare poter introdurre *recta via* una disciplina generale uniforme sul diritto di proprietà<sup>(583)</sup>, in ogni caso, tutte le volte che si verta in materie comunitarizzate, andranno rispettati tutti i diritti fondamentali come riconosciuti nella CDFUE e nella CEDU, compresi, quindi, rispettivamente, gli artt. 17 della Carta e 1 del I Prot. add.

Se, comunque, una riflessione sul principio di neutralità conserva una qualche rilevanza pratica in materia di proprietà tradizionale – considerato, appunto, che allo stato non esiste una disciplina positiva uniforme *in puncto dominii* – quanto, invece, all'IP la trattazione potrebbe avere le sembianze del teoretico puro, considerato che, specialmente a far data dall'entrata in vigore della dir. 89/104 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa, lo sviluppo del diritto europeo degli IPRs non si è mai arrestato. È un truismo che il legislatore UE sia restio a prendere posizione sulle questioni teoriche di base, per cui è probabile che il profluvio legislativo non si arresterà e si continuerà a considerare sufficiente l'appiglio della concorrenza e del

579

M. TRIMARCHI, *I beni e le proprietà*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea* 2, a cura di A. Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXVI, Torino, 2006, 175.

<sup>580</sup>TRIMARCHI, *La proprietà*, cit., 3. Anche G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 78 invita a valorizzare a tal fine il principio di sussidiarietà.

<sup>581</sup>V., *ex plurimis*, Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., §§ 19-23; Corte eur. giust., 15-11-2011, *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, in *Racc.*, 2011, I-11315, § 71; Corte eur. giust., 7-6-2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, C-27/11, inedita, § 58.

<sup>582</sup>Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 21. Non è superfluo, però, riportare la successiva precisazione per cui «quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (§ 29).

<sup>583</sup>E però non sembrano impossibili, a leggere il testo recante la «Adozione definitiva del bilancio generale dell'Unione europea per l'esercizio 2013», interventi finalizzati a «promuovere un clima economico favorevole alle PMI intervenendo a livello dei diritti di proprietà» (il riferimento è a uno stanziamento destinato a coprire azioni di cooperazione nei paesi in via di sviluppo dell'America latina, cap. 19/09/01).

mercato interno. A mio avviso bisogna prendere atto di una patente incoerenza: da una parte l'art. 17 CDFUE e la giurisprudenza europea, come meglio si vedrà, propongono un paradigma proprietario tanto ampio da poter includere senza problemi anche l'IP, dall'altra, ignorando di fatto l'art. 345, dimostrano una considerazione non proprietaria di detto diritto.

Sul punto vale la pena di spendere qualche altra parola. L'apparentemente incompatibile antinomia qui segnalata<sup>(584)</sup> si pone, dopo Lisbona, fra norme entrambe di rango sostanzialmente costituzionale.

Se, come detto, il TFUE escludeva la competenza dell'Unione in materia di proprietà e le Carte dei diritti non hanno ampliato le competenze eurunitarie, come ho avuto modo di scrivere altrove<sup>(585)</sup>, in definitiva, all'Unione sembrerebbero residuare due possibilità: o considerare i diritti sulle opere dell'ingegno alla stregua di vera proprietà (come per taluno indicherebbe un'interpretazione letterale dell'art. 17, § 2 CDFUE), ed allora, conseguentemente, accettare di non avere titolo per intervenire<sup>(586)</sup>, oppure maneggiarli in coerenza con la storia, il fondamento e la natura degli stessi, come diritti strutturalmente limitati<sup>(587)</sup>, il che consentirebbe, fra l'altro, l'ulteriore sviluppo della legislazione europea in materia, nella consapevolezza che «*Kreativität und Innovation brauchen [...] nicht nur Sicherheit gegen unerlaubte Übernahme bzw. Nachahmung, sondern vor allen Dingen Freiraum, in dem sie sich entfalten können*»<sup>(588)</sup>.

È circostanza da adeguatamente valorizzare quella per cui l'art. 345 TFUE, spesso richiamato in giurisprudenza in materia di proprietà<sup>(589)</sup>, quando si tratti, invece, di diritti IP, viene

---

584

ARGIROFFI, *Delle azioni a difesa della proprietà*, cit., 28, segnala l'incongruenza, facendo luce, in particolare, sul rapporto fra art. 345 TFUE e art. 1, I Prot. CEDU.

<sup>585</sup>NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono*, cit., 595.

<sup>586</sup>Nota PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 25-26, che «*die Formulierung eines europäischen Rechtsprinzips der Güterzuordnung, das die mitgliedstaatlichen «Eigentumsordnungen» überwölbt und modifiziert, wäre mit Art. 295 EG wohl kaum in Einklang zu bringen*».

<sup>587</sup>I limiti che incontrano gli IPRs potrebbero essere considerati somiglianti, *mutatis mutandis*, alla funzione sociale ex art. 42 Cost. del periodo del disgelio costituzionale, ma sul punto tornerò più avanti.

<sup>588</sup>A. PEUKERT, *Güterzuordnung und Freiheitsschutz*, in *Geistiges Eigentum. Herausforderung Durchsetzung*, a cura di R.M. Hilty, T. Jaeger e V. Kitz, Berlin-Heidelberg, 2008, 84. Cfr. la più ampia riflessione di ID., *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., spec. 888 s., che persegue l'ambizioso obiettivo di rispondere in modo sistematico – e comprensivo dei «*neue Güter*» – alla domanda «*welche Güter wem, wie und wozu zugeteilt werden*» (ivi, 47).

<sup>589</sup>V. ad es. Trib. eur., 31-1-2007, T-362/04, *Leonid Minin c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2007, II-2003, in tema di congelamento di fondi, in cui si ammette che l'art. 345 TFUE riguarda la proprietà (non il regime giuridico delle imprese), pur precisando che «*altre disposizioni del Trattato conferiscano alla Comunità il potere di adottare misure sanzionatorie o di protezione aventi un'incidenza sul diritto di proprietà dei singoli*» (§ 77); Corte eur. giust., 21-10-1999, C-97/98, *Peter Jägerskiöld c. Torolf Gustafsson*, in *Racc.*, 1999, I-7319, relativa a una controversia fra proprietari di fondi confinanti in merito al diritto di uno di pescare *invito domino* nello specchio d'acqua dell'altro; Corte eur. giust., 18-12-1997, C-309/96, *Daniele Annibaldi contro Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, in *Racc.*, 1997, I-7493, sulla proprietà agraria e Corte eur. giust., 6-11-1984, C-182/83, *Robert Fearon & Company Limited c. Irish Land Commission*, in *Racc.*, 1984, I-3677, sull'espropriazione per pubblica utilità (disciplina appannaggio, secondo la Corte, dei legislatori nazionali; ma l'affermazione è difficilmente coordinabile con quanto poi avvenuto con Corte EDU, *grande ch.*, 29-3-2006, 36813/97, *Scordino c. Italia*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2006-V e, *inter alia*, in *Corr. Giuridico*, 2006, 929,

dichiarato «non pertinente»<sup>(590)</sup> a tali diritti, oppure si dichiara di riferire anche ad essi il principio di neutralità, ma non a caso si finisce sistematicamente per recuperare la competenza dell'Unione tramite l'appiglio della concorrenza, col divieto per gli Stati membri di adottare provvedimenti anti mercato, che resta, per dirla con Francesco Donato Busnelli, il vero Sole del sistema europeo<sup>(591)</sup>.

E allora l'apparente aporia potrebbe essere risolta ammettendo che il senso degli artt. 17, § 2 CDFUE e 1, I Prot. CEDU come interpretati dalle Corti, lungi dall'importare una qualificazione rigorosamente proprietaria degli IPRs, è riconducibile ad un'atecnica riaffermazione della necessità di una tutela forte del diritto, accompagnata ad un'attenzione più per gli aspetti economici, che non per quelli «moralì», nell'ottica dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di diritti IP, al fine di non falsare la concorrenza e rendere possibile la creazione del mercato unico.

Mi è stato fatto notare<sup>(592)</sup> che il rapporto fra l'art. 17 CDFUE e l'art. 345 TFUE, posto che la seconda norma è alquanto vetusta, potrebbe essere risolto secondo le regole della successione delle leggi nel tempo. Ora, pur non contestando il pregio dell'osservazione, mi sembra che non possa essere senza significato che la norma *de qua* fosse stata conservata nella Costituzione europea<sup>(593)</sup> e continua anche in tempi recenti ad essere richiamata da Consiglio<sup>(594)</sup>, Parlamento europeo

---

con nota di R. CONTI, *Espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale «multilivello» alla ricerca dell'Arca*

<sup>590</sup>Mi riferisco a Corte eur. giust., 10-12-2002, C-491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd.*, in *Racc.* 2002, I-11453, § 148, là dove si osserva che la disposizione in esame «non è pertinente per quanto riguarda l'eventuale incidenza della direttiva [sc. la dir. 2001/37] sull'esercizio da parte dei fabbricanti di prodotti del tabacco del loro diritto di marchio su tali prodotti». Cfr. le note di O. FIUMARA, *La nuova normativa comunitaria sulla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco (direttiva 2001/37/CE)*, in *Rass. avv. Stato*, 2002, 34; A. ALEMANNI, *In margine alla sentenza British American Tobacco: continua la saga "Unión de Pequeños Agricultores-Jego-Quéré"?*, in *Dir. UE*, 2004, 183; F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, *ivi*, 2004, 633.

591

Prendo in prestito la metafora usata dal Prof. Francesco Donato Busnelli nella relazione salinese dal titolo «*Il principio di solidarietà, oggi: «una parabola giunta alla fine» o «una riflessione appena agli inizi?»*», che l'insigne A. ha concluso proprio dicendo «il mercato è il Sole e le stelle stanno a guardare». Le sentenze cui mi riferisco sono Trib. eur., 15-11-2001, T-151/01 R, *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2001, II-3295, § 181-182 e Corte eur. giust., 17-10-1990, C-10/89, *SA CNL-SUCAL NV c. HAG GF AG*, in *Racc.*, 1990, I-3711 (c.d. Hag II) in materia di marchio e, quanto al brevetto (in particolare sull'istituzione del certificato complementare), Corte eur. giust., 13-7-1995, C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1995 I-1985 e Corte eur. giust., 18-2-1992, C-235/89, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1992, I-777, § 14.

<sup>592</sup>Il merito dell'osservazione è del Prof. Mario Trimarchi, che al termine della mia relazione al menzionato incontro salinese, mi ha onorato con alcune note a margine delle mie riflessioni.

<sup>593</sup>Nella parte III, titolo VII era stato inserito l'art. 331, a tenore del quale «la Costituzione lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

<sup>594</sup>V., ad es., il *considerando* 134 del reg. n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26-6-2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, a tenore del quale «conformemente all'art. 345 TFUE [...] il presente regolamento non favorisce né discrimina tipi di proprietà che ricadono nel suo ambito di applicazione».



(<sup>595</sup>), Commissione (<sup>596</sup>) e soprattutto Corte di Giustizia (<sup>597</sup>), nonché da altri organismi europei (<sup>598</sup>) e dalla più attenta dottrina (<sup>599</sup>), ciò che in pari tempo destituisce di fondamento anche obiezioni fondate sull'intenzione del legislatore storico (<sup>600</sup>). Fra l'altro, sia pur senza richiamare il principio di neutralità, in un arresto del maggio 2013 (<sup>601</sup>), la Corte di Lussemburgo ha dichiarato la propria manifesta incompetenza in una questione sollevata *ex art. 267 TFUE* dal Tribunale di Tivoli circa l'interpretazione dell'art. CDFUE e dell'art. 1, I prot. CEDU, in combinato disposto con gli artt. 52, § 3 CDFUE e 6 TUE. La normativa italiana coinvolta concerne vincoli urbanistici, in forza dei quali

595

Così, oltre il citato reg. n. 575/2013, la *Relazione* alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2012)335 definitivo, del 21-6-2012) che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria nei procedimenti per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte. *Ivi*, § 1.2, si osserva che «l'articolo 345 del TFUE precisa unicamente che i trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri. I trattati che prevedono la protezione degli investimenti non hanno effetto sul regime di proprietà, ma impongono che le espropriazioni siano soggette a determinate condizioni, consistenti, tra l'altro, nel pagamento di un indennizzo. Di conseguenza, il disposto specifico dell'articolo 345 non implica che l'Unione non abbia competenza per quanto riguarda le norme sull'espropriazione figuranti in accordi per la protezione degli investimenti».

<sup>596</sup>V., ad es., la dec. 2003/778 della Commissione, del 23-7-2003, «relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE», che, al § 122, richiamando in nota l'art. 295 (oggi 345), afferma che «La Commissione prende nota del fatto che negli Stati membri dello SEE non vi è un regime uniforme riguardo la proprietà dei diritti di proprietà degli eventi calcistici, né esiste un regime giuridico comunitario o dello SEE [...] *La questione della proprietà riguarda il diritto nazionale* e la valutazione della Commissione in materia nel presente caso lascia impregiudicata qualsiasi decisione da parte delle giurisdizioni nazionali». V. anche la dec. 2004/393/CE della Commissione, del 12-2-2004, «concernente i vantaggi concessi dalla regione Vallonia e da Brussels South Charleroi Airport alla compagnia aerea Ryanair in relazione al suo insediamento a Charleroi», spec. §§ 154-158.

<sup>597</sup>Così, *ex permultis*, Corte eur. giust., grande sez., 22-10-2013, C-105/12-C-107/12, *Staat der Nederlanden c. Essent NV e a.*, inedita; Trib. eur., 31-1-2007, T-362/04, cit. spec. § 77; Corte eur. giust., 10-12-2002, C-491/01, cit., § 147; Corte eur. giust., 21-10-1999, C-97/98, cit.; Corte eur. giust., 18-12-1997, C-309/96, cit.. Hanno fatto un uso del principio di neutralità fedele alle originarie intenzioni del legislatore Trib. eur., 28-2-2012, T-268/08 e T-281/08, *Land Burgenland e Austria c. Commissione*, inedita, là dove, richiamando il § 403 della XXIII relazione sulla politica di concorrenza, ha osservato che «l'articolo 222 [CE] lascia impregiudicato il regime di proprietà delle imprese. Pertanto, gli aiuti per facilitare le privatizzazioni non possono beneficiare in quanto tali di una deroga al principio fondamentale di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune» (§ 62) e Corte eur. giust., 21-12-2011, C-271/09, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, inedita, § 44, ove si è statuito che «secondo costante giurisprudenza, detto articolo [sc. l'allora art. 295, oggi 345] non ha l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali posti dal Trattato [...] ancorché le somme possedute dai FOPA ed investite dalle PTE devono essere qualificate come risorse pubbliche, l'art. 295 CE non può esentare la Repubblica di Polonia dal rispetto delle regole relative alla libera circolazione dei capitali», ma v. anche Corte eur. giust., 20-3-1985, C-41/83, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1985, I-873 e Corte eur. giust., 14-11-1984, C-323/82, *SA Intermills c. Commissione delle Comunità europee*, *ivi*, 1984, I-3809

<sup>598</sup>V., ad es., il parere del 18-7-2013 del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Il potenziale economico inesplorato della competitività dell'UE" — riforma delle imprese pubbliche, nt. 1, in cui si specifica che l'art. 345 TFUE «specifica che l'UE è neutra rispetto alla natura pubblica o privata degli azionisti dell'impresa, lasciando appunto impregiudicato il regime di proprietà degli Stati membri».

<sup>599</sup>Cfr., ad es., l'ampia riflessione di PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 25 e *passim*.

<sup>600</sup>È noto a tutti, infatti, che la volontà del legislatore storico, nell'inserire l'allora art. 222, era di non impingere le scelte nazionali in ordine alla proprietà, pubblica o privata, delle imprese (l'origine risale alla c.d. Dichiarazione Schuman del 9-5-1950, transitata nel TCE per il tramite dell'art. 83 TCECA). Ritengo, però, che un'impostazione ermeneutica che oggi valorizzi oltremodo il ricordato canone, senza dar conto del modo in cui la disposizione abbia, poi, effettivamente vissuto nel formante giurisprudenziale e, più in generale, nella pratica giuridica, sia epistemologicamente debole. Peraltro, sebbene, come visto, in alcune decisioni la Corte di Giustizia richiami il principio di neutralità con riferimento alle imprese, nei fatti lo pone sistematicamente in non cale con la precisazione costante che esso non può in alcun modo «giustificare ostacoli alle libertà previste dal Trattato» (v., *ex*

non è possibile dopo l'approvazione della variante al P.R.G. frazionare determinati immobili, con connesso divieto di alienazione di frazioni degli stessi<sup>(602)</sup>. Così, sulla scorta dell'art. 51 CDFUE e 6 TUE – che, come ricordato, chiariscono che le previsioni della Carta non ampliano le competenze dell'Unione – si conclude che, trattandosi di una normativa tipicamente proprietaria qual è quella urbanistica «da nessun elemento della decisione di rinvio risulta quindi che il procedimento principale riguardi una normativa nazionale che attua il diritto dell'Unione»<sup>(603)</sup>.

In conclusione, se l'art. 345 non costituisce più, se mai ha costituito, un argine alla legislazione europea IP, non lo stesso sembra potersi dire quanto alla proprietà tradizionale, per quanto vada dato atto che la giurisprudenza europea, in un'interpretazione formalistica che ha valorizzato il canone della volontà del legislatore, tenda ormai ad applicare il principio di neutralità, non tanto al *dominium*, quanto, piuttosto, all'impresa (per poi, tra l'altro, disapplicarlo quasi sistematicamente in nome delle esigenze concorrenziali). Non mi è dato sapere se a Bruxelles qualcuno abbia letto le *Riflessioni sul tema dell'impresa* di Nicolò<sup>(604)</sup>, ma a me sembra che l'identificazione della proprietà nell'impresa sia dovuta, più che a raffinate proposte dommatiche, da una parte, all'ampiezza (e, nei termini di cui si dirà, semplicità) del paradigma proprietario europeo, dall'altra al ruolo dell'impresa di un sistema di cui la concorrenza costituisce l'alfa e l'omega. Per ora

---

*permultis*, Corte eur. giust., 21-12-2011, C-271/09, cit., § 44; Corte eur. giust., 8-7-2010, C-171/08, *Commissione c. Repubblica portoghese*, in *Racc.*, 2010, I-6817, § 33; Corte eur. giust., 13/05/2003, C-463/00, cit., § 67 e Corte eur. giust., 5-6-2002, C-367/98, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*, in *Racc.*, 2002, I-4731, § 48; Corte eur. giust., 21-3-1991, C-305/89, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1991, I-1603), ciò che costituisce, in pari tempo, conferma della bontà della tesi di NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, cit., 575, per cui la concorrenza è il nucleo di ciò che rimane della funzione sociale della proprietà europea. Sull'origine della disposizione in esame v. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., 126, nt. 3; A. GARDELLA, *Sub Art. 295*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2004, 1312 e D. VIGNES, *Sub Art. 222*, in *Dispositions générales et finales*, a cura di J.-L. Dewost et al., in *Le Droit de la Communauté économique européenne. Commentaire du Traité et des textes pris pour son application*, diretto da J. Megret et al., XV, Bruxelles, 1987, 421.

601

Corte eur. giust., 30-5-2013, C-106/13, *Francesco Fierro e Fabiana Marmorale c. Edoardo Ronchi e Cosimo Scocozza*, inedita.

<sup>602</sup>Il giudice del rinvio ha esposto che l'art. 33, l.n. 1150/42 consente ai comuni di regolamentare l'esercizio delle trasformazioni edilizie e urbanistiche nell'ambito del territorio comunale, secondo i principi generali contenuti, in primo luogo, nella predetta legge, in secondo luogo, nell'art. 1, l.n. 10/1977, norme per la edificabilità dei suoli, in terzo luogo, nelle diverse leggi adottate dalle regioni e, in quarto luogo, nel d.P.R. n. 380/2001, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. In particolare, il legislatore italiano ha previsto la possibilità, per i comuni, di disciplinare attraverso diversi strumenti urbanistici la pianificazione territoriale, ivi compresa l'adozione di piani regolatori e le relative norme di attuazione. L'art. 13 delle norme tecniche di attuazione della variante generale al piano regolatore del Comune di Zagarolo, adottate nel 2007, non prevede la frazionabilità in più unità immobiliari nel periodo successivo all'adozione delle suddette norme. Il Tribunale di Tivoli, prima di pronunciarsi sulla domanda di declaratoria di nullità del preliminare per mancanza dell'oggetto, ritiene necessario interrogare la Corte circa la conformità al diritto dell'Unione della normativa italiana che osterebbe al pieno esercizio del diritto di proprietà consentendo un'ingerenza dei pubblici poteri consistente nel limitare la possibilità di modificare un immobile, precludendone la successiva alienazione.

<sup>603</sup>Corte eur. giust., 30-5-2013, C-106/13, cit., § 13.

<sup>604</sup>NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze della moderna dottrina del diritto civile*, cit., 177 e spec. 190.

basta così, ma più avanti si vedrà come il principio di neutralità possa giocare un ruolo importante nella collisione fra le costituzioni economiche europea e italiana.

### ***3.3. L'ultima Carta dei diritti fra individualismo e omnivoria***

Il sistema della tutela dei diritti fondamentali in Europa è assai complesso, in quanto incentrato sul perenne lavoro di due Corti e avente un almeno triplice armamentario giuridico, costituito da CDFUE, CEDU e principi generali. Come notato con esemplare chiarezza dalla Corte costituzionale in un recente arresto (<sup>605</sup>), ognuna delle tre fonti, fermo un continuo processo di azione e retroazione, assolve ad una propria funzione. Il riconoscimento alla CDFUE di un valore giuridico uguale a quello dei Trattati mira, in ispecie, a migliorare la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del sistema dell'Unione, ancorandola a un testo scritto, preciso e articolato. Sebbene la Carta «riafferm[i]», come si legge nel quinto punto del relativo preambolo, i diritti derivanti (anche e proprio) dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU, il mantenimento di un autonomo richiamo ai «principi generali» e, indirettamente, a dette tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU, si giustifica – oltre che a fronte dell'incompleta accettazione della CDFUE da parte di alcuni degli Stati membri (<sup>606</sup>) – anche al fine di garantire un certo grado di elasticità al sistema. Si tratta, cioè, di evitare che la Carta cristallizzi i diritti fondamentali, impedendo alla Corte di giustizia di individuarne di nuovi, in rapporto all'evoluzione delle fonti indirettamente richiamate. A sua volta, la prevista adesione dell'Unione alla CEDU rafforza la protezione dei diritti umani, autorizzando l'Unione, in quanto tale, a sottoporsi a un sistema internazionale di controllo in ordine al rispetto di tali diritti.

Cionondimeno, come anticipato nei prolegomeni, prioritaria attenzione verrà dedicata alla CDFUE, non solo perché mi sembra una strada meno battuta, ma anche perché, allo stato, posto che l'Unione non ha ancora aderito alla CEDU (<sup>607</sup>), quello firmato a Nizza è l'unico catalogo di diritti

<sup>605</sup>

Corte cost., 11-3-2011, n. 80, cit.

<sup>606</sup>V., in particolare, il Protocollo al Trattato di Lisbona sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito.

<sup>607</sup>Oltre alle decisioni già citate, mentre stavo ultimando il mio lavoro è stata depositata Cass., 4-12-2013, n. 27108, inedita, che ricostruisce con esemplare nitore lo stato dell'arte, per cui mi permetterò di riportarne un non breve stralcio: bisogna tener fermo «1) che l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, prevista dal Trattato di Lisbona del 13-12-2007 (ratificato e reso esecutivo con L. 2 agosto 2008, n. 130, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea) non è ancora avvenuta; 2) che il richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 dell'art. 6 del Trattato secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione "e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" - evoca una forma di protezione già esistente, così da rendere tuttora valide le argomentazioni sulla impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, "di far derivare la

propriamente eurunionista, strumento privilegiato della Corte di Giustizia, come dimostrato dal recentissimo caso *Åklagaren*, in cui, dopo aver ricordato che la CEDU non costituisce un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione, si conclude che «il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»<sup>(608)</sup>, evidenziando, così, un netto iato fra diritto convenzionale e diritto eurunionista<sup>(609)</sup>.

Provare ad affrontare il nobile tema dei diritti fondamentali o quello in auge della tutela multilivello, mi porterebbe a violare i doveri di sintesi imposti dalla sede. Mi limito quindi a

---

riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost., dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come principi generali del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione)"; 3) che tale rilievo si estende anche alla restante fonte di tutela e cioè alla Carta dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza), il cui presupposto di applicabilità è "che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo ... e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto"; 4) che, in definitiva, rimane ancora valida l'impostazione teorica che adduce l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost., dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come "principi generali" del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione); 5) che tale impostazione non è messa in crisi dalla sostituzione della locuzione "rispetta" (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione "fanno parte" (del nuovo testo dello stesso art. 6); infatti, come affermato dalla sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia - che la statuizione in esame è volta a recepire - era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero "parte integrante" dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto».

<sup>608</sup>Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 44 e la giurisprudenza interna quasi unanime a far data dalle sentenze gemelle Corte cost. 24-10-2007, n. 348, in *Riv. giur edilizia*, 2008, I, 184 e Corte cost., 24-10-2007, n. 349, in *Urbanistica appalti*, 2007, XII, 1499. Si registra, comunque, un orientamento, specialmente nella giurisprudenza amministrativa, ove si sostiene la già piena comunitarizzazione della CEDU. V., in tal senso, Cons. Stato, 2-3-2010, n. 1220, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, V, 533 e T.A.R. Lazio Roma, 18-5-2010 n. 11984, in *Urbanistica appalti*, 2010, XII, 1477, con nota di CONTI che, con grande chiarezza, ha statuito che «le norme della Convenzione, immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione in forza del diritto comunitario, determinano a carico del giudice nazionale l'obbligo di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno». Ma v., oggi, T.A.R. Lazio Roma, 10-6-2013, n. 5807, inedita, che, tornando sui suoi passi e adeguandosi alla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, statuisce che «la CEDU, come gli altri trattati internazionali, rientra nel campo di applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost., che nell'imporre al legislatore ordinario l'obbligo di rispettare gli "obblighi internazionali", implica che la norma nazionale incompatibile con la CEDU si ponga in violazione di tale parametro costituzionale», inferendone che «non crea quindi un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce norme giuridiche direttamente applicabili negli Stati contraenti, stante l'impossibilità di una sua assimilazione al diritto comunitario e l'impossibilità di attribuire alle norme convenzionali l'effetto diretto nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto» (così anche, *ex plurimis*, T.A.R. Lazio Roma, 10-4-2013, n. 3629, inedita; T.A.R. Lazio Roma, 10-4-2013, n. 3625, inedita; T.A.R. Lombardia Milano, 9-4-2013, n. 877, inedita e T.A.R. Lazio Roma, 18-3-2013, n. 2732, inedita). Il superamento del precedente orientamento non toglie, ovviamente, che «deve considerarsi consacrato il principio per cui i diritti sanciti dalla C.e.d.u. sono tutelabili, quali principi generali del diritto comunitario, di fronte agli organi comunitari e a quelli degli stati membri» (Trib. Brindisi Ostuni, 3-4-2012, cit.).

<sup>609</sup>Circa la CDFUE, infatti, Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 45, statuisce che «per quanto riguarda [...] le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

rinvia agli studi della più sensibile dottrina e a rilevare, con particolare riferimento a detta tutela ad opera della Corte di Giustizia, che ogni entusiasmo circa la presenza di un giudice europeo dei diritti – funzionale solo, a mio parere, a placare le tensioni antieuropeiste culminate nel notissimo *dictum* Solange<sup>(610)</sup> e nella teoria italiana dei controlimiti<sup>(611)</sup> – va realisticamente frenato, se è vero, e lo è, che vengono considerati fondamentali solo i diritti «compatibili col mercato, ovvero con la filosofia mercantile che ha dato vita al Mercato Comune»<sup>(612)</sup>, come conferma la formula sibillina dell'economia sociale di mercato, introdotta dal Trattato di Lisbona nell'art. 3 § 3 TUE, che «se per un verso, restituisce lo scettro all'impresa e al profitto, negando in radice e programmaticamente, la pensabilità stessa di interessi antagonisti, per altro verso recupera, dalla stagione precedente, l'idea che buone performance del sistema richiedano una qualche forma di disciplinamento delle attività economiche»<sup>(613)</sup>.

<sup>610</sup>Si tratta dell'arcinota BVerfG 37, 271, c.d. Solange I, del 29-5-1974, che, come ricorda S. MANGIAMELI, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008, 34, ha stabilito che, fintantoché non si fosse conseguito un livello di tutela dei diritti fondamentali pari a quello riconosciuto ai propri cittadini dal *Grundgesetz*, il contrasto tra diritto comunitario e diritto interno si sarebbe composto con la prevalenza delle garanzie costituzionali domestiche e il *Bundesverfassungsgericht* avrebbe potuto fare assoggettare al *Normenkontrollverfahren* anche gli atti comunitari. I principi sono stati ribaditi e chiariti da BVerfG 73, 339 (c.d. Solange II del 22-10-1986), anche in *NJW*, 1987, 577. A. SANDULLI, *I rapporti tra diritto europeo ed internazionale. Il caso Kadi: un nuovo caso Solange?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, V, 1088, nota che in Corte eur. giust. 3-9-2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2008, I-6351, con una costruzione che rammenta il caso Solange, l'Avvocato generale risolve in senso positivo la questione della giurisdizione del Corte, sul rilievo che le relazioni tra diritto internazionale e l'ordinamento europeo devono essere governate dalle basi costituzionali di quest'ultimo. Tale indirizzo, tuttavia, non deve condurre a posizioni di chiusura e di separazione, ma preludere ad un «dialogo competitivo» tra ordinamenti domestici e diritto internazionale, nonché tra Corti.

<sup>611</sup>V. Corte cost. 27-12-1973, n. 183, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, 508, il cui passaggio centrale va riportato integralmente, anche in quanto specchio di un tempo che appare oggi remoto: «la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dell'art. 189 del Trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economici, ossia a materie in ordine alle quali la Costituzione stabilisce bensì una riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 Cost. sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini, - possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un *inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali». Ho parlato di tempo remoto, come ovvio, con riferimento all'illusione che mai le norme comunitarie avrebbero potuto incidere sui rapporti civili, etico-sociali e politici. Merita segnalare che la teoria dei controlimiti non risulta essere stata abbandonata, come dimostra Cass., 18-2-2000, n. 1858, inedita; Corte cost. 18-12-1995, n. 509, in *Giust. civ.*, 1996, I, 647; Corte cost., 31-3-1994, n. 117, in *Giur. it.*, 1995, I, 193, con nota di A. CELOTTO; C. Conti, 15-6-1993, n. 98, in *Cons. Stato*, 1991, II, 179; Corte cost., 21-4-1989, n. 232, in *Impresa*, 1989, 1402. Per un recente contributo in materia v. N. PICARDI, *Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, V, 1154, destinato agli studi in onore di Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ove, fra l'altro, si fa riferimento all'adozione della teoria dei controlimiti anche da parte delle Corti costituzionali spagnola, polacca e tedesca (spec. *ivi*, 1157, nt. 23). Per CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., 286, è solo in forza di un'interpretazione letterale dell'art. 53 CDFUE che si può ritenere che la Carta abbia legittimato la teoria dei controlimiti.

<sup>612</sup>P. PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, cit., 333.

<sup>613</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 38. Ma già oltre un decennio fa PERLINGIERI, *Individualismo e*

Anche sulla CDFUE sono già stati versati fiumi di inchiostro, ma indelebili sono rimaste, soprattutto, le parole vergate sul tema da Angelo Falzea e Paolo Grossi.

Il Decano dei civilisti, per parte sua, guarda alla Carta anzitutto come il preannuncio di un evento storico: la «aggregazione politica e giuridica degli Stati dell'Unione nella forma istituzionale di una *universitas populorum*, preludio diretto della forma ultima di una loro *societas vel conjunctio*»<sup>614</sup>). La considerazione dei diritti fondamentali come volano per l'unificazione si lega, poi, alla notazione della loro superiorità gerarchica, tale da condizionare la legittimità dell'intero ordinamento europeo e porsi come «Tavola dei principi fondamentali della Nuova Europa»<sup>615</sup>). Un ulteriore piano di lettura è costituito dalla questione se la Carta, in materia di diritti umani, costituisca un progresso o un regresso. Secondo l'insigne giurista, «la presenza di avanzamenti

---

*personalismo nella Carta europea*, cit., 334, poteva scrivere che, per quanto la socialità abbia fatto il suo ingresso sullo scenario eurunionista, essa «finisce con l'essere considerata positivamente se compatibile con la logica mercantile». M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 9 e già ID., *A « highly competitive social market economy » as a founding element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza mercato*, 2011, 498, pone in luce la coscienza della non autosufficienza del mercato e che determinati bisogno possono essere soddisfatti mercé beni pubblici e altri bisogni solo attraverso mercati regolamentati. Osserva, poi, E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, V, 665-666, «l'adesione alla formula coniata da Alfred Müller Armack dell'economia sociale di mercato è vista come il segno di un'evoluzione rispetto alla visione ordoliberalista, motivata dall'esigenza di coniugare i benefici effetti del mercato regolamentato con le politiche sociali, sul presupposto del riconoscimento della bontà, ma anche dei *limiti*, di tale mercato [...] l'utilità sociale riemerge e va difesa anche nella prospettiva europea attraverso la formula dell'economia sociale di mercato, che conferma l'intramontabile problema della coesistenza fra interesse individuale e generale e la tutela prioritaria della persona, rilanciando l'esigenza di rinnovati sforzi politici e legislativi tesi a risolvere l'attuale crisi finanziaria e a governare la più complessa dialettica istituzionale sottesa al nuovo quadro europeo». La bibliografia sul tema è vastissima, mi limito a segnare gli importanti contributi di C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Persona mercato*, 2011, I, 27; VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali*, cit., 630 e A. MUSTO, *Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona: sintesi critica di un seminario fiorentino*, in *Persona e merc.*, 2011, II, 147, che, fra l'altro, riporta il pensiero formulato da P.G. MONATERI nella sua relazione al seminario fiorentino tenutosi a Palazzo Strozzi il 14-3-2011, appunto su *Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona*: l'accento cade sull'uso del «termine *social* e non già *socialist*, volendo in tal modo segnare un evidente solco differenziale rispetto alla socialdemocrazia occidentale, al comunismo, così come alla Scuola austriaca». Di economia sociale di mercato si è parlato, in effetti, anche con riferimento al modello italiano come prefigurato dai Padri costituenti, ma mi pare che la perifrasi sia da intendersi in modo diverso (o, comunque, si sia realizzata in modo affatto differente). In particolare, come scritto da U. MATTEI, *Le ragioni di una giornata di studio*, in *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà, Roma, 2010, «l'esperienza costituzionale della Repubblica italiana non è come l'esperienza costituzionale di qualsiasi altro Stato. L'Italia, nel grande compromesso del 1948, ha fatto una scelta di economia mista e di economia sociale di mercato, cioè ha fatto una scelta intermedia tra il modello socialista, e quello liberale. Tale scelta intermedia si concretizza nel tentativo di elaborare un governo democratico dell'economia, per l'appunto, tramite strumenti misti capaci di dar soddisfazione anche alla nostra avanzata carta di diritti sociali».

614

A. FALZEA, *Osservazioni introduttive*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., 196. L'A. illumina, poi, le ragioni della differenza di reazioni suscitate dall'approvazione della CEDU e della CDFUE, entusiastiche le prime, scettiche e timorose le seconde: la CEDU «poneva le basi di un processo aggregativo, fino a quel momento neppure iniziato, dei paesi europei ancora profondamente sofferenti per gli esiti della seconda guerra mondiale; mentre oggi, dopo oltre un cinquantennio di progressi unificanti, la Carta si presenta come la struttura etico-giuridica portante di quella fase avanzata dell'unificazione europea nella quale il rafforzamento istituzionale dell'aggregazione porta ad un ulteriore e più radicale affievolimento della sovranità degli Stati membri e questa, trasformandosi in sovranità limitata, vede ergersi sopra di sé la sovranità di un'Unione sovranazionale» (*ivi*, 198).

<sup>615</sup>*Ivi*, 198.

anche ardimentosi da una parte e di appannamenti anche oscurantisci dal verso opposto»<sup>(616)</sup>, si spiega alla luce del contesto in cui è stata approvata la Carta – affatto diverso da quello della DUDU o della CEDU – e soprattutto in considerazione del criterio primario scelto dalla Convenzione Herzog, di proclamare valori comuni «nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei come aspetti irrinunciabili della identità nazionale degli Stati membri»<sup>(617)</sup>. Il pericolo di un abbassamento di tutela è posto fuori gioco, a ben guardare, dalla clausola di sussidiarietà di cui all'art. 53 CDFUE<sup>(618)</sup>, a tenore del quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri». Mi preme, però, porre l'accento sul fatto che manca – e forse sarebbe stato ingenuo attendersela – una clausola di salvaguardia degli ordinamenti interni da una tutela troppo penetrante dei diritti fondamentali. L'infoltirsi dei ranghi di siffatti diritti e la loro elevazione a veri e proprio valori – ciò che si è registrato anche in materia di proprietà – non può non allarmare chi abbia coscienza della circostanza che la tirannia dei valori e la sete dei diritti non può che produrre il deserto di questi ultimi, se non altro di quelli sociali. È da dire, cionondimeno, che non sarebbe del tutto peregrino interpretare la perifrasi «limitativa o lesiva» per inferirne che la Carta non solo non può limitare i diritti soggettivi interni, ma neanche lederli, nel senso di imporne un'applicazione difforme dalla struttura di detti diritti come intesa nelle tradizioni costituzionali degli Stati. Da ciò si potrebbe, con ulteriore e non scontato passaggio, dedurre che, poiché nella tradizione italiana v'è la funzione sociale e considerato che essa è un carattere specifico e ineliminabile della struttura della proprietà, allora non potrebbero affermarsi, in forza della CDFUE, interpretazioni tali da porre in non cale la specificità in parola. In contrario avviso è da rilevare che: i. Questa proposta ermeneutica non è mai stata fatta propria dalla giurisprudenza; ii. La giustizia costituzionale non ha sinora nitidamente chiarito che cosa sia l'identità costituzionale; iii. La concreta evoluzione avutasi in materia di espropriazione per pubblica utilità e accessione invertita, di cui più avanti si dirà, dimostrano che la funzione sociale, se esiste ancora, non caratterizza più la struttura del diritto. È vero, coi dovuti *caveat*<sup>(619)</sup>, che l'arretramento che emerge specialmente da un approccio analitico alla Carta è

---

<sup>616</sup>Ivi, 199.

<sup>617</sup>Ibidem.

<sup>618</sup>Secondo A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Milano 6/7-6-2008, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 11, la norma racchiusa nell'art. 53 individuerrebbe addirittura una *Grundnorm* consistente “nella ricerca e conseguente applicazione della disciplina idonea ad appagare nel modo più intenso diritti fondamentali: non importa, poi, qual è l'ordinamento che l'appresta”.

<sup>619</sup>Quello che Falzea considera un punto di forza – la clausola di rinvio alle legislazioni nazionali – può costituire anche, e a mio avviso principalmente, un punto di debolezza (v. sul punto anche R. DAHRENDORF, *The Constitution of Europe*, 9-7-2004, <http://www.project-syndicate.org/commentary/the-constitution-of-europe>, che lo considera uno dei punti di ambiguità della CDFUE). Esempio sul punto mi è parsa la vicenda del matrimonio fra persone dello stesso sesso come affrontata da Corte cost. 15-4-2010, n. 138, in *Famiglia dir.*, 2010, VII, 653. In

«integrabile e persino surrogabile con le normative nazionali e internazionali»<sup>(620)</sup>, ma allora la questione è a monte e concerne cosa si debba intendere per arretramento e per progresso, una questione escatologica che sarebbe un fuor d'opera qui anche solo intersecare<sup>(621)</sup>. V'è poi un punto connesso, che tratto brevemente ora, quantunque non sia oggetto della riflessione di Falzea qui ripercorsa. È il tema dell'abuso del diritto *ex art. 54 CDFUE*, che non consente di porre in essere atti o attività che mirino alla «distruzione dei diritti e delle libertà» come riconosciuti dalla Carta o a imporre loro limitazioni più ampie di quelle contemplate. Anche a prescindere dalla vaghezza dell'istituto dell'abuso e da altre possibili obiezioni<sup>(622)</sup>, il problema di una tutela troppo penetrante non è risolto, anzitutto, perché non ogni eccesso di protezione consiste in una distruzione di altri diritti fondamentali, ma in secondo luogo – e in termini dirimenti – non si può non essere consapevoli della impossibilità di operare un bilanciamento là dove tutti i diritti sono considerati fondamentali. Infatti, la retorica dei diritti umani ha portato, mi vien da dire, a una disumanizzazione degli stessi, i quali sono divenuti onnivori o, come scritto efficacemente da Anna Pintore, insaziabili<sup>(623)</sup>. Lo stesso Grossi, nel dare *apertis verbis* ragione alla nota cultrice della teoria generale del diritto, precisa che «quel che è particolarmente ostico accettare e che pesa

---

particolare, a fronte della posizione tenuta dal giudice rimettente, il Tribunale di Venezia, che osservava come la CDFUE sancisca i diritti al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), a sposarsi e a costituire una famiglia (art. 9), a non essere discriminati (art. 21), collocandoli tra i diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Consulta conclude che «l'art. 9 della Carta (come, del resto, l'art. 12 della CEDU), nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Si deve aggiungere che le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione), con riferimento al detto art. 9 chiariscono (tra l'altro) che «L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso» [...] ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento».

<sup>620</sup>Ivi, 201.

621

Mi piace, però, riportare alcuni stralci tratti da I. WALLERSTEIN, *Il capitalismo storico. Economia politica e cultura di un sistema-mondo*, Torino, 1985, come citato da P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003, 44: «i processi attivati all'espansione dell'economia-mondo-capitalistica – la periferizzazione delle strutture economiche, la creazione di strutture statali deboli forzatamente inserite in un sistema interstatale – hanno comportato una quantità di pressioni al livello della cultura: l'evangelizzazione cristiana, l'imposizione delle lingue europee, l'acquisizione di particolari tecnologie, il cambiamento nei codici legislativi. Molti di questi cambiamenti furono realizzati *manu militari* [...] si tratta di quel complesso di processi che talvolta definiamo 'occidentalizzazione', o in modo perfino più arrogante 'modernizzazione'».

<sup>622</sup>È stato correttamente notato come l'abuso del diritto *ex art. 54 CDFUE* ha ben altri campi elettivi di applicazione: «attività ed atto implicano l'esercizio di un'impresa e sono innegabilmente riferibili all'autonomia privata e al diritto contrattuale» (G. ALPA, in Id.-S. Mazzamuto, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, cit., 263, che rinvia a S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 95)

<sup>623</sup>A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, II, 13 e ora in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di L. Ferrajoli, Roma-Bari, 2001, 179, ha preso in prestito l'espressione da A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1996-1997, 417. L'A. critica serratamente «la tendenza a fare dei diritti uno strumento *insaziabile*, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale di cui li facciamo scaturire». Cfr. anche, fra gli altri, L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2007, citato in D. SHELTON (a cura di), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, 55.



negativamente sulla 'Carta' è piuttosto la visione del diritto come cemento e corazza del soggetto, una visione isolante che lo ipertrofizza e anche lo deforma» (624). Il diritto, infatti, va «còlto come situazione di relazione, immerso nella storicità del sociale e sottratto a quella metastoria immobile dove lo situa la visione isolazionistica» (625): inserire il diritto in un tessuto di doveri non è una scelta da giudicare con le lenti dell'etica, in quanto «è il contrappunto con i doveri che relativizza ma concretizza la situazione, appunto la storicizza, la immerge nella società» (626). L'assenza di una consimile dialettica è uno dei punti deboli più vistosi dell'intera CDFUE. Se già il diritto di proprietà, per sua natura (essendo difficilmente pensabile senza il *ius excludendi alios*), tende a sottrarsi alla sfera relazionale, elevarlo – impropriamente e antistoricamente (627) – a diritto fondamentale di libertà produce effetti ancor più esiziali rispetto ad altri diritti nei quali il profilo relazionale è genetico. Resta vero, insomma, che «*the rights we have called fundamental can be no more than prima facie rights: the rights that in the end people have, their final rights, must result from compromises between their initially conflicting rights*» (628). Altrimenti ci collochiamo fuori dalla storia e non v'è chi non veda cosa significhi una Carta acronica, memori del fatto che «la concezione fascista della storia è necessariamente antistoricista» (629).

Tornando e concludendo sulla lezione di Falzea, il Maestro dimostra, ancora una volta, una non comune sensibilità per le sfide del futuro, segnatamente là dove avverte che «i rapporti umani globali fruiscono dei benefici della extraterritorialità ma subiscono anche i rischi dell'autonomia e dell'anomia» (630) e spiega l'inadeguatezza dei rimedi sinora apprestati con l'assenza di un aggancio territoriale di tali rapporti. E allora la Carta va salutata positivamente, per il fatto di favorire la territorializzazione dell'Unione e, con essa, la base per una tutela globale di diritti globali (631).

---

<sup>624</sup>GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., 248.

<sup>625</sup>*Ibidem*.

<sup>626</sup>*Ibidem*.

627

Cfr. M. COMPORI, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 5, che disapprova lo *shift* sia perché è improprio e antistorico l'inserimento della proprietà fra le libertà, sia perché i diritti fondamentali dell'uomo sono solo quelli di natura personale, e non già quelli di natura patrimoniale».

<sup>628</sup>J.L. MACKIE, *Can There Be a Right-Based Moral Theory*, in *Theories of Rights*, a cura di J. Waldron, Oxford, 1984, 177.

<sup>629</sup>PARTITO NAZIONALE FASCISTA, *La dottrina del fascismo. Dagli scritti e discorsi del Duce*, Roma, 1936, 47. Si trattava, come noto, di una concezione antistorica eclettica, con elementi di futurismo ed elementi di darwinismo. Giova precisare che il darwinismo storico non fu proprio solo del fascismo, né darwinismo fu sempre sinonimo di antistoricità, come dimostrato nel bel saggio di F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità. "La nuova tendenza" di Giuseppe Vadalà-Papale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, 583.

<sup>630</sup>FALZEA, *Osservazioni introduttive*, cit., 202.

<sup>631</sup>In una sferzante critica al nuovo totalitarismo fondato sull'esaltazione della libertà individuale e caratterizzato dalla lotta alla burocrazia e all'invasione dello Stato, P. BEVILACQUA, *Elogio della radicalità*, Roma-Bari, 2012, conclude scrivendo «l'incapacità di articolare la proposta politica sulla stessa scala in cui si muovono le potenze capitalistiche, vale a dire la scala del mondo, rende impotente e mutilo ogni progetto alternativo, lo rende impensabile. I materiali per l'egemonia oggi si raccolgono anche in questo immenso e sguarnito campo

Venendo, quindi, a Grossi, la sua visione critica è già in parte emersa nella superiore sommaria rilettura dei *Trent'anni di pagine introduttive*. Qualche cosa, però, resta da precisare. Anzitutto, va accolto convintamente l'invito a bandire facili entusiasmi e ingigantimenti: l'unico modo intellettualmente onesto di difenderla è operarne «quella riduzione che è pretesa dalla sua reale consistenza storica»<sup>(632)</sup>. Ciò vuol dire, per prima cosa, non dimenticare l'origine storica della CDFUE, ovvero quel Consiglio di Colonia che, nel giugno 1999, diede avvio ai lavori della Convenzione Herzog affinché «*the fundamental rights applicable at Union level should be consolidated in a Charter and thereby made more evident*»<sup>(633)</sup>. E codesta intenzione, letta in combinato disposto con le laboriose mediazioni avutesi in seno alla Convenzione, rende del tutto comprensibile il carattere, per così dire, minimale della Carta. Un documento che non fu scritto per divenire una Costituzione, ma che, va detto, di fatto lo è divenuto, ciò che mal si concilia col suo carattere – mutuando le parole di Santi Romano sulle Costituzioni ottocentesche<sup>(634)</sup> – di indice incompleto oggetto di acritici panegirici. Insomma, una carta d'identità. Ci si può chiedere, però, se essa sia effettivamente in grado di esprimere una reale identità europea. Se la riflessione assume come parametro la nostra tradizione, le conclusioni sono non molto confortanti. Come conseguenza, infatti, del già ricordato confronto ideologico autenticamente plurale, «nella Costituzione nostra i protagonisti del proscenio giuridico si infoltiscono»<sup>(635)</sup>: accanto, meglio al posto, dello Stato e dell'*homo oeconomicus*, la persona e la società avvinti in un vincolo solidaristico, «non più soltanto la libertà individuale astratta che arriva a premiare unicamente l'abbiente, ma altresì quella libertà collettiva che fornisce al nullatenente una dignità non declamata e verbale ma effettiva»<sup>(636)</sup>. Una Carta, in conclusione, paleo-liberale, «nata vecchia [...] ultimo anello d'una catena troppo lunga»<sup>(637)</sup>.

---

organizzativo» (*ivi*, 168).

<sup>632</sup>GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, cit., 248.

<sup>633</sup>COLOGNE EUROPEAN COUNCIL, *Presidency Conclusions*, 3/4-6-1999, § 44 (consultato all'indirizzo [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ec/kolnen.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/kolnen.htm)).

<sup>634</sup>

S. ROMANO, *Le prime Carte costituzionali. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Modena*, Modena, 1907, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 164.

<sup>635</sup>GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, cit., 253.

<sup>636</sup>*Ibidem*.

<sup>637</sup>*Ibidem*.

Fra i *puncta dolentes*, in particolare, spicca un pervasivo individualismo, marcato dal ritornello «ogni individuo...»<sup>(638)</sup> ed emergente dal poco spazio lasciato ai diritti sociali e alla dimensione collettiva del soggetto. La storia ha mostrato come l'individualismo proprietario segua un percorso che si direbbe sinusoidale<sup>(639)</sup>: nato col diritto romano, diviene recessivo nel periodo feudale e post-feudale, per poi tornare in epoca liberale come uno dei postulati di giusnaturalismo e illuminismo, con un acme individuabile nel diritto napoleonico. Detta concezione, però, inizia a subire significativi colpi nell'Ottocento, per arrivare al secondo dopoguerra, in cui essa sembra definitivamente superata. È una «conquista» del diritto europeo il ritorno della coppia proprietà-libertà e dell'individualismo.

Non consola conoscerne l'origine, *id est*, da una parte, l'esistenza, in seno alla Convenzione Herzog, di un «orientamento maggioritario di carattere fondamentale paleo-liberale»<sup>(640)</sup>, dall'altra la natura di catalogo della CDFUE, per cui «i diritti non hanno che da soffrire dalle esaltazioni declamatorie, perché escono assolutizzati, 'insaziabili', e, tutto sommato, poco credibili»<sup>(641)</sup>. Questo individualismo – che va letto in combinato disposto con la «esplosione della libertà individuale»<sup>(642)</sup> e con la rivoluzione del concetto stesso di spazio – che emergerà come caratteristica anche della proprietà europea singolarmente considerata, è, giova notarlo, un carattere della Carta nel suo complesso, come «esasperata ed egoistica concezione della libertà»<sup>(643)</sup>, contrapposta al personalismo, proprio, fra l'altro, della nostra Costituzione, in cui la libertà è fonte di responsabilità. La persona, infatti, emerge carsicamente nel Preambolo, per poi inabissarsi nel corpo della CDFUE, l'unico, di là dalle dichiarazioni, da cui è ragionevole attendersi piena vincolatività<sup>(644)</sup>. A poco vale dedicare un intero capo, peraltro in posizione incipitaria, alla dignità: alla tutela dei diritti, infatti, «non si accompagna la promozione del pieno sviluppo della persona, che rappresenta il vero concetto di dignità»<sup>(645)</sup>. E, d'altronde, proprio sotto il profilo

---

638

Anche COMPORI, *Relazione introduttiva*, cit., 5 valorizza questo dato, che «evidenzia una chiara formulazione individualistica, mentre, in genere, le Costituzioni più recenti degli Stati europei presentano la norma sulla proprietà con riferimento non già al profilo soggettivo, quanto a quello oggettivo del diritto, del suo contenuto, dei suoi limiti e della possibilità di espropriazione».

<sup>639</sup>*Ivi*, 3-4, un'attenta sintesi.

<sup>640</sup>GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, cit., 251.

641

*Ibidem.*

<sup>642</sup>P. BARCELLONA, *L'Europa, la politica ed i diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., 116.

<sup>643</sup>PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, cit., 335.

<sup>644</sup>È sempre PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, cit., 332 a denunciare che «non c'è corrispondenza tra preambolo e articolato», per cui «il riferimento alla libertà, all'uguaglianza, alla socialità finiscono purtroppo con il rappresentare un esercizio retorico» (*ivi*, 334).

<sup>645</sup>PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, cit., 335. BARCELLONA, *L'Europa, la politica ed i diritti*, cit., 123, pone l'accento sulla differenza fra la nostra Costituzione e la Carta. La prima che fonda

dell'individualismo, la Carta sembrerebbe incarnare con grande chiarezza lo spirito di un tempo, quello globale, in cui si ha «la sistematica riduzione della persona ad individuo, la fine dello *zoon politikon*» (646).

Il liberalismo che costituisce ordito dalla Carta offre, a mio parere, un'ulteriore prova della propria intrinseca contraddittorietà: per un verso, promette uno Stato minimo, diafano, per l'altro adotta una visione antistorica di una «*infanzia* dei diritti quali situazioni bisognose di una tutela forte e pertanto affidati allo Stato e pensati nello Stato» (647).

Ci si lamenta, infine, che si sia interrotto quel graduale processo di formazione dell'*acquis communautaire* in materia di diritti, consistente nel setacciamento giurisprudenziale degli stessi dalle tradizioni costituzionali comuni, strategia che avrebbe reso il processo più digeribile per i Paesi di *common law* e più sintonico con la globalizzazione, che alla prassi conferisce un ruolo privilegiato. Sarebbe bastato, mi vien da dire, ricordare quell'etimologia che vuole che *codex* derivi da *cauda* (648) per comprendere che la cristallizzazione dei diritti è un'operazione che, se ritenuta necessaria, in ogni caso non deve intervenire prima che si sia raggiunta di fatto una sufficiente condivisione fra i popoli, che a parole si vorrebbero protagonisti dell'Europa e a cui nei fatti viene riconosciuto un ruolo affatto secondario.

Per concludere, va notato che l'individualismo che caratterizza tanto la Carta nel suo complesso, quanto, soprattutto, il paradigma proprietario europeo (649), va inserito – come in parte già emerso – in un discorso più ampio, come fa magistralmente Pietro Barcellona. Le coordinate di

---

la Repubblica sul lavoro, titolo per la partecipazione alla vita collettiva, la seconda fondata sulla dignità, che «potrebbe essere quella di un barbone che vive sotto i ponti di Parigi o quella di un uomo in frac al ricevimento dell'ambasciata. La dignità è sempre una relazione e non può essere sperata dalla dialettica del riconoscimento».

<sup>646</sup>BARCELLONA, *L'Europa, la politica ed i diritti*, cit., 116. Cfr. PLATONE, *De legibus*, 1. I e ARISTOTELE, *Polit.*, 1. I, 1 e 2, come citati da G.-L. LECLERC DE BUFFON, *Histoire naturelle du genre humain*, I, Paris, 1798, § 111, 104, nt. 2

<sup>647</sup>GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, cit., 252, corsivo del testo.

<sup>648</sup>La circostanza è ricordata in uno dei più saporiti passaggi di H. DE BALZAC, *Traité de la vie elegante*, in *La Mode*, 1830, I, § 3, 57-58, quello in cui si vuol che Saint-Charles Lautour-Mézeray esclamì: «*s'il s'agit de l'homme en masse, il y a le code du droit des gens; d'une nation, code politique; de nos intérêts, code civil; de nos différens, code de procédure; de notre liberté, code d'instruction; de nos égaremens, code pénal; de l'industrie, code du commerce; de la campagne, code rural; des soldats, code militaire; des nègres, code noir; de nos bois, code forestier; de nos coquilles pavoisées, code maritime... Enfin, nous avons tout formulé, depuis le deuil de courm depuis la quantité de larmes que nous devons verser pou un roi, un oncle, un cousin, jusqu'à la vie et le pas d'un cheval d'escadron [...] quand ces codes là ont été faits, je ne sais quelle épizootie (il voulait dire épidémie) a saisi les cacographes, et nous avons été inondés de codes... La politesse, la gourmandise, le théâtre, les honnêtes gens, les femmes, l'indemnité, les colons, l'administration, tout a eu son code [...] peut-être le typographe s'est-il trompé, et n'a-t-il pas bien lu caudification de cauda, queue?...mais n'importe!*» (enfasi del testo).

649

Il collegamento fra individualismo e paradigma proprietario affonda le radici negli albori della modernità. Come ha scritto F. MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, I, 38, «l'individuo rappresentava senz'altro il punto di riferimento delle dottrine gius-filosofiche, la nuova cellula dell'ordinamento giuridico, ma la sua identità, per le lenti del diritto, si esaurì inizialmente nella considerazione del proprietario». Si rinvia, più in generale, a G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, I, *Individualismo e diritto privato*<sup>3</sup>, Torino, 1959 e M. WALINE, *L'individualisme et le droit*<sup>2</sup>, Paris, 1949.

questo discorso sono privatizzazione, globalizzazione, diritti umani, consumismo, mercato, metastoria, fascismo, democrazia e Stato. Dovendo semplificare, ciò che preme denunciare è la fallacia dell'inversione dei piani consistente nell'illudersi che la costruzione della democrazia – e il colmare il *gap* democratico europeo <sup>(650)</sup> – possa costituire l'effetto del fiorire dei diritti umani, quando, tutt'al contrario, se non premettiamo il problema del potere democratico «si rischia il disastro arbitrario o il giurisdizionalismo senza garanzie» <sup>(651)</sup>: una società non democratica, «autoritaria, teocratica, non potrà mai garantire i diritti, perché il suo modo di essere eteronomo [...] impedisce di concepire l'autonomia» <sup>(652)</sup>. Cercare di costruire la Nazione europea attraverso i diritti equivale a mettere il carro davanti ai buoi, non foss'altro che perché solo gli Stati sono in grado di garantire le sanzioni per la violazione dei diritti, momento sanzionatorio che si fa *in subiecta materia* ancora più importante che nelle altre, posto che «nel processo storico di questi secoli i diritti umani, che sono stati arricchiti dal punto di vista formale, sono stati sostanzialmente negati a fasce crescenti di umanità nella loro attuazione». I poli del progetto moderno, nota ancora Barcellona, sono il mercato e i diritti umani «che sono diritti senza qualità» <sup>(653)</sup>, coppia tenuta assieme dall'individualismo che connota il mondo globale, che è un mondo privatizzato e spersonalizzato in cui si assiste, inermi, alla «mobilitazione psicologica continua degli individui su tutto il pianeta verso stimoli di consumo» <sup>(654)</sup>. I diritti umani, specialmente quelli eurunionisti, appaiono metastorici in quanto presentati come deducibili dalla natura o dalla ragione, in modo tale da creare un «alibi rispetto all'antica domanda di Socrate: sono giuste le leggi di Atene?» <sup>(655)</sup>. E, aggiungo per inciso, non v'è nulla di più utile, per i teorici filoproprietari, di assumere come paradigma proprietario quello giusnaturalistico: non un'esclusiva concessa *pro tempore* dal legislatore per compensare il lavoro intellettuale, ma un diritto innato, rispetto al quale gli interessi contrapposti sono destinati a soffocare. Ponendosi fuori dalla storia e neutralizzando la politica «come responsabilità delle decisioni sulle regole» <sup>(656)</sup>, risulta tanto forte quanto fondata la conclusione che «i diritti umani e l'universalismo producono fascismo e nazionalismo» <sup>(657)</sup>. Prima

---

<sup>650</sup>La bibliografia sul tema è difficilmente compendiabile. Mi limito, quindi, a rinviare alle monografie di T. RUSSO, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Salerno, 2011 e L. PINZI, *Il deficit democratico nella storia delle Comunità Europee*, Firenze, 1999, nonché ai saggi di U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, III, 513; G. MAJONE, *Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico*, in *Rass. ital. Soc.*, 2010, IV, 599; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del trattato di Lisbona*, in *Rass. Parl.*, 2008, IV, 925 e V. ACCATTATIS, *Cresce il deficit democratico dell'Unione europea*, in *Il ponte*, 2007, X, 78.

<sup>651</sup>BARCELONA, *L'Europa, la politica ed i diritti*, cit., 122.

<sup>652</sup>*Ivi*, 121.

<sup>653</sup>*Ivi*, 117.

654

*Ivi*, 116.

<sup>655</sup>*Ivi*, 118.

<sup>656</sup>*Ibidem*.

<sup>657</sup>*Ivi*, 119.

di detti diritti, quindi, si deve costruire lo Stato europeo e si deve colmare il *gap* democratico. Ma c'è di più. Tutti i diritti, non solo quelli del compianto *Welfare*, sono 'sociali', nel senso di presupporre la mediazione di una società e ciò che viene occultato dalla prospettiva dei diritti umani è proprio «la tensione fra individuo e società»<sup>(658)</sup>. E allora vale la pena di ricordare che la grandezza della Grecia, come ebbe a dire Cornélius Castoriadis, emergeva già dalla differenza fra i dialoghi shakespeariani fra Antonio e Cleopatra in cui si parlava semplicemente di 'Egitto' e la Costituzione greca: «*il n'y a pas de Constitution d'Athènes. Il y a Constitution des Athéniens*»<sup>(659)</sup>.

### 3.4 La proprietà europea, con particolare riguardo all'art. 17 CDFUE

Qualora si fosse pensato che il diritto di proprietà fosse «l'ultimo resto di un mondo aristocratico distrutto *de iure et de facto*»<sup>(660)</sup>, l'art. 17 CDFUE e la giurisprudenza europea, se non altro, «servono a ricordarci che il valore costituzionale della proprietà privata è vivo e vegeto e deve essere tenuto presente nel suo difficile bilanciamento con l'interesse generale»<sup>(661)</sup>. Costituendo la proprietà europea un pilastro fondamentale, si è osservato che, anche oggi, su di esso «poggi il complessivo impianto dei sistemi giuridici di matrice occidentale»<sup>(662)</sup>.

Come anticipato nei prolegomeni, la «costituzionalizzazione»<sup>(663)</sup> della CDFUE, attuata

---

<sup>658</sup>*Ivi*, 120.

<sup>659</sup>Il 10-10-2012, meritevolmente, il portale WeTheNet ha trascritto una conversazione video fra Cornélius CASTORIADIS e Chris MARKER tenutasi nel 1989 su «*L'invention grecque de la démocratie directe. L'héritage de la chouette*». In quella sede Castoriadis ricordò: «*Aristote écrit : La Constitution des Athéniens, les autres lisent : La Constitution d'Athènes. Pourquoi ? Parce que pour les Modernes une unité politique est une unité territoriale. Dans Shakespeare quand Antoine s'adresse à Cléopâtre il lui dit : Egypt. Quand un roi d'Angleterre s'adresse à un roi de France, il lui dit : France. Le roi, c'est le pays et le pays, c'est le roi. Les autres sont des serfs de ce roi. Les Athéniens sont des Athéniens et il n'y a pas de Constitution d'Athènes. Il y a Constitution des Athéniens*» (il dialogo è consultabile all'indirizzo <http://www.wethenet.eu/wp-content/uploads/CastoriadisurlaD%C3%A9mocratie.pdf>)

<sup>660</sup>CENSOR (G. SANGUINETTI), *Rapporto veridico sulle ultime opportunità di salvare il capitalismo in Italia*, Milano, 1975, 41.

661

A. GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, VI, 641.

<sup>662</sup>T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contr. impresa*, 2010, II, 733, che cita quel bel passaggio in cui F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile (1947)*, in *Studi giuridici*, II, 2, Milano, 1960, 614, nt. 1, scrive che «il diritto civile è [...] la disciplina della vita dell'uomo nei rapporti determinati dalla procreazione, dalla società coniugale e dall'attività economica. Questa disciplina, nei nostri ordinamenti sociali, poggia ttt,a immediatamente o meditatamente, sul riconoscimento della proprietà individuale».

<sup>663</sup>All'uso del termine, efficace per quanto non elegante, non osta la circostanza che non sia mai entrata in vigore la Costituzione europea cui la CDFUE era destinata, posto che, in considerazione della loro collocazione e funzione, FALZEA, *Osservazioni introduttive*, cit., 197-198, all'indomani dell'approvazione della Carta scriveva che i principi della stessa già costituivano «regole di rango costituzionale europeo, con la conseguenza che, una volta assunta fra i Trattati europei, la Carta rappresenterà automaticamente il nucleo essenziale di quella che dovrà essere la costituzione sostanziale dell'Europa unita». Fra le prime applicazioni della CDFUE in giurisprudenza, precedenti alla sua assunzione a giuridicità, il caso a mio parere più significativo – nonché, per quel che mi consta, il primo in assoluto – è Corte cost., 12-11-2002, n. 445, in *Riv. giur. Polizia*, 2003, 355 che ha dichiarato l'illegittimità

mediante conferimento ad essa, ad opera del Trattato di Lisbona, dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (art. 6, § 1 TUE) <sup>(664)</sup>, ha riportato in auge un problema che ha affannato la dottrina più reputata per oltre due secoli: il rapporto fra IPRs e proprietà, questione che, vista da un'altra prospettiva, significa interrogarsi sulle nuove tecniche di appropriazione che han fatto parlare di una *second enclosure* <sup>(665)</sup>.

Già la collocazione sistematica ci dice molto della *Weltanschauung* del legislatore europeo. Così, come nota Marco Comporti sulla scia di Pietro Rescigno <sup>(666)</sup>, il fatto che la disposizione considerata si collochi nel capo II dedicato alle «Libertà» non può non «determinare la creazione di nuovi principi generali, sia per la sistemazione teorica di tutta la materia che per l'interpretazione delle singole norme» <sup>(667)</sup>. Se a me questo dato, unito alla lettura della giurisprudenza europea,

---

costituzionale dell'art. 7, n. 3, l.n. 64/1942, che, ai fini del reclutamento nel Corpo della Guardia di Finanza, richiedeva il celibato, il nubilito o lo stato di vedovanza, per violazione, fra l'altro, dell'art. 9 CDFUE. Segnalo Cass., 10-12-2004, n. 23134, in *Mass. giur. it.*, 2004 e Trib. Genova, 10-1-2006, in *Corr. merito*, 2006, IV, 445, in cui si osserva che «un testo che segna una definitiva svolta ed un fattore di potente chiarificazione e di guida per gli interpreti, è rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione Europea varata a Nizza nel 2002». Bisogna, comunque, dare atto che, specialmente per i primi anni successivi alla sua approvazione, essa è stata «solo una pronuncia autorevole di principi» (COMPORTI, *Relazione introduttiva*, cit., 2, il quale, però, ebbe già allora cura di precisare che si trattava di «principi destinati peraltro fin da ora quanto meno a far parte integrante del diritto comunitario in quanto principi generali di esso, valevoli sia dinanzi alla Corte di Giustizia che come criterio preventivo di compatibilità per le proposte legislative della Commissione»).

<sup>664</sup>Come notato già nel 2002, con la consueta moderna sensibilità, da FALZEA, *Osservazioni introduttive*, cit., 195, «l'accoglienza che essa ha avuto presso autorevoli organi rappresentativi dell'Unione europea, i riferimenti che al suo articolato già cominciano ad essere fatti dalle giurisdizioni operanti in Europa, l'eco provocata nei popoli dell'Europa unita, sono indici significativi di un principio di *attuazione spontanea* in grado di conferire alla Carta una misura non trascurabile di *effettività anticipata*» (enfasi aggiunta).

<sup>665</sup>Per la nozione di «*second enclosure movement*» si usa rinviare a J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2003, 33. Il riferimento, come noto, è al fenomeno per cui «*things that were formerly thought of as common property, or as «uncommodifiable,» or outside the market altogether, are being covered with new, or newly extended, property rights*» (ID., *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven-London, 2008, 45. La letteratura è alquanto vasta, v., ad es., G. RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, 558 e *passim*; N. KRANICH, *Countering Enclosure: Reclaiming the Knowledge Commons*, in *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, a cura di C. Hess e E. Ostrom, Cambridge, 2007, 85; H. TRAVIS, *Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, in *Berkeley Tech. L. J.*, 2000, XV, 777 C. GEIGER, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?*, in *RIDE*, 2006, IV, 389; Y. BENKLER, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, in *NYU L. Rev.*, 1999, 354 il quale descrive efficacemente il trattamento delle informazione come *commodity* e cita in apertura un passaggio tratto da *International News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 250 (1918), che è veramente significativo: «*the general rule of law is, that the noblest of human productions – knowledge, truths ascertained, conceptions, and ideas – become, after voluntary communication to others, free as the air to common use. Upon these incorporeal productions the attribute of property is continued after such communication only in certain classes of cases where public policy has seemed to demand it*». Sulla prima *enclosure*, invece, una pietra miliare è costituita da P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, incentrato sulla «disputa che vede protagonisti nel corso dell'intero Ottocento storici e giuristi, filosofi e politologi, economisti ed etnologi sulle origine remote della appropriazione individuale e collettiva del bene «terra», sul primario originario dell'una o dell'altra, sullo spazio possibile di una proprietà collettiva accanto al filone dominante di quella d'individuale» (P. GROSSI, «*Un altro modo di possedere*» rivisitato, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2007, I, 11).

666

RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato*, cit., 325.

<sup>667</sup>M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189. ID., *Relazione introduttiva*, cit., 5, osserva che «la proprietà appare [...] insieme alla libertà d'impresa patrimoniale

riporta alla mente il binomio proprietà-libertà che, nella storia delle idee, sembrava definitivamente sconfitto<sup>(668)</sup> - per cui la scelta nizzarda va senz'altro bollata come, se non altro, anacronistica<sup>(669)</sup> - v'è chi, con ammirevole ottimismo, scrive che la tutela UE della proprietà è relativa, «nel senso che si realizza nel bilanciamento con gli interessi generali»<sup>(670)</sup>. A tutto concedere, comunque, va preso atto che l'art. 17 sia «ispirato a quelle istanze liberali e individualiste che hanno caratterizzato la tradizione culturale ottocentesca, a differenza del clima culturale e sociale in cui sono maturate le Costituzioni più moderne»<sup>(671)</sup>. Rodotà suggerisce cautela e, pur ammettendo che «l'art. 17, letto in sé [...] è quasi una restaurazione, una sorta di orologio costituzionale messo indietro di quasi un secolo»<sup>(672)</sup>, suggerisce di considerare «il complessivo quadro disegnato dalla [...] Carta»<sup>(673)</sup>. E però, come è stato autorevolmente rilevato, «la Carta, isolata nella sua testualità e cartaceità [...] corre il rischio di imitare tante esercitazioni astratte che la storia giuridica degli ultimi due secoli ci propone eloquentissima»<sup>(674)</sup>. Anche in considerazione di ciò, oggi più che mai, l'interpretazione sistematica - l'invito a praticare la quale va senz'altro accolto - non può non tenere in debito conto il sistema del diritto vivente<sup>(675)</sup>, per cui soverchia attenzione sarà dedicata alla giurisprudenza

---

irragionevolmente inserita tra i diritti fondamentali di natura personale».

<sup>668</sup>Come osserva L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2012, 76, nt. 11, «il binomio, sia nella versione liberale sia nella versione hegeliana, ravvisa nella proprietà un ingrediente fondamentale della libertà, declinabile in una pluralità di forme: baluardo contro le ingerenze dello Stato (libertà negativa in verticale), condizione di accesso ad una cittadinanza piena (libertà positiva in verticale), spazio di esplicazione delle potenzialità dell'individuo (libertà positiva in orizzontale). La bibliografia sul tema è davvero sterminata, per cui mi limiterò a rinviare ai classici MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 73 (che distingue tre accezioni: due elaborate dalla teoria classica della proprietà, l'una di matrice individualistica, l'altra idealistica, una terza giusnaturalistica propria del pensiero cattolico) e MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., *passim*, e al recente FERRAJOLI, *Libertà e proprietà*, cit., 91. Quanto al binomio applicato all'IP v., ad es., EPSTEIN, *La libertà contro la proprietà*, cit., 179, secondo il quale i caratteri *sui generis* degli IPRs, conseguenti alla loro peculiare natura, «non alterano in quanto tali la tensione basilare che viene a crearsi fra libertà e proprietà nel caso del lavoro o delle risorse naturali». L'A., del quale condivido il rifiuto delle concezioni giusnaturalistiche della proprietà tradizionale, sembra ignorare - là dove pone i due termini della coppia come reciprocamente escludentisi - il ritorno di detto diritto nell'alveo delle libertà.

<sup>669</sup>Così, da ultimo, MACARIO, *Sub Art. 832*, cit., 368.

<sup>670</sup>M. JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 349, che però ammette che «la natura finalistica dell'UE fa sì che tali interessi siano quelli legati agli obiettivi dell'integrazione», ma, come nota NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 618, il bilanciamento interno all'ordine dei valori di mercato non ha niente in comune con la funzione sociale weimeriana, che aveva aperto la strada ad un bilanciamento tra interessi eterogenei.

<sup>671</sup>MACARIO, *Sub Art. 832*, cit., 368.

672

S. RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 della Costituzione*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 159.

<sup>673</sup>S. RODOTÀ, *La proprietà tra ritorno e futuro*, in *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra Costituzione europea e diritto privato*, cit., 38

<sup>674</sup>GROSSI, *L'ultima carta dei diritti*, cit., 250.

<sup>675</sup>Come notato da U. MATTEI, *La proprietà*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 104, troppo a lungo la dottrina ha rifuggito il dialogo con la giurisprudenza e detta tendenza s'è mostrata particolarmente pertinace in materia di proprietà. Codesta persistenza potrebbe essere ricollegata, credo, ad una malintesa concezione della riserva di legge ex art. 42 Cost., che da più parti si aveva interesse ad elevare a suggello di un giudice-notaio, che si dovrebbe limitare a prendere atto di *quod principi placuit*, non potendo, in nome dell'interesse generale - e di un ineliminabile coefficiente di discrezionalità interpretativa - incistare il sociale



europea sul punto.

Ciò posto, come noto, l'art. 17 § 2 CDFUE ha – per la prima volta a livello europeo (<sup>676</sup>) – introdotto un fondamento espresso agli IPRs e l'ha fatto lapidariamente («la proprietà intellettuale è protetta») con una disposizione il cui primo paragrafo è dedicato al tradizionale *dominium*, all'apparenza fornendo un appiglio inattaccabile alla teorica proprietaria. Si nota, per inciso, che il discorso vale solo per l'IP in sé considerata, perché quanto agli aspetti commerciali ad essa relativi, l'UE, come ricordato dalla più recente giurisprudenza europea (<sup>677</sup>), trova il fondamento delle sue politiche comuni nell'art. 207 TFUE.

Per la verità, come osservano gli studiosi più attenti, «la questione più delicata nell'interpretazione della portata della norma [è] il rapporto fra i due paragrafi...il riferimento alla proprietà intellettuale va inteso come una mera specificazione della portata del primo comma?» (<sup>678</sup>). L'interprete che cerchi risposte nei lavori preparatori – e quindi nelle «spiegazioni» del

---

nella proprietà, o meglio valorizzare la struttura stessa del diritto. Davvero innovativo è, anche da questo punto di vista, il saggio di RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., spec. 59, che riflette, con toni equilibrati ma critici, su numerose pronunzie giudiziali. È stato fondamentale per un ripensamento del rapporto fra le fonti nella disciplina dominicale R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 435, che si segnala per l'attenzione, davvero originale ai tempi, per regolamenti, consuetudini e, ma ciò esula dalle superiori considerazioni, l'eco nella stampa. Su quest'ultimo punto, mi tornano in mente le parole pronunciate da Giuseppe Vettori nelle conclusioni del convegno tenutosi a Montepulciano (e organizzato dalle Università di Siena e Pisa e dal SUM) su *Diritto europeo dei contratti. Dialogo tra generazioni* (15/17-9-2011), allorquando segnalò come novità un tempo impensabile – e come suggerimento metodologico alle nuove generazioni di giuristi, proprio la consultazione e citazione di articoli di giornale. Ritengo di avere seguito il suggerimento, del quale resto assai grato.

<sup>676</sup>Prima della costituzionalizzazione, la situazione era molto più semplice: «Art. 295 EG lässt die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich unberührt; das «gewerbliche und kommerzielle Eigentum» erscheint nur als Rechtfertigungsgrund für mitgliedstaatliche Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 S. 1 EG)» (PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 25). A livello internazionale, invece, già da tempo c'erano disposizioni contemplanti espressamente gli IPRs, segnatamente gli artt. 27, § 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani (DUDU) e 15, § 1, lett. c) del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali (PDESC). Queste prescrivono, rispettivamente, che ogni individuo ha diritto «alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore» e «a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore» (con la precisazione, di cui al secondo comma, che «Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura»). Ai miei fini è sufficiente osservare, da una parte, che non può essere senza significato che le disposizioni in esame non si inseriscano fra quelle sulla proprietà (art. 17 DUDU), bensì fra quelle sulla promozione culturale, dall'altra che sono tanto generiche che «consentirebbero anche la sostituzione del diritto esclusivo degli autori con un sistema di dominio pubblico pagante o di licenze legali od obbligatorie generalizzate» (L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, I, *Diritto d'autore: introduzione*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, IV, Torino, 1989, 370). La bibliografia in materia è impossibile da compendiare, mi piace però segnalare il recente contributo di MELI, «*Sistema internazionale*» e sua *incidenza sull'ordinamento interno*, cit., 685.

<sup>677</sup>

Corte eur. giust., grande sez., 18-7-2013, C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, inedita, § 52.

<sup>678</sup>MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 18.

Praesidium della Convenzione (<sup>679</sup>), che, come ribadito dalla più recente giurisprudenza europea (<sup>680</sup>), i giudici dell'Unione e interni devono tenere «in debito conto» (<sup>681</sup>) – rimane alquanto deluso, ivi leggendosi che «*protection of intellectual property, one aspect of the right of property, is explicitly mentioned [...] because of its growing importance and Community secondary legislation [...] the guarantees laid down in paragraph 1 shall apply as appropriate to intellectual property*» (<sup>682</sup>). Affermazione un po' fumosa, ma che potrebbe essere letta in combinato disposto con l'art. 52, § 3 CDFUE, con la conseguenza, fra l'altro, che – se si trattasse davvero di proprietà – «il significato e la portata» del diritto di proprietà *à la* Nizza sarebbe del tutto equivalente all'omologo CEDU, per cui la tutela di cui all'art. 17, § 2 CDFUE coprirebbe solo gli aspetti patrimoniali degli IPRs, essendo però così, a tacer d'altro, insufficiente a costituire valido fondamento degli stessi, singolari agglomerati di diritti personali e patrimoniali, come riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia (<sup>683</sup>) e recentemente dal Consiglio europeo (<sup>684</sup>).

Qui intendo proporre una diversa lettura della disposizione in parola, che mi sembra senz'altro preferibile (<sup>685</sup>): il secondo paragrafo dell'art. 17 CDFUE non rappresenta una coerente e

<sup>679</sup> Le spiegazioni sono consultabili anche all'indirizzo <http://www.duitbase.it/component/attachments/download/22>. In letteratura v., ad es., A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, a cura di C. Zanghi e L. Panella, Atti del Convegno di Messina, 26/27-6-2009, Torino, 2010, 425 e N. LAZZERINI, *Considerazioni sul valore delle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2010, II, 1.

<sup>680</sup>V., *ex plurimis*, Corte eur. giust., 17-10-2013, C-101/12, *Herbert Schaible c. Land Baden-Württemberg*, inedita, § 25; Corte eur. giust., grande sez., 3-10-2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, inedita, § 97; Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, cit., § 20, in continuità, fra l'altro, con Corte eur. giust., 22-12-2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, in *Racc.*, 2010, I-13849, § 32.

<sup>681</sup>Così il Preambolo e l'art. 52, § 7 CDFUE, oltre che l'art. 6, § 1, terzo periodo, TUE.

<sup>682</sup>Praesidium, *Sub Art. 17*, in *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, ad vocem.

683

V., ad es., Corte eur. giust., 20-10-1993, C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH*, in *Racc.*, 1993, I-5145, § 20, la quale ha statuito che l'oggetto specifico degli IPRs «è quello di assicurare la tutela dei diritti morali ed economici dei loro titolari. La tutela dei diritti morali consente soprattutto agli autori e agli artisti di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modifica dell'opera che possa recare pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione. Il diritto d'autore e i diritti connessi presentano del pari un carattere economico in quanto prevedono la facoltà di sfruttare commercialmente la messa in circolazione dell'opera tutelata, in particolare attraverso la concessione di licenze dietro il pagamento di compensi» e Corte eur. giust., 20-1-1981, C-55 e C-57/80, *Musik-Vertrieb membran GmbH e K-tel International c. GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*, in *Racc.*, 1981, 147, § 12, là dove si legge che «il diritto d'autore comporta senz'altro diritti morali». Più di recente, v. le conclusioni dell'Avvocato generale del 29-3-2012 in *Procedimento penale a carico di Titus Alexander Jochen Donner* (C-5/11), ove osserva che «L'essenza della tutela del diritto d'autore è data dal fatto che l'autore, oltre a godere dei diritti morali riconosciuti dalle norme nazionali e internazionali, decide se e come le sue opere vadano sfruttate commercialmente» (§ 40).

<sup>684</sup>Mi riferisco alla proposta di decisione del 4-3-2013, relativa alla firma, a nome dell'UE, del trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni audiovisive (COM(2013)109 definitivo), che evidenzia, fra gli elementi qualificanti del trattato in esame, che esso «prevede che, indipendentemente dai diritti patrimoniali e anche dopo la loro cessione, l'artista interprete o esecutore conserva determinati diritti morali per quanto riguarda le esecuzioni dal vivo e le esecuzioni fissate su fissazioni audiovisive» (*ivi*, § 2, riferendosi evidentemente all'art. 5, tr. OMPI, consultabile anche all'indirizzo <http://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2006/3207.pdf>).

<sup>685</sup>In termini convergenti, ad es., MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 19.

consapevole opzione dogmatica nel senso di una qualificazione *stricto iure* proprietaria degli IPRs, ma una scelta atecnica indice della volontà del legislatore europeo che detti diritti siano intensamente tutelati (come avvenne, *mutatis mutandis*, con la *propriété intellectuelle* ai tempi della Rivoluzione) e avente come scopo, lo si ricava da un non superato arresto della Corte di Lussemburgo (<sup>686</sup>), di evitare che le differenze fra le leggi IP dei singoli Stati membri costituiscano barriere protezionistiche alla libertà di movimento dei beni e servizi, barriere inaccettabili nel mercato interno. Che la legislazione in materia sia finalizzata alla creazione del mercato interno lo conferma anche la circostanza che la dir. 2004/48 – c.d. direttiva *enforcement* (<sup>687</sup>) - abbia come fondamento costituzionale l'art. 95 TCE (oggi 114 TFUE) sul ravvicinamento delle disposizioni nazionali per le finalità di cui all'art. 14 TCE (26 TFUE), cioè proprio per l'instaurazione del mercato interno. Fra l'altro, che l'interesse dell'UE per i diritti IP abbia detta base lo conferma, da ultimo, il reg. 386/2012 del 19-4-2012, che attribuisce all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) compiti inerenti al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale

---

<sup>686</sup>Corte eur. giust., 20-1-1981, C-55 e C-57/80, cit., spec. § 24. Cfr. M. FABIANI, *Libertà di circolazione di dischi o dumping?*, in *Dir. aut.*, 1981, 250 e L. BIGLIA, *Diritti di proprietà industriale ed esaurimento comunitario in due recenti pronunzie della Corte di giustizia CEE*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, II, 207. Sul portale della CDFUE (sviluppato da «Justice», organizzazione indipendente per i diritti umani e le riforme legislative) trovo indicazioni convergenti, là dove, dopo aver citato il *dictum* Musik-Vertrieb, si osserva che «*The protection of intellectual property is already governed by many international conventions but there is concern that this does not yet provide an adequate basis for ensuring a single market. Accordingly, intellectual property is given specific recognition under the EU Charter of Fundamental Rights*» ([http://www.eucharter.org/home.php?page\\_id=92#ftn26](http://www.eucharter.org/home.php?page_id=92#ftn26)).

<sup>687</sup>Circa la direttiva «sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale», attuata con d.lgs. 140/2006, v. spec. L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., *passim*; G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno resp.*, 2007, V, 500; G. DRAGOTTI, *L'attuazione della direttiva «enforcement»*, in *Riv. dir. ind.* 2006, III, 21 e, più in generale, T. COTTIER – P. VÉRON (a cura di), *Concise International and European IP Law. TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*, Alphen aan den Rijn, 2008. In giurisprudenza si è riconosciuto l'importante ampliamento di tutela ad es. là dove si è statuito che «in tema di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla violazione di diritti morali d'autore, prima della novella introdotta con il D.Lgs. n. 140 del 2006, si riteneva che la rilevanza penale della condotta costituisse il presupposto necessario per la risarcibilità di tale tipo di danno. Tuttavia la nuova formulazione dell'art. 158, co. 3, l. n. 633/1941, disponendo che «sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c.» consente la liquidazione di tale danno anche a prescindere dall'accertamento in via incidentale della rilevanza penale della condotta di violazione del diritto d'autore. I danni non patrimoniali devono quindi risarcirsi in ogni caso di contraffazione, anche per fattispecie non dolose, addirittura se caratterizzate da colpa lievissima, e quindi anche quando si verte in un caso caratterizzato da colpa grave» (Trib. Torino, 9-4-2010, inedita). In punto di inibitoria v. ad es. Trib. Torino, sez. IP, 9-11-2009, inedita.

(<sup>688</sup>). Ancor più interessante è, poi, la decisione resa ad aprile 2013 dalla Corte di Giustizia (<sup>689</sup>) ad esito dei ricorsi di annullamento *ex art.* 263 TFUE da Italia e Spagna avverso la dec. 2011/167/UE del Consiglio, del 10-3-2011, che aveva autorizzato una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria. Come è noto, la cooperazione rafforzata non è ammessa nei settori di competenza esclusiva dell'Unione, di talché uno degli argomenti forti dei ricorrenti è stato, a tal fine, affermare che la materia dei brevetti (si trattava del regime di traduzione del brevetto UE (<sup>690</sup>) rientri *pleno iure* nella concorrenza e non, invece, nel mercato unico (quest'ultimo oggetto di competenza concorrente). Con grande perspicuità, il giudice di Lussemburgo statuisce, sul punto, che «anche se è ben vero che le norme in materia di proprietà intellettuale sono essenziali per il mantenimento di una concorrenza non falsata nel mercato interno, esse tuttavia non costituiscono [...] «regole di concorrenza» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE» (<sup>691</sup>).

Si può, anzitutto, notare come, se gli IPRs fossero realmente una *species* della proprietà, il secondo comma sarebbe un mero pleonasma. Si potrebbe, d'acchito, obiettare che la scelta è dovuta alla volontà di porre fine al secolare dibattito – entro cui questo studio ambiziosamente si vuol collocare – sulla natura degli IPRs. Epperò dai lavori preparatori non emerge affatto la

---

688

Regolamento (UE) n. 386/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19-4-2012, «che attribuisce all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) compiti inerenti al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, tra cui la convocazione di rappresentanti del settore pubblico e privato in un Osservatorio europeo sulle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale». In tal senso v. pure la Risoluzione del Consiglio del 10-3-2010 «sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno» (2010/C 56/01), la Comunicazione della Commissione dell'11-9-2009 intitolata "Migliorare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno" e il Regolamento di esecuzione della convenzione sul brevetto europeo per il mercato comune del 15-12-1989. Più in generale, si ricordi che ai sensi dell'art. 118 TFUE, «nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione. Il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, stabilisce i regimi linguistici dei titoli europei. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo».

<sup>689</sup>Corte eur. giust., 16-4-2013, C-274/11, C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione europea*, inedita.

<sup>690</sup>La base diretta dell'azione intrapresa era, ovviamente, l'art. 118 sui titoli europei di IP, ma esso non risolve la natura della competenza *in subiecta materia*, di talché il Governo italiano ha sostenuto che «gli articoli da 3 TFUE a 6 TFUE si limitano a tracciare una classificazione indicativa dei settori di competenza dell'Unione. Sarebbe dunque possibile per la Corte, senza basarsi sull'elenco di cui all'articolo 3, paragrafo 1, TFUE, qualificare come esclusive le competenze attribuite dall'articolo 118 TFUE» (Corte eur. giust., 16-4-2013, C-274/11, C-295/11, cit., § 14).

<sup>691</sup>Corte eur. giust., 16-4-2013, C-274/11, C-295/11, cit., § 22. *Ivi*, §§ 24-25 si precisa che «ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6, TFUE, la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore. Orbene, la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione nel settore delle «regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» sono stabilite alla parte terza, titolo VII, capo 1, del Trattato FUE, segnatamente agli articoli da 101 TFUE a 109 TFUE. Considerare l'articolo 118 TFUE come rientrante in tale settore sarebbe dunque in contrasto con l'articolo 2, paragrafo 6, TFUE e comporterebbe un'indebita estensione della portata dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE».

consapevolezza del problema, né traccia di una pur accennata discussione sul punto.

C'è poi chi, per sostenere la tesi anche qui difesa, sottolinea che la formulazione dell'art. 17 CDFUE è significativamente diversa da quella dell'art. 1, I prot. CEDU (<sup>692</sup>): il primo attribuisce il diritto di godere della «proprietà dei beni acquisiti legalmente» con esclusione «semplici interessi o possibilità d'indole commerciale» (<sup>693</sup>), come anche di «semplici aspettative» (<sup>694</sup>), il secondo prescrive che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni», nozione tanto vasta da includere anche la «*espérance légitime d'obtenir une valeur patrimoniale*» (<sup>695</sup>). La differenza fra la disposizione CEDU e quella CDFUE è tale da essere considerata «il primo aspetto che maggiormente balza all'evidenza» (<sup>696</sup>) nell'analizzare la Carta. L'argomento, però, non va eccessivamente valorizzato, sol che si pensi al tenore dell'art. 52, § 3 CDFUE, per cui «laddove la [...] Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» (<sup>697</sup>). Una divaricazione, comunque, è contemplata dall'*excipit* della medesima disposizione, che «non preclude[ndo] che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa», sgancia, di fatto, i futuri scenari della proprietà europea dagli sviluppi cui la Corte di Strasburgo ha condotto la CEDU e i suoi protocolli

---

<sup>692</sup>

Quest'argomento, pur raffinato e fondato, non sembrerebbe aver permeato sempre la giurisprudenza europea, come pare di poter inferire da Trib. eur., 25-4-2013, T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione europea*, inedita, § 105, là dove il Tribunale, a fronte dei ricorrenti che lamentavano la violazione degli artt. 1 I prot. CEDU e 8 CEDU, osserva che «la tutela conferita dagli articoli della CEDU invocati dai ricorrenti è attuata nel diritto dell'Unione dagli articoli, rispettivamente, 17, 7, 10 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Occorre pertanto fare riferimento unicamente a tali ultime disposizioni». In termini Corte eur. giust., 8-12-2011, C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commissione europea*, inedita, § 51). Per la verità, come si vedrà a breve, neanche nella giurisprudenza europea le due disposizioni sono perfettamente fungibili.

<sup>693</sup>Trib. eur., 25-4-2013, T-526/10, cit., § 109, in continuità con Corte eur. giust., grande sez., 9-10-2008, C-120/06 P e C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC, Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2008, I-6513, § 185.

<sup>694</sup>Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 19-4-2012, in causa *Jozef Križan e altri contro Slovenská inšpekcia životného prostredia* (C-416/10), § 181, che rinvia a Corte eur. giust. 16-11-2011, C-548/09 P, *Bank Melli Iran c. Consiglio*, in *Racc.*, 2011, I-1138, § 114 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>695</sup>Corte EDU, grande ch., 11-1-2007, 73049/01, *Affaire Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2007-I, § 1.C.1. Ivi si giunge alla menzionata conclusione sulla premessa che la nozione CEDU di bene sia indipendente da quelle nazionali e ricomprende tutti i diritti patrimoniali e si include così, per la prima volta, i diritti IP. L'*arrêt* si pone in continuità con Corte EDU, 25-3-1999, 31107/96, *Iatridis c. Grecia*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-II, spec. § 54 e in *Corr. giur.*, 2001, V, 678; in dottrina v. CONDORELLI, *Premier protocole Additionel, Article 1*, cit., spec. 975. La nozione di proprietà eurunionista è più ristretta di quella CEDU, come si può inferire da Corte eur. giust., grande sez., 22-1-2013, C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, inedita, § 34, ove si statuisce che la tutela di cui all'art. 17 CDFUE «non verte su semplici interessi o opportunità di carattere commerciale, il cui carattere aleatorio è inerente alla natura stessa delle attività economiche» (in tal senso pure Corte eur. giust., 9-9-2008, C-120/06 P e C-121/06 P, cit., § 185).

<sup>696</sup>COMPORTI, *Relazione introduttiva*, cit., 3.

<sup>697</sup>La disposizione è stata richiamata, nella più recente giurisprudenza, da Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, inedita, § 5; Cass., 15-3-2012, n. 4184, in *Giur. it.*, 2012, 8-9, 1767, con nota di CALEVI; Corte cost., 11-3-2011, n. 80, cit.

addizionali <sup>(698)</sup>.

Nel medesimo solco si colloca, poi, chi osserva che, considerato che l'art. 17 non chiarisce se al diritto di cui al secondo comma si applichino o meno i contenuti e i congegni della proprietà, considera preferibile ritenere che «le modalità di protezione della proprietà intellettuale siano in sostanza integralmente rimesse alla disciplina degli Stati membri» <sup>(699)</sup>.

Mi sembra, tutto ciò considerato, niente affatto infondato «operare una distinzione, nel senso di limitare l'ambito di applicazione dell'art. 17, co. 1, della Carta al diritto di proprietà in senso stretto, mentre il secondo paragrafo si preoccupa di garantire protezione alla proprietà intellettuale» <sup>(700)</sup>, diritto a struttura complessa, con aspetti patrimoniali e non patrimoniali interconnessi, ma a regime irriducibile ad unità.

Le cautele suggerite da un'interpretazione sistematica dei dati normative non sembrerebbero, ad ogni modo, essere state fatte proprie dalla giurisprudenza europea maggioritaria, che configura la proprietà come diritto precostituzionale di libertà e in esso sussume *de plano* i diritti IP. È utile ricordare, in particolare, la nota sentenza *Promusicae* <sup>(701)</sup>, la quale – confermando la giurisprudenza inaugurata col caso *Laserdisken* <sup>(702)</sup> – statuisce che fra i principi generali del diritto dell'Unione

698

Le *Spiegazioni del Praesidium*, giova ricordarlo, chiariscono che l'art. 52 concerne anche i protocolli addizionali e che il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di tali strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Il dato è valorizzato, da ultimo, da Cass., 15-3-2012, n. 4184, cit., che riguarda l'art. 9 CDFUE e l'intrascrivibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero, con la precisazione che esso non è da considerare come inesistente, bensì inefficace.

<sup>699</sup>G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, in *AIDA 2005, 2006*, 200.

<sup>700</sup>MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 19.

<sup>701</sup>Corte eur. giust., grande sez., 29-1-2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, in *Racc.* 2008, I-271. Nel caso *Promusicae* la Corte concluse statuendo che «le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48 e 2002/58 non impongono agli Stati membri, in una situazione come quella oggetto della causa principale, di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile. Tuttavia, il diritto comunitario richiede che i detti Stati, in occasione della trasposizione di queste direttive, abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Poi, in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità». Sulla sentenza v. i commenti di A. MANTELERO, *L'«ingegneria interpretativa» della Corte di giustizia delle comunità europee in soccorso della tutela on-line del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2008, 1422; A. TROTTA, *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della privacy*, in *Dir. ind.*, 2009, 76; R. DURÁN RIVACOBA-V. GARCÍA LLERENA, *Protección de datos personales y del derecho de la intimidad vs. protección de la propiedad privada de carácter intelectual: consecuencias del caso Promusicae*, in *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, a cura di X. O'Callaghan Muñoz, Madrid, 2011, 205 e G. SPINDLER, «Die Tür ist auf» - *Europarechtliche Zulässigkeit von Auskunftsansprüchen gegenüber Providern*, in *GRUR*, 2008, 574.

702

Corte eur. giust., grande sez., 12-9-2006, C-479/04, *Laserdisken ApS c. Kulturministeriet*, in *Racc.*, 2006, I-8089, spec. § 65, là dove si legge che «l'asserita limitazione della libertà di ricevere informazioni è giustificata con riferimento alla necessità di proteggere i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore, che fanno parte del diritto di proprietà». Sulla sentenza *Laserdisken v.*, oltre a NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 575 e

rientra «il diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore» (703). Certamente, sarebbe stata preferibile una più chiara e argomentata presa di posizione sul punto, che andasse oltre la sussunzione apodittica di detto *obiter dictum*, anche considerato che mi constano sentenze in cui la Corte mostra un approccio affatto diverso. Mi riferisco alla sentenza resa sul caso *Metronome Musik* (704), in cui, premesso che «il libero esercizio di un'attività professionale fa parte, così come d'altronde il diritto di proprietà, dei principî generali del diritto comunitario» (705) e posto che «detti principi non si configurano tuttavia come diritti assoluti, ma [...] possono essere apportate restrizioni [a condizione che] rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità europea» (706) si conclude col precisare che «la tutela della proprietà letteraria ed artistica che fa parte della proprietà industriale e commerciale ai sensi dell'art. 36 del Trattato costituisca uno dei motivi d'interesse generale» (707). Si avverte immediatamente la grande distanza dalla giurisprudenza *Laserdisken* e *Promusicae*: in *Metronome Musik* l'IP, lungi dall'essere sussumibile nel paradigma proprietario tradizionale, è essa stessa una delle componenti della funzione sociale del *dominium* (708). La Corte, peraltro, mostra di

---

*passim*; L. COSTES-J.-B. AUROUX, *L'épuisement international du droit de distribution rejeté par la CJCE*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2006, XX, 30; P. RUNGE, *Prinzip der gemeinschaftsweiten Erschöpfung im Urheberrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, 666; A. ZOLLINGER, *Epuisement communautaire du droit de distribution - le droit d'auteur, un droit de propriété pour la CJCE*, in *La Semaine Juridique*, 2008, MCXLIV, 23.

<sup>703</sup>Corte eur. giust., grande sez., 29-1-2008, C-275/06, cit., § 62.

<sup>704</sup>Corte eur. giust., 28-4-1998, C-200/96, *Metronome Musik GmbH c. Music Point Hokamp GmbH*, in *Racc.*, 1998, I-1953. Sul caso *Metronome Musik v.*, ad es., G. JOLLER, *Keine Erschöpfung des Vermietrechts*, in *European Law Reporter*, 1998, 210 e T. BRAUN, *Schutz geistigen Eigentums contra Berufsausübungsfreiheit am Beispiel der Tonträgervermietung*, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1998, 627.

<sup>705</sup>Corte eur. giust., 28-4-1998, C-200/96, cit., § 21.

<sup>706</sup>*Ibidem*.

<sup>707</sup>Corte eur. giust., 28-4-1998, C-200/96, cit., § 23. Sull'art. 36 v. Corte eur. giust., 17-10-1990, C-10/89, cit., § 12 (cui rinvia anche Corte eur. giust., 18-2-1992, C-235/89, cit., § 16), là dove si statuisce che «l'art. 36 ammette deroghe al principio fondamentale della libera circolazione delle merci nel mercato comune solo nei limiti in cui tali deroghe appaiano indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico di questa proprietà» e Corte eur. giust. 15-12-1976, 35/76, *Simmenthal SpA c. Ministero delle Finanze italiano*, in *Racc.*, 1976, 1871, § 24, in cui il giudice di Lussemburgo ha dichiarato che l'art. 36, pur non avendo lo scopo di riservare talune materie alla competenza esclusiva degli Stati membri, ammette che le norme interne deroghino al principio della libera circolazione, nella misura in cui ciò sia e continui ad essere giustificato per conseguire gli obiettivi contemplati dalla disposizione in parola.

<sup>708</sup>Per talune delle poche recenti applicazioni domestiche della funzione sociale v., ad es., Cass., 14-2-2012, n. 2156, in *Imm. e propr.*, 2012, IV, 255, che riconosce il diritto del condominio disabile di fare installare un ascensore, con conseguente restrizione della scala comune (ma si noti che la limitazione dei diritti di proprietà degli altri condomini è lecita in quanto: i. L'installazione è a spese del condomino disabile e non comporta l'impossibilità di uso della scala comune; ii. Questa rimuove un «grave ostacolo alla fruizione di un primario bene della vita, quello dell'abitazione»; iii. Si tratta di una modifica «sostanzialmente e nel complesso migliorativa, in quanto suscettibile di utilizzazione anche da parte degli altri condomini»); T.A.R. Campania Napoli, 12-1-2012, n. 98, inedita, là dove si statuisce che «l'art. 42 della Costituzione, prima di statuire che la proprietà privata può essere sottoposta ad esproprio, sancisce il principio della funzione sociale di detta proprietà e dunque ammette che, senza ricorrere alla procedura di esproprio, essa possa essere urbanisticamente conformata, per fini di interesse generale, nell'esercizio degli ampi poteri che la legislazione urbanistica attribuisce agli enti locali» e Cons. Stato, 4-4-2011, n. 2083, inedita, ove si conclude che «la pianificazione di settore dell'attività estrattiva deve temperare la pluralità degli interessi coinvolti: dall'interesse economico dell'impresa esercente l'attività stessa (interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, non meno del diritto di proprietà, riconosciuto e garantito dal successivo articolo 42),



considerare l'obiettivo della tutela dei diritti IP come una specificazione del più generale obiettivo dello sviluppo culturale dell'Unione (<sup>709</sup>).

Dalle superiori riflessioni dovrebbe essere già emersa, netta, l'irriducibilità dei diritti IP alla proprietà, ma l'ultima parola spetterà al legislatore dell'Unione, sinora avaro di chiari inquadramenti teorici (o, al limite, alla Grande Sezione (<sup>710</sup>)); esso, in ogni caso, dovrà essere consapevole che, dal modo in cui saranno inquadrati questi diritti – mutuando le ricordate parole di Pesenti, che le riferì all'art. 42 cost. – «deriverà la struttura del nuovo Stato» (<sup>711</sup>). Io credo, e con ciò concludo sul punto, che riconoscere consistenza dogmatica alla formula «proprietà intellettuale» sia un «*erreur vulgaire*» (<sup>712</sup>), trattandosi di una *fiction* contrastante con la vera natura delle cose, non foss'altro che perché, come emerge in specie dal diritto vivente europeo, mentre la proprietà europea è un diritto sempre più assoluto (<sup>713</sup>), che però incontra il limite del principio della concorrenza (<sup>714</sup>), gli IPRs costituiscono in sé una limitazione al principio concorrenziale, ciò che ha fatto parlare di una

a quegli ulteriori interessi di rango costituzionale, che attengono alla tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini (articoli 9 e 32 della stessa carta costituzionale). Sia la libera iniziativa economica, sia le facoltà del proprietario in ordine all'utilizzo dei propri beni vengono, nella medesima carta costituzionale, subordinati all'«utilità» o alla «funzione» sociale, con riconosciuto carattere di valore primario dell'ordinamento delle esigenze di tutela ambientale o di salvaguardia della salute dei cittadini, quali interessi pubblici idonei a giustificare il sacrificio di singoli interessi privati».

709

*Ibidem.*

<sup>710</sup>PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 26, osserva che, allo stato, specie in considerazione dell'esistenza dell'art. 345 TFUE, «*fehlen ausreichende Anhaltspunkte für eine europarechtlich fundierte Zuordnung «neuer» Güter durch die Judikative*».

<sup>711</sup>AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavoratori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., 2075.

<sup>712</sup>M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, Paris, 1900, 455.

<sup>713</sup>Ciò con buona pace del *refrain*, inaugurato con Corte eur. giust. 14-5-1974, 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1974, 491, § 14 (col quale, prendendo in prestito le parole di RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., 127, «la Corte di Giustizia si è 'autoproclamata' giudice della proprietà») e ripetuto sino a Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, *Jozef Križan e altri c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, inedita e Trib. eur., 28-5-2013, T-187/11, *Mohamed Trabelsi e a. c. Consiglio dell'Unione europea*, inedita, § 75, «benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela».

<sup>714</sup>Per NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 624, la concorrenza costituisce il principale limite degli IPRs («le limitazioni alle quali essa [sc. l'IP] soggiace, sono funzionali ad un disegno politico mosso dall'obiettivo di instaurare la concorrenza totale»), pur sottolineandone l'irriducibilità alla tradizionale funzione sociale (essa «è tornata ad indossare i panni della regola di coesistenza della regola di coesistenza tra interessi tutti interni al blocco sociale dominante», scrive l'A. *ivi*, 623), mentre SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi* cit., 213, arriva a proporre convintamente una funzione sociale mercantile incarnata proprio dalla concorrenza («In quanto stimolo continuo all'innovazione e all'apertura del mercato a nuovi soggetti, in quanto interesse «pubblico» trascendente lo stesso interesse «privato» di singoli imprenditori, la concorrenza è [...] uno dei *fini sociali* ai quali la proprietà intellettuale deve corrispondere»; enfasi aggiunta). Per il rapporto della nuvola informatica con concorrenza e *privacy* v. R.C. PICKER, *Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud*, U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 414, [ssrn.com/abstract=1151985](http://ssrn.com/abstract=1151985). Il ruolo della concorrenza nel diritto dei privati del terzo capitalismo – come messo a fuoco da L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, *passim* – è tale da consentirmi di aderire solo parzialmente alla recente osservazione di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, I, 40, per cui «la differenza normativa del diritto delle imprese e dei mercati, rispetto al diritto degli individui proprietari, dev'essere accettata come un carattere fondante del diritto contemporaneo».



«misura anticoncorrenziale *a priori*»<sup>715</sup> e fece concludere, già a metà Ottocento, Francesco Ferrara, che «l'esistenza della proprietà letteraria ed artistica è una pianta parassita che usurpa i succhi migliori dell'albero della libertà [costituendo] eccezione al principio della libera concorrenza, cardine primitivo dell'economia» (716). E molto chiaro è, a mio avviso, anche l'art. 2598 c.c., che, nel vietare gli atti di concorrenza sleale tiene «ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto», con ciò implicitamente ammettendo il carattere intrinsecamente anticoncorrenziale dei diritti IP (717).

Netto nel medesimo senso anche il giudice europeo, là dove statuisce che «il titolare di un diritto di proprietà intellettuale ha quindi la facoltà di restringere la concorrenza per proteggere lo stesso contenuto del suo diritto esclusivo» (718). Particolarmente interessante è poi una decisione

715

L. GILLE, *La protezione della proprietà intellettuale, fattore della divisione internazionale della conoscenza*, in *Economia della conoscenza*, a cura di A. Pilati e A. Perrucci, Bologna, 2005, 207, che però vede l'IP come un «male necessario per favorire l'investimento nell'innovazione e nella creazione» (*ibidem*), tesi, come si vedrà, contestata da Boldrin e Levine. La tesi dell'intrinseca anticoncorrenzialità dell'IP è avversata da M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA 2005*, 2006, spec. 62, là dove, nel ritenere che l'idea della continuità sistematica fra disciplina della concorrenza e disciplina degli IPRs oggi incontra crescenti consensi, osserva che «se il bene giuridico concorrenza dev'essere ricostruito essenzialmente in funzione dell'efficienza dinamica dei mercati, la proprietà intellettuale non solo non è «un male» (sia pur necessario), ma è una necessaria regola del gioco, volta a fornire una chance rafforzata (oltre al diritto di prima vendita) per far sì che il processo innovativo non rallenti».

<sup>716</sup>F. FERRARA SR, *Prefazione*, in *Biblioteca dell'economista*, IV, 1, Torino, 1850, xxix; *contra* N. STOLFI, *Diritto civile*, I, 1, *Parte generale, fonti, disposizioni preliminari e transitorie*, Torino, 1919, 104. Va da sé che il rapporto fra proprietà (e diritti IP) e concorrenza è assai più complesso di quanto si possa in questa sede dar conto; ciò dipende, credo, dall'intricata relazione fra proprietà e capitalismo, infatti come osserva NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit. 2, è «impossibile non scorgere come quello tra proprietà e capitalismo sia un rapporto, per un verso, assolutamente imprescindibile e, per altro verso, carico di tensioni e contraddizioni».

<sup>717</sup>Mi sembra ascrivibile al medesimo ordine di idee Cass., 29-2-2008, n. 5437, in *Dir. ind.*, 2008, III, 277 con nota di GRADOZZI, ove si statuisce che «quando sia scaduto il diritto di privativa e venga esclusa l'imitazione servile, la produzione di elementi modulari, idonei alla connessione con quelli prodotti da impresa concorrente, non integra la violazione dell'art. 2598 n. 3 cod. civ., non potendosi qualificare come lesivo della lealtà commerciale un comportamento che avvantaggia il consumatore dal lato della pluralità dell'offerta, anche se finalizzato alla contesa e conseguente sottrazione della clientela, quando non risulti violata alcuna regola di correttezza professionale o commerciale». Si segnala che la tendenza giurisprudenziale di maneggiare l'art. 2598 nel senso di ampliare la tutela di invenzioni e segni distintivi di là dalla disciplina loro propria. In tal senso da ultimo, in tema di brevetti per modelli di utilità, Cass., 16-1-2013, n. 1000, inedita, per cui «l'imitazione servile del prodotto di impresa concorrente può configurare atto di concorrenza sleale a prescindere dalla circostanza che il prodotto imitato costituisca oggetto di privativa; tuttavia, il danno cagionato dalla commercializzazione in tale ipotesi non è *in re ipsa*, ma, essendo conseguenza diversa ed ulteriore dell'illecito di violazione di privativa rispetto alla distorsione della concorrenza, richiede di essere provato secondo i principi generali che regolano le conseguenze del fatto illecito, solo tale avvenuta dimostrazione consentendo al giudice di passare alla liquidazione del danno». V. anche Trib. Bologna, sez. IP, 13-9-2010, inedita. Sul senso dell'art. 2598 c.c., in senso contrario al testo, v. LIGI, *Il problema economico della personalità*, cit., 594, il quale, nell'encomiabile sforzo di dimostrare che la concorrenza sia un mezzo e non un fine, critica Cass., 22-10-1956, n. 3805, in *Riv. dir. ind.*, 1957, II, 209, che con grande chiarezza statuisce che «la libertà di commercio è di pubblico vantaggio; pertanto i limiti ad essa imposti vanno interpretati restrittivamente».

<sup>718</sup>Trib. eur., 15-11-2001, T-151/01 R, cit., § 182, di talché mi riesce incomprensibile la precisazione, nell'immediato prosieguo, per cui «il diritto di marchio costituisce un elemento essenziale del sistema di concorrenza non falsato» (*ivi*, § 183, che riprende *verbatim* Corte eur. giust., 17-10-1990, C-10/89, cit., § 13). L'unica via d'uscita, sforzandosi di ricondurre a coerenza gli evocati passaggi, potrebbe essere di considerare la concorrenza di cui al § 181 come il principio espressione di un interesse generale ad un assetto concorrenziale del mercato nella sua interezza, mentre nel paragrafo successivo ci si riferirebbe all'interesse privato del singolo

della Grande Sezione del 16-4-2013 <sup>(719)</sup> in materia di brevetto unitario europeo <sup>(720)</sup>. I ricorrenti sostenevano, come motivo principale, che non fosse possibile procedere nel settore IP mediante la procedura di cooperazione rafforzata, poiché non era coinvolta una delle competenze concorrenti tra gli Stati membri e l'Unione – unico campo in cui è ammesso non procedersi per la via eurunionista ordinaria (art. 20, § 1 TUE) – rientrando la protezione uniforme degli IPRs nella competenza esclusiva di quest'ultima prevista all'art. 3, § 1, lett. b), TFUE, riguardante la «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» <sup>(721)</sup>. Il Consiglio non sarebbe stato, dunque, competente ad autorizzare la cooperazione rafforzata controversa (dec. 2011/167, su cui tornerò nelle conclusioni). La soluzione è ampiamente discrezionale, non offrendo la lettera dell'art. 118 TFUE, sui titoli IP europei, indicazioni univoche (anche la concorrenza, infatti, rientra «[n]ell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno») e ciò contribuì a rendere il *dictum* particolarmente degno di attenzione, in quanto espressivo del clima culturale e delle scelte giuspolitiche della Corte di Lussemburgo. Il giudice dell'UE interpreta estensivamente l'art. 26, per cui «le competenze rientranti nel settore del mercato interno non si limitano a quelle, conferite dagli articoli 114 TFUE e 115 TFUE, relative all'adozione di misure di

---

imprenditore ad essere competitivo, cioè capace di restare su un determinato mercato. Non riesco, invece, a non considerare come un errore la circostanza che il Tribunale ritenga di poter fondare «l'interesse pubblico connesso al rispetto del diritto di proprietà, in generale, e a quello dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare» (§ 220) sugli artt. 36 e 345 TFUE, il primo riguardante *apertis verbis* esclusivamente i diritti IP, il secondo costituente un limite alla legislazione europea in materia di proprietà e giammai un fondamento della stessa. Il medesimo errore è compiuto da Trib. eur., 26-10-2001, C-184/01, *IMS Health, Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2005, II-817, § 143, là dove statuisce che «l'interesse generale per quanto riguarda i diritti di proprietà in generale e i diritti di proprietà intellettuale in particolare è esplicitamente richiamato dagli artt. 30 CE e 295 CE».

719

Corte eur. giust., grande sez., 16-4-2013, C-274/11 e C-295/11, cit., su cui v. M. BELLEZZA, *Cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo ad effetto unitario*, in *Giur. it.*, 2013, V, 1006; M. GRANIERI, *Brevetto unitario e giurisdizione unica in materia di brevetti tra Europa e due velocità e geometrie variabili*, in *Foro it.*, 2013, 4, V, 223; S. ZEITZMANN, *Patentrecht: Ermächtigung zur Verstärkten Zusammenarbeit*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, 479; U. BLUMENRÖDER-J. PETO, *The First Decision on the Unitary Patent: the Court Dismissed the Actions of Spain and Italy*, in *European Law Reporter*, 2013, 110. Le decisioni più recenti dei giudici nazionali in materia di brevetto europeo sono Cass., sez. un., 10-6-2013, n. 14508, in *Dir. ind.*, 2013, 5, 490; Cass., 11-1-2013, n. 622, in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1180 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, sez. IP, 5-1-2012, in *Giur. it.*, 2013, I, 86, con nota di VALENTE.

<sup>720</sup>Sul brevetto europeo, oltre la dottrina citata nella nota precedente, v. G. FLORIDIA, *Il brevetto unitario: cui prodest?*, in *Dir. ind.*, 2013, III, 205; T. JAEGER, *Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise*, in *IIC*, 2013, IV, 389; M. SCUFFI, *Il brevetto europeo con effetto unitario e l'"Unified Patent Court"*, in *Dir. ind.*, 2013, II, 156; G. CAGGIANO, *Il pacchetto normativo sul 'brevetto europeo unitario' tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di illegittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale*, in *Dir. UE*, 2012, IV, 683; P. GELATO-F. LALA, *Brevetto unitario per l'Europa o brevetto europeo (con effetto) unitario? Nodi giuridici e linguistici nella prospettiva italiana*, in *Contr. impresa Europa*, 2012, II, 516; L. MANSANI, *La strada verso il brevetto europeo con effetto unitario è ancora in salita*, *ivi*, 2012, II, 510; J.-F. GUILLOT-C. DE HAAS, *La malédiction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, *ivi*, 2012, II, 543; M. KÖHLER, *Unitary patent: complexity or simplification-How preventing territorial peculiarities of patent enforcement in harmonized judicial system? Observations from Germany*, *ivi*, 2012, II, 557; M. DÖRING,-P. ENGLAND, *An English perspective on the unitary patent and unified Patent Court*, *ivi*, 2012, II, 569.

<sup>721</sup>Si discute, insomma, se l'IP rientri nella «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno», competenza esclusiva, oppure ai sensi dell'art. 4, § 2, lett. a TFUE, nella più generale competenza concorrente in materia di mercato interno.

armonizzazione, ma si estendono a ogni competenza connessa agli obiettivi enunciati all'articolo 26 TFUE, quali le competenze attribuite all'Unione dall'articolo 118 TFUE»<sup>(722)</sup>. Sul rapporto IP/concorrenza, pur concedendosi che sia vero che le norme in materia di proprietà intellettuale sono essenziali per il mantenimento di una concorrenza non falsata nel mercato interno, «esse tuttavia non costituiscono [...] «regole di concorrenza» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE», facendo espressamente proprie, sul punto, le conclusioni dell'avvocato generale, nella parte in cui, precisato che solo gli artt. 101-109 TFUE contemplano regole concorrenziali<sup>(723)</sup>, giunge a concludere – con statuizione ai presenti fini assai significativa – che «la proprietà intellettuale in generale, e il brevetto in particolare, *considerata la loro natura, conferiscono al loro titolare un monopolio che ha influenza sulla concorrenza*»<sup>(724)</sup>. E anche la dichiarazione del Max Planck Institute di Monaco di Baviera sul *three-step test* – su cui mi soffermerò più avanti – è ascrivibile al filone di quanti considerano l'IP contrastante con la concorrenza, là dove si osserva che «*the public interest is served when the inevitable tendency of copyright law to restrict competition through the grant of exclusive rights is no greater than necessary*»<sup>(725)</sup>.

Bisogna, cionondimeno, dare atto che non sono mancate voci in apparenza dissonanti in dottrina. Penso a Mario Libertini, là dove scrive che la tutela dell'impresa e della concorrenza «impongono il riconoscimento di una tutela proprietaria delle creazioni intellettuali che si formano all'interno dell'impresa»<sup>(726)</sup>, facendosi alfiere di una tendenza tutta statunitense per cui «*Congress, the courts, and commentators increasingly treat intellectual property not as a limited exception to the principle of market competition, but as a good in and of itself*»<sup>(727)</sup>, in contrasto con un dato assodato sin dai tempi di Jefferson, cioè che «*free competition is the norm [sc. mentre] Intellectual property rights are an exception to that norm, and they are granted only when-and only*

---

722

Corte eur. giust., grande sez., 16-4-2013, C-274/11 e C-295/11, cit., § 21.

<sup>723</sup>Il ragionamento della Corte *in puncto* sembra ben più rigido di quello manifestato altre volte quando si trattava di distribuzione delle competenze (basti pensare alla dottrina dei poteri impliciti). Così, per Corte eur. giust., grande sez., 16-4-2013, C-274/11 e C-295/11, cit., § 23-24, «ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6, TFUE, la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore. Orbene, la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione nel settore delle «regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» sono stabilite alla parte terza, titolo VII, capo 1, del Trattato FUE, segnatamente agli articoli da 101 TFUE a 109 TFUE. Considerare l'articolo 118 TFUE come rientrante in tale settore sarebbe dunque in contrasto con l'articolo 2, paragrafo 6, TFUE e comporterebbe un'indebita estensione della portata dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE».

<sup>724</sup>Conclusioni dell'avvocato generale Bot, 11-12-2012, C-274/11 e C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione europea*, inedite, § 60, enfasi aggiunta.

<sup>725</sup>C. GEIGER-J. GRIFFITHS-R.M. HILTY-U. SUTHERSANEN, *Declaration on a Balanced Interpretation of the «Three-Step Test» in Copyright Law*, in *IIC*, 2008, 707 e in *JIPITEC*, 2010, I, 119, enfasi aggiunta. La traduzione italiana, curata da M. RICOLFI e T. MARGONI, è consultabile all'indirizzo [http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_italian1.pdf](http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_italian1.pdf).

<sup>726</sup>LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, cit., 63.

<sup>727</sup>LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1031.

*to the extent that-they are necessary to encourage invention»* (728). Più difficilmente inquadrabile è, a mio parere, il pensiero di Ascarelli sul punto. Egli, è vero, legge l'obbligo, gravante su tutti i consociati, di astenersi dal violare gli altrui diritti sulle creazioni intellettuali in continuità con « un carattere costante della disciplina della concorrenza, la quale sempre mette a capo alla sanzione di obblighi di fare e di non fare » (729). L'aggancio, però, è ancora troppo tenue. Qualche pagina più avanti si pone la distinzione fra monopolio in senso economico e in senso giuridico. Nella prima accezione, tenendo conto, quindi, dell'influenza sulla formazione dei prezzi, ogni nuova creazione è un fattore di superamento dei monopoli economici preesistenti, al punto da potersi riconoscere una « funzione antimonopolistica alla disciplina... monopolistica dei brevetti » (730). In senso giuridico, invece, il diritto di utilizzazione della creazione intellettuale non costituirebbe un diritto di monopolio, ché se considerato fungibile all'esclusiva, « potrebbe applicarsi anche alla proprietà di cose materiali » (731). Non mi soffermo sulla difficoltà di conciliare codesta osservazione con la proposta del medesimo autore di applicare alle creazioni intellettuali lo schema della proprietà depurato degli elementi inestricabilmente connessi alla proprietà, perché il nucleo del discorso mi pare un altro. In particolare, si dà atto che l'accentramento degli IPRs nelle mani degli imprenditori « può tradursi in una accentuazione dell'*elemento monopolistico proprio della disciplina* » (732), quando la concentrazione riguardi soltanto alcuni imprenditori. Proprio al fine di evitare questi rischi, il legislatore introdurrebbe temperamenti all'applicazione pura dello schema proprietario, prevedendo, ad es., il sistema delle licenze obbligatorie. La formula ascarelliana, che può apparire levantina, va letta, invece, come professione di coerenza rispetto alla premessa – su cui tornerò a dire qualche cosa più in là – per cui il fondamento dei diritti *de quibus* sarebbe il progresso culturale e scientifico. Caduta, come si vedrà, detta premessa, resta l'inciso sopra evidenziato, in cui si confessa che intrinseco alla disciplina IP è, a tutto concedere, un «elemento monopolistico».

L'argomento definitivo, in effetti, lo porta la storia recente, non a caso in parte divinata da Ascarelli. Da una parte, l'introduzione dell'art. 36 TFUE è la dimostrazione della consapevolezza, da parte del legislatore europeo, dell'utilizzo degli *assets* IP per limitare il commercio e ripartire i mercati (733). Dall'altra, ciò che secondo me più conta, non v'è chi non veda l'evoluzione per cui gli

---

728

*Ibidem.*

<sup>729</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 302.

<sup>730</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 312.

<sup>731</sup>*Ibidem.*

<sup>732</sup>*Ibidem.*

<sup>733</sup>E, d'altronde, lo stesso ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 321, ricorda che «il titolare del marchio può inibire non solo la contraffazione del marchio, ma anche il commercio e l'importazione di prodotti con marchi contraffatti e se pure venditore o importatore siano ignari della contraffazione».

IPRs sono migrati, nel tempo, dagli autori/inventori ai gestori imprenditoriali di beni immateriali e, in un secondo momento, da questi ad alcune società multinazionali che hanno accentrato nelle proprie mani un grandissimo numero di diritti IP <sup>(734)</sup>. Ho il sospetto che questo fenomeno sia collegato al paradigma proprietario risultato vincente (un altro esempio ne è lo *squeeze-out* <sup>(735)</sup>), ché se si fosse affermato quello personalistico sarebbe stata impensabile l'espropriazione da privato a privato che s'è invece avuta, per non dire degli scenari aperti da un ipotetico affermarsi di scenari benecomunisti. Considerazioni convergenti si ritrovano nella dottrina tedesca che, con grande chiarezza, osserva che la teorica proprietaria «*erscheint am besten geeignet, die geistig kulturell schöpferische Arbeit dem Profitinteresse des kapitalistischen Verwerters der Werke der Urheber unterzuordnen*» <sup>(736)</sup>. Non è questo, però, che qui interessa. Interessa, invece, illuminare il dato storico, niente affatto muto, del carattere oligopolistico – se non duopolistico <sup>(737)</sup> – del mercato IP, di cui forniscono quotidiana notizia le cronache giudiziarie che vedono coinvolti pressoché sempre gli stessi soggetti, cioè Apple, Samsung, Microsoft, Google, Yahoo! e Oracle <sup>(738)</sup>, che spesso tengono comportamenti definibili di «*patent trolling*», che danno luogo a vere e proprie rendite <sup>(739)</sup>.

Come si possano ridurre ad unità due diritti i quali costituiscono l'uno la deroga al principio – la concorrenza – che rappresenta, a sua volta, la prima limitazione dell'altro <sup>(740)</sup>, sinceramente

734

Non so se oggi, a distanza di oltre quarant'anni, RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 63, continuerebbe a considerare «allucinante» la previsione – attribuita ad Adolf Augustus Berle jr – dell'evoluzione dell'economia verso il controllo della stessa accentrato «nella mani di pochissime società per azioni».

<sup>735</sup>È ormai classica la definizione di F.H. O'NEAL-R.B. THOMPSON, *Oppression of Minority Shareholders. Protecting minority rights in squeeze-outs and other intracorporate conflicts*<sup>2</sup>, Deerfield, 1993, § 1.01, per cui lo *squeeze out* consiste nel «*use by some of the owners or participants in a business enterprise of strategic position, inside information, or powers of control, or the utilization of some legal device or technique, to eliminate from the enterprise one or more of its owners or participants*».

<sup>736</sup>H. PÜSCHEL, *Die Ideologie des geistigen Eigentums und das sozialistische Urheberrecht der DDR*, in *Staat und Recht*, 1967, X, 1589.

<sup>737</sup>Il 4-12-2013, il Sole 24 Ore, nel commentare il lancio sul mercato di un innovativo *smartphone* prodotto da una divisione dell'agenzia di difesa russa, ha parlato di «guerra al duopolio Apple/Google». V. G. RUSCONI, *In Europa lo YotaPhone, lo smartphone Android con doppio display. Uno Lcd, l'altro a tecnologia e-ink*, 4-12-2012, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com).

<sup>738</sup>V., a titolo meramente esemplificativo, *Oracle America, Inc. v. Google Inc.*, No. C 10-03561 WHA (N.D. Cal., filed May 23, 2012), di cui dirò qualche cosa più in là e *Apple v. Samsung* (11-CV-01846-LHK, N.D. Cal. Aug. 24, 2012), Non è un caso, giova notare sin d'ora, che il Sole 24 Ore, nel tentare un bilancio del 2012 in materia di *hi-tech* apra la rassegna con le dispute sui brevetti fra Samsung e Apple. V. G. RUSCONI, *Fatti, tendenze, prodotti: ecco come è stato il 2012 dell'hi-tech*, 31-12-2012, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), dove si avverte, fra l'altro, che «la diatriba è [...] tutt'altro che finita: le due aziende si ritroveranno davanti alla corte nel 2014 e sul piatto della discussione ci saranno nuove tecnologie e nuovi dispositivi. La guerra dei brevetti, mai come nel 2012, ha interessato praticamente tutti i grandi attori dell'universo tecnologico».

<sup>739</sup>Giova ricordare che il *troll* dei brevetti – o NPE, *non-practicing entity* – è una società che acquista brevetti, per lo più indiscriminatamente e in grandi quantità, senza lo scopo di utilizzarli per produrre beni o offrire servizi, ma solo per potere lucrare sull'inconsapevole violazione da parte di terzi.

<sup>740</sup>Non è, forse, inutile ricordare come la concorrenza sia solo il principale dei limiti alla proprietà europea. V., da ultimo, Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, cit., §§ 113-116, là dove, richiamato il consueto adagio per cui il diritto di proprietà non sarebbe una prerogativa assoluta, dovendo essere considerato in rapporto alla sua funzione sociale, per cui possono essere apportate restrizioni all'esercizio di questo diritto, purché tali

non mi è dato di comprendere. Che il rapporto intercorrente fra questi due diritti e la concorrenza sia profondamente diverso lo si ricava, invero, anche dalla giurisprudenza europea la quale, le volte in cui richiama l'art. 345 TFUE con riferimento ai diritti IP, immancabilmente recupera la competenza dell'Unione in materia – nei fatti ponendo in non cale il principio di neutralità – adducendo la motivazione della tutela delle libertà concorrenziali <sup>(741)</sup>. Quando, invece, detta disposizione vien fatta riferire alla tradizionale proprietà, o correttamente se ne deduce che la materia è riservata ai legislatori nazionali <sup>(742)</sup>, o comunque non è mai l'appiglio concorrenziale ad essere sfruttato per recuperare competenza centrale, andandosi in cerca di singole «disposizioni del Trattato [che] conferiscano alla Comunità il potere di adottare misure sanzionatorie o di protezione aventi un'incidenza sul diritto di proprietà dei singoli» <sup>(743)</sup>, le quali sono state individuate, ad es.,

---

restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile che leda la sostanza stessa del diritto così garantito, si precisa che «Per quanto concerne gli obiettivi di interesse generale precedentemente menzionati, risulta da una giurisprudenza costante che la tutela dell'ambiente figura tra tali obiettivi ed è dunque idonea a giustificare una restrizione dell'esercizio del diritto di proprietà». Per quanto riguarda la proporzionalità della lesione del diritto di proprietà in questione, poi, «allorché è possibile accertare una lesione siffatta, è sufficiente constatare che la direttiva 96/61 trova un punto di equilibrio tra le esigenze di tale diritto e quelle connesse alla protezione dell'ambiente». Di conseguenza, si conclude con lo statuire che «una decisione di un giudice nazionale, la quale sia stata adottata nell'ambito di un procedimento nazionale costituente attuazione degli obblighi imposti dall'articolo 15 *bis* della direttiva 96/61 e dall'articolo 9, paragrafi 2 e 4, della convenzione di Aarhus, e che disponga l'annullamento di un'autorizzazione concessa in violazione delle disposizioni di detta direttiva, non è idonea, in quanto tale, a configurare un'ingiustificata lesione del diritto di proprietà del gestore sancito dall'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Sulla decisione v. le lucide osservazioni di P. ICARD, *CJUE du 15 janvier 2013 « Krizan » : la prédominance du droit de l'environnement européen sur une décision d'urbanisme nationale*, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2013, I, 121. Come si ricorderà, la Convenzione di Aarhus è la convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad Aarhus, in Danimarca, il 25-6-1998 ed approvata a nome della Comunità europea mediante la decisione 2005/370/CE del Consiglio, il 17-2-2005.

741

Così già Corte eur. giust., 28-4-1998, C-200/96, cit., § 23. V. pure, *ad abundantiam*, Corte eur. giust., 17-10-1990, C-10/89, cit., § 12; Corte eur. giust., 18-2-1992, C-30/90, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.* 1992, I-829, § 18 e Corte eur. giust., 18-2-1992, C-235/89, cit., § 14, ma anche Corte eur. giust., 13-7-1995, C-350/92, cit., § 18 e Trib. eur., 15-11-2001, T-151/01 R, cit., spec. § 220. V. anche il parere di Corte eur. giust., 15-11-1994, 1/94, in *Racc.*, 1994, I-5267, § 59, là dove si è osservato che, «sul piano legislativo interno, la Comunità dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in forza degli artt. 100 e 100 A e può basarsi sull'art. 235 per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali». Un discorso analogo si registra con riferimento alle volte in cui la Corte maneggia l'art. 345 TFUE con riferimento alla teorica indifferenza fra imprese pubbliche e imprese private, la quale pure viene svuotata di qualsivoglia significato, per lo più richiamando la disciplina europea degli aiuti di Stato (così, ad es., Trib. eur., 28-2-2012, T-268/08 e T-281/08, cit., § 62; Corte eur. giust., 21-3-1991, C-305/89, cit., § 24 e Corte eur. giust., 20-3-1985, C-41/83, cit., § 13). Cfr., ad es., F. MINNECI, *Le partecipazioni pubbliche al capitale di imprese*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1991, 365; F. BO, *Amministrazione comunitaria del diritto della concorrenza : criteri di valutazione dei finanziamenti pubblici alle imprese*, in *NGCC*, 1992, I, 4; M. COCCIA, *Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di giustizia: aiuti di Stato o aiuti di status?*, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, 966; M. ORLANDI, *Aiuti di Stato mediante conferimento di capitale alle imprese*, in *Giur. merito*, 1993, 543 e G. NAPOLETANO-A.M. PICCHIA, *Il caso "British Telecommunications"*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1987, 82.

<sup>742</sup>Corte eur. giust., 18-12-1997, C-309/96, cit., § 23.

<sup>743</sup>Trib. eur., 31-1-2007, T-362/04, cit., § 77.

nelle norme su politica estera e sicurezza comune <sup>(744)</sup> e nel divieto di discriminazione <sup>(745)</sup>. Il contrasto, però, fra le posizioni sintetizzate dalle parole, rispettivamente, del MPI e di Libertini, è più apparente che reale. Sono illuminanti le parole di Ubertazzi, là dove scrive che «le due discipline antitrust e della proprietà intellettuale hanno [...] la medesima funzione, in quanto vogliono proteggere non qualsiasi concorrenza ma solo quella di innovazione e dei meriti» <sup>(746)</sup>. Il punto è, quindi, il concetto di concorrenza fatto proprio dall'osservatore. A me pare abbastanza evidente che la concorrenza come di fatto perseguita dall'Unione non sia affatto solo quella che incentiva l'innovazione, perseguendo essa, piuttosto, il disegno della concorrenza totale. Assunta questa come parametro, è difficile non riconoscere IP e concorrenza non agiscono affatto sinergicamente. Il contrasto, ovviamente, invece diventa insanabile allorquando si neghi in radice che l'IP produca innovazione, come da ultimo sostenuto specialmente da alcuni economisti <sup>(747)</sup>.

Il caso dell'IP, come nota Nivarra, è veramente paradigmatico dell'attuale fase di sviluppo capitalistico. Da una parte, infatti, l'assimilazione alla proprietà *tout court* e la dilatazione della tutela in senso orizzontale, verticale e, da ultimo, temporale, denotano la sua «ascesa al rango di forma di ricchezza prevalente e, al contempo, ne consacrano il ruolo di potente modalità di accumulazione del capitale ai danni di beni comuni quali la conoscenza e l'informazione» <sup>(748)</sup>. Dall'altra parte, le c.d. funzione sociale della proprietà intellettuale può essere letta come strumentale «ad un disegno politico mosso dall'obiettivo di istaurare la concorrenza totale [...] ultima epifania della vocazione egemonica del dominio capitalistico che, a partire dalla liberazione della forza lavoro dai vincoli feudali e dalla perentoria affermazione del principio di eguaglianza formale, non è mai stato coercizione pura ma ha sempre provato ad assimilare, almeno in parte e secondo uno ordine rigorosamente gerarchico, anche gli interessi dei subalterni» <sup>(749)</sup>, subalterni sempre meno cittadini e sempre più regnicoli, non liberi dalla proprietà, ma liberi di possedere e, soprattutto, consumare.

Pur nei rigorosi limiti imposti dalle esigenze di sintesi, prima di concludere sull'art. 17, vorrei ripercorrere alcune fra le più recenti e significative decisioni della Corte di Giustizia che ne

---

<sup>744</sup>*Ibidem*, ove pure si richiamano, in un'elencazione esemplificativa, anche talune disposizioni espressione del principio concorrenziale, le quali, però, non a caso non sono sinora mai state richiamate come materia trasversale per recuperare la competenza dell'Unione, a differenza di quanto accade per i diritti IP.

<sup>745</sup>Corte eur. giust., 6-11-1984, C-182/83, cit., § 6.

746

UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, cit., 19, che rinvia sul punto a D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 526.

<sup>747</sup>Il riferimento principale resta M. BOLDRIN-D.K. LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, Bari, 2012 (*Against Intellectual Monopoly*, New York, 2008, trad. it. a cura di E. Corbetta e M. Molinari), ma già M. BOLDRIN – D.K. LEVINE, *The Case against Intellectual Property*, in *The American Economic Review, Papers and Proceedings of the One Hundred Fourteenth Annual Meeting of the American Economic Association*, 2002, II, 209.

<sup>748</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 39.

<sup>749</sup>*Ibidem*.

ha fatto applicazione. Per gli orientamenti precedenti al 2011 resta pienamente attuale l'analisi di Nivarra <sup>(750)</sup> che, ricondotta la giurisprudenza europea in materia di proprietà ai tre filoni della proprietà intellettuale, delle limitazioni tollerabili dalla proprietà privata in generale e della commistione fra proprietà e libero esercizio delle attività economiche, specifica che i limiti alla proprietà privata trovano giustificazione in rapporto all'esigenza di salvaguardare quattro valori fondamentali: sicurezza, ambiente, salute, concorrenza. Al suo saggio sulla proprietà europea si fa, quindi, integrale rinvio. Quanto alla giurisprudenza interna, invece, mi limito a riportare quel passaggio, che conferma *apertis verbis* le ipotesi ricostruttive qui avanzate, per cui «l'art. 42 Cost., ed in particolare la funzione sociale della proprietà dove coordinarsi con l'art. 17 della Carta di Nizza che *pone la proprietà privata sotto il valore universale della libertà personale, con un referente prevalentemente individuale*, consentendone dei limiti solo per ragioni di pubblico interesse, nei casi previsti dalla legge e contro il pagamento di una giusta indennità per la perdita della stessa» <sup>(751)</sup>.

E allora solo qualche spigolatura di sentenze della Corte di Giustizia. Abbiamo, così, il caso Križan <sup>(752)</sup>, esito di una domanda *ex art.* 267 TFUE vertente sull'interpretazione della Convenzione di Aarhus <sup>(753)</sup> e, per quanto qui più direttamente interessa, della dir. 85/337, concernente la

---

<sup>750</sup>Ivi, 16.

751

Cass., 24-11-2009, n. 24688, inedita. Quanto alla giurisprudenza interna, rinvio il discorso a qualche pagina più avanti, sia perché le decisioni italiane che hanno applicato l'art. 17 CDFUE sono ancora troppo poche per ricostruire una tendenza, sia perché quella che mi sembra più significativa, Cass., 4-7-2013, n. 16753, in *Urbanistica appalti*, 2013, XI, 1148, sarà ripercorsa parlando dell'espropriazione per pubblica utilità. Per quel che mi consta, la disposizione in parola è chiamata in causa (più spesso dai ricorrenti, che non dai giudici) anche in Cass., 16-11-2012, n. 20206; Cass., 26-3-2012, n. 4787; Cass., 17-10-2011, n. 21385; Cass., 16-8-2011, n. 17310; Cass., 21-6-2011, n. 13603; Cass., 13-1-2011, n. 717; Cass., 22-4-2010, n. 9536; Cass., 5-10-2009, n. 21203; Cass., 14-7-2009, n. 16414; Corte cost., 29-7-2005, n. 345, in *Dir. ind.*, 2006, I, 5, con nota di C. MANGIAFICO, *Durata dei certificati complementari di protezione: la Consulta dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale* e in tutte le principali riviste, come ad es. *Foro it.*, 2005, I, 2601, con nota di R. ROMBOLI, *L'intervento di terzi nel giudizio incidentale sulle leggi*; Cass., 17-11-2004, n. 21750, in *Foro amm. CDS*, 2005, 51. Nella giurisprudenza amministrativa v., invece, T.A.R. Lazio Roma, 8-5-2013, n. 4586; T.A.R. Lombardia Milano, 28-3-2013, n. 803; Cons. Stato, 15-1-2013, n. 176, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, III, 252; Cons. Stato, 3-7-2012, n. 3893; T.A.R. Lazio Roma, 2-3-2012, n. 2159; T.A.R. Lazio Roma, 2-3-2012, n. 2157; T.A.R. Lazio Roma, 13-2-2012, n. 1415; T.A.R. Lombardia Milano, 8-6-2011, n. 1468; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento, 27-03-2008, n. 75, in *Giur. it.*, 2008, VIII-IX, 2076 e T.A.R. Lazio Roma, 21-4-2004, n. 3439. Fra le decisioni dei giudici di merito ho rinvenuto solo App. Roma, 4-11-2008 (tutte le pronunzie in cui non è indicato il luogo di pubblicazione sono da intendersi come inedite).

<sup>752</sup>Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, cit.. Sul caso v. F. PICOD, *Un juge national peut ne pas respecter la position d'une cour constitutionnelle s'agissant du droit de l'Union*, in *La Semaine Juridique*, 2013, V, 195 e M. FAIX, *Das Europarecht im Dialog zwischen den Gerichten der Slowakischen Republik und dem Gerichtshof der Europäischen Union*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2013, 483

<sup>753</sup>Si tratta della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad Aarhus il 25-6-1998 ed approvata a nome della Comunità europea mediante la decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17-2-2005. V., da ultimo, Corte eur. giust., grande sez., 19-12-2013, C-279/12, *Fish Legal e Emily Shirley c. Information Commissioner e a.*, inedita.



valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (<sup>754</sup>), nonché della dir. 96/61, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (<sup>755</sup>). La controversia sottostante è stata instaurata dal sig. Križan e da altri abitanti della città bratislava di Pezinok, nonché dal Mesto Pezinok contro la Slovenská inšpekcia životného prostredia (Ente slovacco per il controllo dell'ambiente), in merito alla legittimità dell'autorizzazione alla costruzione e la gestione di una discarica di rifiuti da parte di Ekologická skládka as. Il giudice del rinvio chiede, fra l'altro, se una decisione di un giudice nazionale, la quale sia stata adottata nell'ambito di un procedimento nazionale costituente attuazione degli obblighi imposti dall'art. 15 *bis*, dir. 96/61 (<sup>756</sup>) e dall'art. 9, §§ 2 e 4, della Convenzione di Aarhus (<sup>757</sup>), e che disponga l'annullamento di un'autorizzazione concessa in violazione delle disposizioni di detta direttiva, sia idonea a configurare un'ingiustificata lesione del diritto di proprietà del gestore sancito dall'art. 17 CDFUE. Il caso è molto interessante perché si fronteggiano, ancora una volta, una Corte costituzionale interna e quella europea: stavolta, però, a ruoli invertiti. Infatti, con sentenza in data 27-5-2010, l'Ústavný súd Slovenskej republiky (Corte costituzionale tedesca) aveva dato ragione a Ekologická skládka, considerando prevalente, sulle esigenze ambientali «il suo diritto fondamentale di proprietà, riconosciuto dall'articolo 20, paragrafo 1, della Costituzione, nonché il suo diritto al pacifico godimento del proprio bene, riconosciuto dall'articolo 1 del Protocollo aggiuntivo alla CEDU» (<sup>758</sup>). Seguiamo partitamente il ragionamento della Corte, perché esemplare di passaggi assai frequenti nel *rationale* delle decisioni sulla funzione sociale della proprietà, tema su cui sarà si tornerà più avanti. Ora, la premessa è che le condizioni fissate dalla dir. 96/61 limitano il godimento del diritto di proprietà dei terreni interessati da un impianto rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Tuttavia, non manca mai di precisare la Corte, il diritto di proprietà non si presenta quale prerogativa assoluta,

---

<sup>754</sup>La dir. 85/337 va tenuta presente nel testo modificato dalla dir. 2003/35 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26-5-2003.

<sup>755</sup>La dir. 96/61 è stata modificata dal reg. n. 166/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18-1-2006.

<sup>756</sup>

La disposizione richiamata prevede, per quanto qui di più diretto interesse, che gli Stati membri devono provvedere, nel quadro del proprio ordinamento giuridico nazionale, affinché i membri del pubblico interessato abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi ad un organo giurisdizionale o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni sulla partecipazione del pubblico stabilite dalla presente direttiva. Tale procedura, inoltre, dev'essere giusta, equa, tempestiva e non eccessivamente onerosa.

<sup>757</sup>Ai sensi della richiamata disposizione, «nel quadro della propria legislazione nazionale, ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico interessato [...] b) abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale e/o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni dell'articolo 6 e, nei casi previsti dal diritto nazionale e fatto salvo il paragrafo 3, ad altre pertinenti disposizioni della presente convenzione [...] Fatto salvo il paragrafo 1, le procedure di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 devono offrire rimedi adeguati ed effettivi, ivi compresi, eventualmente, provvedimenti ingiuntivi, e devono essere obiettive, eque, rapide e non eccessivamente onerose»

<sup>758</sup>Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, cit., § 43.

bensì deve essere considerato in rapporto alla sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di questo diritto, purché tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile che leda la sostanza stessa del diritto così garantito. Per quanto concerne, in particolare, gli obiettivi di interesse generale, risulta da una giurisprudenza costante<sup>(759)</sup> che la tutela dell'ambiente figura tra tali obiettivi ed è dunque idonea a giustificare una restrizione dell'esercizio del diritto di proprietà. Per quanto riguarda la proporzionalità della lesione del diritto di proprietà in questione, «allorché è possibile accertare una lesione siffatta, è sufficiente constatare che la direttiva 96/61 trova un punto di equilibrio tra le esigenze di tale diritto e quelle connesse alla protezione dell'ambiente»<sup>(760)</sup>. Alla luce di queste considerazioni, la conclusione è che la decisione di un giudice nazionale, adottata nell'ambito di un procedimento nazionale costituente attuazione degli obblighi imposti dalla dir. 96/61 e della Convenzione di Aarhus, e che disponga l'annullamento di un'autorizzazione concessa in violazione delle disposizioni di detta direttiva, «non è idonea, in quanto tale, a configurare un'ingiustificata lesione del diritto di proprietà del gestore sancito dall'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»<sup>(761)</sup>. La decisione si segnala, in definitiva, nuovo caso di scontro fra costituzioni economiche, ma stavolta con esito anti-proprietario, nonché come esempio della tendenza recente della Corte di Lussemburgo di prendere sul serio la Carta, eleggendo l'art. 17 CDFUE come parametro unico della proprietà e abbandonando i ragionamenti fondati sulle tradizioni costituzionali comuni e i principi generali (e non richiamando mai il I prot. add. CEDU).

Un'altra decisione fornisce interessanti indicazioni. Si tratta del caso *Trabelsi* di maggio 2013<sup>(762)</sup>, che si inserisce in un filone veramente cospicuo di sentenze europee che individuano nella sicurezza (soprattutto nell'ambito della lotta al terrorismo) un importante contenuto della funzione sociale<sup>(763)</sup>, filone che ha trovato da ultimo nuova linfa nelle tristemente note vicende

---

<sup>759</sup>V., ad es., Corte eur. giust., 7-2-1985, 240/83, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, in *Racc.*, 1985, 531, § 13; Corte eur. giust., 2-4-1998, C-213/96, *Outokumpu Oy*, in *Racc.*, 1998, I-1777, § 32, nonché Corte eur. giust., 9-3-2010, C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA e Syndial SpA c. Ministero dello Sviluppo economico e a. e ENI SpA c. Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare e a.*, in *Racc.*, 2010, I-2007, § 81.

<sup>760</sup>

Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, cit., § 115.

<sup>761</sup>Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, cit., § 116.

<sup>762</sup>Trib. eur., 28-5-2013, T-187/11 cit. Sull'arresto v. D. SIMON, *Mesures restrictives. Série d'annulations de mesures restrictives liées à la situation en Tunisie*, in *Europe*, 2013, VII, 20.

<sup>763</sup>V., ad es., Corte eur. giust. 3-12-2009, C-402/05 P e C-415/05 P, *Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea e Chafiq Ayadi c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2009, I-11393; Corte eur. giust. 3-9-2008, C-402/05 P e C-415/05 P, cit.. Cfr. SANDULLI, *I rapporti tra diritto europeo ed internazionale*, cit., 513; S. CASSESE, *Ordine comunitario e ordine globale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1091 ed E. CHITI, *I diritti di difesa e di proprietà nell'ordinamento europeo*, *ivi*, 2008, 1093. Sul seguito di quest'ultima importante sentenza v. Corte eur. giust., grande sez., 18-7-2013, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea e a. c. Yassin Abdullah Kadi*, inedita.

siriane (<sup>764</sup>). Essa merita di essere ricordata, da una parte, perché costituisce un passo avanti nella direzione della «presa sul serio» della Carta – ciò in quanto l'intero ragionamento è plasmato dalle sue disposizioni – dall'altra perché epifania della deriva legalista di cui meglio si dirà nel prosieguo.

La controversia sottostante all'arresto in parola origina dal congelamento dei beni di Mohamed Ben Moncef Ben Mohamed Trabelsi (nipote dell'ex Presidente della Repubblica di Tunisia Zine el-Abidine Ben Ali) in forza della dec. 2011/72 (<sup>765</sup>), con la quale l'Unione, con generoso gesto di esportazione della democrazia, ha offerto il proprio «pieno sostegno alla Tunisia e al popolo tunisino negli sforzi intesi a istituire una democrazia stabile, lo stato di diritto, il pluralismo democratico e il pieno rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali».

Dal testo della sentenza emerge che le condizioni alle quali può essere ammessa una limitazione all'esercizio del diritto di proprietà sono ormai da trarre esclusivamente dal combinato disposto degli artt. 17 e 52, § 1 CDFUE, quest'ultimo nella parte in cui dispone che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta debbano, in ogni caso, essere previste dalla legge e rispettare il *Wesensgehalt* e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Si deve trattare non solo passare attraverso le strettoie di un interesse pubblico (questo il senso di «generale riconosciuto»), ma si deve trattare altresì dell'ordine pubblico eurunionista, essendo, quindi, ormai, sottratta alla disponibilità degli Stati la possibilità di individuare delle limitazione per il proprio interesse interno. Anche qua un ritorno all'Ottocento, quando la l. n. 2359/1865 (<sup>766</sup>), senza una particolare sensibilità per il sociale, stabiliva, con formula tautologica, che sarebbero state «di pubblica utilità», tutte le opere «espressamente dichiarate tali per atto dell'Autorità competente» (art. 2, co. 1), anche quando realizzate dai privati e che, nel caso di occupazione totale, l'indennità avrebbe dovuto essere pari al prezzo che il bene avrebbe avuto «in una libera contrattazione di compravendita» (art. 39), per non parlare dell'art. 13, co. 3, l. n.

---

<sup>764</sup>Così da ultimo Trib. eur., 13-9-2013, T-383/11, *Eyad Makhoul c. Consiglio dell'Unione europea*, inedita. Come noto, condannando la violenta repressione delle pacifiche manifestazioni di protesta avvenute in varie località della Siria e chiedendo alle forze di sicurezza siriane di dar prova di moderazione, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato, il 9-5-2011, la dec. 2011/273 relativa a misure restrittive nei confronti della Siria. Data la gravità della situazione, il Consiglio ha imposto un embargo sulle armi, un divieto di esportazioni di materiale che potrebbe essere utilizzato a fini di repressione interna, restrizioni all'ammissione nell'Unione europea, nonché un congelamento dei capitali e delle risorse economiche di determinate persone ed entità responsabili della violenta repressione perpetrata contro la popolazione civile siriana. Nel caso di specie si è concluso che «data la fondamentale importanza della tutela dei civili in Siria e le deroghe previste dalle decisioni impugnate, le restrizioni del diritto di proprietà e del rispetto della vita privata del ricorrente dovute alle decisioni impugnate non sono sproporzionate» (§ 106).

<sup>765</sup>

V. anche le modifiche introdotte dalle dec. 2012/50 del 27-1-2012 e 2013/72 del 31-1-2013

<sup>766</sup>Detta legge è stata abrogata dall'art. 58, d.lgs. n. 325/2001 e l'abrogazione è stata confermata dall'art. 24, d.l. n. 112/2008.

2892/1885, in forza del quale l'indennizzo poteva superare financo il valore di mercato (<sup>767</sup>).

Dal combinato disposto *de quo* si desume che, per essere ritenuta conforme al diritto dell'Unione, una limitazione all'esercizio del diritto di proprietà deve, in ogni caso, rispondere a tre condizioni. In primo luogo, la limitazione deve essere «prevista dalla legge» (<sup>768</sup>). In altri termini, la misura in questione deve avere un fondamento normativo specifico e valido. *In secundis*, essa deve perseguire un obiettivo di interesse generale, riconosciuto come tale dall'Unione. Nel novero di tali obiettivi rientrano quelli perseguiti nell'ambito della PESC, menzionati all'art. 21, § 2, lett. b) e d), TUE, vale a dire il sostegno alla democrazia, allo Stato di diritto e ai diritti dell'uomo, nonché allo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo con l'obiettivo primo di eliminare la povertà. In terzo luogo, la limitazione non deve essere eccessiva. Da un lato, essa deve essere necessaria e proporzionale allo scopo perseguito (<sup>769</sup>), dall'altro, il contenuto essenziale del diritto o della libertà in questione, non deve essere in alcun caso leso (<sup>770</sup>).

Ciò che emerge è, da una parte, il rigore dell'esame cui sono sottoposte le limitazioni al diritto di proprietà (e l'indefettibilità dei tre ricordati *step* (<sup>771</sup>)), dall'altra la centralità del principio di legalità inteso in senso formale: il controllo del suo rispetto è presupposto impreteribile per l'ammissibilità di una restrizione al *dominium*, al punto da essere considerato scriminante, anche quando la sua violazione non sia stata in alcun modo allegata, né tantomeno provata, dai ricorrenti

---

<sup>767</sup>A mente della citata disposizione, «l'indennità dovuta ai proprietari degli immobili espropriati sarà determinata sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio purché essi abbiano la data certa corrispondente al rispettivo anno di locazione». Come ha notato Corte cost. 24-10-2007, n. 348, la legge in parola, essendo mirata al risanamento di una grande città, prevedeva coerentemente il ricorso, ai fini della media, alla somma risultante dai «fitti coacervati» dell'ultimo decennio. C'era l'evidente e dichiarata finalità di indennizzare i proprietari di fabbricati ricadenti nell'area urbana, tenendo conto che gli stessi erano per lo più degradati, ma densamente abitati da inquilini che pagavano alti canoni di locazione. Si intendeva, in tal modo, indennizzare i proprietari per il venir meno di un reddito concreto costituito dai fitti che gli stessi percepivano. L'indennizzo così calcolato poteva essere anche più alto del valore venale del bene in sé e per sé considerato.

768

Trib. eur., 28-5-2013, T-187/11, cit., § 79 e, *ex plurimis*, Corte eur. giust., 1-7-2010, C-407/08 P, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2010, I-6375, § 91.

<sup>769</sup>Si tratta di un orientamento consolidato, come attestano Corte eur. giust., 30-7-1996, C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e a.*, in *Racc.*, 1996, I-3953, § 26 e Corte eur. giust. 3-9-2008, C-402/05 P e C-415/05 P, cit., §§ 355 e 360. Cfr. L. CAPPUCCIO, *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europea nel "caso Bosphorus"*, in *Quad. cost.*, 2006, 149.

<sup>770</sup>V., in tal senso, Corte eur. giust. 14-5-1974, 4/73, cit., § 14, e Corte eur. giust. 3-9-2008, C-402/05 P e C-415/05 P, cit., § 355.

<sup>771</sup>Secondo una giurisprudenza ormai costante, il giudice dell'Unione, pur dovendo limitarsi a statuire sulla domanda delle parti, cui spetta delimitare l'ambito della lite, non può essere vincolato ai soli argomenti invocati dalle parti a sostegno delle loro pretese, a rischio di vedersi costretto, eventualmente, a basare la propria decisione su considerazioni giuridiche erronee (v. ad es. Trib. eur., 28-5-2013, T-187/11, cit., § 82; Corte eur. giust., 21-9-2010, C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Regno di Svezia contro Association de la presse internationale ASBL (API) e Commissione europea (C-514/07 P)*, *Association de la presse internationale ASBL (API) contro Commissione europea (C-528/07 P)* e *Commissione europea contro Association de la presse internationale ASBL (API)*, in *Racc.*, 2010, I-8533, § 65 e Corte eur. giust. 13-6-2006, C-172/05 P, *Ornella Mancini c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2006, I-77, § 41).

(<sup>772</sup>). La legalità, convergendo sinergicamente col paradigma proprietario europeo, contribuisce all'espulsione della funzione sociale della struttura del diritto di proprietà e così, nel caso di specie, la lotta al terrorismo va in secondo piano e il funzionario corrotto Trabelsi torna nel possesso dei suoi capitali, per essersi l'Unione macchiata del crimine di mancato rigoroso rispetto di tutti i crismi di legge.

Una delle ultime occasioni in cui la Corte di Giustizia si è confrontata col tema d'interesse è il caso *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk* (<sup>773</sup>), in materia di diritti di trasmissione televisiva di eventi sportivi. La questione pregiudiziale sollevata dal Bundeskommunikationssenat austriaco (<sup>774</sup>) verte sulla validità dell'art. 15, § 6, dir. 2010/13 (<sup>775</sup>), relativa alla fornitura di servizi di media audiovisivi ed è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra Sky Österreich GmbH e Österreichischer Rundfunk (ORF) in merito alle condizioni economiche di concessione a quest'ultimo del diritto di accesso al segnale satellitare per la realizzazione di brevi estratti di cronaca. Sky ha acquisito i diritti esclusivi di trasmissione televisiva sul territorio austriaco degli incontri di calcio dell'Europa League per le stagioni 2009/2010-2011/2012 e ha concesso ad ORF il diritto di realizzare brevi estratti di cronaca dietro un lauto corrispettivo, che diviene illegittimo a seguito dell'entrata in vigore della dir. 2010/13, in forza della quale non si può esigere un compenso

---

<sup>772</sup>Si legge in Trib. eur., 28-5-2013, T-187/11, cit., § 83, che «nessuna delle parti ha chiesto al Tribunale di procedere a tale verifica».

<sup>773</sup>Corte eur. giust., grande sez., 22-1-2013, C-283/11, cit. Cfr. F. GAZIN, *Conciliation des droits et libertés. Intéressante affaire donnant l'occasion au juge de l'Union de construire un raisonnement complet permettant de vérifier la conformité du droit dérivé de l'Union au regard des droits fondamentaux*, in *Europe*, 2013, III, 11 e G. ZIEGENHORN, *EU-Grundrechte: Beschränkung der Kostenerstattung für Kurzberichterstattung über Ereignisse von großem öffentlichen Interesse*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, 351.

774

Il Bundeskommunikationssenat è stato istituito dalla legge federale recante creazione della Kommunikationsbehörde Austria e del Bundeskommunikationssenat (*Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates*, in prosieguo il «KOG»), per controllare le decisioni della Kommunikationsbehörde Austria (autorità di regolamentazione in materia di comunicazioni; in prosieguo: la «KommAustria») ed al fine di esercitare il controllo giuridico sull'Österreichischer Rundfunk in qualità di autorità collegiale con componente giurisdizionale ai sensi dell'art. 20, § 2, *Bundes-Verfassungsgesetz*.

<sup>775</sup>Può essere utile riportare il tenore testuale della menovata disposizione: «1. Gli Stati membri provvedono a che, ai fini della realizzazione di brevi estratti di cronaca, ogni emittente stabilita nell'Unione abbia accesso, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, a eventi di grande interesse pubblico trasmessi in esclusiva da un'emittente soggetta alla loro giurisdizione. 2. Se un'altra emittente stabilita nello stesso Stato membro dell'emittente richiedente l'accesso ha acquisito diritti esclusivi per l'evento di grande interesse pubblico, l'accesso è richiesto a tale emittente. 3. Gli Stati membri provvedono a che tale accesso sia garantito consentendo alle emittenti di scegliere liberamente brevi estratti a partire dal segnale dell'emittente di trasmissione, ma con l'obbligo di indicarne almeno la fonte, a meno che ciò sia impossibile per ragioni pratiche. 4. In alternativa al paragrafo 3, gli Stati membri possono istituire un sistema equivalente che consenta l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie secondo altri metodi. 5. I brevi estratti sono utilizzati esclusivamente per i notiziari di carattere generale e possono essere utilizzati in servizi di media audiovisivi a richiesta soltanto se lo stesso programma è offerto in differita dallo stesso fornitore di servizi di media. 6. Fatti salvi i paragrafi da 1 a 5, gli Stati membri garantiscono, conformemente ai loro sistemi giuridici e alle loro prassi giuridiche, che le modalità e condizioni concernenti la fornitura di siffatti brevi estratti siano definite, in particolare per quanto concerne eventuali accordi per i compensi, la lunghezza massima degli estratti brevi e i limiti di tempo riguardo alla loro trasmissione. Qualora sia previsto un compenso, esso non deve superare i costi supplementari direttamente sostenuti per la fornitura dell'accesso».

superiore ai costi supplementari direttamente connessi alla fornitura dell'accesso al segnale satellitare, costi, nella specie, pari a zero. Per questo motivo, il Bundeskommunikationssenat ritiene che il diritto di realizzare brevi estratti di cronaca costituisca un'ingerenza nel diritto di proprietà, ai sensi dell'art. 17, dell'emittente televisiva che abbia contrattualmente acquisito in esclusiva i diritti di ritrasmissione relativi ad un evento di grande interesse pubblico. La Corte di Giustizia, dal canto suo, ritiene che la questione cruciale sia «se le garanzie sancite dall'articolo 17, paragrafo 1, della Carta si estendano effettivamente ai diritti esclusivi di trasmissione televisiva contrattualmente acquisiti»<sup>(776)</sup>. L'occasione è propizia per offrire una nozione di proprietà europea sì ampia, ma più ristretta di quella CEDU<sup>(777)</sup> e infatti si statuisce che «la tutela attribuita da tale articolo non verte su semplici interessi o opportunità di carattere commerciale, il cui carattere aleatorio è inerente alla natura stessa delle attività economiche, bensì su diritti aventi valore patrimoniale da cui deriva, con riguardo all'ordinamento giuridico, una posizione giuridica acquisita che consente l'esercizio autonomo di tali diritti da parte e a favore del suo titolare»<sup>(778)</sup>. I diritti *de quibus* hanno certamente un valore patrimoniale, ma non costituiscono una posizione giuridica acquisita e ciò alla luce del *ius superveniens* di cui alla ricordata direttiva e per questo si dà ragione a ORF e si conferma la validità della normativa europea. Non si tratta, quindi, di una reviviscenza della funzione sociale *sub specie* bilanciamento proprietà-cronaca, bensì di una questione di qualificazione giuridica tale per cui il diritto soccombe proprio perché non può essere considerato proprietà. È stato, inoltre, sostenuto che il ragionamento della Corte sia ispirato ad «oltranzismo filoproprietario, nel senso che la pura e semplice previsione dell'obbligo di licenziare la riproduzione di spezzoni dell'eventi sarebbe incompatibile con il diritto di proprietà protetto dall'art.17, paragrafo 1 CDFUE, per questa via dovendosi escludere la possibilità che l'esclusivista esiga un corrispettivo che incorpori una quota di profitto. In realtà siamo in presenza di un banale limite ad una situazione di stampo dominicale, imposto in funzione della tutela di un interesse pubblico (l'informazione del pubblico)»<sup>(779)</sup>.

Un ultimo caso, infine, illuminerà la considerazione della proprietà come diritto umano, i connessi effetti della dilatazione del paradigma proprietario e la circostanza che, in forza dell'art. 17 CDFUE l'Unione giunge a dettare anche regole di estremo dettaglio, con buona pace dei principi di neutralità e sussidiarietà.

Mi riferisco al caso Irimie di aprile 2013, in materia di ripetizione dell'indebito *sub specie*

---

<sup>776</sup>Corte eur. giust., grande sez., 22-1-2013, C-283/11, cit., § 34.

<sup>777</sup>Cfr. Corte EDU, grande ch., 11-1-2007, 73049/01, cit., § 1.C.1

778

Corte eur. giust., grande sez., 22-1-2013, C-283/11, cit., § 34.

<sup>779</sup>NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 11, nt. 37.

rimborso di imposte riscosse in violazione del diritto dell'UE <sup>(780)</sup>. La legislazione rumena aveva commesso il peccato di prevedere la restituzione delle imposte indebitamente pagate e di ogni altra somma connessa, con interessi decorrenti dal giorno della domanda giudiziale. E ciò per ogni caso di imposizione non dovuta, non solo per l'eventualità di violazione del diritto europeo (di talché nessun profilo discriminatorio si sarebbe potuto rilevare). Il Tribunalul Sibiu, giudice del rinvio, però, dubita della conformità di tale regola con il diritto dell'Unione, in particolare con il diritto di proprietà «sancito dall'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 6 TUE» <sup>(781)</sup>. A questo punto la Corte si lancia in uno dei frequenti casi – lo si è visto in materia di principio di neutralità e diritti IP – di affermazioni di principio da cui vengono tratte conseguenze in deroga al principio (quando non in aperto contrasto). Infatti, da una parte si dichiara solennemente che «in assenza di disciplina dell'Unione, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i requisiti in presenza dei quali gli interessi devono essere corrisposti, segnatamente per quanto riguarda l'aliquota degli interessi medesimi e le loro modalità di calcolo» <sup>(782)</sup>. Dall'altra, però, ci si affretta a chiarire che detti requisiti «non devono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» <sup>(783)</sup>. Il primo aspetto, quello della discriminatorietà, è, come detto, escluso *per tabulas* <sup>(784)</sup>, per cui la decisione della Corte si appunta sul secondo, in continuità col *dictum* Littlewoods <sup>(785)</sup>. Uno Stato, quindi, non ha il diritto di prevedere «soltanto» la restituzione dell'indebito e gli interessi dal giorno della domanda, perché codesta decorrenza non è, come sembra, un aspetto di dettaglio, bensì l'emersione di un grave caso di violazione del principio di effettività, «privare il contribuente di un rimborso adeguato per il danno derivante dalla perdita dovuta all'indebito versamento della tassa» <sup>(786)</sup>. Molte

---

<sup>780</sup>Corte eur. giust., 18-4-2013, C-565/11, cit.. Cfr. F. GAZIN, *Répétition de l'indu*, in *Europe*, 2013, VI, 14; ID., *L'étendue du versement des sommes dues par les États en violation du droit de l'Union européenne: le beurre et l'argent du beurre au service de l'efficacité du droit*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2013, 475 e A. VAN EIJSDEN, *Comment to ECJ, 18-4-2013, C-565/11, Mariana Irimie* in *Highlights & Insights on European Taxation*, 2013, VII, 12.

<sup>781</sup>Corte eur. giust., 18-4-2013, C-565/11, cit., § 14. In questo richiamo congiunto leggo la coscienza, da parte del giudice del rinvio, del *Wendepunkt* costituito dalla costituzionalizzazione della CDFUE.

<sup>782</sup>

Corte eur. giust., 18-4-2013, C-565/11, cit., § 23.

<sup>783</sup>*Ibidem*.

<sup>784</sup>*Ivi*, § 25, si legge che «dal fascicolo di cui dispone la Corte sembra risultare che il regime di cui al procedimento principale, che concede gli interessi soltanto a partire dal giorno successivo alla data della domanda di restituzione della tassa indebitamente riscossa, si applica a tutte le somme che devono essere restituite mediante fondi pubblici, tanto quelle riscosse in violazione del diritto dell'Unione quanto quelle riscosse contro il diritto nazionale».

<sup>785</sup>Corte eur. giust., 19-7-2012, C-591/10, *Littlewoods Retail Ltd e a. c. Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, inedita, §§ 27-28.

<sup>786</sup>Corte eur. giust., 18-4-2013, C-565/11, cit., § 26.

discipline nazionali, allora, versano oggi in una condizione di illegalità europea, come i Paesi Bassi, dove, in virtù del regime introdotto nel 2013, si prevede che le autorità competenti «*do not give any reimbursement of interest with regard to the payment of the tax unduly levied, provided that they repay the tax unduly levied within a reasonable time as laid down in tax law*»<sup>(787)</sup>. Non mi stupirei se, a questo punto, giungesse una condanna all'Italia per il regime di cui al combinato disposto degli artt. 38 e 44, d.P.R. n. 602/1973, per cui il contribuente italiano ha diritto all'interesse del 1 % per ognuno dei semestri interi, escluso il primo, compresi tra la data del versamento o della scadenza dell'ultima rata del ruolo in cui è stata iscritta la maggiore imposta e la data dell'ordinativo emesso dall'intendente di finanza o dell'elenco di rimborso<sup>(788)</sup>.

Oltre a quanto detto, si può aggiungere che il senso del ricorso al paradigma proprietario in materia fiscale è stato colto da chi ha posto in luce, con riferimento al caso *Schröder*<sup>(789)</sup>, che «il diritto di proprietà viene invocato per porre un argine ad una tassazione ritenuta troppo elevata, in piena sintonia con quegli argomenti, di matrice ideologica facilmente riconoscibile, per cui il prelievo tributario è una forma di esproprio senza neppure la garanzia di cui è corredato quest'ultimo»<sup>(790)</sup>.

Per il momento ci si può arrestare perché ulteriori approfondimenti perterranno alle pagine seguenti, ma come *Zwischenergebnis* credo già sia emerso che il paradigma proprietario europeo ha una struttura ben più semplice di quello tradizionale italiano, è uno schema ampio in grado di includere una serie di situazioni assai eterogenee e irriducibili a quelle proprie del campo applicativo interno, uno schema che, permeato dai valori neoliberisti, *in primis* dall'individualismo, converge con l'attuale deriva legalista<sup>(791)</sup> e segna il ritorno del binomio proprietà-libertà, in piena consonanza con una stagione in cui si crede che allo Stato, alla democrazia e alla società, si possano surrogare i diritti umani, volto buono della globalizzazione.

---

<sup>787</sup>VAN EIJSDEN, *Comment*, cit., 13, nota che il caso Irimie «*is crucial for the daily practice of tax practitioners in various Member States. This has to do with the fact that Romania is not the only Member State which does not reimburse interest as from the date of payment of the tax unduly levied*».

<sup>788</sup>Chiarisce un aspetto importante di questo regime Cass., 12-9-2012, n. 15246, in *GT Riv. giur. trib.*, 2013, I, 26, per cui «in tema di ritardato rimborso di imposte indebitamente pagate, il tasso legale degli interessi moratori dovuti dall'erario è, in forza dei decreti ministeriali emessi in materia, quello vigente al momento in cui viene a scadenza ciascun singolo semestre successivo al primo, poiché l'art. 44 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, prevedendo che tali interessi debbano essere corrisposti "per ognuno dei semestri interi, escluso il primo", impiega una formula linguistica da cui è ragionevole desumere tale conclusione».

789

Corte eur. giust. 11-7-1989, 265/87, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, in *Racc.*, 1989, 2237.

<sup>790</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 21.

<sup>791</sup>Sul rapporto proprietà-legalità si è scritto molto. Per gli aspetti che qui più interessano v., per il diritto europeo, con particolare riferimento all'esemplare vicenda dell'occupazione acquisitiva, RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., 106 e *passim*; per il diritto interno v. V. CARBONE, *Proprietà e legalità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 141.



### 3.5 Sul fondamento della proprietà intellettuale. Concezioni debolissima, debole e forte in giurisprudenza e dottrina.

Non si può tacere che il Trattato di Lisbona ha riportato all'ordine del giorno non solo la questione della natura dei diritti IP, ma anche quella del fondamento (<sup>792</sup>), legata a doppio filo con la prima, ma dalla quale va tenuta nettamente distinta (<sup>793</sup>). Dal quadro suesposto si ricava già l'impressione che non vi sia spazio per individuare un fondamento chiaro degli IPRs a livello europeo – né la proprietà né lo sviluppo culturale sono del tutto soddisfacenti –, o meglio, l'art. 17, § 2 fornisce un fondamento nel senso debole del termine (<sup>794</sup>), obbligando in effetti il legislatore a proteggere gli interessi di autori e inventori – ciò che non mi sembra sia contestato seriamente da nessuno – non, però, nel senso forte di «garantire la persistenza degli elementi essenziali del sistema attuale di diritto d'autore» (<sup>795</sup>). Sul punto è bene spendere qualche altra parola.

Stando alle intenzioni del legislatore fascista, mi sembra chiaro che, come dimostra *in primis* la collocazione sistematica delle norme sulle opere dell'ingegno (con soluzione di continuità rispetto ai codici abrogati, che inserivano la disciplina all'interno di quella del diritto di proprietà), il fondamento è riconducibile alla «superiore tutela del lavoro» (<sup>796</sup>) che trova espressione nelle opere dell'ingegno e nelle invenzioni (<sup>797</sup>). Ora, a me sembra che ciò sia conforme alla giustificazione tradizionale dei diritti sui beni immateriali, per cui si consente l'appropriazione temporanea degli stessi, come giusta ricompensa degli autori o inventori, nella convinzione che altrimenti si smetterebbe di creare, arrecando così nocimento allo sviluppo della cultura e della scienza. In altri

---

<sup>792</sup> Cfr. ad es. il recente e approfondito lavoro di R.P. MERGES, *Justifying Intellectual Property*, Harvard, 2011, ma anche M.G. JORI, *Diritto, nuove tecnologie e comunicazione digitale*, Milano, 2013, 2 e *passim* e W.T. HONG, *Establishing an Ethical Justification for Intellectual Property*, in *Intersect*, 2010, I, 1 e, risalenti ma non superati, E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 1975, III, 307 e STOLFI, *Proprietà intellettuale*, II, cit., 419.

<sup>793</sup> Per quanto i piani del fondamento e della natura abbiano forti interrelazioni, il primo attiene più alle ragioni che rendono il diritto meritevole di tutela, il secondo alle caratteristiche intrinseche e strutturali del diritto medesimo. Mi pare che le due questioni siano confuse in PATTI-DELLE MONACHE, *Responsabilità civile*, cit., 515, nt. 4, che scrivono «in Italia il diritto d'autore ha trovato un primo fondamento enlla concezione proprietaria, per poi perfezionarsi nell'ambito della tutela della remunerazione del lavoro creativo». Il cortocircuito logico si rende tanto più evidente, ove si pensi che la proprietà stessa è lockianamente considerata fondata sul lavoro.

<sup>794</sup>

Nel mio lavoro dottorale ho distinto, in materia di fondamento degli IPRs – questione connessa ma distinta da quella della loro natura – fra un senso forte, uno debole e uno debolissimo: il primo da intendersi come l'elemento che imponga la persistenza dell'attuale sistema di tutela nei suoi elementi essenziali; il secondo come le ragioni che genericamente impongano di tutelare le creazioni intellettuali (o, in altri termini, vietino un sistema di dominio pubblico generalizzato *ab initio*); il terzo come individuabilità di un parametro costituzionale alla luce del quale valutare le normative in materia di IPRs.

<sup>795</sup> UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 370, ma l'osservazione può essere estesa a tutti gli IPRs.

<sup>796</sup> *Rel. c.c. 1942*, § 1043.

<sup>797</sup> Cfr. anche G. BRUNELLI, *Sub Art. 2575*, in *Il libro del lavoro. Imprese – Società – Diritti d'autore e brevetti*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, V, Milano, 1943, 727.

termini, non mi sembra che sia sostenibile che si riconoscano le proprietà intellettuale e industriale come necessitata conseguenza della tutela del diritto di proprietà «tradizionale»: sul punto, i discorsi sul fondamento e sulla natura si divaricano irrimediabilmente.

Una impostazione proficua del problema è quella di chiedersi – come ha fatto, se ho ben inteso, Ubertazzi (<sup>798</sup>) – quali ancoraggi costituzionali e internazionali impongano di riconoscere gli IPRs così come sono attualmente disciplinati, ciò che chiamerò «fondamento in senso forte», da distinguere dai sensi debole e debolissimo: il primo da intendersi come le ragioni che genericamente impongano di tutelare le creazioni intellettuali (o, in altri termini, vietino un sistema di dominio pubblico generalizzato *ab initio*), il secondo come individuabilità di un parametro costituzionale alla luce del quale valutare le normative in materia di IPRs (<sup>799</sup>).

A livello internazionale, il principale testo sui diritti resta la Dichiarazione universale dei diritti umani (<sup>800</sup>), la quale però, come è noto, costituì solo il primo passo verso la «futura Carta internazionale dei diritti dell'uomo» (<sup>801</sup>), che si sostanzierà nei Patti ONU sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (nel prosieguo, PDCP e PDESC) (<sup>802</sup>). Le principali disposizioni che sembrano venire in rilievo sono l'art. 27, § 2 DUDU e 15, § 1, lett. c), PDESC, a mente dei quali, rispettivamente, ogni individuo ha diritto «alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore» e «a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore» (con la precisazione, di cui al secondo comma, che «Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura»).

Ai miei fini preme osservare che, da una parte non può essere senza significato che le

---

<sup>798</sup>Mi riferisco in particolare a UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 370, di cui ho largamente profittato per la redazione del presente paragrafo.

<sup>799</sup>Se ho ben inteso, SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, cit., 307, va alla ricerca di un fondamento in senso debole, là dove scrive che un aspetto cruciale da indagare è la «giustificazione costituzionale della tutela protettiva che detto sistema [sc. normativo] appresta sul punto del *contenuto* patrimoniale del diritto» (corsivo del testo), aspetto che sino al '75 era stato trascurato, ad avviso dell'A., per la diffusa convinzione che il sistema normativo fosse – come, a mio avviso, in effetti era ed è – «rispondente a quel che la Costituzione esprime o è in grado di esprimere».

800

Sulla c.d. DUDU è veramente impossibile provare a tracciare una bibliografia sia pur minima, mi limito quindi a segnalare una delle più recenti riflessioni con cui si è tornati ad occuparsi della Dichiarazione del 1948, cioè MELI, *"Sistema internazionale" e sua incidenza sull'ordinamento interno*, cit., 685, oltre che, più in generale, L. LIPPOLIS, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo verso il Duemila*, Napoli, 2001.

<sup>801</sup>B. GIORDANO, *La dignità della persona umana*, in *Dalla parte della vita. Itinerari di bioetica*, a cura di E. Larghero e G. Zeppego, I, Torino, 2007, 393.

<sup>802</sup>Per i Patti ONU del '66 vale lo stesso discorso fatto per la DUDU, mi limito quindi a rinviare a D. RUSSO, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, 2012, 160 e *passim*; A. SINAGRA-B. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, 477 e A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007, 106.

disposizioni in esame non si inseriscano fra quelle sulla proprietà (art. 17 DUDU) <sup>(803)</sup>, bensì in seno a quelle sulla promozione culturale, dall'altra che sono tanto generiche che «consentirebbero anche la sostituzione del diritto esclusivo degli autori con un sistema di dominio pubblico pagante o di licenze legali od obbligatorie generalizzate» <sup>(804)</sup>.

Le medesime considerazioni potevano essere reiterate, sino a tempo recente, anche quanto alla ricerca del fondamento nel diritto europeo. E infatti l'art. 36 TFUE si limita a consentire le restrizioni ad importazioni, esportazioni e transito qualora giustificate, fra l'altro, da «motivi di [...] tutela della proprietà industriale e commerciale». L'anzidetto discorso va radicalmente ripensato dopo che il Trattato di Lisbona <sup>(805)</sup> ha modificato l'art. 6 TUE, per cui oggi «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» (§ 1) e inoltre «aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (§ 2). Ora, quanto alla CEDU – considerata da sempre la Carta dei diritti dell'Unione (sebbene di fatto ancora l'UE non abbia aderito ad essa) –, essa nulla dispone sui diritti IP, ma la Corte di Strasburgo – in continuità con la nota giurisprudenza *Iatridis* <sup>(806)</sup> – ha statuito che l'art. 1, I Prot. add. CEDU, nel disciplinare la proprietà, si applica anche agli IPRs. In particolare, nell'*arrêt Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* <sup>(807)</sup>, premesso che la nozione CEDU di bene è indipendente da quelle nazionali e ricomprende tutti i diritti patrimoniali – fino alla «*espérance*

---

<sup>803</sup>Nei Patti ONU non esiste una disposizione sulla proprietà, non potendo essere considerato tale l'art. 11 PDESC, a mente del quale «1. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per se e per la sua famiglia, che includa alimentazione, vestiario, ed alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita. Gli Stati parti prenderanno misure idonee ad assicurare l'attuazione di questo diritto, e riconoscono a tal fine l'importanza essenziale della cooperazione internazionale, basata sul libero consenso. 2. Gli Stati parti del presente Patto, riconoscendo il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame, adotteranno, individualmente e attraverso la cooperazione internazionale, tutte le misure, e fra queste anche programmi concreti, che siano necessarie: a) per migliorare i metodi di produzione, di conservazione e di distribuzione delle derrate alimentari mediante la piena applicazione delle conoscenze tecniche e scientifiche, la diffusione di nozioni relative ai principi della nutrizione, e lo sviluppo o la riforma dei regimi agrari, in modo da conseguire l'accrescimento e l'utilizzazione più efficaci delle risorse naturali; b) per assicurare un'equa distribuzione delle risorse alimentari mondiali in relazione ai bisogni, tenendo conto dei problemi tanto dei paesi importatori quanto dei paesi esportatori di derrate alimentari».

<sup>804</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 370.

805

Fra gli innumerevoli contributi che hanno indagato gli effetti del Trattato di Lisbona sui diritti fondamentali mi limito qui a rinviare a F. POCAR, *Diritti umani: la difficile ricerca di equilibrio tra le giurisdizioni delle Corti internazionali*, in *Guida al Diritto*, 2011, XLIV, 9; F. PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, in *Contratto e impresa*, 2012, IV-V, 1001; T. CERRUTI, *Cedu, Ue e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona?*, in *Giur. it.*, 2012, IV, 777 e E.F. DEFEIS, *The Treaty of Lisbon and Human Rights*, in *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 2009-2010, 413. Con particolare riferimento ai diritti IP v., invece, C. GEIGER, *Intellectual «Property» after the Treaty of Lisbon: Toward a Different Approach in the New European Legal Order?*, in *EIPR*, 2010, VI, 255 e D. MATTHEWS, *The Lisbon Treaty, Trade Agreements and the Enforcement of Intellectual Property Rights*, in *EIPR*, 2010, III, 104.

<sup>806</sup>Così, ad es., Corte EDU, 25-3-1999, 31107/96, cit., spec. § 54; in dottrina v. CONDORELLI, *Premier protocole Additionel, Article 1*, cit., 975.

<sup>807</sup>Corte EDU, grande ch., 11-1-2007, 73049/01, cit., consultabile sul portale <http://www.echr.coe.int>.

*légitime d'obtenir une valeur patrimoniale*»<sup>(808)</sup> –, uniformandosi sul punto alle decisioni della Commissione EDU<sup>(809)</sup> sui casi *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. Pays-Bas*<sup>(810)</sup> e *Lenzing AG c. Royaume-Uni*<sup>(811)</sup>, conclude con lo statuire che «l'article 1 du Protocole no 1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle»<sup>(812)</sup>: si è compiuto, così, un altro passo nella direzione criticata dalla più autorevole dottrina internazionalistica<sup>(813)</sup>, quella, cioè, di far coincidere bene con valore patrimoniale. Ciò, fra l'altro, ha nel campo in esame l'effetto esiziale di espellere dalla struttura del diritto ciò che, a mio avviso, gli è più strettamente connaturato: l'aspetto non patrimoniale degli IPRs, il diritto morale<sup>(814)</sup>.

Venendo all'altra Carta dei diritti che, firmata a Nizza, aspira a diventare la nuova Costituzione europea, l'art. 17 CDFUE compie una scelta apparentemente inequivoca: al primo comma disciplina la proprietà, al secondo, lapidariamente, sancisce che «la proprietà intellettuale è protetta». Per la verità, come anticipato, «la questione più delicata nell'interpretazione della portata della norma [è] il rapporto fra i due paragrafi...il riferimento alla proprietà intellettuale va inteso come una mera specificazione della portata del primo comma?»<sup>(815)</sup>. Come detto, nelle «spiegazioni» del Praesidium della Convenzione<sup>(816)</sup>, si giustifica il richiamo della proprietà

---

<sup>808</sup> *Ivi*, § 1.C.1.

<sup>809</sup> La Commissione europea dei diritti dell'uomo faceva parte del sistema giurisdizionale istituito dalla Convenzione EDU ed è stata soppressa il 1-11-1998, allorquando la Corte EDU fu resa permanente. Cfr. J. RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *L'effet dynamique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et le rôle des cours constitutionnelles*, in *Dialogues entre juges*, Strasbourg, 2007, 45, citato in V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 5, nt. 6.

<sup>810</sup> Commissione EDU, 4-10-1990, *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. Pays-Bas*, 12633/87, in *Décisions et rapports*, 1990, 70. Al § 43 la Commissione precisa che «les brevets sont réputés être des biens personnels cessibles et transférables. Elle estime, dès lors, qu'un brevet relève effectivement du terme « biens » figurant à l'article 1 du Protocole additionnel». Anche prima della espressa presa di posizione della Corte EDU, in letteratura si era ritenuto che «senz'altro i diritti di proprietà intellettuale non possono essere considerati estranei alla tutela offerta dall'art. 1 [...] quanto meno per gli aspetti patrimoniali» (MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 12)

<sup>811</sup> Commissione EDU, 9-9-1998, 38817/97, *Lenzing AG c. Royaume-Uni*, inedita. Giova precisare che la giurisprudenza CEDU era alquanto ondivaga sulla questione in esame, v. Commissione EDU, 20-11-1995, *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas*, série A - 331, §§ 71-72, là dove si precisa che «la société a été privée d'un droit de protection de la propriété intellectuelle, mais n'a pas été privée de sa propriété actuelle».

<sup>812</sup> Corte EDU, grande ch., 11-1-2007, 73049/01, cit. § 1.C.2 a).

813

B. CONFORTI, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di proprietà*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 106.

<sup>814</sup> Già prima dell'arresto in esame, la dottrina aveva osservato che «se si analizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, risulta che la nozione di bene accolta nella prassi non sembra consentire di includere gli aspetti non patrimoniali del diritto d'autore» (MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 14), il quale però è dell'avviso, non del tutto condiviso, che la circostanza non costituisca un *vulnus* al sistema, considerato che «gli interessi morali degli autori trovano comunque riconoscimento nell'ordinamento internazionale e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» (*ibidem*).

<sup>815</sup> MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 18.

<sup>816</sup> Le spiegazioni sono consultabili anche all'indirizzo <http://www.duitbase.it/component/attachments/download/22>. In letteratura v., ad es., A. DI STASI, *Breve osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 425 e LAZZERINI, *Considerazioni sul valore delle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1.

intellettuale semplicemente con la sua crescente importanza e con la necessità di fornire un appiglio alla legislazione derivata. Giova ricordare che, in forza dell'art. 52, § 3 CDFUE, se si concludesse per la natura proprietaria dell'IP, posto che «il significato e la portata» del diritto di proprietà *à la Nizza* sarebbe del tutto equivalente all'omologo CEDU, la tutela di cui all'art. 17, § 2 CDFUE coprirebbe solo gli aspetti patrimoniali degli IPRs. Col risultato, quindi, che la disposizione nizzarda non costituirebbe un valido fondamento di detti diritti, il cui nocciolo morale appare ineliminabile.

Una diversa lettura è, d'altra parte, possibile e, per più di un verso, preferibile <sup>(817)</sup>. Si può, anzitutto, notare come se gli IPRs fossero realmente una *species* della proprietà, il secondo comma sarebbe un mero pleonasma. Si potrebbe obiettare che la scelta è dovuta alla volontà di porre fine al secolare dibattito – entro cui questo studio ambiziosamente si vuol collocare – sulla natura degli IPRs. Epperò dai lavori preparatori non emerge affatto la consapevolezza del problema, una discussione sviluppatasi sul punto.

C'è poi chi sottolinea, per sostenere la tesi qui difesa, che la formulazione dell'art. 17 CDFUE è significativamente diversa da quella dell'art. 1, I prot. CEDU: il primo attribuisce il diritto di godere della «proprietà dei beni acquisiti legalmente, il secondo prescrive che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni», termine corrispondente, si è visto, a valore patrimoniale. Nel medesimo solco v'è chi, poi, osserva che, considerato che l'art. 17 non chiarisce se al diritto di cui al secondo comma si applichino o meno i contenuti e i congegni della proprietà, è preferibile ritenere che «le modalità di protezione della proprietà intellettuale s[o]no in sostanza integralmente rimesse alla disciplina degli Stati membri» <sup>(818)</sup>.

Mi sembra, tutto ciò considerato, niente affatto infondato «operare una distinzione, nel senso di limitare l'ambito di applicazione dell'art. 17, co. 1, della Carta al diritto di proprietà in senso stretto, mentre il secondo paragrafo si preoccupa di garantire protezione alla proprietà intellettuale» <sup>(819)</sup>, diritto a struttura complessa, con aspetti patrimoniali e non patrimoniali interconnessi, ma a regime irriducibile ad unità. In ogni caso, alla luce dell'art. 345 TFUE e del principio consolidato secondo cui la CDFUE «non pretende di attribuire competenze» <sup>(820)</sup>, depurata dallo schermo dominicale, resta la sensazione che la proprietà intellettuale si fondi...su se stessa <sup>(821)</sup>.

Come si è in parte anticipato, però, i dubbi degli interpreti non sembrano condivisi dalla

---

<sup>817</sup>Così anche MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 19.

818

G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, cit., 200.

<sup>819</sup>MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 19.

<sup>820</sup>*Ivi*, 27.

<sup>821</sup>Non arriva a consimili affermazioni MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 19, il quale però afferma che è evidente la «scelta operata dai redattori della Carta [...] di attribuire rilevanza autonoma alla proprietà intellettuale».

giurisprudenza più recente, tanto quanto all'inquadramento nel paradigma proprietario, quanto nella configurazione di una proprietà precostituzionale emanazione del principio libertario. Il riferimento primario è alla ricordata sentenza *Promusicae* <sup>(822)</sup>, là dove – confermando la giurisprudenza inaugurata col caso *Laserdisken* <sup>(823)</sup> – si statuisce che fra i principi generali del diritto dell'Unione rientra «il diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore» <sup>(824)</sup>. Certamente, sarebbe auspicabile una più chiara e argomentata presa di posizione sul punto, anche considerato che mi constano sentenze in cui la Corte mostra un approccio affatto diverso. Mi riferisco – e riprendo a tal fine qualcosa già scritto *supra*, nei limiti strettamente necessari per il presente discorso – alla sentenza resa sul caso *Metronome Musik* <sup>(825)</sup>, in cui premesso che il diritto di proprietà rientra nei principi generali del diritto comunitario e che questi ultimi non si configurano tuttavia come diritti assoluti, ma possono incontrare limiti rispondenti ad obiettivi di interesse generale perseguiti dall'UE, si conclude che la tutela dei diritti IP di cui all'art. 36 TFUE rientra proprio fra i motivi d'interesse generale atti a giustificare il diritto di proprietà tradizionale. E si è già detto della distanza veramente incolmabile fra quest'orientamento e quello *Laserdisken-Promusicae*.

Alla confusione ingenerata da questa giurisprudenza ondivaga, si aggiunge il contrasto fra l'art. 17, co. 2 CDFUE e l'art. 345 TFUE, che, come detto, risulta insanabile ove si sostenga l'identità fra la proprietà tradizionale di cui al primo paragrafo della disposizione nizzarda (e cui fa riferimento il principio di neutralità) e il diritto del quale il secondo paragrafo reclama protezione. Non resta, allora, che concludere che, non potendosi accettare un contrasto insanabile fra disposizioni costituzionali europee (se non altro perché su una consimile base sarebbe difficile immaginare si possa sviluppare una legislazione europea in materia), il senso dell'art. 17, co. 2 CDFUE e dell'art. 1, I Prot. CEDU come interpretati dalle Corti <sup>(826)</sup>, lungi dall'importare una qualificazione rigorosamente proprietaria degli IPRs, vada inteso come riaffermazione della necessità di una tutela forte del diritto, accompagnata ad un'attenzione più per gli aspetti economici,

---

<sup>822</sup>Corte eur. giust., grande sez., 29-1-2008, C-275/06, cit.

<sup>823</sup>Corte eur. giust., grande sez., 12-9-2006, C-479/04, cit., § 65, là dove si legge che «l'asserita limitazione della libertà di ricevere informazioni è giustificata con riferimento alla necessità di proteggere i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore, che fanno parte del diritto di proprietà».

<sup>824</sup>Corte eur. giust., grande sez., 29-1-2008, C-275/06, cit., § 62.

<sup>825</sup>Corte eur. giust., 28-4-1998, C-200/96, cit.

L'obbligo di far vivere nell'ordinamento interno le disposizione eurunioniste ed europee come interpretate dalle Corti è ormai più che assodato. Non manca, però, chi, anche in tempi recenti, tien fermo che dette «pronunce non sono peraltro incondizionatamente vincolanti in quanto adottate in ragione della specificità dei casi esaminati, anche riferita alla peculiarità degli ordinamenti nazionali, come tali insuscettibili ad essere tradotte in norme generali ed astratte, uniformemente valide per tutti gli Stati, e stante il necessario ragionevole bilanciamento con la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti - fermo restando il sindacato accentrato della Corte Costituzionale in ogni ipotesi di contrasto insanabile in via interpretativa tra norma interna e norma convenzionale» (T.A.R. Lazio Roma, 10-6-2013, n. 5807, cit.).

che non a quelli «moralì».

A me sembra che dalla lettura della giurisprudenza europea emerga, netta, la distanza che separa i diritti sui beni immateriali dalla proprietà tradizionale, ma l'ultima parola spetterà al legislatore dell'Unione o alla Grande Sezione, sinora avari di chiari inquadramenti teorici. Io credo, e con ciò concludo sul punto, che ridurre ad unità l'IP e la proprietà tradizionale sia un'operazione fondata su una *fictio* contrastante con la vera natura delle cose, non foss'altro che perché, come emerge in specie dal diritto vivente europeo, mentre la proprietà europea è un diritto sempre più assoluto, che però incontra il limite del principio della concorrenza, i diritti IP nascono limitati e costituiscono, a loro volta, una limitazione al principio concorrenziale, nucleo duro di ciò che sembra restare della funzione sociale della proprietà europea.

In questo quadro non mi sembra vi sia spazio per individuare un fondamento chiaro degli IPRs a livello europeo – né la proprietà né lo sviluppo culturale sono del tutto soddisfacenti –, o meglio, l'art. 17, co. 2 fornisce un fondamento nel senso debole del termine, obbligando in effetti che il legislatore protegga gli interessi di autori e inventori – ciò che non mi sembra sia contestato seriamente da nessuno – non invece in senso forte, quello di «garantire la persistenza degli elementi essenziali del sistema attuale di diritto d'autore»<sup>(827)</sup>.

Non resta, infine, che guardare al problema dalla prospettiva del diritto italiano, come vive nelle decisioni della Corte costituzionale e nella letteratura.

La Costituzione non appronta espressamente una norma che costituisca fondamento degli IPRs, ma non mi sembra sia stato sinora sufficientemente valorizzata la circostanza che, nelle norme sul riparto della competenza legislativa fra Stato e Regioni, mentre il diritto di proprietà rientra senz'altro nella materia «ordinamento civile» (art. 117, co. 2 lett. l)<sup>(828)</sup>, non lo stesso può dirsi per gli IPRs, riconducibili, invece, all'art. 117, co. 2, lett. r), che contempla le «opere dell'ingegno», peraltro con un non molto chiaro accostamento a «pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale»<sup>(829)</sup>. Inoltre, per i segni distintivi sembra che l'appiglio primo sia la tutela della

---

827

UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 370.

<sup>828</sup>Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 25-11-2011, n. 320, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, VIII-IX, 835, con nota di ALTIERI.

<sup>829</sup>Per vero, l'argomento non è dirimente, dacché – di là dalla sua scarsa incidenza pratica – nel noto caso dei vini Tocai (Corte cost., 14-11-2008, n. 368, in *Foro it.*, 2009, I, 1, 6 e *Giur. it.*, 2009, 8-9, 1885, con nota di DI SERI), a fronte della difesa erariale che fondava la competenza legislativa esclusiva statale, promiscuamente, sulle materie opere dell'ingegno e «implicitamente, ma univocamente», ordinamento civile (mediante la descrizione di alcuni degli effetti della violazione del segno) e tutela della concorrenza – contrastando la pretesa avversa di sussumere le denominazioni di origine nell'agricoltura, appannaggio esclusivo della Regione – la Consulta non si prende briga di sottolineare l'inappropriatezza del richiamo all'art. 117, co. 2, lett. e) ed l), limitandosi a osservare sul punto che «l'ampiezza delle argomentazioni svolte a conforto della irriducibilità alla materia «agricoltura» della disciplina stabilita dalla norma impugnata, sviluppate anche mediante il richiamo, in funzione descrittiva, delle

concorrenza, come si ricava dal noto caso «*Made in Italy*»<sup>(830)</sup>, confermato indirettamente poco dopo in una fattispecie concernente prodotti ittici abruzzesi<sup>(831)</sup>.

Ora sebbene risulti con chiarezza come per i Padri costituenti le due categorie di diritti non fossero sovrapponibili, mi sembra il caso di analizzare come le norme della Carta fondamentale siano state interpretate dalla Consulta, la quale, lo anticipo, non ha sopperito all'assenza di un chiaro fondamento per gli IPRs, circostanza che può stupire, considerato che non sono mancate al giudice delle leggi occasioni per occuparsi della materia. Cionondimeno, nell'attuale fase di sviluppo del diritto privato, sarebbe inconcepibile sposare le scelte di quella dottrina che, ormai quasi quarant'anni fa, riteneva che in uno studio sul fondamento costituzionale del diritto d'autore l'analisi della giurisprudenza potesse limitarsi a una breve nota a piè di pagina<sup>(832)</sup>.

Fra le statuizioni più significative v'è quella<sup>(833)</sup> in cui si vaglia la conformità di una norma

---

materie elencate nell'art. 117, secondo comma, Cost., rende palese l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità». Al tempo stesso, l'inciso «in funzione descrittiva» mi sembra consenta di dire che la Consulta non abbia del tutto sposato le argomentazioni dell'Avvocatura dello Stato.

<sup>830</sup>Corte cost., 2-5-2005, n. 175, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1328. Si trattava del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 61 e 63, l. n. 350/2003 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2004), promosso dalla Regione Emilia-Romagna. Il primo dei commi menzionati, giova ricordarlo, stabilisce che «è istituito presso il Ministero delle attività produttive un apposito fondo con dotazione di 20 milioni di euro per il 2004, 30 milioni di euro per il 2005 e 20 milioni di euro a decorrere dal 2006, per la realizzazione di azioni a sostegno di una campagna promozionale straordinaria a favore del “*made in Italy*”, anche attraverso la regolamentazione dell'indicazione di origine o l'istituzione di un apposito marchio a tutela delle merci integralmente prodotte sul territorio italiano o assimilate ai sensi della normativa europea in materia di origine, nonché per il potenziamento delle attività di supporto formativo e scientifico particolarmente rivolte alla diffusione del “*made in Italy*” nei mercati mediterranei, dell'Europa continentale e orientale, a cura di apposita sezione dell'ente di cui all'articolo 8 del decreto-legislativo 30-7-1999, n. 287 (Scuola superiore dell'economia e delle finanze), collocata presso due delle sedi periferiche esistenti, con particolare attenzione alla naturale vocazione geografica di ciascuna nell'ambito del territorio nazionale. A tale fine, e per l'adeguamento delle relative dotazioni organiche, è destinato all'attuazione delle attività di supporto formativo e scientifico indicate al periodo precedente un importo non superiore a 10 milioni di euro annui [...]». Il successivo comma 63 precisa, poi, che «le modalità di regolamentazione delle indicazioni di origine e di istituzione ed uso del marchio di cui al comma 61 sono definite con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze, degli affari esteri, delle politiche agricole e forestali e per le politiche comunitarie».

<sup>831</sup>Corte cost., 1-6-2006, n. 213, in *Foro it.*, 2007, IX, 1, 2303. Ciò si può dedurre, *a contrario*, dal rigetto dell'eccezione di lesione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., così argomentato: «La disposizione regionale in esame non prevede un nuovo sistema di certificazione di qualità, né istituisce e/o disciplina un marchio identificativo di un prodotto, ma si limita a prevedere forme di incentivazione di un prodotto (il pescato abruzzese), di cui non vengono indicate o protette particolari qualità o caratteristiche tipologiche. Si tratta, invero, di misure di sostegno ad attività economiche localizzate sul territorio regionale, che in quanto tali non violano le disposizioni comunitarie ed internazionali relative alla provenienza geografica e alle caratteristiche dei prodotti - volte, tra l'altro, a garantire condizioni di concorrenza uguale - né integrano meccanismi economici idonei ad incidere sulla concorrenzialità dei mercati».

832

Il riferimento è a SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, cit., 327, nt. 67 ed è chiaramente immune da *vis polemica*, volendo piuttosto segnalare che ci si unisce al coro di quanti ritengono oggi una scelta metodologica irrinunciabile quella di concentrarsi prioritariamente sulle evoluzioni giurisprudenziali, anche in sistemi di *civil law*. L'A. comunque segnala che un panorama della giurisprudenza costituzionale in materia era, ai tempi, già offerto da V. DE SANCTIS, *La cour constitutionnelle italienne et le droit d'auteur*, in *Hommage à Henri Desbois*, Paris, 1974, 299.

<sup>833</sup>Corte cost., 3-3-1986, n. 42, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 428.



in materia di marchi patronimici <sup>(834)</sup> anche con, per quel che qui interessa, l'art. 42 Cost. La Corte, con relatore l'insigne giurista Virgilio Andrioli, ritiene allora, nel dichiarare infondata la questione, che «lungi dal porre in dubbio la legittimità della norma impugnata, ne fornisce giustificazione perché anche la titolarità e il godimento dei beni immateriali vanno armonizzati con l'interesse sociale». Questa statuizione però è troppo fugace e isolata per sopravvalutarne una significativa portata euristica, a tacer del fatto che non è chiaro se le considerazioni svolte sul marchio possano estendersi a tutto l'eterogeneo mondo degli IPRs.

La Consulta torna ad esprimersi nel 1995 <sup>(835)</sup>, in materia di repressione del noleggio. Il giudice *a quo* aveva osservato che la musica in ogni sua forma e attraverso qualunque modo di riproduzione fa parte a pieno titolo della cultura dell'individuo, e che è in contrasto con tale esigenza culturale una situazione normativa che costringa il singolo che voglia ascoltare un'esecuzione musicale ad acquistare anziché semplicemente (ed economicamente) noleggiare il supporto che ne contiene la registrazione. Si profilava quindi un possibile contrasto fra gli artt. 19, 61, 68 e 109, l. aut. e gli artt. 3, 9, 41 e 42 Cost. La Consulta, premesso – con formulazione niente affatto neutrale – che «a fronte degli interessi sia del pubblico degli utenti delle opere di cultura che degli operatori economici del settore, rilevano altresì gli interessi dell'autore di dette opere, ritenuti prioritari dal legislatore» e richiamata la tutela internazionale ed europea degli IPRs <sup>(836)</sup>, asserisce di sviluppare talune idee lumeggiate nella precedente giurisprudenza <sup>(837)</sup>. Per la verità, le decisioni che la Corte richiama si sono limitate a osservare che «la tutela e l'esercizio del diritto di autore [sono] di [...] rilevanza di interesse generale, e, quindi, pubblico» <sup>(838)</sup>, mentre ora essa si spinge a

---

<sup>834</sup>Si tratta della l. n. 158/1967, recante modifica dall'art. 13 del r.d. n. 929/1942, in materia di brevetti per marchi d'impresa, il quale non prevede più che «coloro ai quali spetta il diritto alla ditta, sigla od insegna, hanno anche la facoltà esclusiva di farne uso come marchio, per la loro industria od il loro commercio. Il proprio nome, o la sigla corrispondente, può essere usato come marchio. Quando però questo sia costituito dallo stesso nome, ditta, sigla, od insegna usati da altri in un marchio anteriore per prodotti o merci dello stesso genere, deve essere accompagnato da elementi idonei a differenziarlo», bensì che «Coloro ai quali spetta il diritto al nome, alla ditta, sigla o insegna, hanno la facoltà esclusiva di farne uso come marchio, per la loro industria o il loro commercio, purché non sia costituito da un nome, ditta, sigla o insegna uguale o simile a quello usato da altri in un marchio anteriore per prodotti o merci dello stesso genere».

<sup>835</sup>Corte cost., 6-4-1995, n. 108, in *Dir. scambi internaz.*, 1995, 685, con nota di MALAGONI.

836

La Corte ricorda in particolare che «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)».

<sup>837</sup>Essa rinvia, in particolare, a Corte cost., 3-4-1968, n. 25, inedita; Corte cost., 13-4-1972, n. 65, inedita; Corte cost., 26-6-1973, n. 110, inedita; Corte cost., 24-3-1988, n. 361, in *Dir. aut.*, 1988, 535 (e in tutte le principali riviste: v. *Giur. cost.*, 1988, I, 1495 e *Dir. aut.*, 1989, 62, con nota di PASTORE).

<sup>838</sup>Corte cost., 3-4-1968, n. 25, cit., § 2. Ma consimili indicazioni si leggono nelle altre decisioni richiamate, ad es. 13-4-1972, n. 65, là dove si parla di «esigenza di interesse generale e, quindi, pubblico, di adeguata protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi, che il legislatore ha riconosciuto talmente rilevante da dover preordinare, al fine di soddisfarla, particolari mezzi di difesa e di tutela sia penali sia civili». Così anche Corte cost. 26-6-1973, n. 110, cit., là dove si osserva che «la tutela, anche in via penale, dei diritti d'autore è di interesse pubblico tanto da giustificare, a tale fine, la istituzione di un apposito Ente pubblico» e Corte cost., 24-3-1988, n. 361, cit., ove il «diritto d'autore [...] è apparso al legislatore meritevole di una speciale disciplina fondata su quella

ritenere che nella disciplina autoriale il legislatore abbia operato un «un bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti; bilanciamento non irragionevole in quanto realizzato in sintonia con i principi costituzionali sia in ordine alla tutela della libertà dell'arte e della scienza (art. 33), sia in materia di *tutela della proprietà, da riferire anche all'opera intellettuale* (art. 42), sia di tutela del lavoro in tutte le sue forme, tra cui deve farsi rientrare anche la libera attività di creazione intellettuale (art. 35)». Il bilanciamento risulta, peraltro, «finalizzato, mediante l'incentivazione della produzione artistica, letteraria e scientifica, a favorire il pieno sviluppo della persona umana (art. 3) ed a promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9)». Anche questo *dictum*, se non prendo un abbaglio, non fornisce indicazioni definitive: è vero che sembra riferire l'art. 42 Cost. anche agli IPRs, ma non si sofferma a chiarire il senso di tutte le norme che richiama a fondamento della tutela autoriale e inoltre, quel che più conta, il semplice fatto di considerare il diritto d'autore come la risultante del bilanciamento fra molteplici interessi pubblici e privati, rende d'immediata evidenza come gli IPRs, anche nella giurisprudenza costituzionale, abbiano una struttura porosa del tutto irriducibile alla solidità proprietaria.

È, poi, da ricordare la storica sentenza (<sup>839</sup>) che, anche in conseguenza del patrocinio di Arturo Carlo Jemolo e Remo Franceschelli (<sup>840</sup>), portò al riconoscimento della brevettabilità delle medicine (<sup>841</sup>), superando quella che fu considerata una irragionevole disparità di trattamento,

rilevanza d'interesse generale e, quindi pubblica».

<sup>839</sup>Corte cost., 20-3-1978, n. 20, in *Foro it.*, 1978, I, 809, con nota di R. PARDOLESI, *Sul divieto di brevettazione di farmaci* ed edita su tutte le principali riviste.

<sup>840</sup>L'illustre studioso del diritto ecclesiastico difendeva Astra Pharmaceutical Products Inc.; Remo Franceschelli la società Ciba Societ  anonyme. Come   noto, il giudizio in esame fu promosso con le ord. 11-4-1975, nn. 549-566 dalla Commissione ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio centrale brevetti, sui ricorsi – oltrech  delle societ  difese dagli anzidetti autorevoli giuristi – della ditta Dr. Madaus & Co., di United States Borax and Chemical Corporation, di Rohm & Haas G.m.b.H., Fisons Pharmaceutical Ltd., Lovens Kemiske Fabrik Produktionsaktienselskab, Kyovva Hakko Kogyo Co. Ltd., I.S.F. spa., Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft, Smith Kline & French Laboratories, The Upjohn Company, Beecham Group Limited, Uguine Kuhlmann, Rhone Poulenc s.a.

841

Per un approccio storico alla questione v., ad es., F. APRILE, *Ripercorrendo una curiosa vicenda di "manipolazione" politica del diritto industriale: il divieto di brevettazione dei medicinali e del loro processo di produzione dalla legge sardo-piemontese del 1855 alla riforma fascista del 1934-39*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, VII-X, 1, 445; A. GRISOLI, *La secolare ed incompiuta vicenda della brevettabilit  dei farmaci*. in *Riv. dir. ind.*, 1981, III, 281. V. anche, per l'attuale stato dell'arte, G. CASABURI, *Le nuove frontiere della disciplina brevettuale: il settore farmacologico, biotecnologico vegetale*, in *Ragiusan*, 2012 CCCXXXIII-CCCXXXIV, 212. Sull'origine del divieto si sofferma anche la stessa Consulta, che ricorda come l'origine del divieto di brevettazione dei prodotti farmaceutici si trovi nelle deliberazioni del Parlamento subalpino sul progetto legislativo in tema di privative industriali, divenuto poi l. n. 782/1855, n. 782, pi  conosciuta attraverso il provvedimento con cui fu estesa alla Lombardia (r.d. n. 3731/1859). L'art. 6 di questo testo conteneva una esclusione, introdotta su proposta del deputato Luigi Carlo Farini, secondo la quale non potevano costituire «argomento di privativa... i medicinali di qualunque specie». La Corte precisa per  che gi  nel dibattito della Camera dei Deputati, appare difficile cogliere una univoca *ratio legis* di questa disposizione, che contrastava con la linea del progetto governativo e con quella difesa dalla Commissione parlamentare. I due motivi fatti valere pi  direttamente dal Farini si fondavano sulla opportunit  di evitare che ciarlatani, speciali e «segretisti» profittassero dell'attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute, e, meno coerentemente, sulla intenzione di rinviare la disciplina della materia ad un «codice sanitario ed igienico» che gi  si stava approntando. Peraltro, sia negli interventi del Farini che in quelli dei Deputati consenzienti con la sua proposta, emergeva anche la preoccupazione per il «rincarimento cagionato dalla privativa» e l'idea che allo

riconducibile alla deroga che la disposizione dell'art. 14, co. 1, r.d. n. 1127/1939 disponeva nei confronti della disciplina generale in tema di brevetti per invenzioni industriali. Concentrando l'attenzione sugli aspetti qui di più diretto interesse, la Consulta fonda la tutela industrialistica sulla necessità di promuovere la ricerca *ex art. 9 Cost.* <sup>(842)</sup>, considerato che il divieto «pone in condizione di svantaggio le imprese che organizzano la ricerca stessa rispetto a quelle che si avvalgono, puramente e semplicemente, della possibilità di imitare le invenzioni altrui» e posto che finalità del «conferimento dei diritti patrimoniali derivanti dalla brevettazione è quella di incentivare la ricerca, coprendo innanzitutto le ingenti spese che comporta la sua organizzazione ed il suo svolgimento» e, infatti, «o la ricerca è finanziata da organismi pubblici (come tendenzialmente avviene nel campo della ricerca pura), o il finanziamento della ricerca scientifico-tecnica si realizza anche mediante i diritti di brevetto, peraltro di temporanea durata». Per inciso, in materia di brevetti farmaceutici mi piace segnalare un recentissimo intervento del legislatore europeo che, in un regolamento del 12-6-2013 <sup>(843)</sup>, ha sancito che, in base alla "dichiarazione sull'accordo TRIPs e la salute pubblica" adottata alla conferenza ministeriale dell'OMC a Doha il 14-11-2001, i TRIPs devono essere interpretati e applicati in modo da favorire il diritto dei membri dell'OMC di proteggere la sanità pubblica e, in special modo, di promuovere l'accesso ai medicinali per tutti.

Quel che più conta è, però, la risposta data dalla Corte alla seconda censura del rimettente,

---

scopritore - inventore - filantropo, il quale dispensa a tutti gli uomini il frutto delle sue ricerche a rimedio della fisica fragilità, non spetti nessuna forma di remunerazione economica, salvo quei premi che i corpi rappresentativi avrebbero immancabilmente deliberato a favore di chi arrecasse davvero «un segnalato benefizio» in questo campo. Di Luigi Carlo Farini l'editore Zanichelli ha pubblicato, fra il 1911 e il 1935, quattro volumi che raccolgono *l'Epistolario di Luigi Carlo Farini: con lettere inedite di uomini illustri al Farini e altri documenti*: la loro lettura può essere d'interesse per meglio comprendere il pensiero del medico e politico che, da Presidente del Consiglio, ma ancor più da Ministro con Massimo Taparelli d'Azeglio e Camillo Benso di Cavour, segnò l'ordinamento italiano, dando fra l'altro un fondamentale contributo al regionalismo, essendo state le sue idee poi riprese da Marco Minghetti (sul contributo di Farini alla nascita delle Regioni, v. M. STRAZZA, *La nascita delle Regioni ordinarie*, in <http://www.storiain.net/arret/num141/artic1.asp> e, più in generale, P. ZAMA, *Luigi Carlo Farini nel Risorgimento italiano*, Faenza, 1962).

<sup>842</sup>Oltre i passaggi che riporto nel testo, si può ricordare anche quello per cui «negli ultimi anni la presa di coscienza della sopravvenuta mancanza di ogni fondamento razionale della deroga è cresciuta di pari passo con l'affermarsi del valore della ricerca scientifico-tecnica e del dovere della Repubblica di promuoverla; con la più elevata capacità dell'industria farmaceutica italiana di organizzare la ricerca, anche in rapporto alle condizioni di competitività con quella degli altri paesi».

843

Regolamento (UE) n. 608/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12-6-2013 relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali e che abroga il regolamento (CE) n. 1383/2003 del Consiglio, *considerando* n. 11, che inferisce dalla surriportata premessa che »in linea con gli impegni internazionali dell'Unione e con la sua politica di cooperazione allo sviluppo, per quanto riguarda i medicinali il cui passaggio nel territorio doganale dell'Unione, con o senza trasbordo, deposito, rottura di carico o cambiamento del modo di trasporto, rappresenta solo una parte di un tragitto completo che inizia e termina al di fuori del territorio dell'Unione, occorre che le autorità doganali, quando valutano un rischio di violazione di diritti di proprietà intellettuale, tengano conto di eventuali probabilità significative che tali medicinali siano dirottati sul mercato dell'Unione».

che lamentava la violazione dell'art. 42 Cost. <sup>(844)</sup>. Ebbene, con saggia statuizione, il giudice delle leggi, relatore Leopoldo Elia, conclude che «la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di *res communis omnium* è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno) *sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della proprietà* privata o pubblica ex art. 42, primo comma, Cost.». Certo, la Consulta ammette che «per taluni aspetti l'assimilazione è possibile: così per l'espropriazione dei diritti di brevetto, prevista dagli artt. 60 e seguenti del R.D. n. 1127 del 1939», ma i) non è un caso che l'assimilazione riguardi i limiti del diritto, più che il suo nucleo; ii) si tratta di mera applicazione analogica, senza alcun corollario dogmatico in punto di fondamento e natura del diritto. La deroga alla regola della brevettabilità costituisce, insomma, un'irragionevole disparità di trattamento perché gli interessi generali ex art. 32 Cost. possono bene essere soddisfatti in un sistema come quello vigente in cui, per consentire lo sviluppo della scienza garantito dall'art. 9 Cost., il legislatore ha predisposto un diritto insussumibile nel calco proprietario, essendo meramente temporaneo e consentendo, ad es., accanto alla espropriazione per p.u., un sistema delle licenze obbligatorie <sup>(845)</sup>.

Il singolare richiamo alla proprietà sotto il profilo dei suoi limiti si ha pure in una più recente decisione <sup>(846)</sup> resa in materia di certificati complementari di protezione per i prodotti medicinali <sup>(847)</sup>. Secondo il ricorrente del giudizio *a quo*, «se la proprietà intellettuale è una vera e propria proprietà - soggetta in quanto tale all'apposizione di restrizioni che ne assicurino la funzione sociale - la riduzione della durata dei certificati complementari nazionali non potrebbe essere qualificata come limite legittimamente opponibile ai sensi dell'art. 42 Cost., perché il contenimento della spesa sanitaria non può definirsi interesse di rango costituzionale, pari o superiore al diritto di proprietà [...] In ogni caso, quand'anche la riduzione della durata fosse una forma, in sé consentita, di espropriazione, essa sarebbe comunque illegittima, perché disposta senza indennizzo». L'appiglio proprietario è sposato anche da alcuni degli intervenienti, specialmente – e non mi sembra un caso – le case farmaceutiche, le quali, richiamando l'art. 17 CDFUE e il TRIPs, concludono che «stante la natura «reale e proprietaria del diritto di esclusiva» [...] la garanzia di cui all'art. 42 della

---

<sup>844</sup>In particolare, le invenzioni farmaceutiche formalmente non sarebbero in proprietà di alcuno, contravvenendosi così al sistema chiuso ex art. 42, co. 1, Cost., secondo il quale i beni economici sono di proprietà pubblica o privata. Secondo altra interpretazione dell'ordinanza, poi, la violazione dell'art. 42 si riferirebbe alla generale utilizzabilità delle invenzioni non brevettabili ex art. 14, co. 1, r.d. n. 1127/1939 (uso indifferenziato da parte di ognuno), perché ciò presupporrebbe in ogni caso la precedente attribuzione del diritto di proprietà ad un soggetto di diritto pubblico.

<sup>845</sup>V. ad es., oggi, l'art. 70 c.p.i. e, ieri, gli artt. 54 ss., r.d. n. 1127/1939 s.m.i.

<sup>846</sup>Corte cost., 29-7-2005, n. 345, cit.

<sup>847</sup>I riferimenti normativi principali, ai tempi della sentenza, erano il reg. 92/1768 «sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali», abrogato dall'art. 22, reg. 09/469 «sul certificato protettivo complementare per i medicinali», che ha sostituito il testo previgente con vigenza dal 6-7-2009. Per il diritto interno v. invece, prim'ancora dell'intervento europeo, la l. n. 349/1991 recante «Disposizioni per il rilascio di un certificato complementare di protezione per i medicinali o i relativi componenti, oggetto di brevetti», abrogata dall'art. 246 c.p.l., il cui art. 61 è rubricato «Certificato complementare per prodotti medicinali e per prodotti fitosanitari».

Costituzione si applica in pieno alla esclusiva brevettuale». La Consulta non statuisce sul merito, dichiarando inammissibile la questione per carenza di giurisdizione del rimettente, ma mi è sembrato utile richiamare brevemente codesta decisione per notare come, pur non essendo contestato da nessuno dei protagonisti della vicenda – neanche, indirettamente, dal giudice *a quo* <sup>(848)</sup> - il riferimento all'art. 42 Cost., nei fatti ad esso si rinvia nella parte concernente i limiti del diritto, non il suo contenuto positivo, con la parziale eccezione dei colossi della farmaceutica, che hanno tutto l'interesse ad assicurarsi la più vasta *propertization* possibile.

Concludo la rassegna con una decisione <sup>(849)</sup> resa in materia di segni distintivi e concernente la legittimità costituzionale della l.r. Friuli-Venezia Giulia, n. 24/2007 (Attuazione dell'articolo 24, paragrafo 6, dell'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio-Accordo TRIPs), là dove aveva previsto che «la denominazione "Tocai Friulano", patrimonio della vitivinicoltura regionale ormai da secoli, può continuare ad essere utilizzata dai produttori vitivinicoli della Regione Friuli-Venezia Giulia, anche dopo il 31 marzo 2007, per designare il vino, derivante dall'omonimo vitigno, che viene commercializzato all'interno del territorio italiano». La norma, in particolare, violerebbe gli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., in quanto l'UE ha stabilito che i produttori vitivinicoli italiani possono utilizzare solo sino al 31 marzo 2007 la denominazione «Tocai Friulano», per i vini prodotti nelle Regioni Veneto e Friuli-Venezia Giulia <sup>(850)</sup>.

Della decisione in esame mi pare di poter leggere in controluce che il fondamento dei segni distintivi è individuato dalla Corte nella tutela della concorrenza. Essa, infatti, dapprima richiama

---

848

Il rimettente, lungi dal prendere le distanze dalla sussunzione nell'art. 42 Cost., si è limitato sul punto a osservare che «mentre non par dubbio che la ratio dell'art. 3, comma 8, del D.L. n. 63 del 2002 sia da individuare nel contenimento della spesa farmaceutica, il cui perseguimento deve evidentemente avvenire contemperando l'interesse alla tutela della salute della collettività con costi a carico dello Stato, e quello all'incentivazione della ricerca da parte delle imprese farmaceutiche, la qualificazione come fenomeno espropriativo della riduzione della durata dei certificati complementari nazionali postula che, contro l'evoluzione normativa innanzi descritta, venga considerato come un diritto irreversibilmente quesito l'allungamento disposto dalla legge n. 349 del 1991».

<sup>849</sup>Corte cost., 14-11-2008, n. 368 cit.

850

Siffatta prescrizione è stata stabilita dai seguenti atti: dec. 93/724/CE «concernente la conclusione di un accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini»; reg. 02/753 che fissa «talune modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1493/1999 del Consiglio per quanto riguarda la designazione, la denominazione, la presentazione e la protezione di taluni prodotti vitivinicoli»; reg. 04/1429 recante «modifica del regolamento (CE) n. 753/2002 che fissa talune modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1493/1999 del Consiglio per quanto riguarda la designazione, la denominazione, la presentazione e la protezione di taluni prodotti vitivinicoli». Infine, il reg. 07/382 recante modifica del regolamento (CE) n. 753/2002 che fissa talune modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1493/1999 del Consiglio per quanto riguarda la designazione, la denominazione, la presentazione e la protezione di taluni prodotti vitivinicoli) ha soppresso le deroghe per l'uso della denominazione «Tocai Friulano» e del sinonimo «Tocai italico», inserendo il sinonimo «Friulano» per l'Italia, come richiesto dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.

quella non recente sentenza (<sup>851</sup>), estesa da Costantino Mortati, in cui, dopo aver premesso che i segni distintivi hanno «funzioni in parte diverse, e cioè o prevalentemente di tutela dei produttori contro la concorrenza sleale (<sup>852</sup>), o invece di certificazione della qualità del prodotto avente lo scopo, almeno in via principale, di garanzia del consumatore», si osserva che la relativa disciplina «non può che essere disposta in modo unitario, sul piano nazionale, anche per i riflessi che essa ha nel commercio internazionale ed in quello comunitario», ambiti sui quali è destinato ad incidere, va notato, il *Bali package*, accordo siglato il 7-12-2013 in seno al WTO (<sup>853</sup>). Il richiamo, subito dopo, al citato caso «*Made in Italy*» (<sup>854</sup>) ha, però, il senso di precisare che, nonostante la rilevanza per il «commercio con l'estero» (oggetto di competenza concorrente), la materia è da ricondurre fondamentalmente alla tutela della concorrenza. La normativa italiana è, per la Corte costituzionale, «in armonia con le norme comunitarie che, nella specifica materia dei segni che contraddistinguono i vini, mirano ad «incoraggiare la concorrenza leale e non trarre in inganno i consumatori»» (<sup>855</sup>), infatti, gli interessi che vengono in rilievo sono, di là dalla disputa sulla sussunzione in una materia piuttosto che nell'altra, quelli «dei produttori, dei consumatori, della collettività al rispetto del principio di verità, del corretto svolgimento della concorrenza».

Concludendo sul tema del fondamento costituzionale, mi pare che l'unica decisione in cui l'art. 42 Cost. sia stato richiamato in modo tecnicamente rigoroso provenga dalla Cassazione (<sup>856</sup>), la

<sup>851</sup>Corte cost., 12-4-1967, n. 44, inedita. Si trattava del giudizio di legittimità costituzionale della legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 4-5-1966, recante "Marchio di qualità e propaganda dei prodotti siciliani", con cui, fra l'altro, si era consentito all'assessore regionale per l'industria ed il commercio di autorizzare l'applicazione di apposito "marchio di qualità" sui prodotti siciliani e si erano predisposti i controlli, da effettuare sui luoghi di produzione e di consumo, dei prodotti così qualificati, giovandosi all'uopo, mediante apposite convenzioni, della opera degli organi statali o di enti pubblici più idonei ad accertare la rispondenza dei prodotti stessi alle caratteristiche di qualità garantite dal marchio.

<sup>852</sup>Su IP e concorrenza sleale v., da ultimo, Cass., 29-10-2013, n. 24418, inedita, di cui ho letto il commento di I.L.NOCERA, *Diritto d'autore, se non occorre accertare la privativa industriale decide il Tribunale ordinario*, 29-11-2013, [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)

<sup>853</sup>I centocinquantanove Paesi membri del WTO hanno, così, recentemente raggiunto a Bali il primo accordo complessivo di riforma del commercio mondiale nella storia dell'organizzazione. Le regole dell'accordo prevedono una serie di facilitazioni alla circolazione delle merci nel mondo e potrebbero portare nei prossimi anni a un aumento del valore del commercio mondiale fino a mille miliardi di dollari. Il direttore generale del WTO ha tenuto un discorso di chiusura traboccante speranza: «*people all around the world will benefit from the package you have delivered here today: the businesses community; the unemployed and the underemployed; the poor; those who rely on food security schemes; developing country farmers; developing country cotton growers; and the least-developed economies as a whole*» (R. AZEVÉDO, *DG Address to the Closing Ceremony of MC9*, 7-12-2013 è consultabile all'indirizzo [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/mc9\\_e/stat\\_e/azevedo\\_closing\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/stat_e/azevedo_closing_e.pdf)). È decisamente troppo presto per qualsivoglia valutazione, ma mi sembra indubitabilmente positivo il metodo del multilateralismo, che grazie all'unanimità consente la partecipazione di tutti i Paesi, compresi quelli in via di sviluppo. Tutti i documenti sono consultabili all'indirizzo <https://mc9.wto.org/draft-bali-ministerial-declaration>.

<sup>854</sup>Corte cost., 2-5-2005, n. 175 cit.

855

Il virgolettato interno si riferisce ai *considerando* 32 e 33 § 2, reg. 08/479 e, prima, al *considerando* 54 e art. 47 § 1, reg. 99/1493.

<sup>856</sup>Cass., 28-9-1984, cit.. La prospettiva è affatto diversa, invece, in Cass., 20-12-1983, in *Dir. aut.*, 1984, 88, là dove si osserva che «La norma costituzionale dell'art. 21 riguarda la libera diffusione da parte dell'autore dell'opera dell'ingegno propria e non la diffusione dell'opera altrui e pertanto con essa non contrasta la protezione accordata dalla l. n. 633 del 1941 al diritto di autore (anche mediante disposizioni penali) allorché vieta la diffusione

quale l'ha correttamente riferito al *corpus mechanicum*, là dove ha concluso che «l'acquirente del disco, sul quale sono registrate opere musicali altrui, non può, sol perché ne diventa proprietario, usare del disco medesimo anche per la radiodiffusione» e ciò perché «il richiamo all'esercizio del diritto di proprietà, quale garantito dall'art. 42 cost. è inesatto, perché il 2° comma del medesimo art. 42 cost. non considera il diritto di proprietà come illimitato». Se c'è una proprietà, quindi, è solo quella sul supporto materiale.

Ora, volgendo allo *Zwischenergebnis*, una indicazione utile è fornita da un'analisi comparatistica delle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione: là dove esiste una norma espressa concernente gli IPRs, si valorizza il lavoro creativo<sup>(857)</sup>; là dove, invece, manchi siffatta disposizione e si lasci la ricerca del fondamento alle Corti costituzionali, si può notare come prevalga la sussunzione nella disposizione sulla proprietà<sup>(858)</sup>. Ebbene, a mio avviso, una consimile situazione si lascia agevolmente ricondurre alla contrapposizione fra il ponderatissimo lavoro che presiede all'approvazione di ogni Carta fondamentale e l'intervento interstiziale dei giudici che, nell'affanno di risolvere casi concreti, non possono sempre aspirare al medesimo grado di limpidezza dogmatica di un'assemblea costituente.

Orbene, all'esito della rassegna della giurisprudenza costituzionale, mi torna alla mente l'indicazione metodologica che Francesco Orlando trae dal labruyeriano «*c'est trop contre un mari d'être coquette et dévote*»<sup>(859)</sup>: il richiamo confuso e promiscuo ad un numero veramente cospicuo di parametri costituzionali – per dirla con la Cassazione, un «vero e proprio mosaico di precetti costituzionali»<sup>(860)</sup> – mi sembra l'indice più chiaro per concludere che, allo stato, non esista alcun solido fondamento in materia nella nostra Carta e che la Consulta non ha sinora fornito risposte euristicamente gravide. Essa, come la donna di La Bruyère, «*devrait opter*»<sup>(861)</sup>.

Venendo alla dottrina, si osserva<sup>(862)</sup> che gli artt. 2, 4, 9 e 33 Cost. possono costituire una

---

ed utilizzazione arbitraria dell'opera protetta, peraltro riflettendo situazioni soggettive di rilevanza costituzionale (diritti della personalità e di proprietà, art. 2 e 42 cost.)».

<sup>857</sup>MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 14 rinvia sul punto all'art. 20, *Constitución Española*, all'art. 19 della svedese e 42 della portoghese.

<sup>858</sup>MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 14, fa il caso dell'Italia e della Germania.

<sup>859</sup>J. DE LA BRUYÈRE, *Les Caractères ou Les mœurs de ce siècle*, I, 3 (il capolavoro che il moralista francese pubblicò nel 1688 è stato consultato nella versione e-book, *Les Caractères de La Bruyère suivis des Caractères de Théophraste*, a cura di J. SIMONNIN, I, Paris, 1829, 66). Ho ricavato l'indicazione metodologica da F. ORLANDO, *Lettera a Sebastiano Timpanaro*, Pisa, 22-6-1974, in S. Timpanaro- F. Orlando, *Carteggio su Freud (1971-1977)*, Pisa, 2001, 48, per cui, anche quando si muovono molteplici critiche alla medesima tesi – ma il discorso vale anche per gli argomenti a sostegno – anche se queste non sembrano essere fra loro inconciliabili, resta che «tanta pluralità di piani polemici [...] quadra male».

<sup>860</sup>

Cass., 23-4-1998, n. 7382, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 838, che riferisce l'affermazione specialmente a Corte cost., 28-7-1976, n. 202., in *Foro it.*, 1976, 1, 2066.

<sup>861</sup>DE LA BRUYÈRE, *Les Caractères ou Les mœurs de ce siècle*, I, cit., 3.

<sup>862</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 370-371.

garanzia costituzionale dei diritti morali d'autore, mentre gli aspetti patrimoniali sono garantiti dagli artt. 21 e 33 Cost. Non si manca, però, di precisare che, ciò posto, «meno agevole è individuare i principi costituzionali che legittimino e ad un tempo garantiscano la costruzione attuale del diritto patrimoniale degli autori come diritto esclusivo di sfruttamento dell'opera»<sup>(863)</sup>. Un tentativo autorevole in tal senso risale al notissimo saggio «Creazione ed esclusiva nel diritto industriale»<sup>(864)</sup> di Giorgio Oppo, che, nonostante la vetustà, continua ad esibire elementi di attualità.

A fronte di teorie che con troppa leggerezza considerano preteribile il dato positivo, l'illustre civilista, premesso che «non può [...] ritenersi *a priori* irrilevante un orientamento espressamente manifestato dal legislatore, sinché non si dimostri contraddetto o limitato dalla normativa stessa»<sup>(865)</sup>, pone nella dovuta evidenza – come più modestamente si è fatto all'inizio del presente paragrafo – la formulazione testuale dell'art. 2576 c.c., che individua il titolo originario dell'acquisto del diritto sulle opere dell'ingegno nella «creazione dell'opera, *quale particolare espressione del lavoro intellettuale*», regola considerata come specificazione del principio di cui all'art. 35 Cost. per cui il lavoro è tutelato «*in tutte le sue forme ed applicazioni*», applicabile quindi *de plano* a tutte le creazioni intellettuali, compresi modelli e invenzioni. Si obietta osservando che la finalità della normativa sugli IPRs è il progresso culturale, economico e tecnico. In particolare, Ascarelli parte dalla considerazione che il fondamento lavoristico «si traduce nella rivendicazione di un'esclusiva su qualunque risultato intellettuale, che, in linea di fatto, funzionerebbe a favore dei grandi imprenditori», rivendicazione respinta dal diritto positivo, che non riconosce un generale diritto alla appropriazione intellettuale<sup>(866)</sup>. Si potrebbe osservare come anche il collegamento lavoro-proprietà tradizionale non sia indefettibile, trovandosene indici, ad es., nella giurisprudenza in materia di lavoro subordinato a favore delle P.A. in assenza di un contratto. Le Sezioni unite, infatti, hanno in tempi recenti riconosciuto l'esperibilità dell'azione *ex art.* 2041 c.c. «anche nei confronti della P.A. che abbia tratto profitto dall'attività lavorativa di un privato non formalmente legato da un rapporto di lavoro subordinato o autonomo, ma che tuttavia abbia colmato, con la sua opera, una lacuna organizzativa»<sup>(867)</sup>. Tutte le volte, quindi, che non vi sia, o non sia provata, la copertura di una

---

<sup>863</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 371.

<sup>864</sup>G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 187, su cui v. P. SPADA, «*Creazione ed esclusiva*», *trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 215. Nel medesimo solco v. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, cit., 307 e spec. 313, là dove scrive che «la produzione dell'opera dell'ingegno procede da e si fonda su di un *lavoro* dell'autore che rinviene nella intellettualità delle energie che vi si impiegano, del risultato che ne consegue e dell'utilità che se ne può trarre, la sua iniziale e perdurante nota specifica e caratterizzante» (corsivo del testo).

<sup>865</sup>OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, cit., 189.

<sup>866</sup>Lo dimostrano la limitazione legislativa dei tipi di creazione appropriabili e le condizioni cui la tutela è subordinata. ASCARELLI, *Teoria delle concorrenze e dei beni immateriali* cit., 306, *ad colorandam probationem*, fa l'esempio dei due inventori che raggiungono indipendentemente uno stesso risultato inventivo.

<sup>867</sup>

Cass., sez. un., 28-4-2011, n. 9441, inedita, riportata da L. NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle*



lacuna dell'organizzazione, l'effettiva prestazione di un'attività lavorativa non fonderà alcunché, non potendosi esperire nemmeno la sussidiaria azione di ingiustificato arricchimento. Non è questo, però, il punto dirimente. Bollato il fondamento lavoristico come «un'istanza giusnaturalistica [...] postula[n]te un diritto fuori della storia del quale quello storicamente attuato non sarebbe che uno specchio»<sup>(868)</sup>, la giustificazione politica dei diritti IP risiederebbe nell'interesse di promuovere il progresso culturale o tecnico<sup>(869)</sup>. Codesto interesse pubblico giustificherebbe, non solo l'esistenza del diritto, ma altresì la sua disciplina, «ad esempio in relazione alla durata del diritto patrimoniale»<sup>(870)</sup>. Che si sia di fronte a un patente caso di violazione del principio di non contraddizione lo disvela già Oppo là dove scrive che il progresso culturale, ove costituisse il vero fondamento dei diritti in esame, piuttosto «importerebbe una generale inappropriabilità delle creazioni intellettuali»<sup>(871)</sup>. Se fosse vero, infatti, il postulato tutto da dimostrare per cui «questo pubblico interesse trova migliore soddisfazione nel riconoscimento di un diritto assoluto di utilizzazione»<sup>(872)</sup>, che consentirebbe «il massimo potenziamento del [...] contributo al progresso culturale e tecnico»<sup>(873)</sup>, non riuscirebbe di comprendere come il fondamento sia alla base tanto del momento positivo, quanto di quello negativo, come, cioè, imponga il ricorso allo schema proprietario e, in pari tempo, obblighi ad allontanarsene, a prevedere limiti ed eccezioni. E allora il vero è che il progresso culturale è senz'altro il fondamento del momento negativo del diritto, non potendo giustificare *a e*, contemporaneamente, *non-a*.

Per correttamente valorizzare la rilevanza straordinaria degli interessi generali nella disciplina degli IPRs – che li rende, a mio avviso, irriducibili al paradigma proprietario tradizionale – occorre sempre con nitore distinguere il fondamento di un diritto dalla sua natura: il primo è nelle mani del legislatore, la seconda, almeno in parte, ne è sottratta. Sul punto, dico qualcosa di

---

*obbligazioni*, Torino, 2011, 197. La decisione rinforza l'orientamento inaugurato da Cass., sez. un., 4-11-1996, n. 9531, in *Danno e resp.*, 1997, II, 189, con nota di CACACE, e fatta propria anche da App. Potenza, 11-5-2010, inedita. Oggi, quindi, non sarebbero più pensabili statuizione come quella del T.A.R. Sardegna Cagliari, 20-1-2009, n. 48, inedita: «la prestazione di lavoro straordinario svolta di fatto dal dipendente in mancanza della necessaria autorizzazione non è retribuibile neppure ai sensi dell'art. 2041 c.c., perché l'iniziativa unilaterale del lavoratore subordinato non può sopperire all'apprezzamento organizzativo della amministrazione stessa in ordine dell'utilità o meno di tale lavoro e, quindi, non è in grado di dimostrare che l'amministrazione si sia effettivamente arricchita in modo indebito».

<sup>868</sup>ASCARELLI, *Teoria delle concorrenze e dei beni immateriali* cit., 305.

<sup>869</sup>ASCARELLI, *Teoria delle concorrenze e dei beni immateriali* cit., 306, che individua un fondamento diverso per i segni distintivi – che a mio avviso andrebbero definitivamente espulsi dalla costruzione dommatica della categoria della proprietà intellettuale – in particolare riconducibile all'interesse di assicurare nella concorrenza il trionfo degli imprenditori considerati migliori dai consumatori.

<sup>870</sup>*Ivi*, 307. Mentre a mio parere la durata temporanea è e resta un importante carattere atto a differenziare la proprietà tradizionale dall'IP, esprime un'opinione diversa DABIN, *Le droit subjectif*, cit., 190, nt. 2, per cui «il est clar que le caractère temporaire du monopole [...] ne touche pas à l'essentiel du droit». *Contra* già H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, Paris, 1950, 274.

<sup>871</sup>OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, cit., 188.

<sup>872</sup>ASCARELLI, *Teoria delle concorrenze e dei beni immateriali* cit., 307.

<sup>873</sup>*Ivi*, 307.

parzialmente diverso da Oppo, ma col suo pensiero in parte conciliabile: egli scrive che i piani sono diversi perché uno attiene alla giustificazione, l'altro ai limiti della tutela (<sup>874</sup>). Ora, come anticipato nell'introduzione, una delle fondamentali specole traverso le quali si intende osservare la natura degli IPRs è proprio quella dei limiti imposti dagli interessi collidenti: dal mio punto di vista, quindi, un discorso sui limiti è pur sempre un discorso sulla natura (<sup>875</sup>), a meno che non si ritenga – ciò che mi sembra difficilmente sostenibile, da *Donaldson v. Beckett* in poi – che si tratti di un diritto preesistente al riconoscimento del legislatore.

Il fondamento, ricapitolando, sarebbe rinvenibile negli artt. 1, 4 e 35 ss. Cost., ciò che – nonostante corrisponda, oltre che alla chiara lettera della legge, all'intenzione di un legislatore storico che considerò il lavoro intellettuale superiore ad ogni altro (<sup>876</sup>) – è sfuggito alla giurisprudenza maggioritaria, con isolate eccezioni (<sup>877</sup>). Forse la necessità di dimostrare che il lavoro costituisca titolo di appartenenza tanto dei beni materiali, quanto di quelli immateriali, spinge Oppo a un'argomentata confutazione di uno degli argomenti tradizionalmente usati per contestare la teorica proprietaria, in particolare quello per cui, come perspicuamente scritto da Carnelutti, lo specifico del bene immateriale «sta non tanto nel potere, quanto nel dover essere goduto da altri che non ne sia l'autore» (<sup>878</sup>). Il discorso, giova precisarlo, attiene quindi più alla

---

874

OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, cit., 190.

<sup>875</sup>Non è di questo avviso OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, cit., 191, là dove bolla le disposizioni che prevedano limiti e oneri agli IPRs come «provvedimenti estrinseci rispetto alla natura e, può aggiungersi, alla giustificazione del diritto».

<sup>876</sup>Ricorda STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 270 che al lavoro intellettuale «sono dovuti tutti i progressi della società, merita premio e tutela, più che gn altro genere di lavoro (concezione anche propria del fascismo, e di Gentile, sulla superiorità dei lavori intellettuali, su quelli non di concetto».

<sup>877</sup>Così Corte cost., 6-4-1995, n. 108 cit., che però, congiuntamente all'art. 35 Cost., richiama gli artt. 3, 9, 33 e 42.

<sup>878</sup>F. CARNELUTTI, *Recensione a Mario Are, L'oggetto del diritto di autore*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 436. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, cit., 191, scrive che queste «sono le più recenti parole del Carnelutti sull'argomento», ma non specifica a quale opera si riferisca. Anche grazie alla bibliografia completa di Francesco Carnelutti pubblicata in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, 1974, IV, 525, sono risalito all'anzidetta caustica recensione estesa dall'illustre giurista udinese sulla nota monografia di Mario Are – pure qui molte volte citata – la quale è accusata di ignorare il contributo di F. CARNELUTTI, *L'editore*, in *Foro it.*, 1952, IV, 1, ora in *Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, I, Padova, 1953, 3 e di non aver quindi debitamente messo in luce che «il diritto di autore e il diritto di proprietà sono profondamente diversi» (CARNELUTTI, *Recensione a Mario Are*, cit., 436), errore in cui cade chi ignori «le fondazioni non giuridiche della scienza del diritto» (*Ibidem*). La teorica proprietaria era stata sposata dallo stesso Carnelutti in particolare in ID., *Sull'obbietto del diritto di privativa artistica e industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 925, ora in *Studi di diritto industriale*, Roma, 1916, 3 (ma già in ID., *Il diritto di privativa nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 435 e ID., *Sul contenuto del diritto di privativa artistica e industriale*, *ivi*, 1911, II, 416, anch'essi editi nei citati *Studi*), allorquando i giuristi erano «ingincchiati ai piedi di quel feticcio, che è la *reine Rechtslehre* o il *reiner Jurist*» (CARNELUTTI, *L'editore*, cit., 1; la numerazione si riferisce alla edizione sul *Foro it.*), dal che seguiva che il giurista non avesse da sapere che di diritto. Fu allora che egli, partendo da un paragona tra l'accumulatore di energia elettrica e l'accumulatore di energia psichica (ID., *Sull'obbietto*, cit., 16; la numerazione si riferisce alla versione edita negli *Studi di diritto industriale*), ritenne che, estesa al massimo la nozione di *res*, il diritto d'autore potesse essere considerato una *species proprietatis* diversamente regolata, in prevalenza per ragioni storiche, che con la proprietà condivideva soprattutto la funzione «di garantire all'autore l'esclusivo godimento del risultato immateriale del suo lavoro» (ID., *L'editore*, cit., 1). Con la maturità, però, l'insigne Maestro ebbe chiaro che

natura del diritto, che non al suo fondamento, cionondimeno per ragioni di organicità di sviluppo, mi pare più fecondo analizzare il saggio dell'illustre Maestro della Scuola asquiniana anche con riferimento a questo aspetto.

Orbene, non mi pare che colga del tutto nel segno l'obiezione per cui «non può dirsi che i beni materiali siano necessariamente e come tali incapaci di godimento plurimo»<sup>(879)</sup>. L'argomento anti-proprietario, però, postula qualcosa di diverso, ovvero che i beni immateriali siano per natura proiettati al godimento collettivo, dal che non se ne può inferire che le *res corporales* non possano mai essere godute da più soggetti contemporaneamente. E, in ogni caso, non c'è chi non veda quanta distanza corra fra un immobile in proprietà e una rappresentazione teatrale: se il comunista godesse e disponesse dell'intero sopprimerebbe le prerogative altrui, ciò che non accade nel caso del teatro, là dove la visione di uno non va a detrimento di quella degli altri. Oppò replica ulteriormente, però, che chi la pensa come Carnelutti confonde il godimento spirituale con quello economico ed è solo il primo ad essere libero e destinato alla collettività, tanto se si tratti di beni materiali, quanto se siano invece immateriali. Così, «se mi fermo a contemplare dalla strada una villa veneta, ne ritraggo godimento spirituale [...] ma se per contemplare la villa debbo accedere al giardino, il diritto del proprietario è menomato». Premesso che la temporaneità del diritto mi sembra già un indice della sua destinazione, ciò che è rafforzato anche da specifiche disposizioni (come l'onere di attuazione dell'invenzione «in misura tale da non risultare in grave sproporzione con i bisogni del Paese»<sup>(880)</sup> – col connesso sistema di licenze obbligatorie – e la decadenza del marchio per non uso<sup>(881)</sup>), sull'immagine evocata dall'A. mi pare si possa osservare che: i. mentre anche ove al passante venisse inibito di rimirare la suddetta villa, non vi sarebbe alcuna incidenza

---

«tra il libro e l'accumulatore corre la differenza che, mentre l'accumulatore, quando gli si attacca il filo, a un certo punto di scarica e lo si deve ricaricare, la *Divina Commedia*, per quanti fili gli si attaccano, non si scarica mai» (*ivi*, 2). Carnelutti conclude col dire che «il diritto di paternità è tutto il diritto d'autore, non una parte di esso; in ogni caso viene logicamente in primo piano il cosiddetto diritto morale e in secondo il diritto economico» (*ivi*, 4) e d'altronde «anche il padre si chiama talvolta *autore*...perché anche generando figliuoli un uomo accresce (*auget*) il mondo» (*ivi*, 3, corsivi del testo).

879

OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, cit., 191.

<sup>880</sup>Così l'art. 69 c.p.i., che va letto in combinato disposto col successivo art. 70 – rubricato «Licenza obbligatoria per mancata attuazione» – a mente del cui primo comma «trascorsi tre anni dalla data di rilascio del brevetto o quattro anni dalla data di deposito della domanda se questo termine scade successivamente al precedente, qualora il titolare del brevetto o il suo avente causa, direttamente o a mezzo di uno o più licenziatari, non abbia attuato l'invenzione brevettata, producendo nel territorio dello Stato o importando oggetti prodotti in uno Stato membro della Unione europea o dello Spazio economico europeo ovvero in uno Stato membro dell'Organizzazione mondiale del commercio, ovvero l'abbia attuata in misura tale da risultare in grave sproporzione con i bisogni del Paese, può essere concessa licenza obbligatoria per l'uso non esclusivo dell'invenzione medesima, a favore di ogni interessato che ne faccia richiesta».

881

Ai sensi dell'art. 24, co. 1 c.p.i., infatti, «a pena di decadenza il marchio deve formare oggetto di uso effettivo da parte del titolare o con il suo consenso, per i prodotti o servizi per i quali è stato registrato, entro cinque anni dalla registrazione, e tale uso non deve essere sospeso per un periodo ininterrotto di cinque anni, salvo che il mancato uso non sia giustificato da un motivo legittimo».

sul godimento economico della stessa da parte del suo proprietario, il quale peraltro potrebbe risultare disturbato da una folla appostata di fronte l'ingresso di casa (e ciò perché la destinazione naturale della proprietà – a differenza degli IPRs – è la sua esclusione al godimento di terzi), ove il titolare del diritto d'autore su un libro decidesse di tenerlo per sé, insieme col godimento spirituale, verrebbe necessariamente meno anche quello economico (per dirla con Carnelutti, «sulle cose materiali l'interesse è di limitare il godimento altrui; sulle cose spirituali l'interesse è di moltiplicarlo»<sup>(882)</sup>); ii) secondariamente, mi sembra vada notato che, per quanto lo spazio antistante ad una villa possa essere ampio, comunque potrà contenere un numero di «terzi» limitato, quando niente del genere potrebbe dirsi in ordine agli IPRs: ben si potrebbe immaginare l'intera popolazione terrestre che goda, contemporaneamente, ascoltando le note di Beethoven. E allora, anche considerato che peculiare delle opere dell'ingegno è la loro «godibilità o fruibilità esclusivamente a mezzo delle facoltà intellettuali, sulle quali sono istituzionalmente destinate a reagire»<sup>(883)</sup>, mi sembra che continui a essere vero quanto scritto in tempi risalenti da Marcel Planiol, ovvero che «*le monde matériel est destiné à l'appropriation, parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le monde des idées est d'une nature toute différente: il est fait pour la communauté*»<sup>(884)</sup>, con la precisazione che ciò vale non solo per le idee, ma per tutti i beni immateriali – la cui inappropriabilità dipende, ma solo in parte, dal divieto di monopolizzare le idee – i quali, se vengono sottratti temporaneamente al dominio del pubblico è per la giusta attribuzione dei frutti del lavoro al creatore intellettuale. La *divisio* fra godimento economico e godimento spirituale, in conclusione, mostra tutta la sua debolezza ove applicata a un mondo non materico, in cui la massimizzazione del benessere non deriva né può derivare da uno sfruttamento in solitudine dei beni oggetto di diritto, ma che ha necessità della collettività perché i suoi frutti possano maturare e che alla collettività è destinato a tornare.

Su quest'ultimo punto vorrei spendere qualche parola già ora, pur ripromettendomi di tornarvi più oltre. Talvolta sembra essersene persa memoria, ma «pubblico dominio», vuol dire in realtà «dominio del pubblico», il che significa appartenenza non allo Stato, ma alla collettività. Questo dato, banale solo all'apparenza, mi è apparso nel nitore sfogliando le pagine del Trattato Austro-Sardo del 1840 – «Convenzione 22 maggio 1840 seguita tra Sua Maestà il Re di Sardegna e

---

<sup>882</sup>CARNELUTTI, *L'editore*, cit., 4, che, per altri versi criticato da Oppo, condivide con quest'ultimo la convinzione che il profitto ricavato dall'autore è «a titolo di invenzione o, più semplicemente, di lavoro» (*ibidem*).

<sup>883</sup>SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, cit., 311.

<sup>884</sup>PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, cit., 455, enfasi del testo. Il passaggio è citato ad altri fini, ma mi piace pensare che l'A. possa essere considerato – con la sua contrapposizione dell'appartenenza alla *communauté* all'*appropriation* e con la sua serrata critica alla teorica proprietaria (che cadrebbe in una «*erreur vulgaire*», *ibidem*) – come un precursore della teoria dei beni comuni.

l'Imperatore d'Austria a favore della proprietà e contro la contraffazione delle opere scientifiche, letterarie e artistiche»<sup>(885)</sup> – il cui art. 24 recita: «allo scadere dei termini fissati...le opere e le produzioni dell'ingegno cadranno nel dominio del pubblico». Ancora più chiaro mi è parso sul punto l'art. 15, *Loi du 7 Janvier 1791* – dedicata alla «*protection de la propriété des auteurs de découvertes dites "utiles"*» – a mente del quale «*a l'expiration de chaque patente, la découverte ou invention devant appartenir à la société, la description en sera rendue publique, & l'usage en deviendra permis dans tout le Royaume, afin que tout citoyen puisse librement l'exercer & en jouir, à moins qu'un Décret du Corps législatif n'ait prorogé l'exercice de la patente, ou n'en ait ordonné le secret dans les cas prévus par l'article XI*»<sup>(886)</sup>.

La fondazione degli IPRs sul lavoro sembra essere stata contestata anche da alcuni dei più reputati specialisti della materia, quali furono Paolo Greco e Mario Are. Così la tesi anzidetta è parsa bollata come «manifestamente fuori strada»<sup>(887)</sup> o «ricevuta per fortuna solo programmaticamente dalla legge speciale e a suo tempo accolta da buona parte degli autori su ispirazione delle concezioni di politica corporativa»<sup>(888)</sup>. Ebbene, se non prendo un abbaglio, la contrapposizione è più apparente che reale<sup>(889)</sup>. La dottrina da ultimo riportata, infatti, si scaglia contro chi – come Piola Caselli<sup>(890)</sup> – non mostra i tener distinti i concetti di fondamento e natura, «con manifesta confusione fra la supposta ragione etico-politica della protezione ed i caratteri attinenti alla struttura del diritto di autore»<sup>(891)</sup>. Molto chiaro sul punto è Tullio Ascarelli, là dove scrive che si deve «ad una giustificazione politica, piuttosto che a una costruzione giuridica»<sup>(892)</sup> il far capo ai diritti del lavoro. Orbene, ove si pretendesse che gli IPRs abbiano natura di diritti del lavoro si cadrebbe senz'altro in fallo, peraltro postulando «un diritto fuori dalla storia del quale quello storicamente attuato non sarebbe che uno specchio»<sup>(893)</sup>, se, però, ci si limiti – come nel presente paragrafo – a un discorso sul fondamento degli stessi, allora l'interpretazione più rigorosa mi sembra indicare unanimemente il lavoro come fondamento, almeno in senso debole, degli IPRs,

---

885

Il testo della Convenzione è stato recentemente riedito in L.C. UBERTAZZI, *I Savoia e gli autori*, Milano, 2000 ed è liberamente consultabile all'indirizzo [http://www.ubertazziDiritto\\_d'autore\\_introduzione\\_cit\\_it/codice/doc39.pdf](http://www.ubertazziDiritto_d'autore_introduzione_cit_it/codice/doc39.pdf).

<sup>886</sup>La legge può essere consultata online all'indirizzo <http://brevetsphotographiques.fr/findexloi1.htm>.

<sup>887</sup>GRECO, *Saggio sulle concezioni del diritto d'autore*, cit., 541.

<sup>888</sup>M. ARE, *Beni immateriali*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 257.

<sup>889</sup>Le considera, invece, teorie avverse alla propria SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, cit., 315, nt. 24.

<sup>890</sup>Indicato da GRECO, *Saggio sulle concezioni del diritto d'autore*, cit., 541, nt. 9, come il primo fautore della teoria «lavoristica».

<sup>891</sup>*Ibidem*.

<sup>892</sup>ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, cit., 305. Restando fermi i caveat superiori circa la critica ascarelliana alla «ascosa natura».

893

*Ibidem*.

anche considerato che, come posto in luce da Costantino Mortati, dalla lettura di numerose disposizioni della Costituzione, emerge una tendenza « che nella maggior misura possibile riunisca nelle stesse mani il lavoro e la proprietà »<sup>(894)</sup>.

Mette conto, infine, ricordare le critiche di Stolfi, il quale riteneva che fondando i diritti sui beni immateriali sul lavoro « si dovrebbe accordarli a chiunque scovra un palinsesto, un'epigrafe antica [...] per quanto le ricerche abbiano potuto essere lunghe e laboriose, pure l'opera non presenta il requisito dell'individualità [...] talvolta l'opera dell'ingegno è effetto di un lavoro così piccolo, che proprio esso non potrebbe ritenersi titolo giustificativo per la protezione della legge »<sup>(895)</sup>. Mi pare che l'obiezione provi troppo: il fatto che il lavoro fondi il diritto ai frutti derivanti non implica che necessariamente ogni frutto possa essere oggetto di appropriazione, specialmente ove ciò impediscano gli interessi della collettività. E la vicenda degli IPRs è particolarmente significativa in tal senso. Il medesimo A., peraltro, richiamando il *materiam superabat opus*<sup>(896)</sup> di Ovidio, conclude sul punto in modo niente affatto antitetico rispetto alla teoria messa a punto in « Creazione ed esclusiva »: « il titolo giustificativo della protezione legale è il fatto della sua creazione, l'*efflatum* vivificatore della morta materia, la forza creatrice dello spirito umano »<sup>(897)</sup>. Il contributo di Stolfi, a ben vedere, consiste nello specificare – e mi sembra che sul punto si possa serenamente concordare – che il fondamento non sia da ritrovare in un generico lavoro intellettuale, bensì in quel lavoro che « si è esplicato nella creazione di un'opera letteraria, artistica e scientifica [...] quello che scolpito nel quadro, nel libro la personalità dell'autore, sia essa scialba e decrepita, sia di quelle che riscaldano gli animi, e che, per l'ardimento delle idee, cooperano efficacemente al progresso umano »<sup>(898)</sup>.

Altri hanno ritenuto di fondare la tutela in esame sull'art. 21 Cost.<sup>(899)</sup>, che però mi sembra del tutto inconducibile, potendo costituire argomento – sebbene non da solo sufficiente – tanto per abolire i diritti sui beni immateriali, quanto per fondarne la tutela (e ciò a tacere del fatto che detta disposizione non si attaglia punto alla c.d. proprietà industriale). Infatti, si potrebbe sostenere che per incentivare la libertà di stampa tutti i diritti vadano trasferiti agli editori; così come che ove gli

---

<sup>894</sup>C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 178, ora in *Costantino Mortati e «Il lavoro nella costituzione»*. Una rilettura, a cura di L. Gaeta, Atti della Giornata di Studio, Siena, 31-1-2003, Milano, 2005, che si riferisce in specie, oltre agli articoli direttamente riguardanti il lavoro, agli artt. 42, 44, 45, 46 e 47 Cost.

<sup>895</sup>STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 269.

<sup>896</sup>OVIDIO, *Metamorfosi*, II, 5. Sta a significare sia che il concepimento intellettuale ha maggior valore dell'investimento materiale, sia che l'argomento trattato in un'opera dell'ingegno è superato dalla finezza e dall'arte con cui si esegue il lavoro stesso. Se ne attesta anche la versione *opus superante materiam*, sfruttato ricorrentemente nel Medioevo come *topos* retorico per la celebrazione dell'arte. Così anche E. CASTELNUOVO-G. SERGI, *Arti e storia nel Medioevo. Del costruire: tecniche, artisti, artigiani, committenti*, Roma, 2003, 396.

<sup>897</sup>STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 270.

<sup>898</sup>STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 271, che considera il proprio pensiero come il completamento necessario di quello di Kohler.

<sup>899</sup>Così C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 38.

IPRs non fossero riconosciuti gli autori smetterebbero di produrre, facendo di fatto scomparire la stampa. Non mi pare, poi, sostenibile che l'appropriazione del prodotto della creazione intellettuale sia imposta dalla libertà di manifestazione del pensiero, la quale credo non trarrebbe nocumento alcuno da un regime a pubblico dominio generalizzato. Del pari, non è sufficiente invocare detta libertà neanche per vietare l'appropriazione dei prodotti della creazione intellettuale, perché, ad es., la compressione della libertà consistente nel divieto di copiare opere protette, oltre ad essere temporanea, è l'esito del bilanciamento con la necessità di ricompensare l'*auctor* dello sforzo creativo. Torna allora utile l'indicazione metodologica tratta da La Bruyère, se una disposizione è valida tanto per un fine, quanto per il suo contrario, si può essere abbastanza certi che la strada imboccata sia errata. A ciò si aggiunga che la Consulta ha avuto modo di rilevare – significativamente, sebbene il punto sia toccato solo incidentalmente – come l'art. 161 l. aut. sia norma « diretta alla tutela dei diritti patrimoniali e non a porre limitazioni alla libera estrinsecazione e manifestazione del pensiero »<sup>(900)</sup>. Alcuni autori rilevano, contro chi si fondi sull'art. 21 Cost., che essendo la manifestazione del pensiero un diritto della personalità, siffatto fondamento condurrebbe paradossalmente a « escluderebbe la legittimità costituzionale di tutti i limiti all'esclusiva dell'autore che l'ordinamento attualmente e tradizionalmente introduce nell'interesse generale »<sup>(901)</sup>. Sebbene mi sembri fuori strada chi si fondi sull'art. 21 Cost. Per spiegare gli IPRs, segnalo che lo studio comparatistico potrebbe offrire uno spunto interessante. Mi riferisco, in particolare, all'*Artículo 20* della *Constitución Española*, a mente del quale « *se reconocen y protegen los derechos: a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c. A la libertad de cátedra. d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades* ». Orbene, se la scelta spagnola del '78 mi pare possa essere valorizzata come indice di un approccio agli IPRs più sensibile agli interessi della collettività alla crescita del patrimonio collettivo di idee, non mi sembra se ne possa inferire che il fondamento di detti diritti sia la libertà di manifestazione del pensiero, sol perché vi sia la rilevata contemplazione nella medesima disposizione: volendo prendere sul serio codesto argomento, si potrebbe allora anche sostenere – ciò che mi sembra se non altro peregrino – che gli IPRs si fondino sulla *libertad de cátedra* o a *comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*.

Quanto, poi, alla libertà dell'arte e della scienza essa si rivela un appiglio ancor più labile,

<sup>900</sup>

Corte cost., 5-4-1973, n. 38, inedita.

<sup>901</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 371.

posto che è stato dimostrato che il progresso della scienza si nutre di imitazione : l'art. 33 Cost., piuttosto, sancisce uno dei tanti interessi generali che – lungi dal fondare gli IPRs – ne rendono porosa la struttura, essendo chiari indicatori di una natura irriducibile a quella della proprietà, diritto, quest'ultimo, la cui linfa costituzionale mostra di essersi fundamentalmente prosciugata. E, d'altronde, già qualche decennio fa non si poteva non rilevare come la ricerca dell'equilibrio fra il diritto del singolo e gli interessi della collettività « nel campo del diritto d'autore risulti agevolata, perché è più facile, per la stessa destinazione dell'opera alla sua maggiore diffusione, l'operazione intesa a comprendere la funzione sociale nella stessa struttura del diritto come immanente rispetto ad esso » <sup>(902)</sup>, dal che segue che il diritto di utilizzazione è « strutturalmente e originariamente caratterizzato dalla funzione (sociale) e perciò riduttivamente sagomato e specificato, fin dal suo sorgere » <sup>(903)</sup>: questo studio si propone, tra l'altro, di sfruttare il potenziale euristico di codesta intuizione.

Non è mancato, inoltre, chi ha rinvenuto il fondamento degli IPRs nell'art. 41 Cost. In particolare, Mario Libertini, premesso che oggi « l'innovazione è divenuta soprattutto innovazione progettata e realizzata all'interno delle imprese » <sup>(904)</sup>, ne inferisce che la tutela dell'impresa e della concorrenza « impongono il riconoscimento di una tutela proprietaria delle creazioni intellettuali che si formano all'interno dell'impresa » <sup>(905)</sup>, con la conclusione per cui la base costituzionale « dev'essere cercata proprio nell'art. 41 e non nell'art. 42, che è costruito in funzione del tipo ideale della proprietà di beni materiali, suscettibili di possesso » <sup>(906)</sup>. Ora, anzitutto non riesco bene a comprendere come si possa dire che la tutela del mercato possa addirittura imporre una tutela proprietaria e poi negare che il fondamento risieda nell'art. 42. Mi si potrebbe obiettare che l'illustre A. voglia con ciò distinguere la questione del fondamento (art. 41) da quella della natura (art. 42), ma non mi pare persuasivo, là dove, sottolineando la naturale conformazione del diritto dominicale sulle *res corporales*, egli fornisce un argomento per smontare la teorica proprietaria. L'unica spiegazione che so darmi è che si sia fatto un uso atecnico della perifrasi « tutela proprietaria ». Mi preme, poi, esporre due notazioni : *i*) posto che certamente l'art. 41 non potrà costituire base per le creazioni tradizionali (lo stesso A. ammette che esse continuano a esser fondate sul lavoro), mi sembra ardito postulare che un identico diritto possa avere diverso fondamento allorquando il suo oggetto, la creazione intellettuale, nasca in un contesto individuale o

---

902

SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, cit., 328, che *ivi*, nt. 72, rinvia a S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, II, 1280 e PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., *passim*.

<sup>903</sup> *Ibidem*.

<sup>904</sup> LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, cit., 63.

<sup>905</sup> *Ibidem*.

<sup>906</sup> *Ibidem*.



aziendale; ii) nel prossimo capitolo, là dove parlerò di *open hardware*, mostrerò come la tendenza del sistema sia di spostare i processi produttivi fuori dalle industrie, ciò che farebbe venir meno la premessa di Libertini: e a prospettiva avverata, concede l'A., sarebbe difficilmente contestabile l'idea per cui – dallo stesso avvertita, sul presupposto che viviamo nell'era della concorrenza – per cui gli IPRs siano « frutto di norme eccezionali, dettate dal legislatore *propter aliquam utilitatem*, ma in contrasto con [...] principi di libertà »<sup>(907)</sup>.

Vi è, infine, chi cerca di offrire a un problema complesso una risposta altrettanto complessa, precisando che ritiene insufficiente il lavoro a costituire il fondamento in senso forte degli IPRs – affermazione condivisibile, ma che va a mio avviso estesa a tutti i parametri richiamati - essendo la scelta del sistema vigente delle esclusive « dettata (quanto meno) anche dalla tradizione giuridica, dalla coerenza del sistema attuale con l'art. 9 cost. e con l'intera costituzione economica italiana, e dalla idoneità del sistema delle esclusioni a soddisfare ad un tempo i bisogni individuali degli autori e quelli della collettività all'incentivazione della creazione e fruizione di opere dell'ingegno »<sup>(908)</sup>. Ivi si conclude che il « parametro costituzionale di valutazione della legittimità delle norme che prevedono le utilizzazioni libere ed in diverso modo limitano l'esclusiva degli autori [è individuabile] anzitutto nell'art. 42 Cost. ed in certi limiti anche in norme costituzionali, ed in particolare negli art. 9 e 33 »<sup>(909)</sup>.

Qualche parola merita, in particolare, il riferimento all'art. 42 Cost. Se per la contigua questione della natura i fautori della teorica proprietaria non sono mai mancati, non lo stesso è da dirsi quanto al rinvio al diritto dominicale per fondare gli IPRs. Si può segnalare chi, analizzando i rapporti fra editore e titolare del diritto di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno, sostiene che l'attività del primo debba ricomprendersi nell'ambito dell'art. 41 Cost., mentre quella del secondo « o nell'art. 42 Cost., come suggerito dallo stesso giudice *a quo* »<sup>(910)</sup>, oppure dall'art. 35 Cost. »<sup>(911)</sup>. L'indicazione alternativa e l'assenza di argomentazione rendono tutto sommato secondario il rinvio alla proprietà, mentre è più interessante il passaggio in cui l'A., richiamando la necessità di distinguere il rapporto autore-editore da quello titolare del diritto di utilizzazione economica-editore, apporta un ulteriore argomento per rifiutare l'ancoraggio degli IPRs all'art. 21 Cost., potendo su di esso fondarsi solo, al più, per il primo rapporto, ma mai per il secondo, posto che la posizione del titolare dei diritti di sfruttamento « prescinde dal momento creativo [...] e

---

907

*Ibidem.*

<sup>908</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 371.

<sup>909</sup>*Ibidem.*

<sup>910</sup>Il giudice rimettente è il Pretore di Roma con due ordinanze: Pret. Roma, 17-1-1974, n. 102 e Pret. Roma, 16-12-1974, n. 92, inedite.

<sup>911</sup>C. CHIOLA, *La riproduzione «a stampa» del pensiero altrui (Sent. n. 60/1976)*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 577.

quindi dal collegamento con la libertà di pensiero »<sup>(912)</sup>. È, cionondimeno, innegabile che l'analisi comparatistica offra argomenti a sostegno del fondamento *ex art. 42 Cost.* Basti pensare all'art. 14 *Grundgesetz*, la cui *Eigentumsgarantie* per la giurisprudenza tedesca uniforme<sup>(913)</sup> copre anche gli aspetti patrimoniali del *geistiges Eigentum*, locuzione che però, non casualmente, resta assai meno diffusa di *Urheberrecht* e di *gewerblicher Rechtsschutz*: essa si scontra con la chiara lettera del § 90 BGB, a mente del quale « *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände* »<sup>(914)</sup>; e « *Sachen* », precisa la giurisprudenza, sono « *nur körperliche Gegenstände in einem der drei möglichen Aggregatzustände (fest, flüssig, gasförmig)* »<sup>(915)</sup>. La divaricazione fra *Eigentum* civilistico e *Eigentum* costituzionale ha seguito percorsi analoghi in Italia<sup>(916)</sup>. È, quindi, corretto

912

CHIOLA, *La riproduzione «a stampa» del pensiero altrui*, cit., 576.

<sup>913</sup>V. in particolare BVerfG, 1 BvR 2742/08 vom 21.12.2010, Absatz-Nr. (1-29), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20101221\\_1bvr274208.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20101221_1bvr274208.html); BVerfG, 1 BvR 2760/08 vom 21.12.2010, Absatz-Nr. (1- 28), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20101221\\_1bvr276008.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20101221_1bvr276008.html); BVerfG, 1 BvR 2062/09 vom 20.1.2010, Absatz-Nr. (1- 32), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100120\\_1bvr206209.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100120_1bvr206209.html); BVerfG, 2 BvR 1802/02 vom 3.6.2004, Absatz-Nr. (1-25), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040603\\_2bvr180202.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040603_2bvr180202.html); BVerfG, 1 BvR 400/51 vom 22.11.1951, Absatz-Nr. (1- ##), [http://www.bverfg.de/en/decisions/rs19511122\\_1bvr040051.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/rs19511122_1bvr040051.html); BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1- 421), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html); BVerfG, 1 BvR 784/03 vom 2.3.2004, Absatz-Nr. (1-22), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040302\\_1bvr078403.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040302_1bvr078403.html); BVerfG, 1 BvR 2075/03 vom 16.10.2003, Absatz-Nr. (1- 9), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20031016\\_1bvr207503.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20031016_1bvr207503.html); BVerfG, 1 BvR 1962/01 vom 7.3.2002, Absatz-Nr. (1- 10), [http://www.bverfg.de/en/decisions/rk20020307\\_1bvr196201.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/rk20020307_1bvr196201.html); BVerfG, 1 BvR 825/98 vom 29.6.2000, Absatz-Nr. (1- 33), [http://www.bverfg.de/en/decisions/rk20000629\\_1bvr082598.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/rk20000629_1bvr082598.html); BVerfG, 1 BvR 1611/99 vom 17.12.1999, Absatz-Nr. (1-25), [http://www.bverfg.de/en/decisions/rk19991217\\_1bvr161199.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/rk19991217_1bvr161199.html); BVerfG, 1 BvR 1689/96 vom 2.6.1999, Absatz-Nr. (1- 23), [http://www.bverfg.de/en/decisions/rk19990602\\_1bvr168996.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/rk19990602_1bvr168996.html). Queste le decisioni che ho trovato durante le mie ricerche al Max Planck Institute di Monaco di Baviera; UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 371, rinvia, sul punto, a BVerfG, 7-7-1971, nn. 481, 485, 487, 488, 491, in *GRUR*, 1972 e, per la dottrina, a T. MAUNZ, *Das geistiges Eigentum in Verfassungsrechtlicher Sicht*, in *GRUR*, 1973, 107 e H. HUBMANN, *Die Entscheidungen des BVerfG zum Schutz des geistigen Eigentums*, in *GRUR Int.*, 1973, 270.

<sup>914</sup>Codesta impostazione di marca romanistica non è del tutto isolata. V., ad es., l'articolo 2311 del *Código civil de la República Argentina*, a tenore del quale «*se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*», mentre il successivo articolo recita «*Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio*». È degno di nota, fra l'altro, che codeste disposizioni aprono il titolo I, *Cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos, del libro tercero «De los derechos reales*», essendo originalmente anteposto anche alla distinzione fra beni *muebles* e *immuebles*. Rinvengo tracce romanistiche, per quanto qui d'interesse, anche nell'articolo 2335, là dove prescrive che «*las pinturas, esculturas, escritos e impresos serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos*». Su opere dell'ingegno, *accessio* e *specificatio* cfr. J.C. RUDOLPH, *Dissertatio inauguralis iuridica 'De accessione picturae pro summis in utroque iure honoribus'*, Kurfürstlich Maintzische Akademie nützlicher Wissenschaften, Mainz, 1756; F. LUCREZI, *La tabula picta tra creatore e fruitore*, Napoli, 1984 e, più recentemente, A. PLISECKA, *Tabula picta: aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Padova, 2011.

<sup>915</sup>LG Konstanz, 10-5-1996, 1 S 292/95, in *NJW*, 1996, 2662, consultabile all'indirizzo <http://www.jurpc.de/rechtspr/19980079.htm>. Nel caso di specie se ne inferì che «*Daten insbesondere kein Eigentum im Sinne von §§ 823 Abs. 1, 90 BGB dar:[sc. darstellen]*».

916

V. MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 79-80, che descrive l'anzidetta nozione lata di *Eigentum* costituzionale, tale da comprendere, oltre quella di cui al § 903 BGB, l'IP, il diritto alla retribuzione, i diritti soggettivi pubblici, le partecipazioni azionarie, il diritto all'abitazione e la tutela del risparmio. Operazioni che

affermare che « le clausole costituzionali sulla proprietà privata ben possono abbracciare una categoria di diritti sufficientemente ampia da ricomprendere anche le esclusive degli autori »<sup>(917)</sup>, ma la potenza non si è trasformata in atto nel nostro ordinamento, là dove – a differenza del *Bundesverfassungsgericht* – la nostra Consulta non ha seguito itinerari argomentativi filo-proprietari analoghi, quanto a limpidezza e costanza, a quelli emergenti dalla lettura delle *Entscheidungen* del giudice di Karlsruhe<sup>(918)</sup>. Bisogna cionondimeno dare atto che anche la nozione costituzionale italiana di proprietà non è pienamente sovrapponibile a quella civilistica, di talché non si può escludere in radice che in futuro la tutela degli IPRs sia con convinzione sussunta sotto l'art. 42 Cost., eventualità che comunque, a mio avviso, come si vedrà, non imporrebbe necessariamente un ripensamento sulla natura dei diritti in esame. Una certa sovrapposizione di piani si rinviene anche in Josef Kohler, teorico degli *Immaterialgüter*, là dove scrive che « il diritto di autore non è un diritto di proprietà, ma un diritto affine, che ha lo stesso fondamento e che ne differisce solo, in quanto spetta sopra un bene immateriale. I due diritti non sono identici, ma sono fratelli. Comuni ne sono il fondamento e l'essenza, e la diversa natura dell'oggetto può produrre diversità non nella relazione tra titolare e oggetto, ma solo nella tecnica giuridica »<sup>(919)</sup>. A differenza di quanto d'acchito potrebbe sembrare, in *Die Idee des geistiges Eigentums*, Kohler sottopone a critica il concetto di 'proprietà intellettuale', fondando la tutela esclusivamente nell'attività creatrice dell'autore in « *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz* »<sup>(920)</sup> e arrivando poi, in « *Zur Konstruktion des Urheberrechts* »<sup>(921)</sup>, a introdurre il concetto del *Doppelrecht*, che cioè il diritto immateriale concorre col diritto della personalità nella protezione dell'opera dell'ingegno, potendo essere quindi considerato precursore di teorie che erano di là dal giungere a maturazione<sup>(922)</sup>. Ma sul punto sarà necessario tornare più oltre.

Sorvolando su teoria superate – come quella di Blackstone che fondava la proprietà letteraria

---

secondo l'A. non sarebbero necessarie in Italia, posta la specifica tutela per siffatti beni (dal discorso è esclusa, però, l'IP, come si deduce da quanto scritto *ivi*, 80, nt. 25).

<sup>917</sup>UBERTAZZI, *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 371.

<sup>918</sup>Sul fondamento dei diritti IP in Germania, in un'analisi comparatistica con gli Stati Uniti, v. GOLDHAMMER, *Die Begründung des Geistigen Eigentums in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft und ihre Bedeutung für die deutsche Diskussion*, cit., 139.

<sup>919</sup>Il passaggio – tratto dal notissimo KOHLER, *Die Idee des geistiges Eigentums*, cit. – è tradotto in quanto conosciuto tramite STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 242.

<sup>920</sup>KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, cit., KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, cit., 22.

<sup>921</sup>KOHLER, *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, cit., 241.

<sup>922</sup>Analoghe considerazioni *ivi*, 242, nt. 3.

sul diritto del primo occupante (<sup>923</sup>) o di Picard (<sup>924</sup>) sulla invenzione come fondamento non solo della proprietà industriale, ma di tutti gli IPRs, la sintesi imposta dalla sede richiede ch'io concluda qui il presente discorso. Ebbene, riprendendo la tripartizione proposta nella premessa metodologica, credo che concludere per la configurabilità di un fondamento degli IPRs solamente in senso debolissimo – quindi come mero appiglio costituzionale in chiave descrittiva – sarebbe affatto eccessivo e non rispondente al sistema, come interpretato dalla giurisprudenza e illuminato dalla dottrina. Per converso, non mi sembra rinvenibile né al livello internazionale, né europeo e interno, una norma che imponga sia garantita la persistenza degli elementi essenziali del sistema attuale dei diritti sulle creazioni intellettuali: non mi sembra, quindi, si possa a rigore parlare di un fondamento in senso forte per gli IPRs. Esso però è rinvenibile, qualora se ne adotti un'accezione debole (di norma che imponga genericamente di non disconoscere tutela ai diritti sui beni immateriali), in una pluralità di precetti, che variano a seconda del livello cui ci si ponga: gli artt. 27, § 2 DUDU e 15, § 1, lett. c), PDESC (che fondano il diritto sul progresso culturale) (<sup>925</sup>) e l'art. 17, co. 2 CDFUE (che, s'è visto, non sembrerebbe in sé sufficiente per sussumere i diritti IP nel calco dominicale). Quanto all'ordinamento interno, il discorso appare più complesso perché, se il legislatore ordinario e la dottrina più autorevole hanno indicato il fondamento in senso debole nel diritto al lavoro *sub specie* creazione intellettuale, la giurisprudenza permane ondivaga, rinviando, oltre che all'art. 35, alla tutela dell'iniziativa economica privata, della concorrenza, della proprietà e dello sviluppo culturale. A me sembra che la teoria «lavoristica» resti quella più rigorosa e una sua opportuna valorizzazione sarebbe utile, fra l'altro, per mettere in mora l'evoluzione di un sistema che vede sempre uno spostamento della titolarità dei diritti d'autore nelle poche mani di quanti ne pongano uno sfruttamento industriale seriale.

Ora, provando a immaginare, per un attimo, scenari futuri, non è peregrino attendersi che l'interpretazione costituzionale italiana del fondamento degli IPRs si uniformi viepiù a quella di Strasburgo e Lussemburgo – ripetendo scenari già osservati in tema di diritto di proprietà – sposando in pieno, quindi, l'approccio patrimonialistico e la sussunzione nell'art. 42 Cost.

---

923

Lo riferisce STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 268, che in termini critici osserva « l'opera dell'ingegno non è una *res nullius*, che si trova *in rerum natura*, né essa è passibile di occupazione da parte di chi l'abbia creata...è una *species nova*, che sorge per opera dell'autore. Sorta poi tale *species nova*, le idee in essa contenute, col fatto della pubblicazione, diventano patrimonio comune».

<sup>924</sup>Per PICARD, *Des droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme à la division classique des droits impersonnels, réels et d'obligation*, cit., *passim*, il diritto di autore è un diritto intellettuale, che ha come quello sui brevetti, sui disegni e modelli e sui marchi di fabbrica e di commercio, il suo fondamento nella invenzione, la quale perciò non dovrebbe essere limitata ai brevetti.

<sup>925</sup>Ripercorrendo «Creazione ed esclusiva» ho fatto mia la critica di Oppo a chi fondi gli IPRs su siffatti interessi generali, ma di fronte la chiara lettera della legge – e così faccio mia un'altra indicazione dell'illustra A. - non si può che inchinarsi (salve indicazioni contraddittorie nella stessa legge, in specie DUDU e PDESC), pur mantenendo tutti i dubbi del caso sull'opzione positiva.

La diversità di approcci si è resa particolarmente chiara con la vicenda del prestito bibliotecario <sup>(926)</sup>, che ha segnato l'irriducibilità delle *Rangordnungen* valoriali italiana ed europea in punto di IPRs <sup>(927)</sup>, vicenda che si è ripetuta, *mutatis mutandis*, pochi anni dopo in materia di proprietà e, segnatamente, di espropriazione per pubblica utilità. Come è noto, la dir. 92/100, oggi abrogata <sup>(928)</sup>, concernente «il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale» è stata recepita in Italia con d.lgs. n. 685/1994, che, nel novellare l'art. 69 l. aut., aveva previsto che «il prestito eseguito dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici, ai fini esclusivamente di promozione culturale e studio personale, non è soggetto ad autorizzazione da parte del titolare del relativo diritto, al quale non è dovuta alcuna remunerazione». Il *punctum dolens*, chiaramente, è che il prestito avvenga a titolo gratuito e in modo generalizzato. Anche considerato che gli IPRs non possono mai portare a un monopolio sulle idee, visto che l'autore ha un diritto al segreto solo fino a quando non pubblichi la propria opera e dato che, soprattutto, il valore in gioco – il progresso culturale – ha primario ed espresso riconoscimento costituzionale, ha colto di sorpresa il ricorso per inadempimento della Commissione avverso l'Italia, che ha condotto – in continuità con le decisioni recanti la condanna del Belgio <sup>(929)</sup> e del Portogallo <sup>(930)</sup> per analoghi motivi – alla soccombenza del nostro Stato: «avendo esentato dal diritto di prestito pubblico tutte le categorie di istituzioni per il prestito pubblico ai sensi della direttiva del Consiglio 19 novembre 1992, 92/100/CEE, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 1 e 5 di tale direttiva» <sup>(931)</sup>. Ciò, in particolare, sulla scorta della considerazione – ripetuta nell'analoga condanna alla Spagna, pronunciata nel medesimo giorno <sup>(932)</sup> – «scopo principale della direttiva, quale risulta precisamente dal suo settimo 'considerando', [è di] *garantire un reddito*

926

Sul prestito bibliotecario, per i profili qui d'interesse, v. D. SARTI, *Il prestito bibliotecario fra diritti esclusivi, compensi e obiettivi di promozione culturale*, in *AIDA 2007*, 2008, 599; A. SARACENO, *Biblioteche pubbliche, nuove tecnologie e diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2007, 2496; V. FRANCESCHELLI, *Diritto comunitario, diritto d'autore e biblioteche a pagamento: grazie al diritto comunitario le nostre biblioteche si trasformano in esattori*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, III, 68.

<sup>927</sup> Critico in tal senso anche A. CELOTTO, *Diritto d'autore e circolazione delle informazioni: quale bilanciamento fra valori costituzionali (e comunitari)?*, in *AIDA 2004*, 2005, 504, che rievoca a tal fine la teoria dei c.d. controllimiti.

<sup>928</sup> La dir. 92/100 è stata abrogata e sostituita dalla dir. 06/115 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.

<sup>929</sup> Corte eur. giust., 16-10-2003, C-433/02, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, 2003, I-12191.

<sup>930</sup> Corte eur. giust., 6-7-2006, C-53/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*, in *Racc.*, 2006, I-6215.

<sup>931</sup> Corte eur. giust., 26-10-2006, C-198/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 2006, I-107.

<sup>932</sup> Corte eur. giust., 26-10-2006, C-36/05, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Racc.*, 2006, I-10313.

*adeguato* agli autori, agli artisti interpreti o agli esecutori e recuperare gli investimenti estremamente elevati e rischiosi che la produzione, in particolare, di fonogrammi e pellicole esige»<sup>(933)</sup>.

In altri termini, non potendomi dilungare su una questione che, peraltro, è più che chiara, il bilanciamento di interessi operato dal legislatore italiano a favore dello sviluppo culturale viene radicalmente sovvertito dal delirio proprietario della Corte di Giustizia. Come è ovvio, di lì a poco fu approvato d.l. n. 262/2006, conv. in l. n. 286/2006, il cui art. 2, co. 132 applica fedelmente il *diktat* europeo e subordina la fruizione del patrimonio bibliotecario italiano all'obolo lussemburghese. La direttiva consentirebbe, all'art. 5, § 3, che gli Stati membri esonerino alcune categorie di istituzioni dal pagamento della remunerazione e il legislatore interno – a fronte della vaghezza europea in ordine ai criteri che gli Stati membri possono introdurre per individuare le istituzioni esonerate dal pagamento del compenso<sup>(934)</sup> – ha ritenuto di esonerare i prestiti «eseguiti dalle biblioteche universitarie e da istituti e scuole di ogni ordine e grado»<sup>(935)</sup>. Qualche dubbio è lecito sollevare sulla qualità della tecnica legislativa: da una parte si espunge la previsione di gratuità dall'art. 69 l. aut., dall'altra si inserisce una eccezione fra le sperdute pieghe di una legge finanziaria *omnibus*. Ciò, se da una parte costituisce un aggravio di lavoro per l'interprete, dall'altra, quel che più conta, mi sembra possa essere interpretato come una limpida scelta assiologica: nel testo cui è consegnato il «diritto comune» d'autore vengono consacrate le ragioni proprietarie, relegando lo sviluppo culturale a sperduta eccezione residuale.

Riprendendo le fila del discorso, mi sembra che l'approccio europeo, cui mi sembra quello italiano si stia già omologando, vada nella direzione di un definitivo distacco della nozione civilistica di proprietà da quella costituzionale, che va a designare qualsivoglia valore patrimoniale, superando le categorie dogmatiche fondamentali che la storia è andata nei secoli strutturando. Ma c'è di più. Non si avrebbe, infatti, solo un attentato sistematico in punto di proprietà: io temo vi sarebbe un vero e proprio cortocircuito tale per cui, ad es., si potrebbe giungere a ritenere che per pubblica utilità siano espropriabili anche il diritto morale, che per sua natura – prim'ancora che per la sua origine a suo tempo illustrata – è non temporalmente limitabile, intrasmissibile e irrinunciabile. E ancora una notazione: nell'era dei beni comuni e della correlativa riduzione dei limiti all'appropriabile, applicare la funzione sociale della proprietà agli IPRs non solo può condurre all'inaccettabile risultato di intaccare gli aspetti non patrimoniali degli stessi, ma è del tutto

---

933

Corte eur. giust., 26-10-2006, C-36/05, cit., § 36.

<sup>934</sup>Critico sul punto SARTI, *Il prestito bibliotecario fra diritti esclusivi, compensi e obiettivi di promozione culturale*, cit., 604.

<sup>935</sup>Così l'art. 2, co. 132, d.l. n. 262/2006.

incoerente con la natura degli IPRs, che ho definito a struttura porosa, in quanto geneticamente limitati, mentre, al contrario, la proprietà diviene sempre più un diritto individualistico ottocentesco (<sup>936</sup>), salva la funzionalizzazione al principio concorrenziale (che coi valori della persona non ha granché in comune (<sup>937</sup>)).

In conclusione, su qualunque base, comunque, si rinvenga il fondamento degli IPRs, oggi eventuali proposte nella direzione della eliminazione dei diritti IP – provenienti ieri da audaci parlamentari (<sup>938</sup>), oggi da alcuni autori (<sup>939</sup>) – sebbene niente affatto peregrine da un punto di vista

936

Così, ad es., anche PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, cit., 333. Ma *contra* RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 della Costituzione*, cit., 165, secondo cui non si tratterebbe del modello individualistico della proprietà ottocentesca, limitandosi l'art. 17 CDFUE a «registrare il fatto che io ho acquistato legittimamente und'eterminato bene, e il fatto della legittima acquisizione mi legittima all'esercizio di determinati poteri». A me pare che, così facendo, l'insigne giurista sminuisca la straordinaria portata della disposizione che egli stesso ha contribuito a scrivere.

<sup>937</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 34, nt. 101, scrivendo che «non è [...] del tutto corretto parlare del diritto di proprietà (nella sua versione protoliberalo o nella sua attuale versione europea) come di un diritto di impronta individualistica perché esso, in realtà, è sempre stato oggetto di un bilanciamento con interessi altri», mi offre l'occasione per precisare che io parlo di proprietà individualistica come contrapposto, non ad una proprietà che sopporti bilanciamento in quanto conscia dell'inserimento dell'individuo in contesti più ampi, bensì come contrario di proprietà attenta, quando non subordinata, ai valori della persona. Con ammirevole ottimismo, poi, RODOTÀ, *La proprietà tra ritorno e rifiuto*, cit., 38, scrive che la Carta realizza un processo di costituzionalizzazione della persona, con riflessione convergente con quella di FALZEA, *Osservazioni introduttive*, cit., 196, là dove scrive che la persona nella CDFUE è «il valore supremo nel suo atteggiarsi in tutte le sfere del reale alle quali l'essere umano, nella sua composizione biofisica e psicospirituale, appartiene» e che la componente etica prevale su quella economica. Cfr. N. ABRIANI, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. it.*, 2010, 2229-2230.

<sup>938</sup>Mi riferisco alle iniziative dei deputati Attilio Italico Luzzatto (avvocato e giornalista), nel 1895 e di Angelo Pavia (avvocato, sottosegretario al Tesoro sotto Luzzatti e Giolitti) nel 1896: il primo riuscì a fare approvare un ordine del giorno per l'abolizione del diritto d'autore, il secondo su quella base reclamò la detta abolizione, ma si dovette scontrare contro la ferma opposizione di Emanuele Gianturco, allora Ministro della pubblica istruzione. Così GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 359 che però riferisce la prima iniziativa a tale Aldo Luzzatto: non essendo mai esistito alcun deputato avente detto nome, ho fatto qualche ricerca fino a giungere al noto direttore de *La Ragione*, *La Stampa* e *La Tribuna* (cui si riferisce anche STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, cit., 225), ma c'è anche chi invece attribuisce l'iniziativa a Riccardo Luzzatto, anch'egli deputato nel 1895 (così in *Nuova antologia*, periodico fondato da Francesco Protonotari, vol. CCCXII-CCCXIII, 292; la visualizzazione in modalità *snippet* mi impedisce di conoscere l'A. della ipotesi).

<sup>939</sup>V. BOLDRIN-LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, cit., *passim*; ID., *The Case against Intellectual Property*, cit., 209; KINSELLA, *Contro la proprietà intellettuale*, cit., *passim*; J. SMIERS-M. VAN SKIJNDEL, *La fine del copyright. Come creare un mercato culturale aperto a tutti*, Roma, 2010; J. SMIERS, *La propriété intellectuelle, c'est le vol!*, in *Le Monde Diplomatique*, 9-2001, disponibile all'indirizzo <http://www.monde-diplomatique.fr/2001/09/SMIERS/15604>; J. NAUGHTON, *Intellectual property is theft. Ideas are for sharing*, in *The Observer*, 9-2-2003, disponibile all'indirizzo [www.theguardian.com/business/2003/feb/09/theobserver.observerbusiness17](http://www.theguardian.com/business/2003/feb/09/theobserver.observerbusiness17); DE LONG ET AL., *La proprietà (intellettuale) è un furto?*, cit., *passim*; D. COHEN, *La propriété intellectuelle, c'est le vol*, in *Le Monde*, 8-4-2001, consultabile all'indirizzo [http://www.lemonde.fr/une-abonnes/article/2001/04/07/la-propriete-intellectuelle-c-est-le-vol\\_170287\\_3207.html](http://www.lemonde.fr/une-abonnes/article/2001/04/07/la-propriete-intellectuelle-c-est-le-vol_170287_3207.html); D.R. JOHNSON-D.G. POST, *Law and Borders: The rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, XLVIII, 1367, consultabile anche all'indirizzo <http://cyber.law.harvard.edu/is02/readings/johnson-post.html>; P. QUÉAU, *Du bien commun mondial à l'âge de l'information*, Atti del *Symposium mondial des technologies de l'information (FW Symposium)*, Poitiers, 1-3-1999, Relazione consultabile all'indirizzo <http://temporalites.free.fr/?browse=Du%20Bien%20Commun%20Mondial%20%C3%A0%20l'âge%20de%20l'information>; C. VANDENDORPE, *Pour une bibliothèque virtuelle universelle*, in *Le Débat*, 2001, CXVII, 31; ID., *Contre les nouveaux féodalismes*, *ivi*, 2001, V, 53; ID., *Du papyrus à l'hypertexte. Essai sur les mutations du texte et de la lecture*, Montréal, 1999, integralmente scaricabile all'indirizzo <http://vandendorpe.org/papyrus/PapyrusenLigne.pdf>. Cfr. S. HARTWIG, *Das digitale Dilemma – Wissens-Allmende*



economico (il processo innovativo è in grado di autoalimentarsi, è sufficiente il diritto di prima vendita), da un punto di vista giuridico sarebbero senz'altro *extra ordinem*, non potendosi, quindi, affermare, con alcuni autori d'ispirazione, formalmente proudhoniana (<sup>940</sup>), sostanzialmente jeffersoniana e barlowiana (<sup>941</sup>), che «*la propriété intellectuelle, c'est le vol*» (<sup>942</sup>). Il punto diviene, quindi – e qua torna centrale la questione della natura del diritto – quello delle modalità di ricompensa del lavoro creativo intellettuale, se, cioè, la proprietà, con correlato *ius excludendi alios*, sia l'unica via percorribile, oltreché la più coerente. Anche su questo punto auspicio si converga

---

gegen geistiges Eigentum, München, 2007.

940

Per la rilevanza di Proudhon ai fini del diritto d'autore v. MANDERIEUX, *Il DRM, il contratto ed il concetto di proprietà*, cit., 167. Vale la pena di sgomberare il campo da un diffusissimo equivoco: quello secondo cui l'idea che la proprietà sia un furto sia stata elaborata primigeniamente da P.-J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement*, Paris, 1840, 1-2 (l'A. scrive: «*Si j'avais à répondre à la question suivante: Qu'est-ce que l'esclavage? et que d'un seul mot je répondisse: c'est l'assassinat, ma pensée serait d'abord comprise. Je n'aurais pas besoin d'un long discours pour montrer que le pouvoir d'ôter à l'homme la pensée, la volonté, la personnalité, est un pouvoir de vie et de mort, et que faire un homme esclave, c'est l'assassinat. Pourquoi donc à cette autre demande: Qu'est-ce que la propriété? ne puis-je répondre de même: c'est le vol, sans avoir la certitude de n'être pas entendu, bien que cette seconde proposition ne soit que la première transformée?*») laddove essa si deve a J.P. BRISSOT DE WARVILLE, *Recherches philosophiques sur le droit de propriété considéré dans la nature*, Paris, 1780, 26 e *passim*, la cui tesi di fondo è che l'unico titolo per godere dei beni sia il bisogno: «*La nature ne t'a point accordé ce droit pour te faire trainer dans des équipages fastueux, pour t'enivrer dans de somptueux repas, pour éblouir tes semblables par l'étalage insolent de tes richesses. A ta porte cent malheureux meurent de faim, & toi rassasié de plaisirs, tu te crois propriétaire; tu te trompes: les vins qui sont dans tes caves, le provisions qui sont dans tes maisons, tes meubles, ton or; tout est à eux: il sont maîtres de tout* (ivi, 26) *la propriété exclusive est un crime véritable dans la nature... L'Être suprême a donné la terre à tous les hommes* (ivi, 42) *Ce n'est pas le malheureux affamé qui mérite d'être puni; c'est le riche assez barbare pour refuser au besoin de son semblable, que est digne du supplice. Ce riche est le seul voleur; il devrait seul être suspendu à ces infames gibets, qui ne semblent élevés que pour punir l'homme né dans la misère, d'avoir des besoins; que pour le forcer d'étouffer la voix de la nature, le cri de la liberté; qu piu le contraindre à se jeter dans un dur esclavage, pour éviter une mort ignominieuse* (ivi, 109) *cette propriété civile...n'est qu'une usurpation sociale* (ivi, 110). Nutriva dubbi sull'attribuzione proudhoniana anche G. TODDE, *Studi sulla pretesa proprietà letteraria e rivista del libro di P.J. Proudhon sui maggiori letterari*, Cagliari, 1863, 8, in cui si trova una delle più belle riflessioni su P.-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs, et artistes un monopole perpétuel*, Paris, 1862 (di cui mi piace ricordare il passaggio in cui, a p. 175, si scrive che «*à genoux devant le veau d'or, l'homme de lettres n'a qu'un souci, c'est de faire valoir au mieux de ses intérêts son capital littéraire*»). Sulla portata del pensiero di Proudhon fu molto *tranchant* K. MARX, *Misère de la philosophie. Réponse à la philosophie de la misère de M. Proudhon*, Bruxelles, 1847 (cfr. P.-J. PROUDHON, *Système des Contradictions économiques ou philosophie de la misère*, Paris, 1846, un vero e proprio *bestseller*, che nel giro di quattro anni era già giunto alla decima edizione) che, dopo averlo bollato come un socialista piccolo-borghese e utopista (G. DELLA VOLPE, *Rousseau e Marx e altri saggi di critica materialistica*, Roma, 1957, 115), il quale sarebbe «incapace di seguire il movimento reale della storia, Proudhon ci dà una fantasmagoria che ha la pretesa di essere una fantasmagoria dialettica [...] non sente il bisogno di parlare del diciassettesimo, diciottesimo, diciannovesimo secolo, giacché la sua storia si svolge nel regno nebuloso dell'immaginazione e molto al di sopra dei tempi e dei luoghi. In una parola: tutto questo è vecchia cianfrusaglia hegeliana» (K. MARX, *Lettera a Pavel Vasilevič Annenkov*, 28-12-1846, che ho consultato all'indirizzo <http://www.marxists.org/italiano/marx-engels/1846/12/28-anne.htm>).

<sup>941</sup>R. CASO, *Forme di controllo delle informazioni digitali: il Digital Rights Management, Versione 1.0 – 2008*, in [http://eprints.biblio.unitn.it/1640/1/Roberto\\_Caso\\_Forme\\_Controllo\\_Informazione\\_2008\\_1.pdf](http://eprints.biblio.unitn.it/1640/1/Roberto_Caso_Forme_Controllo_Informazione_2008_1.pdf) (Relazione introduttiva al convegno «Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative», Trento, 21/22-3-2007, i cui atti sono stati editi in ID., *Digital Rights Management*, cit.), considera la corrente critica contemporanea come la «versione aggressiva di una linea di pensiero che negli Stati Uniti si snoda dalle famose affermazioni di Thomas Jefferson fino al manifesto di John Perry Barlow» (ivi, 6, nt. 2). Ritengo che il riferimento principale sia a quel notissimo passaggio in cui il JEFFERSON, *To Mr Isaac M'Pherson*, cit., 180-181, affermò «*If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an*



sulla proposta di un autorevole civilista, il quale ritiene «opportuno *liberalizzare a pagamento* l'utilizzazione di opere, prodotti e servizi culturali su Internet, esigendo dagli intermediari — che, a loro volta, scaricherebbero il costo sull'utenza finale — un contributo forfetario che le società di gestione collettiva, opportunamente coordinate in via convenzionale, ripartirebbero fra gli iscritti, sempre in via forfetaria»<sup>(943)</sup>.

Il problema non è, giova ricordarlo a costo di apparire ripetitivi, abolire la proprietà intellettuale, non essendo contestabile l'esistenza della *Institutsgarantie* degli IPRs: si tratta, di là dalle declamazioni, di individuare il paradigma più congegnale a bilanciare tutti gli interessi in gioco.

### **3.6 Dalla libertà alla funzione. E ritorno.**

Considerata l'enfasi posta sulla CDFUE a scapito della CEDU potrebbe apparire, ora, bislacco studiare la funzione sociale della proprietà europea attraverso le vicende originate da un arresto della Corte di Strasburgo. Per la verità, la scelta si giustifica per almeno due buoni motivi: da una parte, infatti, proprio la maggiore attenzione dedicata alla Carta impone di vagliare se le superiori considerazioni circa la proprietà *ex art. 17* siano ripetibili per la Convenzione, dall'altra

---

*idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density at any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property».* I pensatori contemporanei, allorché volessero valorizzare il pensiero jeffersoniano, dovrebbero tener presente che ormai la dicotomia idea-espressione è un dato non contestato più neanche dai sostenitori della teorica proprietaria e che ha costituito, ad es., la *ratio decidendi* dell'importante decisione resa recentemente dalla Grande Sezione sul caso SAS di cui ho scritto altrove e su cui tornerò nel prossimo capitolo (v. G. NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore. La Corte di Giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2013, XI, spec. 79 s. e ID., *Le idee e il muro del suono*, cit., spec. 567 s.). Se una confusione di piani era accettabile nel XIX secolo, oggi di certo non lo è più.

942

COHEN, *La propriété intellectuelle, c'est le vol*, cit. La formula provocatoria ha avuto larghissima diffusione ed ha ispirato, fra gli altri, oltre ai citati DELONG ET AL., *La proprietà (intellettuale) è un furto? Riflessioni su un diritto per il futuro*, cit., D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle*, in *L'Économie politique*, 2004, II, 34; SMIEERS, *La propriété intellectuelle, c'est le vol!*, cit. e NAUGHTON, *Intellectual property is theft*, cit.

<sup>943</sup>SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, cit., 228, enfasi del testo. L'A. osserva ancora come «la liberalizzazione a pagamento delle utilizzazioni di materiale protetto in rete, specie se propiziata in sede internazionale, potrebbe, mi sembra, imporre costi di negoziazione relativi alla fissazione delle tariffe sensibilmente inferiori ai costi di negoziazione delle autorizzazioni, sia collettive, sia, soprattutto, individuali. E lo scarto potrebbe essere devoluto proprio a beneficio degli aventi diritto (cioè di autori, interpreti, imprenditori attivi nel settore dei prodotti e servizi culturali)» (*ivi*, 229).

parte, perché non è peregrino sostenere che ciò che vale per la proprietà CEDU, vale *a fortiori* per il paradigma propriamente eurunionista. La seconda ragione rinvia, a sua volta, a due ordini di considerazioni. Mi riferisco, anzitutto, all'art. 52, § 3 nella parte in cui, premesso che allorquando i diritti contemplati dalla Carta siano corrispondenti a quelli della Convenzione, il significato e la portata sono da intendersi equivalenti, precisa che tale previsione «non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Il secondo dato da tenere in considerazione è il diverso stile argomentativo adottato dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo *in puncto* bilanciamento. Rinvio ad alcuni scritti che hanno approfondito il tema (<sup>944</sup>), ma ciò che conta porre in rilievo è che la Corte EDU, infatti, appare molto meno incline a tollerare che finalità economiche possano comprimere i diritti della persona, mentre nel *rationale* delle sentenze della Corte di Giustizia al centro del discorso ci sono le libertà economiche, che potranno essere limitate soltanto per «soverchianti ragioni di pubblico interesse» (<sup>945</sup>). Insomma, dal diritto dell'Unione c'è da attendersi solo una tutela del diritto di proprietà più forte di quella CEDU e più attenta alle esigenze mercantili. Ogni inferiore considerazione, quindi, potrà essere considerata valida, a maggior ragione, per il paradigma eurunionista.

Ciò posto, la funzione sociale della proprietà si rivela una prospettiva ideale per analizzare i paradigmi appropriativi interni nell'evoluzione prodotta dallo scontro fra la Costituzione economica europea e quella italiana, ma il discorso ha portata più generale, potendo la funzione essere considerata – si legge nel *leading case* Hauer – un principio costituzionale comune agli Stati Membri (<sup>946</sup>). A sua volta, non necessita giustificazione la scelta di osservare la funzione dal prisma dell'espropriazione per pubblica utilità e delle questioni connesse, come l'indennizzo, che Rodolfo

---

944

V., in particolare, G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2011, II, 428 e *passim* e RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., 133, nt. 16.

<sup>945</sup>Sono questi i termini usati dalla Corte UE secondo RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., 133, nt. 16.

<sup>946</sup>Così espressamente Corte eur. giust., 13-12-1979, 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Racc.*, 1979, 3727, § 22, che, al § 20, ricorda, come espressione di siffatto principio costituzionale comune, oltre al nostro art. 42, la disposizione della costituzione tedesca alla stregua della quale l'uso della proprietà va subordinato alle esigenze del bene comune (§ 14, Abs. 2, prima frase, GG), l'art. 43, co. 2, n. 2 della Costituzione della Repubblica Irlandese e il suo riferimento alla giustizia sociale e, più in generale, «in tutti gli stati membri, vari testi legislativi hanno dato concreta espressione a questa funzione sociale del diritto di proprietà; in ciascuno di essi, vigono norme in materia di economia agricola e forestale, di regime delle acque, di protezione dell'ambiente naturale, di programmazione territoriale e di urbanistica, che limitano, talvolta notevolmente, l'uso della proprietà fondiaria». Sull'arresto, famoso soprattutto per aver fissato il principio per cui la Corte di Giustizia è giudice dei diritti fondamentali in Europa e il riferimento principale è costituito dalla CEDU (mentre oggi dalla CDFUE), v., *ex permultis*, D. RINOLDI, *Comunità europee e diritti dell'uomo*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 1980, 325; J.A. USHER, *Rights of Property: How Fundamental?*, in *European L. Rev.*, 1980, 209; R. SCARPA, *Diritti fondamentali ed ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1213; S. BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, in *Riv. dir. internaz.*, 1981, 318 e, più di recente, A. KLINGENBRUNNER-J.L. RAPTIS, *Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon*, in *Journal für Rechtspolitik*, 2008, 139.

Sacco considerò già quarant'anni fa la questione centrale in materia di disciplina costituzionale della proprietà<sup>(947)</sup>, formando – assieme coi diritti di chiudere il fondo, di usare l'acqua e di alienare – il «corpo dei diritti reclamati per secoli dal proprietario diretto, conseguiti con la rivoluzione liberale, e da questa resi, per un'evidente ragione di coerenza storico-politica, inattaccabili da ogni norma meno che legale»<sup>(948)</sup>.

Che le vicende che mi appresto brevemente a narrare costituiscano un aspetto effettivamente rilevante è confermato anche dalla più recente dottrina estera, che come esempio di scrutinio dei diritti proprietari da parte della Corte di Strasburgo – in quanto paradigmatico della collisione fra Costituzioni – fa riferimento proprio a «*the so-called occupazione acquisitiva or accessione invertita*»<sup>(949)</sup>, notando in pari tempo che «*in the Italian system, this is legitimate because the Italian Constitution defines property not as an absolute right, but as an instrumental right having a 'social function' in order to promote a general welfare*»<sup>(950)</sup>.

Vittorio Emanuele Orlando, nel 1909<sup>(951)</sup>, nel descrivere i diritti politici di libertà, subito dopo la libertà personale, analizzava la proprietà (la quale meritava, quindi, una posizione primaria, rispetto alle successive libertà di coscienza, culto, pensiero, stampa, riunione e associazione). Può stupire allora che, pur riaffermatone il carattere assoluto conformemente all'art. 29 dello Statuto albertino, della Costituzione flessibile valorizza specialmente la precisazione per cui «quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi», ciò che fa dire all'insigne giurista palermitano che «il riconoscimento della proprietà individuale [...] non può riescire di nocumento e di ostacolo al diritto sociale e pretendere che il bene collettivo ceda dinanzi all'individuale»<sup>(952)</sup>. I limiti sono di cinque specie: derivanti dalla coesistenza di proprietà diverse (ad es. le servitù), dalle necessità dell'economia generale (consorzi obbligatori), demanio pubblico e attività economiche di cui lo Stato si riserva il monopolio, imposte e, infine, quelli sostanziantisi nell'espropriazione per pubblica utilità, la quale, prevista in varie leggi speciale, però avrebbe sempre essere preceduta da una specifica dichiarazione di pubblica utilità e accompagnata da un'indennità che assicurasse una pronta *restitutio in integrum* al cittadino.

Per quanto Orlando fosse mirabilmente lungimirante, non bisogna, però, confondere i limiti

---

<sup>947</sup>Così SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, cit., 435.

948

*Ivi*, 466.

<sup>949</sup>D. ANAGNOSTOU, *The European Court of Human Rights: Implementing Strasbourg's Judgements on Domestic Policy*, Edimburgh, 2013, 58.

<sup>950</sup>*Ibidem*.

<sup>951</sup>V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*<sup>5</sup>, Firenze, 1909, 275.

<sup>952</sup>*Ivi*, 276.

in parola con la funzione sociale della proprietà<sup>(953)</sup>. E, d'altronde, come ha notato Gramsci, per quanto durante il fascismo fosse stata accentuata la socializzazione e cooperazione della produzione, ciò fu realizzato «senza per ciò toccare (o limitandosi solo a regolare e controllare) l'appropriazione individuale e di gruppo del profitto»<sup>(954)</sup>. L'incompatibilità ontologica fra proprietà-libertà e funzione sociale è talmente scontata da non necessitare illustrazione, così non ci si stupirà che nelle pagine di chi, come Widar Cesarini-Sforza<sup>(955)</sup>, sempre negò che la funzione potesse «scuotere l'antica struttura del dominio»<sup>(956)</sup> – essendo essa, al più, un attributo predicabile per l'impresa<sup>(957)</sup> – si trovi la proprietà come epifania paradigmatica della libertà individuale<sup>(958)</sup>.

Che non mancassero, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, disposizioni atte a conformare e financo abitare la proprietà è stato messo adeguatamente in luce<sup>(959)</sup>, ma la differenza rispetto alla vera e propria funzione è di carattere non quantitativo, bensì qualitativo. Cade in una contraddizione meramente apparente chi affermi che applicazione dell'art. 42 Cost., infatti, non abbia affatto trasformato la proprietà in un diritto minore<sup>(960)</sup>: si tratta, a ben

<sup>953</sup>Sono istruttive le pagine scritte, in pieno regime fascista da CESARINI-SFORZA, *Proprietà e impresa*, cit., 168-169, nella parte in cui si osserva che «lo Stato, col suo potere sovrano, può porre dei limiti alle manifestazioni di questa libertà [sc. la libertà individuale in cui si manifesta la proprietà] e dei poteri individuali di appropriazione e di sfruttamento delle cose; ma sono interventi che presuppongono precisamente la concezione individualistica della proprietà, e non la trasformano per nulla affatto nella sua essenza».

954

GRAMSCI, *Quaderni*, cit., 1228, come citato da NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 37.

<sup>955</sup>CESARINI-SFORZA, *Proprietà e impresa*, cit., 165. Si vuol ch'esplicita indicazioni convergenti E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, Atti del primo congresso nazionale di Diritto agrario, Firenze, 1935, spec. 168.

<sup>956</sup>RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 43. In particolare, come scrisse CESARINI-SFORZA, *Proprietà e impresa*, cit., 166, «i concetti di diritto di proprietà e di funzione sociale sono fra loro contraddittori, e il progressivo affermarsi della cosiddetta concezione sociale della proprietà non implica nessuna trasformazione del concetto giuridico di quest'ultima, bensì indica soltanto che al tradizionale e ben definito concetto giuridico di «proprietario» va sovrapponendosi quello di «produttore» o di «imprenditore».

<sup>957</sup>Costrui un discorso unitario su proprietà e impresa, con spessore ineguagliato, e in direzioni affatto diverse da quelle di Cesarini-Sforza, NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze della moderna dottrina del diritto civile*, cit., 177 e spec. 190.

<sup>958</sup>Secondo CESARINI-SFORZA, *Proprietà e impresa*, cit., 165 commette un grave errore chi asserisca che i nuovi principi, in particolare come emergenti dalla dich. VII della Carta del Lavoro, costituiscono un attentato alla concezione liberale della proprietà. Il nucleo indefettibile della proprietà consisterebbe «nel rapporto fra un bisogno personale e individuale, e una cosa idonea a soddisfarlo [...] il sorgere di rapporti di proprietà tra l'uomo le cose corrisponde a un impulso profondo, quasi a un istinto incomprimibile della natura umana» (ivi, 167). Ancor più chiaramente, l'A. osserva che «giustamente una delle principali correnti della tradizione filosofico-giuridica vede in essa un attributo essenziale della personalità umana, una *espressione immediata della libertà individuale, che è il diritto innato fondamentale*» (ivi, 168, enfasi aggiunta).

<sup>959</sup>Sui limiti alla proprietà preconstituzionale sono molto originali le osservazioni di F. SALVIA, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso della proprietà*, in *Dir. amm.*, 2007, I, 47. Cfr. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., 159: «il diritto privato patrimoniale vuole essere ordinamento dei beni, nella cornice dell'interesse nazionale [...] non più i beni in funzione del soggetto: ma questo in funzione di quelli». In un certo qual modo, sembra spingersi oltre F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, in *Atti del I Congresso giuridico italiano*, Roma, 1933, 622, ora in *Id.*, *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 415: «alla volontà del titolare si sostituisce in misura più o meno ampia [...] la volontà di poteri pubblici».

<sup>960</sup>Cfr. F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, in *Archivio di studi corporativi*, 1940, 55, là dove scrive di «una proprietà socializzata, in balia dell'arbitrio variabile dei funzionari» e per questo «non più una proprietà, ma la negazione di ogni diritto». L'affermazione dell'A. è riferibile a quelle dottrine della funzione sociale ispirate ad una concezione autoritaria dello Stato, tipiche delle società paternalistiche

vedere, di un'evoluzione in senso solidaristico dell'istituto proprietario, restando fermo che la Carta costituzionale ha «impresso [...] nuovo spessore, tanto da far cadere sotto la scure della Corte costituzionale interi settori normativi del preesistente sistema, ritenuti lesivi del nucleo essenziale»<sup>(961)</sup>. La formula è solo «per avventura identica a quella del codice civile»<sup>(962)</sup>, ma vi è una differenza qualitativa magistralmente illustrata soprattutto da Rodotà<sup>(963)</sup> e Mengoni<sup>(964)</sup>. La sinergia fra matrici culturali alquanto diverse<sup>(965)</sup> fa sì che si passi dall'individuo alla persona, dal diritto fondamentale di libertà al diritto civile inserito nel più generale contesto dei rapporti economico-sociali<sup>(966)</sup>, da un diritto che conosceva solo limiti esterni, a un diritto i cui limiti penetrano nella sua ossatura, consentendo, per il tramite della funzione sociale, il passaggio dalla proprietà dell'avere a quella dell'essere<sup>(967)</sup>. Più in generale, osserva Rescigno, si vuole, con l'esaminata locuzione, esprimere l'esigenza di una giustificazione politico-sociale della proprietà, tale per cui è «legittima la proprietà fondata sul lavoro e sul risparmio»<sup>(968)</sup>, fermo restando che essa non va identificata «con l'equità nei rapporti sociali nascenti dal rapporto giuridico istituito attorno al bene, e correnti tra il proprietario ed uno o più soggetti determinati»<sup>(969)</sup>, pena il

---

e gerarchiche, nelle quali la funzione restava un dato meramente esterno al diritto di proprietà.

<sup>961</sup>

SALVIA, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso della proprietà*, cit., 60, giustifica questo risultato con quello che chiama «effetto-sistema»: «il carattere rigido della Costituzione repubblicana, la presenza di un giudice preposto alla verifica di costituzionalità delle leggi, l'operatività di normative sovranazionali a garanzia dei beni [...] hanno fatto progressivamente evaporare l'idea di un legislatore onnipotente, che potesse plasmare a suo piacimento il contenuto della proprietà, consolidando sempre più l'idea della sussistenza di un nocciolo duro del diritto, intoccabile anche da parte del legislatore» (*ibidem*).

<sup>962</sup>RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 37.

<sup>963</sup>L'insigne giurista è tornato sul tema in numerose occasioni, fra le quali mi limito a ricordare RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1252 e ID., *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 379.

<sup>964</sup>Oltre al più volte citato MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 92, anche ID., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, 41 e *passim* (si tratta del noto capitolo II su *La proprietà: l'aspetto giuridico del problema*).

<sup>965</sup>Ad es., RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 39, scrive che la formula è penetrata nell'art. 42 Cost., sotto l'impulso «della tradizione romano-cattolica, del modello socialdemocratico di Weimar, delle polemiche nate attorno alla codificazione dalle pretese cororative».

<sup>966</sup>I propugnatori della vecchia teoria dei limiti esterni sono efficacemente bacchettati da NATOLI «*Funzione sociale*» e «*funzionalizzazione*» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, cit., 144, per il quale è il frutto di un equivoco la riscoperta della proprietà quale strumento al servizio dell'esclusivo interesse egoistico del proprietario, ma passibile di quelle limitazioni esteriori rispetto alle quali il giudice non avrebbe alcun margine di discrezionalità «quasicché il giudice esercitando il suo controllo in ordine ad una eventuale antisocialità dell'attività del proprietario o dell'imprenditore non dovesse preoccuparsi dell'orseranza di limitici [anche interni, ma sempre limiti] già stabiliti dalla legge e, invece, ne creasse *ex novo*».

<sup>967</sup>Cfr. F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'«avere» all'«essere»*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi ed E. Gabrielli, Napoli, 2006, spec. 10.

<sup>968</sup>RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 37, che considera, così, persistente quanto *apertis verbis* previsto dalla norma del progetto preliminare.

<sup>969</sup>RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 44-45, ove si criticano le *Note critiche* di Rodotà e lezioni di Natoli sulla proprietà, proprio perché farebbero apparire la funzione sociale come operante «in maniera prevalente se non esclusiva, là dove attorno ai beni economici in proprietà si instauri un rapporto che sollecita l'altrui collaborazione nell'utilizzazione della cosa» (*ivi*, 44).

dissolvimento della novità del sintagma.

Se già il codice civile del 1942 aveva superato la concezione accolta dal codice del 1865 nei termini di una «signoria generale e indipendente della persona sulla cosa»<sup>(970)</sup>, *ius utendi ac abutendi*, il diritto di proprietà assume la propria nuova dimensione nel momento in cui trova accoglimento nella Costituzione<sup>(971)</sup>, la quale non lo colloca tra i diritti fondamentali della persona (come avrebbe voluto la tradizione ottocentesca borghese e giusnaturalistica), relegandolo fra i rapporti economici. Si è diffusa, così, presto la consapevolezza dei «limiti di una posizione che si ostini a fondare le ragioni dell'uomo e del cittadino sull'incondizionata possibilità dell'operare economico»<sup>(972)</sup>, con una crescente concordia in dottrina circa la «esclusione della proprietà privata dalla categoria dei *Menschenrechte*»<sup>(973)</sup> e, in giurisprudenza, quanto alla decisa negazione che la proprietà potesse essere considerata un «diritto presidiato come primario e fondamentale della Costituzione»<sup>(974)</sup>.

Lo scarto si avverte sol che si legga la definizione – solida, priva di umori personalistici e propriamente sociali – che fornisce un illustre civilista pochi anni prima dell'entrata in vigore della Costituzione. Per il primo Pugliatti<sup>(975)</sup>, in particolare, la funzione sociale nel codice del '42 (che egli aveva «combattuto come troppo generica al momento della redazione del codice»<sup>(976)</sup>) esprime l'idea che «il diritto di proprietà non si debba intendere come mezzo di esclusiva tutela dell'interesse del proprietario, sibbene, anche come mezzo di attuazione di un interesse pubblico»

---

<sup>970</sup> F. FILOMUSI GUELFI, *Diritti reali: ad uso di lezioni*<sup>2</sup>, Roma, 1910, 131

971

Per Corte cost., 29-5-1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1968, 838., «senza dubbio la garanzia della proprietà privata è condizionata, nel sistema della Costituzione, dagli artt. 41 al 44, alla subordinazione a fini, dichiarati ora di utilità sociale, ora di funzione sociale, ora di equi rapporti sociali, ora di interesse ed utilità generale. Ciò con maggiore ampiezza e vigore di quanto è stabilito dagli artt. 832 e 845 del Codice civile, i quali, per il contenuto del diritto di proprietà fondiaria in particolare, richiamano, rispettivamente, i limiti e gli obblighi stabiliti "dall'ordinamento giuridico" e le regole particolari per scopi di pubblico interesse». Cfr. G. PERTICONE, *La proprietà e i suoi limiti (appunti di lezioni a cura di Noemi Teglio)*, Roma, 1930, 109, che critica chi ritenga che la nuova configurazione della proprietà abbia il proprio precedente nella speculazione tomistica sul *bonum commune*.

<sup>972</sup> RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1303.

<sup>973</sup> MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit. come richiamato da C. SALVI, *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale*, scritto per il gruppo di Astrid su «La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione» e consultato nella versione *online* all'indirizzo [http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/25-02-2009/C\\_Salvi\\_La-propriet--privata-05\\_02\\_09.pdf](http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/25-02-2009/C_Salvi_La-propriet--privata-05_02_09.pdf). Cfr. il recente contributo di R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contr. impresa*, 2011, IV-V, 1014.

<sup>974</sup> Corte cost., 17-2-1971, n. 22. in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 642.

<sup>975</sup> È solo negli studi successivi – a partire, se non prendo un abbaglio, dalla notissima relazione palermitana del '52 – che l'autorevole giurista messinese costruisce la proprietà come avente «una struttura *complessa* [che] si presenta sotto una pluralità più o meno ricca di atteggiamenti, determinata dalla combinazione (sullo stesso piedistallo dell'interesse fondamentale oggetto della tutela) di vari interessi, anche di vari ordini (interessi pubblici e privati) e di diversa rilevanza (principali e accessori)» (V. SCALISI, *Salvatore Pugliatti*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)). Cfr. GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, cit., spec. 640, nt. 16, che, quanto al cambio di passo dell'insigne messinese circa la funzione sociale contenuto in PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 278, scrive che «era tutt'altro che una incoerenza o, peggio, una contraddizione: era semplicemente una scelta di campo, resa possibile dal mutato contesto politico ed istituzionale».

<sup>976</sup> GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, cit., 640.

(<sup>977</sup>). La proprietà riformata dal legislatore fascista presentava, per dirla con Ugo Natoli, costituiva, a ben guardare, una «rivoluzione [...] incruenta» (<sup>978</sup>) e meramente metodologica, là dove descriveva non il contenuto del diritto, bensì le sue facoltà, ma, nei fatti, il proprietario poteva continuare ad agire *nach Belieben* (§ 903 BGB), come nell'*ancien régime*, mentre la formula «funzione sociale» si limitava a porre in evidenza «soltanto la astratta possibilità che tale posizione rappresentasse in concreto la base per l'instaurazione di particolari rapporti personali (appunto di obbligazione) con terzi e, più specificamente, con la pubblica amministrazione» (<sup>979</sup>).

È Rodotà, poco tempo dopo, a chiarire che si tratta di un limite interno (<sup>980</sup>), per il cui tramite «le ragioni sociali [...] riescono a penetrare nel vivo della struttura giuridica» (<sup>981</sup>), limite che però non «distrugge l'essenza della proprietà» (<sup>982</sup>), costituendo indice di legittimità dei comportamenti del proprietario in uno Stato di diritto costituzionale che ha come cardini l'eguaglianza sostanziale e la solidarietà. Si colloca su sponde ancora più avanzate Mengoni, che, nello spiegare l'*Institutsgarantie* come la garanzia che considera il diritto «come elemento inserito in una costellazione di valori [...] la cui composizione in una struttura normativa [...] viene riservata al legislatore» (<sup>983</sup>), propone un ripensamento del concetto stesso di 'essenza'. Essa non va intesa aristotelicamente come un *quid* ontologico, bensì come la «sintesi di una serie di giudizi circa l'attitudine operativa dell'oggetto riferita ad una data funzione» (<sup>984</sup>). E, allora, il *Wesensgehalt* è individuabile nel collegamento fra gli artt. 41 e 42 Cost., che illumina non il profilo individuale della proprietà come espressione della libertà individuale, bensì quello istituzionale, della proprietà

---

<sup>977</sup>S. PUGLIATTI, *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, in *Codice Civile. Libro della proprietà*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1942, 121, anche in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 123 e ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2011, 991, che include anche «l'interesse del privato estraneo al rapporto di proprietà» » («*ivi*, 991-992), ma solo quando assurge ad interesse pubblico *sub specie* «coordinamento interindividuale che è armonica collaborazione ai fini nazionali» (BARASSI, *I diritti reali*, I, cit., 172). In PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 159, afferma significativamente che mercé la proprietà «il diritto protegge l'interesse alla utilizzazione e allo sfruttamento della cosa nella integrale totalità delle possibilità che essa offre».

978

U. NATOLI «Funzione sociale» e «funzionalizzazione» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1973, I, 139.

<sup>979</sup>NATOLI «Funzione sociale» e «funzionalizzazione» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, cit., 140. Va detto, però, che c'è chi ha posto in evidenza un'evoluzione dell'art. 834 c.c., rispetto alla l. n. 2359/1865, là dove si passa dalla pubblica utilità al pubblico interesse e e dalla previa indennità alla giusta, ma non più preventivamente concessa, indennità (riporta tale opinione COMPORI, *Relazione introduttiva*, cit., 9). È da dire, a tacer d'altro, che Corte cost., 6-7-1966, n. 90, in *Foro it.*, 1967, I, 177 (che lo stesso A. non manca di citare), ha considerato «motivi d'interesse generalE concetto corrispondente [...] alla 'pubblica utilità'», per quanto, poi, dia del concetto una definizione vasta oggi difficilmente sostenibile, parlando di «ragioni importanti per la collettività». Sino a tempo recente, la Consulta mostra di non avvertire la differenza in esame, ad es. là dove fa riferimento, esclusivamente, al bilanciamento fra interesse privato e pubblico, giammai parlando di interesse generale. Così, ad es., Corte cost., 25-7-2011, n. 243, in *Foro it.*, 2012, VII-VIII, 1, 2001.

<sup>980</sup>Per RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1297, «la funzione sociale [...] è ritrovabile soltanto all'interno della proprietà, ponendosi come una componente della sua struttura».

<sup>981</sup>*Ivi*, 1292.

<sup>982</sup>C. MAIORCA, *Premesse alla teoria della proprietà*, in *Jus*, 1941, II, 88.

<sup>983</sup>MENGGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 85.

<sup>984</sup>*Ivi*, 87.

privata «come condizione necessaria (sebbene non sufficiente) di un ordine politico fondato su una economia di mercato»<sup>(985)</sup>. Non si tratta di un diritto di libertà rispetto al quale se una funzione sociale si può predicare, essa è qualità del limite, ma non del diritto. La funzione sociale va, al contrario, intesa come «elemento qualificante della posizione di proprietario»<sup>(986)</sup>, che concorre con la libertà in un medesimo ambito operativo. Se in Mengoni proprietà e libertà non costituiscono termini antitetici è per motivi ben diversi da quelli che connotano l'attuale ritorno della vecchia coppia. La libertà, infatti, è considerata come la funzione della proprietà che consente al singolo di partecipare al sistema delle decisioni economiche, mentre la funzione sociale serve per omogeneizzare l'interesse individuale con quello generale. La legge è chiamata a comporre le due funzioni «in una organica unità istituzionale operante quale strumento di integrazione sociale»<sup>(987)</sup>. La convergenza di marca europea fra proprietà e libertà, ha, chiaramente, tutt'altro sapore, quello dell'atomismo individualistico e della fondamentalizzazione dei diritti come *trompe-l'œil* che induca a considerare colmato il *gap* democratico dell'Unione.

Il *Wendepunkt*<sup>(988)</sup> della funzione sociale è costituito, a mio avviso, dalla giurisprudenza degli anni '60 e dalla legislazione del decennio successivo, che fecero addivenire alla conclusione che «non si dovrebbe ricorrere ad una revisione dell'art. 42 per introdurre il socialismo»<sup>(989)</sup>. I settori principali di operatività sono stati, è noto, l'espropriazione, la disciplina vincolistica delle locazioni, i patti agrari, le distanze nelle costruzioni e le servitù di passaggio coattivo<sup>990</sup>. E però,

---

<sup>985</sup> *Ivi*, 89.

<sup>986</sup> *Ibidem*.

987

*Ivi*, 90.

<sup>988</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 124 e 354 usa questo termine con riferimento all'importanza del cristianesimo nella storia del mondo. Come segnalato nell'*Avvertenza alla nuova edizione*, § 2a, Giuliano Marini traduce *Wendepunkt* come «punto nodale» nell'edizione del 1987, ma, *re melius perpensa*, lo rende come «punto di svolta» in quella del '98, perché unisce il senso geometrico di *punctum flexus contrarii* e l'accezione metaforica, mantenendo il sintagma italiano la bisemia propria del lemma tedesco. Con ciò non voglio dire che sino al giorno prima del caso Scordino la funzione sociale stesse vivendo una stagione d'oro. Il declino è cominciato già dagli anni '80, ma, tutto sommato, continuava a resistere l'idea di una proprietà «dell'essere», oggi difficilmente sostenibile.

<sup>989</sup> C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, 73. Con ciò non si vuole riportare in auge il criterio classista come canone ermeneutico della Costituzione. Cfr. la critica di S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1276-1277 a U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 89. Utile la ricostruzione di NATOLI «Funzione sociale» e «funzionalizzazione» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, cit., 140-141, che ricorda come la funzione sociale fu avversata tanto da destra, quanto da sinistra: la prima per difendere le rendite dei privilegiati, la seconda per svelare agli oppressi la portata mistificatoria di una formula che frenava l'evoluzione dei rapporti sociali in senso progressivo, nella misura in cui occultava la realtà delle cose.

<sup>990</sup> Dal punto di vista del diritto positivo, il *dies a quo* in materia di vincoli alle locazioni fu la l. n. 392/1978 (v. oggi la l. n. 431/1998) – «una delle pochissime occasioni in cui la funzione sociale rispecchia, e incorpora, un orizzonte antagonistico, liberandosi così dall'ecumenismo tecnocapitalistico» (L. NIVARRA, *I beni comuni uni e trini ed il capitalismo proprietario*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, X, 602) – quanto al diritto vivente, per decenni la Consulta ha avuto modo, intervenendo in *subiecta materia*, di chiarire il contenuto del diritto di proprietà e il senso della funzione sociale. Ciò a partire da Corte cost., 25-2-1975, n. 30, in *Giur. cost.*, 1975, 126 in cui si chiarisce che dall'art. 42 Cost. non si desumono principi in contrasto col regime vincolistico delle locazioni e che il legislatore ha il potere d'introdurre limiti al godimento del bene per assicurare la funzione sociale della proprietà. Bisogna



come è stato recentemente notato in dottrina, «in materia di espropriazione ed occupazione acquisitiva: [...] la direttiva della funzione sociale ha sperimentato una *Konkretisierung* particolarmente perspicua»<sup>(991)</sup>.

Il tema è stato spesso visitato, quindi mi limiterò a ripercorrerlo con robusta sintesi, rinviando per il resto alla più attenta dottrina pronunciata sul punto<sup>(992)</sup>.

Facendo tesoro dell'insegnamento di Aldo M. Sandulli<sup>(993)</sup> che configurava la funzione sociale come lo strumento per la costruzione del *Welfare State*<sup>(994)</sup>, la Corte costituzionale, sin dalle prime occasioni di applicazione dell'art. 42, co. 2, Cost., è andata definendo il limite tra conformazione e funzionalizzazione del diritto, in pari tempo fissando criteri di calcolo dell'indennizzo dovuto al proprietario non miranti esclusivamente alla soddisfazione delle ragioni dominicali<sup>(995)</sup>. La

---

segnalare che col tempo – platealmente da Corte cost., 23-4-1986, n. 108, in *Giur. cost.*, 1986, 582 – la Consulta è andata considerando la funzione sociale sempre più come un limite esterno, tutelando sempre con maggior incisività il diritto individuale di proprietà, salve le esigenze abitative. In materia di patti agrari, dopo le riforme agrarie degli anni '40-50 (spec. d.lgs. n. 1744/1947; d.lgs. n. 114/1948 e l. n. 841/1950) v., ad es., Corte cost., 10-10-1983, n. 301, in *Giur. cost.*, 1983, 1809 s., ove, in virtù del principio della funzione sociale, si considerano non costituzionalmente illegittime le leggi che disponevano la concessione delle terre incolte o non sufficientemente coltivate ai contadini, rigettando così integralmente le eccezioni di alcuni feudatari siciliani (d.l.lgt. n. 279/1944, più volte modificato, da ultimo con l. n. 11/1971). Quanto alle distanze fra costruzioni, poi, la Consulta chiarisce che le limitazioni discendenti dall'obbligo di osservare le distanze nelle costruzioni servono per salvaguardare interessi pubblici o almeno generali (salute pubblica, sicurezza delle vie di comunicazione, buona gestione del territorio), di talché l'art. 42 Cost. non è violato: si tratta di limiti previsti dalla legge allo scopo di assicurare la funzione sociale (Corte cost., 9-7-1959, n. 38, in *Giur. cost.*, 1959, 680). Per quanto riguarda, infine, le servitù coattive, Corte cost., 10-5-1999, n. 167, in *Giur. cost.*, 1999, 1607, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1052, co. 2 c.c. nella parte in cui stabilisce che il passaggio coattivo, a favore del fondo non intercluso, possa essere concesso dall'autorità giudiziaria solo per esigenze dell'agricoltura e dell'industria e non anche per consentire un adeguato accesso alla via pubblica per i mutilati e gli invalidi con difficoltà di deambulazione. Quindi non solo il diritto all'abitazione può limitare, nella giurisprudenza costituzionale, il diritto di proprietà, ma anche il dovere collettivo di rimuovere, preventivamente, ogni possibile ostacolo all'esplicazione dei diritti fondamentali delle persone affette da *handicap*» (*ibidem*).

991

NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 576.

<sup>992</sup>Oltre NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 575, v. C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, III, 409; COMPORI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 189; M. TRIMARCHI, *Proprietà ed indennità di espropriazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, IV, 1021; GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, cit., 115 e M. MAZZAMUTO, *Il fantasma dell'occupazione appropriativa tormenta i giudici amministrativi (Nota a CdS IV 16 marzo 2012 n. 1514)*, in *Giur. it.*, 2012, XII, 2668. Sono stati, poi, recentemente pubblicati due utili volumi: RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., *passim* (dello stesso A. si segnala anche ID., *La tutela multilivello del diritto di proprietà: il caso dell'acquisizione sanante*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., 269) e CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., *passim* (e già ID., *L'occupazione acquisitiva*, cit., *passim*). V. anche V. CIERVO-E. CONTE, *La difesa del cittadino nell'espropriazione per P.U.*, Milano, 2013; R. MAZZON, *La responsabilità e il risarcimento nella proprietà e nel possesso*, Santarcangelo di Romagna, 2013, spec. 61; S. RUSCICA (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2012; P. PIRRUCCIO, *L'espropriazione per pubblica utilità. Procedimento amministrativo e contenzioso giurisdizionale*, Padova, 2011 e F. MAZZETTI-P. ROTILI, *Occupazione illegittima ed art. 42 bis del Testo Unico espropri: quali prospettive?*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2012, VII-VIII, 496.

<sup>993</sup>Evidenzia l'importante ruolo di A. M. Sandulli, con particolare riferimento alle c.d. espropriazioni anomale, F. SALVIA, *Il contributo di Aldo M. Sandulli alla ricostruzione della proprietà alla luce della Costituzione repubblicana*, in AA. VV., *Aldo M. Sandulli (1915-1984) attualità del pensiero giuridico del maestro*, Milano, 2004, 461 s.

<sup>994</sup>Lo notano anche MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., 105 e NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 575.

<sup>995</sup>Talvolta la non necessità dell'indennizzo era basata su operazioni qualificative interessanti, come quella

giustizia costituzionale ha, fra l'altro, correttamente valorizzato la dizione ampia della disposizione costituzionale, che non restringe il campo di applicazione ai più rigorosi casi di pubblica utilità o di pubblico interesse (come, invece, ad es., l'art. 17 CDFUE), ma ricorre alla più indeterminata e omnicomprendente formula dell'interesse generale, abilitando potenzialmente il legislatore ad espropriare i beni dei privati anche nei casi in cui non sia possibile individuare un interesse direttamente riferito ad una persona giuridica pubblica <sup>(996)</sup>.

Fra le tante, ritengo che l'arresto più significativo sia Corte cost. n. 55/1968 <sup>(997)</sup>. La Consulta, in detta sede, afferma che la rilevanza della funzione sociale è tale da scardinare il modello del diritto soggettivo assoluto: in forza dei valori «sempre più progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine ad essere sottoposto nel suo contenuto ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare». Il legislatore potrà escludere la proprietà privata d'interesse categorie di beni ed anche autorizzare imposizioni a titolo particolare, nel qual caso – ove si incida «oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico» – occorrerà prevedere un congruo ristoro, il quale, è bene precisarlo, va quantificato avendo primario riguardo agli interessi pubblici in questione, non al valore di mercato del bene espropriato (nel qual caso, sarebbe come se fra P.A. e privato vi fosse una compravendita, ciò che, a sua volta, presupporrebbe una equiordinazione di interesse pubblico e interesse privato). In particolare, la regola è che «un indennizzo non è previsto, fuorché, a titolo di assoluta eccezione» e nel solo caso di trasferimenti coattivi, «la legge [...] non contempla alcun indennizzo per il vincolo di immodificabilità cui il proprietario è tenuto a sottostare per il tempo, illimitato, durante il quale rimarrà in attesa del trasferimento. Per contro, quando il trasferimento coattivo abbia poi luogo, la proprietà verrà indennizzata "allo stato"». Più in generale, individuata nell'art. 42 Cost. l'*Eigentumsgarantie*, la Corte chiarisce che il *Wesensgehalt* – la cui intangibilità, giova ricordarlo, non è espressamente prescritta dalla Costituzione <sup>(998)</sup> – è violato solo qualora il diritto di proprietà sia «compress[o] o soppres[s]o senza indennizzo» e solo per la «incisione operata a titolo individuale sul godimento del

di Corte cost., 29-5-1968, n. 56, in *Giur. cost.*, 1968, 884, là dove statuisce: «che non vi sia garanzia di un indennizzo per la limitazione nascente dal vincolo posto sui beni che hanno il carattere di bellezza naturale, deriva dall'essere il regime paesistico del tutto estraneo alla materia dell'espropriazione per pubblico interesse».

<sup>996</sup>

Non è casuale che la giurisprudenza recente talora confonda le nozioni di interesse generale e interesse pubblico: lo slittamento del primo verso il secondo produce un sensibile irrigidimento e una notevole compressione della funzione sociale. Cfr. ad es. Cons. Stato, 27-1-2011, n. 632, inedita, ove si legge che il sacrificio imposto alla proprietà privata dev'essere correlato ad una «funzione sociale, cioè ad iniziative di interesse pubblico serie, concrete ed attuali».

<sup>997</sup> Corte cost., 29-5-1968, n. 55, cit. I successivi passaggi fra caporali non seguiti da apposita nota vanno intesi come tratti da detta sentenza.

<sup>998</sup> In tal senso MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 82.

singolo bene, la quale penetri al di là di quei limiti che la legislazione stessa abbia configurato in via generale». Non essendo necessario, qui, ricostruire tutto il complesso sistema di calcolo dell'indennizzo, basti sapere che esso, prima dello sconvolgimento di cui mi appresto a dire, oscillava fra la metà e il 30% del valore venale del bene espropriato (<sup>999</sup>).

Il sistema sommariamente descritto, in cui si discuteva dei casi in cui fosse dovuto un qualsivoglia ristoro, cambia radicalmente per effetto dell'impatto con la costituzione economica europea. In particolare, il punto di svolta (<sup>1000</sup>) è costituito dal notissimo caso Scordino del 2006 (<sup>1001</sup>) sul *quantum* dell'indennizzo, che segue «una serie di decisioni della Corte EDU la quale ha ripetutamente condannato l'Italia nel presupposto che, in materia di espropriazione, il punto di equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia del diritto fondamentale di proprietà sia garantito solo da un *quantum* in rapporto ragionevole col valore venale del bene» (<sup>1002</sup>).

---

<sup>999</sup>Rinvio alla ricostruzione della disciplina operata da COMPORI, *Relazione introduttiva*, cit., 14-15, che preconizzava «il criterio del giusto indennizzo previsto dall'art. 17 della Carta potrà dar luogo ad un dibattito dinanzi agli organi giudiziari europei». Nell'addenda alla *Relazione*, poi, con riferimento alla pronuncia Scordino I (Corte EDU, 29-7-2004, 36813/97, *Scordino c. Italie*), l'A. prevedeva altresì che «a seguito di tale sentenza dovrà profondamente modificarsi il sistema italiano del giusto indennizzo espropriativo» (*ivi*, 18).

<sup>1000</sup>Già ben prima del caso Scordino, COMPORI, *Relazione introduttiva*, cit., 6, aveva posto l'accento sulla circostanza che «nell'art. 17 della Carta non è fatto alcun cenno al principio della funzione sociale, ed i poteri e le facoltà dominicali non appaiono in alcun modo limitati». L'A. precisa, poi, che, sebbene sia vero che detta disposizione, come l'art. 1, § 2 I prot. add. CEDU, contempra la possibilità che la legge regoli l'uso dei beni attraverso limiti imposti dall'interesse pubblico, «tale formulazione sembra riguardare non tanto il modello interno del diritto, quanto le limitazioni del suo esercizio di carattere esterno, imposte per varie esigenze dalle legge, secondo la teoria delle limitazioni della proprietà di diritto pubblico e di diritto privato già nota in Europa dai primi decenni del novecento, e superata in Italia dalla più recente concezione del contenuto del diritto ridimensionato nella sua struttura interna dalla funzione sociale» (*ivi*, 6-7).

<sup>1001</sup>Corte EDU, *grande ch.*, 29-3-2006, 36813/97, cit., che rilevato la strutturale e sistematica violazione, da parte del legislatore italiano, dell'art. 1, I prot. add. CEDU, osservando che la quantificazione dell'indennità in modo irragionevole rispetto al valore del bene ha determinato, appunto, una situazione strutturale di violazione dei diritti dell'uomo. Nell'occasione la Corte EDU ha sottolineato come, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, lo Stato italiano abbia il dovere di porre fine a siffatti problemi strutturali attraverso l'adozione di appropriate misure legali, amministrative e finanziarie. Essa è stata pronunciata in seguito dell'appello dell'Italia a Corte EDU, 29-7-2004, 36813/97, cit., in cui la Corte di Strasburgo ha censurato l'applicazione, operata dai giudici nazionali, dell'art. 5-bis, d.l. n. 333/1992, conv. in l. n. 359/1992 ai giudizi in corso, stigmatizzando la portata retroattiva della norma in parola, come tale lesiva della certezza e della trasparenza nella sistemazione normativa degli istituti ablatori, oltre che del diritto della persona al rispetto dei propri beni. Infatti, l'applicazione di tale criterio ai giudizi in corso ha violato l'affidamento dei soggetti espropriati, i quali avevano agito in giudizio per essere indennizzati secondo il criterio del valore venale dei beni, previsto dall'art. 39, l. n. 2359/1865, n. 2359, ripristinato a seguito della dichiarazione di incostituzionalità delle norme che commisuravano in generale l'indennizzo al valore agricolo dei terreni (Corte cost. 30-1-1980, n. 5, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 208 e Corte cost., 19-7-1983, n. 223, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 743, con nota di G. ALPA). Ad essa è seguita Corte EDU, 6-3-2007, 43662/98, *Scordino c. Italie (n° 3)*, in *Giur. it.*, 2007, VIII-IX, 2055, in cui si è statuito, fra l'altro, che la natura della violazione dell'art. 1 I Prot. CEDU, consistente nel meccanismo nazionale dell'espropriazione indiretta (*id est* occupazione acquisitiva) implica in primo luogo l'applicazione del principio della *restitutio ad integrum*, e, solo ove ciò non sia possibile, impone la determinazione di un'indennità che consista nella compensazione di una somma equivalente al valore attuale del terreno occupato, aumentata dall'eventuale plus-valore consistente nell'esistenza di costruzioni edificate durante l'occupazione da parte della pubblica autorità. In materia di accessione invertita, è fatto carico allo Stato di subordinare l'occupazione dei beni all'atto di espropriazione, prevedere efficaci misure dissuasive e sanzionatorie, facilitare la restituzione dei beni occupati, prevedere adeguate forme di risarcimento, di importo pari al valore venale del bene e al valore delle ulteriori opere ivi realizzabili, oltre al lucro cessante e al danno morale. Si badi che, qualora parlerò di «caso Scordino» senz'altra specificazione, mi riferirò alla decisione del 2006.

<sup>1002</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 5.

Esso ha inaugurato un orientamento che trova conferma anche nella più recente giurisprudenza CEDU (<sup>1003</sup>). Alle dette condanne, si aggiungevano, poi, quelle in materia di espropriazione indiretta, fra le quali *leading cases* si considerano Carbonara e Ventura (<sup>1004</sup>) e Belvedere Alberghiera (<sup>1005</sup>), seguiti sino al più recente *affaire Lombardi* (<sup>1006</sup>).

Mi concentrerò principalmente sul caso Scordino, sia perché costituisce il prisma ideale nel quale osservare il mutamento del paradigma appropriativo interno per effetto dell'*élan* europeo, sia in considerazione di alcune riflessioni più generali che esso – col suo «vivace scambio di vedute tra Corte costituzionale e Corte dei diritti dell'uomo» (<sup>1007</sup>) – consente circa il rapporto fra autonomia privata e regolazione del mercato (<sup>1008</sup>). In particolare, la necessità di un indennizzo parametrato ai valori di mercato può spiegarsi alla luce della circostanza per cui «il diritto europeo non sembra garantire alle c.d. fasce deboli tecniche di accesso ai beni essenziali, ma pone le regole di funzionamento del mercato nel modo più corretto possibile» (<sup>1009</sup>), dal che segue che il prezzo di scambio è stabilito non può che essere determinato dal corretto esplicarsi di libere contrattazioni. Il fatto che lo Stato non possa imporre un indennizzo inferiore al valore venale del bene espropriato non dipenderebbe «tanto dalla circostanza che in ambito europeo il diritto di proprietà assurge a diritto fondamentale [...] ma più che altro dal fatto che [...] il sacrificio della sfera dei privati per fini superindividuali segue un linguaggio diverso da quello del diritto interno», il linguaggio della regolazione, della tutela del consumatore e della concorrenza, ma non dell'intervento eteronomo sui prezzi.

Insomma, vien da dire, lo Stato può derogare alle regole del libero mercato per l'interesse individuale del consumatore (<sup>1010</sup>), ma non per l'interesse della collettività che la Costituzione

---

<sup>1003</sup>V., da ultimo, Corte EDU, 26-11-2013, 16150/06, *Silahyürekli c. Turquie*, inedita, spec. §§ 47-50.

<sup>1004</sup>Corte EDU, 30-5-2000, 24638/94, *Carbonara et Ventura c. Italie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-VI, e anche in *Urbanistica e appalti*, 2001, 283, con nota di A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo «boccia» l'occupazione acquisitiva*.

<sup>1005</sup>Corte EDU, 30-5-2000, 31524/96, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-VI.

1006

Corte EDU, 15-11-2012, 66394/01, *Rosario Lombardi c. Italie*, inedita. In termini anche, *ex multis*, Corte EDU, 18-3-2008, 1717/03, *Velocci c. Italie*, inedita.

<sup>1007</sup>Le considerazioni più generali che saranno qui ripercorse sono quelle di S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, in *La didattica del diritto civile*, a cura di S. Mazzamuto ed E. Moscati, Torino, 2012, spec. 119-121. Per il tema del rapporto fra autonomia e ordinamento *sub specie* regolazione del mercato v. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., spec. 97 s. Potrebbe apparire bizzarro che gli epigoni del liberalismo sostengano, al tempo del capitalismo 3.0 le nuove forme di interventismo statale di cui s'è detto, ma bisogna ricordare, in pari tempo, che «non è assolutamente vero, da parte della sinistra come critica e da parte della destra come ideologia, che la teoria politica liberale intenda veramente lo Stato com uno strumento neutro» (E. DIAZ, *La legittimazione della democrazia*, in *MondOperaio*, 1986, VIII-IX, 100).

<sup>1008</sup>MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 120.

<sup>1009</sup>*Ivi*, 121.

<sup>1010</sup>E, invero, come scritto da MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, cit., 103 lo scopo del legislatore eurunionista non è la giustizia contrattuale, introducendo egli solo i limiti necessari al libero mercato e all'efficienza. Si potrebbe dire che la tutela della concorrenza perseguita

vorrebbe incistato nella struttura dominicale.

Ma veniamo, brevemente, all'effetto a cascata innescato dal ricorso presentato il 21 luglio 1993 alla Commissione EDU da Giovanni, Elena, Maria e Giuliana Scordino. I ricorrenti si dolgono del criterio di calcolo dell'indennizzo di cui all'art. 5 bis, d.l. n. 333/1992 conv. in l. n. 359/1992. Giova ricordare sin d'ora che la norma oggetto di censura era stata più volte scrutinata dalla Corte costituzionale, che l'aveva ritenuta conforme all'art. 42, co. 3, Cost., perché introduttiva di un criterio mediato assicurante un ristoro «non irrisorio» ai soggetti espropriati, nel rispetto della funzione sociale della proprietà <sup>(1011)</sup>. Gli Scordino *«prétendent avoir supporté une charge disproportionnée à raison du montant inadéquat de l'indemnité d'expropriation [...] par ailleurs, ils se plaignent de l'application rétroactive de l'article 5 bis»* <sup>(1012)</sup>. Il punto di partenza del ragionamento della Corte è che – come ribadito anche dalla più recente giurisprudenza <sup>(1013)</sup> – l'art. 1, I prot. add. CEDU è composto da tre norme distinte. La prima ha carattere generale, enunciando il principio del rispetto della proprietà, ed è contenuta nella prima frase del primo comma, a tenore della quale «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. A mente della seconda, poi, nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. La terza, infine, riconosce agli Stati il potere, fra l'altro, di regolamentare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale. Le tre sono fra loro interconnesse, nel senso che *«la deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété ; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première»* <sup>(1014)</sup>. Nel caso di specie viene in gioco la seconda norma, per cui, assodato che v'è stata privazione del diritto di proprietà, occorre chiedersi se l'ingerenza sia giustificata ex art. 1, co. 1, secondo periodo, I prot. add. CEDU. Il primo step è l'esame del rispetto del principio di legalità e dell'utilità pubblica. Superato questo, il punto cruciale è quello della proporzionalità. Secondo l'autorevole opinione della Corte, la struttura della disposizione CEDU, complessivamente considerata, riflette lo sforzo di assicurare il giusto equilibrio fra le esigenze dell'interesse generale della collettività e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. Il bilanciamento deve rispettare il principio di proporzionalità,

mercé il diritto consumeristico sia, pur sempre, un interesse generale. Anche ammettendo questo dato, resta il fatto che codesto interesse, interno al blocco dominante, non ha niente a che vedere con quello sociale e antagonistico di cui all'art. 42 Cost.

<sup>1011</sup>

Così Corte cost., 16-6-1993, n. 283, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1989; Corte cost., 23-11-1993, n. 414, in *Foro it.*, 1993, I, 3209 e Corte cost., 16-12-1993, n. 442, in *Giust. civ.*, 1994, I, 871, con nota di A. VARLARO SINISI. *In tema di occupazione appropriativa: storia e logica di un modo di acquisto atipico della proprietà da parte della p.a., funzionalmente collegato alla realizzazione di un'opera di pubblico interesse.*

<sup>1012</sup>Corte EDU, *grande ch.*, 29-3-2006, 36813/97, cit., §§ 76-77.

<sup>1013</sup>Così, ad es., Corte EDU, *grande ch.*, 7-6-2012, 38433/09, *Centro Europa 7 s.r.l. et Di Stefano c. Italie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2012, § 184.

<sup>1014</sup>Corte EDU, *grande ch.*, 29-3-2006, 36813/97, cit., § 78.

che è principio generale dell'ordinamento europeo, posto che «*il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure appliquée par l'Etat, y compris les mesures privant une personne de sa propriété*»<sup>(1015)</sup>. Nel controllare che quest'esigenza sia rispettata, lo Stato gode di una largo margine di discrezionalità «*tant pour choisir les modalités de mise en oeuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause [...] il lui appartient de vérifier que l'équilibre voulu a été préservé de manière compatible avec le droit des requérants au respect de leurs biens*»<sup>(1016)</sup>. Al fine di determinare se sui ricorrenti non gravi un carico sproporzionato, occorre prendere in considerazione le modalità interne di indennizzazione e, sul punto, la Grande Chambre tien fermo il principio già fissato dall'arresto Scordino del 2004, ovvero «*sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive. Un défaut total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 du Protocole no 1 que dans des circonstances exceptionnelles*»<sup>(1017)</sup>. Quindi, una pronunzia ben meno radicale di come vorrebbe la vulgata e di come, soprattutto, è stata intesa dalla Corte costituzionale e dal legislatore italiano. Non solo in casi eccezionali è ammessa l'espropriazione senza alcun indennizzo, non solo la violazione della regola per cui il *quantum* debba essere in un rapporto ragionevole col valore venale del bene costituisce un attentato alla proprietà solo «di norma», ma, soprattutto, «*l'article 1 du Protocole no 1 ne garantit pas dans tous les cas le droit à une réparation intégrale*»<sup>(1018)</sup>. La regola del rapporto ragionevole conosce numerose eccezioni, corrispondenti a «*des objectifs légitimes 'd'utilité publique', tels qu'en poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale*»<sup>(1019)</sup>, i quali legittimano un rimborso inferiore al valore di mercato<sup>(1020)</sup>. Nel caso di specie, posto che l'ingerenza è stata legale e non arbitraria «*une réparation qui n'est pas intégrale ne rend pas illégitime en soi la mainmise de*

---

<sup>1015</sup>Corte EDU, *grande ch.*, 29-3- 2006, 36813/97, cit., § 93 e oggi Corte EDU, 26-11-2013, 5809/08, *Al-Dulimi et Montana Management inc. c. Suisse*, inedita, § 124, ma già Corte EDU, 20-11-1995, 17849/91, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, série A no 332, § 38; Corte EDU, *grande ch.*, 23-11-2000, 25701/94, *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-XII, § 89-90 e Corte EDU, *grande ch.*, 23-9-1982, 7151/75 e 7152/75, cit., § 73.

<sup>1016</sup>

Corte EDU, *grande ch.*, 29-3- 2006, 36813/97, cit., § 94. In termini, da ultimo, Corte EDU, *grande ch.*, 25-12-2012, 71243/01, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, inedita, § 109.

<sup>1017</sup>Corte EDU, *grande ch.*, 29-3- 2006, 36813/97, cit., § 95. Come casi circostanze eccezionali v. Corte EDU, 9-12-1994, 13092/87 e 13984/88, *Les saints monastères c. Grèce*, série A301-A, § 71, Corte EDU, *grande ch.*, 23-11-2000, 25701/94, cit., § 89.

<sup>1018</sup>*Ibidem* e, più di recente Corte EDU, *grande ch.*, 25-12-2012, 71243/01, cit., § 78; Corte EDU, 26-5-2011, 32521/05, *di Marco c. Italie*, inedita, § 60 e già Corte EDU, 21-2-1986, 8793/79, *James et autres c. Royaume-Uni*, série A98, § 54 e Corte EDU, *grande ch.*, 28-9-2005, 31443/96, *Broniowski c. Pologne*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-IX, § 182.

<sup>1019</sup>*Ivi*, § 97.

<sup>1020</sup>*Ivi*, § 97 e, in termini, ad es., Corte EDU, 26-5-2011, 32521/05, cit., § 61 e Corte EDU, 21-2-1986, 8793/79, cit., § 54

*l'Etat sur les biens»* (<sup>1021</sup>). Assodato che l'espropriazione in esame è lecita, la Corte nota che il criterio di cui al citato art. 5 *bis* si applica qualunque sia l'opera pubblica da realizzare e il contesto dell'espropriazione, ma ha cura di precisare che ella non è un legislatore e non ha «*pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation litigieuse; elle doit se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par les requérants pour le cas dont on l'a saisie*» (<sup>1022</sup>). Un'efficacia, quindi, che, in via di principio, avrebbe dovuto essere limitata al caso di specie. In particolare, sull'indennizzo pari a circa il 50 % della *valeur marchande* era stata applicata un'aliquota fiscale pari al 20% e, ciò che più conta, si tratta di una espropriazione isolata, che non si inserisce in un contesto di riforma economica, sociale o politica, né ad alcuna altra circostanza particolare, «*par conséquent, la Cour n'aperçoit aucun objectif légitime 'd'utilité publique' pouvant justifier un remboursement inférieur à la valeur marchande*» (<sup>1023</sup>). L'inadeguatezza del *quantum*, in conclusione, non è dovuta al fatto che l'indennizzo non corrisponde al valore venale del bene, bensì a causa di «*son faible montant et l'absence de raisons d'utilité publique pouvant légitimer une indemnisation inférieure*» (<sup>1024</sup>).

Questa la sentenza Scordino, dal cui tenore era difficile attendersi la reazione «più realista del re» che, invece, si è avuta nell'ordinamento italiano. Infatti, in un singolare effetto-domino, la Consulta prima (<sup>1025</sup>) e poco dopo, con ancora maggiore decisione (<sup>1026</sup>), il legislatore (<sup>1027</sup>), hanno raggugliato l'indennità per le aree edificabili al valore venale del bene, criterio che vale oggi anche per le occupazioni acquisitive anteriori al 30-9-1996 (<sup>1028</sup>). Per inciso, val la pena di rilevare che la

---

<sup>1021</sup>Ivi, § 99 e, fra gli altri, Corte EDU, *grande ch.*, 19-2-2009, 2334/03, *Kozacıoğlu c. Turquie*, inedita, § 65 e Corte EDU, *grande ch.*, 23-11-2000, 25701/94, cit. § 78.

<sup>1022</sup>Ivi, § 100.

1023

Ivi, § 102.

<sup>1024</sup>Ivi, § 104 e, in termini, *ex plurimis*, Corte EDU, 9-12-2008, 68309/01, *Cignoli et autres c. Italie*, inedita, § 31

<sup>1025</sup>Corte cost. 24-10-2007, n. 348, cit., 184 e, più di recente, Corte cost., 7-6-2011, n. 181, in *Foro it.*, 2011, VII-VIII, 1, 1957.

<sup>1026</sup>Non sembra che il legislatore abbia granché tenuto in considerazione che la medesima Corte cost. 24-10-2007, n. 348, cit., § 5.7, abbia avvertito la necessità di «riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la 'funzione sociale'. Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata».

<sup>1027</sup>Mi riferisco, in particolare, alla modifica, introdotta dall'art. 2, co. 89, l. n. 244/2007, degli artt. 37 e 55 d.P.R. n. 327/2001.

<sup>1028</sup>Come osservato da NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 6, nt. 19, «subito allineata al nuovo *Zeitgeist* è la giurisprudenza relativa ad ipotesi estranee, *ratione temporis* alla previsione dell'art. 2, co. 89, l. 24-12-2007 n. 244 (applicabile solo ai procedimenti espropriativi in corso e non anche ai giudizi già pendenti)». Il riferimento è a Cass. 25-11-2010, n. 23965, in *Urbanistica e appalti*, 2011, III, 303, secondo la quale «una volta espunto – a seguito della declaratoria di incostituzionalità – il criterio riduttivo suddetto, torna nuovamente applicabile il criterio generale

Corte costituzionale dichiara che non vi sarebbe contrasto reale fra la nota sent. 348/2007 e i precedenti in cui ella aveva confermato la costituzionalità dell'art. 5 *bis* <sup>(1029)</sup>. Infatti, il *revirement* – di cui non si nasconde la finalità di evitare nuove condanne della Corte di Strasburgo – si vuole collegato alla circostanza per cui «la valutazione sull'adeguatezza dell'indennità deve essere condotta in termini relativi, avendo riguardo al quadro storico-economico ed al contesto istituzionale» <sup>(1030)</sup>. Evidentemente, anche in virtù del contesto istituzionale che vuole l'ordinamento italiano pervasivamente plasmato dall'influenza europea, non è più il momento storico della funzione sociale, ma quello della proprietà-libertà e del mercantilismo. È vano porre in luce che la Corte EDU e, in certa misura, la Consulta non avevano imposto *sic et simpliciter* l'appiattimento dell'indennizzo sul valore venale: di fatto, anche in giurisprudenza, il messaggio che è passato è che «deve essere corrisposto il valore di mercato dei beni» <sup>(1031)</sup> e che la giusta indennità «va intesa come totale ristoro» <sup>(1032)</sup>.

La dichiarazione formale di fedeltà al precedente e la sostanziale sua negazione per doveri d'obbedienza all'Europa – merita di essere almeno *en passant* ricordato – si è avuta anche nella vicina fattispecie dell'espropriazione indiretta <sup>(1033)</sup>, istituto oggetto di un'offensiva senza precedenti

---

dell'indennizzo pari al valore venale del bene, fissato dalla l. 25-6-1865, n. 2359, art. 39», ossia, secondo l'A., dalla disciplina che, storicamente, individua lo zenit della sensibilità legislativa alle ragioni della proprietà. V. anche, oggi, Cass., 20-6-2013, n. 15489, inedita, per cui quello ottocentesco «è l'unico criterio ancora vigente rinvenibile nell'ordinamento, e per di più non stabilito per singole e specifiche fattispecie espropriative, ma destinato a funzionare in linea generale in ogni ipotesi o tipo di espropriazione salvo che un'apposita norma provvedesse diversamente».

<sup>1029</sup>A me pare, però, che emerga netta la distanza dall'orientamento precedente, di cui è epitome Corte cost., 16-6-1993, n. 283, cit., per cui «non può adottare il valore di mercato del bene come mero punto di partenza per calcoli successivi che si avvalgono di elementi del tutto sganciati da tale dato, concepiti in modo tale da lasciare alle spalle la valutazione iniziale, per attingere risultati marcatamente lontani da essa». Da una lettura complessiva emerge che tra il vecchio «serio ristoro» legato al reddito dominicale e il nuovo «ragionevole legame» ai valori di mercato non solo non v'è identità, ma v'è differenza qualitativa e non solo quantitativa.

1030

Corte cost. 24-10-2007, n. 348, cit., § 5.6.

<sup>1031</sup>Così, ad es., T.A.R. Lombardia Brescia, 1-7-2008, n. 745, inedita.

<sup>1032</sup>Cass., sez. un., 20-6-2012, n. 10130, cit..

<sup>1033</sup>Non spenderò soverchie parole, nella presente sede, sull'istituto *de quo*, ma basti qui dar conto di alcuni dei più significativi orientamenti interni in materia. In particolare, secondo Cass., 2-12-2013, n. 26965, inedita, «l'apprensione *sine titulo* di un suolo di proprietà privata, necessario per realizzare un passaggio pedonale, un impianto di una condotta, o un qualsiasi altro manufatto implicante una servitù di fatto, sia che la realizzazione dell'opera non sia stata autorizzata dalla competente autorità, sia che non sia assistita da declaratoria di pubblica utilità, sia che, pur in presenza di detta autorizzazione e declaratoria, non vi sia stato un corretto asservimento per via di un provvedimento amministrativo, non implica la costituzione di una servitù alla stregua della cd. occupazione acquisitiva. Ed infatti, gli estremi di tale occupazione non sono ravvisabili in ordine ai diritti reali *in re aliena*». Per Cass. 26-7-2012, n. 13294, inedita, poi, «nell'occupazione acquisitiva il fatto generatore di danno è costituito dalla condotta illecita della P.A. espropriante, concretatasi anzitutto nell'apprensione degli immobili senza alcun titolo e, quindi, nel perdurare della detenzione abusiva ed irreversibile senza più rimettere i beni nella disponibilità del proprietario; pertanto, l'indennizzo dovuto a tale titolo si diversifica dall'indennità di espropriazione proprio per la sua natura risarcitoria, ancorata all'intero valore venale dell'immobile, che non tollera il ricorso a criteri riduttivi per la sua liquidazione». Molto originale T.A.R. Puglia Lecce, 27-4-2011, n. 743, là dove statuisce che «venuta meno l'espropriazione indiretta (e come occupazione acquisitiva e come occupazione usurpativa) ad opera dell'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, venuta meno l'istituto dell'acquisizione per decreto da parte dell'amministrazione e quello della esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo accompagnata dalla



da parte della Corte EDU (<sup>1034</sup>). Come si è osservato in dottrina (<sup>1035</sup>), la Consulta, pur di venire incontro ai *diktat* europei, ricorre all'espedito di una sorte di interpretazione autentica di un suo precedente (<sup>1036</sup>), quasi che il vero motivo per cui la previgente disciplina era stata salvata andasse ravvisato nella pura e semplice temporaneità del criterio di computo, sicché ora, venendo meno detto carattere, l'esito non potrebbe che essere diverso. La Corte, però, deliberatamente occulta la circostanza che «la vera *ratio decidendi* di quel suo precedente risiedeva nell'adesione all'idea che, anche qui, in ragione della costante interpretazione dell'art. 42 Cost, il canone della integralità della riparazione fosse privo di qualsiasi stampella costituzionale» (<sup>1037</sup>). Il trucco, del resto, è svelato dall'ingenua confessione per cui neanche una disciplina che oggi introducesse, sia pur in via temporanea, un indennizzo inferiore al valore venale, sarebbe immune da censure: «la temporaneità del criterio di computo stabilito dalla norma censurata, le congiunturali esigenze finanziarie che la sorreggono e l'astratta ammissibilità di una regola risarcitoria non ispirata al principio della integralità della riparazione del danno non costituiscono elementi sufficienti a far ritenere che, nel quadro dei principi costituzionali, la disposizione censurata realizzi un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU. Questa è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato» (<sup>1038</sup>).

condanna al risarcimento del danno, entrambe disposte dal giudice amministrativo, spetta all'interprete individuare la disciplina giuridica delle situazioni in cui sia stata realizzata l'opera pubblica in assenza del compimento nei termini della procedura espropriativa o in assenza di una valida procedura. A tal fine deve essere indagata la norma dell'art. 940 c.c. che attribuisce la proprietà della "nuova cosa", "possa o non possa la materia riprendere la sua prima forma", allo specificatore "salvo che il valore della materia sorpassi notevolmente quello della mano d'opera", in tal modo costruendo l'istituto in funzione di una società informata allo sviluppo, alla tutela delle energie creative piuttosto che alla staticità. Come nelle fonti classiche del diritto romano, l'istituto disegnato dall'art. 940 c.c. riguarda le cose mobili, ricomprese in esse le energie naturali aventi valore economico (assimilate alle cose mobili dall'art. 814 c.c.) ma ciò non è un ostacolo alla interpretazione analogica che estenda l'applicazione dell'istituto alle cose immobili. Per effetto della specificazione del fondo la proprietà dell'opera pubblica viene acquistata, a titolo originario, dall'ente specificatore nel momento in cui l'opera di specificazione è completata, cioè si è avuta la specificazione; questo non in conseguenza di un illecito ma di un istituto che affonda le sue radici nel diritto romano e costituisce un fatto che dà diritto ad un indennizzo non un illecito che dà diritto al risarcimento del danno». Ha portata più generale Cass., 28-5-2012, n. 8433, inedita, ove si conclude che «il provvedimento di occupazione temporanea preordinato alla espropriazione di un immobile privato attribuisce immediatamente alla P.A. il diritto di disporre allo scopo di accelerare la realizzazione dell'opera pubblica, per la quale è stato emanato, ed incide in misura corrispondente sui poteri dominicali del titolare del bene, privandolo, in tutto o in parte, delle facoltà di godimento e di disposizione; ciò fa sorgere, per il mancato godimento del bene, il diritto all'indennizzo ex art. 42 Cost., separato ed aggiuntivo rispetto all'indennità di espropriazione e all'indennità di asservimento nel caso di imposizione di una servitù, sebbene a questa commisurato, ed a prescindere dal titolo in base al quale la vicenda ablativa possa concludersi (cessione volontaria, espropriazione formale, occupazione acquisitiva, asservimento)».

1034

È impossibile anche solo provare a elencare le condanne comminate dalla Corte EDU per l'esistenza dell'istituto *de quo*. V., solo per citare gli ultimi casi, Corte EDU, 16-4-2013, 16153/09, *Rolim Comercial, S.A. c. Portugal*, inedita; Corte EDU, *grande ch.*, 25-12-2012, 71243/01, cit. e Corte EDU, 23-10-2013, 6334/05. *Süzer et Eksen Holding A.Ş. c. Turquie*, inedita.

<sup>1035</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 8.

<sup>1036</sup>Corte cost. 30-4-1999, n. 148, in *Rass. Avv Stato*, 2000, I, 277.

<sup>1037</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 8.

<sup>1038</sup>Oltre Corte cost., 24-10-2007, n. 349, cit., v. anche Cass., 19-6-2008, n. 16662 e Cass., 28-5-2008, n.

Si registra, volendo tentare un quadro d'assieme, un movimento a tenaglia di Corte di Giustizia e Corte dei diritti dell'uomo all'insegna del principio, riaffermato nelle più recenti decisioni, per cui «non è ammissibile che una misura nazionale non conforme ai diritti fondamentali, quale il diritto di proprietà, possa beneficiare delle eccezioni riconosciute per il fatto che essa risponde a ragioni imperative di interesse generale»<sup>(1039)</sup> e che una normativa che tuteli i «singoli e segnatamente dei loro diritti di proprietà e di iniziativa economica, in considerazione dell'orientamento liberale dell'ordinamento giuridico comunitario [...] dovrebbe essere interpretat[a] in modo da favorire i principi più liberali che caratterizzano gli ordinamenti giuridici degli Stati membri»<sup>(1040)</sup>. Come è stato efficacemente scritto, si tratta di un «un vero e proprio breviario del pensiero politico e giuridico protoliberalista [...] brillante epitome di una giurisprudenza tutta pervasa da un autentico delirio di purezza liberista»<sup>(1041)</sup>.

Non sorprenda che il delirio puristico legalista abbia portato la funzione sociale, in un'apparente eterogenesi dei fini, a rafforzare il contenuto della proprietà europea<sup>(1042)</sup>. Già nel 1973, Ugo Natoli denunciava come la più insidiosa delle tendenze del tempo, quella di dedurre «dal riferimento alla funzione sociale, piuttosto che una limitazione, un potenziamento della posizione di proprietario e, parallelamente, dell'imprenditore»<sup>(1043)</sup>. Secondo gli autori criticati dall'insigne allievo di Pugliatti, in sintesi, la Costituzione ha riconosciuto che la proprietà in sé esplica una funzione sociale, per cui qualsiasi nuova limitazione, che restringa il godimento del proprietario

---

13995, inedita.

<sup>1039</sup>Trib. eur., 17-2-2011, T-55/08, *Union des associations européennes de football (UEFA) c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-271, § 179, confermata, a seguito dell'impugnazione da parte della UEFA, da Corte eur. giust., 8-7-2013, C-201/11 P, cit..

<sup>1040</sup>

Corte eur. giust., grande sez., 9-10-2008, C-120/06 P e C-121/06 P, cit., § 159. Cfr., *ex multis*, E. D'ALTERIO, *La "guerra delle banane": rapporti tra ordinamenti e responsabilità delle istituzioni comunitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 490 e S. HAACK, *Luxemburg locuta, causa finita: Außervertragliche Haftung der EG für rechtmäßiges Verhalten nach Art. 288 Abs. 2 EGV (=Art. 340 Abs. 2 AEUV) ade?*, in *Europarecht*, 2009, 667.

<sup>1041</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 20-21.

<sup>1042</sup>L'elevazione della legalità a principio ordinante del creato va, di norma, di pari passo con l'esaltazione della democrazia e dei diritti umani (concetti *bonnes à tout faire* sovente adoperati scambievolmente). E allora val la pena di rileggere quanto scritto da J. BAECHLER, *Mercato e democrazia*, trad. it. a cura di F. Pistolato, in *MondOperaio*, 1985, XII, 64, là dove osserva che «il mercato e la democrazia sono due fenomeni concettualmente legati: il mercato presuppone il regime democratico quale condizione per funzionare, ma la democrazia, a propria volta, non può disporre che dei parametri offerti dal mercato per conciliare gli interessi particolari e realizzare interessi comuni. Non c'è altra soluzione tecnica. *La democrazia non ha che il mercato a sua disposizione per risolvere i problemi posti dalla sua stessa natura*» (enfasi aggiunta), il mercato, insomma, come «tecnica di conciliazione degli interessi particolari e di realizzazione degli interessi comuni» (*ivi*, 73). Sulla falsità della neutralità ideologica dell'opzione democratica v. N. BOBBIO, *Viaggi attraverso il mondo 3: la filosofia politica*, a cura di G. Pecora, *ivi*, 1986, I, 113, che ci ricorda come «l'accettazione del regime democratico presuppone l'accettazione di un'ideologia moderata e, al massimo, riformista» e ancora «la democrazia è un prolungamento del liberalismo» (*ivi*, 115), pur nella convinzione che anche il socialismo potrebbe esserne l'ulteriore prolungamento «a patto di rifiutare fino in fondo quel che s'intende per socialismo all'Est» (*ibidem*).

<sup>1043</sup>NATOLI «Funzione sociale» e «funzionalizzazione» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, cit., 142. Il principale obiettivo della critica natoliana è senz'altro F. GALGANO, *L'imprenditore*<sup>3</sup>, Bologna, 1980, 108-115, che non viene mai nominato espressamente, ma di cui vengono a più riportati, fra virgolette, interi passaggi (l'edizione cui fa riferimento Natoli è, chiaramente, quella del '70).

senza che sia rivista una indennità effettiva e non irrisoria (formula che, ai tempi del valore di mercato come unico *benchmark* accettabile suona come una chimera, ma negli anni '70 suonava come un «comodo *passé par tout*»<sup>(1044)</sup>), va considerata senz'altro illegittima, a prescindere dai fini che la giustificano. Si dimentica, di fatto, così che vi è una riserva di legge che demanda al legislatore ordinario di determinare i modi di acquisto, di godimento e i limiti del diritto allo scopo di assicurarne la funzione sociale. Abbiamo quindi un proprietario, direi, «buono per legge», alla luce di una sorta di presunzione di «legittimità e congruità che dovrebbe coprire e rendere inattaccabili gli atti del funzionalizzato». E allora non risulta più così difficile comprendere perché nella larghissima maggioranza dei casi in cui la Corte di Giustizia si occupa del diritto di proprietà, ha cura di precisare, in un *refrain* che somiglia sempre più a un *jingle*, che il *dominium* «non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale»<sup>(1045)</sup>. Ferma restando la precisazione, anch'essa quarantennale, che in ogni caso in forza della c.d. funzione non si può comunque ledere la sostanza del diritto (segno dell'espulsione dei limiti dalla struttura) e che la «*ingérence doit ménager un 'juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu*»<sup>(1046)</sup>, qualche avvisaglia la forniva già, *re melius perpensa*, il *leading case* Nold del '74, che non riferiva, come dichiaratamente oggi, la funzione sociale al diritto, bensì ai *beni*<sup>(1047)</sup>. La Corte di Strasburgo è ancora più chiara con la sua costante giurisprudenza che chiarisce, *apertis verbis*, che il bilanciamento e l'interesse generale non vengono in alcun rilievo qualora sia in

---

<sup>1044</sup>*Ibidem*. Sulla proprietà nel diritto privato degli anni '70, v. MATTEI, *La proprietà*, cit., 99, che parla di quegli anni come «il canto del cigno di un lungo processo in cui il capitalismo occidentale, nel tentativo di mostrare un volto umano, raggiunse l'apice della curva della civilizzazione da esso percorribile, quel *welfare state* che, se allora ci pareva un compromesso al ribasso, oggi non possiamo che rimpiangere». Più in particolare, l'A. ricostruisce la riflessione civilistica di quegli anni come schizofrenica e scissa in un tavolo alto in cui sedevano Pietro Rescigno, Stefano Rodotà e Pietro Barcellona (cui vanno accostati, fra gli storici, Paolo Grossi e Giovanni Tarello, fra i comparatisti Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco) – che discostandosi dai vecchi formalismi e arricchendo l'analisi con dati storico politici, hanno fornito «contributi ancora scarsamente egagliati anche a livello mondiale» (*ivi*, 102) – mentre al tavolo basso sedevano giuristi più vicini alla pratica dei Tribunali, come Biondo Biondi e Gabriele Pescatore.

1045

Cfr., per restare ad alcuni dei casi più recenti, Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, cit., § 113; Conclusioni dell'Avvocato Generale, 14-11-2013 nella causa C-390/12, *Pfleger e a.*, spec. § 68, allo stato non andata in decisione (per inciso, da una rapida lettura dei database *eur-lex* evinco che gli avvocati generali sono affezionati alla funzione sociale della proprietà molto più dei giudici europei); Trib. eur., 13-7-2011, T-138/07, *Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-4819, § 189 (e v. oggi Corte eur. giust., 18-7-2013, C-501/11 P, cit.); Trib. eur., 9-9-2010, T-264/07, *CSL Behring GmbH c. Commissione europea e Agenzia europea dei medicinali (EMA)*, *ivi*, 2010, II-4469, § 99.

<sup>1046</sup>Corte EDU, *grande ch.*, 5-1-2000, 33202/96, *Beyeler c. Italie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-I, § 107, ma la giurisprudenza sul punto è costante a far data da Corte EDU, *grande ch.*, 23-9-1982, 7151/75 e 7152/75, *Sporrong et Lönnroth c. Suede*, in *Riv. dir. internazionale*, 1984, 592, spec. § 69. Corte EDU, *grande ch.*, 12-5-2005, 46221/99, *Öcalan c. Turquie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-IV, § 88, precisa che «*le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention*».

<sup>1047</sup>Corte eur. giust. 14-5-1974, 4/1973, cit., § 14.

questione il principio di legalità <sup>(1048)</sup>.

Questa deriva legalista – che è qualcosa di più e di diverso dal pugliattiano «positivismo giuridico più osservante» <sup>(1049)</sup> – è stata e continua ad essere, a quarant'anni di distanza, il miglior grimaldello per eliminare i ricettacoli di polvere sociale permasi nel nostro ordinamento, contribuendo al saccheggio di cui ci hanno parlato Mattei e Nader <sup>(1050)</sup>. Essa trova, oggi, un appiglio anche nell'art. 17 CDFUE, là dove tutela esclusivamente «la proprietà dei beni [...] acquistat[i] legalmente» <sup>(1051)</sup>. Il discorso è legato a doppio filo, a mio avviso, con la recente riflessione di Nivarra sulla proprietà europea, riguardo la quale ha parlato – riprendendo una categoria che Gramsci mutuò, adattandola, da Vincenzo Cuoco – di rivoluzione passiva <sup>(1052)</sup>. Semplificando, si può dire che la rivoluzione passiva sia l'espedito mercé il quale le classi dirigenti ammansiscono quelle subordinate attraverso concessioni, più formali che sostanziali, finalizzate a «superare le sue [del sistema] crisi endemiche e, in pari tempo, a non smarrire quella vocazione inclusiva [...] tipica del dominio borghese» <sup>(1053)</sup>. Se parlare di un ritorno può sembrare eccessivo è principalmente per un motivo: il ripristino del comando capitalistico «incorpora una quota rilevante di 'rivoluzione passiva' che trova la sua espressione più chiara nel progetto di concorrenza totale» <sup>(1054)</sup>.

La deriva in parola, peraltro, assume un significato peculiare con riguardo alla funzione sociale della proprietà. Intendo dire che detta clausola, colta in tutte le sue potenzialità – come per qualche decennio è stato – comportava un'interpretazione ampia della riserva di legge e un ampio

---

<sup>1048</sup>V., *ex plurimis*, Corte EDU, 29-10-2013, 17475/09, *Varvara c. Italie*, inedita, § 84; Corte EDU, 1-10-2013, 29825/03, *Bil Belgin İnşaat Şti. c. Turquie*, inedita, § 31; Corte EDU, 16-4-2013, 16153/09, cit., § 55 e Corte EDU, 6-3-2007, 43662/98, cit., 85, là dove si osserva che «la nécessité d'examiner la question du juste équilibre ne peut se faire sentir que lorsqu'il s'est avéré que l'ingérence litigieuse a respecté le principe de légalité et n'était pas arbitraire», in continuità, fra l'altro, con Corte EDU, 25-3-1999, 31107/96, cit., § 58 e Corte EDU, *grande ch.*, 5-1-2000, 33202/96, cit., § 107.

<sup>1049</sup>MATTEI, *La proprietà*, cit., 104, che indica, come massimo esponente della tendenza opposta, R. SACCO, *La proprietà*, Torino, 1968, sviluppato in ID., *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, cit., 435.

<sup>1050</sup>U. MATTEI-L. NADER, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Malden-Oxford-Victoria, 2008, trad. it. a cura di A. M. Poli, *Il saccheggio*, Milano-Torino, 2010. Gli A., fra l'altro, notano come, fin dai tempi di Woodrow Wilson la ricerca di una reputazione normativa per il dominio statunitense si è fondata su un programma ideologico incardinato nell'enfatizzazione di libertà, democrazia e regime di legalità: «nonostante la drastica perdita di prestigio degli Stati Uniti durante la guerra del Vietnam, l'alternativa rappresentata dal totalitarismo comunista fu sufficiente a indurre un buon numero di intellettuali – soprattutto giuristi a prendere per buoni la natura benevola del regime di legalità statunitense, il suo intimo rapporto con l'economia capitalistica e in definitiva con la libertà» (ivi, 28-29).

<sup>1051</sup>

Sull'espressione v. le riflessioni di COMPORTI, *Relazione introduttiva*, cit., 7, che dopo aver ricordato che la Carta si è largamente ispirata, per l'elaborazione del contenuto dei diritti fondamentali, alla giurisprudenza di Strasburgo e Lussemburgo, la ricollega, in particolare, alle sentenze della Corte EDU in materia di occupazione acquisitiva dei terreni da parte della P.A.

<sup>1052</sup>A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Torino, 1975, 2010, 1822 e *passim*, cui rinvia NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 36-37.

<sup>1053</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 36.

<sup>1054</sup>NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 37.

marginale di discrezionalità entro il quale il giudice aveva agio di individuare quegli interessi generali che rendevano legittima la compressione e l'ablazione del terribile diritto. In forza di un'interpretazione formalista, in un secondo momento, si è affermata l'idea che solo la legge potesse individuare i singoli punti di emersione degli interessi della collettività (passando, così, dal generale al pubblico) <sup>(1055)</sup>. Il terzo passaggio, che non è stato sinora adeguatamente segnalato, si consuma solo con la proprietà europea. Intendo dire che, poiché il giudice di Lussemburgo ha cominciato a prendere sul serio la CDFUE <sup>(1056)</sup> considera ammissibili soltanto quelle restrizioni che, intatto il *Wesensgehalt*, corrispondano a interessi pubblici perseguiti dall'Unione, oggi non è più concesso neanche alla legge nazionale individuare le finalità pubbliche concretanti la funzione sociale.

Nella proprietà europea, in definitiva, i limiti, quando vengono riconosciuti, sono comunque tutti interni al blocco dominante ed esterni alla struttura del diritto, ciò che ha conseguenze facilmente intuibili, considerato che la più autorevole dottrina aveva individuato il *proprium* della funzione sociale nella «integra[zione de]l dovere nella struttura stessa della situazione reale» <sup>(1057)</sup>, una situazione reale che, quindi, torna a identificarsi con l'esclusione, la negazione del prossimo. Se una *Funktionseigentum* <sup>(1058)</sup> c'è mai stata, certamente oggi non c'è più o, quantomeno, ha dismesso i panni dell'antagonismo, mettendo «capo ad una redistribuzione non mirata e si riannoda ad entità vaghe ed impalpabili come l'interesse collettivo o, addirittura, il bene comune che poi, nella sostanza, altro non sono che il piano del capitale nella sua fase di massima estroflessione produttiva» <sup>(1059)</sup>.

---

<sup>1055</sup>Con la consueta perspicuità, MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 84, nota come la riserva di legge non possa non atteggiarsi diversamente a seconda che riguardi diritti inviolabili oppure no. Nel primo caso si tratta di una riserva di normazione conformativa del contenuto del diritto, nel secondo di una riserva di possibili eccezioni che la legge ordinaria, concorrendo certe condizioni e in determinate forme, è autorizzata a disporre rispetto a un diritto il cui contenuto è determinato direttamente dalla Costituzione. L'abbandono della c.d. riserva conformativa in materia di proprietà è il segno, quindi, della sua considerazione, di fatto, come diritto umano inviolabile. Il che segna, fra l'altro, la distanza fra costituzione europea formale e materiale, se è vero che si segnalò, come principale motivo dell'irriducibilità della proprietà weimariana all'antico regime, proprio il fatto che la nuova norma costituzionale garantisse, accanto al diritto di proprietà, anche il diritto ereditario (come, oggi, l'art. 17 CDFUE), «in ordine al quale un enunciato che ne affermasse l'invulnerabilità non avrebbe senso» (*ivi*, 83, ove si rinvia a M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festschrift für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, 5). NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, cit., 673, ritiene che il senso della considerazione della proprietà come diritto fondamentale in seno alla CEDU sia da spiegarsi con la circostanza per cui «nella redazione di quel testo non si era persa la distinzione storica tra diritti fondamentali inviolabili e diritti fondamentali non inviolabili».

<sup>1056</sup>Mi riferisco, come chiaro, all'art. 52 § 1 CDFUE e a Trib. eur., 28-5-2013, T-187/11 cit. V., di recente, in materia di IP come limite alla libertà d'impresa, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón del 26-11-2013, alla causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien* e Corte eur. giust., grande sez., 22-1-2013, C-283/11, cit., § 48.

<sup>1057</sup>RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 45.

<sup>1058</sup>Cfr. H.M. PAWLOWSKI, *Substanz- oder Funktionseigentum?*, in *Arc. civ. Pr.*, 1965, 395, citato in V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum. Eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, 2002, 214.

<sup>1059</sup>NIVARRA, *I beni comuni uni e trini ed il capitalismo proprietario*, cit., 602, per il quale il modo di essere antagonista della funzione sociale, esemplificato dalla legge sull'equo canone, «mette capo ad una redistribuzione mirata e incarna una modalità di regolazione del conflitto sociale più avanzata, anche se sempre interna al sistema, nella misura in cui la scena rappresentata dalla mediazione giuridica, questa volta, non è una scena opaca sulla quale si muovono gli eteri manichini del diritto borghese (il soggetto, il contraente, il cittadino) ma una scena più limpida, sulla quale si muovono i portatori di specifici bisogni ed interessi, immediatamente riconosciuti come tali».

All'espulsione dei limiti dalla struttura – e, quindi, al recupero del binomio proprietà-libertà – si accompagna, a mio parere, un ulteriore e connesso fenomeno. Venticinque anni fa, Mengoni osservava, con la consueta lucidità, che «la considerazione della proprietà come mezzo di apprestamento della base economica necessaria per lo sviluppo della persona umana non ha più la centralità di una volta»<sup>(1060)</sup>. Ciò perché questa funzione era svolta, nell'allora esistente sistema di *Welfare*, «dalla tutela giuridica del posto di lavoro, dagli istituti della sicurezza sociale e alla tutela del diritto all'abitazione»<sup>(1061)</sup>, al punto che «la sfera del privato è diventata una variabile dipendente da garanzie pubbliche»<sup>(1062)</sup>. Ora, con lo smantellamento dello Stato sociale<sup>(1063)</sup>, di cui il passaggio dalla tutela reale alla tutela obbligatoria del posto di lavoro<sup>(1064)</sup> e la derogabilità delle tutele legali ad opera dei contratti di prossimità sono solo alcune delle epifanie più chiare<sup>(1065)</sup>, la proprietà torna ad acquistare centralità, di talché riemerge anche la sua connessione alla personalità<sup>(1066)</sup>. Mi sembra che ciò sia confermato, fra l'altro, dalla centralità che ha avuto la discussione su ICI/IMU<sup>(1067)</sup> (che, mentre scrivo, è stata assorbita, con la TASI e la TARI, nella IUC, imposta unica comunale) nel dibattito pubblico degli anni della crisi, come anche dalle indagini ISTAT degli ultimi anni, che, registrando la centralità dell'abitazione come tendenza dell'ultimo ventennio, specialmente a fronte di una contrazione del risparmio del 60%, confermano che per gli Italiani la proprietà fondiaria è centrale nel sistema assiologico degli Italiani<sup>(1068)</sup>.

<sup>1060</sup>MENZIONI, *Proprietà e libertà*, cit., 79.

<sup>1061</sup>*Ibidem*.

<sup>1062</sup>*Ibidem*.

<sup>1063</sup>Cfr. due recenti lavori di G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Obbl. contr.*, 2012, VII, 487 e ID., *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 630, come citato da ASTONE, *Danni non patrimoniali*, cit., 125, nt. 20, la quale ne valorizza la riflessione sul rapporto fra intangibilità dei diritti fondamentali e dignità.

<sup>1064</sup>

Cfr., *ex multis*, A. TAMPIERI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. La tutela obbligatoria*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di G. Pellacani, Torino, 2013, 491 e N. DE MARINIS, *Licenziamenti illegittimi: la nuova tutela*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, XXXIX, 2445; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2012, II, 1, 415.

<sup>1065</sup>V. in particolare A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, 2012, I, 31 e S. CANALI DE ROSSI, *Contratti di prossimità: disciplina e novità legislative*, in *Dir. prat. Lav.*, 2012, II, 89.

<sup>1066</sup>Cfr. J. WICKHAM, *Alle radici della crisi europea: la sostituzione dei legami sociali con il mercato*, in *Economia&Lavoro*, 2013, I, 57.

<sup>1067</sup>Non è da sottovalutare, fra l'altro, che, secondo dati pubblicati da Google il 17-12-2013, le due ricerche più diffuse fra gli italiani nel 2013, associate al lemma «pagare», siano «contributi colf» e «imu 2013», la prima segno di uno Stato che ha largamente contratto l'offerta di servizi assistenziali, la seconda, appunto, della centralità della proprietà fondiaria. Per tutti i dati v. <http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2013-12-16/google-ricerche-emergenti-italiani-2013-142256.shtml>.

<sup>1068</sup>I dati, come elaborati da Confcommercio, sono stati consultati all'indirizzo [http://www.repubblica.it/economia/2011/03/28/news/risparmi\\_confcommercio-14177326/?rss](http://www.repubblica.it/economia/2011/03/28/news/risparmi_confcommercio-14177326/?rss). Nel 2012 si è registrata una leggera flessione (un «fenomeno totalmente nuovo nelle statistiche storiche della nostra economia»), ma ritengo che sia presto per trarne linee di tendenza e, in ogni caso, il dato potrebbe essere ricollegato all'ulteriore impoverimento delle famiglie, che ha costretto alcune ad alienare financo il proprio immobile abitativo. V. CONFCOMMERCIO, *Una nota sui consumi delle famiglie italiane. 1992-2012*, 14-10-2013, <http://www.confcommercio.it/>, spec. 2.

Nel concludere una delle più recenti e approfondite analisi della questione della tutela multilivello del diritto di proprietà, Giulio Ramaccioni ha ritenuto di prendere le distanze da quell'orientamento, attribuito a Comporti (<sup>1069</sup>) e Gambaro (<sup>1070</sup>), secondo il quale «i principi comunitari sulla proprietà s[o]no divenuti principi generali del diritto europeo e, pertanto, [hanno] efficacia diretta sul nostro ordinamento nazionale, tanto che dovrebbe pervenirsi alla conseguenza della disapplicazione dell'art. 42 Cost.» (<sup>1071</sup>). Quest'idea fa il paio con quella che esclude la possibilità di invocare la teoria dei controlimiti, posto che la funzione sociale non è fra i principi fondamentali dell'ordinamento. Ora, ha ragione Ramaccioni a rilevare come i principi supremi non si limitino ai diritti inalienabili della persona (<sup>1072</sup>), però prova troppo l'argomento basato sulla circostanza che i primi articoli della Costituzione – sicuramente parte di detti principi – contemplino anche i doveri di solidarietà sociale e l'eguaglianza sostanziale. A mio avviso, se questi fossero stati sufficienti per innestare istanze solidaristiche nella struttura del paradigma dominicale, la formulazione dell'art. 42 Cost. sarebbe stata pleonastica, limitandosi a ribadire ciò che discendeva chiaramente dagli artt. 2 e 3 Cost. Egli nota come la stessa Corte costituzionale consideri la funzione sociale specificazione di quei doveri, ma è facile obiettare che il fatto che ciò avvenga proprio in seno alla sent. 348/2007, che ha concorso all'archiviazione della funzione sociale, ci dice molto sulla possibilità di recuperare la funzione attraverso quei generali principi da cui la si vuol far discendere.

Vale la pena, poi, di commentare alcune conclusioni cui giunge un altro recente lavoro monografico in materia di proprietà europea (<sup>1073</sup>). Ivi si bolla come «approccio superficiale» (<sup>1074</sup>) quello, attribuito a Comporti (<sup>1075</sup>), per cui vi sarebbe una radicale rottura con la tradizione costituzionale italiana e, dunque, un ritorno alla concezione individualistica delle Costituzioni ottocentesche sul tema della proprietà. Egli osserva, sul punto, che la giustizia costituzionale a far data dalle sentenze gemelle, sino alle più recenti occasioni (<sup>1076</sup>), ha visto «progressivamente

---

<sup>1069</sup>In particolare, COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., 189; ID., *Diritti reali in generale*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, cit., 171-172.

<sup>1070</sup>Il riferimento primario è a GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, cit., 115 e ID., *Il diritto di proprietà*, cit., 39.

<sup>1071</sup>RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., 181-182.

<sup>1072</sup>E, in effetti, sono molto chiare in tal senso Corte cost. 27-12-1973, n. 183, cit. e Corte cost., 8-6-1984, n. 170, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1521, con nota di BERRI (si tratta del notissimo caso Granital).

<sup>1073</sup>Mi riferisco a CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., spec. 291-293.

<sup>1074</sup>*Ivi*, 291.

<sup>1075</sup>M. COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2005, I, 12.

<sup>1076</sup>Come ultima occasione si cita Corte cost., 22-12-2011, n. 338, in *Urbanistica appalti*, 2012, V, 529, in cui si è dichiarato incostituzionale, «in quanto incompatibile con il nucleo minimo di tutela del diritto di proprietà, l'art. 16, c. 1, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 ("Riordino della finanza degli enti territoriali, a norma dell'articolo 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421"), come interpretato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nell'esercizio della funzione nomofilattica, nel senso che la "sanzione" della riduzione dell'indennità di esproprio debba riguardare anche le ipotesi di omessa dichiarazione/ denuncia Ici, con la conseguenza che in tale fattispecie, al

accentuare i profili di “comunanza” fra Costituzione e CEDU, piuttosto che sottolineare i tratti distonici»<sup>(1077)</sup>. Il punto è proprio che le sentenze più recenti della Consulta, seguita dal legislatore, se non esprimono una netta cesura con un passato dorato e solidaristico, certamente portano a rapido compimento una parabola discendente che consuma la sepoltura della funzione sociale della proprietà. E di ciò è consapevole lo stesso A. là dove scrive che la «attuazione pratica che il giudice costituzionale ha dato delle norme convenzionali prescinde totalmente dal primato della Costituzione e lo supera nella sostanza, anzi attingendo direttamente dalla fonte CEDU quei peculiari meccanismi di protezione forte del diritto di proprietà che si fondono nel – ma in realtà arricchiscono il – parametro costituzionale, approfondendo la tutela di un diritto fondamentale negata con quelle forme fino a prima dell’avvento della CEDU»<sup>(1078)</sup>. Se, però, non si può occultare che al proprietario vengano riservate «nuove nicchie di protezione, a dire il vero impensabili fino a qualche lustro fa»<sup>(1079)</sup>, con invidiabile ottimismo, si vuole *et capram et caules in salvo habere*. Così, ritiene che la grande novità della proprietà europea si riassume nella circostanza che «alla funzionalizzazione della proprietà si giustappone la fundamentalizzazione della proprietà medesima»<sup>(1080)</sup>. Per quanto ci si sforzi di sposare l'irenismo, risulta arduo tenere insieme i diritti umani e il concetto stesso di funzione, che è un di più del semplice bilanciamento, concetto pur'esso alquanto problematico quando rivolto a detta categoria di diritti. Ma sul punto è sufficiente rinviare a quanto *supra* detto in tema di CDFUE e omnivorìa.

Non voglio, comunque, proporre una visione apocalittica delle cose. Qualche speranza resta ed emerge dalle righe di alcune recenti decisioni rimaste per lo più ignorate.

Nel primo caso<sup>(1081)</sup>, la Giunta Speciale per le Espropriazioni (GSE), presso la Corte di Appello di Napoli, aveva condannato la società concessionaria della Regione Campania per la realizzazione di un programma di adeguamento del sistema di trasporto intermodale nelle zone interessate dal fenomeno del bradisismo al pagamento di indennità di espropriazione determinate in base all'art. 2, co. 89 e 90, l.n. 244/2007 e quindi secondo il valore venale pieno del bene, così come sancito anche da un precedente arresto della S.C.<sup>(1082)</sup>, in quanto ritenuto necessario a seguito della intervenuta declaratoria di incostituzionalità del ricordato art. 5 *bis* ad opera delle sentenze gemelle

---

contribuente fiscalmente del tutto inadempiente, non spetterebbe alcuna indennità di esproprio. In via consequenziale, è costituzionalmente illegittimo l'art. 37, c. 7, del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità"), nel quale il suddetto art. 16 è stato riversato, con analoga formulazione, a decorrere dal 30 giugno 2003».

<sup>1077</sup>CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., 392.

<sup>1078</sup>*Ivi*, 292.

<sup>1079</sup>*Ivi*, 294.

<sup>1080</sup>*Ivi*, 293.

<sup>1081</sup>Cass., sez. un., 20-6-2012, n. 10130, cit.

<sup>1082</sup>Cass., 9-7-2008, n. 18844, in *Urbanistica appalti*, 2008, XI, 1259.



del 2007. Secondo la GSE, l'evoluzione del quadro normativo avrebbe comportato la disapplicazione dell'art. 80, l.n. 219/1981, che rinvia all'art. 13, l.n. 2892/1885, nella parte in cui fissa l'ammontare della indennità di espropriazione nella semisomma del valore venale dei beni e dei fitti coacervati o dell'imponibile catastale, con la conseguenza che l'indennità di espropriazione avrebbe dovuto essere liquidata sulla base del valore venale dell'area. Vediamo perché le Sezioni Unite accolgo il ricorso della società. Anzitutto, la norma di rinvio alla l.n. 2892/1885 non poteva essere disapplicata dal giudice ordinario; semmai, poteva essere sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale, utilizzando la specifica procedura incidentale di rimessione della questione al giudice delle leggi, ove fosse stata legittimamente sospettata di incostituzionalità. Nella specie, però, il presupposto del sospetto di illegittimità costituzionale è insussistente in considerazione della natura e della portata emergenziale della legislazione del 1980 e, quindi, la normativa in questione è stata disapplicata erroneamente, anche per ragioni di merito. La decisione in esame si ricollega ad un precedente del 2011 (<sup>1083</sup>), ma dice qualcosa di più. Allora si è statuito che, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione relativa a terreni non edificabili, il criterio stabilito dalla legge del 1885 continua ad applicarsi, anche dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 *bis*. Poiché si tratta di un criterio speciale e totalmente distinto da quelli del citato art. 5 *bis*, il riferimento al valore agricolo medio, introdotto per le aree non edificabili dalla l.n. 865/1971, non può sostituire quello al valore venale di cui alla legge su Napoli; d'altra parte, il perdurare dell'applicazione di quella disposizione, che determina un indennizzo inferiore al valore venale effettivo, si giustifica in relazione alla particolare natura, temporanea ed eccezionale, degli interventi di cui alla l.n. 219/1981 (nella specie volti a porre rimedio ad eventi bradisismici). Allora, però, il parametro in gioco era l'art. 1, I prot. add. CEDU e, quindi, veniva in rilievo quella decisione (<sup>1084</sup>) che aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della legge del 1981, nella parte in cui prevede un criterio liquidatorio speciale non dissimile (per il profilo dello scostamento dal valore integrale del bene) da quello adottato, in via generale, dalle disposizioni dichiarate incostituzionali con la sent. 348/2007, considerato che, secondo la stessa sentenza della Consulta, obiettivi legittimi di utilità pubblica come quelli perseguiti da misura di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo, il che si verifica con la l.n. 219/1981, avente natura speciale, temporanea ed eccezionale, in quanto volta a porre rimedio alle conseguenze degli eventi sismici del novembre 1980 e febbraio 1981. Non assume, inoltre, rilevanza il fatto che l'art. 37, co. 1, d.P.R.

---

<sup>1083</sup>Cass., sez. un., 2-2-2011, n. 2419, inedita.

<sup>1084</sup>

Cass., sez. un., 28-2-2008, n. 5265, in *Mass. giur. it.*, 2008.

n. 327/2001, come sostituito dalla l.n. 244/2007, preveda, in via generale, per le espropriazioni finalizzate ad attuare interventi di riforma economico-sociale, una riduzione (del 25%) più contenuta di quella consentita dalla legge del 1981, sia in ragione della specialità, temporaneità ed eccezionalità della legge stessa, sia perché, ciò che più conta, «l'avanzamento, nel prosieguo della legislazione, del livello di garanzia di un valore costituzionale non comporta l'illegittimità della normativa precedente attestata su un livello inferiore di tutela". Questa, che potremmo definire «resistenza costituzionale», però, rischiava di scontrarsi con la CDFUE costituzionalizzata. Una cosa, infatti, opporsi ai *diktat* della Corte di Strasburgo, basati su una fonte di diritto internazionale convenzionale che deve rispettare la Costituzione nella sua interezza e che non consente diretta disapplicazione delle normative interne contrastanti. Un'altra è il diritto dell'Unione, che può essere ostacolato solo dai principi supremi dell'ordinamento e dai diritti inalienabili della persona e che, in ogni caso, impone la disapplicazione della norma interna da parte del singolo giudice nazionale, non essendo necessario sollevare eccezione d'incostituzionalità. Diviene, allora, cruciale comprendere perché le Sezioni Unite, oggi, ritengano «di dover dare continuità agli indirizzi citati, in assenza di valide ragioni per un mutamento di giurisprudenza, anche dopo l'avvento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea». Il punto di partenza è la clausola di equivalenza con la CEDU, sancita dall'art. 52, § 3 CDFUE. In forza di detta disposizione, è stata ipotizzata una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, tutte le volte in cui vi sia corrispondenza tra i diritti tutelati da questa e i diritti previsti dalla CDFUE. Pertanto, «ravvisandosi una corrispondenza tra la previsione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione (così come inteso dalla Corte Europea nella sentenza 29 marzo 2006, nella Causa Scordino/Italia) e la previsione della giusta indennità nella ipotesi di perdita della proprietà per pubblico interesse, di cui all'art. 17 par. 1 della Carta di Nizza, ne deriverebbe la incompatibilità della normativa nazionale in questione con il parametro della giusta indennità, intesa come totale ristoro, secondo le indicazioni fornite dalla Corte Europea», con la ulteriore conseguenza che il giudice nazionale ordinario dovrebbe procedere alla diretta disapplicazione della norma incompatibile. La S.C., però, prende le distanze da quest'ipotesi e, sulla scia di alcune pronunzie della Corte costituzionale (<sup>1085</sup>), chiarisce che l'applicabilità diretta della Carta di Nizza sia praticabile soltanto nelle ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto eurunionista e non già, totalmente, da norme nazionali prive di alcun legame con il diritto dell'Unione. Nella specie, «non è ravvisabile alcuna autonoma e compiuta disciplina da parte delle norme dell'U.E., limitate alla generica previsione, nell'art 17 par. 1 della Carta, del diritto alla percezione di una giusta indennità da parte del soggetto privato della

<sup>1085</sup>

V., in particolare, Corte cost., 11-11-2011, n. 303, *NGCC*, 2012, IV, 1, 348 e Corte cost., 11-3-2011, n. 80, cit.

proprietà per causa di pubblico interesse». Si tratta infatti di una disposizione che «non è espressiva del regolamento di una materia di interesse comunitario» ed è priva di attitudine regolatrice di situazioni indeterminate in quanto non inclusive di alcun criterio o parametro determinativo.

Insomma, quasi a sorpresa, un principio che sembrava dimenticato riemerge – sebbene non sia espressamente richiamato – ed è proprio esso che può costituire un valido argine allo straripamento europeo. Mi riferisco al principio di neutralità, di cui sinora la Corte di Giustizia ha fatto un'applicazione cauta e che, invece, le massime istanze giurisdizionali interne cominciano utilmente a maneggiare. Infatti, fino a quando la frizione fra gli artt. 17 CDFUE e 345 TFUE non diverrà rottura definitiva – e ciò allorquando la proprietà verrà considerata materia di interesse eurunionista e verrà, conseguentemente, detta una disciplina che vada oltre dichiarazioni di principio – i giudici interni saranno autorizzati a non piegarsi alle pressioni europee e rivendicare la primazia del paradigma interno. Non so quanto tempo passerà prima che le Corti europee censurino questo orientamento, che per certi versi sterilizza la portata dell'art. 17 CDFUE, però sino ad allora, forse, si può confidare che s'infoltiscano viepiù i ranghi del filone in parola, a tutela delle nostre tradizioni costituzionali, che ancor'oggi, teoricamente, concorrono, in quanto principi generali, all'individuazione dei diritti fondamentali *ex art. 6, § 3 TUE*.

Qualche tenue speranza, poi, riaccende una decisione del giugno 2013 (<sup>1086</sup>), che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 78, co. 6, primo periodo, d.l. n. 2008, n. 112, conv. in l.n. 133/2008 e dell'art. 4, co. 8-*bis*, ult. periodo, d.l. n. 2/2010, conv. in l.n. 42/2010, sollevate, per quel che qui rileva, con riferimento agli artt. 42 e 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 1, I prot. add. CEDU. La fattispecie concreta riguarda complesse questioni di imputazione delle obbligazioni connesse all'espropriazione di un fondo romano (<sup>1087</sup>) e non sono rilevanti ai presenti fini. Ciò che conta è che, a parere del rimettente, le disposizioni censurate avrebbero violato i mentovati parametri costituzionali e CEDU poiché «per il tramite di un rinvio ad un termine *incertus quando*, senza alcuna distinzione in ordine alla natura del credito insorto, sarebbe leso il diritto costituzionalmente garantito ad una effettiva corresponsione dell'indennità di esproprio, quale indispensabile presupposto dell'esercizio della potestà ablatoria». E del resto, nemmeno si sarebbe potuto parlare di indennità di esproprio nell'accezione di «serio ristoro» per la perdita della proprietà, enucleata dalla giurisprudenza costituzionale, «nel caso in cui la

<sup>1086</sup>

Corte cost. 21-6-2013, n. 154, inedita.

<sup>1087</sup>Ai sensi dell'art. 4, co. 8-*bis*, ult. periodo, d.l. n. 2/2010, conv. in l.n. 42/2010, ai fini di una corretta imputazione del piano di rientro, l'art. 78, co. 3, primo periodo, d.l. n. 112/2008 si interpreta nel senso che la gestione commissariale del comune assume, con bilancio separato rispetto a quello della gestione ordinaria, tutte le obbligazioni derivanti da fatti o atti posti in essere fino alla data del 28-4-2008, anche qualora le stesse siano accertate e i relativi crediti liquidati con sentenze pubblicate successivamente alla medesima data. Non era ben chiaro, nel caso di specie, se e in che misura il peso dovesse essere sopportato da Roma capitale o dalla gestione commissariale.

corrispondente somma non possa essere materialmente e celermente conseguita». La Consulta, però, non cede a quella che si sarebbe potuta ascrivere alla deriva panproprietary neoliberista e tien fermo che «la nozione di serio ristoro, richiamata dai rimettenti in riferimento all'indennità spettante ai proprietari, attiene alla quantificazione di quest'ultima, non già alle modalità di conseguimento della stessa».

L'ottimismo dev'essere, però, cauto. Mi pare esemplare, in tal senso, il caso dell'ultimo arresto in materia di funzione sociale e inquinamento, che, per come è massimato, sembrerebbe ravvivare le speranze che la stagione del disgelo costituzionale, almeno *in puncto functionis*, non si sia chiusa. In particolare, con decisione dell'aprile 2013 (<sup>1088</sup>), il T.A.R., facendo leva sul «principio generale del nostro ordinamento relativo alla funzione sociale della proprietà, che giustifica anche la conformazione, imposizione di pesi o oneri, ed infine la stessa estinzione per espropriazione del diritto» sembrerebbe incistare importanti obblighi sociali (*sub specibus* ambiente e salute) nella struttura del *dominium*. In particolare, si afferma che «la regola per la quale il responsabile dell'inquinamento deve rispondere per le obbligazioni ripristinatorie e risarcitorie è misura di chiusura non nel senso che si tratta della misura di ultima analisi ma, al contrario, che si tratta della misura iniziale e principale per affrontare la contaminazione, nella consapevolezza tuttavia che essa potrebbe non risultare sufficiente». Facendo proprio un orientamento del Consiglio di Stato anche recentemente ribadito (<sup>1089</sup>), il giudice chiarisce che, mentre la responsabilità dell'autore dell'inquinamento costituisce una forma di responsabilità oggettiva per gli obblighi di bonifica, messa in sicurezza e ripristino ambientale conseguenti alla contaminazione delle aree, sensibilmente diversa si presenta, invece, la posizione del proprietario del sito per la responsabilità del quale occorre fare riferimento all'art. 253, co. 1 e 2, d.lgs. n. 152/2006 (cod. amb.), per cui chi è proprietario o chi subentra nella proprietà o possesso del bene subentra anche negli obblighi connessi all'onere reale ivi previsto, indipendentemente dal fatto che ne abbia avuto preventiva conoscenza. Quella posta in capo al proprietario è, pertanto, una responsabilità «da posizione», non solo «svincolata dai profili soggettivi del dolo o della colpa, ma che non richiede neppure l'apporto

---

<sup>1088</sup>T.A.R. Piemonte Torino, 11-4-2013, n. 435, inedita. Ricollega gli obblighi ambientali del proprietario alla funzione sociale anche Cass., 19-12-2012, n. 9213, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, V, 427.

<sup>1089</sup>

Cons. Stato, 11-9-2013, n. 4490, inedita, ove si statuisce che «ai sensi degli artt. 17 d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, e 8 d.m. 25 ottobre 1999, n. 471 (v. oggi D.Lgs. n. 152/2006 - Codice dell'ambiente) recanti criteri, procedure e modalità per la messa in sicurezza, la bonifica e il ripristino ambientale dei siti inquinati, il coinvolgimento del proprietario del terreno (a prescindere dagli aspetti della sua responsabilità per il riscontrato inquinamento e del sostentamento delle spese di messa in sicurezza e di bonifica del sito, attraverso gli istituti dell'onere reale e del privilegio speciale immobiliare sulle aree) è volto a responsabilizzare, per effetto della 'posizione rivestita, il soggetto che ha un particolare legame, di tipo dominicale, con le aree, al fine di ottenere un'ulteriore posizione di garanzia (qualora il responsabile non provveda o non sia individuabile), a salvaguardia del preminente interesse, di rilievo costituzionale, alla salubrità dell'ambiente. In termini già Cons. Stato, 15-7-2010, n. 4561, inedita e Cons. Stato, parere, 30-4-2012, n. 2038, inedito.

*causale del proprietario* responsabile al superamento o pericolo di superamento dei valori limite di contaminazione». Da ciò segue che il proprietario del suolo – che non abbia apportato alcun contributo causale, neppure incolpevole, all'inquinamento – si trova in una posizione del tutto irriducibile a quella dell'inquinatore, essendo tenuto a sostenere i costi connessi agli interventi di bonifica esclusivamente in ragione dell'esistenza dell'onere reale sul sito. Fin qui, visti i tempi, si sarebbe quasi pronti a esporre il gran pavese. Ci sono, però, da tenere in considerazione anche altri passaggi argomentativi. Il modo in cui va intesa la responsabilità da posizione del proprietario è illuminato da una norma apparentemente di dettaglio. Si tratta dell'art. 253, co. 3 cod. amb., a tenor del quale «il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati, nei confronti del proprietario del sito incolpevole dell'inquinamento o del pericolo di inquinamento, solo a seguito di provvedimento motivato dell'autorità competente che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero che giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità". Tale norma chiarirebbe che la responsabilità ambientale del proprietario è da intendersi inequivocabilmente come «responsabilità di natura residuale, attivabile a fini di salvaguardia ambientale e sanitaria allorché non sia stato possibile attivare i rimedi - per così dire - ordinari previsti dalla legge». Tutto ciò in ossequio al principio «chi inquina paga», sul quale da anni insistono il legislatore e la giurisprudenza europei <sup>(1090)</sup>. Così, l'intervento coatto del proprietario, «in quanto *extrema ratio* di tutela ambientale e sanitaria, potrà essere stabilito solo allorché non sia stato individuato l'effettivo responsabile dell'inquinamento, ovvero questi non abbia provveduto, ovvero non sia potuta intervenire la stessa amministrazione procedente ai sensi dell'art. 250 d.lgs. n. 152/2006, ovvero ancora non sia intervenuto spontaneamente alcun soggetto interessato». L'amministrazione è

---

1090

V., ad es., l'art. 191, §§ 2 e 5 TFUE e la dir. 2004/35 e, in giurisprudenza, Corte eur. giust., 9-3-2010, C-478/08 e C-479/08, *Buzzi Unicem SpA e a. c. Ministero dello Sviluppo economico e a. e Dow Italia Divisione Commerciale Srl c. Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare e a.*, in *Racc.*, 2010, I-31, § 35 Corte eur. giust., 9-3-2010, C-379/08 e C-380/08, cit., §§ 38-39 e Corte EDU, *grande ch.*, 28-9-2010, 12050/04, *Mangouras c. Espagne*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2010, § 32 s., ove, fra l'altro, si è osservato che «*au niveau européen, l'on constate une tendance croissante au recours au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales imposées par le droit de l'Union européenne*» (ivi, § 33). A livello internazionale, poi, si segnala che il 4-11-1998, il Consiglio d'Europa ha aperto alla firma la Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, che, per entrare in vigore, è subordinato alla ratifica da parte di almeno tre Stati. Al 1-1-2014 hanno firmato solo quattordici Stati e di essi solo uno, l'Estonia, ha proceduto altresì alla ratifica. Segnalo, per inciso, che l'unico degli Stati ad aver sottoscritto apponendo riserve è stata l'Italia (come si legge nel portale <http://conventions.coe.int/>, «*Italy reserves itself the right not to apply Article 9, paragraph 1, in the part providing for the adoption of measures to impose criminal sanctions and measures on legal persons on whose behalf an offence referred to in Articles 2 or 3 has been committed by their organs or by members thereof or by another representative*»). In dottrina v., a titolo esemplificativo, M. LOMBARDO, *Il principio 'chi inquina paga' e la responsabilità ambientale da inquinamento diffuso nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. UE*, 2011, III, 719; F. GOISIS, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nell'ordinamento nazionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, XI, 2711 e il contributo monografico di M. MELI, *Il principio comunitario chi inquina paga*, Milano, 1996.

obbligata a seguire un percorso argomentativo molto rigido. Dovranno, cioè, essere indicate, nella motivazione, le modalità di ricerca utilizzate per rintracciare gli effettivi responsabili dell'inquinamento, nonché l'esito infruttuoso di tali ricerche, ovvero l'impossibilità di giungere all'accertamento dell'identità dei responsabili, ovvero il mancato intervento del responsabile, ovvero ancora l'impossibilità di intervenire da parte della stessa amministrazione così come prescritto dall'art. 250 cod. amb., ovvero ancora l'assenza di alcun intervento da parte dei soggetti potenzialmente interessati. Solo in presenza di tali indicazioni sarà quindi possibile procedere con la chiamata in causa del proprietario del sito, quale misura ultima di salvaguardia ambientale e sanitaria.

Su spinta europea, quindi, quello che poteva essere interpretato come una sorta di ritorno della funzione sociale «ambientale» è sottoposto a una serie di limiti procedimentali che, nei fatti, rendono alquanto aleatorio un coinvolgimento del proprietario per i danni da inquinamento (<sup>1091</sup>).

Alla cautela invita anche la circostanza che, nonostante la sostanziale conferma di quest'orientamento da parte della più recente giurisprudenza della somma istanza amministrativa (<sup>1092</sup>), non mancano voci dissenzienti. L'ultima è di novembre 2013 (<sup>1093</sup>) e proviene dal T.A.R. Napoletano, che considera non sufficiente a giustificare un ordine di rimozione di rifiuti, *ex art.* 192, co. 3 d.lgs. n. 152/2006, né la qualifica di possessore, né quella di proprietario dell'area, «altrimenti venendosi a configurare una responsabilità oggettiva di posizione in capo alla ditta proprietaria che non trova alcun riscontro nella normativa in parola». Il codice dell'ambiente, infatti, non prevedrebbe una responsabilità oggettiva, per cui «per essere ritenuto responsabile della violazione

---

<sup>1091</sup>Il giudice amministrativo, dal canto suo, mostra di ritenere che la Corte di Giustizia possa, invece, imporre una tutela ambientale più penetrante anche a carico del proprietario. Questo è il significato della recentissima ordinanza con cui Cons. Stato, ad. plen., 25-9-2013, n. 21, inedita, ha rimesso alla Corte Lussemburgo una questione interpretativa concernente i principi dell'Unione Europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, § 2, TFUE e dalla dir. 2004/35 (artt. 1 e 8, n. 3; tredicesimo e ventiquattresimo *considerando*), in particolare, il principio "chi inquina paga", il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio, della correzione, in via prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente. Il giudice *a quo* chiede, in sostanza, se detti principi ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli artt. 244, 245, 253 cod. amb., che, in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di impossibilità di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non consenta all'autorità amministrativa di imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e di bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, prevedendo, a carico di quest'ultimo, soltanto una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica.

<sup>1092</sup>

Cons. Stato, 11-9-2013, n. 4490, cit.

<sup>1093</sup>T.A.R. Campania Napoli, 25-11-2013, n. 5404, inedita. Prende una posizione di *favor proprietatis* anche T.A.R. Puglia Bari, 3-4-2013, n. 464, inedita, nella parte in cui statuisce che sia la previgente disciplina (d.lgs. n. 22/1997) che il cod. amb. pongono l'obbligo di bonifica in capo al responsabile dell'inquinamento, che le Autorità amministrative hanno l'onere di ricercare ed individuare, mentre il proprietario non responsabile dell'inquinamento o altri soggetti interessati hanno una mera "facoltà" di effettuare interventi di bonifica; nel caso di mancata individuazione del responsabile o di assenza di interventi volontari, le opere di bonifica saranno realizzate dalle Amministrazioni competenti, salvo, a fronte delle spese da esse sostenute, l'esistenza di un privilegio speciale immobiliare sul fondo, a tutela del credito per la bonifica e la qualificazione degli interventi relativi come onere reale sul fondo stesso, onere destinato pertanto a trasmettersi unitamente alla proprietà del terreno

dalla quale è scaturita la situazione di inquinamento occorre quantomeno la colpa».

### **3.7 Tre passi verso il sud del mondo. Funzione sociale dell'IP e beni comuni.**

Venendo alla funzione sociale dell'IP, è da dire che, quantunque specialmente nella giurisprudenza europea già ripercorsa il discorso sui limiti della proprietà tradizionale si ripete molto simile nel campo immateriale, è innegabile che, pur nel convergere dei paradigmi, vi sia un solco che resta ben visibile. Se, infatti, quella della funzione sociale *ex art. 42* è, tutto sommato, una scelta di politica del diritto ampiamente discrezionale (e infatti in molti ordinamenti non è previsto niente di simile), non è un caso che tutti i legislatori abbiano contemplato limiti ed eccezioni agli IPRs. Il vero è che consentire una piena *enclosure* dell'immateriale porterebbe a conseguenze esiziali per molteplici interessi generali, quali, ad es., la salute, la libertà di manifestazione del pensiero, il progresso scientifico. Si tratta di beni oggi ampiamente misconosciuti specialmente nei Paesi del Sud del mondo: tutelarli diviene, quindi, una questione di coesione sociale globale. Con metafora ardita, quindi, si potrebbe giungere a immaginare i diritti IP come un atomo, il cui nucleo è costituito dal diritto morale e gli elettroni dalle facoltà di sfruttamento economico: quest'atomo, che la scienza ha reso scindibile, si inserisce sempre e comunque in strutture più complesse, in un campo di Higgs (<sup>1094</sup>) costituito dagli interessi della collettività e dei terzi, con cui sempre, geneticamente, dovrà misurarsi e che, in fin dei conti, gli conferiscono «massa».

Si è già detto del suo rapporto con la concorrenza. Qualche parola in più merita di essere spesa su appropriazione dell'immateriale e riservatezza.

Come si è anticipato, la giurisprudenza europea in materia di ISP, l'emendamento 138/46 alla dir. 2002/21 e il rigetto di ACTA, SOPA e PIPA in testa, costituiscono eloquenti indicatori della circostanza che la riservatezza sia oggi in cima alle *Rangordnungen* internazionale, europea e statunitense.

Quanto al livello internazionale, giova segnalare il *report* ONU 2013 sui diritti umani, là dove si pone l'accento sulla circostanza che, poiché le tecniche e tecnologie delle comunicazioni hanno subito una notevole evoluzione, «*changing the way in which communications surveillance is conducted by States [i quali] must therefore update their understandings and regulation of communications surveillance and modify their practices in order to ensure that individuals' human*

---

<sup>1094</sup>Già in P.W. HIGGS, *Broken Symmetries and the Masses of Gauge Bosons*, in *Physical Review Letters*, 1964, II, 132 si è delinata la teoria del campo – e, di conseguenza, del bosone – di Higgs, che sembra sia stata provata il 4-7-2012, con la scoperta di una particella di massa 125 GeV/c<sup>2</sup>.

*rights are respected and protected»* (<sup>1095</sup>). Mi preme notare come il fondamento della *privacy* sia, nel *rationale* delle Nazioni Unite, la libertà, che così costituirebbe – almeno nell'ottica dei filoproprietari – il nobile fondamento, insieme, della proprietà intellettuale e del suo primo limite. In particolare, l'organizzazione internazionale conclude significativamente il detto *report* annuale sui diritti umani col dire che «*privacy and freedom of expression are interlinked and mutually dependent; an infringement upon one can be both the cause and consequence of an infringement upon the other»* (<sup>1096</sup>), libertà e riservatezza che devono costituire «*the heart of their communications surveillance frameworks»* (<sup>1097</sup>).

Per ciò che concerne l'Europa, oltre quanto già detto, si registra la recente approvazione della comunicazione della Commissione «Salvaguardare la *privacy* in un mondo interconnesso. Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo» (<sup>1098</sup>), che mira alla costruzione di un «quadro globale, coerente, solido e moderno [in cui i]l diritto fondamentale delle persone alla protezione dei dati ne sarà rafforzato», pur nel rispetto di «altri diritti», quali quali la libertà di espressione e d'informazione, i diritti del minore, la libertà d'impresa, il diritto a un giudice imparziale e al segreto professionale. Solo così, infatti, può aumentare la fiducia nell'ambiente digitale, nel quale ormai si ripongono le ultime speranze di una democrazia dal basso, come il rovesciamento di una serie di dittature in tempi recenti sembrerebbe dimostrare (<sup>1099</sup>). Nel nuovo mondo digitale, osserva la Commissione, è «diritto di chiunque avere il controllo effettivo delle proprie informazioni personali. La protezione dei dati è un diritto fondamentale in Europa, sancito dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 16, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e, in quanto tale, deve essere

---

<sup>1095</sup>

UNO, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (A/HRC/23/40)*, cit., § 78.

<sup>1096</sup>Ivi, § 79, ove si continua chiarendo che «*without adequate legislation and legal standards to ensure the privacy, security and anonymity of communications, journalists, human rights defenders and whistleblowers, for example, cannot be assured that their communications will not be subject to States' scrutiny»*.

<sup>1097</sup>Ivi, § 80.

<sup>1098</sup>COM/2012/09 definitivo, del 25-1-2012.

<sup>1099</sup>

Cfr. P.N. HOWARD, *The digital origins of dictatorship and democracy. Information technology and political Islam*, Oxford, 2010, che, sulla base di una quantità di dati veramente cospicua, pone in luce, ad es., la difficoltà di smantellare una rete informatica a confronto con la semplicità di vietare la diffusione delle notizie su carta stampata od oscurare il sistema radio-televisivi. Howard, poi, non manca di porre in luce come le tecnologie sono molto spesso in mano ai gruppi di potere già da anni dominanti e quindi tendenti a plasmare l'identità collettiva più nel senso della reazione, che non della rivoluzione. Nel complesso, però, il giudizio dell'A. sul potenziale democratico delle nuove tecnologie resta positivo. Più in generale, N. BOBBIO, *La crisi della democrazia e la lezione dei classici*, in, *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*, a cura di N. Bobbio, G. Pontara e S. Veca, Roma, 1984, 19, osserva che è contraddittorio "chiedere sempre più democrazia in una società sempre più tecnicizzata", perché la risposta sarebbe attribuire potere decisionale a un numero crescente di incompetenti. V. già ID. ET AL., *Il Marxismo e lo Stato. Il dibattito aperto nella sinistra italiana sulle tesi di Norberto Bobbio*, Roma, 1976, 25 e ora in ID., *Compromesso e alternanza nel sistema politico italiano. Saggi su "MondOperaio" 1975-1989*, Roma, 2006, 38.



tutelato». E sulla stessa linea la raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio, al fine di una riduzione dei controlli su Internet, per fare della rete «un importante strumento di emancipazione degli utilizzatori, un contesto che consente l'evoluzione di approcci "dal basso verso l'alto" e della democrazia elettronica»<sup>(1100)</sup>.

In ambiente statunitense, infine, il 9-12-2013, i colossi *hi-tech*<sup>(1101)</sup> – ad esito delle preoccupazioni originate dal c.d. *datagate* di cui è stato protagonista Edward Snowden<sup>(1102)</sup> – hanno scritto al Presidente Obama lanciando una campagna intitolata «*Reform Government Surveillance*», finalizzata a far sì che le esigenze di sicurezza – sulle quali si sono appuntati interventi di *propertization* dei beni immateriali quali l'ACTA, il SOPA e il PIPA – non prevalgano sulla *privacy* e la libertà di espressione. Le riforme che si chiedono al governo sono incentrate su quattro principi: i. *Limiting Governments' Authority to Collect Users' Information*; ii. *Oversight and Accountability*; iii. *Transparency About Government Demands*; iv. *Respecting the Free Flow of Information*; v. *Avoiding Conflicts Among Governments*. È alquanto rilevante ai presenti fini che la priorità dichiarata sia che i governi fissino «*sensible limitations on their ability to compel service providers to disclose user data that balance their need for the data in limited circumstances, users' reasonable privacy interests, and the impact on trust in the Internet*»<sup>(1103)</sup>. Inoltre, essi dovrebbero limitare la «*surveillance to specific, known users for lawful purposes, and should not undertake bulk data collection of Internet communications*»<sup>(1104)</sup>.

La funzione sociale dell'IP può, poi, essere osservata dalla specola del pubblico dominio e del *three-step test*.

«*As we crossed the muddy plains he told stories about his cowboy days, he showed us the stretch of road where he spent an entire morning riding; and where he's done fence-mending as soon as we hit Wall's property, which was immense*»<sup>(1105)</sup>. Essendo stato pubblicato per la prima volta nel 1957, nel 2014 *On the Road* di Kerouac è ritornato al pubblico dominio, insieme ad altre

---

<sup>1100</sup>Art. 1, lett. a), raccomandazione sul «rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet» (2008/2160(INI)). Alla lett. o) si specifica significativamente che «l'identità digitale sta sempre più diventando parte integrante di noi stessi e che pertanto merita di essere adeguatamente ed efficacemente protetta da intrusioni di operatori pubblici e privati, per cui il particolare insieme di dati organicamente collegati all' "identità digitale" di un individuo andrebbe definito e protetto e ogni suo elemento considerato come un diritto personale inalienabile, di natura non economica e non negoziabile».

<sup>1101</sup>Si tratta di AOL, Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, Twitter e Yahoo!

<sup>1102</sup>Mi pare che la preoccupazione emerga con evidenza dal passaggio in cui dette società suggeriscono che "*intelligence agencies seeking to collect or compel the production of information should do so under a clear legal framework in which executive powers are subject to strong checks and balances. Reviewing courts should be independent and include an adversarial process, and governments should allow important rulings of law to be made public in a timely manner so that the courts are accountable to an informed citizenry*" (<http://reformgovernmentsurveillance.com/>).

<sup>1103</sup>

*Reform Government Surveillance*, § 1.

<sup>1104</sup>*Ibidem*.

<sup>1105</sup>J. KEROUAC, *On the Road*, New York, 2007, 228.

opere più o meno significative <sup>(1106)</sup>. L'esistenza stessa del pubblico dominio e i lemmi 'ritorno' e 'caduta' ad esso associati, indicano con chiarezza che gli IPRs agiscono assediati dai beni comuni, consistendo nella temporanea sottrazione alla collettività di beni che appartengono ad essa sin dall'inizio, ma che, con le giustificazioni giuspolitiche più varie, vengono riservati interinalmente a determinati soggetti (sempre meno spesso gli autori o creatori originari), per poi tornare alla naturale fruizione da parte della generalità dei consociati.

Questa impostazione può sembrare errata, in considerazione dell'evoluzione dell'IP storicamente realizzatasi che, come visto, ha visto l'annessione di sempre nuovi territori all'area dell'appropriabile e la creazione di tecniche nuove e viepiù escludenti. Tutto ciò non è, però, l'esito della natura dei diritti in questione e neanche della loro disciplina, in quanto «un'interpretazione corretta della disciplina della proprietà intellettuale [è] già da sola sufficiente a consentire un equilibrio degli interessi diverso da quello criticato» <sup>(1107)</sup>.

È particolarmente apprezzabile, a tal proposito, la proposta del Max Planck Institute di Monaco di Baviera e della Queen Mary University per un'interpretazione equilibrata del *three-step test* <sup>(1108)</sup>. Non è, qui, necessaria un'ampia trattazione di questo test, bastando ricordare che, in ambito europeo, con esso s'intende la previsione di cui all'art. 5, § 5, dir. 2001/29 <sup>(1109)</sup>, a mente del quale le eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione sono applicate: i. esclusivamente in determinati casi speciali; ii. che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e, iii. non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare. La disposizione riproduce quasi *verbatim* quanto previsto dagli artt. 9, § 2, della Convenzione di Berna, 13, 17, 26 e 30 TRIPs <sup>(1110)</sup> e 10, § 2, Tr. WIPO sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi. Non è un caso che forse l'unica disposizione internazionale vigente per ogni ambito dell'IP sia quella riguardante i suoi limiti. Peraltro, nel giugno del 2013, l'Unione ha firmato il trattato WIPO sulle interpretazioni ed esecuzioni audiovisive (noto come Trattato di Beijing), il cui

---

<sup>1106</sup>Una ricognizione di queste opere, fra cui merita di essere menzionata anche *Endgame* di Beckett, si ha in <http://web.law.duke.edu/cspd/publicdomainday/2014/pre-1976>.

<sup>1107</sup>L.C. UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, cit., 18-19.

<sup>1108</sup>V. GEIGER-GRIFFITHS-HILTY-SUTHERSANEN, *Declaration on a Balanced Interpretation of the «Three-Step Test» in Copyright Law*, cit., 707.

<sup>1109</sup>La direttiva è stata attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 68/2003 che, per quanto qui d'interesse, ha inserito nella l.aut. l'art. 71 *novies*, a mente del quale «le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari».

1110

La prima disposizione TRIPs riguarda il diritto d'autore, le altre tre la proprietà industriale. Per comodità espositiva si porterà avanti un discorso unitario, ma è giusto precisare che, mentre gli interessi dei terzi sono presi in considerazione dalla disciplina industrialistica, non lo stesso può dirsi per quella autoriale.

art. 13 prevede un test analogo (<sup>1111</sup>). Anche questi dati confermano la superiore prospettazione. Recentemente, si sono registrate tendenze ermeneutiche restrittive, come quella di un gruppo di lavoro del WTO (<sup>1112</sup>) secondo il quale, le tre condizioni sarebbero cumulative: la prima condizione richiederebbe che una limitazione o eccezione sia definita chiaramente e che abbia campo di applicazione e portata ristretti; la seconda significherebbe che un'eccezione o limitazione non deve autorizzare utilizzi che siano in concorrenza economica con le modalità con le quali i titolari dei diritti traggono, normalmente, valore economico dalle loro opere; la terza condizione, infine, escluderebbe eccezioni o limitazioni che causino o possano potenzialmente far subire un'ingiusta perdita economica al titolare.

È interessante studiare questo congegno non solo per la vasta area applicativa cui si riferisce, ma anche perché si tratta *mutatis mutandis* di individuare la funzione sociale dell'IP nel contesto europeo e internazionale. Il tema del bilanciamento *in subiecta materia* assume oggi una rilevanza affatto peculiare, se è vero che, come nota la dottrina tedesca, «*there is little consensus – possibly less than ever before in the history of intellectual property protection – as to what constitutes an adequate balance between proprietary intellectual property rights and the public interest*» (<sup>1113</sup>). Esso aiuta a comprendere che valorizzare l'ecosistema benecomunista in cui si inseriscono i beni immateriali riservati diviene cruciale per gli interessi della collettività globale e, soprattutto, dei Paesi al di sotto della linea di Brandt. Si vedrà meglio nel prossimo capitolo come l'*open access* stia preservando i *knowledge commons* (<sup>1114</sup>), per cui qua sarà sufficiente qualche considerazione in merito all'interpretazione dell'anzidetto test trifasico.

Il punto di partenza è la constatazione che il test è stato sinora uno strumento adoperato per

---

<sup>1111</sup>V. 2013/275/UE: Decisione del Consiglio, del 10-6-2013, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, del trattato di Pechino sulle interpretazioni ed esecuzioni audiovisive e, soprattutto, la *Relazione* alla proposta di decisione (COM/2013/0109 final - 2013/0065 (NLE)), del 4-3-2013, § 2, là dove si osserva che «in linea con il WPPT [*sc. tr.* WIPO sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi], il trattato di Pechino specifica che, per la protezione degli artisti interpreti o esecutori, la legislazione nazionale può prevedere limitazioni o eccezioni della stessa natura di quelle previste per la protezione del diritto d'autore sulle opere letterarie e artistiche, in osservanza al cosiddetto «test su tre livelli». Come il WPPT, anche il nuovo trattato stipula che le Parti contraenti prevedano un'adeguata tutela giuridica e preconstituiscano mezzi di ricorso efficaci contro l'elusione delle misure tecnologiche di tutela impiegate dagli artisti interpreti o esecutori ai fini dell'esercizio dei loro diritti, nonché mezzi di ricorso adeguati ed efficaci contro la rimozione o l'alterazione di informazioni elettroniche sulla gestione dei diritti aggiunte in un'interpretazione o esecuzione fissata su fissazione audiovisiva. Infine, la durata della protezione è di almeno cinquant'anni dalla fissazione dell'interpretazione o esecuzione audiovisiva».

<sup>1112</sup>Stati Uniti – sez. 110, § 5, US Copyright Act, WT/DS160/R, 15-6-2000, punti 6.97, come citato nelle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Sharpston, 24-1-2013, C-457/11-C-460/11, *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) c. Kyocera e a. e Canon Deutschland GmbH, e Fujitsu Technology Solutions GmbH e Hewlett-Packard GmbH c. Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)*, § 9.

1113

T. DREIER, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?*, in *Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Society*, a cura di R. Dreyfuss, D.L. Zimmerman e H. First, Oxford, 2001, 295 (rist. 2004).

<sup>1114</sup>Sul tema v. l'insuperato HESS-OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., *passim* e soprattutto P. SUBER, *Creating an Intellectual Commons through Open Access*, *ivi*, 171.

prevenire un'eccessiva applicazione di limitazioni ed eccezioni, però «*there is no complementary mechanism prohibiting an unduly narrow or restrictive approach*»<sup>(1115)</sup>. Per questo motivo esso andrebbe interpretato in modo da assicurare un'applicazione di limiti ed eccezioni appropriata ed equilibrata, nella consapevolezza che «*this is essential if an effective balance of interests is to be achieved*». Ora, anche i filo-proprietari sostengono – per finalità che non è qui necessario indagare – che l'IP tuteli l'interesse pubblico, solitamente individuato negli incentivi per la creazione e nella disseminazione di nuove opere dell'ingegno. E, d'altronde, i principali strumenti internazionali ed europei, tendenzialmente più sensibili alle ragioni proprietarie, contengono previsioni che sinora non sono state adeguatamente valorizzate. Basti pensare all'art. 7, TRIPs, a tenore del quale l'obiettivo complessivo dell'*Agreement* è da individuare nella «*protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations*»<sup>(1116)</sup>. Se è così, «*the public interest is only truly served if copyright law provides appropriate incentives for all parties involved*». E l'interesse generale è frustrato se le leggi IP, nello stabilire incentivi per i titolari dei diritti, trascurino gli interessi della società. Un passo fondamentale da seguire – e che segna una differenza sensibile dall'approccio, sopra ricordato, seguito dal WTO – è di operare «*a comprehensive overall assessment, rather than the step-by-step application that its usual, but misleading, description implies*». Certo, non bisogna pensare che Monaco sia la nuova Weimar. Il nuovo *Zeitgeist* emerge con nitore nella parte in cui il MPI e la Queen Mary University, come illustrazione di interferenza dell'IP con i diritti fondamentali, si riferiscono alla concorrenza, che rischia di essere eccessivamente compressa da regimi IP troppo penetranti, per cui le limitazioni ed eccezioni vanno salutate con favore poiché «*provide a mechanism for the elimination of anti-competitive exclusive market positions*». Non si riesce, quindi, a sfuggire alla retorica dei diritti fondamentali e, quel che più conta, il primo di essi sembra venir considerato quello ad un libero mercato pienamente concorrenziale.

Ma andiamo al merito della proposta. Oltre alla detta considerazione del test come una *indivisible entirety*, si chiarisce che né la lettera né la *ratio* del cogeppo «*require limitations and*

---

<sup>1115</sup>Questa e le successive citazioni sono tratte dalla versione ufficiale della *Declaration* del MPI pubblicata all'indirizzo [http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_english1.pdf](http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_english1.pdf).

<sup>1116</sup>Ma v. anche, ad es., il secondo *considerando* della dir. 2004/48, a mente del quale «la tutela della proprietà intellettuale dovrebbe consentire all'inventore o al creatore di trarre legittimo profitto dalla sua invenzione o dalla sua creazione. Dovrebbe inoltre consentire la massima diffusione delle opere, delle idee e delle nuove conoscenze. Nello stesso tempo, essa non dovrebbe essere di ostacolo alla libertà d'espressione, alla libera circolazione delle informazioni, alla tutela dei dati personali, anche su Internet». Così anche il preambolo del Trattato WIPO del '96, nella parte in cui si riconosce «*the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information*».

*exceptions to be interpreted narrowly*». Così, il primo *step*, quello attinente ai casi speciali, non impedisce in alcun caso ai legislatori di introdurre «*open ended limitations and exceptions, so long as the scope of such limitations and exceptions is reasonably foreseeable*». È, inoltre, nella piena facoltà dei giudici applicare le eccezioni e limitazioni esistenti a casi simili, quando non anche crearne di nuove. Quanto alla seconda fase, si deve escludere il contrasto col normale sfruttamento tutte le volte che limitazioni ed eccezioni siano basate su «*important competing considerations or have the effect of countering unreasonable restraints on competition*». Infine, l'interesse dei titolari originali va temperato tanto con quello dei titolari a titolo derivato, quanto, soprattutto, con quelli dei terzi, fra i quali sono inclusi gli interessi «*deriving from human rights and fundamental freedoms; interests in competition, notably on secondary markets; and other public interests, notably in scientific progress and cultural, social, or economic development*».

Tutto ciò considerato e insistendo sull'importanza di consimili proposte provenienti dalla dottrina, bisogna prendere atto che, di fatto, la tendenza prevalente – con alcune lodevoli eccezioni che si vedranno nel prossimo capitolo – è di interpretare restrittivamente le eccezioni e limitazioni e di applicare formalisticamente il *three-step test*. Questa circostanza, a mio avviso, conferma un dato emerso con riguardo alla proprietà tradizionale. Lo sforzo di inserire nella struttura dei diritti esclusivi, quali la proprietà e l'IP, delle limitazioni, specie se sociali, si sinora dimostrato un'utopia fuori della storia. E, allora, al posto di lavorare all'interno di un diritto essenzialmente sordo a ragioni diverse da quelle proprietarie e soprattutto idrofobo ad umori sociali, è meglio operare fuori di esso, seguendo il percorso parallelo e antagonista dei beni comuni.

La categoria dei beni comuni – come messa a punto dalla Commissione per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (istituita con d.m. 21-6-2007) <sup>(1117)</sup> – è al centro della riflessione della migliore dottrina <sup>(1118)</sup> e ha già trovato alcune importanti applicazioni

<sup>1117</sup>La Commissione, presieduta da Stefano Rodotà, era composta da Luca Nivarra, Ugo Mattei, Alfonso Amatucci, Felice Casucci, Marco D'Alberti, Daniela Di Sabato, Antonio Gambaro, Alberto Lucarelli, Paolo Piccoli, Mauro Renna, Francesco Saverio Marini, Luigi Salvato e Giacomo Vaciago. L'esito dei lavori è il d.d.l. n. 2031/2010 «Delega al Governo per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici», presentato in data 24-2-2010; annunciato nella seduta pom. n. 341 del 24-2-2010; esso è stato assegnato alla 2<sup>a</sup> Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 16-3-2010, ma non risulta che l'esame sia mai iniziato.

<sup>1118</sup>La letteratura sull'argomento non può essere qui certo compendiata, ci si limiterà quindi a richiamare alcuni dei contributi più significativi: NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, cit., 69; ID., *Democrazia liquefatta. Il caso del referendum «sull'acqua»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, IV, 609 ID., *I beni comuni uni e trini ed il capitalismo proprietario*, cit., 599; HESS-OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., *passim*; A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2013; C.M. CASCIONE, *Il diritto privato dei beni pubblici. Modelli di appartenenza e circolazione*, Bari, 2013; M. HARDT-A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010; S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo buman divide*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 314; S.R. MUNZER, *Commons, Anticommons, and Community in Biotechnological Assets*, in *Theoretical Inq. L.*, 2009, 271 K. AOKI, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1999, 11 BOYLE, *The Public Domain*, cit., *passim*; J. CAHIR, *The Withering Away of Property: The Rise of the Internet Information Commons*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, IV, 619; GROSS, «*Tragedy of the Commons*», cit., *passim*; U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Roma, 2011, *passim*; A. LUCARELLI (a cura di), *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Napoli,

giurisprudenziali (<sup>1119</sup>), la più significativa delle quali, allo stato, mi pare quella delle Sezioni Unite del 2011 (<sup>1120</sup>), che costituisce un primo orientamento circa una formula, la cui «diffusione [...] è inversamente proporzionale alla sua perspicuità» (<sup>1121</sup>). Vale la pena di riportare integralmente i passaggi cruciali, dai quali emerge una non comune sensibilità per le elaborazioni dottrinali più recenti. Secondo il S.C., infatti, «dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del 'paesaggio', con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della 'proprietà' dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività». Da tale quadro normativo-costituzionale, «e fermo restando il dato essenziale della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, emerge l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per

---

2011, *passim* e A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa dir. priv.*, 2012, II, 617 s.. Come noto, la locuzione «*tragedy of the commons*» si deve a G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 1243 s.

<sup>1119</sup>Le principali sono Corte cost., 20-7-2012, n. 199, in *Urbanistica e appalti*, 2012, XI, 1139 s. con nota di G. COCIMANO e Cass., sez. un., 14-2-2011, n. 3665, in *Foro it.*, 2012, 2, I, 564 s., con nota di E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune* (ed edita sulle principali riviste, come *Giorn. dir. amm.*, 2011, XI, 1170 s. con nota di CORTESE e *Giur. it.*, 2011, XII, 2505 s. con nota di C.M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*), ma v. pure Cass., sez. un., 16-2-2011, nn. 3811-3812-3813, inedite; Cass., sez. un., 18-2-2011, nn. 3936, 3937, 3939, inedite; Cass., sez. un., 18-2-2011, n. 3938, in *Giur. it.*, 2011, XII, 2499. Degna di nota anche, per la netta contrapposizione emergente fra i paradigmi della proprietà e dei beni comuni, Corte cost., 21-4-2011, n. 151, in *Giur. it.*, 2012, V, 1017 «non si può neppure accogliere l'ulteriore argomento difensivo della resistente, basato sull'evocazione degli artt. 42 e 44 Cost., giacché nella fattispecie non vengono in rilievo la tutela della proprietà ed i limiti alla stessa, ma la tutela dell'ambiente come bene comune, per la cui salvaguardia esistono regole generali inderogabili da tutti, proprietari dei fondi e non. La conservazione di determinate specie vegetali, su cui si basa l'equilibrio dell'ecosistema, non può essere subordinata alla soddisfazione di interessi particolari». Meno significative ai presenti fini mi paiono T.A.R. Molise Campobasso, 26-7-2011, n. 458, inedita, ove si legge soltanto che il d.lgs. n. 42/2004 ha «dilatato il concetto di patrimonio culturale, consentendo che per la conservazione e valorizzazione dei beni culturali - *sentiti come beni comuni* - siano imposti vincoli che sacrificano la proprietà privata» e Corte cost., 26-3-1993, n. 112, in *Dir. informaz. informatica*, 1993, 1055, che, come Corte cost., 2-3-1990, n. 102, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1687 e Corte cost., 15-11-1988, n. 1030, in *Foro it.*, 1989, I, 347, riguarda l'etere come bene comune. Per inciso, testimonia indirettamente di come la discussione sul tema si sia ormai molto sviluppata, nell'agone politico e nella discussione pubblica, Trib. Roma, sez. IP, 24-1-2013, in *Foro it.*, 2013, VII-VIII, 1, 2287, per cui «non può inibirsi, con provvedimento d'urgenza, l'uso dell'espressione 'Italia. Bene comunÈ, in funzione non di segno distintivo ma di slogan promozionale di un partito politico, a tutela dei segni - corrispondenti ad espressioni di uso corrente - 'bene comunÈ e 'per il bene comunÈ, di cui altro movimento politico ha chiesto la registrazione come marchio». E dico ciò senza ingenuità, ricordando l'atteggiamento di aperta ostilità tenuto dal partito politico risultato vincitore nella fattispecie concreta, nei confronti della campagna referendaria per l'acqua pubblica.

1120

Cass., sez. un., 14-2-2011, n. 3665, cit.

<sup>1121</sup>NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, cit., 69.

approdare ad una prospettiva personale-collettivistica». Ciò comporta che, «più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi». In conclusione, «disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati [...] là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, *detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, 'comunÈ* vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini». Già un'attenta lettura di questa sentenza consente di fugare quello che mi pare essere l'equivoco più diffuso in materia, cioè la confusione fra beni comuni e beni pubblici. 'ComunÈ non è fungibile con 'pubblico' «per la semplice ragione che esso non sta a designare un regime di appartenenza, quanto piuttosto una modalità di fruizione o, per meglio dire, lo specifico, peculiare prestarsi del bene ad una fruizione collettiva»<sup>(1122)</sup>. L'irriducibilità della nuova categoria è ben colta da chi giunge a sconsigliare l'uso del termine 'benÈ, che non sembra attagliarsi ad una entità che «si ambirebbe a sottrarre al circuito della circolazione, istituendole come risorse liberamente accessibili a chiunque nutra un interesse al loro uso, e proprio per questo motivo sottoposte ad un regime giuridico distinto tanto da quello dei beni privati quanto da quello dei beni pubblici, al punto che è legittimo domandarsi se rispetto ad esse addirittura siano concepibili forme di appartenenza o se le forme di appartenenza come oggi conosciute non vadano rivisitate»<sup>(1123)</sup>.

L'argomento è talmente vasto da meritare una trattazione separata che mi porterebbe fuor d'opera. Come definizione di massima si può aver riguardo a quella esitata dal d.d.l. delega della Commissione Rodotà (art. 1, co. 3, lett. d), ove si sono definiti 'beni comuni' le cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati e, in ogni caso, deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e

---

<sup>1122</sup>Ivi, 71.

1123

PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., 35, che, così, prende le distanze da IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, cit., 624, là dove reputa che un'entità possa essere annoverata tra i beni comuni se prioritariamente soddisfa lo statuto di bene giuridico e ciò al fine di scongiurare il rischio di una nozione troppo vaga di bene comune, come accadrebbe qualora vi si includessero la conoscenza, la cultura l'ambiente, la salute.

secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Qualche altra parola, però, va detta, anzitutto per delineare le condizioni d'uso della formula, considerato che «la latitudine del suo campo di applicazione è un chiaro indice della debolezza del suo statuto epistemologico, anche se poi, per converso, nella fase attuale, i beni comuni vorrebbero candidarsi al ruolo di epitome non solo agitaria di tutti i movimenti antagonisti»<sup>(1124)</sup>. Un tratto imprevedibile è senz'altro la sottrazione al mercato, in quanto bene «indisponibile a trasformarsi in merce o, se si preferisce, in cui il valore d'uso prevale sul valore di scambio»<sup>(1125)</sup>. Il bene comune, come ben illustrato dalle vicende delle privatizzazioni di seconda generazione (per intenderci, quella dell'acqua, non quella delle dismissioni delle partecipazioni statali), «non si lascia appropriare nei modi tradizionali ma solo attraverso il *medium* di un dispositivo giuridico imperniato sulla simulazione di un mercato concorrenziale»<sup>(1126)</sup>. La ricchezza cognitiva della categoria risiede proprio in ciò, che «a fronte della corposa materialità di bisogni primari suscettibili di soddisfacimento per il tramite di utilità che solo i beni comuni possono soddisfare, le forme classiche della mediazione giuridica appaiono radicalmente inadeguate (proprietà); così come inadeguati si mostrano i due canali tradizionali di allocazione della ricchezza, e cioè la sovranità ed il mercato»<sup>(1127)</sup>. Un profilo particolarmente problematico attiene, poi, all'aspetto gestorio, che evidenzia come questo paradigma, a differenza di quello *à la page* dei diritti umani, può costituire uno strumento ideale per la (ri)costruzione della democrazia. Come dimostra anche la recente esperienza della fondazione aperta del Teatro Valle, la via da percorrere è quella della democrazia dal basso, del forte legame col territorio, in quanto «un governo autenticamente non proprietario del comune deve essere capace di andare oltre quel principio di trascendenza che unisce sovranità e proprietà, in quanto forme di una (ipotetica) razionalità superiore, per definizione in grado di farsi interpreti degli interessi di tutti»<sup>(1128)</sup>.

Ora, i giuristi sono chiamati a mettere a frutto il lavoro della Commissione Rodotà, aggiornandolo (esso fu portato avanti prima dei noti referendum del 2011 e del fiorire di pratiche antagonistiche degli ultimi anni) e portandolo alle sue necessarie conseguenze. Intendo dire che, allo stato, si ha l'impressione di una continuità piena fra beni comuni e funzione sociale nella sua versione ecologica. Se così fosse, se lo scopo della nuova categoria fosse di addomesticare la

---

<sup>1124</sup>NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, cit., 70.

<sup>1125</sup>*Ibidem*.

<sup>1126</sup>*Ivi*, 73.

<sup>1127</sup>*Ibidem*.

1128

*Ivi*, 86.



vecchia proprietà, avremmo creato la quinta ruota del carro, che, fra l'altro, verosimilmente andrebbe incontro alle medesime tristi vicende vissute dall'art. 42 Cost. La verità, per quanto, forse, impopolare, è che «i beni comuni sono *oltre e, verosimilmente, contro la Costituzione*, nella quale la proprietà trova pur sempre un esplicito riconoscimento»<sup>(1129)</sup> e se non si muta prospettiva il rischio è che effettivamente il nuovo paradigma resti avviluppato irrimediabilmente in un inestricabile paradosso, che lo vuole contemporaneamente irriducibile al modulo della funzione sociale e «al di sotto di un'epifania episodica e residuale, ma non banale, della funzione sociale in cui quest'ultima è andata oltre l'ecologia e la convivenza civile per attingere un livello di mediazione giuridica meno opaco e disincarnato perché 'diseguale'»<sup>(1130)</sup>. Dai primi passi della Costituente per i beni comuni, sembra che qualche cauto ottimismo sia lecito.

Per finire, uno sguardo all'Unione. La sfida dei beni comuni sembrerebbe, finalmente, esser stata raccolta anche dall'Europa, dove nel 2013 la Commissione ha approvato una comunicazione intitolata «Un'esistenza dignitosa per tutti: sconfiggere la povertà e offrire al mondo un futuro sostenibile»<sup>(1131)</sup>. Nel rendere il dovuto parere<sup>(1132)</sup> su questo promettente documento, il CESE ha avuto cura di precisare che la definizione di obiettivi di sviluppo sostenibile deve avere coscienza della tensione tra le questioni di sviluppo individuale e collettivo e le questioni di salvaguardia degli equilibri ambientali del pianeta. Per il Comitato, che già in passato ha delineato proposte relative ai beni comuni globali come la sicurezza alimentare, la protezione sociale di base o la regolazione multilaterale del commercio e degli investimenti, il clima e la biodiversità<sup>(1133)</sup>, «risolvere tale

---

<sup>1129</sup>NIVARRA, *I beni comuni uni e trini*, cit., 602.

<sup>1130</sup>*Ivi*, 603.

1131

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni «Un'esistenza dignitosa per tutti: sconfiggere la povertà e offrire al mondo un futuro sostenibile» (COM/2013/92 final), del 27-2-2013. V'è qualche precedente. V., ad es., la ris. del Parlamento europeo dell'11-3-2004, inerente alla «Strategia per il mercato interno - Priorità 2003-2006», § 5, secondo cui, «essendo l'acqua un bene comune dell'umanità, la gestione delle risorse idriche non debba essere assoggettata alle norme del mercato interno» e l'art. 17, dir. 2006/123, relativa ai servizi del mercato interno, per il quale l'art. 16 della stessa direttiva, in tema di libera prestazione dei servizi, non si applica «ai servizi di interesse economico generale forniti in un altro Stato membro, fra cui [...] i servizi di distribuzione e fornitura idriche e i servizi di gestione delle acque reflue». V. anche il Contributo della politica comune della pesca alla produzione di beni pubblici Risoluzione del Parlamento europeo del 16-2-2012 sul contributo della politica comune della pesca alla produzione di beni pubblici (2011/2899(RSP), nella parte che si preoccupa di preservare l'esistenza di stock ittici ed ecosistemi marini in buone condizioni, nonché la biodiversità dei mari; la Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni «Verso un partenariato rinnovato per lo sviluppo UE-Pacifico», JOIN/2012/06 final, spec. § 3 e la ris. del Parlamento europeo del 7-10-2010 sugli obiettivi strategici dell'UE per la decima riunione della Conferenza delle parti della Convenzione sulla diversità biologica (CBD) che si terrà a Nagoya (Giappone) dal 18 al 29-10-2010, § 11.

<sup>1132</sup>Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Un'esistenza dignitosa per tutti: sconfiggere la povertà e offrire al mondo un futuro sostenibile» (COM(2013) 92 final), del 23-5-2013.

<sup>1133</sup>V., ad es., il parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Commercio e sicurezza alimentare, 16-12-2009.

tensione e trovare un equilibrio tra le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile presuppone la *preservazione dei beni comuni globali* con politiche pubbliche mondiali gestite da una comunità internazionale formata da Stati sovrani. *È questa la grande sfida dell'agenda futura*»<sup>(1134)</sup>. Il tema dei beni comuni globali chiama in causa il ruolo dell'UE in quanto «esige una maggiore coerenza tra le istituzioni internazionali e le politiche mondiali»<sup>(1135)</sup>. Una lettura complessiva di questi documenti, però, fa accendere un campanello d'allarme. Basti pensare alla convinzione della Commissione che, per la gestione sostenibile delle risorse naturali, sia necessario che tutti i Paesi si impegnino «a gestire e sfruttare nei prossimi decenni le proprie risorse naturali in modo sostenibile, nel rispetto [...] della protezione della proprietà»<sup>(1136)</sup>. È chiaro che, anche nella più rosea delle aspettative – quella dell'adozione di uno strumento europeo vincolante in materia – ciò che ci si può augurare sono i beni comuni filo-costituzionali, un'edizione 3.0 della funzione sociale ecologica.

---

<sup>1134</sup>Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Un'esistenza dignitosa per tutti: sconfiggere la povertà e offrire al mondo un futuro sostenibile», § 1.4.3.

<sup>1135</sup>*Ivi*, § 1.4.4.

<sup>1136</sup>COM/2013/92 final, § 4.1.3.

*Lock up your libraries if you like; but there is no gate, no lock, no bolt, that you can set upon the freedom of my mind*

V. Woolf, *A Room of Ones Own*, London, 1929, 76

#### 4.1 Considerazioni preliminari

Nei giorni in cui viviamo, quelli del capitalismo finanziario, le nuove tecnologie hanno acquistato una centralità che non ha precedenti, ciò perché, grazie al rafforzamento del dominio tecnologico del capitale, «quest'ultimo è riuscito ad accrescere il suo tasso di profitto in ragione del decremento della sua composizione organica, i.e. della quota di salario, e del vertiginoso, speculare aumento delle economie di scala rese possibili da un'organizzazione del lavoro non più per stock ma per flussi»<sup>(1137)</sup>.

L'attuale fase è sovente qualificata come «era digitale»: in essa si osservano tendenze inedite che impongono radicali ripensamenti del sapere consegnato e, per quanto più direttamente qui interessa, una nuova riflessione sulla natura ed estensione dei diritti IP<sup>(1138)</sup>. Mi sembra che di ciò siano consapevoli, ad es., quegli autori statunitensi i quali osservano che «*the advent of digital technology does not merely enable easier transmission of creative and informational works, but changes the conditions under which they are produced, and even transforms to some degree the nature of what is being produced*»<sup>(1139)</sup>. Come ha notato Paolo Spada, le sfide che le reti telematiche interconnesse lanciano alle tecniche della proprietà intellettuale note «sono tante e così aggressive che [occorre chiedersi] la proprietà intellettuale è finita nella rete?»<sup>(1140)</sup>. Nell'era attuale

<sup>1137</sup>NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 7. Per l'A., le caratteristiche del capitalismo finanziario, detto Basso capitalismo, sono, oltre quella già ricordata: «2) globalizzazione (ovvero, espansione del mercato mondiale e della divisione mondiale del lavoro, rese possibili, in primo luogo, dalla miniaturizzazione del capitale fisso, dalla nuova tecnologia dell'informazione e dalla massiccia riduzione dei costi di trasporto); 3) ipersfruttamento della classe operaia globale (ovvero, massiccia riduzione dei salari e dei diritti, sottoccupazione, repressione)».

<sup>1138</sup>V. *amplius* anche i miei NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore*, cit., *passim* e ID., *Proprietà e proprietà intellettuale nella Carta di Nizza*, Relazione al «XXI Incontro del Coordinamento dei Dottorati di ricerca in diritto privato», tenutosi a Santa Marina Salina, 30-5/1-6-2013, i cui lavori saranno pubblicati anche nella neonata rivista *online* «Jus civile». Cfr. PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 6, là dove parla del «*Phänomen der Unvollständigkeit der Güterzuordnung beim Auftreten «neuer» Güter aufgrund gesellschaftlich-wirtschaftlicher oder technologischer Entwicklungen*».

<sup>1139</sup>D.L. ZIMMERMAN, *Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in the Digital Age*, in *DePaul L. Rev.*, 2002-2003, LII, 1121.

1140

si sviluppano costantemente nuove forme di appropriazione dell'immateriale, che sembrano mettere in crisi determinati principi tradizionali e impongono al giurista di verificare se essi possano attagliarsi ancora allo stato della tecnica, se, in altri termini, «l'obsolescenza delle macchine importi indefettibilmente quella del diritto per come ci è stato tramandato»<sup>(1141)</sup>.

Nel presente capitolo analizzerò quelle che mi sembrano costituire le principali sfide della tecnologia ai diritti IP e in particolare: i programmi per elaboratore, il *peer-to-peer*, i *social network*, lo *streaming* e il *cloud computing*. Si tratta di fenomeni non ancora debitamente esplorati, anche perché richiedono una serie di nozioni specialistiche extragiuridiche, che non rientrano nell'ordinario patrimonio conoscitivo dell'operatore del diritto. Le pagine che seguono non possono né vogliono superare il *gap* segnalato, ma – precedute da uno studio approfondito dei concetti tecnici coinvolti – intendono porsi come primo passo nell'indicata direzione.

Ne emerge una trama fitta non facile da dipanare, ma l'auspicio è che ne risulti riconoscibile con nitore, da una parte, la profonda evoluzione subita dai paradigmi proprietari (tanto quello tradizionale, quanto quello immateriale), dall'altra l'inadeguatezza delle logiche proprietarie vecchio stampo, in un ecosistema – quello del *cloud computing* e di Internet, in generale – in cui, come si vedrà, è spesso impossibile tanto accorgersi di eventuali violazioni dei propri IPRs, quanto eventualmente reagire giudizialmente alle stesse e in cui per godere dei propri diritti occorre l'intermediazione di terzi. La riflessione costituisce, infine, conferma della circostanza – fondamentale ai fini di un discorso sulla natura degli IPRs – che i diritti in discorso sempre più spesso soccombono nel bilanciamento con gli interessi controposti e non è un caso che il «*realm of openness*»<sup>(1142)</sup> vada espandendosi, annettendo oggi, dopo il *software*, anche i territori dell'*hardware*<sup>(1143)</sup>. Insomma, niente di più lontano dal diritto di proprietà, specialmente nella sua

---

SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, cit., 215.

<sup>1141</sup>G. NOTO LA DIEGA, *Proprietà e proprietà intellettuale nella Carta di Nizza*, Relazione al «XXI Incontro del Coordinamento dei Dottorati di ricerca in diritto privato», tenutosi a Santa Marina Salina, 30-5/1-6-2013, 13.

<sup>1142</sup>Perifrasi ispirata da M. MAGGIOLINO-M.L. MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting – What's New in the Realm of Openness?*, in *IIC*, 2011, VII, 804. Il concetto di *openness* non si applica solo agli IPRs, posto che può essere riferito a tutti i sistemi, descrivendone la caratteristica per cui «*at least one of its [sc. del sistema considerato] elements is involved in interactions with elements of another system*» (J.P. WULFSBERG-T. REDLICH-F.-L. BRUHNS, *Open production: scientific foundation for co-creative product realization*, in *Production Engineering. Research and Development*, 2010, 5-6). Da ciò segue che l'*openness* si può riferire anche alla società: «*As organized social systems are always in interactive relationships with surrounding systems, they can as a matter of principle be viewed as open systems*» (ivi, 6).

<sup>1143</sup>Fra i pochi giuristi che mi sembra abbiano riflettuto sulla novità dell'*open hardware* si segnalano, oltre a MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 804, EAED., *Standardized Terms and Conditions for Open Patenting*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2013; II, 785; M.R. CALO, *Open Robotics*, in *Maryland Law Review*, III, 2011, 1 e S. BOETTIGER-D.L. BURK, *Open Source Patenting*, in *Minnesota Legal Studies Research Paper n. 05-7*, 2005, disponibile all'indirizzo [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=645182](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=645182). Per la letteratura extragiuridica v., invece, P. TROXLER, *Commons-based Peer-Production of Physical Goods. Is there Room for a Hybrid Innovation Ecology?*, Rotterdam, 2010; G. COLEY, *Take Advantage of Open-Source Hardware*, in *EDN*, 2009, 20; P.P. GRAMES-T. REDLICH-J.P. WULFSBERG, *Open Source Hardware. Wie interactive Wertschöpfung traditionelle Produktionssysteme*

conformazione *post Nizza*, che ne ha sancito il riposizionamento, a pieno titolo, fra i diritti fondamentali di libertà (<sup>1144</sup>).

#### **4.2 I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea. Le idee e il muro del suono.**

Ragioni di sintesi impongono di selezionare solo alcune specole attraverso le quali osservare le sfide del progresso agli *IP rights*: fra esse mi sembra opportuno cominciare con la materia dei programmi per elaboratore, di recente oggetto di alcune importanti decisioni della Corte di Giustizia (<sup>1145</sup>), nonché del legislatore italiano, che in seno alla legge di stabilità per il triennio 2014-2016 (<sup>1146</sup>), ha stanziato dieci milioni di euro per le ATI e i RTI costituiti «al fine di operare su manifattura sostenibile e artigianato digitale, alla promozione, ricerca e sviluppo di *software* e *hardware*» (art. 1, co. 56).

La disciplina giuridica dei programmi per elaboratore costituisce la «più dirompente espressione dello «sconfinamento» del diritto d'autore contemporaneo» (<sup>1147</sup>). L'opzione legislativa a

---

*revolutioniert*, in *ZWF*, 2011, V, 314 (che ho potuto consultare grazie alla cortesia degli A.); C.A. MCDANIEL, *Inventing Around and Impacts on Modes of Entry in Japan: a Cross-Country Analysis of U.S. Affiliate Sales and Licensing*, United States International Trade Commission Working Paper No.99-11-A, 1999, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=198753> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.198753>.

1144

V., ad es., oltre a tutta la giurisprudenza già citata e richiamata anche oltre, Trib. eur. 17-2-2011, T-55/08, cit., § 179, là dove si giunge ad affermare che «non è ammissibile che una misura nazionale non conforme ai diritti fondamentali, quale il diritto di proprietà, possa beneficiare delle eccezioni riconosciute per il fatto che essa risponde a ragioni imperative di interesse generale». V. anche Corte eur. giust., 10-7-2003, C-20/00, C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd, che opera con la denominazione «Marine Harvest McConnell», Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, in *Racc.*, 2003, I-7411, § 67. Cfr. M.D. COLE, *Der Fußball auf der Liste und im Free-TV - noch immer ein Entscheidungsprivileg der Mitgliedstaaten*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, 425 e D. SIMON, *Retransmission des événements sportifs*, in *Europe*, 2011, IV, 20. La Corte di Lussemburgo ha recentemente respinto il ricorso presentato dalla UEFA avverso la decisione qui citata, con Corte eur. giust., 18-7-2013, C-201/11 P, cit..

<sup>1145</sup>V., ad es., Corte eur. giust., grande sez., 2-5-2012, C-406/10, *Sas Institute Inc. c. World Programming Ltd.*, non ancora edita sulla Raccolta ufficiale, ma edita sulle principali riviste europee (mi sia consentito rinviare a NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore*, cit., 69); Corte eur. giust., grande sez., 3-7-2012, C-128/11, cit.; Corte eur. giust., 16-7-2009, C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, in *Racc.*, 2009, I-6569 e Corte eur. giust., 22-12-2010, C-393/09, *Bepečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, *ivi*, 2010, I-13971.

<sup>1146</sup>Il 23-12-2013 il Senato ha approvato in via definitiva il d.d.l. S.1121-B, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2014 e bilancio pluriennale per il triennio 2014-2016, che mentre scrivo non è ancora stato pubblicato.

<sup>1147</sup>G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Innovazione – Concorrenza – Benessere dei consumatori – Accesso alle informazioni*<sup>2</sup>, Milano, 2008, 193, che riferisce l'affermazione anche alle banche dati. KINSELLA, *Contro la proprietà intellettuale*, cit., 62, come caso di «applicazioni palesemente assurde» e ampliamento pretorio della protezione cita proprio l'inclusione, fra le opere dell'ingegno protette, dei programmi per computer, fino a coprire anche il codice sorgente e il linguaggio macchina «paragonabili più a un pezzo di un macchinario che non a un'opera letteraria».

favore di una tutela autoriale e non brevettuale <sup>(1148)</sup> – scelta iperprotezionistica <sup>(1149)</sup> e in contrasto con le caratteristiche del bene protetto – può essere letta alla luce della *Eigentumspolitik* del legislatore europeo, «*wonach wertvolle Immaterialgüter möglichst umfassend exklusiv zuzuordnen sind*» <sup>(1150)</sup> e risente fortemente della sua origine storica, che vale la pena brevemente ricordare <sup>(1151)</sup>.

In un primo momento, si negò qualsiasi forma di tutela ai programmi per elaboratore e ciò si spiega alla luce delle pressioni delle multinazionali dell'*hardware*, le quali erano convinte che lo sviluppo di un mercato dei *software* avrebbe costituito un ostacolo per la crescita del mercato dei computer. In altri termini, si temeva che i consumatori avrebbero potuto non acquistare un elaboratore in considerazione dell'incompatibilità di questo con determinati programmi. Non appena dette multinazionali, prendendo atto dell'esistenza di una crescente domanda di *software*, entrarono nel nuovo mercato con poderosi investimenti, allora pretesero che fosse introdotta una disciplina anche per il nuovo bene immateriale, la quale consentisse un'appropriazione dello stesso *quanto* più possibile rapida e profonda.

Ciò che ne seguì – anche grazie all'appoggio del Governo statunitense, per il tramite della CONTU <sup>(1152)</sup> – è noto a tutti. In particolare, dopo l'esclusione della brevettabilità sancita dall'art.

---

1148

Cfr., da ultimo, E. AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore. Profili e critica di una dicotomia normativa*, Milano, 2012, *passim* e R. ONSLOW, *Software Patents: A New Approach*, in *EIPR*, 2012, X, 710 s., ma per altri esempi della sconfinata letteratura che pone in luce i limiti della scelta legislativa v. G. DE SANTIS, *La tutela giuridica del software tra brevetto e diritto d'autore*, Milano, 2000, *passim*; A.M. GAMBINO, *L'innovazione informatica tra brevettazione e diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2010, II, 147 L. SCHIUMA, *Il software tra brevetto e diritto d'autore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, VI, 683 G. FLORIDIA, *La brevettabilità del software in Italia e in Europa*, in *Dir. ind.*, 2004, V, 421 G. GUGLIEMMETTI, *L'invenzione di software. Brevetto e diritto d'autore<sup>2</sup>*, Milano, 1997, *passim* e, fra i primi, P.S. MENELL, *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, in *Stan. L. Rev.*, 1988, XLI, 1045, anche disponibile su <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/966>.

<sup>1149</sup>Cfr. NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 624, ove si osserva: «il caso della proprietà intellettuale è davvero paradigmatico: per un verso, la sua solenne assimilazione alla proprietà *tout court*, unitamente alla sua enorme dilatazione ed iperprotezione, denotano la sua ascesa al rango di forma di ricchezza prevalente e, al contempo, ne consacrano il ruolo di potente modalità di accumulazione del capitale ai danni di beni comuni quali la conoscenza e l'informazione». V. anche ID., *Il diritto d'autore*, cit., 497-498, ove si specifica che l'«allungamento dei tentacoli» è tanto orizzontale (si allunga l'elenco delle opere protette), quanto verticale (ampliamento del ventaglio delle facoltà connesse al diritto d'autore e maggiore ampiezza di quelle preesistenti), secondo «logiche non del tutto sovrapponibili»; AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 155 s.; RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., 3 e R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Europa dir. priv.*, 2012, IV, 1176, nt. 3, ove si forniscono ulteriori ragguagli bibliografici e si individua in *file sharing, peer to peer e streaming* il «ventre molle» della protezione dei diritti d'autore nella rete telematica. V.

<sup>1150</sup>PEUKERT, *Güterzuordnung und Freiheitsschutz*, cit., 47. Come si ricorda in *Proprio*, Lessico Universale Italiano, diretto da U. Bosco, XVII, Roma, 1977, 735, il termine *proprietas*, deriva da *proprius*, risultante a sua volta dalla crasi di *pro privo*; anche da ciò, se non prendo un abbaglio, si trae conferma della circostanza per cui la proprietà ha in sé, da sempre e ineliminabilmente, il gene dell'esclusione. Cfr. già BRISSOT DE WARVILLE, *Recherches philosophiques sur la propriété et sur le vol considéré dans la nature*, cit., *passim*.

<sup>1151</sup>Per una ricostruzione dell'origine del divieto di brevettabilità dei programmi per elaboratore, v. G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 201 s. e GHIDINI, *Profili evolutivi*, cit., 196 s.

<sup>1152</sup>Si tratta della *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, istituita dal

52, Convenzione sul brevetto europeo <sup>(1153)</sup> (che ritroviamo oggi all'art. 45 c.p.i.) <sup>(1154)</sup>, trascorsi tre anni, la novella al *Copyright Act* del 1980 <sup>(1155)</sup> introdusse per la prima volta l'esplicita equiparazione dei programmi per elaboratore alle opere dell'ingegno, con previsione che presto transitò tralaticciamente nella dir. 14-5-1991 n. 250 – oggi abrogata e sostituita dalla dir. 23-4-2009 n. 24 <sup>(1156)</sup> – per approdare, infine, dopo taluni interventi «interstiziali» <sup>(1157)</sup> della giurisprudenza, all'art. 1, co. 2, l. 22-4-1941 n. 633 (nel prosieguo l. aut.) <sup>(1158)</sup> per il tramite del d.lgs. 29-12-1992 n. 518. Si tratta, peraltro, di una tutela ad amplissimo raggio anche da un punto di vista geografico,

---

Congresso con un Bill entrato in vigore il 31-12-1974 (S. 3976, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), L. No. 93-573). La CONTU introduce il proprio *Final Report* del 31-7-1978, col dire che: «*The new copyright law should be amended: (1) to make it explicit that computer programs, to the extent that they embody an author's original creation, are proper subject matter of copyright; (2) to apply to all computer uses of copyrighted programs by the deletion of the present section 117; and (3) to ensure that rightful possessors of copies of computer programs may use or adapt these copies for their use*» (CONTU, *Final Report*, Washington, 1979, 1). Poi, premesso che i programmi per elaboratore sono «*a form of writing*» (ivi, 10) compie la sua chiara e ampiamente argomentata scelta di campo, che tante ripercussioni avrà sulla disciplina internazionale, europea e italiana dei programmi per elaboratore: «*The purpose of copyright is to grant authors a limited property right in the form of expression of their ideas [...] Patents are designed to give inventors a short-term, powerful monopoly in devices, processes, compositions of matter, and designs which embody their ideas [...] The acquisition of a patent, however, is time consuming and expensive [...] It is still unclear whether a patent may ever be obtained for a computer program. On three occasions the Supreme Court has considered cases involving program patents. In each it has found the programs before it to be ineligible for such protection [...] In most countries where the patent question has been answered, it has been held that programs are ineligible for patent protection*» (ivi, 17-18). Le indicazioni della CONTU furono integralmente fatte proprie dal legislatore statunitense, con una sola eccezione: come visto, il *Final Report* raccomandava che i «*rightful possessors*» di copie del programma fossero autorizzati a fare copie dello stesso a determinate condizioni; il Congresso sostituì «*owner*» a «*rightful possessor*». Il *Final Report* è oggi liberamente consultabile all'indirizzo <http://digital-law-online.info/CONTU/>. Cfr. C. ROSSELLO, *La tutela giuridica del software in U.S.A., Francia e Regno Unito: tre esperienze a confronto*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 113 P. SAMUELSON, *CONTU Revisited: The Case against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form*, in *Duke Law Journal*, 1984, IV, 663 R.R. ENGLUND, *Idea, Process, or Protected Expression?: Determining the Scope of Copyright Protection of the Structure of Computer Programs*, in *Michigan Law Review*, 1990, LXXXVIII, 866 s., A.R. MILLER, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?*, in *Harvard Law Review*, 1993, CVI, 977 s.

1153

Cfr. M. AMMENDOLA-L. BOSOTTI, *Sub Art. 52 CBE*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*<sup>4</sup>, a cura di G. Marchetti e L.C. Ubertazzi, Padova, 2007, 1213 s. La Convenzione sul brevetto europeo è più nota come Convenzione di Monaco, perché ivi firmata il 5-10-1973 (essa è stata ratificata con l. n. 260/1978). Cfr. pure A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*<sup>5</sup>, Milano, 2005, 456; R. e M. SINGER, *Il brevetto europeo*, trad. it. a cura di F. Benussi, Torino, 1993, *passim*; M. AMMENDOLA, *La brevettabilità nella Convenzione di Monaco*, Milano, 1981, *passim* e H.-P. KUNZ HALLSTEIN, *La Convenzione di Monaco sulla concessione di brevetti d'invenzione europei*, in *Riv. dir. civ.*, V, 1977, 569 s.

<sup>1154</sup>V., *ex multis*, D. SARTI, *Introduzione agli artt. 45-81 (Codice della proprietà industriale)*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 380-381 s. e M. SCUFFI-M. FRANZOSI-A. FITTANTE, *Sub Art. 45*, in *Il codice della proprietà industriale*, Padova, 2005, 250 s.

<sup>1155</sup>Il riferimento è al *Computer Software Copyright Act of 1980*, Pub. L. No. 96-517, 94 Stat. 3015, 3028 (1980). Come acutamente nota C. CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur européen portant sur les logiciels*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2012, LXXXIII, 8, nella tutela europea dei programmi per elaboratore si è seguito più il modello del copyright che quello del *droit d'auteur*, ed infatti «*si le logiciel se retrouve au «Pays des Merveilles», il le doit à la conception des pays de copyright, en particulier des Etats-Unis, que ne consacrent pas une protection «ouverte» des oeuvres, contrairement à l'approche du droit français qui privilégie la technique législative des notions-cadres et la liste exemplative d'oeuvres. Le copyright impose, à l'inverse, de rattacher impérativement l'objet à protéger à une catégorie connue. Le logiciel, procédant d'une écriture, a ainsi été classé parmi les écrits*». La metafora carrolliana si deve a M. VIVANT, *Le logiciel au pays de merveilles*, in *JCP*, 1985, I, 3208 s., che parla di *merveilles* riferendosi a vari aspetti della *loi n° 85-660 du 3 juillet 1985*, come – oltre a quanto ricordato da Céline CASTETS-RENARD – l'«*avoir vu un gouvernement socialiste, sans doute converti à la real politik*,

posto che non ci si è limitati ad applicare genericamente la disciplina autoriale, ma si sono espressamente equiparati i programmi alle opere dell'ingegno protette dalla Convenzione di Berna (<sup>1159</sup>); ciò a cui si aggiungono le analoghe consacrazioni di cui agli artt. 10, § 1 TRIPs (<sup>1160</sup>) e 4, tr. WIPO, quest'ultimo recentemente entrato in vigore anche nell'UE (<sup>1161</sup>).

Le sottese ragioni di politica del diritto emergono con chiarezza dalla lettura del *Final Report* della CONTU: «*patents are designed to give inventors a short-term, powerful monopoly in devices, processes, compositions of matter, and designs which embody their ideas [...] The*

---

*défendre un texte qui, dans sa forme finale, devait déclarer que «le logiciel créé par un ou plusieurs employés... appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs» (art. 45), aussi fondée que soit l'idée selon laquelle le logiciel doit être conçu comme un élément du patrimoine de l'entreprise» (ivi, 3218). Cfr. anche R. PARDOLESI, «Software», «property rights» e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie, in *Foro it.*, 1987, 3, II, 289 s., che, con riferimento a Cass., 24-11-1986 – con cui per la prima volta la S.C. prende posizione sull'inquadramento dogmatico dei programmi per elaboratore (a favore dell'assimilazione alle opere dell'ingegno) – conclude col dire che «con la sua pronunzia, la corte di legittimità porta il *software* nel paese delle meraviglie. Ma – piaccia o no – il mondo vero, quello che conta, resta di là dallo specchio». Il corrispondente statunitense dell'evocata pronunzia è *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 219 U.S.P.Q. (BNA) 113 (3d Cir. 1983). L'arresto del 1986 è stato edito in tutte le principali riviste, come, ad es., *Dir. aut.*, 1987, 162 (con nota di S. PASTORE, *Il cammino della tutela giuridica del software, opera dell'ingegno di carattere creativo*) e *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 693 (con note di F. MINERVA, *La illiceità penale della riproduzione di programmi altrui: l'orientamento della Cassazione e le prospettive sanzionatorie* e R. RINALDI, *La tutela penale del software fra interpretazione estensiva e integrazione analogica*, *ivi*, e 1058).*

1156

L'art. 10, dir. 09/24 ha abrogato la dir. 91/250, unitamente all'art. 11, § 1, dir. 29-10-1993, n. 98, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, che l'aveva a suo tempo parzialmente modificata. Nel presente scritto farò riferimento alle disposizioni vigenti, limitando il richiamo alla dir. 91/250 alle volte in cui citerò testualmente taluni passaggi di Corte eur. giust., grande sez., 2-5-2012, C-406/10, cit., che affronta un caso in cui l'abrogata direttiva era *ratione temporis* applicabile (la nuova disciplina entrata in vigore il 25-5-2009). La dir. 09/24 si limita a porre in essere un'azione codificatoria, non apportando alcuna modificazione sostanziale al vecchio articolato, ciò che consente di considerare attuali le riflessioni sviluppatesi attorno all'abrogata disciplina e alla relativa proposta. La relazione di accompagnamento alla proposta che ha preceduto la dir. 09/24 è cristallina sul punto: «La nuova direttiva sostituisce le direttive che essa incorpora, *preserva in pieno la sostanza degli atti oggetto di codificazione* e pertanto non fa altro che riunirli apportando unicamente le modifiche formali necessarie ai fini dell'opera di codificazione» (COM (2008) 23 definitivo, 2008/0019 (COD), § 4).

<sup>1157</sup>La felice espressione è di PARDOLESI, «Software», «property rights» cit., 300. Prima dell'inquadramento dogmatico autoriale operato in Cass., 24-11-1986 cit., si era registrato un contrasto nella giurisprudenza italiana di merito fra quanti escludevano una tutela *sub l. aut.* (Trib. Monza, 12-12-1984, in *Impresa*, 1986, 143 Pret. Roma, g.i.p., 7-5-1992, in *Dir. informaz. e informatica*, 1992, 945 s.) e quanti, invece, la ammettevano (Pret. Bari, 11-2-1991, in *Foro it.*, 1991, 1, II, 2258 s. con nota di F. CASO; Trib. Torino, 17-10-1983, in *Dir. aut.*, 1984, 57 s. con nota di A. FRIGNANI, *Il tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenente alla cinematografia*, che ricorre all'espedito dell'assimilazione all'opera cinematografica; Trib. Genova, 31-10-1986, in *Riv. dir. ind.*, 1987, II, 93 Pret. Genova, 3-5-1985, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 362 Pret. Pisa, 11-4-1984, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 720 s., con nota di V. MANGINI, *Un diritto per computers: in margine ad un recente sviluppo giurisprudenziale*). Dopo il ricordato arresto del 1986, la giurisprudenza ha continuato a inquadrare i programmi per elaboratore fra le opere dell'ingegno, come dimostra, ad es., Cass., 6-2-1987, n. 1323, in *Dir. aut.*, 1987, 2, ove si legge che «I programmi per elaboratori elettronici, software di base ed applicativo e le relative istruzioni manualistiche contengono i requisiti sopraindicati [sc. siano espressione particolare di lavoro intellettuale applicato; abbiano individualità e idoneità all'altrui godimento; si caratterizzino, pur in modesta misura, per originalità e creatività]. Il nuovo nell'espressione formale di un contenuto ideativo è il discrimine di proteggibilità anche per il *software*. La classificazione normativa delle opere dell'ingegno protette non ha carattere tassativo. I programmi per elaboratori elettronici, *software*, sono opere dell'ingegno di carattere scientifico».

<sup>1158</sup>Cfr., *ex plurimis*, P. GALLI, *Sub Art. 1 (Legge 22 aprile 1941, n. 633)*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1487 s. e ID., *Sub Art. 64bis*, *ivi*, 1636 s.

<sup>1159</sup>Si tratta, come noto, della Convenzione per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, firmata a



*acquisition of a patent, however, is time consuming and expensive [...] It is still unclear whether a patent may ever be obtained for a computer program [...] In most countries where the patent question has been answered, it has been held that programs are ineligible for patent protection»*<sup>(1162)</sup>.

---

Berna il 9-9-1886 (Atto di Parigi del 24-7-1971), ad esito della *Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur* tenutasi a Berna, 8/19-9-1884, nella versione risultante dalla modifica del 28-9-1979. Sulla Convenzione, per gli aspetti che più qui interessano, v. W.R. CORNISH, *Computer Program Copyright and the Berne Convention*, in *A Handbook of European Software Law*, a cura di M.B. Lehmann e C. Tapper, I, Oxford, 1993, 183 A.M. DIXON-M.F. HANSEN, *The Berne Convention Enters the Digital Age*, in *EIPR*, 1996, XI, 604. Più in generale, cfr. GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 19 S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, 1987, *passim* e, quantunque risalente, A. GIANNINI, *La Convenzione di Berna sulla proprietà letteraria*, Roma, 1933, *passim*.

1160

La richiamata disposizione recita: «*Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention*» (v. A. AMENDOLA, *Sub Art. 10 TRIPs*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 18 s.). L'*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* – Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio – costituisce l'allegato 1 C dell'Accordo di Marrakesh che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC/WTO), approvato con la dec. 94/800/CE del Consiglio, del 22-12-1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), nel contesto del GATT, *General Agreement on Tariffs and Trade*. Esso ha ricevuto rinnovato impulso, il 7-12-2013 grazie al c.d. *Bali package*, pacchetto di accordi approvato a Bali in seno al WTO, che comprende, fra l'altro, la decisione «*TRIPs Non-violation and Situation Complaints*» (WT/MIN(13)/W/2). Sui TRIPs la giurisprudenza è molto ricca: si v., da ultimo, Corte eur. giust., grande sez., 18-7-2013, C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, inedita. Sui limiti della tutela autoriale in seno al TRIPs, v., da ultimo, E.B. RODRIGUES jr., *The General Exception Clauses of the TRIPs Agreement. Promoting Sustainable Development*, Cambridge, 2012. Cfr. anche il bilancio tracciato da D. HARRIS, *TRIPs After Fifteen Years: Success or Failure, as Measured by Compulsory Licensing*, in *J. Intell. Prop. L.*, 2010-2011, 367 e gli approfonditi contributi di C.M. CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPs Agreement*, in *Oxford Commentaries on the GATT/WTO Agreements*, a cura di R. Howse, in *Oxford Commentaries on International Law*, diretti da P. Alston e V. Lowe, Oxford-New York, 2007, *passim*; G. MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, 2009, *passim*.

<sup>1161</sup>Il tenore letterale della disposizione richiamata è il seguente: «*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*». Il Trattato dell'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (OMPI/WIPO) sul diritto d'autore è stato adottato a Ginevra il 20-12-1996 – all'esito della *Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions* ivi tenutasi dal 2 al 20-12-1996 – ed è entrato in vigore, per quanto riguarda l'Unione europea, il 14-3-2010 (dec. 16-3-2000, n. 278). Cfr. M. SCIALDONE, *I profili internazionali del diritto d'autore*, in *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Atti del Convegno, Roma, 27-5-2008, Roma, 2009, 131 s. e P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies: il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, Milano, 2005, *passim*.

<sup>1162</sup>CONTU, *Final report*, cit., 17-18; peraltro, già allora, tre Corti statunitensi avevano negato che i programmi per elaboratore fossero idonei ad essere brevettati.

La netta opzione, però, non è riuscita a placare le critiche della dottrina <sup>(1163)</sup> e lo studio della giurisprudenza domestica mostra come la natura delle cose tenda sempre a riemergere quando si tenti di occultarla sotto il manto di inquadramenti dogmatici impropri. Mi sembra possa essere letto in tal senso il recentissimo arresto della Cassazione, là dove si statuisce che «sono tutelati dal diritto d'autore, quale risultato di creazione intellettuale, i programmi per elaboratore elettronico, intesi come un complesso di informazioni o istruzioni idonee a far eseguire al sistema informatico determinate operazioni, che siano completamente nuovi o forniscano un apporto innovativo nel settore, esprimendo soluzioni migliori o diverse da quelle preesistenti» <sup>(1164)</sup>.

È osservazione comune che i principi consolidati siano da ripensare in radice qualora li si voglia applicare alle moderne tecnologie della società dell'informazione, specialmente ove sia coinvolto Internet <sup>(1165)</sup>, considerato vero e proprio *àpeiron* <sup>(1166)</sup>, nel senso improprio di *no-law*

1163

V., ad es., M. TRÉZÉGUET, *Absence de protection des fonctionnalités et du langage de programmation d'un logiciel*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, LXXVIII, 2012, 22, per cui «conformément à la logique de la propriété intellectuelle, alors que le logiciel s'apparente davantage à l'esprit du brevet, la fonctionnalité relève des idées et ne saurait donc être protégée». È un dato di fatto incontrovertibile che, poiché è esclusa la brevettabilità dei programmi per elaboratore solo «in quanto tali», ampi spazi permangono per le invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici, come dimostra il rilascio di migliaia di consimili brevetti da parte dell'EPO, Ufficio europeo dei brevetti (GHIDINI, *Profili evolutivi*, cit., 198, riferisce di una «sempre più aperta politica da parte dell'EPO e, a cascata, degli Uffici nazionali»). Sui rischi di una doppia tutela, connessa alla eventualità di approvazione della «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici» (COM (2002), 92 definitivo - COD 2002/0047) v. G. GHIDINI-E. AREZZO-C. DE RASIS-P. ERRICO, *Il software fra brevetto e diritto d'autore, primi appunti sulla proposta di direttiva comunitaria sulle 'Invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici'*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 46 s. Per una riflessione aggiornata all'abbandono di detta proposta – dopo il reiterato rigetto, da parte del Parlamento europeo, nel settembre del 2003 e nel luglio del 2005 – v. E. AREZZO, *Nuovi scenari in materia di brevettabilità delle invenzioni attuate a mezzo di elaboratore elettronico: dal tramonto della Proposta di Direttiva europea alla recente Opinione della Commissione Allargata dei Ricorsi dell'UEB nel caso G 0003/08*, in *Riv. dir. ind.*, III, 2011, 126 s. In particolare, il 6-7-2005, l'allora Commissario europeo Benita Ferrero-Waldner – in seno al dibattito di rigetto della proposta di direttiva – subito dopo il voto osservò, tra l'altro, che «Without this directive, patents for computer-implemented inventions will continue to be issued by national patent offices and the European Patent Office under existing law. There will be no harmonisation at EU level. This means that different interpretations as to what is patentable or not will continue without any judicial control by the European Court of Justice» (tutti gli interventi della seduta sono consultabili sul portale <http://www.europarl.europa.eu/>).

1164

Cass., 1-3-2012, n. 8011, inedita.

<sup>1165</sup>Cfr. L. NIVARRA-V. RICCIUTO, *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, xi, ove si avverte circa i rischi che i diritti della persona corrono nelle reti telematiche e si segnala la tendenza a «una tutela forte degli interessi forti e [a] un atteggiamento assai meno deciso allorché si tratti di intervenire a sostegno di interessi, se non deboli, comunque non immediatamente riconducibili ad una robusta logica economica».

<sup>1166</sup>L'immagine è di M. MIGLIAZZA, *Ipotesi di disciplina di un titolo unitario europeo di proprietà intellettuale nell'Àpeiron di internet*, in *Dir. aut.*, 2011, IV, 454 s. Sovente si parla di *àpeiron* – dal greco ἄπειρον, senza limiti – esclusivamente per far riferimento a un universo informe e in perenne trasformazione; in tal senso esso ben si attaglia ad Internet. Non invece ove, seguendo la filosofia anassimandrina, si volesse intendere che Internet è oggi il principio primo del tutto, perché, come si cercherà di dimostrare nel presente saggio, esistono i presupposti – e la più recente giurisprudenza europea lo conferma – per continuare a sostenere la superiorità dei principi giuridici, almeno di alcuni di essi, rispetto a codesta realtà fattuale in perenne mutamento. Per inciso, l'*àpeiron* denota anche l'infinito come dimensione eterna e immobile, opposta al tempo, cioè tutto il contrario

land<sup>(1167)</sup>. Va anzitutto precisato, che degli istituti IP quelli che risultano esposti alla sfida delle reti telematiche sembrano essere solo marchi e nomi commerciali, opere letterarie artistiche e scientifiche, prodotti e servizi culturali (oggetto dei c.d. diritti connessi), «non pare, invece, che l'ambiente digitale generi problemi per le invenzioni e per i modelli»<sup>(1168)</sup>.

La suggestiva metafora di anassimandrino retaggio può essere anche letta come indice di un approccio particolarmente diffuso fra i giuristi, di cui si darà conto nel presente saggio, ovvero quello di dichiarare la subalternità del diritto al fatto (*sub specie* evoluzione tecnologia), necessaria conseguenza della considerazione del mondo cibernetico come *àpeiron*, che, come acutamente rilevato Jaspers, «è l'onnicomprensivo (*periechon*), non può essere compreso da altro (*periechómenon*)»<sup>(1169)</sup>, dal che segue che «sfugge al numero e al nome, non si lascia afferrare e non tollera legge alcuna all'infuori di quella che esso stesso pone»<sup>(1170)</sup>.

Per l'era digitale, invece, non può che valere la regola opposta, quella per cui i principi giuridici continuano, se non a plasmare di sé, quantomeno a governare i processi e una recente sentenza<sup>(1171)</sup> della Grande Sezione della Corte eur. giust. in materia di programmi per elaboratore costituisce l'occasione ideale per riflettere sui confini dell'appropriabile nella società dell'informazione, per osservare determinate tendenze del diritto vivente europeo<sup>(1172)</sup> e per

---

dell'universo cibernetico. Cfr. G. DELLE DONNE, *Il tempo, questo sconosciuto*, Roma, 2006, 70 s.

<sup>1167</sup>Cfr. M. RACICOT-M.S. HAYES-A.R.SZIBBO-P. TRUDEL (a cura di), *The Cyberspace is Not a «No Law Land»*. A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet, Toronto, 1997, ricordato anche da SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, cit., 215, nt. 2.

<sup>1168</sup>SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, cit., 216.

1169

K.T. JASPERS, *I grandi filosofi*, trad. it. F. Costa, Milano, 1957, 715.

<sup>1170</sup>U. GARIMBERTI, *Il tramonto dell'occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers*, Milano, 2005, 148.

<sup>1171</sup>Corte eur. giust., grande sez., 2-5-2012, C-406/10, cit.. Essa è stata per lo più ignorata nella letteratura italiana – eccezion fatta per il mio NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore*, cit., 69 e A. GERACI, *Copia di un software e violazione del diritto d'autore: la Corte eur. giust. sul caso SAS c. WP*, in *Dir. ind.*, V, 2012, 457 s. – mentre è stata oggetto delle riflessioni di numerosi giuristi europei, come J. MARLY, *Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes. Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C-406/10 – SAS Institute*, in *GRUR*, VIII, 2012, 773 A. ANDERL, *EuGH zur Schutzfähigkeit der Funktionalität, Programmiersprache und Dateiformate von Computerprogrammen*, in *Ecolex*, 2012, 627 G. SPINDLER, *Grenzen des Softwareschutzes*, in *Computer und Recht*, 2012, 417 T. HEYMANN, *EuGH: Kein Urheberrechtsschutz für Programmiersprache und Funktionalitäten eines Computerprogramms*, *ivi*, 2012, 431 TRÉZÉGUET, *Absence de protection des fonctionnalités et du langage de programmation d'un logiciel*, cit., 21 L. COSTES, *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur : les précisions de la CJUE*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, LXXXII, 2012, 20 CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur européen* cit., 6 s. L. IDOT, *Protection juridique des programmes d'ordinateur*, in *Europe*, VII, 2012, 284 s. e C. LE STANC, *Le numérique et le droit des biens, A, Logiciels: objet de la protection*, in *Recueil Dalloz*, XXXV, 2012, 2343 s. La decisione resa su codesto caso è stata anche l'occasione per la più ampia riflessione, di taglio comparatistico, di P. SAMUELSON, *The Past, Present and Future of Software Copyright Interoperability Rules in the European Union and United States*, in *EIPR*, IV, 2012, 229 s. La sentenza è stata pubblicata anche, ma priva di commento in *Dir. aut.*, II, 2012, 261 s.

<sup>1172</sup>Oltre alla sentenza occasione della nostra riflessione, la Corte eur. giust. si è espressa ripetutamente *in subiecta materia*; gli arresti più rilevanti sembrano essere Corte eur. giust., grande sez., 3-7-2012, C-128/11, cit.; Corte eur. giust., 22-12-2010, C-393/09, cit. (cfr. M. BASSINI, *Diritto d'autore e tutelabilità dell'interfaccia grafica utente del software: alcuni importanti rilievi della Corte eur. giust.*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, II, 508 s.) e Corte eur. giust., 16-7-2009, C-5/08, cit. (su cui v. ad es. G. SCHULZE, *Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?*, in *GRUR*, 2009, 1019 s). Per più completi riferimenti bibliografici mi sia

vagliare la persistenza di terminati principi della tradizione autoriale. Principi che, beninteso, sovente dovranno subire degli adattamenti, condividendo in pieno la preoccupazione di Spada, che, nel «tentativo, spesso funambolico, di adattare le tecniche tradizionali di protezione, prima fra tutte l'esclusiva, all'ambiente digitale, planetario ed interattivo»<sup>(1173)</sup> si finisca per «mettere il vino nuovo nelle vecchie botti»<sup>(1174)</sup>.

Le pronunce europee in materia di programmi per elaboratore costituiscono, insomma – mutuando un'espressione icastica – la specola ideale per tornare a verificare se il diritto d'autore sia «l'agnello sacrificale dell'impetuoso sviluppo della rete e delle sue infinite applicazioni»<sup>(1175)</sup>.

Secondo la Corte di Lussemburgo nel recente caso SAS Institute c. WPL (nel prosieguo, anche «caso SAS»), «il vantaggio principale della tutela dei programmi per elaboratore mediante il diritto d'autore<sup>(1176)</sup> risiede nel fatto che essa concerne soltanto l'espressione individuale dell'opera e offre quindi uno spazio sufficiente a permettere ad altri autori di creare programmi simili, o perfino identici, purché essi si astengano dal copiare» (§ 41)<sup>(1177)</sup>. La vera *ratio decidendi* sembra essere quella per cui «ammettere che la funzionalità di un programma per elaboratore possa essere

---

consentito il rinvio a NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore*, cit., 73, nt. 10-11. Hanno toccato altresì la materia in esame, pur non consegnando rilevanti statuizioni di merito, Corte eur. giust., 15-10-2009, C-275/08, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2009, I-168 (su cui v., ad es., R. GRASBÖCK, *Intransparente Vergabeverfahrensschritte, Vertragsverletzung und Präklusionsaspekte*, ZVB, 2010, 338); Trib. eur., 9-9-2010, T-63/06, *Evropaiki Dynamiki-Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze (OEDT)*, *ivi*, 2010, II-177 Trib. eur. 11-5-2010, T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV c. Commissione europea*, *ivi*, 2010, II-1541; Corte eur. giust., 16-11-2006, C-306/04, *Compaq Computer International Corporation c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Arnhem*, *ivi*, 2006, I-10991; Corte eur. giust., 20-2-1997, C-114/94, *Intelligente Systemen, Database toepassingen, Elektronische diensten BV (IDE) c. Commissione delle Comunità europee*, *ivi*, 1997, I-803 s. (cfr. M.J. URREA SALAZAR, *Atribución de jurisdicción al TJCE en virtud de una cláusula compromisoria: cuestiones de derecho aplicable en los contratos efectuados por la Comunidad con particulares*, Noticias de la Unión Europea 1998 n° 163/164, 25 s.); Corte eur. giust., 11-8-1995, C-432/93, *Société d'informatique service réalisation organisation (SISRO) c. Ampersand Software BV*, *ivi*, 1995, I-2269 Corte eur. giust., 18-4-1991, C-79/89, *Brown Boveri & Cie AG c. Hauptzollamt Mannheim*, *ivi*, 1991, I-1853 s.

<sup>1173</sup>SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, cit., 228.

<sup>1174</sup>*Ibidem*.

<sup>1175</sup>NIVARRA-RICCIUTO, *Internet e il diritto dei privati*, cit., xi.

<sup>1176</sup>Secondo CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur européen portant sur les logiciels*, cit., 8, nella tutela europea dei programmi per elaboratore si è seguito più il modello del *copyright* che quello del *droit d'auteur*, ed infatti «*si le logiciel se retrouve au «Pays des Merveilles», il le doit à la conception des pays de copyright, en particulier des Etats-Unis, que ne consacrent pas une protection «ouverte» des oeuvres, contrairement à l'approche du droit français qui privilégie la technique législative des notions-cadres et la liste exemplative d'oeuvres. Le copyright impose, à l'inverse, de rattacher impérativement l'objet à protéger à une catégorie connue. Le logiciel, procédant d'une écriture, a ainsi été classé parmi les écrits*». Per la metafora carrolliana l'A. rinvia a M. VIVANT, *Le logiciel au pays de merveilles*, in *JCP*, I, 1985, 3208 s., che parla di *merveilles* riferendosi a vari aspetti della *loi n° 85-660 du 3 juillet 1985*, come – oltre a quanto ricordato da Castets-Renard – l'«avoir vu un gouvernement socialiste, sans doute converti à la real politik, défendre un texte qui, dans sa forme finale, devait déclarer que « le logiciel créé par un ou plusieurs employés... appartient à l'employeur auquel sont dévolus . tous les droits reconnus aux auteurs » (art. 45), aussi fondée que soit l'idée selon laquelle le logiciel doit être conçu comme un élément du patrimoine de l'entreprise» (*ivi*, 3218).

<sup>1177</sup>V. anche TRÉZÉGUET, *Absence de protection des fonctionnalités et du langage de programmation d'un logiciel*, cit., 22, per cui «conformément à la logique de la propriété intellectuelle, alors que le logiciel s'apparente davantage à l'esprit du brevet, la fonctionnalité relève des idées et ne saurait donc être protégé».

tutelata dal diritto d'autore equivarrebbe ad offrire la possibilità di *monopolizzare le idee*, a scapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale» (§ 40). La decisione resa sul caso SAS si inserisce senza soluzione di continuità (<sup>1178</sup>) nel solco già tracciato dalla Corte di Lussemburgo nei recenti arresti *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening* (<sup>1179</sup>) e *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury* (<sup>1180</sup>) e, più in generale, che bene incarna lo spirito di un tempo in cui i beni comuni stanno ritrovando dignità e centralità (<sup>1181</sup>), ciò che si esprime anche nella tendenza – di cui è epifania elettiva l'ormai trentennale (<sup>1182</sup>) movimento *open source*, che non riguarda più solo il *software* (<sup>1183</sup>), ma anche l'*hardware* e i brevetti (<sup>1184</sup>) – a riconoscere, nella *Rangordnung* della costituzione materiale europea, che

---

<sup>1178</sup>In tal senso anche LE STANC, *Le numérique et le droit des biens* cit., 2343, ove si precisa che «A la lecture des textes et de la jurisprudence nationale et communautaire, on savait déjà que la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur était réservée à l'expression des programmes et non aux idées et principes à la base de quelque élément que ce soit desdits programmes». L'A. dà l'impressione di non cogliere a pieno l'importanza della decisione, là dove scrive che «la Cour de justice fournit quelques détails supplémentaires» (ivi, 2344), espressione che può essere accolta solo nella limitata misura in cui vuol indicare la continuità con le precedenti sentenze. Sottolinea taluni aspetti di continuità anche CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur* cit., 6, là dove pone in luce che la Corte, nella sentenza resa sul caso SAS, «renforce [...] sa jurisprudence relative à l'originalité du droit d'auteur européen, en s'appuyant une nouvelle fois sur la directive 2001/29/CE».

<sup>1179</sup>Corte eur. giust.. 16-7-2009, C-5/08 cit.

<sup>1180</sup>Corte eur. giust.. 22-12-2010, C-393/09 cit.

<sup>1181</sup>Rinvio a quanto scritto nel precedente capitolo. Basti ricordare che anche a livello europeo è stato riconosciuto che la vera sfida per il futuro è quella dei beni comuni globali (COM(2013)92 final), § 1.4.3.

1182

A voler individuare il *dies a quo* di questa tendenza oramai pervasiva, esso può essere individuato nel 1984. Fu allora che Richard M. Stallman, un programmatore del MIT, scrisse un sistema operativo pienamente compatibile con Unix – sistema operativo proprietario multi-utente, *multitasking* e portabile su un gran numero di architetture di elaboratori, creato negli anni Sessanta del secolo scorso dalla AT&T – ma costituito da *software* libero. Si tratta del noto progetto GNU, *Gnu's not Unix*, da cui la diffusissima licenza GNU *General Public License* o *GnuGPL*, definita, nel *Preamble* della medesima, come «a free, copyleft license for software and other kinds of works». V., *amplius*, R. BORRUSO-R.M. DI GIORGI-L. MATTIOLI-M. RAGONA, *L'informatica del diritto*<sup>2</sup>, Milano, 2007, 46-47 e cfr. R.M. STALLMAN, *Free software, free society*, Boston, 2002, *passim*.

<sup>1183</sup> Per dirla con la recente Corte cost., 26-3-2010, n. 122 cit., «nel linguaggio informatico il concetto di *open source* e *software* libero individua un modello volontario di licenza e sub-licenza per lo sfruttamento del diritto d'autore su un programma per elaboratore, che si fonda sulla diretta accessibilità al sottostante codice sorgente e sulla libera modificabilità del software concesso in uso secondo tale modello. La licenza di tipo *open source*, quindi, esprime la rinuncia volontaria del titolare del *copyright* ad utilizzare le facoltà escludenti tipiche di esso, così favorendo l'interesse degli altri operatori/utenti, sia a fruire della conoscenza del codice sorgente, sia ad utilizzare i prodotti sviluppati sulla base del primo». Come ricava anche dalla lettura della *GnuGPL* – consultabile all'indirizzo <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html> – un programma per elaboratore *open* deve essere connotato da quattro libertà: di eseguire il programma per qualsiasi scopo, di studiare il programma e modificarlo accedendo al codice sorgente, copiarlo, apportare miglioramenti ad esso e distribuirlo. Cfr. P. SUBER, *Creating an Intellectual Commons through Open Access, in Understanding Knowledge as a Commons*, cit., 171 s. e C.M. SCHWEIK, *Free/Open-Source Software as a Framework for Establishing Commons in Science*, ivi, 277 s.

<sup>1184</sup>V., ad es., COLEY, *Take Advantage of Open-Source Hardware*, cit., 20 GRAMES-REDLICH-WULFSBERG, *Open Source Hardware*, cit., 314 e MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 804. La letteratura sull'*open source software* è oramai sterminata, basti qua ricordare i pregevoli contributi di M. BERTANI (a cura di), *Open Source*, Quaderni di AIDA n. 13, Milano, 2005; P. GUARDA, *L'open access per la dottrina giuridica e gli open archives: verso un futuro migliore?*, Relazione al seminario «From Information to Knowledge - On Line Access to Legal Information Methodologies, Trends and Perspectives», Firenze, 6-5-2011), in *Inf. e dir.*, 2012, II, 227 S. ALIPRANDI-C. PIANA, *Il Free and Open Source software nell'ordinamento italiano: principali problematiche giuridiche*, in *Inf. e dir.*, 2012, I, 79; G. SANSEVERINO, *Le licenze free e open source*, Napoli, 2007, *passim*; T. JAEGER-A. METZGER, *Open Source Software: Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*<sup>2</sup>, München, 2006, *passim*; G. GUGLIEMETTI, *Open source e interoperabilità con software proprietario*, in *AIDA 2004*,

determinati interessi generali <sup>(1185)</sup> sono poziori rispetto ai diritti esclusivi sui beni immateriali di natura intellettuale, ai quali sempre meno si attaglia il paradigma proprietario, che scolora da naturale inquadramento tassonomico ad etichetta dal sapore marcatamente posticcio <sup>(1186)</sup>. Peraltro, come si vedrà, la tendenza che si procede qui ad illustrare trova conferma nella più recente delle sentenze della Corte eur. giust. in materia di programmi per elaboratore, resa sul caso *UsedSoft c. Oracle* <sup>(1187)</sup>.

La sentenza ribadisce – traendone importanti conseguenze dogmatiche e pratiche – la dicotomia idea-espressione, un principio tradizionale che trova applicazione tanto nel diritto «comune» d'autore, quanto in quello «speciale» concernente i programmi per elaboratore. A dimostrare la sua importanza, anche il fatto che esso valga tanto nei sistemi di *Civil Law*, tanto in quelli di *Common Law*, tanto, quindi, nel *droit d'auteur*, quanto nel *copyright* <sup>(1188)</sup>.

È degno di nota, peraltro, che la disposizione per cui «*copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation, or mathematical concepts as such*» (art.9 § 2 TRIPs) è stata originariamente concepita proprio con riferimento ai programmi per elaboratore e successivamente estesa a tutte le opere» <sup>(1189)</sup>.

Il principio ha ricevuto consacrazione positiva in più di un testo internazionale <sup>(1190)</sup>, europeo

---

2005, 144 M.A. LEMLEY-Z. SHAFI, *Who Chooses Open-Source Software?*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2011, 139; AA.VV., *Open Source*, Atti del Convegno, Foggia, 2/3-7-2004, Milano, 2005. V. in particolare ALIPRANDI-PIANA, *Il Free and Open Source software*, cit., 79, per cui «il *Free and Open Source Software - FOSS* è uno dei fenomeni più interessanti del mondo delle tecnologie e che più di altri ha cambiato il modo di intendere l'innovazione e di gestire il lavoro di progettazione e sviluppo di soluzioni informatiche. Come tutti i fenomeni innovativi, che si distinguono per la loro effettiva novità e continua evoluzione, crea spesso alcuni problemi di inquadramento da parte della scienza giuridica, la quale – per definizione – ha un fisiologico ritardo rispetto all'evoluzione tecnologica nonché rispetto ai modelli di business e alle prassi sociali».

<sup>1185</sup> La stessa Commissione, che tiene in materia di IP un atteggiamento di norma attento più agli aspetti economici, che non agli interessi generali contrapposti, ha avuto recentemente modo di chiarire che il regime europeo di IP, per essere adatto alla *new economy* che ci attende, è necessario che «ricompensi gli sforzi creativi e inventivi, generi incentivi per innovazioni basate nell'UE e *promuova la diversità culturale*» (COM(2011) 287 definitivo, § 1, enfasi aggiunta). Si tratta della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni «Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa».

<sup>1186</sup> Per ciò che concerne il punto specifico dei diritti sui programmi per elaboratori, nessuno ne ha affermato la natura proprietaria – contro la chiara lettera della legge – con altrettanta convinzione di J. MARLY, *Die Qualifizierung der Computerprogrammen als Sache nach § 90 BGB*, in *BB*, 1991, VII, 432 in senso contrario la dottrina e la giurisprudenza ampiamente maggioritarie, per tutti v. M. KORT, *Software – eine Sache? Zivil- und handelsrechtliche Überlegungen anlässlich des Urteils des BGH vom 14.7.1993*, in *DB*, 1994, II, 1505 s.

1187

Corte eur. giust., grande sez., 3-7-2012, C-128/11, cit., *passim*.

<sup>1188</sup> Nella giurisprudenza di *Common Law* il *leading case* resta *Balken v. Selden*, 101 US 99 (1879). Sul riavvicinamento dei due sistemi v. LOEWENHEIM, *Copyright in Civil Law and Common Law Countries*, cit., spec. 162.

<sup>1189</sup> Così R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, in *Riv. dir. civ.*, VI, 2008, 665.

<sup>1190</sup> V. l'art. 8, § 2, TRIPs, là dove tien fermo che «la protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali». Restando ai testi internazionali più rilevanti, una menzione merita anche l'art. 2 del Trattato OMPI/WIPO – recentemente entrato in

(<sup>1191</sup>) e interno (<sup>1192</sup>), nonché in una pressoché corale giurisprudenza (<sup>1193</sup>).

Venendo alla letteratura, è stato osservato che, dacché si tratta di applicazione di un principio generale, valido per tutto il diritto d'autore, le esplicite previsioni sommariamente qui ricordate costituiscono un pleonasma denotante la difficoltà di distinguere con sufficiente nitore, nel caso del *software*, la carica ideativa della creazione dalla sua forma espressiva. Si rileva, poi, che i principi testé evocati siano insuscettibili di applicazione *de plano* alla materia della tutela dei programmi per elaboratore. In particolare, nel programma i singoli passaggi e le loro concatenazioni appaiono finalizzati all'idea-scopo che il procedimento mira a realizzare; ed è per questo che non si potrebbe scindere la forma di espressione dal contenuto ideativo (<sup>1194</sup>). Si aggiunge poi che il binomio forma-contenuto sarebbe criticabile poiché nel programma la creazione intellettuale consiste proprio nelle istruzioni in sé considerate e non nel loro modo di espressione (<sup>1195</sup>).

Ad avviso di chi scrive, è cruciale rilevare che le impostazioni che sminuiscono il principio della distinzione dicotomica fra idea ed espressione – col corollario necessario della tutela del solo

---

vigore anche per l'Unione europea – il quale prescrive che «La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali».

<sup>1191</sup> Particolarmente esplicita è la prop. dir. 91/250, là dove statuisce che «la tutela offerta dal diritto di autore non conferisce monopoli che ostacolano gli sviluppi indipendenti. Il diritto di autore tutela soltanto l'espressione dell'idea ma non l'idea alla base dell'opera; esso, pertanto, non arresta il progresso tecnico né impedisce a coloro che hanno sviluppato in maniera indipendente un programma per elaboratore di godere dei benefici del proprio lavoro e dei propri investimenti» (§ 3.6). Il quattordicesimo *considerando* della dir. 91/250 consacra il principio col dire che, "le idee e i principi che sono alla base della logica, degli algoritmi e dei linguaggi di programmazione non sono tutelati a norma della presente direttiva". Questi elementi, come aveva già chiarito la proposta di direttiva, «sono l'equivalente delle parole, con le quali il poeta o lo scrittore creano la propria opera letteraria o delle pennellate dell'artista o delle scale musicali del compositore» (§ 2.4). Criticano la metafora R. RISTUCCIA-V. ZENO ZENCOVICH, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel d.lgs. 518/1992. Con 65 decisioni di giudici italiani*<sup>2</sup>, Padova, 1993, 7, che notano come essa non trovi traccia nella versione definitiva della direttiva, neanche fra i *considerando*.

<sup>1192</sup> Così, ai sensi dell'art. 2, n. 8, l. aut. «Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce». Il § 69a, Abs. 2, UrhG è del medesimo tenore, prescrivendo che «*Der gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms. Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht geschützt*».

<sup>1193</sup> Quanto alla giurisprudenza europea, prima della decisione che qui si annota, v. già Corte eur. giust. 22-12-2010, C-393/09, cit., § 2, che però – a differenza del caso SAS – si limita a richiamare l'art. 1, § 2 dir. 91/250. Per la giurisprudenza interna, significativa è Trib. Bari 14-03-2007, in *Dir. internet*, V, 2007, 447, con nota di E. PELINO, *Lecito commercializzare programmi simili, se si variano le procedure di sviluppo*, che, richiamando l'art. 2, n. 8 l. aut., ne «deduce che il diritto d'autore, in ordine ai programmi per computer non preclude a colui che carpisce l'idea posta alla base di un *software*, di scrivere programmi simili, variando le procedure di sviluppo dello stesso». V. anche Trib. Roma, 20-12-1993, in *Dir. informaz. e informatica*, 1994, 365 e Pret. Torino, 10-2-1993, *ivi*, 1993, 748 con nota di R. RISTUCCIA, *Idea e forma espressiva del software*, là dove si statuisce che «anche il diritto di autore su un programma per elaboratore tutela esclusivamente la forma espressiva e non il contenuto rappresentato dall'algoritmo». Per la giurisprudenza di *Common Law*, v., ad es., *Narell v. Freeman*, 872 F.2d 907, 910 (9th Circ. 1989) e *Warner Bros. v. American Broadcasting Cos.*, 654 F.2d 204, 208 (2d Cir. 1981).

<sup>1194</sup>

Così G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in *Giur. comm.*, 1984, 270 s..

<sup>1195</sup>G. FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1989, 89 s.



primo termine della relazione – recano con esse il rischio di un'incontrollabile estensione dell'area dei beni immateriali suscettibili di appropriazione, in contrasto con la natura dei diritti IP <sup>(1196)</sup> e col loro fondamento, oltretutto con le tendenze *open source-oriented* che connotano l'attuale *milieu* autoriale.

Le ricostruzioni della dicotomia in termini di mito <sup>(1197)</sup> possono essere compresi in quanto espressione delle – fondate – critiche della dottrina alla scelta legislativa di tutelare i programmi per elaboratore come opere dell'ingegno e non mediante brevetti. Per dimostrare l'inappropriatezza dell'opzione, si mette in luce come i principi-cardine del diritto d'autore, per via della natura adespota dei programmi per elaboratore <sup>(1198)</sup>, subiscano *in subiecta materia* torsioni tali da rendere la veste autoriale geneticamente incompatibile con l'oggetto di tutela in esame.

Ora, è condivisibile che si avanzino considerazioni *de iure condendo* nella direzione di una disciplina che meglio si attagli all'oggetto, ma detto scopo non deve far sì che si ammantino la difficoltà pratica di distinguere tra idea ed espressione, con le improprie vesti dell'inconfigurabilità ontologica.

È senz'altro vero che determinati principi tradizionali subiscono notevoli adattamenti quando calati nel mondo digitale: così la distinzione *corpus mysticum/corpus mechanicum* <sup>(1199)</sup>, così pure l'originalità, che subisce un evidente abbassamento di standard <sup>(1200)</sup>. A ciò si aggiungono i rischi di *ménage à deux* <sup>(1201)</sup> connessi alla tutela brevettuale delle *computer-implemented inventions* (CII) <sup>(1202)</sup>. Stando così le cose, rinunciare a un principio come quello della inappropriabilità delle idee è

---

<sup>1196</sup>Cfr., *ex plurimis*, HUGHES, *Copyright and Incomplete Historiographies*, cit., 993 e LAWSON-REMER, *Values Under Siege*, cit., 481 s.

<sup>1197</sup> Cfr. R.H. JONES, *The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, in *Pace L.R.*, III, 1990, spec. 554, disponibile anche *online* all'indirizzo [digitalcommons.pace.edu/plr/vol10/iss3/1](http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol10/iss3/1).

<sup>1198</sup> La natura dei programmi per elaboratore è stata definita, nel tempo, adespota (PARDOLESI, *Software, property rights*, cit., 300), *complex and unique* (K. FOTINOPOULOS, *The day after the Computer-Implemented Inventions Directive: who won the battle and when shall the war end?*, 4:2 *SCRIPTed* 180, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-2/fotinopoulos.asp>, 2007, 2), ibrida (M.A. CARUSO, *Disciplina giuridica del software e interesse della collettività*, Milano, 1989, 9). Pur non volendo forzatamente tentare una *reductio ad unum* di un universo effettivamente multiforme, a me sembra si possa pacificamente asserire che «il software [è] concettualmente l'idea di soluzione di un programma tecnico...quindi un'invenzione» (G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 201), e questo è un dato che la «strumentale assimilazione del software alle opere letterarie» non potrà occultare, perché *nomina sunt consequentia rerum*, non nel senso che il nome deriva dalla natura delle cose, ma che viene dopo.

<sup>1199</sup>

Per T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, in *Giur. it.*, VIII-IX, 2011, 1959, «Internet rappresenta il passo forse definitivo verso la completa emancipazione del *corpus mysticum* da quello *mecanicum*» (*sic*).

<sup>1200</sup> Così, ad es., AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore*, cit., 53.

<sup>1201</sup> L'efficace formula è di GHIDINI ET AL., *Il software fra brevetto e diritto d'autore*, cit., 71.

<sup>1202</sup> Sulla brevettabilità delle CII cfr., *ex multis*, M. RANIELI, *Cronache in tema di brevettabilità delle invenzioni software related, con particolare riguardo al ruolo dell'EPO e alla più recente giurisprudenza del Regno Unito*, in *Riv. dir. ind.*, IV-V, 2009, 233 s. e l'articolo «*Patents for software? Law and practice at the European Patent Office*», pubblicato anonimo sul portale ufficiale dell'UEB. L'ultima decisione adottata dal *Board of Appeal* dell'UEB è stata di rigetto per «*lack of novelty*». Nel caso affrontato in *Boards of Appeal of the European Patent Office*, 21-9-2012, T 2207/08, *Integrable software component/Perkinelmer*, 1712989, *The invention relates to*



un'operazione azzardata e sconsigliabile, essendo preferibile che l'interprete miri a ricostruire la coerenza di un sistema consegnatoci ormai da oltre trent'anni, evitando fughe in avanti (o indietro) che, in una sorta di eterogenesi dei fini, lungi dal raggiungere l'obiettivo di indurre il legislatore a rivedere le proprie scelte, sortiscono solo l'effetto di rendere più vasta e più indefinita l'area dell'appropriabile nell'era digitale.

Disegnare i confini fra idea ed espressione è operazione ardua, specialmente nel campo dei programmi per elaboratore. Il valore della certezza del diritto vorrebbe che essa fosse appannaggio del legislatore, sebbene si possa fondatamente dubitare della praticabilità dell'opzione. Non ci resta, allora, che plaudere all'*actio finium regundorum* cui sta procedendo, con costanza e, di massima, coerenza, la somma istanza giurisdizionale europea e cercare di costruire un *framework* dogmatico che tenga conto della natura dei beni in esame, agendo però sempre all'interno del sistema positivo.

Fra le questioni affrontate dalla Corte, qui sarà sufficiente affrontare quella della esclusione dalla tutela di funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati (<sup>1203</sup>).

Il recente arresto è l'esito di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta *ex art.* 267 TFUE dalla England and Wales High Court of Justice nell'ambito di una controversia che oppone le società SAS Institute Inc. e World Programming Ltd. (nel prosieguo, rispettivamente, il SAS Institute e la WPL) (<sup>1204</sup>). Nel caso di specie, il SAS Institute aveva esperito un'azione di contraffazione avverso la WPL per lamentata violazione del suo diritto d'autore sui programmi per elaboratore e sui manuali d'uso relativi al suo sistema informatico.

Il SAS Institute è una società che sviluppa *software* analitici ed ha creato il c.d. sistema SAS, un insieme integrato di programmi informatici che consente agli utenti di porre in essere molteplici

---

*a software component for controlling access to the functionality provided by a host application. The software component, referred to as "integrable", is integrated with the host application and offers security services (and is hence described as a "global security component"). The central feature of the claimed invention is that the software component "control[s] access to functions of the host application on the basis of data supplied to the integrable software component by a user and data stored in an external database" (§ 3).*

<sup>1203</sup> Per le altre questioni – attinenti *in primis* alle facoltà del licenziatario e alla tutela del manuale d'uso – mi sia consentito il rinvio a NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono*, cit., *passim*

1204

Oltre al caso in esame, bisogna segnalare che il SAS Institute ha citato in giudizio la WPL anche innanzi la US District Court for the Eastern District of North Carolina, Western Division, ma la vicenda si è conclusa il 22-6-2011 con la statuizione del *Chief Justice* Louise W. Flanagan per cui «*the parties have raised for the court's consideration a variety of interesting and complex questions of law. But after considering the able arguments of counsel for both sides, the court is unable to conclude that it clearly erred in dismissing this action on for forum non conveniens. As such [...] plaintiff's motion to alter or amend judgement pursuant to Rule 59(e)(DE #53) is DENIED*». L'ordinanza è consultabile *online* sul portale <http://law.justia.com/>. Il SAS Institute fu al centro di un altro importante caso statunitense, *SAS Inst., Inc. v. S&H Computer Sys., Inc.*, 605 F. Supp. 816, 225 U.S.P.Q. (BNA) 916 (M.D. Tenn. 1985); allora il punto nodale era l'interoperabilità, posto che la S&H aveva creato l'INDAS, un programma per elaboratore molto simile al SAS, ma in grado di funzionare non solo sui computer IBM, bensì anche su computer *Digital Equipment Corporation*. Allora a vincere la causa fu il SAS Institute ed è degno di menzione che il giudice statunitense rilevi che «*The Court has found as a matter of fact that the expression, and not merely the ideas, of SAS was duplicated*» (§ 829). Cfr. S.A. DUNN, *Defining the Scope of Copyright Protection for Computer Software*, in *Stan. L. Rev.*, 1986, XXXVIII, 497 e spec. 512.

operazioni di elaborazione e analisi dei dati, in particolare analisi statistiche. La componente centrale del sistema, detta «base SAS» permette agli utenti di scrivere – in un linguaggio noto appunto come «linguaggio SAS» - ed eseguire *scripts* <sup>(1205)</sup> più adatti per il trattamento dei loro dati.

Onde sfruttare la domanda potenziale di *software* alternativi in grado di eseguire applicazioni scritte in detto linguaggio, la WPL ha creato il *World Programming System* (nel prosieguo, WPS), in grado di emulare molte delle funzionalità dei moduli SAS, in modo tale da garantire che i medesimi *input* generino i medesimi *output* <sup>(1206)</sup>, dimodoché gli utenti del sistema SAS possano utilizzare nel WPS i medesimi *scripts* già sviluppati per essere impiegati nel primo. A ben guardare, la decisione annotata appare così «*drastisch, weil sie Urheberrecht selbst dann versagt, wenn der vollständige Funktionsumfang eines Programms identisch reproduziert wird*» <sup>(1207)</sup>.

E in effetti, numerosi elementi del nuovo software sono pressoché identici al vecchio, ma – ciò che sembra essere dirimente – non è stato dimostrato in sede di merito che la WPL, per far ciò, abbia avuto accesso al codice sorgente dei moduli SAS, che essa abbia copiato una parte qualsiasi del testo di tale codice oppure abbia copiato una qualsiasi parte della concezione strutturale di detto codice (§ 25) <sup>(1208)</sup>.

Sebbene sia normalmente riconosciuta tutela ad entrambi <sup>(1209)</sup>, quella fra codice oggetto e

---

<sup>1205</sup> Lo *script* è una «*executable list of commands written in a programming language*» (definizione tratta da AA. VV., *Il McGraw-Hill Zanichelli. Dizionario enciclopedico scientifico e tecnico*3, Bologna, 2004, *ad vocem*). Esso è stato definito come un tipo particolare di programma – la cui classe più nota è costituita dagli *Shell scripts* – le cui caratteristiche principali sono la complessità relativamente bassa; l'utilizzo di un linguaggio interpretato; l'integrazione in un processo di configurazione automatica del sistema, in una pagina *web*, o comunque per svolgere mansioni accessorie e molto specifiche; la linearità (uno *script* può anche accettare *input* dall'utente, ma solitamente *input* diversi non modificano sostanzialmente la struttura del diagramma a blocchi che descrive il comportamento dello *script*); la mancanza di una propria interfaccia grafica; il richiamo di altri programmi per svolgere operazioni più sofisticate.

<sup>1206</sup> Come chiarito da BORRUSO ET AL., *L'informatica del diritto*, cit., 36-37, «con il termine *input* (letteralmente dall'inglese «messa dentro») si vuole intendere l'immissione dei dati nel computer da parte dell'utente attraverso gli strumenti di *input*. Con il termine *output* (letteralmente dall'inglese «messa fuori») si vuole intendere la procedura inversa, cioè la evidenziazione delle procedure di elaborazione percepito all'esterno grazie agli strumenti di *output*». I principali dispositivi di *input* sono la tastiera, il *mouse*, lo *scanner* e gli apparecchi di registrazione (*webcam*, microfoni, ecc.); monitor, stampante e casse audio sono, invece, dispositivi di *output*.

1207

HEYMANN, *EuGH: Kein Urheberrechtsschutz*, cit., 435, che, però, come si vedrà *infra*, tende a sminuire grandemente la portata dell'arresto.

<sup>1208</sup> Ancora più esplicita è EWHC, Chancery Division, 28-7-2010, HC09C03293, in *GRUR Int*, 2011, 170, § 69, là dove si rileva che «*there is no dispute that none of the developers of WPS have ever had access to the source code of any of the SAS System. In particular, there is no suggestion that any of them have ever decompiled any SAS object code or even attempted to do so*». Questa circostanza fa supporre che non possa considerarsi superata quella giurisprudenza per cui è vietato «lo sfruttamento dei codici del prodotto originale per l'elaborazione di un programma sostanzialmente simile nella sua forma» (Cass. 8-3-2002, n. 15968, in *Riv. Pen.*, 2003, 448 s.). Segnalo che il *dictum* europeo è stato recepito da *SAS Institute Inc v World Programming Ltd* [2013] EWHC 69 (Ch), su cui v. R. ONSLOW-I. JAMAL, *Copyright Infringement and Software Emulation: SAS Inc v World Programming Ltd*, in *European Intellectual Property Review*, 2013, 352.

<sup>1209</sup> Così, ad es., Trib. Bologna sez. IP, 17-1-2006, cit., 363 s., ove si legge che relativamente al *software*, non ne risultano protetti né lo scopo, inteso come il fine che si propone (nel suo complesso e nei suoi c.d. moduli), né gli algoritmi matematici che implementano le funzioni che il programma deve compiere, né la c.d. *flowchart*, che

codice sorgente è una distinzione fondamentale. Come rilevato in dottrina e come risulta dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa in esame, codice sorgente è quello scritto in linguaggio di programmazione ad alto livello di astrazione (FORTRAN, C++, Pascal, ecc.) comprensibile all'uomo, ma non alla macchina; per essere letto da quest'ultima il codice deve essere tradotto dal compilatore in linguaggio-macchina codificando le istruzioni in forma binaria, ciò che prende il nome di codice oggetto ed è quello che, mediante impulsi elettrici o magnetici incorporati su nastro o disco, fornisce materialmente istruzioni all'elaboratore. In questa ultima forma il programma comunica con il computer ed è generalmente arduo derivare da esso le istruzioni impartite dal programmatore <sup>(1210)</sup>.

Come ricordato di recente dalla Corte costituzionale <sup>(1211)</sup>, attraverso la conoscenza del codice sorgente si può apprendere la struttura del programma, la logica posta alla base della sua realizzazione, ed è possibile effettuare qualsiasi intervento modificativo, anche al fine di conseguire una interoperabilità o integrazione con altri programmi. Per tali ragioni, nei tradizionali modelli contrattuali di concessione in uso del *software* – non, cioè, nel caso di licenza *open source* <sup>(1212)</sup> –

---

descrive ad un livello di dettaglio le modalità con cui le diverse parti interagiscono tra loro; per contro, trovano sicuramente protezione sia il codice sorgente, ovverosia l'insieme dei passaggi e comandi predisposti dall'autore in una forma espressa costituita da un linguaggio comprensibile all'uomo, sia il c.d. codice oggetto, ovvero la traduzione del codice sorgente nel linguaggio macchina (il quale, pure non essendo espressione comprensibile all'uomo, rientra nella tutela di cui al richiamato art. 2 n. 8, l. aut. in virtù del riferimento testuale «in qualsiasi forma espressi»).

<sup>1210</sup> Così A. ANTONIAZZA, *Programmare ai tempi del diritto. La tutela giuridica dei programmi per elaboratore in Europa e negli Stati Uniti d'America*, Trento, 2009, 49. In *Conclusioni dell'Avvocato Generale Y. Bot*, 29-11-2011, C-406/10, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd.*, nt. 10, inedite, si legge che «All'origine di un programma per elaboratore vi è il codice sorgente, scritto dal programmatore. Tale codice, costituito di parole, è intelligibile per la mente umana. Esso, tuttavia, non è eseguibile dalla macchina. Per divenirlo, dev'essere passato al compilatore per venire tradotto in linguaggio macchina in forma binaria, di norma espresso con le cifre 0 e 1. Quest'ultimo è ciò che viene denominato «codice oggetto». Fornisce una definizione più ampia dei termini in questione l'art. 1, co. 1, GnuGPL, a mente del quale «*The 'source code' for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. 'Object code' means any non-source form of a work*». Sull'importanza del codice sorgente è particolarmente efficace P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da F. Galgano, XLI, Padova, 2006, 304-305: «attraverso la conoscenza del codice sorgente è agevole apprendere la intera architettura del programma, la logica posta alla base della sua realizzazione ed è altresì possibile operare qualunque intervento modificativo o strutturale su di esso ampliandone ad esempio le funzionalità, o conseguendone una interoperatività od un'integrazione con altri programmi [...] è l'unico elemento che consente ogni tipo di intervento sulla struttura del programma per elaboratore e costituisce il nucleo essenziale del software il suo cuore vitale ed il centro originario di tutte le sue potenzialità future». V. anche D. CATERINO, *Software e rifiuto di licenza del codice sorgente*, in *AIDA 2004, 2005*, 391, per cui «conoscere il codice sorgente significa, per un utente evoluto, poter accedere alla struttura logica del programma e modificarla, integrandola con funzioni e soluzioni personalizzate, o correggendo eventuali errori di programmazione».

1211

Corte cost., 26-3-2010, n. 122, cit.

<sup>1212</sup> Rileva Corte cost., 26-3-2010, n. 122 cit. che, «accanto al modello di licenza tradizionale, che prevede il pagamento di un corrispettivo a fronte della concessione del diritto d'uso, si sono imposti, nel mondo dell'informatica, schemi negoziali alternativi, i quali consentono all'utilizzatore del programma di avere una disponibilità completa sul codice sorgente e d'impiegare il *software* anche senza corrispettivo. Si tratta di formule contrattuali che concedono il diritto di utilizzare il programma in ogni settore di attività. In sostanza, quindi, come nota la Regione Piemonte (il punto non è controverso), un programma *open source* è un *software* che il creatore ha deciso di mettere a disposizione degli altri utenti, autorizzandoli a studiare il codice sorgente, a modificarlo e a ridistribuirlo liberamente, sia pure con le limitazioni che le parti possono pattuire nell'ambito dell'autonomia

non è consentito all'utente di ottenere la disponibilità del codice sorgente. Ciò posto, come ricordato anche nella recente giurisprudenza di merito, «l'utilizzo dei codici sorgente [...] è lecita se volta a conseguire l'interoperabilità con altri programmi, sempre che tali attività siano eseguite dal licenziatario, da chi abbia diritto ad utilizzare una copia del programma, o, per loro conto, da chi è autorizzato a tal fine» (<sup>1213</sup>).

La questione che qui ci occupa concerne l'interpretazione dell'art. 1, § 2, dir. 91/250 (corrispondente all'art. 1, § 2, dir. 09/24) e in particolare se esso debba essere interpretato nel senso che la funzionalità di un programma per elaboratore, nonché il linguaggio di programmazione e il formato dei *file* di dati utilizzati nell'ambito di detto programma per sfruttare determinate sue funzioni costituiscano una forma di espressione del medesimo e possano, a tale titolo, essere protetti dal diritto d'autore sui programmi per elaboratore ai sensi della predetta direttiva (§ 29).

La *ratio decidendi*, che illumina di sé l'intera decisione, è che «ammettere che la funzionalità di un programma per elaboratore possa essere tutelata dal diritto d'autore equivarrebbe ad offrire la possibilità di *monopolizzare le idee*, a scapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale» (§ 40), una statuizione tanto più importante, ove si ponga mente a quanto la Corte sia restia ad affermazioni di principio.

A tal proposito, autorevole dottrina d'oltralpe rileva che «*cette affirmation très générale n'était pas nécessaire, aussi n'est-elle certainement pas innocente*» (<sup>1214</sup>) e la interpreta come un monito indirizzato anche all'Ufficio Europeo dei Brevetti (EUB o EPO): il principio della illiceità dei monopoli sulle idee non è esclusivo del diritto d'autore, ma è generale e in quanto tale applicabile anche alle privative industrialistiche. Se l'indicazione della Corte dovesse trovare accoglimento a Monaco, sarebbe lecito attendersi una netta diminuzione del numero di brevetti concessi per le c.d. invenzioni di *software* e, più comprensivamente, le *computer-implemented inventions* (CII).

Si è detto che la decisione si inserisce senza soluzione di continuità nel solco del *ius pretorium* europeo in materia di programmi per elaboratore e ciò vale anche per il punto specifico della tutela della funzionalità di un programma. La Corte, nel caso BSA c. Ministerstvo kultury, ha stabilito che, sebbene il codice sorgente possa essere considerato «forma di espressione» e quindi tutelato, detta nozione va interpretata restrittivamente (con correlativa espansione dell'area occupata

---

negoziale».

<sup>1213</sup> Trib. Torino sez. IP, 16-1-2009 cit.

<sup>1214</sup>

CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur* cit., 9, che prosegue col dire che l'affermazione del ricordato principio generale «*permet d'évincer aussi le brevet pour contrer les tentatives de monopolisation des idées via les brevets sur le logiciels, accordés notamment par l'Office européen des brevets*. La brevettabilité du logiciel consiste précisément à protéger par un monopole une idée ou en concept mis en oeuvre par un ordinateur, ce que la Cour de justice semble désormais vouloir empêcher» (enfasi aggiunta).

delle idee), di talché la GUI non è meritevole di tutela autoriale speciale, in quanto «non consente di riprodurre detto programma, ma *constituisce solo un elemento dello stesso mediante il quale gli utenti ne sfruttano le funzionalità*. Ne consegue che tale interfaccia non costituisce una forma di espressione di un programma per elaboratore ai sensi dell'art. 1, 2, della direttiva 91/250» (§ 41-42).

Nella sentenza resa sul caso SAS non si fa altro, sul punto, che sviluppare e dare consistenza dogmatica al principio della non tutelabilità delle funzionalità <sup>(1215)</sup> di un programma per elaboratore, corollario necessario della dicotomia idea-espressione e dell'interpretazione restrittiva del secondo termine, come imposta dalla Corte di Lussemburgo nell'ottica di evitare la monopolizzazione del sapere, ciò che andrebbe a detrimento, tra l'altro, del progresso tecnico e dello sviluppo industriale.

Nel caso di specie, viene quindi chiarito il fondamento dell'esclusione dalla tutela e viene esteso a tutte le funzionalità di un programma per elaboratore, nonché – ma «*sans grand luxe de motivation*» <sup>(1216)</sup> – al linguaggio di programmazione <sup>(1217)</sup> e al formato dei *file* <sup>(1218)</sup> di dati utilizzati nell'ambito di un programma per elaboratore per sfruttare talune delle sue funzioni (e in particolare

---

<sup>1215</sup> La Corte si pronuncia anche, come si vedrà, sul linguaggi di programmazione e sul formato dei *file* di dati utilizzati nell'ambito di un programma per elaboratore per sfruttare talune delle sue funzioni, ma la esclusione di tutela per essi è conseguente a quella della funzionalità del programma medesimo, come si deduce dall'inciso per cui linguaggio e formato sono «elementi di detto programma mediante i quali gli utenti sfruttano talune funzioni del programma stesso» (§ 42)

<sup>1216</sup>

LE STANC, *Le numérique et le droit des biens*, cit., 2344. L'assenza di un'argomentazione specifica sul punto dipende, a mio sommo avviso, dalla circostanza che le motivazioni alla base della non tutelabilità delle funzionalità possono *de plano* estendersi a linguaggio di programmazione e formato dei *file* di dati. Quanto al linguaggio per programmazione, si diffonde EWHC, Chancery Division, 28-7-2010, cit., §§34-46; in particolare si discute se il linguaggio SAS possa essere considerato un *programming language* oppure un *domain specific computer language* e, più in particolare, un *command language*. Secondo la classificazione, non pacifica, descritta in P. LANDO ET AL., *Towards A General Ontology Of Computer Programs*, 2nd International Conference on Software and Data Technologies, 22/27-7-2007, Atti del Convegno, Barcelona, 5, fig. 7, il *domain specific computer language* è, al pari del *programming language*, un *computer language*, il quale si distingue in *domain specific* e *general purpose*: il linguaggio di programmazione, insieme al *low-level computer language* (in cui sono sussumibili il *bytecode language* e il *machine language*), rientrerebbe in questa seconda sottoclasse. L'impostazione ricordata, fatta propria dai legali e consulenti del SAS Institute, è stata contrastata da quelli della WPL e, alla fine, rigettata dalla High Court, per cui «*the SAS Language as a whole, including the PROC steps, satisfies the IEEE definition of a programming language. In my judgment the SAS Language is a programming language. I am comforted by the fact that this assessment coincides not only with SAS InstitutEs own assessment in paragraph 6 of its Particulars of Claim and in its literature, but also with that of the anonymous author of the entry for «SAS language» in Wikipedia (as last modified on 25 April 2010), which states: «... SAS can be considered a general programming language, though it serves largely as a database programming language and a language with a wide variety of specialized analytic and graphic procedures»*». (§55-56, enfasi aggiunta).

<sup>1217</sup> Il linguaggio di programmazione è costituito da un insieme di parole e di simboli convenzionali, ciascuno dei quali corrisponde a una o più istruzioni in codice macchina. V., più ampiamente, R. BORRUSO-S. RUSSO-C. TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal BIT ad Internet*<sup>3</sup>, Milano, 2009, 175 s.

<sup>1218</sup> Il file è un archivio, cioè un insieme di record logici omogenei, costituiti da dati dello stesso tipo e della stessa struttura, collegati tra loro per il soggetto e l'oggetto. Come noto, l'insieme di più caratteri correlativi – *bytes* o *words* – costituisce un dato, più dati, su un medesimo soggetto od oggetto, danno vita a un record logico. V., *amplius*, BORRUSO-RUSSO-TIBERI, *L'informatica per il giurista*, cit., 25 s.

per interpretare ed eseguire programmi d'applicazione scritti dagli utenti, nonché per leggere e scrivere dati in un formato di dati specifico): nessuno di questi elementi può essere considerato forma di espressione di un programma per elaboratore (§ 39).

Chi sminuisce la portata di Corte eur. giust. 2-5-2012, argomenta sulla nozione di «funzionalità»<sup>(1219)</sup>, adducendo che ad esso non va dato il significato che ha in informatica, ovvero «*Unterprogramme* (1220) [...] *die eine bestimmte Aufgabe erfüllen*»<sup>(1221)</sup>, dandone un'interpretazione restrittiva, ovvero che si tratterebbe solo della «*Fähigkeit eines Computerprogramms aus einer bestimmten Dateneingabe nach einer beliebigen und daher auch variablen Verarbeitungsregel quasi als «black box» das gleiche Resultat wie das Ausgangsprogramm zu erzeugen*»<sup>(1222)</sup>. Niente giustifica l'adozione di canoni ermeneutici restrittivi, per almeno due ordini di motivi.

Anzitutto, quando manca una definizione legislativa ufficiale di una nozione proveniente da campi extragiuridici, è buona norma se non altro partire dalla definizione propria del settore d'origine, abbandonandola solo ove la recezione pedissequa si ponesse in contrasto con le *rationes* proprie del comparto giuridico in esame<sup>(1223)</sup>.

In secondo luogo, è priva di pregio l'obiezione per cui «*legt man diese Definition zugrunde [sc. quella di cui al significato tecnico di funzionalità], wäre die Aussage des EuGH unsinnig. Da ein Programm letztlich nur aus solchen «Programmfunktionen besteht, würde dies im Ergebnis dazu führen, dass Programme grundsätzlich nicht mehr urheberrechtsfähig wären*»<sup>(1224)</sup>. La sentenza SAS, infatti, conferma il principio tradizionale<sup>(1225)</sup> per cui non sono tutelate le singole parti di un'opera, se non siano di per se stesse espressive della personalità dell'autore: il programma per elaboratore continua a godere della tutela autoriale, ancorché lo stesso non valga per le sue singole funzionalità, poiché solo la loro combinazione trasforma una mera idea in una vera e propria espressione tutelabile dal diritto d'autore. È esplicito sul punto l'Avvocato Generale, là dove – in

---

<sup>1219</sup> La funzionalità di un programma per elaboratore è definita da Cour de Cassation, 13-12-2005, 03-21154, in *Bulletin*, 2005 I N° 499, 420 s. come «*la mise en œuvre de la capacité de celui-ci [sc. un programma per elaboratore] à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé*». L'*arrêt* rigetta il *pourvoi* interposto avverso Cour d'appel de Versailles, 12ème ch. sect. 2, 9-10-2003, *Microsoft France c. Synx Relief e a.*, ove, al trentatreesimo *considérant*, si aggiunge che le «*fonctionnalités, en tant que telles, et dans la mesure où elles correspondent à une idée, ne peuvent bénéficier de la protection des oeuvres de l'esprit*».

<sup>1220</sup> Un sottoprogramma, come ricorda S. MIZZARO, *Introduzione alla programmazione con il linguaggio Java3*, Milano, 2001, 101, è «una parte di un programma completo dedicata a svolgere una specifica funzione».

<sup>1221</sup> HEYMANN, *EuGH: Kein Urheberrechtsschutz* cit., 433.

<sup>1222</sup> *Ivi*, 432.

1223

Indicazioni simili fornisce, con riferimento all'assenza di una definizione della nozione di «programma per elaboratore», E. DE CARLO-M. MOLINARI, *Sub Art. 2575, in Azienda – Ditta – Insegna – Marchio – Opere dell'ingegno – Brevetti (Artt. 2555-2594)*, a cura D. De Angelis et al., in *Comm. Cendon*, Milano, 2010, 333, là dove si precisa che «il Legislatore non fornisce la definizione di programma per elaboratore, con la conseguenza che essa debba essere rinvenuta attingendo al significato tecnico-letterale dell'espressione».

<sup>1224</sup> HEYMANN, *EuGH: Kein Urheberrechtsschutz* cit., 433.

<sup>1225</sup> V. da ultimo Cass. 28-11-2011, n. 25173 cit.

parte parafrasando la prop. dir. 91/250 (<sup>1226</sup>) – con perspicuità cristallina afferma «L'autore di un programma per elaboratore, al pari dell'autore di un libro, sceglie le operazioni da compiere e la maniera di esprimere tali operazioni conferisce al programma le sue particolari caratteristiche di rapidità, efficienza e perfino di stile [...] la tutela di un programma per elaboratore è concepibile soltanto a partire dal punto in cui la selezione e la compilazione di questi elementi dimostrano la creatività e l'abilità dell'autore e distinguono la sua opera da quella degli altri autori» (§ 47-48).

Se tutto ciò è vero, bisogna però precisare che l'art. 4, lett. a), dir. 91/250 riserva al titolare del diritto di effettuare o autorizzare atti di riproduzione anche parziale, ciò che si avrebbe nel caso in cui ci si appropriasse surrettiziamente di un codice sorgente altrui, usandolo per creare un programma simile, se non identico. Nel caso di specie, però, la WPL non ha avuto accesso al codice sorgente del programma del SAS Institute e non ha effettuato una decompilazione del codice oggetto dello stesso. È grazie all'osservazione, allo studio e alla sperimentazione del comportamento del sistema SAS che la WPL ne ha riprodotto la funzionalità, utilizzando il medesimo linguaggio di programmazione e il medesimo formato di *file* di dati: questa autonoma attività di studio e ricerca, espressione di interessi anche generali tutelati dall'ordinamento europeo, chiarisce la Corte, non può non rendere pienamente lecita la creazione di un programma simile se non identico.

Funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei *file* di dati non costituiscono una «forma di espressione» sussumibile nel campo di applicazione della dir. 91/250 – ed oggi della dir. 09/24 – ma la Corte lascia aperta, sia pure in un *obiter dictum* pressoché apodittico, «la possibilità, per il linguaggio SAS e il formato di file di dati del SAS Institute, di beneficiare, in quanto opere, della protezione in base al diritto d'autore, ai sensi della direttiva 2001/29, ove essi costituiscano una creazione intellettuale propria del loro autore» (§ 45). È astrattamente possibile che detti elementi dei programmi per elaboratore attingano la tutela del diritto «comune» d'autore (dir. 22-5-2001 n. 29), ma oltre alle condizioni in seno ad esso previste, andrà sempre tenuto conto dei limiti imposti dai principi propri del diritto «speciale» d'autore (dir. 91/250 e, oggi, dir. 09/24), valendo sempre che *lex specialis derogat generali* (<sup>1227</sup>). Il passaggio è inoltre superfluo, essendo la tutela autoriale «generale» già consentita dall'art. 9, § 1, dir. 91/250 (<sup>1228</sup>).

---

<sup>1226</sup> V. in particolare i §§ 2.3 e 2.5, prop. dir. 91/250.

1227

Sulla categoria della specialità e sul suo declino v. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 129 e *passim*. Con riferimento alla estensione di regole «speciali» con particolare riferimento al diritto d'autore e alla nozione di originalità v. le acute osservazioni di CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur* cit. 10, secondo la quale «la Cour de justice donne corps au concept d'originalité en droit européen des contrats, en le détachant de l'interprétation de la norme du droit d'auteur spécial propre au logiciel».

<sup>1228</sup> È utile riportare il tenore letterale dell'art. 9, § 1, dir. 91/250: «le disposizioni della presente direttiva non ostano all'applicazione di altre eventuali disposizioni giuridiche come quelle in materia di diritti brevettuali, marchi commerciali, concorrenza sleale, segreto industriale, tutela dei prodotti che incorporano semiconduttori,

All'esito dell'*actio finium regundorum* della Corte eur. giust. i programmi per elaborare non risultano protetti in modo più debole (<sup>1229</sup>), ma viene meglio definito l'oggetto di tutela. L'opera chiarificatrice è da apprezzare non foss'altro che perché è prevedibile che condurrà ad una riduzione del contenzioso, anche se non sembra sia pacifico che si avranno degli effetti interessanti «sul fenomeno dei *software* c.d. *open source*, i quali potranno avere un maggior sviluppo» (<sup>1230</sup>). Sarebbe più corretto dire che l'autonomia privata, allorquando dà vita a licenze proprietarie, da oggi incontrerà maggiori e più chiari limiti, scontrandosi con norme rese imperative dalle esigenze di contemperamento bene evidenziate nella decisione resa sul caso SAS.

Nel tempo in cui i maggiori colossi multinazionali del pianeta si sfidano a colpi di brevetti e *copyright*, in cui alla guerra tradizionalmente intesa sembra essersi giustapposta quella degli *smartphone* (<sup>1231</sup>), i giuristi sono chiamati a tutelare la coerenza del sistema e vegliare con rinnovata attenzione sulle nuove tecniche di appropriazione del sapere tipiche dell'era digitale, poiché ad andare incontro a rapida obsolescenza sono le tecnologie, non invece i principi del diritto.

La Commissione, nella recente comunicazione su «Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale» (<sup>1232</sup>), ha concluso col dire che «tutte le forme di proprietà intellettuale costituiscono elementi fondamentali della nuova economia basata sulla conoscenza. Gran parte del valore, della capitalizzazione di mercato e dei vantaggi concorrenziali delle imprese europee risiederà in futuro nelle attività immateriali. La proprietà intellettuale rappresenta il capitale che alimenta la nuova economia».

Se così è, i diritti sui beni immateriali rischiano di diventare un «*grand champ de bataille*» (<sup>1233</sup>) com'è stato per il diritto di proprietà secondo Tocqueville e per essi si potrebbe prospettare, per qualcuno è già un atto, una nuova *enclosure*. L'interprete ha, quindi, l'oneroso compito di

---

nonché in materia di diritto contrattuale. Qualsiasi disposizione contrattuale non conforme all'articolo 6 o alle eccezioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2 e 3 è nulla». Il passaggio in corsivo rendere chiaro che l'elencazione ha solo carattere esemplificativo. Per un'interessante applicazione del cumulo di tutele nella recente giurisprudenza di merito italiana v. Trib. Bologna sez. IP, 1-4-2010, inedita, ove si conclude con lo statuire che «Il convenuto, titolare di un'impresa di commercio al dettaglio di prodotti software ed elaboratori elettronici, detiene per vendere e vende elaboratori con programmi abusivi, senza licenza d'uso e manuali di istruzione, documentazione che deve invece accompagnare la vendita dei prodotti originali. Viene pertanto violato il diritto patrimoniale esclusivo di autore di cui all'art. 64 *bis*, legge n. 633/1941, il diritto all'esclusiva sui marchi e tale comportamento costituisce anche concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c. nei confronti del produttore e distributore dei prodotti originali». Per un altro caso di cumulo col marchio v. Trib. Padova, 13-1-2004, in *Giur. it.*, 2004, XII, 2344 s., con nota di A. BURZIO, *Brevi osservazioni in tema di risarcimento del danno a seguito di riproduzione abusiva di software*.

<sup>1229</sup> Così GERACI, *Copia di un software*, cit., 459.

<sup>1230</sup> *Ibidem*.

1231

La *smartphone war*, ad avviso di US District Court for the Northern District of California, 31-5-2012, C 10/03561 WHA, cit., è iniziata con la controversia, già in questa sede evocata, che ha opposto Oracle a Google.

<sup>1232</sup> COM(2011) 287 definitivo, § 4.

<sup>1233</sup> LA CELEBRE ESPRESSIONE SI PUÒ LEGGERE IN A.H.C. DE CLÉREL DE TOCQUEVILLE, *Souvenirs*, Paris, 1893, I, 14: «*ce sera entre ceux qui possèdent et ce qui ne possèdent pas que s'établira la lutte politique; le grand champ de bataille sera la propriété*» (l'originale è consultabile sul portale WikiSource).



scongiorare il rischio che ad essere schiacciati dal peso di paradigmi inappropriati e ingombranti non siano gli interessi generali riconducibili, ancor prima che ai consumatori, ai cittadini di una società dell'informazione, in cui la tecnologia è «*the strategic resource and lever of social change in society*»<sup>(1234)</sup>.

La profezia di colui che teorizzò la nozione di *information society* rischia, insomma, di avverarsi, ma solo in parte: se da un lato è vero che assistiamo ad «*a national information-computer-utility system, with tens of thousands of terminals in homes and offices «hooked» into giant central computers providing library and information services*»<sup>(1235)</sup>, si può dubitare che la previsione abbia colto pienamente nel segno là dove si è preconizzato che «*while the social and economic consequences will be huge, the effect will be greater on the structure of intellectual life and the character of organizations, than on the day-to-day life of the person*»<sup>(1236)</sup>, assumendo la questione dei «*commons of the mind*» dimensione chiaramente escatologica.

Occorre però dire, concludendo, che dal diritto vivente europeo emerge comunque una chiara tendenza alla compressione dell'IP e di ciò si trae conferma anche nella più recente delle sentenze della Corte eur. giust. in materia di programmi per elaboratore. Nel caso *UsedSoft c. Oracle*<sup>(1237)</sup>, infatti, si prosegue nell'opera di interpretazione restrittiva dei diritti di sfruttamento economico – nel caso di specie il diritto di distribuzione – e in pari tempo si allarga la cerchia di coloro che possono invocare la deroga alle attività riservate di cui all'art. 5, § 1, dir. 09/24.

Più in generale, continua ad osservarsi che, nel bilanciamento con altri interessi – in questo

---

<sup>1234</sup> D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*<sup>3</sup>, New York, 1999, xviii. Sul concetto di «società dell'informazione» vedi già, per primo, ID., *The Social Framework of the Information Society*, New York, 1975, ora in *The Computer Age: A Twenty-Year View*, a cura di M.L. Dertouzos e J. Moses, Cambridge, 1976, 500 s. Taluno attribuisce la paternità della nozione a F. MACHLUP, *The Production and Distribution of Knowledge in the United States*, Princeton, 1962, *passim*. Non è certamente questa la sede per approfondire il punto, ma non sembra peregrino ipotizzare che Fritz Machlup sia stato per Daniel Bell, ciò che per quest'ultimo costituì – quanto alla nozione di società post-industriale – Alain Touraine: non sembra, insomma, si vada oltre il debito terminologico.

<sup>1235</sup> D. BELL, *The Year 2000 - Trajectory of an Idea*, in *Daedalus*, 1967, 642, ora in *Toward the Year 2000, Work in Progress*, a cura di D. Bell e S.R. Graubard, Cambridge, 1997, 4.

<sup>1236</sup> BELL, *The Year 2000* cit., 4.

1237

Corte eur. giust., grande sez., 3-7-2012, C-128/11, cit., *passim*, da non confondere con US District Court for the Northern District of California, 31-5-2012, C 10/03561 WHA, cit., 1964523, entrambi talvolta ricordati come «caso Oracle»: di là dall'oggetto diverso, della prima è parte Oracle International Comporation, della seconda Oracle America Inc.

caso primariamente con la concorrenza (<sup>1238</sup>), la libera circolazione del sapere (<sup>1239</sup>), la riservatezza e la libera manifestazione del pensiero (<sup>1240</sup>) – sono sempre meno infrequenti i casi in cui l'IP soccombe e ciò in coerenza con quella che la Commissione ha dichiarato essere la «quinta libertà» del mercato unico: «la libera circolazione del sapere e dell'innovazione» (<sup>1241</sup>). D'altronde, l'UE ha davanti due possibilità: o considerare i diritti sulle opere dell'ingegno come proprietà (come sembrerebbe indicare l'art. 17, co. 2 CDFUE), ed allora consequenzialmente accettare di non avere titolo per intervenire (stante il principio di neutralità di cui all'art. 345 TFUE) (<sup>1242</sup>), o maneggiarli in coerenza con la loro storia, fondamento e natura, il che consentirà l'ulteriore sviluppo della legislazione europea in materia, coscienti che «*Kreativität und Innovation brauchen [...] nicht nur Sicherheit gegen unerlaubte Übernahme bzw. Nachahmung, sondern vor allen Dingen Freiraum, in dem sie sich entfalten können*» (<sup>1243</sup>).

---

<sup>1238</sup> Nel caso SAS Institute c. WPL si trattava di soddisfare la domanda potenziale per un software alternativo in grado di eseguire applicazioni scritte in linguaggio SAS (§ 24), nel caso Oracle c. UsedSoft, di creare un mercato dei programmi per elaboratore usati. NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 575 s., osserva che la proprietà europea acquisisce sempre più chiari i tratti del diritto ottocentesco e sopporta sempre meno le limitazioni di cui alla funzione sociale tradizionalmente intesa, ma, in pari tempo, allorquando collide con gli interessi espressi dal principio concorrenziale, tende a soccombere. *Ivi*, 624, in particolare, si conclude col dire che «le limitazioni alle quali essa [sc. l'IP], come si è visto, soggiace, sono funzionali ad un disegno politico mosso dall'obiettivo di instaurare la concorrenza totale». Per SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi*, cit., 213, «In quanto stimolo continuo all'innovazione e all'apertura del mercato a nuovi soggetti, in quanto interesse «pubblico» trascendente lo stesso interesse «privato» di singoli imprenditori, la concorrenza è [...] uno dei fini sociali ai quali la proprietà intellettuale deve corrispondere». Per alcune recenti riflessioni concernenti programmi per elaboratore e concorrenza v. NIVARRA, *Il diritto d'autore* cit., 499 A.M. GAMBINO, *La protezione degli interessi dei consumatori tra IP e concorrenza (con spunti utili dal caso Microsoft)*, in *AIDA 2007*, 2008, 170 e A. TUTT, *Software Speech*, in *Stan. L. Rev. Online*, 15-11-2012, 73, Cfr., in generale, l'ampia trattazione di SIROTTI GAUDENZ, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., *passim*.

<sup>1239</sup> La dottrina è sterminata, ma il punto di riferimento principale resta senz'altro HESS-OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., *passim* (e in particolare S. GOSH, *How to Build a Commons: Is Intellectual Property Constrictive, Facilitating, or Irrelevant?*, *ivi*, 209 s.). V. anche G. RESTA, *The Case against the Privatization of Knowledge: Some Thoughts on the Myriad Genetics Controversy*, in *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, a cura di R. Bin, S. Lorenzon e N. Lucchi, Milano, 2012, 11; P. MASİYAKURIMA, *The Futility of the Idea/Expression Dichotomy in UK Copyright Law*, in *IIC*, 2007, V, 555 e G. KRİKORIAN-A. KAPCZYNSKI (a cura di), *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, New York, 2010, 217. Cfr. Pure, per un aspetto particolare, M. VIVARELLI, *Il bilanciamento del diritto di cronaca e del diritto d'autore nel regolamento AGCOM n. 667/10/CONS*, in *Corr. merito*, 2012, III, 303 s.

<sup>1240</sup> Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà d'espressione: una relazione ambigua*, in *AIDA 2005*, 2006, 151 C. D'ANGELO, *Nota a Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, in *Europa dir. priv.*, 2012, II, 663 s e PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore*, cit., 1225, nt. 129, ove si pone in relazione la questione del bilanciamento con riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con le pratiche di *filtering*. In giurisprudenza v., ad es., Trib. Roma, 16-7-2007, in *Dir. ind.*, 2007, VI, 585 con nota di G. FOGLIA, *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di file sharing e di sistemi peer-to-peer*.

<sup>1241</sup> COM(2007) 724 definitivo del 20-11-2007, «Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo», § 2.3, concetto ribadito nel § 1.2 del Libro verde «Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza», COM(2008) 466 definitivo, il cui scopo è «promuovere un dibattito sui migliori mezzi per assicurare la diffusione *on line* delle conoscenze per la ricerca, la scienza e l'istruzione» (§ 1.1).

1242

Cfr. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit., 734.

<sup>1243</sup> PEUKERT, *Güterzuordnung und Freiheitsschutz*, cit., 84.

### 4.3 I nuovi beni comuni dell'era digitale. Brevi note in tema di open software.

La decisione resa sul caso SAS si inserisce senza soluzione di continuità <sup>(1244)</sup> nel solco già tracciato dalla Corte di Lussemburgo nei recenti arresti *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening* <sup>(1245)</sup> e *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury* <sup>(1246)</sup> e, più in generale, bene incarna lo spirito di un tempo in cui i beni comuni stanno ritrovando dignità e centralità.

La locuzione «*open source*» è polisemica; i significati più eminenti mi sembrano quelli che la descrivono, alternativamente <sup>(1247)</sup>, come un movimento e un tipo di licenza per programmi per elaboratore. Essa presuppone, peraltro, una nozione ancora più generale: quella di *openness*, la quale può essere definita come «*an inherent system property that is becoming increasingly relevant [...] describes the ability for interaction with other elements and is at the same time a prerequisite for the longterm viability of systems*» <sup>(1248)</sup>.

La nascita del movimento, che oggi si inserisce con nitore nella tendenza al riconoscimento della centralità dei beni comuni, si fa convenzionalmente risalire al 1984. Fu allora che Richard M. Stallman, un programmatore del MIT, scrisse un sistema operativo pienamente compatibile con Unix – sistema operativo proprietario multi-utente, *multitasking* e portabile su un gran numero di architetture di elaboratori, creato negli anni Sessanta del secolo scorso dalla AT&T – ma costituito da *software* libero. Si tratta del noto progetto GNU, *Gnu's not Unix*, da cui la diffusissima licenza GNU *General Public License* o *GnuGPL* <sup>(1249)</sup>, definita, nel *Preamble* della medesima, come «*a free, copyleft license for software and other kinds of works*» <sup>(1250)</sup>.

Venendo alla seconda accezione, i programmi per elaboratore *open source* <sup>(1251)</sup> – di cui

---

<sup>1244</sup> In tal senso anche LE STANC, *Le numérique et le droit des biens* cit., 2343, ove si precisa che «*A la lecture des textes et de la jurisprudence nationale et communautaire, on savait déjà que la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur était réservée à l'expression des programmes et non aux idées et principes à la base de quelque élément que ce soit desdits programmes*». L'A. dà l'impressione di non cogliere a pieno l'importanza della decisione, là dove scrive che «*la Cour de justice fournit quelques détails supplémentaires*» (ivi, 2344), espressione che può essere accolta solo nella limitata misura in cui vuol indicare la continuità con le precedenti sentenze. Sottolinea taluni aspetti di continuità anche CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur* cit., 6, là dove pone in luce che la Corte, nella sentenza resa sul caso SAS, «*renforce [...] sa jurisprudence relative à l'originalité du droit d'auteur européen, en s'appuyant une nouvelle fois sur la directive 2001/29/CE*».

<sup>1245</sup> Corte eur. giust.. 16-7-2009, C-5/08 cit.

<sup>1246</sup> Corte eur. giust.. 22-12-2010, C-393/09 cit.

<sup>1247</sup> Va da sé che i due aspetti sono intrecciati a doppio filo, essendo legata la crescita del movimento alla diffusione delle licenze. Ciò posto, mi pare che la crescita del movimento non sia la risultante esclusiva del maggior numero di licenze OS, ma si inserisca nel più ampio movimento dei beni comuni già qui richiamato.

<sup>1248</sup> WULFSBERG-REDLICH-BRUHNS, *Open production*, cit., 6.

<sup>1249</sup>

Cfr. G. GHIDINI-V. FALCE, *Open source, General Public Licence e incentivo all'innovazione*, in *AIDA* 2004, 2005, 3 s.

<sup>1250</sup> V., per più ampi ragguagli storici, BORRUSO-DI GIORGI-MATTIOLI-RAGONA, *L'informatica del diritto* cit., 46-47 e STALLMAN, *Free software, free society*, cit., *passim*.

<sup>1251</sup> *Open source software* e *free software* (da cui la più diffusa forma *freeware*) non sono sinonimi, ma

Linux<sup>(1252)</sup> ed Emule<sup>(1253)</sup> costituiscono esempi forse più noti e diffusi – devono essere connotati da quattro libertà: di eseguire i programmi per qualsiasi scopo, di studiarli e modificarli accedendo al codice sorgente, copiarli, apportare miglioramenti ad essi e distribuirli<sup>(1254)</sup>. Le motivazioni che possono spingere alla concessione *free/open* non sono necessariamente riconducibili allo scopo di formarsi una reputazione e ottenere riconoscimento: un autore può anche perseguire delle finalità «egoistiche» nonostante la distribuzione gratuita del programma. A tal fine, le modalità possono essere le più varie: dall'*adware*<sup>(1255)</sup> all'offerta di servizi specifici legati all'opera, come assistenza, manutenzione, personalizzazione, garanzia, ecc., o altri prodotti correlati<sup>(1256)</sup>.

A conferma della centralità del FOSS nell'ordinamento europeo, anche le doglianze di chi ritiene che «l'approccio della Commissione favorisce la cessione di tecnologie di valore a prezzi anormalmente esigui, impedisce l'investimento nella ricerca svalutando orizzontalmente i diritti di proprietà intellettuale e favorisce in modo sproporzionato il modello «open source»»<sup>(1257)</sup>.

possono comunque essere riguardati come due diverse specole sul medesimo fenomeno. In particolare, i criteri perché una licenza possa essere sussunta in uno o nell'altra categoria sono solo parzialmente coincidenti, ma talune li soddisfano entrambi, come la nota GNU General Public License. In ogni caso, l'*open source* (v. *Open Source Definition*, derivata dalle *Debian Free Software Guidelines*, DFSG) sembra avere oggi una diffusione assai maggiore del *free software*; ciò, unito all'uso promiscuo delle due locuzioni anche nelle massime istanze giurisdizionali (Corte cost., 26-3-2010, n. 122, in *Foro it.*, 2010, 1, X, 2650) – mi conduce a prediligere la prima di queste, quando non l'acronimo FOSS, che le include entrambe.

<sup>1252</sup> Come ricorda Trib. eur., grande sez., 17-9-2007, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2007, II-3601, § 34, «Linux is an 'open source' operating system released under the 'GNU GPL (General Public Licence)'. Strictly speaking, it is only a code base, called the 'kernel', which performs a limited number of services specific to an operating system. It may, however, be linked to other layers of software to form a 'Linux operating system' (recital 87 to the contested decision). Linux is used in particular as the basis for work group server operating systems (recital 101 to the contested decision) and is thus present on the work group server operating systems market in conjunction with Samba software, which is also released under the 'GNU GPL' licence (recitals 506 and 598 to the contested decision)». Cfr. J.R. PERITZ, *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 523 R. PARDOLESI-A. RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, ivi, 2007, 575; R. PARDOLESI-G. COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, in *Foro it.*, 2008, IV, 114 C.E. MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Dir. ind.*, 2008, 246 D. SOLDA-KUTZMANN, *Abuso di posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi*, in *Giur. it.*, 2007, 2145 s.

<sup>1253</sup> Il funzionamento e le caratteristiche di Emule sono ben descritte in Trib. Napoli, g.i.p., 18-4-2013, inedita e Trib. Milano, 11-11-2010, in *Corr. Merito*, 2011, V, 501.

<sup>1254</sup> Ciò si ricava anche dalla lettura della GnuGPL. Cfr. P. SUBER, *Creating an Intellectual Commons through Open Access*, in *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., 171 s. e C.M. SCHWEIK, *Free/Open-Source Software as a Framework for Establishing Commons in Science*, ivi, 277 s.

<sup>1255</sup> Come precisa M. CIAMPA, *Security+Guide to Network Security Fundamentals*<sup>3</sup>, Boston, 2009, 52, «Adware is a software program that delivers advertising content in a manner that is unexpected and unwanted by the user. Adware typically displays advertising banners, popup ads, or opens new Web browser windows while the user is accessing the Internet».

<sup>1256</sup> Come osservano ALIPRANDI-PIANA, *Il Free and Open Source software* cit., 93, «L'autore può generare il proprio reddito dalla fornitura di servizi di supporto e di consulenza, o fornire *addons* con licenza proprietaria (più o meno questa è chiamata «strategia *open core*»). Un altro modello di *business* è il cosiddetto *dual licensing*».

1257

Così l'*Association for Competitive Technology, Inc.*, intervenuta a sostegno di Microsoft nel recentissimo caso Trib. eur., 27-6-2012, T-167/08, *Microsoft Corp. c. Commissione europea*, inedita, § 131, enfasi aggiunta. Cfr. L. IDOT, *Exécution des obligations et astreinte*, in *Europe*, 2012, Août-Septembre, 44 B. HASLINGER, *Kartellrecht: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Microsoft - Verfahren und Herabsetzung der Höhe des Zwangsgelds*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, 673 S. LAWRENCE, *Fair and reasonable*, in *Competition Law Insight*, 2012, IX, 8 s.

Consimili affermazioni, difficilmente condivisibili, si spiegano probabilmente alla luce della pervasività assunta dal fenomeno in esame, che porta le imprese *open source* talvolta ad essere i principali concorrenti dei colossi che hanno costruito la propria fortuna sull'appropriazione esclusiva dei beni immateriali (<sup>1258</sup>).

Pur non condividendo la valutazione negativa testé riportata, è un dato che nelle pieghe della produzione normativa europea traspare sempre più netta la tendenza a riconoscere il ruolo del FOSS per lo sviluppo e la circolazione dei saperi.

Ora, come noto, le licenze FOSS hanno origine nordamericana e, sino a tempi recenti, anche negli ordinamenti dell'Unione non si era sviluppato un corrispondente autoctono. Ciò dava luogo a una serie di problemi, soprattutto nel settore degli appalti pubblici. Questi erano dovuti, primariamente, all'assenza di una traduzione nella lingua nazionale, al ricorso a categorie riconducibili a tradizioni giuridiche spesso lontane dalle nostre, alla scarsa flessibilità della licenza sotto il profilo della modificabilità delle clausole e della compatibilità con licenze di altro tipo (<sup>1259</sup>). Va, quindi, accolta con favore la predisposizione, da parte dell'UE, della «*European Union Public Licence*» (EURL), pubblicata dalla Commissione nel gennaio del 2007 (EURL v1.1., la versione vigente, è di due anni successiva). Essa include un'appendice di licenze compatibili, in grado di assicurare l'interoperabilità; questa lista è ormai obsoleta: anche per aggiornarla è stata approntata la nuova la EURL v1.2 (<sup>1260</sup>) (aggiungendo, ad es., GPLv3 e AGPLv3) (<sup>1261</sup>). Ciò testimonia, fra l'altro, la crescente velocità con cui si sviluppa il fenomeno *open source*.

In tal senso, mi sembra significativo anche un recente parere del Comitato delle Regioni (<sup>1262</sup>), là dove si registra che «*while open source software has achieved growing acceptance in the marketplace, open standards and open interfaces are also key enablers of the transfer and use of information and interoperability across organisations, systems, and devices*» (<sup>1263</sup>). Ivi si chiarisce, poi, che un requisito essenziale per un migliore uso delle tecnologie dell'informazione e della

---

<sup>1258</sup> In tal senso mi sembra vada letto quel passaggio di Trib. eur., 27-6-2012, T-167/08 cit., § 228, in cui si legge che «gli operatori di sviluppo *open source* rientrano fra i principali concorrenti della Microsoft».

<sup>1259</sup> V., più ampiamente, F. BRAVO, *La Licenza pubblica dell'UE per il rilascio di software open source*, in *Contratti*, 2008, XI, 1063 s.

<sup>1260</sup> La EURL può essere consultata all'indirizzo <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/EURL%20v1.2%20-%20Draft%20EN%20v31%20Jan%202013.pdf>.

<sup>1261</sup> La lista completa comprende *GNU General Public License* (GNU GPL) v. 2, v. 3; *GNU Affero General Public License* (AGPL) v. 3; *Open Software License* (OSL) v. 2.1, v. 3.0; *Common Public License* (CPL) v. 1.0; *Eclipse Public License* (EPL) v. 1.0; *Cecill* v. 2.0; *Mozilla Public License* (MPL) v. 2; *GNU Lesser General Public License* (LGPL) v. 2.1 e v. 3; *Creative Commons Attribution-ShareAlike* v. 3.0 *Unported* (di cui il 25-11-2013 è stata presentata la versione 4.0); CC BY-SA 3.0, per lavori diversi dai programmi per elaboratore.

<sup>1262</sup>

Parere del Comitato delle regioni sul tema «Il piano d'azione europeo per l'*e-government* 2011-2015», 2012/C 9/12, votato il 12-10-2011.

<sup>1263</sup> Ivi, § 18. Di questo passaggio riporto la versione inglese, perché la formulazione della traduzione ufficiale mi sembra non del tutto limpida.

comunicazione (TIC) è «l'eliminazione delle diseguaglianze tra i cittadini - in termini di accesso alle TIC e di livello delle attrezzature - che ancora persistono in diverse regioni dell'Unione europea» <sup>(1264)</sup>. A tal fine, si rileva, «bisogna partire dall'offerta di piattaforme unificate per la fornitura di servizi locali e comunali sotto forma di *software as a service* (SaaS) [e] si dovrà attingere agli attuali sviluppi delle TI quali la virtualizzazione e il *cloud computing*» <sup>(1265)</sup>, riducendo così i costi e i tempi di realizzazione dei progetti. Questa evoluzione – conclude il Comitato – «dovrebbe basarsi essenzialmente sulle piattaforme esistenti e sull'utilizzo dei programmi *open source*» <sup>(1266)</sup>.

Il FOSS, dal punto di vista delle Istituzioni europee, può giocare un ruolo vitale specie con riferimento all'*e-procurement* <sup>(1267)</sup> delle P.A. Ne costituisce eloquente testimonianza la recente Comunicazione della Commissione <sup>(1268)</sup>, là dove anticipa che «la prossima fase di sviluppo si concentrerà sulla messa a punto di un sistema per la presentazione elettronica delle offerte, probabilmente l'aspetto di più difficile realizzazione della fase che precede l'aggiudicazione [...] Il sistema è concepito in modo da essere interoperabile con l'infrastruttura sviluppata nel quadro del progetto PEPPOL <sup>(1269)</sup> [...] il *software* è stato e continuerà ad essere messo a disposizione degli utenti esterni e degli sviluppatori su base *open-source*» <sup>(1270)</sup>. Ivi si ricorda, poi, che già ora le amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati – quali la Grecia, la Norvegia e il Portogallo – stanno sperimentando la soluzione «*open e-PRIOR*» e altri ne stanno valutando l'attuazione; e-PRIOR è una «*open-source e-procurement platform that allows practical implementation of interoperable electronic services within any public administration*» <sup>(1271)</sup>. Più in generale, si tratta di una soluzione

---

<sup>1264</sup> Ivi, § 15.

<sup>1265</sup> *Ibidem*.

<sup>1266</sup> *Ibidem*.

<sup>1267</sup> Sulla nozione e la funzione dell'*e-procurement* v. U. COMITE-D. SACCO, *L'innovazione nei processi di acquisto da parte della pubblica amministrazione*, in *Aspetti tecnologici ed efficacia gestionale dell'e-procurement in sanità*, Trento, 2006, 79, ove si osserva che «Nel processo di efficientizzazione del sistema di approvvigionamento di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni si fa spazio un nuovo e moderno strumento: la gestione informatica delle gare d'appalto mediante le procedure telematiche di acquisto di beni e servizi. Con il termine E-Procurement si indica l'approvvigionamento di beni e servizi effettuato tramite l'utilizzo di tecnologie, operazioni e modalità organizzative, disponibili grazie allo sviluppo della rete Internet e del Commercio Elettronico».

<sup>1268</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — «Una strategia per gli appalti elettronici» COM(2012) 179 definitivo.

<sup>1269</sup> PEPPOL – *Pan-European Public Procurement OnLine* – è una *Association Internationale Sans But Lucratif* (AISBL, corrispondente, *grosso modo*, alle nostre ONLUS), che opera dal 1-9-2012 e il cui scopo è, secondo quanto si legge sul portale [www.peppol.eu](http://www.peppol.eu), «to enable European businesses to easily deal electronically with any European public sector buyers in their procurement processes, thereby increasing opportunities for greater competition for government contracts and providing better value for tax payers' money». È degno di nota che uno degli obiettivi di PEPPOL – e, segnatamente, del progetto OpenPEPPOL – sia di «Ensure that the PEPPOL network continues to grow in an open, accessible and compliant manner, supporting interoperability for European public services and helping Europe move towards a Digital Single Market».

<sup>1270</sup>

COM(2012) 179 definitivo, § 4.

<sup>1271</sup> Così si legge all'indirizzo <https://joinup.ec.europa.eu/software/openeprior/description>, ove si continua

elaborata in seno alla Commissione europea, resa disponibile agli utenti esterni come soluzione *open source*.

In netta continuità, da ultimo, si pone il Comitato economico e sociale europeo (CESE), il quale «sostiene la decisione della Commissione di automatizzare tutto il processo di approvvigionamento all'interno delle proprie strutture e rendere disponibili le soluzioni *open source* sviluppate» (<sup>1272</sup>).

Prima di passare ad analizzare l'ordinamento italiano, occorre precisare che il settore degli appalti non è l'unico in cui l'UE sia consapevole dell'importanza del FOSS. Alla fine del 2012, la Commissione ha emanato la Comunicazione «Ripensare l'istruzione: investire nelle abilità in vista di migliori risultati socioeconomici» (<sup>1273</sup>) la quale rileva che «al crescente numero di fornitori non commerciali di OER [*sc.* risorse educative aperte] (<sup>1274</sup>) si accompagnano progressi tecnologici, come l'accesso aperto, la condivisione di file su Internet e l'*open source*. Le case editrici di materiale didattico e più in generale l'industria del settore proseguono l'adattamento a questi cambiamenti e stanno già rivedendo i loro modelli di *business* per trarre vantaggio dalle nuove opportunità commerciali» (<sup>1275</sup>).

Venendo all'ordinamento interno, c'è da dire che il FOSS ormai vive anche nelle decisioni dei giudici italiani. Esso, in particolare, è stato al centro di un recente arresto della Consulta (<sup>1276</sup>) di cui è utile ricordare qualche passaggio.

Nel linguaggio informatico, ricorda la Corte, i concetti di *open source* e *software libero*

---

col precisare che Open e-PRIOR «plays the role of intermediary between the back-office applications of the public administration and the Pan-European Public Procurement OnLine (PEPPOL) interoperability initiative».

<sup>1272</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «Una strategia per gli appalti elettronici» — COM(2012) 179 definitivo, del 14-11-2012, § 4.8. Il CESE non è nuovo a siffatte prese di posizione: così, già un paio di anni prima aveva colto l'occasione di raccomandare «di strutturare gli appalti elettronici perché siano interoperabili e basati su standard aperti e programmi *open source*» (§ 1.11, Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito al "Libro verde sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE" COM(2010) 571 definitivo 2011/C 318/16).

<sup>1273</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni - «Ripensare l'istruzione: investire nelle abilità in vista di migliori risultati socioeconomici» - COM (2012) 669 definitivo, approvata il 20-11-2012.

<sup>1274</sup> Per risorse educative aperte (OER), secondo la definizione dell'Unesco del 2002, si intendono "i materiali di insegnamento, apprendimento e di ricerca che sono di pubblico dominio o pubblicati con una licenza di proprietà intellettuale che ne consenta l'utilizzo, l'adattamento e la distribuzione a titolo gratuito". Il termine "educazione aperta" (OE – Open Education) denota un concetto più ampio che fa riferimento alle pratiche e alle organizzazioni che mirano a rimuovere le barriere di accesso all'istruzione. Le OER fanno parte dell'educazione aperta, che ha ricevuto un notevole impulso grazie all'uso delle TIC. V. <http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/access-to-knowledge/openeducational-resources>.

<sup>1275</sup> *Ivi*, § 2.2 («Stimolare l'apprendimento aperto e flessibile»).

1276

Corte cost., 26-3-2010, n. 122 cit. Si tratta del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1, co. 3, 3, 4, co. 1, 5, co. 1, 6, co. 1 e 2, l.r. Piemonte n. 9/2009 (Norme in materia di pluralismo informatico, sull'adozione e la diffusione del *software libero* e sulla portabilità dei documenti informatici nella pubblica amministrazione). Cfr. il commento di P. COSTANZO, *Competenza legislativa regionale e programmi informatici open source*, in *Giur. Cost.*, 2010, II, 1437 s., ove, fra l'altro, si chiarisce cosa si intenda per pluralismo informatico e per *software libero*.

individuano un modello volontario di licenza e sub-licenza per lo sfruttamento del diritto d'autore su un programma per elaboratore, che si fonda sulla diretta accessibilità al sottostante codice sorgente e sulla libera modificabilità del software concesso in uso secondo tale modello.

La licenza di tipo *open source*, secondo la Consulta, «esprime la rinunzia volontaria del titolare del *copyright* ad utilizzare le facoltà escludenti tipiche di esso, così favorendo l'interesse degli altri operatori/utenti, sia a fruire della conoscenza del codice sorgente, sia ad utilizzare i prodotti sviluppati sulla base del primo». Attraverso la conoscenza del codice sorgente si può apprendere la struttura del programma, la logica posta alla base della sua realizzazione, ed è possibile effettuare qualsiasi intervento modificativo, anche al fine di conseguire una interoperabilità o integrazione con altri programmi. Per tali ragioni, nei tradizionali modelli contrattuali di concessione in uso di un programma, non è consentito all'utente di ottenere la disponibilità del codice sorgente.

Di recente, prosegue la Corte, accanto al modello di licenza tradizionale, che prevede il pagamento di un corrispettivo a fronte della concessione del diritto d'uso, si sono imposti, nel mondo dell'informatica, «schemi negoziali alternativi, i quali consentono all'utilizzatore del programma di avere una disponibilità completa sul codice sorgente e d'impiegare il software anche senza corrispettivo». Si tratta di formule contrattuali che concedono il diritto di utilizzare il programma in ogni settore di attività. In sostanza, un programma *open source* è «un software che il creatore ha deciso di mettere a disposizione degli altri utenti, autorizzandoli a studiare il codice sorgente, a modificarlo e a ridistribuirlo liberamente, sia pure con le limitazioni che le parti possono pattuire nell'ambito dell'autonomia negoziale».

La decisione in esame merita di essere ricordata non solo per la chiarezza con cui definisce il fenomeno *open source*, ma anche perché ne affronta, sia pur brevemente, il rapporto con la concorrenza. Negli ultimi anni, come noto, una delle materie trasversali che, più delle altre, ha consentito un recupero di competenza legislativa statale, è stata la concorrenza. È, allora, particolarmente significativo il recente pronunciamento della Corte costituzionale, là dove, al contrario, si nega che la disciplina dell'*open source* rientri nella materia «concorrenza».

Il ricorrente, nella controversia in esame, ha censurato talune disposizioni della l.r. Piemonte n. 9/2009, là dove si prevede l'utilizzo, ad opera della Regione, «di programmi per elaboratore a sorgente aperto alla diffusione di documenti soggetti all'obbligo di pubblicità», nonché «di programmi per elaboratore a sorgente aperto per il trattamento dei dati personali o di quei dati la cui diffusione a terzi non autorizzati può comportare pregiudizio per la pubblica sicurezza». Al riguardo, la difesa dello Stato ha osservato che dette norme sarebbero costituzionalmente illegittime in quanto invasive del principio di concorrenza, «come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di



Giustizia della Comunità europea e recepito nel nostro ordinamento nella materia dei contratti pubblici con il codice dei contratti». Sarebbe escluso, infatti, che possa ricondursi nell'ambito delle materie afferenti alla potestà esclusiva o concorrente delle Regioni il potere di normare in modo autonomo, imponendo – come nel caso di specie – alle amministrazioni locali l'acquisto di *software* esclusivamente a codice sorgente aperto, considerando che siffatte disposizioni verrebbero a collidere con quanto disposto dall'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., ai sensi del quale la materia della «tutela della concorrenza» rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato. Ciò nell'asserita esigenza di evitare che la differenziazione territoriale della disciplina dei vari mercati e settori economici determini una regolamentazione anticoncorrenziale, con conseguenze negative per l'economia nazionale.

La Corte, dopo aver accolto pressoché tutte le doglianze dello Stato, su questo punto dà ragione alla Regione. La difesa regionale, in primo luogo, ha sostenuto che, nella normativa censurata, la nozione di codice a sorgente aperta costituirebbe, in realtà, una sottocategoria del *software* proprietario, in quanto si limiterebbe a prevedere la disponibilità del codice sorgente, senza gli altri diritti e libertà che caratterizzano il *software* libero. In ogni caso, la suddetta normativa non imporrebbe alle amministrazioni locali l'acquisto di *software* esclusivamente a codice sorgente aperto, limitandosi soltanto ad indicarlo come da privilegiare per i propri servizi. Comunque, non sarebbe dato comprendere come la scelta di un ente rispetto ad una caratteristica, e non ad un prodotto, effettuata in base ad una valutazione tecnico-economica di convenienza ed opportunità, possa essere considerata invasiva della norma sulla tutela della concorrenza.

Nel rigettare le doglianze della difesa erariale, la Consulta conclude col dire che non vi è tangenza delle norme censurate con la concorrenza perché «i concetti di *software* libero e di *software* con codice ispezionabile *non sono nozioni concernenti una determinata tecnologia, marca o prodotto, bensì esprimono una caratteristica giuridica*. In sostanza, ciò che distingue il software libero da quello proprietario è il differente contenuto dell'accordo negoziale (licenza), posto a fondamento della disciplina dei diritti di utilizzazione del programma; e la scelta circa l'adozione dell'uno o dell'altro modulo negoziale appartiene alla volontà dell'utente».

Nel medesimo solco si colloca, poi, anche il legislatore che, col c.d. decreto Cresci Italia, ha da ultimo modificato il codice dell'amministrazione digitale prevedendo – a proposito dell'acquisizione di programmi informatici da parte delle P.A. – che «solo quando la valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico dimostri l'impossibilità di accedere a soluzioni *open source* o già sviluppate all'interno della pubblica amministrazione ad un prezzo inferiore, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza

d'uso» (<sup>1277</sup>). Le tendenze europee, quindi, hanno oggi piena cittadinanza anche nell'ordinamento italiano, tanto positivo, quanto «vivente».

Ricostruita, sia pur sommariamente, la vicenda FOSS in UE e in Italia, resta da dire che essa costituisce, per molti versi, una sfida al diritto d'autore. Buona parte delle questioni che il FOSS solleva in materia sono riconducibili alla «difficoltà di individuare e tenere traccia di tutti gli apporti creativi, specie quando si tratta di progetti particolarmente grandi e con una lunga storia» (<sup>1278</sup>). Sebbene il FOSS possa essere scritto da un solo sviluppatore, dopo qualche tempo esso è destinato a diventare il risultato del lavoro di molti autori che possono rivendicare diritti su di esso. Il dubbio è se le parti aggiunte conducano alla creazione di un'opera collettiva, o se il programma originale sia da considerare l'opera finale e ogni contributo apportato durante le varie fasi di sviluppo sia, di per sé, un'opera derivata.

Il punto, in effetti, non è ap problematico, ma mi sembra siano questioni dalla portata euristica nulla, le quali, per converso, bene potranno essere consegnate al prudente apprezzamento del giudice, là dove dovessero sorgere controversie (evenienza pressoché di scuola, come dimostra la penuria di pronunzie in materia di *open software*).

Ben più pregnante mi sembra un altro ordine di considerazioni di recente avanzate da alcuni studiosi della Stanford Law School (<sup>1279</sup>). Essi analizzano il rilascio di un programma per elaboratore da parte di una società di biotecnologie, sia in FOSS, che con licenza proprietaria. I risultati della ricerca evidenziano, per quanto qui interessa, che: *a)* gli *users* accademici tendono ad adoperare l'OSS più degli utenti privati; *b)* c'è solo una modesta differenza nella disposizione degli utenti *open source* a modificare o migliorare programmi esistenti; *c)* gli utenti *open source* spesso prendono decisioni che appaiono indifferenti alle norme della distribuzione OS.

Insomma, concludendo, mi sembra che il FOSS non costituisca un attentato sistemico al diritto d'autore. Esso, però, va tenuto in grande attenzione, in considerazione del suo essere espressivo di una tendenza che si fa viepiù pervasiva e che dà sempre maggiore rilievo a tutti quegli interessi che si contrappongono all'appropriazione esclusiva dei beni immateriali. In particolare, si è avuto modo di osservare la rilevanza del FOSS per la circolazione dei saperi e l'istruzione, ma anche per una maggiore efficienza della P.A., la quale, dopo il c.d. decreto Cresci Italia dovrà scegliere prioritariamente programmi aperti e liberi.

---

<sup>1277</sup> Così l'art. 68, co. 1, d.lgs. 82/2005 («Codice dell'amministrazione digitale», c.a.d.), come modificato dall'art. 22, d.l. 83/2012 come conv. in l. 134/2012 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese»).

<sup>1278</sup> ALIPRANDI-PIANA, *Il Free and Open Source software*, cit., 80.

<sup>1279</sup> LEMLEY-SHAFI, *Who Chooses Open-Source Software?*, cit., 139 s.

#### 4.4 Il ritorno delle cose. Makers, Fablabs e open hardware.

Lo straordinario potenziale espressivo della tendenza *open source* ha, da ultimo, prodotto taluni interessanti esiti, i quali però sono rimasti pressoché inesplorati in dottrina: il riferimento è al c.d. *open hardware* o, più comprensivamente (<sup>1280</sup>), *open patent*, nel prosieguo OP (<sup>1281</sup>). La protrusione dell'*openness* in questo campo meriterebbe ben maggiori approfondimenti, ma qui, per ragioni di sintesi, mi limiterò ad abbozzare un primo contributo al superamento del *gap*.

Come hanno osservato alcuni scienziati tedeschi, «*the spread of information and communications technology as well as production technology and the accompanying networking together with the increasing interaction potential demand a strategic, structural and procedural opening in form of interactive value creation*» (<sup>1282</sup>).

I fenomeni FOSS e OP sollevano problemi talvolta riconducibili, se è vero, ad es., che «*by leveraging the existing IP rules, OSS and OP face some of the limits that the traditional paradigms used for explaining innovation and managing IPRs bear*» (<sup>1283</sup>) Per converso, però, «*OP differently from OSS is still a kaleidoscopic phenomenon whose boundaries are unsettled and very much affected by the industry to which the subject matter (or innovation) belongs*» (<sup>1284</sup>).

Si è visto come, pur in assenza di una solida base giuridica, gli uffici brevetti europeo e nazionali concedono una sempre più vasta tutela brevettuale alle CII. Se è vero che «*software patents protect not the expression but the functionality of computer programmes*» (<sup>1285</sup>), vengono in immediata evidenza i profili di contrasto col diritto vivente europeo che, col ricordato *affaire SAS*, ha dichiarato la non tutelabilità delle funzionalità di un programma per elaboratore, le quali possono essere considerate alla stregua di idee e in quanto tali non monopolizzabili.

Si assiste, oggi, a un proliferare di iniziative *open patent-oriented*, come ad es. *PatentCommons* (<sup>1286</sup>), progetto promosso dalla Linux Foundation. Si tratta di una raccolta *online* di

1280

L'OP ha come epifania principale senz'altro l'*open hardware*, ma i «brevetti aperti» possono riguardare anche beni immateriali, quali le CII.

<sup>1281</sup> Cfr. MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 804; CALO, *Open Robotics*, cit., 1 s. e BOETTIGER-BURK, *Open Source Patenting*, cit., *passim*; TROXLER, *Commons-based Peer-Production of Physical Goods*, cit., *passim*; COLEY, *Take Advantage of Open-Source Hardware*, cit., 20 GRAMES-REDLICH-WULFSBERG, *Open Source Hardware*, cit., 314 McDANIEL, *Inventing Around and Impacts on Modes of Entry in Japan*, cit., *passim*.

<sup>1282</sup> WULFSBERG-REDLICH-BRUHNS, *Open production*, cit., 6.

<sup>1283</sup> MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 2 (la numerazione segue quella della versione digitale disponibile sul portale <http://www.law.berkeley.edu>).

<sup>1284</sup> *Ibidem*.

<sup>1285</sup> *Ivi*, 46, ove si continua col dire che «*software patents prevent any other computer programmer from independently developing a piece of software with a comparable functionality, even if the regarded strings of code are different. Whenever a string of code is included in a software patent, any other program performing the function of the patented code infringes the patent*».

1286

brevetti CII messi a disposizioni dei terzi dai legittimi titolari a specifiche condizioni, anch'esse disponibili *online*. L'*openness* si manifesta, primariamente, nel fatto che «*the patentee [...] gives third parties the permission to engage in activities that she could otherwise prevent, or for which she could collect damages or royalties*» (<sup>1287</sup>).

Un deciso passo in avanti mi sembra sia costituito dall'*Open Invention Network* (OIN), una società IP fondata per promuovere il sistema Linux usando i brevetti per creare un ecosistema collaborativo. Si tratta di un OIN «*is refining the intellectual property model so that important patents are openly shared in a collaborative environment. Patents owned by Open Invention Network® are available royalty-free to any company, institution or individual that agrees not to assert its patents against the Linux System*» (<sup>1288</sup>). OIN è un sistema *praesto ut praestas*, alla stregua del quale ogni titolare di brevetto scambia l'accettazione di una «*not-challenging clause*» (<sup>1289</sup>), con la possibilità di usare qualsiasi altro brevetto appartenente ad OIN. In particolare, a mente della Sect. 1.1 del *License Agreement* del 1-5-2012 (<sup>1290</sup>), OIN garantisce al *licensor* «*a royalty-free, worldwide, nonexclusive, non-transferable license under OIN Patents to make, have made, use, import, and Distribute any products or services [...] the right to engage in activities that in the absence of this Agreement would constitute inducement to infringe or contributory infringement (or infringement under any other analogous legal doctrine in the applicable jurisdiction)*». La

---

Per approfondire, consiglio di visitare il sito <http://www.patentcommons.org/>, particolarmente ricco di informazioni e spunti.

<sup>1287</sup> MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 48.

<sup>1288</sup> ( <http://www.openinventionnetwork.com/about.php>, ove si continua col dire che «*Open Invention Network® ensures the openness of the Linux source code, so that programmers, equipment vendors, ISVs and institutions can invest in and use Linux with less worry about intellectual property issues. Its licensees can use the company's patents to innovate freely*». Non deve stupire che il progetto sia sostenuto anche da compagnie quali Sony, IBM, Nec e Philips, posto che esse sono «*interested in promoting themselves as players that support Linux, because consumers perceive Linux as an innovation driver*» (MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 50). Concorre poi, a mio avviso, un secondo ordine di motivi, riconducibili alla notazione per cui «*even the most ardent advocates of free market capital forces are finding that, with new business models, money can be made without controlling or restricting access to the tools of innovation. These tools may be considered pre-competitive for high-margin applications, but are crucially lacking for low-margin applications. Free access to such tools is critical for their continued evolution to be able to address the challenges of low margins and the market failures associated with the needs of poor people*» (CAMBIA, *The CAMBIA BIOS Initiative. Biological Innovation for Open Society*, Canberra, 2004, 5, concesso con *Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike License* e consultabile all'indirizzo <http://www.cambia.org.au/daisy/bios/10/version/live/part/4/data.>).

<sup>1289</sup> Il riferimento è alla Sect. 1.3, *License Agreement*, a mente della quale «*OIN irrevocably releases You and Your Subsidiaries from claims of infringement of the OIN Patents to the extent such claims are based on acts prior to the Agreement Date that, had they been performed after the Agreement Date, would have been licensed under this Agreement*»; essa va letta in combinato disposto col paragrafo successivo, là dove si legge che il licenziatario «*irrevocably releases and shall release each Licensee and its Subsidiaries that are Subsidiaries on the Amendment Date and their respective Channel Entities and Customers that are Channel Entities and Customers, respectively, on or before the Amendment Date from any and all claims of infringement of Your Patents to the extent such claims are based on acts prior to the Amendment Date that, had they been performed after the Amendment Date, would have been licensed under this Agreement*».

<sup>1290</sup> Il *License Agreement* vigente può essere letto all'indirizzo [http://www.openinventionnetwork.com/pat\\_license\\_agreement.php](http://www.openinventionnetwork.com/pat_license_agreement.php).

controprestazione, parallelamente, si sostanzia nel dovere del licenziatario medesimo di «*grant to each Licensee and its Subsidiaries that are Subsidiaries as of the Eligibility Date a royalty-free, worldwide, nonexclusive, non-transferable license under Your Patents for making, having made, using, importing, and Distributing any Linux System*» (Sect. 1.2, a).

Gli esempi OP in materia di CII potrebbero moltiplicarsi – si pensi, ad es., anche al progetto *OpenPatents.org* (<sup>1291</sup>) – ma vale la pena di spendere qualche parola su applicazioni dell'*open patenting* a campi diversi dai programmi per elaboratore, come ad es. le biotecnologie (<sup>1292</sup>).

A tal proposito, mi sembra particolarmente interessante la *CAMBIA* (<sup>1293</sup>) *Bios Initiative*, dove «*Bios*» è l'acronimo per «*Biological Innovation for Open Society*». Si prende le mosse dall'osservazione per cui «*open innovation is becoming a strikingly successful model in Open Source Software and is currently being applied to a wide range of industries from publishing to space research*» (<sup>1294</sup>). L'apporto innovativo di Bios consiste nel «*explore, apply and extend this democratisation of innovation to problems of biology affecting the disenfranchised of the world, in fields ranging from human nutrition, food security and agriculture, to environmental management and improvement, conservation and use of biodiversity, human and veterinary medicine and public health*» (<sup>1295</sup>). Ora, bisogna prendere atto del fatto che la scienza contemporanea – ed in ispecie le biotecnologie – si è sviluppata in modalità che raramente hanno tenuto conto delle comunità povere, escluse da ogni beneficio rinveniente dal progresso. Detto sviluppo delle tecnologie – nel cui solco ben si colloca l'evoluzione dei regimi IP – non ha fatto altro che «*reinforc[ing] the differential and further[ing] the disenfranchisement of the poor*» (<sup>1296</sup>).

Il problema dell'ampliamento crescente dell'area dell'appropriabile non produce, però, solo

---

1291

Come si legge sul portale [www.openpatents.org](http://www.openpatents.org), «*The basic idea behind OpenPatents.org is to change the rules of the patent game such that it is to the advantage of participants to help solve the problems of software patents. This is done with two tools: A certification mark and a patent license*». Quanto al *certification mark*», si precisa che «*The Open Patent Certification Mark license can be applied to goods and services that are "playing fair" with respect to patents, (according to standards that will be published on this site today.)*». Sul secondo *tool*, significativamente si osserva che «*The Open Patent License (still under development) is in effect a mutual nonaggression pact*». Oltre che ragioni di sintesi, consiglia di non soffermarsi sul progetto anche la considerazione che si tratta di un mero database di brevetti *open*.

<sup>1292</sup> Cfr. A. DE ROBBIO, *Biobanks: Patents or Open Science?* (Woodhead Publishing Series in Biomedicine), Cambridge, 2012; G. VAN OVERWALLE (a cura di), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models. Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability regimes*, Cambridge, 2009 e D.L. BURK, *Open Source Genomics*, in *B. U. J. Sci. & Tech. L.*, 2002, VIII, 254 s.

<sup>1293</sup> *CAMBIA* è un'istituzione australiana che definisce se stesso come «*an independent non-profit institute creating new technologies, tools and paradigms to promote change and enable innovation*»; il suo scopo è «*to democratize innovation: to create a more equitable and inclusive capability to solve problems using science and technology*» (maggiori informazioni su [www.cambia.org](http://www.cambia.org)).

<sup>1294</sup> *CAMBIA, The CAMBIA BIOS Initiative*, cit., 6.

<sup>1295</sup> *Ibidem*.

1296

*Ivi*, 2.

problemi di giustizia distributiva, minando, per converso, anche il fondamento stesso dell'IP, se è vero com'è vero che «*the explosion of patenting and the pace of discoveries and investment in biological sciences, while hinting at great opportunities, have created a thicket of rights and self-reinforcing barriers to innovation that continually marginalize those most at need*» (<sup>1297</sup>).

Tutto ciò considerato, Bios si propone di superare le criticità connesse alla *proportization* nel settore delle biotecnologie «*by catalysing a large community of innovators to produce high quality and relevant biological technologies for the empowerment of diverse problem-solvers, and secure these technologies in a new, protected, universally-accessible commons*» (<sup>1298</sup>). In particolare, sono tre le direzioni in cui si muove l'azione di Bios: a) informatica ed analisi dei diritti IP (<sup>1299</sup>); b) sviluppo cooperativo di tecnologie *open access* (<sup>1300</sup>); c) riforma strutturale del sistema dell'innovazione (<sup>1301</sup>).

Più in concreto, e concludendo, Bios ha sviluppato una serie di modelli di licenza ispirati alla filosofia OP, come il CAMBIA DRAFT PMET BIOS 2.0 agreement (<sup>1302</sup>), il cui nucleo mi pare sia «*A dynamic mutual non-assertion pool*» (<sup>1303</sup>), come mezzo per garantire e promuovere l'accesso aperto agli strumenti dell'innovazione.

Il «*raising realm of OP*» (<sup>1304</sup>) conquista costantemente nuovi territori e, dopo i programmi per elaboratore, le CII e le biotecnologie sembra essere approdato a un campo sino a ieri impensabile: oggi l'*openness* riguarda anche i processi produttivi concernenti beni materiali e in particolare l'industria del design; si parla, a tal proposito, di *open hardware*, settore la cui importanza è stata colta a pieno, al momento, solo dagli addetti al settore (<sup>1305</sup>). Mi attendo che il diritto dovrà affrontare numerose sfide provenienti da questo nuovo mondo, se è vero, come credo

---

<sup>1297</sup> *Ibidem*, enfasi aggiunta. Come un brevetto – la giustificazione del cui rilascio è, secondo molti, l'incentivo all'innovazione – possa di fatto ostacolare il progresso è ben spiegato da CAMBIA: «*the ability to transfer a gene to a crop plant may require dozens of individually protected, discrete technologies. Denial of access to any one of these can and does deny the use of the technology by potential users, and worse, prevents the iterative and cooperative shaping and improvement of the technology to meet diverse users' needs*» (ivi, 4).

<sup>1298</sup> Ivi, 6.

<sup>1299</sup> Quest'attività è così esplicita: «*Understanding the IP landscape and developing a toolkit to navigate IP thickets, acquire freedom to operate and forecast trends and new technology development*» (ivi, 8).

<sup>1300</sup> La seconda direttrice può essere descritta nei seguenti termini «*Developing new interactive R&D paradigms, mechanisms and initiatives to collectively create new technologies and empower diverse solutions by harnessing the communications power of the internet*» (ibidem).

<sup>1301</sup> L'ultima attività del *core business* di Bios consiste nel «*Developing new mechanisms in licensing, relationships, contracts and in national and international policy to encourage democratized problem solving*» (ibidem).

<sup>1302</sup> Il testo integrale può essere letto all'indirizzo <http://www.bios.net/daisy/bios/3541/version/default/part/AttachmentData/data/CAMBIA%20PMET%20BIOS%20agreement.pdf>.

<sup>1303</sup> CAMBIA DRAFT PMET BIOS 2.0 agreement, background, C.

<sup>1304</sup> MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 57.

<sup>1305</sup> Mi sembra significativo che H. LIPSON-M. KURMAN, *Fabricated: The New World of 3D Printing*, Hoboken, 2013, 7 scrivano che «*Some people remember exactly where they were when they watched the first moon landing. Others remember the confusing first weeks when the Berlin wall came tumbling down. I remember the first time I heard about 3D printing*».

sia, che «*if the past 10 years have been about discovering post-institutional social models on the Web, then the next 10 years will be about applying them to the real world*»<sup>(1306)</sup>.

Nell'ambito in esame, «*openness is expressed firstly in the structures of value systems and value creation artifacts. Secondly, collaborative forms of development, production and marketing represent the openness of the value creation processes*»<sup>(1307)</sup>.

Questo campo non solo è il meno esplorato<sup>(1308)</sup>, ma, a mio avviso, è il più interessante. Non solo e non tanto perché i beni materiali sono finora stati refrattari all'apertura in discorso, quanto piuttosto per una considerazione di ordine più generale, che si ricollega all'origine prima degli IPRs. Ebbene, come ho tentato di mettere in luce, l'abbandono del sistema dei privilegi e il passaggio al diritto soggettivo ebbe una funzione «anticapitalistica», nel senso che consentì di sottrarre i benefici economici connessi alle opere dell'ingegno a coloro che ne facevano uno sfruttamento «industriale» - i librai e gli editori - per consegnarla all'autore, in quanto frutto del suo lavoro. Per rendere più sicuro questo passaggio, si pensò di richiamare il paradigma del diritto più forte allora conosciuto, la proprietà. Gli itinerari della storia furono, come noto, altri e l'acquisizione di *copyright* e brevetti da parte di poche multinazionali ha sottratto tanto al pubblico, quanto ai creatori i frutti delle opere dell'ingegno.

La stessa attitudine «anticapitalistica» è, oggi, esibita dal paradigma dei beni comuni. Mentre la sua funzione di superamento della *second enclosure* è stata ampiamente visitata dalla dottrina più sensibile, non mi pare che ne sia stato messo in evidenza un altro aspetto, quello di riconsegnare al singolo cittadino il governo dei processi produttivi e il frutto del proprio lavoro.

Questa rivoluzione ha il volto di Joey Hudy, quattordicenne di Phoenix, che ha strabiliato il mondo sparando toffolette alla Casa Bianca, col cannone<sup>(1309)</sup> che ha immaginato, progettato,

---

1306

C. ANDERSON, *In the Next Industrial Revolution, Atoms Are the New Bits*, in *Wired*, 25-1-2010, 2.

<sup>1307</sup> WULFSBERG-REDLICH-BRUHNS, *Open production*, cit., 9.

<sup>1308</sup> Fra i primi a rendersi conto dell'esistenza della questione si segnalano senz'altro C. DOCTOROW, *Makers*, New York, 2009 e ANDERSON, *In the Next Industrial Revolution, Atoms Are the New Bits*, cit., *passim*, il quale considera *Local Motors* - la prima società automobilistica *open source* - il futuro industriale dell'America. Detta società ha realizzato, ad es., l'autovettura *Rally Fighter*, il cui *design* è *crowdsourced*, così come i componenti OTS (*off-the-shelf components*, componenti *hardware* e *software* disponibili sul mercato per l'acquisto da parte di aziende di sviluppo interessate a utilizzarli nei loro progetti) e il cui assemblaggio finale è realizzato dallo stesso consumatore. V. anche ID., *Atoms are the new bits*, Atti del convegno «*World Wide Rome*», Roma, 9-3-2012 (il video della relazione è disponibile all'indirizzo <http://makers.worldwiderome.it/stream/interventi/chris-anderson-atoms-are-the-new-bits/>). Qualche osservatore attento già alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso scrisse sul *3D printing* (il riferimento è, ad es., a K. SULLIVAN, *Revolutionary. Machine Makes 3-D Objects from Drawings*, in *Austin American-Statesman*, 4-12-1987), ma allora Joe Beaman e Carl Deckard (University of Texas) avevano appena creato il primo Selective Laser Sintering Printer, macchinario che non aveva ancora le caratteristiche per il commercio di massa. D'altronde, come notano LIPSON-KURMAN, *Fabricated*, cit., 10, «*3D printing is not a new technology [ma] has been driven rapidly forward by advances in computing power, new design software, new materials, and the rocket fuel of innovation, the Internet*».

1309

Maggiori informazioni sull'*extreme marschmallow cannon*, comprese le istruzioni per realizzarlo,



realizzato e venduto. Tutto da solo. Chi la considera come la terza rivoluzione industriale, ritiene che «la trasformazione più grande non riguarda il modo in cui le cose vengono fatte, ma *chi le fa*»<sup>(1310)</sup>.

Il riferimento è, come si intuisce, al fenomeno dei c.d. *makers*. Si tratta di giovani creativi che, operando spesso nei c.d. *fablab* <sup>(1311)</sup>, sfruttano le nuove tecnologie – *in primis* le stampanti 3D – per passare dalla fase del mero progetto, a quella della realizzazione dell'idea. La stampa 3D (anche detta *additive manufacturing* o *rapid prototyping*) <sup>(1312)</sup> permette di avere una riproduzione fisica di un modello 3D realizzato con un software di modellazione 3D <sup>(1313)</sup>, come Autocad. Attraverso l'immissione del disegno, la macchina, seguendo determinate coordinate, riesce a produrre un modello fisico. In alcuni casi, quel prodotto non è solo un modello, ma un vero e

---

all'indirizzo [http://makeprojects.com/Project/Extreme+Marshmallow+Cannon/961/1#.UR0\\_7x1g-So](http://makeprojects.com/Project/Extreme+Marshmallow+Cannon/961/1#.UR0_7x1g-So).

<sup>1310</sup>C. ANDERSON, *Makers. Il ritorno dei produttori*, Milano, 2013, 22.

<sup>1311</sup>I *fabrication laboratories*, più conosciuti come *fablabs*, sono piccole officine che offrono servizi personalizzati di fabbricazione digitale, sono stati lanciati dal Medialab del MIT nel 2003 per replicare laboratori dove produrre facilmente oggetti ad alto livello di personalizzazione e qualità, ciò che la produzione di massa non sembra poter assicurare. Si assiste alla nascita continua di nuovi *fablabs*, anche in Italia, dove per esempio sono notevoli le esperienze delle Officine Arduino (dal nome di un noto microprocessore OS inventato ad Ivrea) di Torino, del 3DiTaly di Roma e del Fablab Palermo, ospitato dall'associazione Spazio Trentasei Archiarie Palermo (v. <http://fablabtorino.org/>; [www.3ditaly.it](http://www.3ditaly.it) e <http://fablabpalermo.org/>). Si tratta di spazi *open*, in cui i progetti sono condivisi in rete e vengono realizzati con strumenti essi stessi *open*. I *fablab* sono censiti dalla *International Fab Lab Association* e al 9-12-2013 sono 252 (<http://www.fablabinternational.org/fab-lab/list-of-fab-labs>). Per quanto più di diretto interesse IP, la *Fab Charter* stabilisce che «*designs and processes developed in fab labs can be protected and sold however an inventor chooses, but should remain available for individuals to use and learn from*». Cfr. il lavoro dell'allora direttore del Center For Bits and Atoms del MIT N. GERSHENFELD, *Fab. Dal personal computer al personal fabricator*, Torino, 2005; E. FERRONI, *Le fabbriche del futuro (in 3D)*, 10-5-2013, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (che sottolinea come la particolarità di queste officine sia che non sono solo delle botteghe artigianali 2.0, ma spazi *open source* dove condividere le conoscenze e fare rete tra professionisti e dove un *designer* può modificare un progetto o un modello di un oggetto ideato da altri e da lì partire per realizzare altri oggetti); R.N. BEYERS, *Nurturing Creativity and Innovation Through FabKids: A Case Study*, in *Journal of Science Education and Technology*, 2010, V, 447; . P. HARROP, *Open Sourcery: When Hacker Culture Informs the Design Studio*, in *Journal of Architectural Education*, 2007, I, 69; P. TROXLER, *Open Content in the Creative Industries: A Source for Service Innovation?*, 19-3-2009, in *Supporting Service Innovation Through Knowledge Management: Practical Insights & Case Studies*, a cura di P. Wolf, S. Kazi, P. Troxler e R. Jonischkeit, Zurich, 2009, disponibile all'indirizzo [ssrn.com/abstract=1597357](http://ssrn.com/abstract=1597357); A. GJENGEDAL, *Industrial clusters and establishment of MIT FabLab at Furufalten*, Paper presented at the 9th International Conference on Engineering Education, 2006, disponibile all'indirizzo [www.ineer.org/Events/ICEE2006/papers/3600.pdf](http://www.ineer.org/Events/ICEE2006/papers/3600.pdf); E. KIRKBY, *It's Unique: Innovation Diary*, 2010, disponibile all'indirizzo [www.fablab.is/w/images/7/7a/Fab\\_Lab\\_Case\\_Study\\_Its\\_Unique.pdf](http://www.fablab.is/w/images/7/7a/Fab_Lab_Case_Study_Its_Unique.pdf); M. PELLETIER, *Scottie 3d Prints*, 16-2-2009., disponibile all'indirizzo [amsterdam.fablab.nl/node/1809](http://amsterdam.fablab.nl/node/1809); A. SCHAUB, *Fab Prosthetics*, 22-6-2009, disponibile all'indirizzo [amsterdam.fablab.nl/node/2094](http://amsterdam.fablab.nl/node/2094).

<sup>1312</sup> Cfr. B. EVANS, *Practical 3D Printers: The Science and Art of 3D Printing*, New York, 2012, xxiii. La *ratio* della prima perifrasi si spiega agevolmente alla luce del procedimento di creazione dell'oggetto finale: «*The 3D printer, guided by instructions in the design file, squirts out or solidifies powdered, molten or liquid material into a specific flat pattern. After the first layer solidifies, the 3D «print head» returns and forms another thin layer on top of the first one. When the second layer solidifies, the print head returns yet again and deposits another thin layer on top of that. Eventually, the thin layers build up and a three-dimensional object forms*» (v. LIPSON-KURMAN, *Fabricated: The New World of 3D Printing*, cit., 11). La seconda, invece, si riferisce alla funzione principe del 3D *printing*, cioè la rapida creazione di prototipi, che consentano lo studio e il miglioramento del prodotto.

<sup>1313</sup> La modellazione 3D è il disegno di un progetto attraverso programmi CAD di modellazione. In altri termini, si tratta della creazione di un modello virtuale da utilizzare poi come modello da visualizzare sempre come immagine.



proprio prototipo, se non addirittura un prodotto pronto per la commercializzazione (<sup>1314</sup>). Gli utilizzi potenziali sono molteplici e non solo commerciali: basti pensare alla nota vicenda della statua di Thomas Jefferson, esposta allo Smithsonian, e riprodotta tramite il 3D *printing*, per consentire mostre itineranti. Il tutto è molto rapido e semplice. Si scarica un progetto di design e lo si stampa, si scansiona un oggetto già in nostro possesso che vogliamo modificare – ad es. con ProFORMA, *Probabilistic Feature-based On-line Rapid Model Acquisition*, una tecnologia che consente di creare un file 3D ruotando un oggetto di fronte la *webcam* di un comune computer – si operano, poi, i piccoli aggiustamenti migliorativi (chiamati, in gergo informatico, *tweak*) sui *bit* che si vogliono cambiare, tramite il programma SketchUp (<sup>1315</sup>) e si effettua il caricamento nell'*app ReplicatorG*. In pochi minuti, si ottiene un nuovo oggetto fisico. La facilità di utilizzo rende l'*open design* anche particolarmente favorevole a facilitare la collaborazione fra *makers* di tutto il mondo: «*People on opposite sides of the globe can collaborate on designing an object and print out identical prototypes every step of the way*» (<sup>1316</sup>).

Il fenomeno in esame è stato oggetto dell'attenzione del legislatore italiano che, in seno alla legge di stabilità per il triennio 2014-2016, ha previsto un fondo per finanziare ATI e RTI che presentino, in partenariato con Università e altri istituti pubblici, progetti finalizzati, fra l'altro, all'accesso «alle tecnologie di fabbricazione digitale» (<sup>1317</sup>) e al «sostegno delle scuole del territorio attraverso la diffusione del materiale educativo sulla cultura dei *makers*» (art. 1, co. 57, lett. d) e i)).

Il 3D *printing* promette di produrre straordinari sviluppi, in considerazione del fatto che «*three-dimensional printing makes it as cheap to create single items as it is to produce thousands and thus undermines economies of scale*» (<sup>1318</sup>). La circostanza di sfidare nientemeno che le

---

1314

La differenza tra modello e prototipo è che il modello utilizza qualsiasi tipo di materiale e serve per capire proporzioni e per studiare il progetto. Il prototipo solitamente è fatto col materiale finale con cui si è pensato il prodotto e, nel caso di oggetti elettronici, ha anche le medesime caratteristiche funzionali del prodotto finale. Quindi, ad es., nel caso di una sedia in plastica, siccome le stampanti 3D usano materiale plastico, la sedia che ne viene fuori non è più solo un modello ma un vero e proprio prodotto, alcune volte addirittura da poter commercializzare direttamente.

<sup>1315</sup> Si tratta di un'applicazione di computer grafica per la modellazione 3D, creata originariamente da @Last (fondata nel 1999 da Brad Schell e Joe Esch) ed orientata alla progettazione architettonica, all'urbanistica, all'ingegneria civile, allo sviluppo di videogiochi ed alle professioni correlate.

<sup>1316</sup> M. WEINBERG, *What's the Deal with Copyright and 3D Printing?*, Institute for Emerging Innovation, 2013, 1 (disponibile online all'indirizzo [http://www.publicknowledge.org/files/What's%20the%20Deal%20with%20Copyright\\_%20Final%20version2.pdf](http://www.publicknowledge.org/files/What's%20the%20Deal%20with%20Copyright_%20Final%20version2.pdf)). Il *paper* è «*an attempt to answer the unvoiced question that comes before concerns about piracy: is this object protected by copyright in the first place? After all, if there is no underlying copyright there can be no infringement of that right*» (*ibidem*).

<sup>1317</sup> Per la precisione, il *digital fabbing* non si limita alla stampa 3D, comprendendo tutte le tecniche di creazione di oggetti tridimensionali che partano da disegni digitali, quindi anche quelle sottrattive, quali sono il taglio laser e la fresatura. Da una lettura sistematica, però, ritengo si evinca una propensione del legislatore per le sottrattive.

<sup>1318</sup> AA. VV., *Print me a Stradivarius. How a new manufacturing technology will change the world*, in *The Economist*, 10-2-2011, ove pure si rinviene l'immaginifica metafora per cui «*like the magic wand of childhood fairy tales, 3D printing offers us the promise of control over the physical world*». Il titolo del *The Economist* si riferisce

economie di scala (<sup>1319</sup>) fa dire ad un autorevole giornale londinese che «*it may have as profound an impact on the world as the coming of the factory did*» (<sup>1320</sup>). L'affermazione è senz'altro ardita, ma si ricollega all'osservazione per cui, tramite l'*open design*, la produzione si sposta potenzialmente dalla grande fabbrica al piccolo garage (<sup>1321</sup>).

Il potenziale anticapitalistico della novità è messo in luce, da ultimo, da chi osserva che «*people with modest bank accounts will acquire the same design and manufacturing power that was once the private reserve of professional designers and big manufacturing companies*» (<sup>1322</sup>).

È da attendersi che le grandi società del campo proveranno ad osteggiare l'avanzata del movimento OP, ma io sinceramente non vedo come si potrà impedire a qualsiasi cittadino di riprodurre a casa propria gli oggetti desiderati, quantunque coperti da brevetto. Mentre nel campo del *software* si sono potute sviluppare delle misure di protezione per impedire la riproduzione del programma, lo stesso non è neanche concepibile con riferimento all'*hardware*: il diritto dominicale che insiste sul c.d. *corpus mechanicum* finisce per costituire – come ai tempi dei Greci e dei Romani – un limite assai penetrante ai diritti sul *corpus mysticum*. C'è di più, ci si potrebbe chiedere anche che consistenza abbia oggi la distinzione fra *mechanicum* e *mysticum*, messa in crisi già dalla tutela dei programmi per elaboratore (che non necessitano più supporti materiali) e ora sottoposta a dura prova dall'*openness* applicata all'*hardware*: nel primo caso, sempre scomparire il *corpus mechanicum*, nel secondo il *mysticum*.

Come l'invenzione della stampa a caratteri mobili (<sup>1323</sup>) ha costituito una rivoluzione soprattutto perché consentì l'abbattimento dei costi della riproduzione dei libri e, quindi, una loro più vasta e rapida diffusione, così lo sviluppo delle ultime stampanti 3D, finalmente a prezzi non inarrivabili (<sup>1324</sup>), potrà costituire il volano per una nuova rivoluzione, che potrà porre fine al *second*

alla creazione, da parte di una società tedesca, di un violino proprio tramite le tecniche del *3D printing*.

<sup>1319</sup>

Mi sembra che un'osservazione simile si trovi in ANDERSON, *In the Next Industrial Revolution*, cit., 3, là dove si osserva che «*global supply chains have become scale-free, able to serve the small as well as the large, the garage inventor and Sony*».

<sup>1320</sup>*Ibidem*.

<sup>1321</sup>F. SANTANGELO, *Makers. Analisi sociologica di un fenomeno emergente*, Tesi di laurea in Sviluppo, ambiente e cooperazione, Università degli Studi di Torino, a.a. 2012-2013, 4 (la numerazione si riferisce al dattiloscritto, che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'A.), osserva come il *quid proprii* del fenomeno esaminato sia «lo slittamento da una produzione possibile esclusivamente attraverso economie di scala e grandi fabbriche, ad una gestibile autonomamente dal singolo individuo. Un esito che costituirebbe una sorta di riappropriazione degli strumenti di produzione da parte del singolo cittadino».

<sup>1322</sup>LIPSON-KURMAN, *Fabricated: The New World of 3D Printing*, cit., 10.

<sup>1323</sup>Sebbene in un contesto diverso e ad altri fini, il parallelo con la stampa emerge anche in AA. VV., *Print me a Stradivarius*, cit., là dove si scrive che «*Just as nobody could have predicted the impact of the steam engine in 1750—or the printing press in 1450, or the transistor in 1950—it is impossible to foresee the long-term impact of 3D printing*».

<sup>1324</sup>Esistono ormai stampanti 3D disponibili a prezzi modici, si pensi a *3D Creator II Replicator II* o a *Plotter-3DRAG/K*. Ad abbassare i costi per primi – passando da una media di 125.000€ per *printer* a 1000€ – furono i creatori del MakerBot (v. <http://www.makerbot.com/>). Per dirla con R. LUNA, "Makers", *gli artigiani che progettano il futuro*, in *La Repubblica*, 8-3-2012, «La nascita della mitica Maker-Bot è stata come il passaggio, negli

*enclosure movement* e restituire alla proprietà industriale e intellettuale il proprio originario significato.

Ora, se l'accostamento con l'invenzione della stampa può sembrare eccessivo, con più misura si può, se non altro, dire che «*just as computers have allowed us to become makers of movies, writers of articles, and creators of music, 3D printers allow everyone to become creators of things*»<sup>(1325)</sup>. E come il computer ha imposto considerevoli adattamenti dei paradigmi giuridici tradizionali, c'è da attendersi che lo stesso accadrà con l'*open hardware*, sebbene le riflessioni sul tema – e le decisioni dei giudici<sup>(1326)</sup> – siano ancora troppo esigue per consentire una seria previsione delle sfide che ci attendono. Ma se è vero che i diritti IP hanno avuto anche la funzione di costituire «*an easy way to (at least attempt to) control what people were doing with computers*»<sup>(1327)</sup>, allora il decentramento dei processi produttivi testé descritto impone un ripensamento radicale dei principi tradizionali<sup>(1328)</sup>.

Al giurista spetta un compito tanto grave, quanto necessario: costruire un *framework* giuridico attento alle peculiarità del fenomeno, ma in pari tempo del sistema consegnato. L'operazione va portata avanti, pur nella coscienza che essa non sarà agevole, anche considerato che quello in esame è un «*kaleidoscopic phenomenon, as its unsettled boundaries show, because it involves several different subject matters*»<sup>(1329)</sup>, a differenza del mondo FOSS, i cui confini vanno facendosi viepiù definiti.

#### **4.5 La condivisione dei dati in modalità peer-to-peer (P2P)**

Il P2P è stato definito dall'AGCM come «una rete paritaria in cui ogni nodo è contemporaneamente client e server [...] Tale approccio prevede che i contenuti siano memorizzati in modalità decentralizzata»<sup>(1330)</sup>. Esso, come riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia, è uno

---

anni Settanta, dai computer che occupavano una intera stanza e costavano come un carrarmato, al pc da tavolo e per tutti: l'inizio di una rivoluzione, appunto. Quello della fabbrica personale».

1325

WEINBERG, *What's the Deal with Copyright and 3D Printing?*, cit., 1.

<sup>1326</sup> In WEINBERG, *What's the Deal with Copyright and 3D Printing?*, cit., 22, si legge che «*Although it is possible to draw guidance and principles by analogy from cases not involving 3D printing, it is too early to confidently state how future courts will view them in light of 3D printing*».

<sup>1327</sup> WEINBERG, *What's the Deal with Copyright and 3D Printing?*, cit., 2.

<sup>1328</sup> Mi sembra chiaro in tal senso WEINBERG, *What's the Deal with Copyright and 3D Printing?*, cit., 2, là dove osserva che «*3D printers do not take away intellectual property rights any more than computers grant them. But they do provide an opportunity for people to reexamine old assumptions about how the system works*».

<sup>1329</sup> MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting*, cit., 70.

<sup>1330</sup> AGCM, *Diritto di autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine conoscitiva*, 29 (lo studio è pubblica online all'indirizzo <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=3790>).

«strumento aperto per la condivisione di contenuti, indipendente, decentralizzato e dotato di avanzate funzioni di ricerca e di scaricamento di file»<sup>(1331)</sup>. Più in particolare, il termine «*denotes a class of distributed system architectures, that is, a way of structuring and organizing the work of several computers that communicate through a network*»<sup>(1332)</sup>. In genere, quando si pensa a una rete P2P, il pensiero va alla condivisione di documenti digitali: si tratta del *multimedia P2P system* e, in effetti, ed è in effetti la *species* più diffusa di un *genus* più ampio, per la configurabilità del quale è sufficiente che si tratti di una rete in cui ogni computer presenta un determinato tipo di risorse che mette a disposizione degli altri utenti del sistema (non, quindi, sono dati, ma anche «*computing capacity, disk space, algorithms*»<sup>(1333)</sup> <sup>(1334)</sup>). Di norma, colui che mette a disposizione i *file* è detto *seeder*, colui che li scarica è, invece, il *leecher*: l'insieme dei *seeders* e dei *leecher* di un determinato *file* ne costituiscono lo *swarm*.

Forse il più noto dei programmi di condivisione P2P, dopo la chiusura nel 2001 dell'antesignano Napster, è eMule (mulo elettronico), il cui funzionamento è con precisione

1331

Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, in *Racc.*, 2011, I-11959, § 17, su cui v., oltre che D'ANGELO, *Nota a Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, cit., 664; M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *NGCC*, 2012, VII-VIII, I, 580 e M. GRANIERI, *La fine è nota: diritto d'autore, evolucionismo giuridico e i meccanismi spontanei di aggiustamento del mercato*, in *Foro it.*, 2012, VI, 4, 310; i commenti di P. SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte eur. giust. UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 297; F. RIZZUTO, *Injunctions against Intermediate Online Service Providers*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2012, 69; F. MELIS, *La Corte eur. giust. Ue pone limitazioni alla tutela del copyright sulla rete*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 632; D. RÜGER-A. STADLER, *Scarlet Extended: Vereinbarkeit von Internet-Blockiersystemen zum Urheberrechtsschutz mit europäischen Grundrechten*, in *European Law Reporter*, 2011, 131; R. HEIDINGER, *Die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Access-Providern auf Sperre urheberrechtsverletzender Webseiten*, in *Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2011, 153; C. MANARA, *Fournisseur d'accès: mise en place d'un système de filtrage*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 2925; L. COSTES, *Affaire Sabam: l'analyse de la CJUE*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2011, LXXVII, 31; C. CASTETS-RENARD, *Protection du droit d'auteur confrontée aux droits fondamentaux: point trop n'en faut!*, *ivi*, 2012, LXXIX, 6; A. TROIANIELLO, *La CJUE s'oppose au filtrage généralisé de l'internet*, *ivi*, 2012, LXXVIII, 71; L. IDOT, *Internet, piratage et obligations de filtrer les communications électroniques*, in *Europe*, 2012, I, 44 H.-P. ROTH, *Überwachungs- und Prüfungspflicht von Providern im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung*, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2012, 125; E. PSYCHOGIOPOULOU, *Copyright Enforcement, Human Rights Protection and the Responsibilities of Internet Service Providers after Scarlet*, in *EIPR*, 2012, 552.

<sup>1332</sup> B. FURHT, *Encyclopedia of Multimedia*<sup>2</sup>, New York, 2008, 714.

<sup>1333</sup> FURHT, *Encyclopedia of Multimedia*, cit., 714.

<sup>1334</sup> Indicazioni simili si rinvencono in Conclusioni dell'avvocato generale (Cruz Villalón), 14-4-2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, nt. 28, là dove si osserva che «L'espressione «*peer to peer*» indica un metodo di comunicazione con cui computer connessi in rete in linea diretta si scambiano, tramite software che utilizzano protocolli specifici, informazioni che possono essere file (il «*file sharing*» oggetto della presente causa), ma anche, ad esempio, servizi di telefonia come Skype. Si possono citare, a titolo di esempio, i seguenti protocolli e *software* di «*file sharing*»: BitTorrent (Azureus, BitComet, Shareaza, MIDonkey...), eDonkey (eDonkey2000, MIDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MIDonkey...), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MIDonkey) Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MIDonkey...), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MIDonkey)» e si rinvia, per una presentazione più dettagliata del «*peer to peer*», a R. STEVENS, *Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing*, luglio 2010 (sul sito dell'Università di Oxford, Information and Communications Technology < <http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml> >).

descritto in una recentissima sentenza di merito (<sup>1335</sup>), che vale la pena *pro parte* riportare, anche perché il funzionamento è comune a tutti i principali sistemi di *file sharing* P2P. Quello in esame è un OSS di condivisione file ed ha tra i suoi punti di forza la semplicità e la pulizia della interfaccia grafica, la localizzazione in numerose lingue, una vasta e attiva comunità di utenti che mantengono vivo il progetto rilasciando regolarmente nuove versioni. L'indice dei *files* condivisi da un *client* (utente eMule) viene inviato al *server* di accesso alla rete durante la connessione tra i due. Un cliente si connette a un solo *server* alla volta, sufficiente per eseguire una ricerca su tutti i server presenti nella rete perché comunicano tra loro e il programma riprende i *download/upload* in corso non appena è di nuovo disponibile una connessione Internet. Un file viene identificato in modo univoco nel *network* attraverso il proprio *hash* che viene calcolato da eMule utilizzando l'algoritmo MD4. Per i file di dimensione minore di 4 GB *l'hash* è di 32 cifre esadecimali mentre i files di dimensione maggiore hanno un *hash* esteso. L'univocità di un file nella rete è garantita dall'accoppiamento di lunghezza in *byte* con *l'hash*. Per scaricare un file si entra nel programma e si utilizza la finestra «cerca» che contiene vari campi (nome, tipo con riferimento al formato, metodo di ricerca e filtri). Le parole chiave per iniziare la ricerca vengono inserite nel campo del nome. Avviata ed effettuata la ricerca, il sistema visualizza i risultati nel campo inferiore che elenca i *files* con indicazione delle dimensioni, disponibilità, fonti di completezza e relativi ID. Il file, su eMule, viene identificato non tanto dalla denominazione quanto dal codice *hash*: una ricerca potrà pertanto restituire *files* che avranno anche più di un nome. Scelto il file, con un doppio click si avvia la fase di scaricamento dello stesso ovvero *download*. In eMule il sistema di scaricamento è gestito da code (*queues*); eMule crea, in automatico sul disco dell'utente, una lista di attesa (coda) in cui inserisce tutte le richieste di *upload*: ciò significa che ogni utente che chiede un file sarà messo in una lista di attesa stilata in base ad un punteggio attribuito dal programma stesso. Nell'eMule dell'utente vi è una unica coda di *upload* per tutti gli utenti che scaricano da lui. Quando è l'utente che scarica da altri, egli entra in coda e acquisisce il file pezzo per pezzo: ogni pezzo è denominato *chunk*. Allorché si inizia a scaricare da qualcuno si è alla posizione zero della coda e si attiva automaticamente un sistema di «crediti» che serve a calcolare quale posizione si ha in coda nei confronti degli utenti cui si richiede il file: è un sistema «meritocratico» che ha evidentemente lo scopo di combattere il «*leecher problem*», che si ha quando chi scarica subito dopo lascia lo *swarm*, smettendo di condividere il *file*. Ciò produce effetti esiziali per l'economia del sistema: «*the remaining peers cannot find missing chunks anymore within the swarm and fragments of incomplete files are left back. This selfish behavior results in successive starvation of the peers, and*

---

<sup>1335</sup> Trib. Milano, 11-11-2010, cit.

*the swarm dies out*»<sup>(1336)</sup>. L'ultima evoluzione del P2P mi sembra essere Tribler<sup>(1337)</sup> – sviluppato in seno al progetto europeo *P2P-next*<sup>(1338)</sup> – *open software client* Bittorrent scaricabile gratuitamente e non necessitante un motore di ricerca separato; esso non ha *server* che possano essere accusati di indicizzare i file: gli indici stessi sono posti sulle reti P2P. Ai nostri fini, il passo avanti – oltre al fatto di rendere molto più difficili da perseguire le violazioni – consiste nel fatto che «*a give-to-get algorithm is used, instead of tit-for-tat, which means that peers will upload to peers that have proven to be 'generous' toward third parties, instead of those peers that have a high upload rate*»<sup>(1339)</sup>.

Il *peer-to-peer*, quindi, è un sistema paritario che tende a diffondere la cultura della condivisione (come «messa in comune») e che è dotato degli anticorpi adatti ad evitare pratiche di esclusione. In tal senso, penso si possa dire che esso si inserisce a pieno titolo, insieme all'*openness*, nel regno dei beni comuni.

Il P2P solleva un gran numero di questioni in tutti i campi del diritto, dal civile al penale<sup>(1340)</sup>. Limitandoci al comparto qui d'interesse, è da dire che il tema è legato a doppio filo con quello della responsabilità degli *internet provider* e del bilanciamento fra IPRs e riservatezza<sup>(1341)</sup>.

---

<sup>1336</sup> M.R. BRUST-C.H.C. RIBEIRO-J. MESIT, *Avoiding Greediness in Cooperative Peer-to-Peer Networks*, in *Collaborative Computing: Networking, Applications and Worksharing*, a cura di E. Bertino e J.B.D. Joshi, 4th International ICST Conference-CollaborateCom 2007, novembre 2008, Orlando, Berlin-Heidelberg-New York, 2009, 371.

<sup>1337</sup> Su Tribler v., ad es., A. DATTA ET AL., *Decentralized Online Social Networks*, in *Handbook of Social Network Technologies and Applications*, a cura di B. Furht, Berlin, 2010, 366 s.

<sup>1338</sup> Come si legge all'indirizzo <http://www.p2p-next.org/>, «*The P2P-Next integrated project will build a next generation Peer-to-Peer (P2P) content delivery platform, to be designed, developed, and applied jointly by a consortium consisting of high-profile academic and industrial players with proven track records in innovation and commercial success [...] P2P-Next will develop a platform that takes open source development, open standards, and future proof iterative integration as key design principles*».

<sup>1339</sup> S. ASIOLI-N. RAMZAN-E. IZQUIERDO, *Efficient Scalable Video Streaming over P2P Network*, in *User Centric Media*, a cura di P. Daras e O. Mayora Ibarra, Berlin, 2010, 156.

<sup>1340</sup> V., a titolo esemplificativo, Trib. Taranto, 28-8-2012, inedita, nelle cui conclusioni si legge che «trasmettere una videoripresa di contenuto pedopornografico a più persone attraverso la rete internet con il sistema "peer to peer" potenzia il carattere diffusivo della trasmissione, facilmente moltiplicabile da ciascuno dei destinatari. In relazione a tale condotta, perciò, deve ritenersi configurabile il reato di cui all'art. 600-ter c.p.». Significativa pure Cass., 10-11-2011, n. 44065, inedita, là dove si statuisce che «in tema di reato di divulgazione e diffusione di materiale pedopornografico, l'utilizzo, ai fini dell'acquisizione via "internet" di detto materiale, di programmi che comportino l'automatica condivisione dello stesso con altri utenti (nella specie il programma denominato "Kazaa") non implica per ciò solo, ed in assenza di ulteriori specifici elementi, la volontà, nel soggetto agente, di divulgare detto materiale».

<sup>1341</sup> Costituisce conferma della giustizia della specola scelta Trib. Roma, sez. IP, 17-3-2008, in *Giur. it.*, 2008, VII, 1738 nota di A. SIROTTI GAUDENZI, *Violazione della proprietà intellettuale: non è ammesso il provvedimento di discovery in caso di peer to peer. L'ordine di discovery che consenta l'acquisizione immediata ed in via d'urgenza della prova dell'illecito è ammesso dalla normativa processuale in tema di proprietà intellettuale introdotta dal D.Lgs. n. 140/2006* (sul noto caso Peppermint c. Tiscali), là dove si è concluso che «Violazioni della proprietà intellettuale, quale il cd. *file sharing*, non essendo necessariamente reato, non giustificano l'adozione di disposizioni che incidano sulla riservatezza dei dati degli utenti della rete Internet» (*contra* Trib. Roma, 19-8-2006, inedita). E anche in dottrina, la più parte degli ultimi contributi in materia di *peer-to-peer* adotta questo punto visuale: oltre ai citati PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore*, cit., 1175 s., D'ANGELO, *Nota a Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, cit., 664; v. anche, ad es., GRANIERI, *La fine è nota*, cit., 310 COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio*, cit., 580, *Internet e sistemi di filtraggio*, cit., 580 s.

La specola scelta per studiare il *peer-to-peer* sarà, allora, quella della più recente giurisprudenza europea che si è occupata dei temi ricordati proprio con riferimento a fattispecie concrete in cui era coinvolto un siffatto sistema di condivisione dei file. Le decisioni che mi sembrano più rilevanti, a tal fine, sono quelle rese sui casi *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL* (nel prosieguo, caso Scarlet) <sup>(1342)</sup> e *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA c. Netlog NV* (nel prosieguo, caso Netlog) <sup>(1343)</sup>.

La sentenza Scarlet è l'esito di una domanda *ex art. 267 TFUE* presentata dalla *Cour d'Appel de Bruxelles* <sup>(1344)</sup> nel contesto di una controversia tra Scarlet Extended SA e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM, *collecting society* belga omologa della nostra SIAE) <sup>(1345)</sup> vertente sul rifiuto di Scarlet – fornitore di accesso ad Internet (nel prosieguo, FAI) che procura ai propri clienti tale accesso, senza proporre altri servizi come lo scaricamento o la condivisione dei file <sup>(1346)</sup> – di predisporre un sistema di filtraggio <sup>(1347)</sup> delle comunicazioni

e D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte eur. giust. in mezzo al guado*, in *AIDA* 2008, 2009, 435 s.

<sup>1342</sup>

Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit.

<sup>1343</sup> Corte eur. giust., 16-2-2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA c. Netlog NV*, non ancora edita sulla *Racc.* ufficiale. La decisione è stata al centro di numerose riflessioni, fra le quali ragioni di sintesi mi impongono di segnalare, oltre a COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio*, cit., 580; A. SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *Giur. Merito*, 2013, 125; M. BELLIA-G.A.M. BELLOMO-M. MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2012, 346 A. METZGER, *Keine Pflicht für Betreiber sozialer Netzwerke zu umfassenden Überwachungs- und Filtersystemen*, in *GRUR*, 2012, 384; L. COSTES, *Pas d'obligation pour l'exploitant d'un réseau social de mettre en place un système de filtrage*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2012, LXXX, 23; O. ROUX, *Le refus communautaire d'un réseau internet régulé par un filtrage général : les affaires Scarlet et Netlog*, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 2012, IV, 315; M. MEISTER, *Internet, piratage et filtrage des communications électroniques*, in *Europe*, 2012, IV, 26 L. IDOT, *Dessins et modèles et action en contrefaçon*, *ivi*, 2012, IV, 27 A. ZEMANN, *Unzulässigkeit eines Filtersystems nach rechtswidrigen Inhalten*, in *Ecolex*, 2012, 333 s.

<sup>1344</sup> Cour d'appel de Bruxelles, 9ème ch., arrêt du 28-1-2010 (R.G. 2007/AR/2424 : R. n°: 2010/740 : N° 192).

<sup>1345</sup> I casi Scarlet e Netlog coinvolgono entrambi la SABAM (società di gestione che rappresenta gli autori, i compositori e gli editori di opere musicali ed autorizza l'utilizzo delle loro opere tutelate da parte di terzi), ma il portale della Corte eur. giust. la chiama, in un caso *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA*, nell'altro *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL*. Per omogeneità, ho ritenuto di ricorrere all'acronimo SABAM, utilizzato in entrambe le lingue (v. <http://www.sabam.be/nl>).

<sup>1346</sup> Il FAI sta al più noto *Internet Service Provider* (ISP) come il *genus* alla *species*, posto che l'ISP non si limita a fornire l'accesso ad Internet (che pure ne costituisce il *core business*), ma si tratta di una struttura commerciale o un'organizzazione che offre agli utenti, dietro la stipulazione di un contratto di fornitura, qualsiasi servizio inerenti alla rete Internet, quindi anche, ad es., la posta elettronica, la registrazione di nomi a dominio DNS (*domain name system*). Per una recente fattispecie concernente l'ISP, v. Trib. Firenze, 25-5-2012, inedita, là dove si legge che «Al fine di valutare se un ISP (*Internet Service Provider*) abbia effettiva conoscenza della illiceità dei contenuti del sito, è necessario che un organo competente abbia dichiarato che i dati sono illeciti, oppure abbia ordinato la rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, ovvero che sia stata dichiarata la esistenza di un danno e che l'ISP medesimo sia a conoscenza di una tale decisione dell'Autorità competente. Qualora, dunque, siano stati pubblicati sul sito atti giudiziari, quanto in essi affermato non può essere confutato in sede cautelare e, pertanto, non può impartirsi alcun ordine alla società all'uopo convenuta in giudizio, in quanto i contenuti del sito appaiono espressione di un diritto di critica che si fonda proprio sul tenore dei menzionati provvedimenti giurisdizionali».

<sup>1347</sup> L'AGCM segnala diverse misure tecniche di contrasto alle violazioni perpetrate tramite su reti P2P, come il *port blocking*, il *content filtering* e *deep packet inspection*. In base al *port blocking*, in particolare, è possibile bloccare il traffico P2P intervenendo sulle porte IP di rete più comunemente utilizzate dai più diffusi applicativi P2P. Le organizzazioni aziendali e le P.A. utilizzano questa tecnica con successo per limitare l'uso della

elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi *peer-to-peer*, onde impedire gli scambi dei file ritenuti lesivi dei diritti d'autore. La giustezza della prospettiva scelta mi sembra trovi conferma nell'osservazione di quei commentatori che considerano evidente l'importanza del caso Scarlet «se solo si considera la diffusione crescente dei sistemi di *file sharing* che adottano la tecnologia del «*peer-to-peer*»<sup>(1348)</sup>.

La conclusione della Corte è che le direttive europee in materia di IP<sup>(1349)</sup>, commercio elettronico<sup>(1350)</sup>, trattamento dei dati personali<sup>(1351)</sup>, lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio: a) di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi P2P; b) che si applica indistintamente a tutta la sua clientela; c) a titolo preventivo; d) a sue spese esclusive, ed e) senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di IP, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore.

La sentenza in esame mi sembra interessante anche perché, fra le sue pieghe, emerge l'infondatezza di un luogo comune in materia di P2P, quello per il quale sarebbe tecnicamente impossibile, in una rete con le caratteristiche *supra* descritte, controllare e, se del caso, filtrare, gli scambi di *files* in P2P. Nel caso che ha dato origine alla sentenza Scarlet, infatti il Presidente del *Tribunal de première instance de Bruxelles*, accertata l'esistenza delle violazioni del diritto d'autore denunciate dalla SABAM, prima di statuire sui provvedimenti inibitori, incaricò un perito di verificare se le soluzioni tecniche proposte dalla *collecting society* belga fossero tecnicamente realizzabili, se esse consentissero di filtrare unicamente gli scambi illeciti di file e se esistessero altri

---

rete Internet agli utenti interni ai soli fini consentiti dalla *policy* aziendale. Essa viene realizzata principalmente tramite *firewall* perimetrali professionali e tramite *personal firewall*. L'utente medio fornito di abbonamento residenziale alla banda larga riuscirebbe a contrastare tale tecnica variando, ad es., la configurazione di connessione del *client* P2P relativamente alle porte di rete. Così AGCM, *Diritto di autore sulle reti di comunicazione elettronica*, cit., 30, ove pure si riconosce che «L'applicazione di questa tecnica su larga scala contrasta inoltre con i principi della neutralità della rete» (se ho ben inteso, la neutralità consiste in un controllo limitato dei traffici da parte degli ISP).

1348

D'ANGELO, *Nota a Corte europea cit.*, 672.

<sup>1349</sup> La Corte si riferisce, in particolare, alla dir. 01/29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e alla dir. 04/48, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

<sup>1350</sup> Il riferimento è alla dir. 00/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Cfr. la recentissima novità costituita dal c.d. *Bali package* del 7-12-2013, pacchetto di accordi approvato a Bali in seno al WTO, che comprende, fra l'altro, il *Work Programme on Electronic Commerce* (WT/MIN(13)/W/3).

<sup>1351</sup> Si tratta della dir. 95/46, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e della dir. 02/58, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.



dispositivi idonei a controllare l'utilizzo di programmi P2P. Nella sua relazione, il perito designato ha concluso che, «nonostante la presenza di numerosi ostacoli tecnici, non si poteva escludere completamente che il filtraggio ed il blocco degli scambi illeciti di file fosse realizzabile» <sup>(1352)</sup>. Ciò posto, occorre prendere atto che le soluzioni adottate dai giudici europei (e italiani, v. caso Peppermint), di guardare con sfavore alla possibilità di dichiarare responsabile l'ISP per il *file sharing* perpetrato sulle reti P2P non è dovuto a supposti – e inesistenti – impedimenti tecnici a controllare detti scambi, bensì alla tendenza che abbiamo già segnalato, di dichiarare pozzori gli interessi contrapposti che richiedono un bilanciamento con gli IPRs, nel caso di specie, primariamente, la riservatezza (e del rango di questa nella gerarchia assiologica dell'UE è indicativo il rigetto dell'ACTA, su cui ci si soffermerà del prosieguo). Anche Scarlet, nelle sue difese, argomenta sulla impossibilità tecnica, ma, sebbene la Corte non si pronunci *apertis verbis* sul punto, è chiara l'indicazione ricavabile dal *dictum* in esame. In particolare, il giudice europeo non ritiene che sia logisticamente proponibile un sistema di filtraggio tanto complesso da presupporre che il FAI identifichi, nell'insieme delle comunicazioni elettroniche di tutti i suoi clienti, i file che appartengono al traffico *peer-to-peer*; nell'ambito di tale traffico, i file che contengono opere sulle quali i titolari dei diritti IP affermino di vantare diritti; poi, che il FAI determini quali tra questi file siano scambiati in modo illecito e, infine, che proceda al blocco degli scambi di file che esso stesso qualifica come illeciti. Ritene, invece, la Corte di Lussemburgo che un simile sistema non possa essere imposto sol perché «obbligherebbe a procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale» <sup>(1353)</sup>. Ciò non per postulate impossibilità tecniche, bensì per contrasto con l'art. 15, n. 1, dir. 00/31 (che vieta alle autorità nazionali di adottare misure che impongano ad un FAI di procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che esso trasmette sulla propria rete) e, soprattutto, con i diritti fondamentali dell'UE, come consacrati nella CDFUE e nella CEDU.

Si conferma, coerentemente, la tendenza della Corte europea alla interpretazione restrittiva delle disposizioni che istituiscono prerogative a favore dei titolari dei diritti sulle opere dell'ingegno. Nel caso di specie, in gioco sono gli artt. 8, n. 3, dir. 01/29 e 11, dir. 04/48, secondo la cui lettera i titolari dei diritti IP possono chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari, come i FAI, i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare i loro diritti. Parallelamente, si continua ad osservare un costume ermeneutico estensivo delle disposizioni espressive di interessi antagonisti a quelli sottesi agli IPRs: nella fattispecie concreta, si tratta del ricordato art. 15, n. 1, dir. 00/31, ma anche l'art. 3, dir. 04/48, là dove enuncia che le misure

1352

Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit., § 22.

<sup>1353</sup> Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit., § 40.

contemplate da detta direttiva devono essere eque e proporzionate e non eccessivamente costose<sup>(1354)</sup>.

Da segnalare infine, per quanto di interesse ai fini più generali del presente studio, la circostanza che – in continuità con le sentenze *Promusicae*<sup>(1355)</sup> e *Laserdisken*<sup>(1356)</sup> – si dichiara espressamente che gli IPRs rientrano nei diritti di proprietà (e si richiama, sul punto, l'art. 17 CDFUE), però il richiamo all'inquadramento dominicale non è strumentale a concludere per una tutela forte, proprietaria appunto, degli IPRs, bensì serve per escludere che si tratti di diritti «intangibili e che la [loro] tutela debba essere garantita in modo assoluto»<sup>(1357)</sup>, dovendo questa «essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali»<sup>(1358)</sup>, che, in ispecie, sono la libertà di impresa<sup>(1359)</sup>, la riservatezza<sup>(1360)</sup> e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni<sup>(1361)</sup>, come

---

1354

Sul punto, prima di Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit., §§ 35-36, cfr. già Corte eur. giust., grande sez., 12-7-2011, C-324/09, *L'Oréal SA e a. c. eBay International AG e a.*, in *Racc.*, 2011, I-6011, §139, su cui v., ad es., i commenti di N. RODEAN, *Responsabilità del gestore del mercato online per le violazioni ai diritti di marchio altrui*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 1594 C. LEHMENT, *Neuordnung der Täter- und Störerhaftung*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2012, 149 s. e M. JÄNICH, *Markenverletzungen auf Online-Marktplätzen*, in *Markenrecht*, 2011, 293 s.

<sup>1355</sup> Corte eur. giust., grande sez., 29-1-2008, C-275/06, cit., § 62. Cfr., ad es., MANTELETO, *L'«ingegneria interpretativa» della Corte di Giustizia delle comunità europee in soccorso della tutela on-line del diritto d'autore*, cit., 1422 TROTTA, *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della privacy*, cit., 76; I. STAMATOUDI, *Ethics, reality and the Law - The example of Promusicae v. Telefonica & LSG v. Tele 2*, in *Revue Hellénique de droit international*, 2010, 921; C. KUNER, *Data Protection and Rights Protection on the Internet: The Promusicae Judgment of the European Court of Justice*, in *EIPR*, 2008, 199 s. e SPINDLER, *"Die Tür ist auf"*, cit., 574.

<sup>1356</sup> Corte eur. giust., grande sez., 12-9-2006, C-479/04, cit., § 65, su cui v., NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., spec. 605 s., che considera *Laserdisken* come una testimonianza eloquente del fatto che la Corte eur. giust. prenda sempre molto sul serio il rango dominicale dell'IP e secondo cui «L'insegnamento di *Laserdisken* è inequivoco: il diritto di proprietà (comprensivo della proprietà intellettuale) occupa, nella *Rangordnung* europea, una posizione che gli consente non soltanto di essere posto sullo stesso piano della libertà di espressione, ma addirittura di prevalere su quest'ultima» (ivi, 606). Cfr. anche RUNGE, *Prinzip der gemeinschaftsweiten Erschöpfung im Urheberrecht*, cit., 666; F. MARIATTE, *Droit d'auteur et droit voisin*, in *Europe*, 2006, XI, 32 e COSTES-AUROUX, *L'épuisement international du droit de distribution rejeté par la CJCE*, cit., 30.

<sup>1357</sup> Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit., § 44.

<sup>1358</sup> Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit., § 45.

<sup>1359</sup> Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit., § 46 e §§ 48-49. La libertà d'impresa risulterebbe violata in quanto il sistema di filtraggio in esame obbligherebbe il FAI a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall'art. 3, co. 1, dir. 04/48, là dove si richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti IP non siano inutilmente complesse o costose.

<sup>1360</sup> Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, §§ 50-51. La Corte considera pacifico, infatti, che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implicherebbe un'analisi sistematica di tutti i contenuti, nonché la raccolta e l'identificazione degli indirizzi IP degli utenti all'origine dell'invio dei contenuti illeciti sulla rete, indirizzi che costituiscono dati personali protetti, in quanto consentono di identificare in modo preciso suddetti utenti.

<sup>1361</sup> Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, cit., §§ 50 e 52. La violazione in esame si configurerebbe perché l'ingiunzione lederebbe la libertà di informazione, poiché il sistema di filtraggio potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. Infatti, è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all'altro. Inoltre, in certi Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea gratuitamente da parte dei relativi autori.

riconosciute agli artt. 8, 11 e 16 CDFUE.

Non saprei dire se si tratta di eterogenesi dei fini o semplice incoerenza, ma è senz'altro degna di menzione la circostanza per cui si sussumono i diritti sui beni immateriali nel diritto di proprietà per porne in luce, sorprendentemente, i limiti (<sup>1362</sup>), quando proprio quest'ultimo diritto è maneggiato nel diritto europeo come un diritto sostanzialmente assoluto, che nei fatti cede solo di fronte alla concorrenza (<sup>1363</sup>).

Venendo al più recente caso Netlog, esso ha ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ex art. 267 TFUE, dal *Rechtbank van eerste aanleg te Brussel* (<sup>1364</sup>), in una controversia che opponeva, anche qui, SABAM, questa volta a Netlog NV, società che gestisce una piattaforma di rete sociale *online* sulla quale ogni iscritto riceve uno spazio personale, denominato «profilo», che l'utente stesso può riempire e che è accessibile a livello mondiale. La funzione principale di tale piattaforma, quotidianamente utilizzata da decine di milioni di persone, è di creare comunità virtuali che consentono agli utenti di comunicare tra loro e, in tal modo, di creare relazioni interpersonali. Sul proprio profilo gli utenti possono, in particolare, tenere un diario, indicare i propri passatempi e preferenze, mostrare i propri amici, visualizzare foto personali o pubblicare estratti di video.

La sentenza consente, quindi, di riflettere sulle sfide lanciate all'IP non solo dai sistemi P2P, ma anche dai *social network*, «luogo digitale che consente all'utente di gestire sia la propria rete sociale (organizzazione, estensione, esplorazione e confronto), sia la propria identità sociale (descrizione e definizione)» (<sup>1365</sup>).

La doglianza è analoga a quella oggetto del caso Scarlet: si tratta dell'obbligo imposto a Netlog di predisporre un sistema di filtraggio delle informazioni memorizzate nella sua piattaforma, onde impedire che siano messi a disposizione *files* in violazione dei diritti d'autore. In particolare, la *collecting society* belga ritiene che Netlog permetta altresì a tutti gli utenti di utilizzare, tramite il loro profilo, opere musicali ed audiovisive del repertorio della SABAM, mettendo dette opere a disposizione del pubblico in maniera tale che altri utenti della rete possano avervi accesso, e questo senza l'autorizzazione della SABAM e senza che Netlog versi un compenso a tale titolo. Il sistema di filtraggio richiesto ha le medesime caratteristiche di quello che si voleva imporre a Scarlet.

---

<sup>1362</sup>

D'ANGELO, *Nota a Corte europea* cit., 672, trae dalla sentenza Scarlet la conferma di una tendenza in favore di «un *enforcement* della tutela del diritto d'autore che, in ambito europeo, sia coordinato con (e talvolta persino *subordinato alla*) *salvaguardia dei diritti e libertà fondamentali* del cittadino» (enfasi aggiunta).

<sup>1363</sup> Mi pare di collocarmi, così, nel solco tracciato da NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 624, là si osserva che «le limitazioni alle quali essa [sc. l'IP] soggiace, sono funzionali ad un disegno politico mosso dall'obiettivo di instaurare la concorrenza totale».

<sup>1364</sup> *Rechtbank van 1e aanleg Brussel, kort geding*, 28-6-2010 (1713/10).

<sup>1365</sup> G. RIVA, *I social network*, in *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, a cura di M. Durante e U. Pagallo, Torino, 2012, 468.

Anche in questo caso, poi, il rimedio azionato è tipicamente proprietario: si tratta dell'azione inibitoria (<sup>1366</sup>).

Tutto ciò considerato, mutuando Holiday Hall, la fine non può che essere nota (<sup>1367</sup>): anche in questo caso la Corte europea conclude per la *denegatio actionis*, effettuando il medesimo bilanciamento di cui al caso Scarlet e ritenendo, conseguentemente, che nel concedere «un'ingiunzione che costringa il prestatore di servizi di *hosting* a predisporre il sistema di filtraggio controverso, il giudice nazionale [...] non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra il diritto di proprietà intellettuale, da un lato, e la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni, dall'altro» (<sup>1368</sup>).

Concludendo, il P2P è un fenomeno particolarmente interessante ai nostri fini per almeno un duplice ordine di ragioni: a) esprime e promuove la filosofia dei beni comuni, predisponendo in pari tempo meccanismi punitivi per quanti pongono in essere condotte contrarie allo spirito della condivisione (il *leecher problem*); b) dimostra come, a differenza del diritto di proprietà, gli IPRs sono, per loro natura, costantemente sottoposti a bilanciamento con gli interessi contrapposti, individuali e collettivi; c) conferma – in continuità con la giurisprudenza europea esplorata con riferimento ai programmi per elaboratore – la tendenza ermeneutica estensiva delle disposizioni che istituiscono eccezioni e limiti all'IP e, correlativamente, restrittiva delle norme fondanti prerogative dei titolari dei diritti sui beni immateriali.

#### 4.6 Fugaci riflessioni su social networks e IPRs

Come dimostra, fra l'altro, il caso Netlog, i discorsi qui sviluppati sulla responsabilità degli ISP nei sistemi P2P possono essere ripetuti, *mutatis mutandis*, con riferimento al settore ben più ampio e in espansione dei *social networks* (<sup>1369</sup>), di cui l'Italia costituisce uno dei principali mercati europei (<sup>1370</sup>) e che possono essere definiti come «*web-based services that allow individuals to construct a public or semi-public profile within a bounded system, articulate a list of other users with whom they share a connection, and view and traverse their list of connections and those made*

---

<sup>1366</sup> L'azione inibitoria è stata esercitata ex artikel 87, § 1, van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi).

<sup>1367</sup>

G. HOLIDAY HALL, *The end is known*, New York, 1949; la metafora dell'A. amato da Sciascia ha ispirato anche GRANIERI, *La fine è nota*, cit., 310.

<sup>1368</sup> Corte eur. giust., 16-2-2012, C-360/10, cit., § 51.

<sup>1369</sup> Cfr. G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *AIDA 2011*, 2012, 39.

<sup>1370</sup> Così AGCom, 6-7-2011, n. 398/11/CONS.

by others within the system»<sup>(1371)</sup>. Questa circostanza, all'apparenza banale, non è senza rilievo, perché assevera la fondatezza della mia tesi per cui la *privacy*<sup>(1372)</sup> – o, più in generale, la sicurezza dei dati – occupa, rispetto all'IP, un rango superiore nelle gerarchie assiologiche italiana ed europea<sup>(1373)</sup>. Per inciso, è vero che nella maggior parte dei *social network* si possono modificare le impostazioni attinenti alla riservatezza, rendendo più o meno «blindato» il proprio profilo virtuale, ma è anche vero che i contratti che si concludono con i fornitori di servizi di *social networking* sono tipici contratti «per adesione» in cui la negoziazione non ha pressoché alcun ruolo e le condizioni sono unilateralmente imposte dal professionista: fra queste c'è solitamente, ad es., la impossibilità di eliminare del tutto il proprio profilo dalla rete sociale considerata, con la conseguenza che tutti i propri dati restano immagazzinati dal *server* tendenzialmente all'infinito<sup>(1374)</sup>.

Qualche parola, comunque, va spesa con riferimento a un tema che ha occupato le riflessioni dei più reputati studiosi del diritto civile<sup>(1375)</sup> e industriale<sup>(1376)</sup>, giungendo, ad es., a costituire l'oggetto del convegno di AIDA del 2011<sup>(1377)</sup>. Dal punto di vista industrialistico, emergono

---

<sup>1371</sup> D.M. BOYD-N.B. ELLISON, *Social network sites: Definition, history, and scholarship*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, XIII, 11, consultabile all'indirizzo <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>

<sup>1372</sup> La rilevanza della *privacy* con riferimento ai *social network* si ricava, ad es., dall'attenzione prestata al fenomeno dal Garante per la protezione dei dati personali (GPDP) al tema. V. ad es. GPDP, 6-5-2009, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, X, 1109 o anche dal *vademecum* dalla medesima Autorità sviluppato e intitolato "Social network: attenzione agli effetti collaterali" (disponibile anche all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/Opuscolo+Social+Network+pagina+singola.pdf>), pressoché integralmente dedicato al problema in esame. Proliferano, poi, convegni tematici come *Privacy, media e social network: right to remember?*, Bari, 25-5-2012.

<sup>1373</sup>

Cfr. A. OTTOLIA, *Privacy e social networks: profili evolutivi della tutela dei dati personali*, in *AIDA 2011*, 2012, 360 s.

<sup>1374</sup> Così anche GPDP, *Social network: attenzione agli effetti collaterali*, cit., 9, là dove si legge che «Se decidi di uscire da un sito di *social network* spesso ti è permesso solo di «disattivare» il tuo profilo, non di «cancellarlo». I dati, i materiali che hai messo *on-line*, potrebbero essere comunque conservati nei *server*; negli archivi informatici dell'azienda che offre il servizio».

<sup>1375</sup> Nella giurisprudenza civile non si registrano molte decisioni in materia, ma v. ad es. Trib. Monza, 2-3-2010, in *Resp. civ.*, 2010, V, 394 s., là dove si conclude per la «responsabilità extracontrattuale di chi, sul *social network* Facebook, pubblici e divulghi ai terzi affermazioni lesive dell'onore e della reputazione di un utente». Facebook è al centro di numerosissimi processi per violazioni di IP, v. ad es. *Yahoo! Inc. v. Facebook Inc.*, N.D. Calif., No. 12-01212, complaint filed, 3/12/12, sull'utilizzo non autorizzato di brevetti Yahoo, in cui si è ritenuto che «even if Facebook were to pay for its previous use of the technology, that would be an inadequate remedy because it would not address Facebook's market share. Yahoo! therefore asked the court to temporarily and permanently enjoin Facebook from using Yahoo!'s patents».

<sup>1376</sup> Mi limito, chiaramente, al comparto qui di interesse, ma è innegabile che anche il diritto penale si dimostri viepiù interessato dall'innovazione in esame, come dimostra ad es. Trib. Termini Imerese, 9-2-2011, in *Foro it.*, 2012, 3, II, 159 là dove si statuisce che «integrano l'elemento materiale del delitto di atti persecutori le condotte riconducibili alle categorie del c.d. *stalking* vigilante (controllo sulla vita quotidiana della vittima), del c.d. *stalking* comunicativo (consistente in contatti per via epistolare o telefonica, Sms, scritte su muri ed altri messaggi in luoghi frequentati dalla persona offesa) e del c.d. *cyberstalking*, costituito dall'uso di tutte quelle tecniche di intrusione molesta nella vita della vittima rese possibili dalle moderne tecnologie informatiche e, segnatamente, dai *social network*». In tal senso, già, Cass., 16-7-2010, n. 32404, in *Giur. it.*, 2011, V, 1150, con *nota* di F. PESCE, *Profili di indeterminazione dell'art. 612 bis c.p.: l'esempio del cyberstalking*.

<sup>1377</sup> P. SPADA-L. NIVARRA-L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Facebook et similia*, Atti del Convegno di Pavia, 30-9 e 1-10-2011, le cui relazioni sono ora edite in *AIDA 2011*, 2012, 3-376.

numerosi profili di interesse (<sup>1378</sup>), ma ragioni di sintesi consigliano di scegliere una sola specola da cui guardare al fenomeno e quella delle utilizzazioni libere *ex art. 5, dir. 01/29 e 65-71 l. aut.* (<sup>1379</sup>) mi pare quella che, ai nostri fini, sia la più calzante, in primo luogo perché è le utilizzazioni libere forniscono informazioni preziose sull'ampiezza, se non la natura, del diritto d'autore (<sup>1380</sup>).

Ridurre ad unità il caleidoscopio fenomenologico dei *social network* è impossibile, per cui ci si limiterà qui ad analizzare quelle reti sociali che mettono «a disposizione opere che risultano dalla combinazione fra una o più opere di terzi, protette da diritti d'autore ed un apporto creativo del partecipante alla rete sociale» (<sup>1381</sup>). I timori di una eccessiva *openness* – già presenti con riferimento, in generale, agli IPRs su internet e aumentati con l'avvento dei *social network* – rischiano di produrre reazioni difensive (<sup>1382</sup>) nella direzione di una maggiore *propertization* dei beni immateriali: anche per questo motivo è di cruciale importanza opportunamente valorizzare le disposizioni relative alle libere utilizzazioni.

E, in effetti, dalla specola scelta si osservano peculiari turbolenze dovute, primariamente, alla collisione fra gli interessi dei creatori delle opere che hanno costituito la base per quelle successivamente sviluppate in seno al *social network* e quelli riconducibili, appunto, ai «creatori a valle», i quali reclamano il diritto di incorporare i contenuti preesistenti per le loro creazioni (la questione riguarda quindi gli *user generated contents*, UGC, su cui non è qui necessario soffermarsi) (<sup>1383</sup>); ma c'è di più: il bilanciamento, infatti, avrà effetto anche sugli interessi del

---

<sup>1378</sup> Cfr., ad es., D. GIORDANO, *Software e grafica del social network*, *ivi*, 2012, 264 G.E. SIRONI, *Social Network e Segni Distintivi*, *ivi*, 2012, 264 s. e A. COGO, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti – riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, *ivi*, 2012, 305 s.

<sup>1379</sup> La letteratura sul tema è cospicua, ci si limita quindi a ricordare alcuni importanti contributi come 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. aut.*, 2011, II, 207 D. SARTI, *La "privatizzazione" dell'attività della SIAE. Diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni per scopi didattici*, in *NLCC*, 2009, II, 349 s. e già M. RICOLFI, *Internet e libere utilizzazioni*, in *AIDA* 1996, 1997, 115 s.

1380

Cfr., per l'ordinamento statunitense, L. LESSIG, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, London, 2008, 267, là dove osserva che «*Fair use is designed to limit the scope of copyright's regulation*».

<sup>1381</sup> Questa la scelta di M. RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, in *AIDA* 2011, 2012, 295 s., che mi sembra convincente. Le reti sociali sono riconducibili, essenzialmente, a due categorie, oltre quella richiamata nel corpo del presente studio: a) reti che mettono a disposizione opere completamente originali; b) reti che mettono a disposizione opere non originali, nella misura in cui costituiscono la mera riproduzione di opere altrui (si pensi all'uso che comunemente si fa di YouTube).

<sup>1382</sup> Reazioni difensive sono rinvenibili anche in dottrina, così ad es. LESSIG, *Remix*, cit., 267 propugna di passare dall'approccio del *fair use* – che in *common law* consente una maggiore libertà nel concedere eccezioni alle private – a quello di *civil law*, con elenchi tassativi di libere utilizzazioni («*Fair use could do its work better if Congress followed in part the practice of European copyright systems*»): ciò, nelle dichiarate intenzioni dell'A., per ragioni di certezza del diritto, ma resta il fatto che quella descritto è un tipico atteggiamento di chiusura, che si spiega alla luce del timore che determinati processi, calati nel *milieu* digitale, divengano ingovernabili.

<sup>1383</sup> Il concetto è pacifico in dottrina, mentre la giurisprudenza non sembra sinora essersene granché occupata. Cfr., ad es., S. ALIPRANDI, *Diritto d'autore, social network e user generated content: nuove pratiche e nuova percezione*, in *Istruzione, Ricerca ed Open Access: Il Sapere tra libertà, limiti e diritti*, Atti del Convegno di Camerino, 15-5- 2010, e già in *Inf. dir.*, 2009, II, 183 e H. GROSSE RUSE-KAHN-N. KLASS-S. VON LEWINSKI (a cura

pubblico ed anche «non trascurabili interessi sezionali, come quelli dei «nuovi intermediari»»<sup>(1384)</sup>.

La disciplina delle utilizzazioni libere, tradizionalmente deputata a contemperare gli interessi privati con quelli generali (*in primis*, la diffusione del sapere e la libertà di manifestazione del pensiero), assume qui un ulteriore compito, quello di «restituire spazi di libertà a beneficio di attività che, da libere che erano nell'epoca analogica, sono divenute riservate nel contesto digitale»<sup>(1385)</sup>, attività di apprendimento extrascolastico che nei *social networks* trovano una sede particolarmente congeniale.

I *social networks* vivono di condivisione: le principali funzionalità offerte, quanto ai contenuti ivi pubblicati sono, infatti, l'espressione di gradimento («mi piace») e – ciò che più conto ai nostri fini – la copia degli stessi con pubblicazione sul proprio profilo virtuale («condividi»). Un atteggiamento degli interpreti restrittivo sul punto delle libere utilizzazioni minaccerebbe seriamente lo strumento, non solo frustrando la creatività degli utenti non professionali e la loro libertà di espressione, ma potendo giungere a restringere irragionevolmente la libertà di impresa dei *provider* di servizi di *social networking*.

Il mondo delle reti sociali rende particolarmente chiaro come vada accolto, quindi, con particolare favore il sostanziale rigetto<sup>(1386)</sup> dell'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA)<sup>(1387)</sup>

---

di), *Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts. Aktuelle Probleme des Web 2.0*, Berlin-Heidelberg, 2010 (in particolare il contributo di C.A. BAUER, *User Generated Content – Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte*, *ivi*, 1). In giurisprudenza v. Trib. grande inst. Paris, 13-7-2007, in *Dir. Internet*, 2007, V, 495, là dove si osserva che «Sebbene l'user generated content non sia equiparabile ad un editore e debba essere, invece, equiparato ad un intermediario della comunicazione alla stregua della vigente disciplina sul commercio elettronico, quest'ultimo risponde del carattere illecito e/o non autorizzato dei contenuti immessi in Rete dai propri utenti non potendo non conoscerne tale natura». È interessante anche la lettura di AGCom, 6-7-2011, n. 398/11/CONS, cit., là dove si rileva che «il mercato italiano, secondo i dati del citato *Digital Agenda Scoreboard* del 2011, è sostanzialmente in linea con la media europea anche per quanto riguarda il costante aumento e utilizzo di contenuti on line «*user-generated*» disponibili sul *web*, la quota di utenti italiani che caricano contenuti audiovisivi *on line* è prossima alla media europea (30%) quando l'attività riguarda la creazione di video, mentre è nettamente superiore quando i contenuti *user generated* riguardano i contenuti testuali, ad esempio i cosiddetti *post*. Questo dato trova peraltro riscontro nell'ampia diffusione di *social network*, dove l'Italia risulta tra i principali mercati europei, anche per gli accessi da rete mobile. D'altra parte, l'incremento di banda disponibile grazie agli investimenti in banda larga, e il *trend* positivo nell'espansione degli utenti internet, lasciano presumere che l'importanza degli *user-generated content* sia destinata a crescere. Ciò significa che tende ad aumentare il numero di soggetti che possono mettere in circolazione illegalmente materiali protetti anche in assenza di finalità lucrative».

1384

RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, cit., 298.

<sup>1385</sup> RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, cit., 299.

<sup>1386</sup> Il Parlamento Europeo, nella sessione plenaria del 2/5-7-2012, ha respinto il testo dell'ACTA nell'ambito della procedura di approvazione introdotta *ex art.* 298, co. 2, TFUE. Da ciò segue che «*ACTA is no longer a planned Treaty for the EU*» ([http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/index_en.htm)). Cfr. J. KIRWIN, *European Parliament Wants Own Court of Justice ACTA Ruling*, in *WIPR*, 2012, XXVI, 10.

<sup>1387</sup> Sull'accordo firmato a Tokyo il 26-1-2012 v., ad es., GEIGER, *Quelle mise en oeuvre des droits de propriété intellectuelle au niveau international?*, cit., 201 e Id., *The Anti-Counterfeiting Trade Agreement and Criminal Enforcement of Intellectual Property: What Consequences for the European Union?*, in *IP Rights at the Crossroads of Trade*, a cura di J. Rosen, Cheltenham-Northampton, 2012, 167; J. KIRWIN, *EC Puts ACTA Ratification Process on Hold, Requests CJEU Review*, in *WIPR*, XXVI, 11; M. STIEPER, *Das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, in *GRUR Int.*, 2011, 124 e V. DE VECCHI LAJOLO, *Alea ACTA est?*, in *Dir. ind.*, 2012, IV,

– e al medesimo destino sembrano condannati gli omologhi statunitensi SOPA (<sup>1388</sup>) e PIPA (<sup>1389</sup>) – che si spiega alla luce della circostanza per cui, da una parte, «intervenedo sul delicato equilibrio tra tutela della proprietà intellettuale e libertà di accesso alle opere dell'ingegno, si [è] scelto di favorire in maniera quasi incondizionata il primo obiettivo» (<sup>1390</sup>), dall'altra si è agito senza alcuna condivisione dei processi di predisposizione dell'accordo (<sup>1391</sup>).

Va salutato positivamente anche il suggerimento della più attenta dottrina, di puntare anche su soluzioni contrattuali à *la creative commons* (<sup>1392</sup>) - il cui successo è confermato dal lancio della versione 4.0 il 25-11-2013 (<sup>1393</sup>) – adattate al contesto dei *social network*, aggiungendo quindi «alla combinazione degli elementi «*attribution*», «*non commerciale*» e «*share alike*», un quarto elemento, «*derivatives only*», in modo da precisare che questa ulteriore condizione della legittimità del riutilizzo dell'opera originale sta nella presenza di un apporto creativo nell'opera derivata» (<sup>1394</sup>).

I rischi connessi a un'interpretazione restrittiva della disciplina delle libere utilizzazioni rende, poi, urgente il convinto rilancio della dichiarazione del Max Planck Institute sul c.d. *three-step test*, che «ha già dimostrato di essere un mezzo efficace nel prevenire un eccessivo ricorso alle limitazioni ed eccezioni [mentre] non si scorge un meccanismo complementare atto a proibire

---

301.

<sup>1388</sup> Si tratta, come noto, dello *Stop Online Piracy Act* (H.R. 3261), proposta di legge presentata il 26-10-2011 alla Camera dei rappresentanti USA. Cfr. M.A. CARRIER, *Copyright and Innovation: The Untold Story*, in *Wisconsin L. Rev.*, 2012, 891 M.A. LEMLEY-D.S. LEVINE-D.G. POST, *Don't Break the Internet*, in *Stanford L. Rev. Online*, 2011, LXIV, 34 A. BRIDY, *Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA and PIPA*, in *Cardozo Arts&Ent. L. J.*, 2012, 30, consultato nella versione elettronica su <http://ssrn.com/abstract=2042787>.

<sup>1389</sup> Il riferimento è al *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* (Senate Bill 968 or S. 968), presentato al Senato USA il 12-5-2011.

<sup>1390</sup>

DE VECCHI LAJOLO, *Alea ACTA est?*, cit., 301.

<sup>1391</sup> Per questq critica v. A. RAMALHO, *Is secrecy the new black in IP?*, in *JiPLP*, 2012, V, 306. e GEIGER, *The Anti-Counterfeiting Trade Agreement and Criminal Enforcement of Intellectual Property*, cit., 167.

<sup>1392</sup> Cfr., ad es., M. AHMED-U.P. NANDEKAR, *Emerging Forms of Copyright Licensing in the Digital Era*, National Seminar on Intellectual Property Rights on Copyright, Patent and Protection of Indigenous Medicinal Plants, Herbs, Roots and Practices, India, 24 e 25-11-2012 (disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2206768>); D. SOLDA-KUTZMANN, *Public Sector Information Commons - Le licenze Creative Commons per il settore pubblico*, in *Inf. dir.*, 2011, I-II, 199 s. (scaricabile all'indirizzo [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1931503](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931503)); M. VAN EECHELD, *Friends or Foes? Creative Commons, Freedom of Information Law and the EU Framework for Re-Use of Public Sector Information*, in *Open Content Licensing: From Theory to Practice*, a cura di L. Guibault, Amsterdam, 2011, 9 s. (disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1722189>) e S. ALVANINI, *Creative Commons: condividere, modificare e riutilizzare legalmente*, in *Dir. ind.*, 2009, 389 s. Come si legge nel sito [creativecommons.org](http://creativecommons.org), «Creative Commons is a nonprofit organization that enables the sharing and use of creativity and knowledge through free legal tools. Our free, easy-to-use [copyright licenses](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode) provide a simple, standardized way to give the public permission to share and use your creative work — on conditions of your choice. CC licenses let you easily change your copyright terms from the default of «all rights reserved» to «some rights reserved». Creative Commons licenses are not an alternative to copyright. They work alongside copyright and enable you to modify your copyright terms to best suit your needs».

<sup>1393</sup> La licenza è già disponibile all'indirizzo <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>.

<sup>1394</sup> RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, cit., 304, che, però, dà il merito della proposta a C. FIESLER, *Everything I Need to Know I Learned from Fandom: How Existing Social Norms Can Help Shape the Next Generation of User-Generated Content*, in *Vanderbilt J. Of Ent. & Tech. Law*, 2008, X, 754 (consultabile all'indirizzo [http://www.cc.gatech.edu/~gte115v/JETL\\_Fiesler.pdf](http://www.cc.gatech.edu/~gte115v/JETL_Fiesler.pdf)).



applicazioni indebitamente restrittive o eccessivamente circoscritte»<sup>(1395)</sup>. Infatti, a mio avviso, fra i «nuovi modelli di business [che] ha[nno] condotto a significative modificazioni delle priorità» – che impongono, secondo il prestigioso istituto tedesco, un ripensamento del bilanciamento di interessi nel settore IP<sup>(1396)</sup> – un posto di primario rilievo non possono non avere i *social network*, che costituiscono per loro natura «una eccezionale opportunità di esplosione della creatività, delle esperienze, delle informazioni»<sup>(1397)</sup> e segnano «l'alba di un'economia collaborativa»<sup>(1398)</sup> e della collettivizzazione tanto della creazione, quanto della fruizione, collocandosi così a pieno titolo all'interno dell'inarrestabile movimento dei beni comuni. E d'altronde il punto 5 della dichiarazione del MPI si applica perfettamente alla creazione sui *social network*, là dove si ritiene che «nell'applicazione del *Three-Step Test* va preso in considerazione sia l'interesse dei titolari originali che quello dei titolari a titolo derivato»<sup>(1399)</sup>.

Di fronte a un legislatore europeo non sempre molto sensibile agli interessi generali costituenti il tradizionale antagonista dei diritti IP, si può riporre qualche speranza, a mio avviso, almeno sul fatto che – come dimostrano le evoluzioni in tema di responsabilità dell'ISP – la riservatezza e la sicurezza dei dati in rete, unite alla libertà d'impresa, possano costituire un parametro idoneo per freni l'IP dal divenire onnivora<sup>(1400)</sup>. Resta fermo, a mio avviso, che quello

---

<sup>1395</sup> La dichiarazione del MPI è stata pubblicata in GEIGER-GRIFFITHS-HILTY-SUTHERSANEN, *Declaration on a Balanced Interpretation of the «Three-Step Test» in Copyright Law*, cit., 707 e, per l'Italia, tradotta da M. RICOLFI-MARGONI, *Un'interpretazione equilibrata del «Three-Step Test» nel diritto d'autore*, in *Dir., informaz. e informatica*, 2009, I, 159 s. (consultabile all'indirizzo [http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_italian1.pdf](http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_italian1.pdf)). Sul *three-step test* v., ad es., J. GRIFFITHS, *Rhetoric & the «Three-Step Test» - Copyright Reform in the United Kingdom*, in *EIPR*, 2010, VII, 309 A. LUCAS, *For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test*, in *EIPR*, 2010, VI, 277 H. COHEN JEHOAM, *Is There a Hidden Agenda Behind the General Non-Implementation of the EU Three-Step Test?*, in *EIPR*, 2009, VIII, 408. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague-London-New York, 2004.

1396

Fra i correttivi ermeneutici proposti dal MPI si segnala, ad es., la necessità di abbandonare la consueta interpretazione *step-by-step*, a favore di una valutazione complessiva: «il *Three-Step Test* richiede una valutazione complessiva, piuttosto che un'applicazione passo per passo che la sua più diffusa, quanto fuorviante, parafrasi sembra suggerire. Nessuno *step* singolarmente considerato ha priorità sugli altri» (RICOLFI-MARGONI, *Un'interpretazione equilibrata*, cit., 3). Ancora più «eversiva» è la proposta per cui «La restrizione relativa a certi casi particolari, rispetto alla quale le eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva si devono conformare, non preclude: a) ai legislatori di introdurre limitazioni ed eccezioni in numero aperto, nella misura in cui lo scopo di dette limitazioni ed eccezioni sia ragionevolmente prevedibile; oppure b) alla giurisprudenza di: applicare le esistenti eccezioni e limitazioni a casi simili *mutatis mutandis*; oppure creare ulteriori eccezioni o limitazioni, dove possibile, all'interno dei principi propri del sistema giuridico del quale esse formano parte» (*ivi*, 6).

<sup>1397</sup> S. VENTURI, *L'azienda 2.0 e la business collaboration*, in *L'impresa web. Social networks e business collaboration per il rilancio dello sviluppo*, a cura di B. Lamborghini, Milano, 2009, 32.

<sup>1398</sup> *Ibidem*.

<sup>1399</sup> RICOLFI-MARGONI, *Un'interpretazione equilibrata*, cit., 7.

<sup>1400</sup> Le dette speranze rischiano di andar perdute se la Corte di Giustizia accoglierà la Conclusione presentata il 26-11-2013 dall'Avvocato Generale P. Cruz Villalón nella causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wegamotion Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, consultabili online all'indirizzo [http://www.diritto24.ilsole24ore.com/content/dam/law24/Gad/Documenti/2013/Novembre/Cgue%20-%20Conclusioni%20dell%E2%80%99avvocato%20generale%2026%20novembre%202013%20nella%20causa%20C-314\\_12.pdf](http://www.diritto24.ilsole24ore.com/content/dam/law24/Gad/Documenti/2013/Novembre/Cgue%20-%20Conclusioni%20dell%E2%80%99avvocato%20generale%2026%20novembre%202013%20nella%20causa%20C-314_12.pdf). Per l'Avv. Gen. Cruz Villalón l'art. 8, § 3, dir. 2001/29, a mente del quale «gli Stati membri si

del bilanciamento è un approccio che andrà superato nel lungo periodo, allorquando ci si renderà conto che «limitazioni ed eccezioni non confliggono con il normale sfruttamento delle opere tutelate, quando - esse sono basate su importanti e concorrenti interessi, oppure - hanno l'effetto di controbilanciare irragionevoli restrizioni alla concorrenza»<sup>(1401)</sup>.

#### 4.7 *Lo streaming: flusso di openness.*

Come rilevato nella più recente giurisprudenza<sup>(1402)</sup>, in continuità con un'indagine conoscitiva dell'AGCM<sup>(1403)</sup>, lo *streaming* è una tecnologia di trasmissione di flussi audio-video da un *server* di rete a vari *client*, la cui riproduzione avviene man mano che i dati arrivano a destinazione. L'accesso ai dati digitali, che per molti anni è avvenuto tramite meccanismi di *download*, conosce oggi nuovi strumenti, il primo dei quali sembra essere proprio lo *streaming*<sup>(1404)</sup>. Mentre il P2P «appare in diminuzione a livello mondiale [...] le tecnologie di trasmissione diretta (*streaming*) stanno prendendo il sopravvento»<sup>(1405)</sup>. La sua diffusione è stata resa possibile dal parallelo e pervasivo sviluppo della banda larga<sup>(1406)</sup>, posto che la fruizione di contenuti in

---

assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi», deve essere interpretato nel senso che un soggetto che mette a disposizione del pubblico in Internet materiali protetti senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti, e pertanto viola i diritti di cui all'art. 3, § 2, dir. 2001/29/CE, ai cui sensi «le misure e i mezzi di ricorso [sc. necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale] sono efficaci, proporzionati e dissuasivi e sono applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi», chi utilizza i servizi del fornitore di accesso a Internet dei soggetti che accedono a tali materiali. Non sarebbe, inoltre, compatibile con il necessario bilanciamento dei diritti fondamentali da effettuarsi nell'ambito dell'art. 8, § 3, dir. 2001/29 vietare ad un *provider* in modo totalmente generale e senza prescrizione di misure concrete di consentire ai suoi clienti l'accesso ad un determinato sito Internet che viola il diritto d'autore (e ciò varrebbe anche nel caso in cui il provider possa evitare sanzioni per la violazione di tale divieto dimostrando di aver adottato tutte le misure ragionevoli per l'attuazione del divieto). Infine, una concreta misura inibitoria di blocco relativa ad uno specifico sito Internet, imposta nei confronti di un *provider*, non sarebbe, in linea di principio, sproporzionata per il solo fatto che comporti un impiego di mezzi non trascurabile e, tuttavia, possa essere facilmente aggirata senza particolari conoscenze tecniche. Spetta ai giudici nazionali compiere nel caso di specie un bilanciamento dei diritti fondamentali delle parti coinvolte, tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti e assicurare in tal modo un giusto equilibrio tra tali diritti fondamentali. Per formulare le prime osservazioni è, però, cauto attendere la decisione della Corte, che probabilmente giungerà quando il presente studio sarà già stato dato alle stampe.

1401

RICOLFI-MARGONI, *Un'interpretazione equilibrata*, cit., 6.

<sup>1402</sup> V., in particolare, T.A.R. Lazio Roma, 2-3-2012, n. 2156, inedita.

<sup>1403</sup> AGCM, *Diritto di autore sulle reti di comunicazione elettronica*, cit., 29.

<sup>1404</sup> Cfr. la dir. 11/83 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, specialmente là dove si osserva che «Per contenuto digitale s'intendono i dati prodotti e forniti in formato digitale, quali programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite *download*, *streaming*, supporto materiale o tramite qualsiasi altro mezzo» (diciannovesimo *considerando*).

<sup>1405</sup> *Ivi*, 33.

<sup>1406</sup> Il 26-1-2013, la Commissione ha adottato una comunicazione secondo cui «la connettività a banda larga

*streaming* abbisogna di banda più ampia di quella ordinaria.

Sebbene per taluno lo *streaming* «indic[herebbe] un metodo di trasmissione di *file* audiovisivi in tempo reale» (<sup>1407</sup>), è importante distinguere tra *streaming on demand* – in cui contenuti permanentemente memorizzati su un *server* sono inviati a un *client* a richiesta – e *streaming live*, in cui il flusso audio-video viene trasmesso solo in un preciso istante temporale indipendentemente dalla richiesta dell'utente (per dirla col Garante europeo dei dati personali, è una «applicazione in tempo reale» (<sup>1408</sup>). Un esempio del primo tipo è *Youtube* (<sup>1409</sup>), del secondo i molteplici siti che veicolano in rete eventi sportivi in diretta (<sup>1410</sup>). In tal caso, i contenuti non sono permanente memorizzati ma solo trasformati sul momento in un flusso audio-video di rete partendo, ad es., dalla trasmissione tradizionale di un canale TV terrestre o satellitare.

---

riveste un'importanza strategica per la crescita e l'innovazione in tutti i comparti dell'economia così come ai fini della coesione sociale e territoriale. La strategia "Europa 2020" ("EU2020") sottolinea l'importanza della diffusione della banda larga come elemento del programma di crescita dell'Unione per il prossimo decennio e pone obiettivi ambiziosi per lo sviluppo della banda larga. Una delle sue iniziative faro — l'"agenda digitale europea" — riconosce i vantaggi socioeconomici della banda larga, evidenziandone l'importanza per la competitività, l'inclusione sociale e l'occupazione. Raggiungere l'obiettivo di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva — come stabilito dalla strategia EU2020 — dipende anche dalla disponibilità di un accesso diffuso e a prezzi abbordabili ai servizi e alle infrastrutture Internet ad alta velocità. Il finanziamento di infrastrutture di banda larga di buona qualità e a un prezzo accessibile costituisce una sfida fondamentale che l'Europa deve affrontare per rafforzare la competitività e l'innovazione, offrire opportunità di lavoro ai giovani, prevenire la delocalizzazione delle attività economiche e attrarre investimenti dall'estero. L'agenda digitale ribadisce l'obiettivo della strategia EU2020 di portare la banda larga di base a tutti i cittadini europei entro il 2013 e assicurare che, entro il 2020: i) tutti gli Europei abbiano accesso a connessioni molto più rapide, superiori a 30 Mbit/s, e ii) almeno il 50 % delle famiglie europee sia abbonata a servizi Internet con una velocità di connessione superiore a 100 Mbit/s» (Comunicazione della Commissione Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, (2013/C 25/01)). Sulla nozione di banda larga o *broadband*, non vi è uniformità di vedute: «*the International Telecommunication Union recommendation I.113 defines broadband as a transmission capacity that is faster than primary rate ISDN, at 1,5-2 Mbit/s. OECD defines broadband as a technology providing downstream speed in excess of 256 Kb/s (and upstream access speed in excess of 128 Kb/s), while the US Federal Cmmunciations Commission has defined broadband as a connection of at least 200 Kb/s in one direction*» (C. LIN, *Broadband. Optical Access Networks and Fiber-to-the-Home*, Chichester, 2006, 45, ove si propone la definizione convenzionale per cui si tratterebbe di «*a high-speed Internet connectivity service that has the potential to always be connected*»).

1407

G. DALIA, *Quando lo streaming di partite di calcio non è illegale*, in *Dir. internet*, 2006, III, 263, che ricava la definizione da Wikipedia.

<sup>1408</sup> Parere del Garante europeo della protezione dei dati sulla neutralità della rete, la gestione del traffico e la protezione della vita privata e dei dati personali, 2012/C 34/01, nt. 10.

<sup>1409</sup> Cfr. F. GIOVANELLA, *Youtube attracca (per ora) in un porto sicuro. In tema di responsabilità del service provider*, in *Danno resp.*, 2011, III, 240, che costituisce commento a *Viacom International, Inc. Llc. v. YouTube, Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 529 (S.D.N.Y.2010). I precedenti della decisione sono considerati Trib. Cuneo 23-6-1997, in *Giur. Piem.*, 1997, 493 con nota di GALLI; Trib. Roma, 22-3-1999, in *Dir. inf.*, 2000, 66 con nota di SAMMARCO e in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 273 con nota di VISCONTI; Trib. Napoli, 4-9-2002, in *Giur. mer.*, 2004, 291; Trib. Catania, 29-6-2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1259 e in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 188 con nota di BUGIOLACCHI; Trib. Roma, 16-12-2009, in *Foro it.*, 2010, I, 1348 con nota di CHIAROLLA, in *Giur. it.*, 2010, 1323 con nota di SARACENO, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1568 con nota di BUGIOLACCHI e in *Dir. informaz. e informat.*, 2010, 268 con nota di GUIDOBALDI; Trib. Roma, 11-2-2010, in *Dir. informaz. e informat.*, 2010, 268 con nota di GUIDOBALDI; Trib. Milano, 24-2-2010 in *Giur. cost.*, 2010, 1840 con nota di MANNA; Trib. Milano 12-4-2010 in *Cass. pen.*, 2010, 3986 con nota di LOTIERZO; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1556 con nota di BUGIOLACCHI; in *Giur. mer.*, 2010, 2219 con nota di PEZZELLA e in *Riv. pen.*, 2010, 1017 con nota di CASSANO.

<sup>1410</sup> Cfr. DALIA, *Quando lo streaming di partite di calcio non è illegale*, cit., 261 s.

Come già detto a proposito del P2P, anche quello in esame è un fenomeno che solleva problemi tanto per il diritto penale (<sup>1411</sup>), quanto per quello civile, i quali *in subiecta materia* appaiono più interconnessi che altrove. La rilevanza penalistica del fenomeno ha meritato gli onori della cronaca, allorché, il 19-1-2012, fu arrestato il fondatore del sito di *file hosting* Megaupload (<sup>1412</sup>), insieme al sito di *streaming* Megavideo, che faceva capo al primo, i quali, prima di essere oscurati, costituivano – con 50 milioni di visite al giorno – il principale portale per la condivisione di documenti video. Ora, anche a prescindere dalla convulsione dell'operazione, dimostrata dai vizi procedurali che si prevede porteranno alla liberazione delle persone coinvolte e alla restituzione dei loro beni (<sup>1413</sup>), l'approccio criminale si mostra del tutto eccessivo e, in pari tempo, inutile: a) all'oscuramento di un sito consegue sempre, indefettibilmente, l'apertura di numerosi altri analoghi portali, connotati spesso da nuove tecnologie che rendono ancora più arduo perseguire eventuali responsabili di violazioni autoriali; b) lo *streaming* è un universo in costante espansione, come dimostra la recente diffusione di Spotify, programma che consente l'ascolto gratuito in *streaming* di un amplissimo portafoglio di canzoni e che mi sembra destinato a soppiantare le soluzioni che le *major* discografiche avevano predisposto per sopravvivere all'avvento del *download* illegale di mp3 (iTunes ne costituisce l'esempio più noto). Vale la pena spendere qualche parola in più sul primo dei due punti, per segnalare – oltre alla recente apertura di Mega, il nuovo sito del fondatore di Megaupload (<sup>1414</sup>) – la creazione di nuovi sistemi di condivisione (<sup>1415</sup>), che, basati sulla crittografia, permettono agli utenti di creare un *network* privato, aggiungendo alla propria rete anzitutto utenti «fidati», per la condivisione via P2P; la condivisione è possibile anche con sconosciuti, ma solo

---

<sup>1411</sup> V., ad es., Cass., 4-7-2006, n. 33945, in *Dir. internet*, 2007, II, 157, con nota di DALIA, là dove si statuisce che «la diffusione di istruzioni per consentire la visione di eventi calcistici attraverso lo *streaming* da siti stranieri può integrare la fattispecie di reato di cui all'art. 171, comma 1 lett. f ), della legge n. 633/41, se le trasmissioni dell'incontro di calcio siano assolutamente identificabili e qualificabili come opera dell'ingegno, indipendentemente dalla circostanza che le immagini siano state immesse da altri soggetti nella Rete».

<sup>1412</sup> La vicenda è ricostruita, fra l'altro, sul sito dell'US Department of Justice, segnatamente all'indirizzo <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-crm-074.html>. Ma cfr. anche le riflessioni di C. PEUKERT-J. CLAUSSEN, *piracy and Movie Revenues: Evidence from Megaupload*, Paper del 22-10-2012 disponibile all'indirizzo [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2176246](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176246); R. DRATH, *Hotfile, Megaupload, and the Future of Copyright on the Internet: What Can Cyberlockers Tell Us about DMCA Reform?*, in *John Marshall Rev. Intellectual Property L.*, 2012, XII, 205; B. DANAHER-M.D. SMITH, *Gone in 60 Seconds: The Impact of the Megaupload Shutdown on Movie Sales*, Paper del 6-3-2013, disponibile all'indirizzo [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2229349](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2229349).

<sup>1413</sup>

Ciò secondo le dichiarazioni rilasciate dal giudice che si sta occupando del caso, Liam O 'Grady, al NZ Herald ([http://www.nzherald.co.nz/business/news/article.cfm?c\\_id=3&objectid=10800409](http://www.nzherald.co.nz/business/news/article.cfm?c_id=3&objectid=10800409)).

<sup>1414</sup> Il nuovo sito è stato lanciato il 19-1-2013; per maggiori informazioni v. <http://mudownloader.sourceforge.net/>

<sup>1415</sup> Il più noto di essi è Retrosahre (<http://retrosahre.sourceforge.net/>), ma esistono anche strumenti che non sono tanto avanzati da basarsi sulla crittografia, pur costituendo un ottimo modo per aggirare gli ostacoli che ultimamente stanno impedendo l'utilizzo dei siti di *streaming* e i c.d. *torrent*. Mi riferisco, in particolare, Tribler, su cui ho detto qualche parola in senso alla riflessione sul P2P. Cfr. L.M. SURHONE-M.T. TENNOE-S.F. HENSSONOW, *User: Neustradamus/Retrosahre Instant Messenger*, Saarbrücken, 2010.

facendoli passare tramite un amico di *network*. La crittografia crea, insomma, un *darknet*, dove gli utenti restano del tutto anonimi e intercettare i flussi – per reprimere le violazioni – risulta pressoché impossibile. Tutto ciò potrebbe ricevere nuovo impulso dall'ultimo *report* dell'ONU sui diritti umani, nella parte in cui si è concluso che «*individuals should be free to use whatever technology they choose to secure their communications. States should not interfere with the use of encryption technologies, nor compel the provision of encryption keys*» (<sup>1416</sup>).

Limitandomi al comparto d'interesse, la giurisprudenza di merito (<sup>1417</sup>) si è interrogata, ad es., se la trasmissione in modalità *streaming* di un filmato pubblicitario integri la messa a disposizione *ex art. 80, co. 2, lett. d) l. aut.* oppure la comunicazione al pubblico di cui alla lettera c) della medesima disposizione: il giudice romano conclude per la seconda opzione, riconoscendo conseguentemente il correlativo diritto dell'interprete al compenso.

Per quanto mi consta, l'ultimo intervento dei giudici italiani in una fattispecie concreta in cui era compreso lo *streaming* è il sequestro preventivo – disposto dall'Ufficio GIP del Tribunale di Milano, in data 7-1-2013 (<sup>1418</sup>) – su dieci siti Internet che, fornendo al loro interno dei *link* a siti per lo più stranieri privi del diritto di esclusiva per la trasmissione sul territorio italiano, permettevano agli utenti italiani di visionare in *streaming* partite di calcio in violazione del diritto d'autore di R.T.I. (Reti Televisive Italiane S.p.a.), società a cui appartengono i relativi diritti televisivi. La decisione ha rilevanza anche penalistica, ma vale la pena riportarla in quanto il giudice ha ritenuto che «malgrado le partite di calcio non siano da considerarsi «opera intellettuale» in senso stretto, le videoriprese di tali eventi, come i programmi televisivi, inerenti a tali incontri, allorquando si caratterizzano per uno specifico apporto di tipo tecnico e creativo, possono rientrare tra le opere tutelate dalla vigente legislazione nazionale a tutela del diritto d'autore». Il decreto si segnala anche per un passaggio un po' oscuro: «le azioni civili risultano di difficile – se non impossibile – attuazione, sia per le difficoltà connesse all'individuazione dei titolari effettivi dei siti, sia per l'inadeguatezza del rimedio aquiliano e l'impossibilità di dare esecuzione forzata a eventuali pronunce inibitorie ai sensi dell'art. 700 c.p.c.». Non si comprende, in particolare, perché il rimedio risarcitorio non debba essere adeguato, specialmente a fronte di condotte di violazione solo indiretta del diritto d'autore.

La decisione si inserisce nel solco di un orientamento che appare sempre più consolidato e il

---

<sup>1416</sup> UNO, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (A/HRC/23/40)*, a cura di F. La Rue, 17-4-2013, § 89, consultato all'indirizzo

[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf).

<sup>1417</sup> Così, in particolare, Trib. Roma, 20-6-2008, inedita.

<sup>1418</sup>

Il decreto è inedito, ma di esso si ha traccia sul portale LeggiOggi.

cui riferimento principale resta l'arresto del 2006 <sup>(1419)</sup> in cui la S.C. si occupò del sequestro preventivo – disposto d'urgenza dal P.M. presso il Tribunale di Milano e non convalidato dal GIP – di due portali *web* attraverso i quali erano stati diffusi e trasmessi in *streaming* <sup>(1420)</sup> partite di calcio del campionato italiano, rispetto alle quali Sky vantava un diritto di esclusiva. La Cassazione sussume la fattispecie concreta nell'art. 171, co. 1, lett. *a-bis*), l. aut., che punisce il fatto di chi «mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa». Va detto che è risultato provato il fatto che le partite erano state immesse in rete da alcune emittenti cinesi che avevano acquistato dalla Sky il diritto di trasmetterle localmente: gli indagati, quindi, si erano limitati a facilitare l'accesso a tale prodotto con la diffusione di informazioni e la predisposizione di un link che permetteva il collegamento diretto ai server cinesi. Il giudice di merito, la cui decisione è stata poi cassata, avanza un duplice ordine di considerazioni: a) gli indagati si erano limitati a diffondere in via telematica un prodotto che già altri avevano immesso e la condotta di agevolazione alla consultazione dei siti avveniva in un momento successivo al perfezionamento del reato (non si può, quindi, parlare di «immissione nel sistema», come richiesto dall'art. 171, co. 1, lett. *a-bis*); b) normalmente la trasmissione di una partita calcistica, attività di mera documentazione, non può considerarsi una opera di ingegno e che tale tema non poteva essere accertato perché la visione dei filmati costituisce attività istruttoria preclusa al Tribunale. È quest'ultimo, evidentemente, il profilo che qui interessa <sup>(1421)</sup>. La S.C. lamenta la mancata diretta

---

<sup>1419</sup> Cass., 4-7-2006, n. 33945, cit.. In termini anche, ad es., Cass., 7-2-2008, n. 15158, inedita, che reitera le considerazioni svolte nella precedente decisione, ponendo, in particolare, l'accento sulla circostanza per cui la "diretta visione delle partite calcistiche [ha] la valenza di elemento indispensabile per la valutazione della tesi accusatoria idonea a verificare o squalificare la prospettazione del Pubblico Ministero secondo il quale le riprese stesse costituivano, per le scelte tecniche degli operatori, una elaborazione creativa da considerarsi opera di ingegno».

<sup>1420</sup> Nella sentenza si parla di trasmissione in *peer to peer*, ma lo studio della fattispecie rende evidente trattarsi di *streaming*. Non si tratta di un errore, ma della descrizione di due aspetti diversi della medesima fattispecie. Le ragioni della necessità che lo trasmissione di flussi in *streaming* avvenga mediante modalità P2P è efficacemente spiegata da DALIA, *Quando lo streaming di partite di calcio non è illegale*, cit., 263: «se tutte le migliaia di utenti si collegassero contemporaneamente al sito da cui le immagini vengono immesse nella rete, il sistema potrebbe collassare per l'impossibilità di rispondere a tutte le richieste, stante la necessità di condividere milioni di *megabyte* con più indirizzi IP nell'arco di pochi secondi, mentre con la tecnologia del «passaparola telematico», il *p2p* appunto, chi si collega al *server* che trasmette il segnale video originario diventa, a sua volta, fonte diretta per chi si collega successivamente, così da creare una vera e propria ragnatela, consentendo l'arrivo del segnale con la stessa qualità originaria anche all'ultimo elemento della catena».

<sup>1421</sup>

La risoluzione del problema penalistico resta indipendente da quella del civilistico, come si deduce dal passaggio in cui la Corte osserva che «qualora le trasmissioni non fossero da qualificare come opere di ingegno, [occorre verificare se] possa trovare applicazione la ipotesi di reato di cui alla L. n. 633 del 1941, art. 171, lett. f, nella interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza, che tutela i programmi coperti dal diritto di esclusiva indipendentemente dalla loro qualificazione come opere di ingegno». Non bisogna, però, pensare che, visto che si tratta pur sempre di reato, il giudice del rinvio possa esimersi dalla visione diretta delle partite: è in tal senso chiarissima Cass., 7-2-2008, n. 15158 cit., là dove censura la scelta di Trib. Riesame Milano, 20-2-2007, inedita, che aveva annullato Trib. Milano, g.i.p., 8-2-2006, in *Dir. internet*, 2006, III, 26 e aveva disposto il sequestro preventivo di due portali *web* con annessi I.P. di ricezione dei dati di trasmissione dalla Cina, in ordine all'ipotesi di reato di cui

visione, da parte del Tribunale, delle partite calcistiche, la quale «avrebbe consentito di verificare, o di squalificare, la prospettazione del Pubblico Ministero secondo il quale le stesse costituivano, *per le scelte tecniche degli operatori, una elaborazione creativa da considerarsi opera di ingegno*. Sullo argomento, le deduzioni del Ricorrente sono in astratto condivisibili». Spetta, quindi, al giudice di merito controllare, caso per caso, se la trasmissione di un evento sportivo vada oltre la documentazione dello stesso, esibendo i crismi necessari alla sussunzione nelle opere dell'ingegno.

Il recente decreto del GIP milanese, per altro verso, costituisce conferma del principio per cui «lo schema di gioco consiste in regole articolate in forma essenziale e non in un progetto ideativo in sé compiuto e in questo ambito l'attività dei giocatori si sviluppa in maniera non del tutto prevedibile, in gran parte affidata al caso, per cui manca «la finzione, che implica preordinazione» connotato essenzialmente per potersi parlare di vera e propria rappresentazione e, quindi, di opera dell'ingegno»<sup>(1422)</sup>. Il principio, peraltro, è fatto proprio anche da quell'attenta dottrina, la quale mette in luce che la ricerca dei tratti propri dell'opera dell'ingegno nell'evento sportivo sarebbe «destinata all'insuccesso, per quanto grande sia la facilità con la quale gazzette e tifosi distribuiscono la patente di artista o di poeta agli eroi della domenica»<sup>(1423)</sup>. Quest'ultima giurisprudenza propone, come le altre decisioni riportate, un approccio casistico, ma giunge ad una conclusione di merito di segno opposto e, a mio avviso, meno peregrino. Il giudice, in particolare, disattende le argomentazioni per cui «L'odierna persona offesa sostiene, tuttavia, che a rendere applicabile la tutela invocata basterebbe l'apporto creativo rinvenibile nelle riprese televisive: regia, montaggio, *replay* e inquadrature ottenute grazie all'impiego di venti telecamere caratterizzerebbero, infatti, la trasmissione dell'evento conferendogli un'impronta meritevole di essere considerata opera dell'ingegno ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto di autore»<sup>(1424)</sup>. In senso contrario, infatti, il Tribunale osserva che l'opera in esame «si connota per la necessità di documentare compiutamente l'evento sportivo e sia il suo contenuto che le sue cadenze sono rigidamente condizionati da tale esigenza. Il regista non traduce in immagini un soggetto, non

---

all'art. 81 cpv. c.p. e art. 171, co. 1, lett. a-bis), l. aut. L'annullamento era avvenuto sulla scorta della considerazione che sarebbe stato «superfluo un diretto esame dei programmi televisivi stessi relativi alle riprese della competizioni agonistiche in oggetto per verificare se esse potessero costituire, alla luce dei criteri suindicati, opera dell'ingegno protetta dalla normativa sul diritto di autore, affermando che "detto esame, ai fini relativi alla verifica dei presupposti di adozione di un provvedimento cautelare reale di sequestro preventivo, si appalesa, come detto, superfluo, una volta infatti che deve comunque ritenersi (sulla base del *dictum* della Suprema Corte) che la fattispecie avrebbe potuto comunque essere ricompresa (anche in caso di non ravvisabilità in concreto dei suindicati requisiti) nella ipotesi di reato di cui all'art. 171, lett. f), fattispecie di reato questa che anch'essa legittimerebbe pienamente la adozione del provvedimento richiesto". La ritenuta alternatività della verifica è un «erroneo presupposto».

<sup>1422</sup>

Trib. Milano, g.i.p., 8-2-2006, cit., ove si chiarisce che ci si limita a riaffermare «quanto già stabilito sul punto dalla giurisprudenza civile».

<sup>1423</sup> L. NIVARRA, *I «diritti esclusivi di trasmissione di eventi»*, in *AIDA* 2008, 2009, 34.

<sup>1424</sup> Trib. Milano, g.i.p., 8-2-2006 cit.

racconta una storia, ma segue pedissequamente il susseguirsi di *situazioni che, per loro stessa natura, si snodano secondo una sequenza imprevedibile, sulla quale non è in grado di influire minimamente*»<sup>(1425)</sup>.

Il richiamato decreto milanese, infine, si pone nel solco tracciato dalla S.C. nel caso *Pirate Bay*<sup>(1426)</sup> e ciò per il passaggio in cui ritiene di disporre, contestualmente al sequestro preventivo del sito il cui gestore concorra nell'attività penalmente illecita, un'ordinanza inibitoria affinché gli ISP operanti sul territorio dello Stato italiano vietino l'accesso al sito al limitato fine di precludere l'attività di diffusione incriminata. E infatti, la S.C. aveva già chiarito che «è legittimo l'ordine, contenuto nel provvedimento di sequestro preventivo di un sito *web* (disposto per l'accertata illecita diffusione di opere protette dal diritto d'autore, attraverso il sito che consenta la condivisione di *files* e l'utilizzo di protocolli per il trasferimento dei *files* direttamente tra gli utenti), rivolto ai *providers* dei servizi di connessione alla rete Internet e diretto ad inibire, anche in via d'urgenza, l'accesso all'indirizzo di quel sito *web*, ai relativi alias ed ai nomi di dominio rinviati al medesimo sito».

L'applicazione di una *property rule* in casi siffatti non può non destare perplessità. A tal proposito mi sembra illuminante ripercorrere le considerazioni avanzate circa le misure tecniche di *internet blocking* in un recente studio messo appunto in seno all'*Open Society Institute*<sup>(1427)</sup>. Gli A. del saggio rilevano come il *blocking* possa costituire una seria minaccia a taluni diritti fondamentali, soprattutto: «*the right to private life, permitting or requiring the retention of Internet data that is protected by confidentiality, or preventing individuals from availing of some Internet potential and therefore preventing the possibility to create certain connections or to make some connection choices, which comes under the right to freedom of the private life [...] freedom of expression, by preventing people access to online information or to make available such information [...] the right for disabled persons to access electronic communications*»<sup>(1428)</sup>. A tal fine, si mettono a punto alcune condizioni che renderebbero accettabile il *blocking* e, in particolare, «*Internet blocking would need to be implemented in a way that other rights and freedoms are not violated; determining rights and freedoms that will be limited; determining the extent of the limitation; determining precisely the pursued aim(s); establishing if blocking aim corresponds to a reality; determining if blocking in the determined aim answers a pressing social need; analysing the proportionality of the interference to the pursued aim; consider the principles that must govern blocking in light of the European Court's criteria (necessity in a democratic society, a pressing*

---

<sup>1425</sup> *Ibidem*.

<sup>1426</sup> Cass., 23-12-2009, n. 49437, in *Foro it.*, 2010, 3, II, 136.

<sup>1427</sup>

Si tratta di C. CALLANAN-M. GERCKE-E. DE MARCO-H. DRIES-ZIEKENHEINER, *Internet blocking balancing cybercrime responses in democratic societies*, 2009, <http://www.aconite.com>.

<sup>1428</sup> *Ivi*, 21.



*social need*); *establish if a law is needed to prevent the use of certain functionalities of the blocking mechanism; providing for blocking within law*» (<sup>1429</sup>).

È da dire che, nonostante si concluda per la concessione del rimedio proprietario, la premessa teorica da cui parte la Corte è condivisibile. Mi riferisco, in particolare, al passaggio in cui la S.C. osserva che «inibitoria peraltro deve essere rispettosa del principio di «proporzionalità» (D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 5, comma 2, lett. b, cit.) della limitazione dell'accesso rispetto all'obiettivo di individuazione e perseguimento di reati, atteso che la circolazione di informazioni sulla rete informatica Internet rappresenta pur sempre una forma di espressione e diffusione del pensiero che ricade nella garanzia costituzionale dell'art. 21, primo comma, Cost.» (<sup>1430</sup>). Restano, quindi, ampi margini per diverse soluzioni che potranno in futuro, col cambiare del contesto assiologico di riferimento, portare a decisioni di segno diverso.

Il comportamento di quanti ricorrono a siti stranieri per poter assistere alle partite della squadra del cuore si spiega alla luce della conformazione monopolistica di un mercato polarizzato in capo alla società Sky (<sup>1431</sup>). Anche per questo mi sembra che sia decisamente sproporzionato il trattamento severo che viene riservato alle condotte sopra riportate, che potrebbero anche essere considerate, se mi è consentita una provocazione, come una sorta di *private enforcement* del principio concorrenziale, intorno al quale, per altri versi, sembra si stia costruendo il nuovo Stato europeo.

Volgendo, quindi, lo sguardo all'Unione, si rinviene più di una traccia del favore dell'ordinamento sovranazionale per la tecnologia *streaming*. Così, l'11-7-2012 la Commissione ha pubblicato la proposta di direttiva «sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno» (<sup>1432</sup>). Il suo scopo è di istituire una normativa adeguata per la gestione collettiva dei diritti svolta da società di gestione collettiva per conto dei titolari dei diritti. A tal fine, essa propone norme che aventi la dichiarata funzione di migliorare la *governance* e incrementare la

---

<sup>1429</sup> *Ivi*, 30-31.

<sup>1430</sup> La Corte rinvia, sul punto, a Cass., 11-12-2008, n. 10535, in *Foro it.*, 2010, 2, II, 95, con nota di CHIAROLLA, che, con riferimento ai *blog* sulla rete Internet, distingue tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa. Per la S.C., «le garanzie costituzionali in tema di sequestro della stampa non si applicano agli interventi effettuati su un "*forum*" di discussione nell'ambito di un sito internet, in quanto non rientrano nella nozione di "stampato" o "di prodotto editoriale" cui è estesa, ai sensi dell'art. 1 L n. 62 del 2001, la disciplina della legge sulla stampa». In motivazione la Corte ha ulteriormente affermato che l'inclusione nella nozione di "stampa" dei nuovi mezzi di espressione del libero pensiero - quali *newsletter*, *blog*, *newsgroup*, *mailing list*, *chat*, messaggi istantanei, etc. - non può avvenire prescindendo dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi.

1431

Ne dà atto anche DALIA, *Quando lo streaming di partite di calcio non è illegale*, cit., 263, là dove si osserva che «tale tecnologia è stata piegata al servizio dell'utente «assetato» di incontri calcistici, soprattutto per le partite del campionato italiano, dove vige, in effetti, un vero e proprio monopolio gestito dalla società Sky».

<sup>1432</sup> COM(2012) 372 definitivo.

trasparenza di tutte le società di gestione collettiva, incoraggiando e agevolando la concessione di licenze multiterritoriali per i diritti d'autore su opere musicali da parte delle società di gestione collettiva che rappresentano gli autori (<sup>1433</sup>). In detta proposta si legge che «è opportuno che la fornitura di servizi *online* che utilizzano opere musicali, quali i servizi musicali che consentono ai consumatori di scaricare musica o ascoltarla in *streaming*, oppure altri servizi che consentono di accedere a film o giochi in cui la musica è un elemento importante, sia subordinata al possesso della relativa licenza» (<sup>1434</sup>). Restando al campo musicale, nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate nell'ambito del caso *EMI Group Ltd c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs* (<sup>1435</sup>), si rileva che «in alcuni casi esistono diversi formati alternativi del genere «*hard copy*» (supporto materiale) utilizzati per commercializzare le stesse registrazioni, quali MiniDisc, cassette o dischi in vinile. Inoltre, le registrazioni possono essere distribuite elettronicamente via internet. Ad eccezione di forme moderne di distribuzione, quali lo *streaming online*, il possesso di una registrazione in alcuni dei formati sopra menzionati ne consente l'utilizzo ripetuto, praticamente illimitato» (<sup>1436</sup>). Non bisogna, peraltro, pensare che la trasmissione di musica in *streaming* rischi di portare al collasso le case discografiche, se è vero che, grazie soprattutto alla pubblicità, «'Spotify', the online music streaming service has been providing record labels with a significant amount of revenue since it was launched back in October 2008» (<sup>1437</sup>).

---

<sup>1433</sup> *Ivi*, 1.1.

<sup>1434</sup> *Ivi*, ventunesimo *considerando*.

<sup>1435</sup> Corte eur. giust., 30-9-2010, C-581/08, *EMI Group Ltd contro The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, in *Racc.*, 2010, I-8607. Cfr. il commento di A.-L. MOSBRUCKER, *Taxe sur la valeur ajoutée*, in *Europe*, 2010, XI, 32 s.

<sup>1436</sup>

Conclusioni dell'Avvocato Generale (Niilo Jääskinen), 15-4-2010, C-581/08, *EMI Group Ltd contro The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, in *Racc.*, 2010, I-8607, § 17.

<sup>1437</sup>R. JONES, *Intellectual Property Reform for the Internet Generation: An Accident Waiting to Happen*, in *European Journal of Law and Technology*, 2010, II, 14. Su Spotify v. anche J. WALDFOGEL, *Copyright Research in the Digital Age: Moving from Piracy to the Supply of New Products*, Papers and Proceedings of the One Hundred Twenty Fourth Annual Meeting of the American Economic Association, in *The American Economic Review*, 2012, III, 337; L. BOTSTEIN, *Notes from the Editor: Recording and Reality: The Musical Subject*, in *The Musical Quarterly*, 2012, I, 1, anche disponibile all'indirizzo <http://m.mq.oxfordjournals.org/content/95/1/1>; Y. YOO-R.J. BOLAND JR-K.LYYTINEN-A. MAJCHRZAK, *Organizing for Innovation in the Digitized World*, in *Organization Science*, 2012, V, 1398; T. LEVITZ, *Musicology Beyond Borders?*, in *Journal of the American Musicological Society*, 2012, III, 821; G. MAZZIOTTI, *New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management*, 1-4-2011, Columbia Public Law Research Paper No. 11-269, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1814264>; G. DANG NGUYEN-S. DEJEAN-F. MOREAU, *Are Streaming and Other Music Consumption Modes Substitutes or Complements?*, 16-3-2012, anche disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2025071>; J.M. NEWMAN, *Copyright Freeconomics*, in *Vanderbilt Law Review*, 2013, 66, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2138409>; P. MARKS-B. WILLIAMSON, *Internet Driven Convergence - Policy Implications*, 4.-12-2009, anche disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1518571>; W. MCGEVERAN, *The Law of Friction*, 17-12-2012, University of Chicago Legal Forum 2012; Minnesota Legal Studies Research Paper 12-66, anche disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2192191>.

Spotify offre una lezione a mio avviso importantissima per gli studiosi dei paradigmi appropriativi. Si tratta di un programma per l'ascolto di musica in *streaming* non più fondato su una logica proprietaria, alla stregua della quale l'accesso alla musica è in via di principio inibito, salvo il pagamento delle *royalties*: al contrario, la regola è la liceità dell'ascolto, nonché la sua gratuità (<sup>1438</sup>). Il sistema è più facile di quanto non sembri, basandosi su compensi pagati ai titolari dei diritti IP non dagli utenti finali, bensì mediante gli introiti rinvenienti dalle inserzioni pubblicitarie, che sono ambitissime dai comportamenti *marketing* delle imprese, consapevoli della straordinaria attrattiva costituita da un sistema siffatto, che si rivolge ad una comunità ogni giorno in crescita. Che questa sia la via vincente – se non l'unica – per potere continuare a concepire gli IPRs in un ambiente digitalizzato, lo confermano almeno due circostanze: i. non appena il servizio svedese di *streaming* ha ridotto, in data 10-8-2013, il limite massimo di ore di ascolto gratuito (da 15 a 10 ore al mese), sono stati lanciati programmi alternativi e totalmente gratuiti, come Grooveshark, Google Play Music, Rdio e Deezer; ii. Accanto ai servizi di *streaming* audio si stanno diffondendo i corrispondenti per la visione di film, come Netflix e Voddler (<sup>1439</sup>), il primo *file sharing*, il secondo *view sharing*, ma entrambi esempi eloquenti di una slittamento di paradigma difficilmente arrestabile. Basti pensare a cosa accadrebbe se per visionare un video su YouTube dovessimo pagare il compenso ai vari titolari di diritti IP: è facile prevedere un crollo verticale dei profitti della società di San Bruno. Bene, allora, il noioso ma efficiente sistema dei compensi tramite pubblicità.

In seno all'UE, poi, si sottolineano le potenzialità dello *streaming* come mezzo per ridurre le spese della P.A. (<sup>1440</sup>), ma anche come strumento di democrazia partecipata e trasparenza. Mi sembra possa essere in tal senso, la risoluzione in cui il Parlamento europeo «sottolinea la necessità che i *media* del servizio pubblico integrino le tecniche di comunicazione basate sui nuovi *media*, onde rafforzare la propria credibilità tramite la partecipazione aperta del pubblico; esorta le emittenti del

---

1438

Resta inteso che, concludendo appositi contratti a titolo oneroso, è possibile ottenere servizi aggiuntivi, come la possibilità di ascoltare musica sui dispositivi mobili. Ciò, però, non toglie niente alla portata rivoluzionaria di questo approccio non proprietario.

<sup>1439</sup>Voddler è allo stato l'unico sistema disponibile in Italia ed è particolarmente interessante ai nostri fini, non solo per i motivi esposti nel testo, ma anche perché unisce P2P, *streaming* e *cloud* in modo del tutto innovativo. Occorre precisare che, a differenza di Spotify e assimilati, è previsto in ogni caso un compenso, sia pur molto basso e non per singola visione, ma sotto forma di abbonamento. Resta il fatto che

1440

V., da ultimo, Risoluzione del Parlamento europeo, del 23-10-2012, recante le osservazioni che costituiscono parte integrante della decisione sul discharge per l'esecuzione del bilancio dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare per l'esercizio 2010, § 2, là dove il Parlamento «accoglie con favore le informazioni pervenute sulle significative riduzioni delle spese di riunione del consiglio di amministrazione [*sc.* dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare], che ammontavano a 6175 EUR per membro nel 2010; plaude in particolare alla riduzione delle spese del 66 % rispetto al 2010, conseguita passando allo *streaming* audio su richiesta».

servizio pubblico a creare, ad esempio, delle tribune *online* da trasmettere in *streaming*, tramite le quali il pubblico possa seguire le discussioni dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo e scambiare opinioni al riguardo»<sup>(1441)</sup>. Quanto alla trasparenza, poi, merita un cenno la circostanza che il Parlamento europeo «deplora il fatto che l'opinione pubblica non conosca e non manifesti interesse per il CDU [*sc.* Consiglio dei diritti umani dell'ONU]; accoglie pertanto con favore le iniziative dell'Alto Commissariato per i diritti umani (OHCHR) volte ad accrescere la trasparenza, segnatamente la creazione del «Bollettino delle riunioni informali»; accoglie altresì con favore il «*web-streaming*» delle sessioni del CDU, volto a sensibilizzare l'opinione pubblica in merito al suo lavoro»<sup>(1442)</sup>.

Concludendo, credo che l'analisi suesposta abbia condotto, se non altro, ai seguenti risultati:

1. La giurisprudenza italiana in materia di trasmissione in *streaming* di partite di calcio conferma, con eccezioni residuali, le osservazioni di quegli Autori che, con riflettendo sui diritti esclusivi di trasmissione di eventi, hanno concluso con l'osservare che «l'esclusiva d'autore sempre più è una pura forma suscettibile di essere riempita di qualsivoglia contenuto»<sup>(1443)</sup>, ciò che segna «il passaggio ad una società e ad un'economia caratterizzate dalla incontenibile spinta alla valorizzazione mercantile di contenuti *lato sensu* informativi»<sup>(1444)</sup>; 2. La trasmissione di flussi in *streaming* è un fenomeno in piena crescita, a differenza delle tradizionali tecniche di *download*, ma che, in Italia, resta ancora ai margini dell'attenzione del legislatore e dei regolatori; 3. Molto più sensibile si mostra l'ordinamento europeo, il cui studio rileva come anche il fenomeno in esame costituisca un interessante punto di emersione degli interessi contrapposti all'IP, che ne rendono porosa la struttura e che, per quanto qui interessa, reclamano a gran voce questa modalità di trasmissione dei flussi audio-video.

#### **4.8 Il diritto fra le nuvole. Il cloud computing e l'IP**

Il presente paragrafo, nel ripercorrere i passaggi salienti di un mio recente saggio<sup>(1445)</sup>, intende mettere a fuoco il fenomeno del *cloud computing*, con particolare riferimento alla sua

---

<sup>1441</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 7-9-2010 su «Giornalismo e i nuovi *media* – creare una sfera pubblica in Europa» (2010/2015(INI)), 2011/C 308 E/09, P7\_TA(2010)307, § 30.

<sup>1442</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 14-1-2009 sullo sviluppo del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite e il ruolo dell'Unione europea (2008/2201(INI)) (2010/C 46 E/10), P6\_TA(2009)21, § 35 (all'interno del paragrafo «Trasparenza e partecipazione della società civile all'attività del CDU»).

<sup>1443</sup> NIVARRA, *I «diritti esclusivi di trasmissione di eventi*, cit., 44.

<sup>1444</sup> *Ibidem*.

1445

NOTO LA DIEGA, *Proprietà e proprietà intellettuale nella Carta di Nizza*, cit.

rilevanza per il diritto IP, con l'aspirazione di trarne, in pari tempo, anche conseguenze più generali quanto ai paradigmi postmoderni dell'appropriazione.

Quella in parola è una nuova tecnologia tanto rilevante da segnare l'ingresso nella terza fase di Internet (<sup>1446</sup>) e alimentare un mercato da seimiladuecento miliardi di euro (<sup>1447</sup>), ma sinora non ha suscitato, di là dallo steccato di ingegneri e informatici (<sup>1448</sup>), l'attenzione che, invece, merita (<sup>1449</sup>), come posto in luce recentemente anche dalla Commissione (<sup>1450</sup>).

Se sviluppi quali il P2P, lo *streaming* e i *social networks* rappresentano senz'altro importanti

---

<sup>1446</sup> Così, ad es., M.R. NELSON, *Building an Open Cloud*, Science, 26-6-2009, 1656. Nella prima fase, programmi per elaboratore e sistemi operativi erano combinati per creare un semplice flusso di comunicazioni (ad es., per mandare email); la seconda fase è quella del World Wide Web, con possibilità di accesso a milioni di siti; la terza è, appunto, quello per cui dati, opere, programmi, tutto è nella nuvola informatica.

<sup>1447</sup> L. DELLO IACOVO, *Stampanti 3D, auto che si guidano da sole, intelligenza artificiale: ecco le 12 tecnologie che cambieranno il mondo*, 24-5-2013, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), che rinvia all'ampio studio del McKinsey Global Institute, J. MANYIKA ET AL., *Disruptive technologies: Advances that will transform life, business, and the global economy*, maggio 2013, consultabile anche all'indirizzo [http://www.mckinsey.com/insights/business\\_technology/disruptive\\_technologies](http://www.mckinsey.com/insights/business_technology/disruptive_technologies). La cifra riportata nel testo è una proiezione riferentesi al periodo che va dal 2013 al 2025.

<sup>1448</sup> Ne è segno, per citare il più recente, seppur banale, esempio, la presentazione della nuova ECDL (*European Computer Driving License*), che « si rinnova nei contenuti e nella struttura per adeguarsi ai cambiamenti dello scenario tecnologico, educativo e professionale: *Web* in mobilità, *Cloud*, reti sociali, nuove modalità di comunicazione e collaborazione *online*, oltre a una sempre più marcata esigenza di sicurezza» (A. DE GREGORIO, *Mobile, sicurezza, servizi in Cloud: la patente europea per il computer si rinnova*, 13-5-2013, [www.corriere.it](http://www.corriere.it)). Sarebbe impossibile ripercorrere la letteratura ingegneristica e informatica in materia, ma valgano come esempio V. KUMAR-G. RAHEJA-J. SODHI, *Cloud Computing*, in *International Journal of Computers & Technology*, 2013, I, 5; R. PAREEK, *Cloud Computing*, in *Journal of Global Research in Computer Science*, 2011, VII, 157; S. SUBASHINI-V. KAVITHA, *A survey on security issues in service delivery models of cloud computing*, in *Journal of Network and Computer Applications*, 2011, XXXIV, 1; S. UPSON, *Cloud Computing*, IEEE Spectrum, 2011, I, 43; B.P. RIMAL-E. CHOI-I. LUMB, *A Taxonomy and Survey of Cloud Computing Systems*, NCM '09 Proceedings of the 2009 Fifth International Joint Conference on INC, IMS and IDC, Washington DC, 2009, 44; L. YOUSEFF-M. BUTRICO-D. DA SILVA, *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, Grid Computing Environments Workshop, 2008, 1 e il lavoro monografico di N. ROBINSON ET AL., *The Cloud. Understanding the Security, Privacy and Trust Challenges*, Santa Monica, 2011.

<sup>1449</sup> In controtendenza rispetto alla diffusa inconsapevolezza dell'importanza del fenomeno in esame, mi piace segnalare i convegni promossi dall'Università europea di Roma, il 9-5-2013 a Roma, dal titolo «E-Government e E-Justice attraverso il cloud computing» (trasmesso in *streaming* sul portale della rivista *Diritto, Mercato, Tecnologia*); dall'A.L.A.I., Associazione Letteraria e Artistica Internazionale, il 20-6-2012 a Milano, su «L'enforcement del diritto d'autore nei Servizi Cloud» e dal Winston Smith Project, il 3 e 4-6-2011 a Firenze, intitolato «Cloud Computing e Privacy» (la medesima organizzazione dedicherà una *summer school* il 7 ed 8-6-2013 ad «Analogico e digitale: obblighi, diritti e certezze: il difficile rapporto tra Cittadino e Stato in un mondo unificato» e il primo tema sarà proprio «Mobile e Cloud privacy, tecnologie ed aspetti civilistici e penalistici»). La relazione di G. COLANGELO al Convegno dell'A.L.A.I. (il cui titolo corrisponde a quello del convegno medesimo) è edita in *Dir. aut.*, 2012, II, 174. V. anche A. MANTELETO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contratto e impresa*, 2012, IV-V, 1216; Id., *Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali ed aziendali*, in *Dir. informaz. informat.*, 2010, 673; G. TROIANO, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale: alla ricerca di un equilibrio tra diritti dell'utente e doveri del fornitore*, in *Cyberspazio e diritto*, 2011, III, 233, disponibile all'indirizzo <http://www.troiano.org/CeDNov2011.pdf>; M. ROTENBERG, *Un dialogo su diritti e libertà civili nell'era tecnologica: social networking, Facebook, body scanning, cloud computing, geotagging e behavioral privacy*, *ivi*, 2010, I, 173, disponibile all'indirizzo <http://it.scribd.com/doc/37038292/Cyberspace-and-Law-Rotemberg>; S. POIER, *As blurred as a cloud. Preliminary notes questioning some social-legal aspects of cloud computing*, *ivi*, 2008, III, 319 e il numero speciale edito a settembre 2011 dalla rivista *Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy*, dal titolo *Cloud computing e tutela dei dati personali in Italia: una sfida d'esempio per l'Europa*, a cura di P. Balboni, L. Bolognini, D. Fulco ed E. Pelino. Una lodevole sensibilità si registra nel mondo forense, come dimostra la recente emanazione, da parte dell'Associazione dei Consigli degli Ordini forensi europei delle linee guida sull'utilizzo dei servizi di *cloud computing* da parte degli avvocati (CCBE, *Guidelines on the Use of Cloud Computing Services by Lawyers*, 29-9-

novità che caratterizzano il nostro tempo, il *cloud computing*, come detto in apertura, sta segnando nientemeno che l'ingresso nella terza fase di Internet, costituendo un'invenzione tanto rivoluzionaria quanto il *World Wide Web*. Gli studiosi degli IPRs hanno, come ricordato più volte, messo in evidenza come nell'era digitale i principî giuridici tradizionali vadano ripensati; qua si va oltre, basti pensare che la possibilità di acquistare programmi per elaboratore per via di *download* aveva già prodotto l'evaporazione del *corpus mechanicum*: allora però bisognava pur sempre passare da un computer, ora ci si sta emancipando anche dall'*hardware*.

Prima di tentare una definizione della tecnologia in esame, che va diffondendosi

---

2012, disponibile all'indirizzo [www.ccbe.eu](http://www.ccbe.eu)) e dai convegni «Outsourcing e la rivoluzione del Cloud Computing», Roma, 8-5-2013 (CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, European Outsourcing Association – Italy, Club Dirigenti delle Tecnologie dell'Informazione di Roma); «*Il cloud computing: aspetti contrattuali, internazionali e di protezione dei dati*», Milano, 15-10-2012 (Studio Legale Bonelli Erede Pappalardo); «*Cloud Computing e Diritto - Questioni attuali e sfide future*», Milano, 17-5 2012 (Università Bocconi di Milano, Studio Legale Graziadei e Studio Legale Maschietto Maggiore). La situazione è diversa all'estero, specialmente negli USA: v. ad es. T. PETERSON, *Cloudy With a Chance of Waiver: How Cloud Computing Complicates the Attorney-Client Privilege*, in *J. Marshall L. Rev.*, 2012, XLVI, 383; P. LANOIS, *Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing, and Privacy?*, in *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2010, IX, 29; E.A. BERTRAM, *How to Keep Your Invention Patentable While It Is Stored in the Cloud: A Guide for Small Inventors*, in *Fed. Cir. B.J.*, 2011-2012, XXI, 389; M.A. MELZER, *Copyright Enforcement in the Cloud*, in *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 2011, XXI, 403; D.J. GERVAIS-D.J. HYNDMAN, *Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy*, in *J. Telecomm. & High Tech. L.*, 2012, X, 53, disponibile all'indirizzo [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2017157](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017157); S. BRADSHAW-C. MILLARD-I. WALDEN, *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 63/2010, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1662374>; C.S. YOO, *Cloud Computing: Architectural and Policy Implications*, University of Pennsylvania Law School Research Paper n. 15/2011, liberamente disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=184580>; J.P. SLUIJS-P. LAROCHE-W. SAUTER, *Cloud Computing in the EU Policy Sphere: Interoperability, Vertical Integration and the Internal Market*, in *JIPITEC*, 2012, III, 12, disponibile all'indirizzo <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-3-1-2012/3320/sluijs.pdf>; B.J. TROUT, *Infringers or Innovators? Examining Copyright Liability for Cloud-Based Music Locker Services*, in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 2012, XIV, 729, disponibile all'indirizzo <http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/Trout.pdf>; C. REED, *Information «Ownership» in the Cloud*, Queen Mary University of London, Research Paper n. 45/2010, disponibile online all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1562461>; J. LERNER, *The Impact of Copyright Policy Changes in France and Germany on Venture Capital Investment in Cloud Computing Companies*, [www.cci.net.org](http://www.cci.net.org) e le ampie riflessioni di R. BUYA-J. BROBERG-A.M. GOSCINSKI (a cura di), *Cloud Computing. Principles and Paradigms*, Hoboken, 2011 e T.V. LILLARD-C.P. GARRISON-C.A. SCHILLER-J. STEELE, *Digital Forensics for Network, Internet, and Cloud Computing*, Burlington, 2010.

1450

Mi riferisco allo studio, voluto dalla Commissione, L. SCHUBERT-K. JEFFERY (a cura di), *Advances in Clouds. Research in Future Cloud Computing*, Commission of the European Communities, Information Society & Media Directorate-General, Software & Service Architectures, Infrastructures and Engineering Unit, 2012, 71 (disponibile all'indirizzo <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/future-cc-2may-finalreport-experts.pdf>), là dove si legge che «*The research required is not only technological, but also in legal, economic, environmental and standardisation areas*».



esponenzialmente – come dimostra il proliferare di programmi come Dropbox <sup>(1451)</sup>, Google Drive <sup>(1452)</sup>, iCloud <sup>(1453)</sup> e SkyDrive <sup>(1454)</sup> e «*new CLOUD providers popping up everywhere*» <sup>(1455)</sup> – bisogna precisare che «*there are multiple characteristics associated with CLOUDs, partially due to the relationship and applicability in other domains, partially due to the background and intentions of the providers and finally partially due to the actual CLOUD-specific features added to these other domains*» <sup>(1456)</sup>. Ciò posto, mi sembra tutto sommato condivisibile la definizione per cui si tratta di un ritrovato deputato alla «archiviazione, l'elaborazione e l'uso di dati su computer remoti [...] gli utenti hanno a disposizione una potenza di elaborazione quasi illimitata, non sono tenuti ad investire grandi capitali per soddisfare le proprie esigenze e possono accedere ai loro dati ovunque sia disponibile una connessione Internet» <sup>(1457)</sup>. Le sue caratteristiche principali sono apparse essere l'*on-demand self-service* <sup>(1458)</sup>, il *broad network access* <sup>(1459)</sup>, il *resource pooling* <sup>(1460)</sup>, la *rapid*

---

1451

Dropbox è un programma multipiattaforma *cloud based* sviluppato da Evenflow Inc., che offre un servizio di *hosting* e sincronizzazione automatica di documenti tramite *web*; come nota L. LORENZETTI, *Scrivere 2.0: Gli strumenti del Web 2.0 al servizio di chi scrive*, Milano, 2010, 58 «La particolarità di Dropbox è la possibilità per l'utente di utilizzare anche un client (*software*) apposito per la gestione dei file, gratuito e disponibile per Windows, Mac OS X e Linux. Questa applicazione crea automaticamente una cartella sul nostro computer chiamata «My dropbox», il cui contenuto è costantemente sincronizzato con il nostro spazio remoto sul server Dropbox». La storia di Dropbox è stata recentemente ricostruita da T.R. EISENMANN-M. PAO-L. BARLEY, *Dropbox: 'It Just Works'*, 23-1-2013, Harvard Business School Entrepreneurial Management Case No. 811-065, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2020392>.

<sup>1452</sup> Google drive è il servizio di *cloud computing* offerto da Google ed è stato definito come «*a place where you can safely store your files online and access them from anywhere*» (M. PROCOPIO, *Instant Google Drive Starter*, Birmingham, 2013, 2).

<sup>1453</sup> iCloud è il programma che ha sostituito il 6-6-2011 il noto MobileMe, fra gli antesignani del *cloud computing*. Su di esso v. le riflessioni di POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 319, che mi sono state molto utili ai fini della presente relazione.

<sup>1454</sup> SkyDrive è il servizio *cloud* offerto da Microsoft. Una tabella sinottica delle caratteristiche dei programmi evocati – di proprietà, rispettivamente, delle società Dropbox (già Evenflow), Google, Apple e Microsoft – è consultabile all'indirizzo <http://www.androidworld.it/2012/04/24/google-drive-a-confronto-con-icloud-dropbox-e-skydrive-con-sondaggio-85011/>.

<sup>1455</sup> SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 7. Una recente ricerca del Cisco Global Cloud Index (GCI) ha messo in luce che entro il 2015 sarà addirittura di dodici volte più ampio rispetto al 2010. La crescita si sta concentrando maggiormente nelle metropoli tecnologicamente avanzate, ma dai dati resi noti emerge che le percentuali stanno aumentando sensibilmente anche nei paesi in via di sviluppo (i dati sono disponibili sul portale <http://www.cisco.com/>).

<sup>1456</sup> *Ivi*, 8.

<sup>1457</sup> COM(2012)529 definitivo, del 27-9-2012, § 1.

1458

Questa caratteristica rinvia alla possibilità per l'utente di procurarsi autonomamente, alla bisogna, capacità di computazione, come il *server time* o il *network storage*, senza richiedere interazione umana con ogni *service provider*.

<sup>1459</sup> Le funzionalità sono disponibili nella rete e accessibili mediante meccanismi standard che promuovono un uso da parte di piattaforme eterogenee, dallo *smartphone* al *tablet*.

<sup>1460</sup> Le risorse di computazione del provider sono raggruppate per servire molteplici utenti, usando un modello *multi-tenant*, con differenti risorse fisiche e virtuali assegnate dinamicamente a seconda della richiesta dell'utente.

*elasticity* (<sup>1461</sup>) e il *measured service* (<sup>1462</sup>); esso ha tre *service models* – *Software as a Service* (SaaS) (<sup>1463</sup>), *Platform as a Service* (PaaS) (<sup>1464</sup>) e *Infrastructure as a Service* (IaaS) (<sup>1465</sup>) – e quattro *deployment models*: *private cloud* (<sup>1466</sup>), *community cloud* (<sup>1467</sup>), *public cloud* (<sup>1468</sup>) e *hybrid cloud* (<sup>1469</sup>) (<sup>1470</sup>). Secondo un recente studio voluto dalla Commissione (<sup>1471</sup>), poi, le caratteristiche si distinguono in intrinseche, mancando le quali non si può a rigore parlare di *cloud computing*, ed estrinseche (bipartite, a loro volta, in *inherited* ed *extended*) (<sup>1472</sup>), quindi defettibili. Per bene individuare il nocciolo della nozione, come ovvio, interessano specialmente le prime, cioè

---

<sup>1461</sup>Le funzionalità possono essere fornite elasticamente, in alcuni casi automaticamente, per rispondere rapidamente in modo scalare proporzionalmente alla richiesta.

<sup>1462</sup>I sistemi *cloud* controllano automaticamente e ottimizzano l'uso delle risorse facendo leva su capacità di misurazione al livello di astrazione appropriato al tipo di servizio. L'uso delle risorse può essere, così, monitorato contribuendo alla trasparenza tanto per il *provider* quanto per l'utente.

<sup>1463</sup>Nel SaaS, il *provider* mette a disposizione degli utenti, dietro corrispettivo, applicazioni fruibili direttamente in linea, senza necessità di ottenere una licenza di *software* o comunque di installare lo stesso sul proprio dispositivo. Cfr. A. BENLIAN-T. HESS, P. BUXMANN (a cura di), *Software-As-a-Service: Anbieterstrategien, Kundenbedürfnisse und Wertschöpfungsstrukturen*, Wiesbaden, 2010, disponibile anche in *e-book*.

<sup>1464</sup>Nel PaaS, il *provider* mette a disposizione l'*hardware* e una piattaforma inclusiva di OS, *middleware* e ambiente *runtime*. Per G. LAWTON, *Developing Software Online With Platform-as-a-Service Technology*, in *Computer*, 2008, VI, 13, si tratta di «*generally hosted, Web-based application-development platforms, providing end-to-end or, in some cases, partial environments for developing full programs online. They handle tasks from editing code to debugging, deployment, runtime, and management*». Cfr. anche l'ampia riflessione di K. ROEBUCK, *Platform As a Service (PaaS)*, LaVergne, 2011.

<sup>1465</sup>Nello IaaS, il *provider* fornisce *server, router, storage, hardware* e *software*, che l'utente può implementare includendo sistemi operativi ed applicazioni. S. BHARDWAJ-L. JAIN-S. JAIN, *Cloud Computing: A Study of Infrastructure as a Service (IaaS)*, in *International Journal of Engineering and Information Technology*, 2010, I, 62 (disponibile anche all'indirizzo [http://ijeit.org/index\\_files/vol2no1/CLOUD%20COMPUTING%20A%20STUDY%20OF.pdf](http://ijeit.org/index_files/vol2no1/CLOUD%20COMPUTING%20A%20STUDY%20OF.pdf)), definiscono lo IaaS come «*the delivery of hardware (server, storage and network), and associated software (operating systems virtualization technology, file system), as a service [...] an evolution of traditional hosting that does not require any long term commitment and allows users to provision resources on demand*». Sulle caratteristiche dei tre *service models* v. COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 176-177.

<sup>1466</sup>Nella *private cloud*, l'infrastruttura è fornita per l'uso esclusivo da una singola organizzazione comprendente molteplici consumatori. Essa può essere posseduta e gestita dall'organizzazione, da terzi o da combinazioni fra questi. Da una recente indagine (*CIO Survey 2013*, realizzata da NetConsulting e promossa da HP, Microsoft e Telecom Italia) condotta su oltre settanta responsabili IT di aziende italiane è risultato che questi privilegiano il modello *private cloud* per le maggiori garanzie che offre, soprattutto per quanto concerne i dati aziendali e la loro riservatezza (v. <http://www.netconsulting.it/cio-survey-2013-presentazione-dei-risultati/>).

<sup>1467</sup>Nella *community cloud* l'infrastruttura è fornita per l'uso esclusivo da una specifica comunità di consumatori appartenenti ad organizzazioni aventi interessi comuni (ad es., *mission* e *policy*). Essa può essere posseduta e gestita da una o più organizzazioni della comunità, da terzi o da combinazioni di questi.

<sup>1468</sup>La *public cloud* è caratterizzata da un'infrastruttura fornita per uso aperto al pubblico. Essa può essere posseduta e gestita da organizzazioni finanziarie, accademiche o istituzionali, o da combinazioni di queste.

<sup>1469</sup>Nell'*hybrid cloud*, l'infrastruttura è la risultante dell'unione di due o più distinte infrastrutture *cloud* (*private, community* o *public*) che rimangono entità distinte, ma sono legate da tecnologie che rendono possibile la portabilità di dati e applicazioni.

<sup>1470</sup>Sui *deployment models* v., ad es., P. RAJ, *Cloud Enterprise Architecture*, Boca Raton, 2013, 231 s. e R.L. KRUTZ-R.D. VINES, *Cloud Security: A Comprehensive Guide to Secure Cloud Computing*, Hoboken, 2010, 44 s. Non mi pare pienamente convincente – sebbene sia quella più frequentemente citata – la definizione data dal NIST, *National Institute of Standards and Technology* (del cui lavoro ho largamente profittato per descrizione dei *deployment models* e dei *service models*), per il quale si tratterebbe di un «*model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction*» (la definizione è consultabile in P. MELL-T. GRANCE, *The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, NIST Special



*availability* (<sup>1473</sup>), *elasticity* (<sup>1474</sup>), *improved resource utilisation* (<sup>1475</sup>) e *multi-tenancy* (<sup>1476</sup>). Sempre nella ricerca in parola, infine, si conclude col formalizzare che un ecosistema può essere definito «*cloudified*», se mette nelle condizioni «*a large dynamic number of users to access and share the same resource types, respectively service, whereby maintaining resource utilisation and costs by dynamically reacting to changes in environmental conditions, such as load, number of users, size of data etc*» (<sup>1477</sup>).

In poche parole, si sta passando progressivamente dal classico metodo di salvataggio dei dati e gestione degli stessi sul *desktop* – *rectius*, nella memoria del computer – allo *storage* ed *editing* direttamente sul *cloud top* (<sup>1478</sup>), che consente di accedere ai propri archivi tramite qualsiasi

---

Publication 800-145, 2011, 2, consultabile all'indirizzo <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>. Si tratta dell'esito di un lavoro andato avanti per anni, preceduto da 15 *drafts* (il primo edito a luglio 2009), principalmente a causa della necessità di mediare fra il Governo e le industrie). Mi pare molto più condivisibile lo sforzo definitorio di SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 7 – di cui si darà meglio conto nel prosieguo – che chiariscono «(a) which characteristics are associated with CLOUD offerings, (b) which of these characteristics are intrinsic to CLOUDs and which belong to other domains, and (c) how and whether CLOUDs adopt or adapt the characteristics from other domains» e, con riferimento proprio alla definizione del NIST scrivono che «current definitions reflect the status, but neither the intention behind CLOUDs, nor the direction into which they will (or should) develop. Therefore these definitions cannot serve the purpose of steering research and development and new offerings will constantly readjust our understanding of CLOUD computing» (ivi, 19). Mi piace, infine, segnalare – sebbene afferisca alla letteratura extragiuridica – YOUSEFF-BUTRICO-DA SILVA, *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, cit., 1, ove si propone «an ontology of this area which demonstrates a dissection of the cloud into five main layers», riconducibili a «applications, software environments, software infrastructure, software kernel, and hardware» (ivi, 3).

1471

SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 15-16.

<sup>1472</sup> Nell'impostazione di SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 16, sono *extrinsic extended* le «Characteristics belonging to other domains but having to be adapted in order to meet the CLOUD relevant specifics», mentre quelle *extrinsic inherited* sono caratteristiche che «belong to other domains and just act as enablers to CLOUD systems, i.e. do not have to be extended».

<sup>1473</sup> Sull'*availability*, considerata congiuntamente alla *reliability*, SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 10 scrivono che «CLOUD systems build up on the internet of service principle to expose the services in a highly accessible fashion, i.e. with minimal configuration and device requirements (generally through a browser). CLOUDs enhance this aspect further by virtualising the service / resource access, basically allowing access «anywhere, anytime». The actual resource dedicated to the user may thereby be completely unknown and constantly vary according to the elasticity principle».

<sup>1474</sup> L'elasticità «allows the environment to – ideally automatically – assign a dynamic number of resources to a task. In other words, its goal consists in ensuring that the amount of resources actually needed is actually available to the respective task or service. This is typically employed to ensure that availability (and similar quality) criteria of a service or resource is always granted with best resource utilisation» (SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 10).

<sup>1475</sup> Sul punto si osserva che «Resources are still over- and underutilized, and code and data are not effectively distributed, let alone adapted to the infrastructure [...] The key point to improvement hereby consists in being able to dynamically spread out applications running on local (self-owned) infrastructures (which may be a CLOUD) beyond the own infrastructure into an outsourced environment, thereby fully respecting the associated QoS [sc. quality of service], including privacy, security etc.» (SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 36).

<sup>1476</sup> SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 12, spiegano tale nozione col dire che «it should thereby not be forgotten that the applications hosted in a CLOUD environment are principally accessible to multiple users at the same time. This is not restricted to multiple applications / services being hosted on the same physical server, but could also involve actual sharing of code and data, or at least of parts of this code and data».

1477

SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 22.

<sup>1478</sup> Cfr. M. FARKAS, *Technology: In Practice: From Desktop to Cloud Top*, in *American Libraries*, 2009, IV, 27 s.

dispositivo dotato di accesso Internet (<sup>1479</sup>) – dagli *smartphone* ai *tablet* – e favorendo i lavori di squadra, grazie all'uso di cartelle condivise, in un'ottica di *openness* per cui ognuno lavora sulla versione modificata dall'altro. Il suo sviluppo, a mio parere (<sup>1480</sup>), è da ricollegare essenzialmente a quattro fattori: a. la proliferazione di dispositivi portatili con accesso a Internet (se ne sono contati nove miliardi nel 2012, che dovrebbero diventare cinquanta miliardi entro il 2020) (<sup>1481</sup>), che consentono di lavorare allo stesso *file* da diverse postazioni (<sup>1482</sup>); b. la circostanza per cui i nuovi dispositivi che la tecnica mette a disposizione hanno una memoria interna sempre più ristretta, a fronte del crescente bisogno di spazio di immagazzinamento (<sup>1483</sup>); c. la diffusione della banda larga e consimili connessioni veloci, senza la quale servizi come il *cloud computing* non potrebbero neanche essere concepiti (<sup>1484</sup>); d. la possibilità, specialmente per le aziende, di ottenere risparmi di costi veramente cospicui, con grandi vantaggi in termini di competitività (<sup>1485</sup>).

Grazie ai nuovi paradigmi introdotti dal *cloud computing*, in continuità con il *web 2.0* e il

---

<sup>1479</sup> Per meglio dire, «*All users can access data both through a physical access (LAN network) and through a wireless access (LAN network through web or VPN connection)*» (POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 320).

<sup>1480</sup> La mia ricostruzione non è da tutti condivisa: ad es., LANOIS, *Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing, and Privacy?*, cit., 29, ricollega la diffusione del fenomeno all'incremento del numero di ore spese dagli utenti *online* («*the average American Internet user spends over fifty-five hours per month online. However, despite the wide range of possibilities offered by the Internet, Americans spend about half of their online time on social networks, games, e-mail, and instant messaging. As consumers are spending an increasing amount of time online and demanding convenient, instant access to more content, cloud computing is becoming a rapidly growing technology and the industry's new buzzword*»). A mio avviso, però, l'argomento dell'A. non è del tutto conferente, nella misura in cui nulla osterebbe a che un utente, per quanto connesso per molte ore ad Internet, continui a immagazzinare i propri documenti sui propri dispositivi in modo tradizionale.

<sup>1481</sup> Lo rivela il Presidente di Oracle all'incontro di «*CloudWorld 2013*» tenutosi a Monaco di Baviera il 15-5-2013.

<sup>1482</sup> E in effetti, quando si lavorava solo su computer, alcune delle esigenze cui oggi risponde il *cloud* potevano essere soddisfatte costituendo reti fra computer. POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 322 spiega la nascita della nuova tecnologia primariamente con lo sviluppo dei consumi nella direzione dell'uso da parte di ogni singolo utente di «*multiple devices*».

<sup>1483</sup> I nuovi dispositivi cui mi riferisco sono, oltre ai già citati e notissimi *tablet* e *smartphone*, i *phablet* (a metà fra *smartphone* e *tablet*) e i *minitablet* (incrocio fra *tablet* e *phablet*), che stanno rendendo obsoleti i *netbook* (computer portatili con schermo di dimensioni tra i 7 e i 12,1 pollici, con disco rigido tra i 4GB e i 320GB, senza lettore ottico, destinati soprattutto alla navigazione in Internet e alla videoscrittura, pensati per un pubblico non professionale o con particolari esigenze di mobilità). Essi sono dotati di una memoria interna sempre meno capiente, che nei fatti costringe ad appoggiarsi alla «nuvola».

<sup>1484</sup> Un'indicazione del genere mi sembra si tragga dalla recentissima comunicazione della Commissione «Orientamenti dell'Unione Europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga (2013/C 25/01) «la domanda di servizi che richiedono un'elevata capacità di trasmissione dovrebbe aumentare in futuro, man mano che continueranno a diffondersi il *cloud computing*, un uso più intenso delle tecnologie *peer-to-peer*, i *social network* e i servizi di video su richiesta» (§ 1.2).

<sup>1485</sup> Scrive B. CENTRONE, *Il valore è nei dati*, in *Il Sole 24 Ore*, 9-4-2013, 18, che «le tecnologie It vedono una forte accelerazione nello sviluppo sia per la clientela consumer che per le imprese, che nel cloud trovano un netto risparmio sui costi di impianto e una forte flessibilità, indispensabile per competere». Come si legge, poi, in PETERSON, *Cloudy With a Chance of Waiver*, cit., 383, «*You have a choice. You can build a data control center, purchase a bunch of servers, purchase some industrial air conditioning units, and hire a team of Information Technology personnel to maintain the servers; or, you can pay \$ 795.00 a year to get 350 gigabytes of cloud storage through Dropbox which can be expanded at \$ 200.00 per 100 gigabytes*». Per SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 2, poi, «*CLOUD concepts (as opposed to implementations) promise a cost-effective realisation of the utility computing principle, allowing users and providers easy access to resources in a self-service, pay-as-you-go fashion, thus decreasing cost for system administration and improving resource utilisation and accounting*». Dà risalto al fattore in esame anche H. B. DIXON JR, *Cloud Computing*, in *The Judges' journal*, 2012, II, 36.

ricordato SaaS <sup>(1486)</sup>, «*the Internet is becoming a platform for computing as well as communications*» <sup>(1487)</sup>. Questa nuova piattaforma «*is a many-to-many medium that can link millions of users to thousands of computers simultaneously [and] represents a fundamental shift in how computing is done*» <sup>(1488)</sup>. In altri termini, per dirla col CEO di Google, «*wÈre moving into the era of 'cloud' computing, with information and applications hosted in the diffuse atmosphere of cyberspace rather than on specific processors and silicon racks. The network will truly be the computer*» <sup>(1489)</sup>. Non è un caso che anche gli studiosi degli IPRs più attenti rilevino come il «*cloud computing* sembr[i] destinato a sconvolgere l'orizzonte di riferimento più di quanto abbiano fatto i noti casi *Napster* <sup>(1490)</sup> e *Grokster* <sup>(1491)</sup>» <sup>(1492)</sup>.

Tutto ciò premesso, prima di sviluppare qualche riflessione sull'impatto avuto su diritto e diritti da parte di questa tecnologia – che a taluno è richiamato alla mente la raffigurazione data da Averroè all'immortalità, «*intelletto comune superindividuale, separato dalle anime individuali che in esso si immergono e da esso attingono*» <sup>(1493)</sup> – mi pare interessante indagare lo stato di penetrazione del *cloud computing* nel diritto italiano ed europeo.

Mentre le Corti italiane non si sono ancora confrontate col tema <sup>(1494)</sup>, di esso si registrano le

1486

Cfr. T. O'REILLY, *The Open Source Paradigm Shift*, in *Perspectives on Free and Open Software*, a cura di J. Feller et al., Cambridge, 2005, 461.

<sup>1487</sup> NELSON, *Building an Open Cloud*, cit., 1656.

<sup>1488</sup> *Ibidem*.

<sup>1489</sup> E. SCHMIDT, *Don't Bet Against the Internet*, in *The Economist*, 16-11-2006, anche consultabile all'indirizzo [www.economist.com/theworldin/business/displayStory.cfm?story\\_id=8133511&d=2007](http://www.economist.com/theworldin/business/displayStory.cfm?story_id=8133511&d=2007)

<sup>1490</sup> *A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). V., sul caso, P. BALSAMO, *Distribuzione on line di file musicali e violazione del copyright: il caso Napster*, in *Riv. dir. aut.*, 2001, 34; P. CERINA, *Il caso Napster e la musica on line: cronaca della condanna annunciata di una rivoluzionaria tecnologia*; in *Dir. ind.*, 2001, 26; CARRIER, *Copyright and Innovation*, cit., 891; J. LANGENDERFER-D.L. COOK *Copyright Policies and Issues Raised by A&M Records v. Napster: «The Shot Heard 'Round the World» or «Not with a Bang but a Whimper?»*, in *Journal of Public Policy & Marketing*, 2001, II, 280; R. SHIH RAY KU, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, in *U. Chicago L. Rev.*, 2002, I, 263; T.E. BARAKO, *Finding a (DMCA) Safe Harbor in the Turbulent Sea of Online Copyright Liability: A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, in *Jurimetrics*, 2001, I, 1 disponibile all'indirizzo <http://www.jstor.org/stable/29762732>.

<sup>1491</sup> *Metro Goldwin Mayer Studios v. Grokster*, 545 US 913 (2005). V., su questa pronuncia, M. FABIANI, *Il caso M.G.M. contro Grokster. Ovvero della responsabilità per l'altrui indebito utilizzo di opere protette*, in *Dir. aut.*, 2006, I, 14; G.M. RICCIO, *Il peer-to-peer alla luce della sentenza della Corte Suprema sul caso Grokster*, in *Dir. aut. nuove tecn.*, 2005, II, 149; T. WU, *The Copyright Paradox. Understanding Grokster*, *Supreme Court Review*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 317, 2006, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=828784> e M.S. OPPENHEIMER, *Yours for Keeps: MGM v. Grokster*, in *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 2005, 23, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=693841>.

<sup>1492</sup> COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 176.

<sup>1493</sup> COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 174, che rinvia a P. LÉVY, *L'intelligence collective. Pour une anthropologie du cyberspace*, Paris, 1994, là dove individua nell'interpretazione neoplatonica di Aristotele proposta dai filosofi ebrei, persiani e musulmani tra il X e il XII secolo, la base teologico-filosofica di una teoretica contemporanea dell'universo della conoscenza virtuale (v. *ivi*, nt. 1).

1494

L'unica traccia giurisprudenziale della tecnologia in esame in Italia è data – ma si tratta di fattispecie non rilevanti per gli studiosi degli IPRs – da due sentenze concernenti il fallimento di una società di *cloud computing* (Cloud 2002 s.r.l.), dichiarata fallita da Trib. Roma, 13-4-2005, inedita e da Trib. Tivoli, 30-3-2005, inedita (Cass., 27-2-2007, n. 4469, inedita, ha risolto il regolamento di competenza a favore del secondo ufficio).

prime tracce di diritto positivo nel 2012. In ordine di tempo, l'ultimo intervento rilevante si inserisce nelle misure inelegantemente chiamate in gergo di «efficientamento» della P.A. Si tratta, in particolare, della modifica al codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005, nel prosieguo «c.a.d.») introdotta dal c.d. decreto crescita 2.0 (d.l. n. 179/2012 conv. in l. n. 221/2012), per cui oggi ai sensi dell'art. 68, co. 1, c.a.d., «le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato: a) *software* sviluppato per conto della pubblica amministrazione; b) riutilizzo di *software* o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione; c) *software* libero o a codice sorgente aperto; d) *software* fruibile in modalità *cloud computing*; e) *software* di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso; f) *software* combinazione delle precedenti soluzioni». Oltre ogni altra considerazione, si può già notare come quella in discorso sia una tecnologia che si pone in diretta continuità con altre espressioni del movimento dei beni comuni, in particolare il *free and open source software* (FOSS) (<sup>1495</sup>).

Il potenziale del *cloud computing* emerge, poi, nelle politiche per la scuola. Mi riferisco al recente accordo Stato-Regioni in materia di innovazione didattica (<sup>1496</sup>), ove si sono istituiti sei gruppi di lavoro (<sup>1497</sup>) per dare attuazione all'Agenda digitale italiana – che costituisce specificazione di quella europea – (<sup>1498</sup>) ed ha fra gli obiettivi la «promozione della diffusione e del controllo di architetture di *cloud computing* per le attività e i servizi delle pubbliche amministrazioni» (art. 47, co 2-*bis*, lett. d), d.l. n. 5/2012). Fra i sei gruppi, quello denominato «Competenze digitali» dovrà studiare tecniche per il «radicale cambiamento degli ambienti di apprendimento attraverso l'attivazione di una serie di azioni/interventi, tra cui l'adozione di

---

Per altro verso, la nota a Trib. Messina, 6-7-2010 di P. PERRI, *Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma ebay a seguito di feedback negativi*, in *Giur. merito*, 2011, VII-VIII, 1809, costituisce l'occasione per concludere che «è indubbio [...] che il progressivo spostamento dei dati e delle attività in remoto, agevolato anche dalla diffusione di sistemi di *cloud computing*, aumenterà l'attenzione verso i profili di responsabilità dei fornitori di servizi verso i propri utenti».

<sup>1495</sup> Ho già detto qualcosa su beni comuni e FOSS in NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono*, cit., spec. 559-560 e relativo apparato di note, ma intendo ampliare la riflessione.

<sup>1496</sup> Acc. 25-7-2012, n. 118/CSR, «Accordo tra Governo, Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano concernente la diffusione nelle scuole di ogni ordine e grado dei progetti e delle azioni di innovazione didattica. Accordo, ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281».

<sup>1497</sup> Essi sono stati creati con decreto interministeriale del 28-3-2012.

<sup>1498</sup> V. specialmente l'art. 47, d.l. n. 5/2012 («Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo»), il cui primo comma vale la pena riportare *verbatim*: «Nel quadro delle indicazioni dell'agenda digitale europea, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM (2010) 245 definitivo/2 del 26-8-2010, il Governo persegue l'obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi, a potenziare l'offerta di connettività a larga banda, a incentivare cittadini e imprese all'utilizzo di servizi digitali e a promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi».

soluzioni di *cloud computing*, per garantire un utilizzo flessibile e ottimale di risorse ed offrire a docenti e studenti aree riservate, aree servizi e *repository* di contenuti digitali» (<sup>1499</sup>).

---

1499

Così le osservazioni preliminari, poi specificate nel corpo dell'accordo col convenire che «Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca si impegna a: [...] f) mettere a disposizione delle scuole le soluzioni di *cloud computing* e i *repository* di contenuti digitali che saranno realizzati all'interno dell'Agenda digitale italiana» (art. 2).

Il legislatore italiano, inoltre, mostra di essere consapevole che il *cloud*, oltre che per l'efficienza della P.A. <sup>(1500)</sup> e la modernizzazione della didattica, può essere particolarmente utile nel settore ricerca e sviluppo (R&S), con interessanti refluenze anche sulla tutela dell'ambiente. Va ricordato, a tal proposito, il recente intervento del MIUR per potenziare i *cluster* tecnologici nazionali <sup>(1501)</sup>, nel quadro di una «attiva partecipazione ed una convergenza con gli obiettivi di *Horizon 2020*» (art. 1, co. 1, d.dir. 30-5-2012), il programma europeo per la ricerca e l'innovazione per il periodo 2012/2020 <sup>(1502)</sup>. L'analisi della struttura scientifica e tecnologica italiana e gli orientamenti nazionali ed europei al riguardo portano all'individuazione di alcune aree, per ognuna delle quali il MIUR promuove la nascita e lo sviluppo di un *cluster* tecnologico nazionale, aggregazione organizzata di imprese, università, altre istituzioni pubbliche o private di ricerca e soggetti anche finanziari attivi nel campo dell'innovazione, articolate in più aggregazioni pubblico-private. Per quanto qui di interesse, il *core business* del *cluster* «Tecnologie per le *Smart Communities*» consiste nello sviluppo delle più avanzate soluzioni tecnologiche applicative per consentire di realizzare modelli innovativi di risoluzione integrata per problemi sociali di scala urbana e metropolitana: fra questi un ruolo di spicco ha il c.d. *green cloud computing*, in considerazione del fatto che «*for processing large amounts of data, management and switching of communications may contribute significantly to energy consumption and cloud computing seems to be an alternative to office-based computing*» <sup>(1503)</sup>. Sempre nel settore R&S – con ampie intersezioni con finalità di risparmio per le PP.AA. – si segnala, infine, il bando «*Smart Cities and*

1500

Sotto questo profilo, mi constano il recente intervento pugliese concretizzatosi nella l.r. Puglia n. 20/2012 che, dopo aver definito il *cloud computing* come «la modalità attraverso la quale è possibile distribuire risorse di calcolo, archiviazione, software e umane per diversi utilizzatori e scopi» (art. 3, lett. p)), stabilisce che «1. La Regione Puglia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, promuove una Comunità di pratica, aperta alle università e al partenariato economico e sociale, che favorisca lo sviluppo della digitalizzazione attraverso l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione in tutte le attività, al fine di superare le barriere interne all'introduzione dell'*e-business*, nelle imprese e nelle amministrazioni pubbliche. 2. La Comunità di pratica provvede in particolare a: [...] g) promuovere lo studio di fattibilità di sistemi *Cloud Computing* per la Pubblica Amministrazione tali da permettere la distribuzione di risorse di calcolo, archiviazione, software e umane per diversi utilizzatori e scopi» (art. 17).

<sup>1501</sup> Si tratta del d.dir. 30-5-2012 «Avviso per lo sviluppo e potenziamento di *Cluster* tecnologici nazionali». Come ricordano L. BOTTINELLI-E. PAVIONE, *Distretti industriali e cluster tecnologici: strategie emergenti valorizzazione della ricerca e dell'innovazione*, Milano, 2011, 6, «entrambe le espressioni – distretto tecnologico e *cluster* tecnologico – vengono utilizzate per definire agglomerazioni spaziali di attività ad alta intensità tecnologica [...] la letteratura riconosce caratteri di similarità tra distretti tradizionali e *cluster* tecnologici, riconducibili, in prima approssimazione, alla concentrazione geografica e alle dinamiche relazionali tra gli attori economici coinvolti. La distinzione tra distretti e *cluster* tecnologici appare meramente nominale».

<sup>1502</sup> COM(2011) 808 definitivo, «Programma quadro di ricerca e innovazione «Orizzonte 2020». Come si legge sul portale dell'Unione, quello in discorso è «*the financial instrument implementing the Innovation Union, a Europe 2020 flagship initiative aimed at securing Europe's global competitiveness. Running from 2014 to 2020 with an €80 billion budget, the EU's new programme for research and innovation is part of the drive to create new growth and jobs in Europe*» ([http://ec.europa.eu/research/horizon2020/index\\_en.cfm?pg=h2020](http://ec.europa.eu/research/horizon2020/index_en.cfm?pg=h2020)).

1503

J. BALIGA ET AL., *Green Cloud Computing: Balancing Energy in Processing, Storage, and Transport*, in *Proceedings of the IEEE*, 2011, I, 149.

*Communities and Social Innovation*»<sup>(1504)</sup>, nel cui seno il MIUR ha enucleato cinque azioni integrate per la società dell'informazione, fra cui ve n'è una denominata «*Cloud computing technologies per smart government*» che ha come finalità «sostenere l'innovazione dei servizi al pubblico, con particolare riguardo al settore *E-government*, e alle imprese, con particolare riferimento alle PMI [*sc. piccole e medie imprese*]»<sup>(1505)</sup>, mediante lo sviluppo di prototipi funzionanti che contribuiscano ad adottare e diffondere piattaforme *cloud* e le relative applicazioni e servizi» (art. 2, co. 1). Le nuove tecnologie, in particolare, dovranno essere in grado di migliorare la qualità e l'accessibilità dei servizi, garantire elevati standard di interoperabilità tra sistemi *cloud* differenti, promuovere implementazioni di riferimento basate su soluzioni *open source*, ridurre i costi di adozione da parte delle imprese di nuove ITC, incrementando il ritorno degli investimenti e riducendo il «*time to market*» dei loro prodotti e servizi. Torna, quindi, l'intersezione fra la nuvola informatica e i beni comuni *sub specie* FOSS, ciò che contribuisce a colorare la relazione fra i due fenomeni coi tratti della non mera occasionalità.

Merita, poi, menzione anche il lodevole attivismo dei legislatori regionali che, specialmente in Puglia, Friuli-Venezia Giulia, Marche e Veneto, hanno dimostrato grande consapevolezza dell'importanza del *cloud computing*. Si tratta di interventi volti alla promozione dello sviluppo economico specialmente degli attori deboli del mercato; significativo in tal senso è, ad es., l'art. 2, co. 54 l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 27/2012<sup>(1506)</sup>, ove si prescrive che «al fine di incrementare la competitività del territorio montano, l'Amministrazione regionale è autorizzata a concedere ai Consorzi di sviluppo industriale dell'area montana un contributo straordinario diretto a sostenere le iniziative di sviluppo afferenti al *Cloud Computing*». Il regolamento attuativo è stato emanato a febbraio 2013<sup>(1507)</sup> e prevede l'erogazione di contributi d'importo non superiore a € 500.000,00 (art.

---

<sup>1504</sup> D.dir. 2-3-2012, «Avviso per la presentazione di idee progettuali per “*Smart Cities and Communities and Social Innovation*”».

<sup>1505</sup> Quanto alle piccole e medie imprese, uno studio dell'Osservatorio «*Cloud & ICT as a Service*» della School of Management del Politecnico di Milano (che ha coinvolto oltre 160 tra *chief information officer* e responsabili dei sistemi informativi tra la fine del 2010 e l'inizio del 2011) ha posto in luce che «la natura stessa del Cloud [...] ben si presta ad avvantaggiare la piccola e media impresa, spina dorsale dell'economia italiana ma, al tempo stesso, punto critico a causa della sua attuale incapacità di cogliere le opportunità di innovazione offerte dall'ICT, e la Pubblica Amministrazione, la cui rigidità e arretratezza in molti comparti costituisce oggi uno dei fattori critici che limita la competitività del Sistema Paese» (AA. VV., *Cloud & ICT as a Service : fuori dalla nuvola! Rapporto 2011*, Milano, 2011, l'*executive summary* è liberamente scaricabile all'indirizzo [http://www.osservatori.net/cloud-and-ict-as-a-service/rapporti/rapporto/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_0HsI/10402/909834](http://www.osservatori.net/cloud-and-ict-as-a-service/rapporti/rapporto/journal_content/56_INSTANCE_0HsI/10402/909834))

<sup>1506</sup> Si tratta della legge rubricata «Disposizione per la formazione del bilancio pluriennale e annuale (Legge finanziaria 2013)»

<sup>1507</sup>

Dec. P. Reg. n. 27/PRES/2013, «Regolamento recante i criteri e le modalità per la concessione del contributo straordinario previsto dall'articolo 2, commi 54, 55 e 56, della legge regionale 31 dicembre 2012, n. 27 a favore dei Consorzi di sviluppo industriale dell'area montana per il sostegno di iniziative di sviluppo inerenti al *cloud computing*».

6) per finanziare «gli investimenti finalizzati a consentire l'utilizzo, anche con finalità di sola ottimizzazione, della tecnologia e dei servizi di *cloud computing*: a) lavori di infrastrutturazione delle aree di insediamento delle attività produttive di competenza dei consorzi; b) realizzazione o adeguamento di fabbricati, nonché realizzazione o adeguamento di impianti per l'utilizzo dell'attrezzatura informatica (*hardware*) richiesta per il *cloud computing*; c) acquisto dell'attrezzatura informatica (*hardware*) richiesta per il *cloud computing* e dei supporti o contenitori per l'alloggiamento e la protezione della stessa nonché l'acquisto di licenze di programmi informatici (*software*)» (art. 3). In senso analogo, ma dirigendosi soprattutto alle PMI – che abbiamo visto essere le più vocate alla nuova tecnologia <sup>(1508)</sup> – il Veneto, con d. n. 9/2011 <sup>(1509)</sup> ha puntato alla creazione di piani d'azione, promozione e creazione di reti di servizi tra e per le PMI, basati sul modello del *cloud computing*. Poi, mentre la Puglia, come si è visto, ha investito nella nuvola in un'ottica di efficienza della P.A. <sup>(1510)</sup> e così anche la Toscana <sup>(1511)</sup>, le Marche ne hanno valorizzato i profili di promozione dell'innovazione scolastica non ignoti, come detto, al legislatore nazionale <sup>(1512)</sup>.

---

<sup>1508</sup> Oltre a quanto già detto e a quanto si dirà *infra*, segnalo il recentissimo convegno *«PA and Enterprise Cloud Computing & Virtualization 2013»*, organizzato da Business International il 23-5-2013 a Milano, in cui, fra gli sviluppi della nuvola informatica per le PMI si sono segnalati *Poste Cloud*, il *Trusted Cloud* di InFocert e lo Sportello Unico dell'Agenzia delle Dogane.

<sup>1509</sup> Il decreto è rubricato «Attuazione del Programma Operativo Competitività Regionale ed Occupazione parte FESR della Regione del Veneto, periodo 2007/2013. Asse 4, Azione 4.1.1 "Creazione di piani d'azione e promozione/creazione di reti di servizi tra/per le PMI. Bando per la concessione di contributi per lo sviluppo di servizi basati sul modello del *cloud computing* rivolti al mercato delle piccole e microimprese di cui alla DGR n. 331/2011. Fissazione del termine per la presentazione delle domande per la concessione del contributo e approvazione della relativa modulistica. Codice azione SMUPR 2A411». Esso si fonda sui DGR n. 595/2010 e 331/2011 intitolati, rispettivamente, «Linee guida per lo sviluppo dell'Azione 4.1.1 "creazione di piani d'azione e promozione/creazione di reti di servizi tra/per le PMI del Programma Operativo Regionale (POR)» e «Bando per la concessione di contributi per lo sviluppo di servizi basati sul modello del *cloud computing* rivolti al mercato delle piccole e microimprese».

<sup>1510</sup> V. la l.r. Puglia n. 20/2012, specialmente agli artt. 3 e 17. Inoltre, mi piace ricordare il convegno organizzato il 22-5-2013 a Bari da Affari&Finanza e Microsoft, dal titolo «Avanti *Cloud*», ove si è presentata una ricerca inedita di NetConsulting sul *cloud computing* per le PMI, i cui *focus* sono razionalizzazione dei processi di lavoro, economie di scala, risparmio energetico e apertura di nuovi mercati.

<sup>1511</sup> Delib. G. Reg. n. 40/2013, «Approvazione dello schema di accordo per lo sviluppo di azioni per la promozione del «Villaggio Digitale», che individua, fra le «azioni per la promozione della Società dell'Informazione e della Conoscenza», l'attivazione di «progetti sperimentali su sistemi e servizi innovativi per la PA, i cittadini e le imprese, che tengano conto delle più moderne soluzioni tecnologiche e dei nuovi paradigmi di servizio attivabili tramite Internet, le tecnologie *cloud* e le tecnologie «SMART»» e come seconda fra le azioni necessarie per realizzare il c.d. villaggio digitale, proprio «l'ottimizzazione dei servizi tramite logiche di *cloud computing* per la PA» (art. 3).

<sup>1512</sup>

V. delib. G. Reg. n. 1259/2012, «Attuazione dei progetti e delle azioni di innovazione didattica negli Istituti scolastici marchigiani», nel cui allegato n. 2 si legge che «Il modello Marche Scuol@ 2.0 prevede nella progettazione l'utilizzo dei servizi e l'integrazione delle infrastrutture regionali quali la piattaforma TRIO, l'infrastruttura Marche di *cloud computing* MCloud, del sistema di autenticazione federata FedCohesion e del polo di conservazione Marche DigiP».



Considerata l'importanza assunta al giorno d'oggi dalle determinazioni delle autorità indipendenti, che ha fatto parlare di «amministrativizzazione del diritto»<sup>(1513)</sup>, qualche parola va spesa, infine, sull'attenzione dedicata alla tecnologia in esame, in seno all'annuale relazione, dal Garante per la protezione dei dati personali, il quale parte dal presupposto che viviamo in «una realtà caratterizzata dalla creatività e dall'inventività dell'uomo, ma che va compresa e regolata affinché l'uomo non ne diventi il prigioniero»<sup>(1514)</sup>. Il primo problema sollevato dal Garante, ma sul punto non si registra unanimità di vedute<sup>(1515)</sup>, è che, essendo i dati trattati e conservati su sistemi di *server* dislocati nelle diverse parti del pianeta, sono esposti a numerosi rischi – concretizzati dagli incidenti occorsi ad Aruba<sup>(1516)</sup> – «da quelli sismici a quelli legati a fenomeni di pirateria, non solo

<sup>1513</sup> L'amministrativizzazione del diritto è un fenomeno riferito soprattutto al diritto bancario, a causa del ruolo incisivo e di fatto normativo di CICR, Consob e Banca d'Italia; v. ad es. A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza*, in *Dir. banca mercato fin.*, 1993, 575 e U.M. GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. Soc.*, 1993, 1254. Nondimeno il discorso è stato applicato al diritto della concorrenza rispetto al ruolo dell'AGCM, come ha segnalato G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. Soc.*, 1995, 13; con riferimento specifico agli intermediari finanziari v. G. DI CHIO, *Gli intermediari: il sistema di vigilanza e l'esercizio dei servizi di investimento*, in *Società*, 1998, V, 502. Parzialmente differente è il significato della locuzione di S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, 2010, 530, che la riferisce al fatto che ormai nel diritto privato abbondano divieti, autorizzazioni e controlli pubblici. Non può, poi, stupire, che T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*<sup>2</sup>, Roma, 1933, 17, durante il periodo corporativo, parlasse di amministrativizzazione del diritto (commerciale). Altro senso ha la nozione nel diritto penale, v. ad es. Cass., 28-1-2004, n. 2956, in *Riv. pen.*, 2005, 85 (in continuità con Cass., 28-12-1979, in *Cass. pen. mass.*, 1981, 433), per cui «nel settore urbanistico ed edilizio, la disciplina penale È intimamente connessa con quella amministrativa per quel fenomeno della c.d. amministrativizzazione del diritto penale o del c.d. sistema del doppio binario, in base al quale la violazione della normativa amministrativa trova anche, in alcuni casi, la sua sanzione nel diritto penale e che il reato di cui all'art. 20 della L. n. 47 del 1985 (ora art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001) È collegato in maniera indissolubile con il titolo edilizio e non con l'intervento, tanto È vero che la sottoposizione ad autorizzazione edilizia di alcune opere prima assentibili con concessione ha comportato la depenalizzazione di tali interventi». Cfr. anche, in prospettiva comparatistica e con un'analisi ad ampio raggio delle relazioni fra *private regulation* e *State law*, J. BASEDOW, *The StatÈs Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, in *American Comparative Law Journal*, 2008, III, 703, citato da LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., 39, nt. 88.

<sup>1514</sup>F. PIZZETTI, *Uomini e dati. Evoluzione tecnologica e diritto alla riservatezza*, in *Foro it.*, 2011, IX, 5, 230, disponibile anche all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/discorso+del+Presidente+2010>. Si tratta del discorso del Presidente dell'Autorità, che si inserisce nella quattordicesima relazione annuale del Garante, presentata il 23-6-2011 e composta dalla *Relazione 2010. Evoluzione tecnologica e protezione dei dati* e da due schede di documentazione, la prima dedicata proprio alle problematiche del *cloud computing*, la seconda a scenari attuali e prospettive operative di *smartphone* e *tablet*.

<sup>1515</sup> Mi riferisco a BERTRAM, *How to Keep Your Invention Patentable While It Is Stored in the Cloud*, cit., 389, ove si ritiene che il *cloud computing* non è solo più veloce ed economico, ma è anche «*more secure than traditional data storage*». Nel recente rapporto commissionato da Ca-Technologies a L. RESEARCH-V. BOURNE, *TechInsights Report: Cloud Succeeds. Now What?*, maggio 2013, 2, in <http://www.ca.com/us/~media/files/whitepapers/techinsights-report-cloud-succeeds.aspx>, poi, «*the biggest perceived fear of moving applications to the cloud—security—led to contradictory results in this survey. Security was often cited as one of the reasons for success in the cloud, and many companies are actually moving to the cloud to improve security. For instance, companies that might not be able to invest heavily in their own, multiple security systems ranging from authentication to identity management could turn to cloud vendors to provide a secure environment. Still security remains the number one reason why companies choose not to move a particular application to the cloud*».

<sup>1516</sup>

È lo stesso Garante a informare degli episodi occorsi alla nota società di servizi, ma non specifica in cosa siano consistiti gli stessi. Ritengo si riferisca all'incendio causato da un corto circuito avvenuto all'interno degli armadi batterie a servizio dei sistemi UPS della Server Farm aretina di Aruba il 29-4-2011.

informatica»<sup>(1517)</sup>. V'è poi il pericolo, su cui tornerò più oltre, di perdita o furto di enormi quantità di dati. Ma la notazione più interessante mi pare quella per cui il motivo principale dell'indifferibile urgenza nell'acquisizione di una più vasta e profonda consapevolezza del fenomeno in esame è riconducibile alla circostanza che «le imprese e gli operatori a cui il mercato offre questi nuovi servizi pensano soprattutto alla diminuzione di costi o alle opportunità di costante ammodernamento che queste tecnologie consentono, prestando scarsa attenzione al fatto che *comportano la perdita del possesso fisico dei dati e dei programmi operativi che utilizzano*»<sup>(1518)</sup>. Specialmente agli studiosi del diritto industriale ciò riporta immediatamente alla mente quel passaggio di Marcel Planiol in cui si legge che «*le monde matériel est destiné à l'appropriation, parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le monde des idées est d'une nature toute différente: il est fait pour la communauté*»<sup>(1519)</sup>. Quello dell'incompatibilità del possesso con gli IPRs, come noto, di uno degli argomenti cui s'è fatto tradizionalmente ricorso per dimostrare l'inconsistenza della teorica proprietaria<sup>(1520)</sup>: l'impossibilità logica, prim'ancora che giuridica, di concepire un vero e proprio possesso dei beni immateriali, privi di confini visibili e per natura soggetti a infiniti e continui «spossessamenti»<sup>(1521)</sup>. Ora, la perdita del possesso segnalata dal Garante della *privacy* è una

<sup>1517</sup> PIZZETTI, *Uomini e dati*, cit., 237.

<sup>1518</sup> PIZZETTI, *Uomini e dati*, cit., 237, enfasi aggiunta.

<sup>1519</sup> PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, cit., 455, enfasi nel testo. Il passaggio è citato ad altri fini, ma mi piace pensare che l'A. possa essere considerato – con la sua contrapposizione dell'appartenenza alla *communauté* all'*appropriation* e con la sua serrata critica alla teorica proprietaria (che cadrebbe in una «*erreur vulgaire*», *ibidem*) – come un precursore della teoria dei beni comuni.

<sup>1520</sup> Ad es., S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 249, esclude l'azione di rivendica perché presuppone la «relazione possessoria, che non si saprebbe come individuare e fermare con riguardo alle cose incorporali» e questo, insieme all'inconcepibilità della negatoria, viene dall'insigne Autore considerato lo scoglio davanti al quale «si fermarono gli scrittori attratti dal miraggio delle analogie e spinti verso il tentativo delle identificazioni». Non è neanche pensabile ripercorrere in questa sede tutti gli argomenti della teorica anti-proprietaria, ma mi preme riportarne uno formalizzato da Luca Nivarra nel presentare la relazione che costituisce il nucleo del presente saggio: specialmente limitando il discorso al diritto d'autore, l'irriducibilità della proprietà è dimostrata *per tabulas*, posto che nel primo caso non è neanche ipotizzabili un valore d'uso, potendosi parlare esclusivamente per il diritto d'autore esclusivamente di valore di scambio. Mi pare di poter trarre indicazioni convergenti da PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 2, là dove si osserva che «*die Geschichte des Immaterialgüterrechts zeigt, dass das Bewusstsein der Existenz schutzbedürftiger Immaterialgüter wie der persönlichen geistigen Schöpfung im Bereich von Literatur, Wissenschaft und Kunst oder der technischen Erfindung vom Stand der jeweils verfügbaren Reproduktionstechniken abhängt. Denn ohne die Möglichkeit, das Schriftwerk oder die Erfindung in kommerziell relevanter Weise zu vervielfältigen, werden Urheber und Erfinder gar nicht gewahrt, dass sie zuordnungsbedürftige Güter geschaffen haben*».

<sup>1521</sup> Cfr. L. CAROSSO, *Il possesso dei beni immateriali*, Torino, 1983 e GAMBARO-MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 2008. J.P. BARLOW, *The Economy of Ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age. (Everything you know about intellectual property is wrong.)*, in *Wired*, 1994, 2.03, 7, disponibile all'indirizzo <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docolec/dp2552.pdf>; guarda alla questione da un'altra prospettiva e afferma che «*the central economic distinction between information and physical property is that information can be transferred without leaving the possession of the original owner. If I sell you my horse, I can't ride him after that. If I sell you what I know, we both know it*» e conclude per il superamento del modello proprietario a favore di quello della *performance* e della fornitura di servizi. Non sfugge come l'A. risenta fortemente della teorica jeffersoniana, là dove, giova ricordarlo, il Presidente degli Stati Uniti scrisse a Isaac M'Pherson, «*if nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into*

perdita che definirei «di secondo grado»: non solo non possiamo possedere perché il bene non esiste fisicamente, ma anche il bene immateriale stesso ha, grazie al *cloud computing*, fattezze tali da non consentire alcun esercizio di poteri di fatto. Anche chi, quindi, sostenendo la teorica proprietaria, riteneva si potesse parlare di possesso pure ove l'oggetto del diritto fosse immateriale, dovrà giocoforza prendere atto del fatto che l'evoluzione tecnologica sottrae a qualsivoglia controllo dati e opere dell'ingegno immagazzinate a migliaia di chilometri di distanza e accessibili solo tramite l'intermediazione di un ISP. Su questo punto, però, sarà necessario tornare più oltre.

Tale è l'importanza della nuvola per la *privacy*, che il Garante, poco dopo l'ampia sezione dedicata ad essa in seno alla relazione annuale, ha pubblicato il 1-5-2012 il *vademecum* per imprese e P.A. «*Cloud computing*. Proteggere i dati per non cadere dalle nuvole»<sup>(1522)</sup>, in cui, oltre a definire il fenomeno nelle sue molteplici sfaccettature ed evidenziarne i rischi, si dedica specifica attenzione al quadro giuridico. Il punto di partenza, difficilmente contestabile, è che «manca ancora un quadro normativo aggiornato che tenga conto di tutte le novità introdotte dal *cloud computing* e sia in grado di offrire adeguate tutele nei riguardi delle fattispecie giuridiche connesse all'adozione di servizi distribuiti di elaborazione e di conservazione dati»<sup>(1523)</sup>. Il Garante nutre, in particolare, speranze nel c.d. pacchetto Telecom<sup>(1524)</sup> e nell'approvazione, prevista per il 2014, del nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati<sup>(1525)</sup> proposto dalla Commissione. Ciò perché esso introdurrà

---

*the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it»* (JEFFERSON, *To Mr Isaac M'Pherson*, cit., 180; gli scritti originali di Jefferson sono scaricabili tramite Google Books)

1522

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Cloud computing. Proteggere i dati per non cadere dalle nuvole*, 1-5-2012, [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>1523</sup> GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Cloud computing. Proteggere i dati per non cadere dalle nuvole*, cit., 13.

<sup>1524</sup> Il pacchetto Telecom – da ultimo modificato ad opera della dir. 2009/140 e dei reg. 2009/144 e 2007/717 – mira a rifondere il quadro normativo delle telecomunicazioni per rendere il settore delle comunicazioni elettroniche più concorrenziale. Questo nuovo quadro normativo è incentrato nella dir. 2002/21, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica («direttiva quadro») e da quattro direttive specifiche, ossia: i. Dir. 2002/20, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); ii. Dir. 2002/19, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso); iii. Dir. 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale); iv. Dir. 2002/58, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche). Cfr., ad es., V.M. SBRESCIA, *Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, V, 1207 e F. DELL'ISOLA, *La neutralità della rete nella regolamentazione internazionale, comunitaria e nazionale: una questione risolta?*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2010, XXXV, 105.

<sup>1525</sup> Il titolo della proposta di regolamento del 25-1-2012 è «Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati)»; COM (2012) 11 definitivo. La proposta, è da dire, non contiene alcuna specifica disposizione riguardante il *cloud*, ma la comunicazione cui è accompagnata si apre con l'affermazione, che allude certamente al fenomeno in esame, per cui «nuove forme di condivisione delle informazioni attraverso i *social network* e di conservazione a distanza di grandi volumi di dati sono entrate nelle abitudini di molti dei 250 milioni di utenti Internet in Europa» (COM/2012/09 definitivo, «Salvaguardare la *privacy* in un mondo interconnesso. Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo»). Su detta proposta e sulla proposta di direttiva concernente «la tutela delle

identiche regole in Europa e nei confronti di Stati terzi (con necessaria riscrittura, quindi, anche del d.lgs. n. 196/2003, codice della *privacy*), e si ritiene dovrebbe contribuire a rendere meno complesso e rischioso l'utilizzo di servizi *cloud*. Una delle più importanti innovazioni di questa riforma è riconducibile all'estensione dell'obbligo di notifica delle violazioni di sicurezza riguardanti dati personali a tutti i titolari del trattamento dati come, ad es., banche, assicurazioni, A.s.l., enti locali. Quando previsto, quindi, i soggetti interessati saranno informati senza ritardo della perdita o del furto dei loro dati, ciò che è particolarmente rilevante in un ecosistema *cloudified*, di cui si sono segnalati i rischi connessi all'impossibilità di accorgersi delle violazioni, oltre che di reagirvi. Per altro verso, la riforma segnala un rafforzamento del rango occupato dalla *privacy* nell'impianto assiologico europeo, su cui si dirà qualcosa più oltre. Ora, il codice della *privacy* conferisce all'interessato una serie di diritti, fra cui quello di conoscere quali siano i dati che lo riguardano in possesso della P.A. o dell'impresa, per quale motivo siano stati raccolti e come siano elaborati, potendo richiedere una copia intelligibile dei dati personali che lo riguardano, il loro aggiornamento, la rettifica, l'integrazione, nonché il blocco, la cancellazione o la trasformazione in forma anonima di queste informazioni. Se ciò è vero, il *vademecum* ha cura di precisare che «il cliente del servizio *cloud*, in qualità di titolare del trattamento dati, per soddisfare queste richieste, deve poter mantenere un adeguato controllo non solo sulle attività del fornitore, ma anche su quelle degli eventuali sub fornitori dei quali il *cloud provider* potrebbe avvalersi»<sup>(1526)</sup>. Emerge, così, la questione della difficoltà, se non impossibilità, di esercitare un effettivo controllo, ciò che verrà approfondito *infra*, per dimostrare l'infondatezza dell'applicazione del paradigma proprietario agli IPRs.

La rassegna del diritto italiano è, a questo punto, pressoché completa e diversi sono i profili che andrebbero senz'altro approfonditi. Per il momento, però, mi pare sufficiente rilevare come la legislazione italiana, anche regionale, in materia di *cloud computing*, per quanto scarna, esibisca già un dato significativo: la nuova tecnologia, non casualmente spesso associata al FOSS, è uno strumento fondamentale per il perseguimento di interessi pubblici, dall'ambiente alla promozione culturale, passando per l'efficienza della P.A., la promozione dello sviluppo economico dei piccoli attori del mercato e la ricerca scientifica. Questa circostanza non è casuale e ritengo costituisca conferma della bontà della mia tesi per cui la collisione degli IPRs con interessi contrapposti,

persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle Autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati» (COM(2012) 10 def.) v. su cui v. la risoluzione approvata il 13-6-2012 dalla quattordicesima commissione permanente al Senato (doc. XVIII-*bis* n. 73), che chiede soprattutto una maggiore attenzione al fenomeno dell'immagazzinamento dei dati su Internet.

1526

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Cloud computing. Proteggere i dati per non cadere dalle nuvole*, cit., 17.

riconducibili soprattutto alla collettività, non sia affatto accidentale, bensì genetica, nel senso che i limiti espressione di detti interessi sono coesenziali ai diritti in esame, facendo parte della struttura degli stessi.

La legislazione italiana, anche *in subiecta materia*, è evidentemente debitrice di quella europea (<sup>1527</sup>). Nell'ordinamento dell'Unione il *cloud computing* – dopo essere stato inizialmente preso in considerazione *incidenter tantum* in materia di sicurezza informatica (<sup>1528</sup>) – ha raggiunto importanza tale da costituire l'oggetto esclusivo di un'articolata recente comunicazione della Commissione denominata, appunto, «Sfruttare il potenziale del *cloud computing* in Europa» (<sup>1529</sup>).

La Commissione, in particolare, dopo aver descritto caratteristiche e vantaggi della nuova tecnologia e aver collocato il discorso all'interno dell'Agenda digitale europea (<sup>1530</sup>), enuclea – oltre a interventi strategici di incentivazione e dialogo internazionale (<sup>1531</sup>) – tre azioni fondamentali che l'Unione si impegna a portare avanti in materia: a) predisporre un *corpus* normativo organico e chiaro (<sup>1532</sup>); b) conferire certezza ed equità alle clausole dei contratti coi *provider* di servizi *cloud* (<sup>1533</sup>); c) promuovere un partenariato europeo per il *cloud computing*, sfruttando il ruolo dell'UE di «maggior acquirente mondiale di servizi IT [ciò che le può consentire di] fissare requisiti rigorosi in

1527

Basti pensare ai collegamenti fra agenda digitale europea e italiana sopra segnalati. Su diritto eurunitario e *cloud* v. ad es. SLUIJS-LAROCHE-SAUTER, *Cloud Computing in the EU Policy Sphere*, cit., 12. Il forte debito del diritto nazionale nei confronti di quello europeo è stato descritto da NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., *passim* e non è peculiare del nostro Stato, come si ricava ad es. da PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 24, là dove nota che «*Große Teile der in Deutschland geltenden Immaterialgüterrechtsordnung beruhen daher unmittelbar oder mittelbar auf europäischem Recht*».

<sup>1528</sup> Mi riferisco alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 31-3-2011, relativa alla protezione delle infrastrutture critiche informatizzate «Realizzazioni e prossime tappe: verso una sicurezza informatica mondiale» (COM(2011)163 definitivo). Essa si propone di attuare il piano d'azione «Rafforzare la preparazione, la sicurezza e la resilienza per proteggere l'Europa dai ciberattacchi e dalle ciberperturbazioni» adottato con Comunicazione del 30-3-2009 (COM(2009)149 definitivo) e a tal fine raccomanda di «rafforzare la fiducia nel *cloud computing*». V. pure la Risoluzione del Consiglio del 18-12-2009 su un approccio europeo cooperativo in materia di sicurezza delle reti e dell'informazione (2009/C 321/01).

<sup>1529</sup> COM(2012)529 definitivo, del 27-9-2012.

<sup>1530</sup> COM(2010)245 definitivo. Sull'Agenda digitale si è scritto molto, mi limito a ricordare, con riferimento specifico al *cloud computing*, SLUIJS-LAROCHE-SAUTER, *Cloud Computing in the EU Policy Sphere*, cit., 3 e in generale M. RICOLFI, *Consume and Share: Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, in *The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture*, a cura di M. Dulong de Rosnay e J.C. De Martin, Cambridge, 2012, 49 e in *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, a cura di C. Geiger, Cheltenham, 2012, 314 e F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto d'autore*<sup>2</sup>, Torino, 2013, 54 e *passim*; B. MARTENS, *What Does Economic Research Tell Us About Cross-Border E-Commerce in the EU Digital Single Market?*, 15-2-2013, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2265305>. È molto interessante la lettura di Corte cost., 27-6-2012, n. 163, in *Foro it.*, 2012, XII, 1, 3250, che, primariamente fondandosi sulla necessità di implementare l'Agenda europea, dichiara che una legge nazionale può disciplinare in modo molto dettagliato un oggetto come la banda larga, nonostante sia evidentemente ascrivibile alla competenza concorrente in materia di ordinamento delle comunicazioni.

<sup>1531</sup> COM(2012)529 definitivo, § 4.1-4.2.

1532

*Ivi*, § 3.3 («Azione fondamentale 1 – districare il groviglio di norme»).

<sup>1533</sup> *Ivi*, § 3.4 («Azione fondamentale 2 – rendere sicure ed eque le clausole contrattuali»).

materia di caratteristiche, efficienza, sicurezza, interoperabilità e portabilità dei dati, come pure in materia di conformità ai requisiti tecnici e può anche stabilire requisiti in materia di certificazione»<sup>(1534)</sup>. Dalla realizzazione di queste azioni fondamentali la Commissione si attende che «si costituiranno le fondamenta per far sì che l'Europa possa diventare un vero e proprio polo mondiale del *cloud computing*»<sup>(1535)</sup>.

Concludendo sul punto, da una sguardo d'insieme alla comunicazione emerge che, nell'ottica del legislatore europeo, la nuvola informatica merita attenzione specialmente per il suo collegamento con la sicurezza dei dati e la disciplina della compravendita, ambiti che vedono in corso importanti tentativi di armonizzazione<sup>(1536)</sup>. È innegabile, però, che il principale profilo – come già avvertito – attiene alla protezione dei dati, come si ricava, ad es., da una risoluzione del Consiglio europeo in cui si prende atto che «nuovi sistemi d'uso, quali il «*cloud computing*» e il «*software as a service*», mettono maggiormente in risalto l'importanza della sicurezza delle reti e dell'informazione»<sup>(1537)</sup>.

Volendo, per quanto brevemente, allargare la visuale oltre questa pur importante Comunicazione, va segnalato un *report* voluto dalla Commissione, che è stato considerato «L'analisi più completa ed esaustiva sull'argomento»<sup>(1538)</sup>: mi riferisco alla ricerca «*The Future of Cloud Computing*»<sup>(1539)</sup>. In essa si pone l'accento sul fatto che la maggiore opportunità europea nel partecipare al «movimento *cloud*» consiste in particolare «*in aspects related to extending and completing the capabilities of current cloud systems, whereby the long term goal consists in realizing meta-scalable cloud systems and services*»<sup>(1540)</sup>. Il principale ostacolo alla realizzazione di detta opportunità «*depends on the complexity to perform the underlying research work and of the current development status*»<sup>(1541)</sup>. Gli esperti del gruppo di ricerca concludono ponendo in luce la

---

<sup>1534</sup> *Ivi*, § 3.5 («Azione fondamentale 3 – promuovere una *leadership* comune del settore pubblico tramite il partenariato europeo per il *cloud computing*»).

<sup>1535</sup> *Ivi*, § 5.

<sup>1536</sup> *Ivi*, § 5 («Conclusion») si chiude, infatti, osservando che «la riforma della protezione dei dati e il diritto comune europeo della vendita, che elimineranno gli ostacoli all'adozione della nuvola informatica nell'Unione europea, devono essere adottate rapidamente».

<sup>1537</sup> Ris. 2009/C 321/01, settimo *notando*.

<sup>1538</sup> TROIANO, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale*, cit., 233, nt. 2.

<sup>1539</sup> Si tratta di K. JEFFERY-B. NEIDECKER-LUTZ, *The Future of Cloud Computing Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010*, Commission of the European Communities, Information Society & Media Directorate-General, -1-2011, in <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf>. Si segnala che il *report* in parola è stato seguito, più recentemente, da Schubert-Jeffery, *Advances in Clouds*, cit., ove, ricollegandosi al *report* del 2011, si osserva che «*there are more offerings, more in-house development of CLOUDs and more experience in how best to use the technology. Developments have closed some gaps identified in January 2011 but more gaps have opened*».

<sup>1540</sup>

JEFFERY-NEIDECKER-LUTZ, *The Future of Cloud Computing*, cit., 2.

<sup>1541</sup> *Ibidem*.



necessità – che chiama in causa pure il ruolo dei giuristi – che aumenti nei cittadini europei la familiarità con le nuove ICT e i nuovi modelli di *business*, essendo il *cloud* una straordinaria possibilità per «*build data observatories with data, software and expertise together*»<sup>(1542)</sup>, ciò al fine di risolvere problemi vitali di natura non solo economica, ma anche sociale «*such as those associated with economic modelling, climate change, terrorism, healthcare and epidemics*»<sup>(1543)</sup> e con la «*reduction in carbon emissions*»<sup>(1544)</sup>, come anche per «*assist greatly in the e-government agenda by providing information in one place to the citizen, together with software to manipulate the data*»<sup>(1545)</sup>».

Questo documento, per quanto rilevante, si concentrava però principalmente sulla definizione del fenomeno e delle sue opportunità in ambito R&S e, comunque, a distanza di due anni, in considerazione dell’oggetto, risulta essere datato. Va salutata, quindi, con favore la recente ricerca dell’*Information Society & Media Directorate-General* della Commissione, che ha avuto come esito il *report* «*Advances in Clouds*»<sup>(1546)</sup>, il quale supera l’approccio meramente «economicistico» del precedente<sup>(1547)</sup> e anche una certa diffusa tendenza ad analizzare senza visioni prospettiche i correnti modelli di *cloud computing*. Esso, così, da una parte «*tries to analyse the progress made over the last two years and draws conclusion for a European Cloud Research Agenda*»<sup>(1548)</sup>, dall’altra si propone di «*settle the long-term understanding of clouds*»<sup>(1549)</sup>. Gli esperti adottano una prospettiva comparatistica e, nel raffronto con gli USA osservano che «*European market is differently structured, with much more small(er) and diversified players, and a general focus towards B2B*»<sup>(1550)</sup>, dal che segue che è necessario «*much more work on integration, federation and interoperation to build up a European wide Cloud Ecosystem that incorporates and exploits this diversification for richer service provisioning*»<sup>(1551)</sup>. L’importanza delle nuvole informatiche per l’Unione è perspicuamente individuata in tre ragioni: «1. *they provide a means for industry, especially SMEs*<sup>(1552)</sup>, *to utilise more cost-effective IT thus gaining commercial benefits*; 2. *they provide a means for industry, especially SMEs, to access more advanced ICT than through usual architectures allowing more ‘adventurous’ use of computing, and to move faster into new*

<sup>1542</sup> *Ivi*, 57.

<sup>1543</sup> *Ibidem*.

<sup>1544</sup> *Ibidem*.

<sup>1545</sup> *Ibidem*.

<sup>1546</sup> SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds* cit.

<sup>1547</sup> Come si legge in SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., ii, «*the «Future of Cloud Computing» report focused on reflecting the current position of CLOUDs in the economy*».

<sup>1548</sup> SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., ii.

<sup>1549</sup> *Ivi*, iii.

<sup>1550</sup> *Ivi*, ii.

<sup>1551</sup> *Ibidem*.

1552

L’acronimo significa *small and medium enterprises* ed equivale a PMI.

markets with less financial risk, thus gaining commercial benefits; 3. they provide an opportunity for IT providing industry – especially SMEs – to offer their services in an open marketplace and gain consequent commercial benefits»<sup>(1553)</sup>. Ivi, infine, si conclude osservando che l'Unione può beneficiare grandemente dalle potenzialità della nuvola informatica «not only in order to reduce management costs»<sup>(1554)</sup>, aspetto che ha singolarmente costituito la più frequente osservazione in letteratura<sup>(1555)</sup>, «but in specifically by enabling small to medium enterprises to easily offer new, scalable services beyond current limitations, and by establishing a culture in which new types of services can be easily developed, tested and provided»<sup>(1556)</sup>. Inoltre, la peculiare struttura della tecnologia in esame «will enable hosting the next generation of platforms appropriate for current (limited) service offerings, and make a scalability possible that is unprecedented»<sup>(1557)</sup>.

La rilevanza industrialistica del *cloud* è attestata anche dal crescente numero di brevetti concessi in materia (i motori di ricerca EPO, con la parola chiave interessata, danno 16.895 risultati)<sup>(1558)</sup>; quanto al contenzioso, invece, allo stato esso non è considerevole<sup>(1559)</sup>. La nuova tecnologia, in effetti, interessa gli IPRs sotto un gran numero di profili, come ad es. la titolarità di opere create o immagazzinate su *cloud* e le «consequences of IP legal action against the party by an outsider»<sup>(1560)</sup>, o ancora la protezione specialmente dei piccoli inventori per le invenzioni

<sup>1553</sup> Ivi, 38 si rinvia sul punto a W. ASHFORD, *Neelie Kroes calls for speedy EU uptake of cloud computing*, in *ComputerWeekly*, 2012, disponibile all'indirizzo <http://www.computerweekly.com/news/2240114460/Neelie-Kroes-calls-for-speedy-EUuptake-of-cloud-computing>.

<sup>1554</sup> SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 71.

<sup>1555</sup> Una recente indagine condotta su 542 *organizations* ha posto in luce come il discorso vada differenziato a seconda che si tratti di società europee o statunitensi: «the US respondents were much more interested in increased speed of innovation, while the number one objective for Europe respondents was reduced total costs» (RESEARCH-BOURNE, *TechInsights Report: Cloud Succeeds. Now What?*, cit., 3). V., *ex plurimis*, CENTRONE, *Il valore è nei dati*, cit., 18; PETERSON, *Cloudy With a Chance of Waiver*, cit., 383; SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 2 e DIXON jr, *Cloud Computing*, cit., 36.

<sup>1556</sup> SCHUBERT-JEFFERY, *Advances in Clouds*, cit., 71.

<sup>1557</sup> *Ibidem*.

<sup>1558</sup> Avendo consultato il sito dell'EPO il 23-5-2013, l'ultimo brevetto *cloud based* è US2013124401 (A1) del 16-5-2013, intitolato «*Internet-Based Group Cloud Management System - (GCMS) for Information Exchange Among CloudManagement System Sites - (CMS) (Systems and Methods)*», così descritto: «*System and Methods for implementing a Internet-Based Group Cloud Management System (GCMS) comprised by several Cloud Management System sites (CMS sites), where providing institutions, means for: A) The Creation of the Educational Group comprised by: A1) Community CMS sites for Campuses and/or Groups of Users, A2) Personal CMS Sites for each Faculty, Staff, Student and Alumnus, A3) Project CMS sites for each Project Team. B) Communication within the Educational Group: B1) Among CMS Sites, B2) to e-mail and text-messaging devices. The CMS sites are reachable by their own domain names or sub-domain from the GCMS, and by any search engine. Each CMS site is multi-user and includes its own security system, user-defined and predefined pages for among others, Professional Profile, Web Apps, Virtual Desktop/Apps and Web/Cloud Services. Each CMS site is connected to the GCMS, allowing the Exchange of Information among CMS sites within the GCMS and among GCMS sites*».

<sup>1559</sup> Ma cfr. EPO Board of Appeal, 28-10-2010, T-1262/08, *Single click synchronisation/Fusion One Inc.*, inedita.

<sup>1560</sup>

R. LATHAM, *Intellectual Property implications of Cloud Computing*, Ridout&Maybee LLP, 23-3-2010, 14 (disponibile all'indirizzo <https://chapters.globalaea.org/ottawa/sites/chapters.aogea.org/ottawa/files/ottawa/AOGEA%2023%20Mar%202011%20-%20Latham%20-%20IP%20and%20Cloud%20Computing.pdf>), che segnala anche, fra le



conservate in *cloud* <sup>(1561)</sup>; ciò a tacere profili d'interesse per il diritto privato in generale, evidenziati da ultimo specie con riferimento al diritto dei contratti <sup>(1562)</sup>. Una recente indagine industrialistica <sup>(1563)</sup>, ad esempio, si è interrogata sulla idoneità dell'attuale quadro normativo di tutela del *digital copyright* a governare l'evoluzione in parola, ponendo in luce, in particolare, che, per come è strutturata la nuvola informatica, sarà agevole invocare i *safe harbors* previsti per la *secondary liability* dell'ISP <sup>(1564)</sup>, affrontando in pari tempo altresì le questioni della comunicazione al pubblico e della copia privata, osservando, rispettivamente, che «in termini generali, è possibile ritenere che il caricamento di contenuti su una piattaforma di condivisione rappresenti una comunicazione che difficilmente può essere considerata privata» <sup>(1565)</sup> e che non si comprende «come verrebbe commisurato l'equo compenso dal momento che la sua attuale configurazione è comunque legata all'esistenza di supporti tangibili» <sup>(1566)</sup>.

Ciò posto, anche per ragioni di sintesi, mi limiterò ad analizzare solo due profili, strettamente interconnessi: a) il principale freno all'espansione della tecnologia in esame è dato dai rischi temuti per la *privacy*, che occupa un alto grado nelle *Rangordnungen* europea ed italiana, costituendo, a mio avviso, il contenuto centrale di ciò che – non senza forzature – potrebbe chiamarsi «funzione sociale della proprietà intellettuale»; b) la struttura della nuvola informatica fornisce elementi per il superamento dell'applicazione del paradigma proprietario agli IPRs.

---

implicazioni IP del *cloud*, «Ownership and use of metadata/logging associated with your use of the cloud; Confidentiality of your use of the cloud; Data retention, privilege, privacy, encryption and e-Discovery; Notification requirements for security breaches and data compromises; Notification requirements for internal cloud changes; Compliance of your product/services with regulatory requirements; Auditing the cloud (location or implementation of data/services); Exit strategies from the cloud and the service contract».

<sup>1561</sup> V. in particolare BERTRAM, *How to Keep Your Invention Patentable While It Is Stored in the Cloud: A Guide for Small Inventors*, cit., 389, che analizza la questione con riferimento, ovviamente, al *Leahy-Smith America Invents Act* (AIA), emanato il 16-9-2011 ed entrato in vigore, nelle sue previsioni principali, il 16-3-2013. Incidentalmente si ricorda che l'AIA segna il passaggio del sistema statunitense di *patenting* dal «*first to invent*» al «*first inventor to file*».

<sup>1562</sup> Mi riferisco a MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, cit., 1216 e spec. 1218 che pone in evidenza, fra l'altro, l'infondatezza della meccanica sussunzione dei contratti di servizi *cloud computing* in quelli di *outsourcing*, fra l'altro perché nei secondi non si ha solo una esternalizzazione delle risorse strutturali, ma anche di quelle umane e anche perché il modello della nuvola è connotato da uno schema di erogazione uno a molti, con prestazioni standardizzate, mentre nell'*outsourcing* tradizionale si ha di norma un rapporto uno ad uno, con un servizio molto personalizzato.

<sup>1563</sup> Mi riferisco a COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 174 e *passim*.

<sup>1564</sup> Osserva COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 201, che «la caratteristica di *self service* del *cloud computing* potrebbe supportare la linea difensiva per il provider che invochi l'immunità rivendicando un ruolo di «mero corriere»» (l'A. rinvia sul punto a MELZER, *Copyright Enforcement in the Cloud*, cit., 408).

<sup>1565</sup> COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 203 che sottolinea in pari tempo la necessità di tenere in considerazione lo specifico servizio *cloud* interessato, sia il soggetto che sta effettuando la comunicazione.

<sup>1566</sup> COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 203 prosegue con il segnalare che «l'individuazione di un parametro utile per i servizi *cloud*, quale ad esempio quello della capacità di memoria, richiederebbe un'esplicita previsione normativa».

Il primo profilo è senz'altro quello più esplorato (<sup>1567</sup>) e si ricollega, anzitutto, al fatto che i file salvati su *cloud* – spesso opere dell'ingegno – possono essere venduti illegalmente o comunque condivisi con soggetti non autorizzati, senza che il titolare ne abbia contezza alcuna (<sup>1568</sup>). Non è un caso che, come ha evidenziato una ricerca commissionata da IBM, «77 per cent of respondents believe that adopting cloud computing makes protecting privacy more difficult, while 50 per cent are concerned about data breaches or loss» (<sup>1569</sup>). L'alto rango della riservatezza è dimostrato, fra le altre cose, dalle vicende del rigetto di ACTA, SOPA e PIPA di cui s'è detto e ancora si dirà, e dalla condigurazione di Internet come diritto umano fondamentale, come emerge dai *report* ONU degli ultimi anni, nonché dall'approvazione, confermente alla raccomandazione Lambridis (<sup>1570</sup>),

---

1567

V., ad es., G. VACIAGO, *Privacy e tutela dell'ordine pubblico in Europa e negli Stati Uniti: un differente approccio per raggiungere un difficile compromesso*, in *Informatica e dir.*, 2009, I, 135; C. SOGHOIAN, *Caught in the Cloud: Privacy, Encryption, and Government Back Doors in the Web 2.0 Era*, in *J. on Telecomm. and High Tech. L.*, 2009, VIII, 359, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1421553>; W.K. HON-C. MILLARD-I. Walden, *The Problem of 'Personal Data' in Cloud Computing - What Information is Regulated? The Cloud of Unknowing, Part I*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 75/2011, in *International Data Privacy Law*, 2011, I, 211, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1783577>; PICKER, *Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud*, cit.; N. COLEMAN, *Cloud computing Cloud control*, in *Lawyer*, 2011, 35; PIZZETTI, *Uomini e dati*, cit., 237; A. MANTELERO, *Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali ed aziendali*, in *Dir. informaz. informat.*, 2010, 673; ROTENBERG, *Un dialogo su diritti e libertà civili nell'era tecnologica*, cit., 173; LANOIS, *Caught in the Clouds*, cit., 29; GERVAIS-HYNDMAN, *Cloud Control*, cit., 53. Nella letteratura informatica, offrono una completa disamina di tutti i principali rischi per la *security* nella nuvola SUBASHINI-KAVITHA, *A survey on security issues in service delivery models of cloud computing*, cit., 1, distinguendo i rischi a seconda che il *service model* sia SaaS (*ivi*, 3-8), PaaS (*ivi*, 8-9) e IaaS (*ivi*, 9).

<sup>1568</sup> Cfr. LATHAM, *Intellectual Property implications of Cloud Computing*, cit., 20, là dove, facendo proprie le parole del Deputy General Counsel di Microsoft, rileva che «*It will become much harder for patent holders to detect infringement*».

<sup>1569</sup> Parte da questo dato COLEMAN, *Cloud computing Cloud control*, cit., 35.

<sup>1570</sup> Il 26-3-2009, il Parlamento ha approvato una raccomandazione sul «Rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet» (2008/2160(INI)). In particolare, visto che «l'evoluzione di Internet dimostra che esso sta diventando uno strumento indispensabile per promuovere iniziative democratiche, un nuovo foro per il dibattito politico (ad esempio, per campagne elettroniche e il voto elettronico), uno strumento fondamentale a livello mondiale per esercitare la libertà di espressione (ad esempio il blog) e per sviluppare attività commerciali, nonché uno strumento per promuovere l'acquisizione di competenze informatiche e la diffusione della conoscenza (e-learning); considerando che Internet ha anche apportato un numero crescente di vantaggi per persone di ogni età, per esempio quello di poter comunicare con altri individui in ogni parte del mondo, estendendo in tal modo la possibilità di acquisire familiarità con altre culture e aumentare la comprensione di popoli e culture diversi; considerando che Internet ha anche ampliato la gamma delle fonti di notizie a disposizione dei singoli, che possono ora attingere a un flusso di informazioni provenienti da diverse parti del mondo» e che «Internet dà pieno significato alla definizione di libertà di espressione sancita all'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», ne segue che «e minacce della cybercriminalità [...] devono essere combattut[e] con efficacia e determinazione, senza alterare la natura fondamentale libera e aperta di Internet». Ancora, considerando che il rigore in materia di protezione dei dati è una delle maggiori preoccupazioni per l'Unione europea e per i suoi cittadini, e che il considerando 2 della direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati stabilisce chiaramente che la tecnologia (ovvero i sistemi del trattamento dei dati) è «al servizio dell'uomo» e deve rispettare «le libertà e i diritti fondamentali [...], in particolare la vita privata», si considera Internet come diritto fondamentale, *sub specie* «diritto di partecipare alla società dell'informazione».

dell'emendamento 138/46 <sup>(1571)</sup> al c.d. Pacchetto Telecom <sup>(1572)</sup>. In particolare, dopo avere riconosciuto «che Internet è essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di espressione e l'accesso all'informazione, qualsiasi restrizione imposta all'esercizio di tali diritti fondamentali dovrebbe essere conforme alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» <sup>(1573)</sup>, si è rigettato il sistema *three strikes* <sup>(1574)</sup> e il detto emendamento ha portato all'introduzione, nella dir. 2002/21, dell'art. 3 *bis*. A tenore di detta novella, i provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla CEDU e dai principi generali del diritto comunitario. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla CEDU e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti possono di conseguenza essere adottati «soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla privacy». Dev'essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dev'essere garantito, in ogni caso, il «diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo».

Ci si avvede immediatamente come i due aspetti siano indissolubilmente legati: anche le problematiche che si osservano da questa prospettiva concorrono a dimostrare, invero, che il ricorso al paradigma proprietario nel discorso sugli IPRs è senz'altro improprio. Quanto alla violazione indisturbata dei dati nella nuvola informatica, un parallelo con la realtà materiale può essere utile.

---

<sup>1571</sup>

Si tratta di un emendamento alla dir. 2002/21, finalizzato a rigettare il sistema *three strikes* e subordinare la sanzione dell'interruzione dell'accesso internet a una decisione giurisdizionale, conformemente all'art. 11 CDFUE. Esso fu adottato il 24-9-2008 in prima lettura dal Parlamento europeo, creando una frattura con Commissione Consiglio, rafforzata dalla rinnovata approvazione in seconda lettura. Nella terza, l'emendamento in questione era l'unica questione all'ordine del giorno e si giunse a un consenso fra le Istituzioni UE solo nella notte del 4-11-2009, con l'introduzione dell'art. 3 *bis*, dir. 2002/21 ad opera dell'art. 1, 1), lett. b), dir. 2009/140, giornalmisticamente noto come la *freedom provision*.

<sup>1572</sup> Si tratta, come detto, delle recentemente modificate dir. 2002/19, 2002/20, 2002/21, 2002/22 e 2002/58.

<sup>1573</sup> *Considerando* 4, dir. 2009/140.

<sup>1574</sup> Il *graduate response* o *three strikes* è un protocollo adottato in numerose Nazioni che, specialmente per contrastare il *file-sharing*, prevedono un sistema di avvertimenti in caso di violazioni del diritto d'autore su Internet, punendo i contravventori abituali in maniera molto incisiva, potendo giungere a sospendere la connessione.

Se fossimo proprietari di una dimora estiva e dei malfattori la saccheggiasse, è ben vero che ci accorgeremmo dei furti subito solo una volta giunti al *buen retiro*, ma il punto è proprio questo: quantomeno ce ne accorgeremmo, mentre, per converso, «*in the current cloud systems, user can't find the status of their data may be someone is using these data for his/her own purpose*»<sup>(1575)</sup>. Parlare di proprietà quando non è configurabile un controllo diretto o almeno indiretto sul bene oggetto del diritto è più di una stridente forzatura: è un caso esemplare di perversione semantica<sup>(1576)</sup>. A ciò si aggiunga che, anche qualora ci si accorga dell'uso non autorizzato dei propri beni immateriali, risulterebbe nei fatti impossibile reagire alle violazioni. Ciò dipende primariamente dalla circostanza che tramite il *web-storage* i dati sono gestiti da poche e gigantesche società<sup>(1577)</sup>, quali Apple, Microsoft e Google, che hanno sede di norma negli Stati Uniti, di talché specialmente «*for non-U.S. users the trial is going to be really expensive and so almost impossible for 'normal' users*»<sup>(1578)</sup> – sono contratti tipicamente «alieni»<sup>(1579)</sup> e ad asimmetria di potere contrattuale<sup>(1580)</sup>, in cui vengono imposte unilateralmente pressoché tutte le clausole, compresa la legge applicabile e il foro competente<sup>(1581)</sup> – sollevandosi in ogni caso complesse questioni di diritto internazionale privato, solo parzialmente superabili grazie alla disciplina consumeristica, ove applicabile<sup>(1582)</sup>.

---

1575

RIMAL-CHOI-LUMB, *A Taxonomy and Survey of Cloud Computing Systems*, cit., 51.

<sup>1576</sup> La scissione fra proprietà e controllo non è un fenomeno del tutto nuovo: mi riferisco alla *corporation*, «una forma di organizzazione dell'attività produttiva nella quale è iscritto come inevitabile il divorzio tra la proprietà dei mezzi di produzione e il controllo dei medesimi» (NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 4). Da un certo punto di vista, quindi, la vicenda del *cloud computing* – e, più in generale, degli IPRs su Internet – può essere letta come la conferma del carattere non effimero di questo portato del capitalismo.

<sup>1577</sup> Come ha osservato Luca Nivarra nell'introdurre la relazione costituente nucleo del presente saggio, si osserva un fenomeno per cui, di fatto, se proprio si vuol parlare di proprietà, questa è quella dei grandi colossi qui evocati, che vanno accentrando nelle loro mani diritti che restano quasi solo formalmente nelle mani dei titolari.

<sup>1578</sup> POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 324.

<sup>1579</sup> Per i motivi sommariamente esposti, non stupirà che quelli in esame siano contratti il cui articolato ripete fedelmente modelli per lo più statunitensi, contemplando concetti e istituti estranei alla nostra tradizione. V. G. DE NOVA, *The Alien contract - Il contratto "alieno"*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, IV, 487; ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011 (su cui segnalo A. GENTILI, *A proposito di: G. De Nova, "Il contratto. dal contratto atipico al contratto alieno"*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 2, 133) e ID., *Il contratto alieno2*, Torino, 2010.

<sup>1580</sup> Si tratta di un'asimmetria connessa sia alla struttura oligopolistica del mercato (e alla connessa ridotta possibilità di scelta dell'utente), che alla dimensioni delle società che offrono i servizi di *cloud computing*. Significativo dell'asimmetria informativa mi pare il recente articolo di AA. VV., *ICT Trade 2013: CBT presenta EasyCloud Solution*, 27-5-2013, in [www.datamanager.it/](http://www.datamanager.it/), là dove si definisce la nuvola informatica come « il modello con cui si fruiscono dei servizi senza necessariamente conoscerne le modalità di funzionamento». Cfr., per citare solo alcune delle più lucide riflessioni, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 639; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2011, IV, 861; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, V, 1, 515. Cfr. anche il recente saggio di F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, VI, 440.

<sup>1581</sup> Segnala questo profilo anche MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, cit., 1220.

<sup>1582</sup> A tacer d'altro, il *cloud computing* è uno strumento cui fanno ricorso massicce imprese (come visto, specialmente le PMI), professionisti e pubbliche amministrazioni, che quindi non potrebbero fare ricorso alla disciplina protettiva prevista dal codice del consumo.

Tornando alla questione della riservatezza – centrale, come posto in luce anche dal Garante della privacy – mi sembra degna di nota l'iniziativa di un esperto di *cloud computing* (<sup>1583</sup>), il quale ha predisposto un *Cloud Computing Bill of Rights* (<sup>1584</sup>), da cui emergono le molteplici interferenze fra la nuova tecnologia e le situazioni giuridiche soggettive, fra le quali ha un ruolo di spicco proprio la *privacy*. In particolare, ai sensi dell'art. I, § 1, «*no vendor shall, in the course of its relationship with any customer, claim ownership of any data uploaded, created, generated, modified, hosted or in any other way associated with the customer's intellectual property, engineering effort or media creativity*». Un anelito di *openness* si coglie al § 2 della medesima previsione, per cui «*Vendors shall always provide, at a minimum, API* (<sup>1585</sup>) *level access to all customer data as described above. This API level access will allow the customer to write software which, when executed against the API, allows access to any customer maintained data, either in bulk or record-by-record as needed*».

A me sembra, complessivamente, che la legislazione europea, la contrattualistica e la letteratura in materia di *cloud* confermino quanto già dimostrato dalle vicende della responsabilità degli ISP (<sup>1586</sup>) e dall'abbandono dell'*Anti-Counterfeiting Trade Act* (ACTA) (<sup>1587</sup>), dovuto primariamente al fatto che non garantiva «il giusto equilibrio tra protezione della privacy e responsabilità dei providers» (<sup>1588</sup>). Quanto ricordato conferma, in altri termini, che sebbene gli IPRs siano diritti forti – e questo è il solo senso dell'art. 17, § 2 CDFUE – essi soccombono di fronte alla riservatezza, anche se, per i motivi di cui si dirà, è sconsigliabile parlare di «funzione sociale della proprietà intellettuale», formula suggestiva, ma infedele.

Venendo più nello specifico al secondo profilo, poi, mi sembra che vecchi nodi tornino e vengano finalmente al pettine. Nel momento in cui si sono voluti costringere i beni immateriali nel

1583

Si tratta di James Urquhart, autore fra l'altro del blog *The Wisdom of Clouds* e *opinion leader* in materia di *cloud computing*. Cfr. G. REESE, *Cloud computing. Architettura, infrastrutture, applicazioni*, Milano, 2010, spec. 20.

<sup>1584</sup> Il testo del *Cloud Computing Bill of Rights* può essere letto anche all'indirizzo <http://blog.jamesurquhart.com/2008/08/cloud-computing-bill-of-rights.html>

<sup>1585</sup> API è l'acronimo di *Application Program Interface* e denota «*a set of routines and protocols through which one program can communicate with another. APIs make it easier for programmers to write an application that uses the functionality of another application*» (E.M. GROAT ET AL., *High Definition. An A to Z Guide to Personal Technology*, Boston, 2006, 13).

<sup>1586</sup> Il tema è al centro delle riflessioni dei giuristi, v. ad es. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore*, cit., 1176, nt. 3; D'ANGELO, *Nota a Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, cit., 663; G. FOGLIA, *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di file sharing e di sistemi peer-to-peer*, in *Dir. ind.*, 2007, VI, 585 e, per un aspetto particolare, SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, cit., 39.

<sup>1587</sup> Il Parlamento Europeo, nella sessione plenaria del 2/5-7-2012, ha respinto il testo dell'ACTA nell'ambito della procedura di approvazione introdotta ex art. 298, co. 2, TFUE. Da ciò segue che «*ACTA is no longer a planned Treaty for the EU*» ([http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/index_en.htm)).

<sup>1588</sup> COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 192.

calco proprietario si sono accettate determinate torsioni dell'istituto. Queste, però, si fanno insuperabili qualora, come nel caso di specie, si immagazzinino le proprie risorse intellettuali in un luogo accessibile solo mediante una connessione internet, tramite programmi accentrati nelle mani di pochi colossi dell'informatica, quasi tutti statunitensi. In altri termini, posto che tra le prime facoltà collegate al diritto di proprietà vi è quella di accedere al bene <sup>(1589)</sup> e, se del caso, distruggerlo, «*what happens to the property if I cannot accede to it whenever I want?*» <sup>(1590)</sup>.

Il bene oggetto del diritto si trova, quindi, di norma in un altro continente e io potrò accedervi solo tramite Internet: ciò vuol dire che ho bisogno della mediazione di un terzo – l'ISP – per potere godere e disporre dell'oggetto del mio diritto. Se non prendo un abbaglio, però, l'essenza stessa del diritto di proprietà (considerato proprio per ciò il primo diritto assoluto) consiste nella non necessità della intermediazione di terzi per poter esercitare le facoltà dominicali <sup>(1591)</sup>: i diritti che necessitano apporti cooperativi di estranei per poter essere esercitati somigliano molto più a un diritto di credito <sup>(1592)</sup>, che non a quello di proprietà, che – per quanto latamente lo si voglia intendere – continua a trovare la propria cifra nell'immediatezza della relazione soggetto-oggetto <sup>(1593)</sup>.

L'anzidetto ragionamento, coi dovuti adattamenti, mi sembra possa essere esteso e applicato in generale all'IP su Internet (specie sui *social networks*), là dove si osserva il fenomeno per cui i propri beni immessi nel *web* – e financo le proprie identità – vengono nei fatti sottratti al controllo dei titolari e sottoposti a quello di terzi (ISP, società titolari di determinati programmi, ecc.), controllo che è sempre più «*camouflaged as an incredible advance in the progress of technology, and society*» <sup>(1594)</sup>. Ciò incontra un limite, senz'altro, nell'alto rango rivestito dalla *privacy*, ma la vicenda del *cloud computing* insegna che non sempre si è in grado di accorgersi delle violazioni, ciò che è aggravato dalla impossibilità, nei fatti, di reagire alle stesse.

---

1589

Cfr. J. RIFKIN, *The Age of Access. The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life is a Paid-for Experience*, New York, 2000, 6 e *passim*, che riflette ampiamente sullo «*shift from ownership to access*».

<sup>1590</sup> POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 324.

<sup>1591</sup> La dottrina maggioritaria ha sottolineato la «disintermediazione» come significativo portato dell'ingresso nell'era digitale, ciò che dipende dalla «capacità di internet di istituire un contatto diretto fra creatori e pubblico» (RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, cit., 298), ma i più attenti autori riconoscono un parallelo processo inverso – nel cui solco s'inserisce a mio avviso il *cloud computing* – ovvero che «la rivoluzione della rete ha operato anche in senso opposto [...] ha tenuto a battesimo nuovi intermediari, da Google a eBay, da Amazon a Facebook» (*ibidem*).

<sup>1592</sup> Non voglio, beninteso, difendere la tesi, francamente peregrina, per cui gli IPRs avrebbero natura di diritti di credito (ciò che contrasta, se non altro, col nocciolo personalistico dei primi), ma solo evidenziare la peculiare struttura di questi, irriducibili a quella proprietaria.

<sup>1593</sup> Efficace, in tal senso, l'esempio di POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 324, per cui «*I can store my furniture in a garage somewhere around the world, and keep the key with me living abroad from there. Of course having a medium to reach it makes the access faster [...] I can even go by foot, and so I can reach them without mediation*».

<sup>1594</sup> POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 327.

Infine, anche le riflessioni di chi ha studiato il fenomeno della nuvola dal punto di vista del diritto dei contratti mi sembra forniscano indiretta conferma della mia tesi (<sup>1595</sup>). È stato, infatti, osservato che, poiché tutte le prestazioni *cloud* sono «*as a service*» (siano esse SaaS, PaaS o IaaS), risulta evidente la «distanza dal tradizionale modello *lato sensu* proprietario della gestione delle risorse informatiche aziendali» (<sup>1596</sup>), abbandonandosi il controllo e la gestione diretti delle stesse, in favore di un modello incentrato sull'erogazione di servizi informatici da parte di terzi fornitori, di talché «diviene importante non la dimensione proprietaria, ma la disponibilità, in termini di accessibilità delle risorse da terzi detenute ed erogate» (<sup>1597</sup>). Ma se il punto centrale diviene l'accesso e questo dipende dal comportamento cooperativo di terzi, parlare di proprietà diviene una patente forzatura.

#### **4.9 Zwischenergebnis: la natura degli IPRs e il progresso tecnologico**

L'analisi delle tecniche appropriative condotta dalla specola dell'evoluzione tecnologica – basata primariamente sul diritto europeo e italiano, vigente e vivente, ma anche su approfondimenti dei profili tecnico-scientifici dei fenomeni studiati – ha consentito di osservare l'emergere di nuove problematiche, il ritorno di vecchi nodi e, più in generale, di misurare lo scollamento fra IPRs il paradigma proprietario, ciò che, tra l'altro, concorre a convenire con chi «tra rivendicare *property rights*, con il rischio che finiscano paralizzati nelle maglie della rete, e rinunciare ad essi, esigendo che la rete paghi per vivere nella legalità, non [nutre] dubbi ad optare per la seconda delle due possibilità» (<sup>1598</sup>).

La distanza fra detti diritti e la proprietà è evidente sotto numerosi profili, qui emersi talvolta solo fugacemente, ma meglio sviluppati nel lavoro dottorale, in particolare: a) come ho già scritto a proposito dei programmi per elaboratore (<sup>1599</sup>), le visioni apocalittiche per cui, giunti nell'era

---

<sup>1595</sup> Di là dalle implicazioni che ne traggio nel testo, la circostanza che «*today everything is a service (XaaS)*» (RIMAL-CHOI-LUMB, *A Taxonomy and Survey of Cloud Computing Systems*, cit., 44), esistendo accanto ai citati SaaS, PaaS e IaaS, l'*Hardware as a Service* (HaaS), il *Development, Database, Desktop as a Service* (DaaS), *Business as a Service* (BaaS), *Framework as a Service* (FaaS) e *Organization as a Service* (OaaS), è testimonianza in primo luogo dell'evoluzione delle forme di potere, collegate inizialmente alla proprietà dei beni immobili, poi a quelle dei beni mobili e oggi affrancate dal diritto di proprietà e dipendenti primariamente dai concetti di controllo e accesso.

<sup>1596</sup>

MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, cit., 1216.

<sup>1597</sup> MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, cit., 1217.

<sup>1598</sup> SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, cit., 229.

<sup>1599</sup> NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono*, cit., 543, cui rinvio per ragioni di sintesi.

digitale, i principî giudici consegnati sarebbero da porre in non cale – quasi che Internet non sopportasse leggi di là da quelle che la rete stessa pone – hanno prodotto reazioni nella direzione di una tutela forte, proprietaria, dei beni immateriali, laddove, invece, mi sembra che, sia pur con i dovuti adattamenti, i principî tradizionali costituiscano ancora oggi un «muro del suono»<sup>(1600)</sup>; b) i beni comuni che, quanto ai beni materiali, restano ancora poco più che un anelito (nonostante le pratiche antagonistiche degli ultimi anni<sup>(1601)</sup> e l'approdo anche nelle decisioni delle alte Corti)<sup>(1602)</sup>, trovano una concreta e viepiù vasta ipostatizzazione, quanto ai beni immateriali, nel fenomeno *open source*, che tocca tanto il diritto d'autore, quanto i brevetti, partendo dal FOSS e giungendo all'*open hardware*: dalla logica dell'esclusione<sup>(1603)</sup>, si passa quindi a quella della condivisione inclusiva (e non è un caso che il legislatore italiano disciplini spesso il *cloud* insieme all'*open source*); c) detta logica è fatta propria anche da alcuni sviluppi tecnologici, oltre ovviamente alla nuvola informatica, quali le reti di *file sharing* P2P che si dotano di strumenti che consentono di risolvere il *leecher problem* e premiare gli utenti che dimostrano di aver fatto propria la filosofia «benecomunista»<sup>(1604)</sup> sottesa al P2P e tengono comportamenti generosi nella condivisione dei *files*

---

<sup>1600</sup> In NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono*, cit., 579 e *ivi* nt. 114 ho adoperato questa immagine – ispiratami da PARDOLESI, «Software», «property rights» e diritto d'autore, cit., 289 – per dire che nell'era digitale i principi cardine del diritto d'autore, nel caso di specie la dicotomia idea-espressione, restano di norma insuperabili, potendo però, date certe condizioni e con le cautele del caso, tollerare adattamenti.

<sup>1601</sup>

La diffusione del movimento dei beni comuni – rispetto al quale parlo di anelito per mettere in mora un legislatore non particolarmente sensibile alla nuova categoria – appare oramai inarrestabile. La pratica dei *commons* si ritrova in teatri occupati come il «Valle» di Roma, in aree verdi restituite alla città dai cittadini stessi come il Parco Uditore di Palermo, in servizi idrici che tornano pubblici come l'ABC di Napoli, in ex colorifici trasformati in «Municipio dei Beni Comuni», come il «J Colors» di Pisa e – anche a costo di apparire autoreferenziale – nella lotta antimafia. Mi riferisco alla nuova strategia di contrasto alla criminalità mafiosa posta in essere dall'Ass. «Comitato Addiopizzo», che significativamente ha dedicato l'ultima edizione della sua «Fiera del consumo critico» (Palermo, 17/19-5-2013) a «Beni comuni vs. Cosa nostra»: l'idea di base è che là dove lo Stato non riesce ad essere presente, i beni pubblici divengono beni di nessuno e, quindi, beni gestiti dalla mafia, che li sottrae alla fruizione comune trasformando i diritti in graziose concessioni; ciò che si intende fare è investire nei territori affinché le collettività *ivi* insediate si riappropriino degli stessi, gestendoli in prima persona e sottraendosi così alla mano mafiosa. Hanno raccontato taluni aspetti della menzionata esperienza associativa P. DI TRAPANI, *Viaggio in Sicilia. I luoghi del turismo responsabile*, Palermo, 2013 e A.M. SANTORO, *Una mamma in Addiopizzo*, Palermo, 2011.

<sup>1602</sup> Sulla categoria di bene comune mi sia consentito il rinvio alla nt. 43 del presente studio e bibliografia *ivi* citata.

<sup>1603</sup> Mi sono capitate sotto mano, a tal proposito, alcune significative e risalenti pagine del giureconsulto pisano Bartomeo Chesio: «*Quamvis enim proprietatis sit summa rei potestas, tamen summa est, quae jure privato concedatur. Proprietarius ergo summam, & omnem habet rei potestatem, sed id est intelligendum quantum pertinet ad jus privatum. Hoc jure privato omnis potestas in re proprietario conceditur, omnis alius excluditur, nullus alius est, qui jure privato potestatem in re habeat*» (B. CESI, *Interpretationum juris*, Cervera, 1737, II, L, 559)

<sup>1604</sup> Non intendo, giova precisarlo, usare il neologismo in quell'accezione negativa formulata da M. BARBERIS, *Il comunismo dei beni comuni*, in <http://ilrasoiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2013/04/30/il-comunismo-dei-beni-comuni/> e E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013, che si contrappongono fondamentalmente a MATTEI, *Beni comuni*, cit. *passim* (nel cui solco si collocano, per i profili qui sollevati, anche MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit., spec. 9 e LUCARELLI, *Beni comuni*, cit., *passim*) citati da NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 17, nt. 59, che ricostruisce il dibattito *de quo* e suggerisce di «evitare, proprio in conformità a quell'ethos illuminista a cui autori come Barberis e Vitale orgogliosamente si richiamano, di demonizzare gli orientamenti più radicali», tacciati oscurantismo e premodernismo e cui si vorrebbe contrapporre il volto buono e filocostituzionale



(<sup>1605</sup>); d) si è affermato il principio, tanto con riferimento alle reti P2P, quanto a quelle di *social networking*, per cui non si può imporre agli ISP un sistema di filtraggio generalizzato, per quanto questo costituirebbe l'unico strumento per una repressione efficace delle condotte lesive degli IPRs: diventa quindi difficile accorgersi e, conseguentemente, perseguire le violazioni, ciò che è confermato anche in materia di *cloud computing* (là dove enormi quantità di documenti sono sottratti ai loro titolari, che subiscono uno spossessamento che ho definito «di secondo grado» e vengono posti sotto il controllo di poche e gigantesche società statunitensi); e) quest'ultimo ritrovato della tecnica segna, poi, il superamento di uno dei principali caratteri dei diritti assoluti di cui la proprietà è paradigma: per godere delle facoltà rinvenienti dal diritto è necessaria l'intermediazione di un terzo, l'ISP, che ci consenta di accedere ai dati destinati al *web-storage*, ciò che avvicina gli IPRs, diritti senza possesso, accesso e controllo, più alla logica cooperativa dei diritti di credito (di cui però neanche condividono la natura, non foss'altro che per gli aspetti personalistici degli IPRs), che non a quella individualistica del diritto dominicale *post Nizza*; f) tutti i fenomeni tecnologici – analizzati nello specifico nello studio dottorale e qui soltanto evocati – mostrano come una *propertization* dei beni immateriali (<sup>1606</sup>), quando non sia tecnicamente impossibile, comunque si pone in contrasto con una serie di interessi generali – dalla circolazione del sapere alla concorrenza, passando dalla libertà di espressione e la sicurezza dei dati – interessi centrali tanto nella legislazione, quanto nella giurisprudenza e che rendono «porosa» la struttura degli IPRs (abbiamo visto qui, in particolare, le non casuali intersezioni fra *cloud computing* e ambiente, salute, cultura, ricerca ed efficienza della P.A.). Essi potrebbero ricordare, al più, la funzione sociale della proprietà ai tempi del disgelo costituzionale (<sup>1607</sup>) – allora un truismo e, insieme, un «ossimoro promettente» (<sup>1608</sup>) – laddove, come noto, la linfa compromissoria che scorreva nella proprietà di allora si è prosciugata, con una trasformazione che ha visto prima i limiti interni diventare limiti esterni, poi

---

dei beni comuni à la Rodotà.

<sup>1605</sup> Il discorso è, naturalmente, molto più vasto nel lavoro dottorale e qui può risultare un po' criptico. Sia sufficiente per il momento ricordare che, nei sistemi P2P, di norma, colui che mette a disposizione i *file* è detto *seeder*, colui che li scarica è, invece, il *leecher*: l'insieme dei *seeders* e dei *leecher* di un determinato *file* ne costituiscono lo *swarm*. Il «*leecher problem*», che si ha quando chi scarica subito dopo lascia lo *swarm*, smettendo di condividere il *file*. Ciò produce effetti esiziali per l'economia del sistema: «*the remaining peers cannot find missing chunks anymore within the swarm and fragments of incomplete files are left back. This selfish behavior results in successive starvation of the peers, and the swarm dies out*» (BRUST-RIBEIRO-MESIT, *Avoiding Greediness in Cooperative Peer-to-Peer Networks*, cit., 371).

<sup>1606</sup>

Cfr., *ex plurimis*, HUGHES, *Copyright and Incomplete Historiographies*, cit., 993; LAWSON-REMER, *Values Under Siege: NAFTA, GATS, and the Propertization of Resources*, cit., 481; M.A. CARRIER, *Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm*, in *Duke Law Journal*, 2004, I, 1; SUNDER, *Authorship and Autonomy as Rites of Exclusion*, cit., 143; C.A. REICH, *The New Property*, in *Yale L. J.*, 1964, LXXIII, 733.

<sup>1607</sup> Ai tempi – come ebbe a osservare MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 76 – si trattava di «limiti incorporati nella struttura del diritto in quanto ne plasmano il contenuto [...] che si traducono in altrettante determinazioni concettuali della proprietà».

<sup>1608</sup> NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 1.

questi ultimi circoscrivere, sostanzialmente, alla sola concorrenza, smarrendo la valenza antagonistica che era propria della funzione sociale, di cui mi pare oggi, a rigore, non si possa più parlare.

In conclusione, anche a voler adottare una definizione amplissima di «proprietà», ereditata dal *common law* e considerando, quindi, tale «*a collection of legal rights to control some thing*»<sup>(1609)</sup>, mi pare che di essa non si oda che una flebile eco in un diritto privo di facoltà di controllo e necessitante la cooperazione di terzi qual è quello che si osserva con esemplare nitore dalla prospettiva dal *cloud computing*. E detto discorso vale a maggior ragione ove il parametro di riferimento non sia la categoria vasta degli ordinamenti anglofoni, bensì la proprietà come intesa in Europa e, conseguentemente, in Italia. Si osserva, in altri termini, una netta divaricazione: un diritto di proprietà che si fa sempre più assoluto<sup>(1610)</sup> e individualistico<sup>(1611)</sup> a fronte di diritti, quali gli IPRs, geneticamente limitati, necessitanti intermediazione (in questo senso parlo di «diritti senza controllo»), la cui violazione non sempre può essere perseguita e assediati dal pervasivo *realm of openness* (epifania 3.0 dei beni comuni), che nel *cloud* può avere un eccezionale volano, essendo la nuvola «strutturalmente pensat[a] per la condivisione delle risorse»<sup>(1612)</sup>. E, infine, come mi è stato fatto notare<sup>(1613)</sup>, la distanza fra diritti IP (specialmente *sub specie* diritto d'autore) e proprietà si osserva anche da un'altra prospettiva, per certi versi dirimente: mentre la proprietà è «avvinghiata al suo sostrato materiale, al suo ineliminabile valore d'uso che ne rende impossibile la integrale messa a disposizione del circuito circolatorio»<sup>(1614)</sup> – con una centralità della materialità confermata, a

---

<sup>1609</sup> RESNIK, *A Pluralistic Account of Intellectual Property*, cit., 319.

1610

Anche di recente si è avuto modo di osservare che «*La recherche du contenu de la propriété est délicate, voire contre-nature, car ce droit est essentiellement illimité*» (F. ZÉNATI-CASTAING-T. REVET, *Les biens*<sup>3</sup>, Paris, 2008, 313).

<sup>1611</sup> Nella prima giornata del XXI Incontro del Coordinamento dei Dottorati di ricerca in diritto privato, per il quale il presente studio è stato pensato, il Prof. Francesco Donato Busnelli ha sottolineato, fra l'altro, come nell'attuale stadio di evoluzione giuridica troppo spesso si parli di «persona» per indicare in realtà l'individuo. Ritengo che alcune delle riflessioni in esame fossero già presenti in nuce in F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 287. Come ho osservato, poi, NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 580, con riferimento all'art. 17 CDFUE, «la norma testé menzionata si inserisce perfettamente all'interno della trama individualistica e precostituzionale (nel senso del costituzionalismo del secondo dopoguerra) che caratterizza l'intera CDFUE: e, anzi, segna una vera e propria presa di distanze dalla nostra costituzione economica» (ma *ivi*, nt. 101 si precisa che «non è neppure del tutto corretto parlare del diritto di proprietà (nella sua versione protoliberalo o nella sua attuale versione europea) come di un diritto di impronta individualistica perché esso, in realtà, è sempre stato oggetto di un bilanciamento con interessi altri. Il punto, naturalmente, è di vedere con che cosa il diritto di proprietà viene bilanciato»). Cfr. l'insuperato contributo del compianto P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987; ma anche MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., *passim*; ABRIANI, *La proprietà come diritto dell'individuo*, cit., 2229 e PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, cit., 333.

<sup>1612</sup> COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, cit., 176.

<sup>1613</sup> Il merito dell'osservazione è del Prof. Luca Nivarra, nel discorso di introduzione alla mia relazione salinese.

<sup>1614</sup> NIVARRA, *La funzionale sociale della proprietà* cit., 3, il quale pure osserva che «un chiaro indicatore della rilevanza della componente idiosincratca della proprietà, della sua irriducibilità a mero valore di scambio, è

mio avviso, dal rifiuto dei Latini di ascrivere il *dominium* fra le *res incorporales*, categoria assimilabile a quella di «situazione giuridica soggettiva»<sup>(1615)</sup> – per il diritto d'autore non esiste che un valore di scambio, non essendo quello d'uso nemmeno pensabile.

Si sente sovente dire che nell'attuale fase dell'era digitale la riservatezza è un diritto costantemente minacciato e che, come ha scritto di recente Stefano Rodotà, va reinventato «nell'età nuova del Web, della continua e massiccia produzione di profili, del *cloud computing*, dell'intelligenza artificiale, di sviluppi come quelli indicati dall'*automatic computing*»<sup>(1616)</sup>. Una reinvenzione del concetto di protezione dei dati personali si impone «non solo perché viene esplicitamente considerato come un autonomo diritto fondamentale, ma perché si presenta come strumento indispensabile per il libero sviluppo della personalità e per definire l'insieme delle relazioni sociali»<sup>(1617)</sup>, rafforzando così la «costituzionalizzazione della persona»<sup>(1618)</sup>.

Ritengo che la vicenda qui illustrata abbia mostrato, fra l'altro, come «*it is not just the concept of privacy that has been changed and modified, but rather the concept of property itself, and the concept of private as well*»<sup>(1619)</sup>. La nuvola informatica è una realtà in grande crescita anche in Italia, basti pensare al recente investimento per quattrocento milioni di dollari fatto da una nota *corporation* statunitense e incentrato nella nostra Nazione (in particolare il centro di innovazione di Roma – *Accenture Innovation Center for Broadband*) per lo sviluppo di una

---

rappresentato dalla difficoltà di pervenire ad una liquidazione in forma specifica del danno conseguente alla lesione del dominio».

1615

Come anche la civilistica tedesca più recente è tornata a notare (C. BALDUS, *Res incorporales in römischem Recht*, in *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, a cura di S. Leible, M. Lehmann e H. Zech, Tübingen, 2011, 7, in diritto romano esistevano sia le *res corporales* (GAI, *Institutiones*, II, 13), che le *res incorporales* (*ivi*, II, 14), ma non bisogna commettere il grave errore di pensare che le seconde abbiano una pur lontana parentela con i beni immateriali, designando piuttosto l'eredità, l'usufrutto, le obbligazioni e le servitù prediali; in altri termini, indicavano talune posizioni giuridiche soggettive, quantunque le stesse normalmente avessero ad oggetto un bene materiale. Se così è, ed è così, come osserva M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004, 178, «è singolare che tra i diritti soggettivi qualificati '*res incorporales*' non compaia il diritto di proprietà», primo di tutti i diritti. La spiegazione è agevole e viene troppo spesso ignorata dai sostenitori della teorica proprietaria: essa è riconducibile al fatto che la proprietà romana era incentrata sull'idea «dell'appartenenza ('la cosa è mia)', sì che il diritto di proprietà, identificandosi con il suo oggetto, era esso stesso considerato '*res corporalis*'». Ciò pone in luce due elementi coessenziali al diritto di proprietà tradizionale che lo rendono incompatibile con gli IPRs, specie per come questi vivono nell'ecosistema tecnologico: i. relazione immediata, sfiorante l'immedesimazione, fra soggetto e oggetto; ii. Importanza della materialità del bene oggetto del diritto (talmente rilevante da fare qualificare come *res corporales* un diritto, anzi «il» diritto, sebbene le posizioni giuridiche soggettive venissero considerate dai romani '*res incorporales*'). Mi sembra che rilevino per il secondo punto quelle belle pagine scritte recentemente da NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà* cit., 3, là dove l'A. ha evidenziato come il processo di trasformazione della proprietà in entità astratta, meramente quantitativa e proiettata sullo scambio – che il capitalismo ha portato a compimento con riferimento al lavoro – è un processo che, quanto alla proprietà, è rimasto monco, nel senso che non ne ha investito «l'ontologia, ossia la relazione con la cosa che riemerge con prepotenza finendo per condizionare e, quindi, per limitare, anche il livello semplicemente normativo dell'astrazione medesima».

<sup>1616</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 319-320 e già Id., *Internet e privacy. Quali regole?*, 8-5-1998, [www.interlex.it](http://www.interlex.it).

<sup>1617</sup> RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 321.

<sup>1618</sup> *Ibidem*.

<sup>1619</sup> POIER, *As blurred as a cloud*, cit., 327.

piattaforma *cloud* <sup>(1620)</sup>, o alla recente indagine per cui, investendo in *cloud* e *app*, l'Italia potrebbe guadagnare due miliardi di euro <sup>(1621)</sup>. Ciononostante, «i legislatori e le istituzioni sono ancora confusi su ciò che [sc. la nuvola informatica] realmente può significare per la società dell'informazione» <sup>(1622)</sup>: i giuristi sono quindi chiamati al compito improcrastinabile di (ri)costruire un *framework* normativo adeguato alle nuove sfide, tale da resistere al «*digital tsunami*» <sup>(1623)</sup>, non rinunciando a preservare la coerenza del sistema <sup>(1624)</sup>, al qual fine risulta di fondamentale importanza l'abbandono di paradigmi posticci, come quello dominicale applicato agli IPRs. Insomma, come le Nuvole nella commedia di Aristofane, al passaggio di quel «Simone, che sui beni pubblici fÈ man bassa» <sup>(1625)</sup>, si trasformano in lupi «e mettono le sue magagne a nudo» <sup>(1626)</sup>, così la nuvola informatica concorre efficacemente a disvelare l'insostenibile leggerezza del paradigma proprietario applicato agli IPRs, che per troppo tempo ha consentito un'appropriazione dei beni immateriali irrispettosa, fra l'altro, dei numerosi interessi anche collettivi contrapposti.

---

<sup>1620</sup> Riferisce sulla vicenda L. TREMOLADA, *Accenture investe e punta sull'Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 21-4-2013, 14. Accenture, che è una «*management consulting, technology services and outsourcing company helping clients become high-performance businesses and governments*» (come si legge sul sito [www.accenture.com](http://www.accenture.com)) ha investito da qui al 2015 oltre 400 milioni di dollari in tecnologie, competenze e formazione. Nello sviluppo di *Accenture Cloud Platform*, l'Italia avrà un ruolo importante non solo perché come detto il centro sarà a Roma, ma anche perché «al team italiano composto da circa 60 risorse è stata affidata l'*ownership* per gestire la vendita indiretta di questi servizi *cloud* per i *service providers*. Dal punto di vista dei contenuti, invece, l'offerta si sposterà dall'ambito infrastrutturale (destinato nel breve termine a diventare una commodity) a quello dello sviluppo di vere e proprie soluzioni *cloud*».

1621

Come si legge in A. BIONDI, *Nelle nicchie l'Eldorado Ict. Speranze legate alle crescenti richieste di servizi innovativi, cloud e app*, in *Il Sole 24 Ore*, 7-5-2013, 40, le difficoltà dei numeri sono innegabili, con un giro d'affari sceso dell'1,8% annuo nel 2012, peraltro a fronte di una crescita del 5,2% a livello mondiale. Parafrasando Dante è qui però che «si parrà la nobilitate» dell'industria tecnologica italiana, con la sua capacità di reazione all'entrata sulla scena di cloud computing e app che potrebbero far gioco alle imprese di casa nostra, trasformando in punti di forza quelli che finora sono stati considerati, a buon diritto, punti di debolezza. La stessa Assinform, nel suo rapporto annuale redatto insieme con NetConsulting, ha sì previsto un calo del *Global digital market* anche nel 2013, dopo il -1,8% del 2012 una flessione più o meno marcata, a seconda appunto che ci si trovi in uno scenario «statico» o «dinamico», e quindi con azioni a favore dell'Agenda digitale, mettendo fine ai ritardi nei pagamenti della Pa, dando incentivi e crediti d'imposta per l'innovazione. Con questi interventi il 2013 potrebbe chiudersi con un business in calo dell'1,5%; senza, la flessione sarà del 3,6 per cento. In cifre, a ballare sono 2 miliardi.

<sup>1622</sup> TROIANO, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale*, cit., 261.

<sup>1623</sup> V. AA. VV., *Freedom, Security, Privacy – European Home Affairs in an open world*, Report of the Informal High-Level Advisory Group on the Future of European Home Affairs Policy ("The Future Group"), giugno 2008 (disponibile all'indirizzo <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st11/st11657.en08.pdf>), al cui § 132 si legge che «*Balancing citizens' expectations of privacy against their expectations of proactive protection is not a new dilemma for public security organisations, but it is taking on an ever more acute form. In the «digital tsunami» environment the traditional measures to protect privacy will become less and less effective unless appropriate technological measures are used as an essential complement to legal means. In order to achieve a sufficient level of protection, «privacy-enhancing technologies» are absolutely essential to guarantee civil and political rights in the age of cyberspace*».

<sup>1624</sup> Da ultimo, sia pur in altro contesto, v. il richiamo di LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale* cit., 41, per cui «il diritto contemporaneo deve mirare alla coerenza nel rispetto di principi e valori».

<sup>1625</sup> ARISTOFANE, *Le nuvole*, nella traduzione di E. ROMAGNOLI, *Il libro della poesia greca*, Milano, 1921, 324. Le parole sono di Lesina, vecchio ateniese.

<sup>1626</sup> A rispondere a Lesina è Socrate.

La superiore riflessione ha, ritengo, mostrato le profonde differenze fra diritti IP e proprietà «materiale», ma fra le pieghe è, in pari tempo emerso che, da una parte, anche il tradizionale *dominium* si è sensibilmente modificato e, dall'altra, il legislatore e i giudici dell'Unione, sordi ai rilievi della dottrina, tendono a considerare i diritti IP come proprietà. Le novità segnalate, ad es. la necessità di cooperazione di terzi per l'esercizio degli IPRs, possono essere inquadrate anche in mutamenti più generali. Penso, in particolare, a quanto osservato da Pietro Barcellona allorquando scrisse che «lo scarto, il residuo, è la faccia di una nuova alienazione: ma un'alienazione non costruita sulla dialettica metafisica soggetto-oggetto, bensì radicata nella dimensione della prassi quotidiana dell'individuo condannato, dal suo stesso progetto, all'individualismo massificato del consumo»<sup>(1627)</sup>.

E, allora, vale la pena di provare a capovolgere la prospettiva, accettare che il diritto «*inviolable et sacré*»<sup>(1628)</sup> ha cessato di essere «elemento fondativo di un ordine che è, al tempo stesso, politico giuridico e simbolico»<sup>(1629)</sup> e tentare un'altra strada per cimentarsi nella questione considerata in assoluto la «più feconda di difficoltà ricostruttive e di spiegazioni dogmatiche»<sup>(1630)</sup>. E invero, ritengo bisognerebbe interrogarsi se esista ancora un paradigma proprietario e, se sì, quale sia, quali fattezze, in altri termini, abbia il massimo comun denominatore di tutte le proprietà,

---

1627

BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, cit., 137.

<sup>1628</sup> Il riferimento è, chiaramente, all'art. 17, della *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (a mente del quale «*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*»), ma non è un caso che la formula fu ripresa a distanza di nemmeno due anni anche dal *Décret relatif aux spectacles et à la propriété des auteurs des pièces de théâtre* del 13/19-1-1791 sulle opere drammatiche, che, in accoglimento della petizione presentata il 24-8-1790 da diciannove drammaturghi guidati da Jean-François de La Harpe (cfr. DE LA HARPE, *Adresse des auteurs dramatiques à l'Assemblée nationale prononcée par M. Jean François de La Harpe dans la séance du mardi soir 24 août 1790*, cit., 5), positivizzò l'idea di Isaac René Guy Le Chapelier – debitore, a sua volta, dei *plaidoyez* di Simon Marion e del *décret des Jurandes* di Turgot de L'Aulne – secondo cui «*la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, &...la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés*» (LE CHAPELIER, *Rapport fait par M. Le Chapelier*; cit., 16). Per maggiori approfondimenti mi sia consentito rinviare al primo capitolo del presente studio.

<sup>1629</sup> NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 2, il quale rileva come l'assunzione a tale rango segni «il punto di radicale discontinuità rispetto alle società precapitalistiche, nelle quali il *dominium* era semplice attributo di uno *status* che ripeteva la propria ragion d'essere da un principio d'ordine del tutto diverso dalla proprietà».

<sup>1630</sup> GRECO, *Saggio sulle diverse concezioni del diritto di autore* cit., 539.

situazioni giuridiche cui sono ascritti oggi, accanto alle proprietà tradizionali (<sup>1631</sup>), anche gli IPRs (<sup>1632</sup>), dal diritto d'autore sui programmi per elaboratore (<sup>1633</sup>), ai diritti televisivi (<sup>1634</sup>), passando per le indicazioni di origine (<sup>1635</sup>), i brevetti farmaceutici (<sup>1636</sup>), i marchi (<sup>1637</sup>) e i modelli di utilità (<sup>1638</sup>). Gli stessi sostenitori del carattere dominicale dei diritti IP ammettevano che si trattava comunque di una proprietà *sui generis* (<sup>1639</sup>): oggi, per dirla con un'apparente contraddizione in termini, è il *dominium* stesso ad essere diventato «*sui generis*», ad aver perduto i caratteri del paradigma consegnato, acquistando confini più ampi, tratti ancora opachi che è compito dell'interprete

---

1631

Così da ultimo Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10 cit., ove ad essere frustrate sono le facoltà di godimento di un terreno e lo *ius aedificandi*. Il merito di aver messo a fuoco come nel diritto contemporaneo la proprietà non sia più un universo monolitico è, come ampiamente noto, di É.L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*<sup>3</sup>, I, Paris, 1938, 839, F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, 103, ora in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 333 e, soprattutto, PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 145, nonché, qualche anno dopo, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, Atti del Convegno della Società italiana di storia del diritto, Pontignano, 30-9/3-10-1985, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 603 e in *Quaderni fiorentini*, 1988, 359 e, più di recente, ID. *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006. Sempre sulla proprietà tradizionale v. Trib. eur. 2-3-2010, T-16/04, *Arcelor SA c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2010, II-211, in cui si tratta della proprietà di taluni impianti di produzione dell'acciaio; Trib. eur. 14-10-2009, T-390/08, *Bank Mellat Iran c. Consiglio dell'Unione europea*, ivi, 2009, II-3967, sul congelamento di capitali ex § 4 della tabella B dell'allegato alla decisione del Consiglio 23-6-2008, 2008/475/CE, che attua l'art. 7, § 2, del regolamento (CE) n. 423/2007 concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran; Trib. eur. 2-10-2009, T-324/05, *Repubblica estone c. Commissione delle Comunità europee*, ivi, 2009, II-3681, concernente l'annullamento del regolamento (CE) della Commissione 31-5-2005, n. 832, concernente la determinazione delle eccedenze di zucchero, isoglucosio e fruttosio per la Repubblica ceca, l'Estonia, Cipro, la Lettonia, la Lituania, l'Ungheria, Malta, la Polonia, la Slovenia e la Slovacchia; Corte eur. giust., 10-7-2003, C-20/00 e C-64/00, cit., ove si conclude che «Le misure di distruzione e di abbattimento immediati di pesci che uno Stato membro ha attuato al fine della lotta contro le malattie degli elenchi I e II del detto allegato nell'ambito dell'applicazione della direttiva 93/53, rispettivamente identiche e analoghe alle misure minime che la Comunità ha imposto per le malattie per l'elenco I, e che non prevedono la concessione di un indennizzo non sono, in circostanze quasi quelle di cui alle fattispecie delle cause principali, incompatibili con il diritto fondamentale di proprietà». V. pure Corte eur. giust., 29-4-1999, C-293/97, cit., su talune limitazioni imposte per motivi di sanità pubblica allo spargimento di fertilizzanti ed effluenti di allevamento ex art. 5, dir. 91/676.

<sup>1632</sup> Sulla ragguardevole ampiezza della nozione di IP nel diritto dell'Unione v. nt. 13 e 15 del presente studio. Sugli IPRs in generale v., ad es., Corte eur. giust., 12-2-2009, C-93/08, *Schenker SIA c. Valsts ieņēmumu dienests*, in *Racc.*, 2009, I-903, § 33, là dove si è precisato l'avvio, previo consenso del titolare di un diritto di proprietà intellettuale e dell'importatore, della procedura semplificata di cui all'art. 11, reg. n. 1383/2003 non priva le competenti autorità nazionali del potere d'infliggere, ai responsabili dell'importazione di merci siffatte nel territorio doganale della Comunità europea, una «sanzione», ai sensi dell'art. 18 di detto regolamento, come una sanzione pecuniaria amministrativa. In fattispecie analoga v. Corte eur. giust., 26-9-2000, C-23/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Racc.*, 2000, I-7653.

<sup>1633</sup> V. da ultimo Corte eur. giust., 18-4-2013, C-103/11 P, *Commissione europea c. Systran SA e Systran Luxembourg SA*, inedita.

<sup>1634</sup> V. ad es. Trib. eur. 17-2-2011, T-68/08, *Fédération internationale de football association (FIFA) c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-349, § 142, là dove si conclude col precisare che «quando uno Stato membro fa valere disposizioni quali gli artt. 46 CE e 55 CE per giustificare una normativa idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi o della libertà di stabilimento, tale giustificazione, contemplata dal diritto comunitario, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali. Pertanto, la normativa nazionale in questione potrà beneficiare delle eccezioni previste da tali disposizioni unicamente ove sia conforme ai diritti fondamentali il cui rispetto è garantito dai giudici comunitari. In modo analogo, non è ammissibile che una misura nazionale non conforme ai diritti fondamentali, quale il diritto di proprietà, possa beneficiare delle eccezioni riconosciute per il fatto che essa risponde a ragioni imperative di interesse generale, come l'accesso televisivo del grande pubblico agli eventi di particolare rilevanza per la società». Coeve e in termini Trib. eur. 17-2-2011, T-55/08, cit., § 179 e Trib. eur. 17-2-2011, T-385/07, *Fédération*

ricondere a chiarezza, perché è suo compito, come nota Pugliatti, a fronte di una realtà viepiù cangiante, non sacrificare i processi astrattivi «sugli altari di un assoluto empirismo»<sup>(1640)</sup>.

Siamo a uno snodo che merita senz'altro più ampia riflessione e confesso la tentazione di proporre la sussunzione delle forme di appropriazione nuove e vecchie – con «identificazione concettuale abbastanza spinta, anche se rispettosa delle differenze specifiche»<sup>(1641)</sup> – nella categoria che la dottrina tedesca chiama «*Ausschließlichkeitsrechte*»<sup>(1642)</sup>, diritti di esclusione (prim'ancora

---

*internationale de football association (FIFA) c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-205, § 138.  
1635

Corte eur. giust., 12-5-2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, C-347/03, in *Racc.*, 2005, I-3785 (e, in termini, Corte eur. giust., 11-5-2006, C-231/04, *Confcooperative Unione Regionale della Cooperazione FVG Federagricole e a. c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, in presenza di Regione Veneto, *ivi*, 2006, I-61), sull'indicazione geografica «Tokaj», ove si conclude che gli artt. 22-24 TRIPs devono essere interpretati nel senso che, in un caso quale quello della causa principale, relativo ad un'omonimia tra un'indicazione geografica di un paese terzo e la denominazione che riprende il nome di un vitigno utilizzato per la designazione e la presentazione di determinati vini comunitari che ne derivano, tali disposizioni non esigono che quella denominazione possa continuare ad essere utilizzata in futuro nonostante la doppia circostanza che essa sia stata utilizzata in passato dai rispettivi produttori o in buona fede o per almeno dieci anni prima del 15-4-1994 e che indichi chiaramente il paese o la regione o la zona di origine del prodotto in modo da non indurre in errore i consumatori. Il diritto di proprietà non osta al divieto imposto agli operatori interessati della regione autonoma Friuli-Venezia Giulia di utilizzare il termine «Tocai» nella menzione «Tocai friulano» o «Tocai italiano» per la designazione e la presentazione di taluni vini italiani di qualità prodotti in una regione determinata alla fine di un periodo transitorio con scadenza il 31-3-2007, risultante dallo scambio di lettere concernente l'art. 4 dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini che è allegato a tale accordo, ma non figura nell'accordo stesso. Cfr. G. MACCIONI, «Tokaji» contro «Tocai» di fronte alla Corte eur. giust., in *Riv. dir. agr.*, 2006, II, 28 e F. MARIATTE, *Nomination des vins*, in *Europe*, 2005, VII, 24.

<sup>1636</sup> V. da ultimo Corte eur. giust., 6-12-2012, C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, inedita e già Trib. eur. 11-9-2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2002, II-3305, riguardante la virginiamicina, antibiotico streptograminico impiegato nel trattamento di infezioni sostenute da microorganismi sensibili (in particolare cocchi gram-positivi). Cfr. A.M. PRINCIGALLI, *Il principio di precauzione: danni "gravi e irreparabili" e mancanza di certezza scientifica*, in *Dir. agr.*, 2004, 145 e D. BUSCHLE, *Das Vorsorgeprinzip vor den Gemeinschaftsgerichten*, in *European Law Reporter*, 2002, 412.

<sup>1637</sup> Corte eur. giust., 18-5-1994, C-309/89, *Codorniu SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1994, I-1853.

<sup>1638</sup> Corte eur. giust., 15-11-2012, C-180/11, *Bericap Záródástechnikai Bt. c. Plastinnova 2000 Kft.*, inedita, che va segnalata anche perché applica le condizioni del § 1 dell'art. 17 CDFUE anche al § 2, così offrendo, sia pur in un *obiter dictum*, un indubbio argomento contro la prospettazione da me avanzata sul rapporto fra i due paragrafi della menzionata disposizione. Mi riferisco in particolare al passaggio in cui la Corte di Lussemburgo osserva che «come risulta dall'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, una procedura diretta ad assicurare il rispetto di un diritto di proprietà intellettuale presuppone che tale diritto sia legittimamente acquisito» (§ 76). Cfr. S. BARAZZA, *The Enforcement Directive and invalidation procedures: an unsurprising negative verdict*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2013, 274.

<sup>1639</sup> GRECO, *Saggio sulle diverse concezioni del diritto di autore*, cit., 542, nt. 11. Cfr. GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, cit., 357.

<sup>1640</sup> PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 147, che in pari tempo, con salda fede storicista, ammonisce i giuristi affinché il procedimento astrattivo di costruzione dei concetti non mai oltrepassi quel segno oltre il quale il concetto perde ogni contatto con la realtà, ciò soprattutto nello studio della proprietà, posto che, come rileva CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., 271, «il problema della proprietà in termini generali ed astratti non esiste».

<sup>1641</sup> PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 247. A mio avviso, ad es., resterà sempre tendenzialmente vero che la proprietà è intricabilmente legata all'oggetto, mentre gli IPRs al soggetto, essendo essi, come osserva D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Milano, 1946, 209, inconcepibili senza la persona. Per

che di esclusiva) (<sup>1643</sup>), forieri di disuguaglianze (<sup>1644</sup>) e con frequente separazione fra potere effettivo e titolarità formale (con una sorta di ritorno del binomio dominio eminente/dominio utile, la cui versione 3.0 è la coppia controllo/rendita) (<sup>1645</sup>), posizione perfettamente speculare ai beni comuni, alfiere di una logica inclusiva, egalitarista e dell'*empowerment*.

Forse, però, non è ancora giunto il momento di creare nuove categorie e, soprattutto, potrebbe risultare uno sforzo di non grande utilità pratica. Intendo dire che, se è vero che la superiore proposta descrive alcuni tratti importanti dei paradigmi proprietari, quello che più importa porre in luce è che essi stessi sono andati incontro a cambiamenti radicali negli ultimi decenni,

---

l'illustre Maestro della Scuola messinese, ad essere dirimente è lo jheringhiano *duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest*, che discende, comunque, dalla centralità della materialità anche qui messa in luce e da cui si fanno discendere assolutezza ed esclusività. E, d'altra parte, mi pare che il discrimine da me ora tracciato possa essere considerato in parte convergente con la notazione per cui «l'analogia tra proprietà (su cosa) materiale e proprietà (su bene) immateriale, si limita al profilo assai generico per il quale possono le due figure collocarsi nella categoria dei diritti assoluti. Profilo che, pur in termini generici, può avere una certa utilità, solo se si mantenga l'angolo visuale soggettivo; poiché se si considera dall'angolo visuale oggettivo, si impone la differenza, anche in termini generici, tra diritti (assoluti) reali e diritti (assoluti) personali» (*ivi*, 252). In una realtà, come l'attuale, in cui anche la proprietà tradizionale va smaterializzandosi, forse si può tentare di superare le obiezioni pugliattiane.

<sup>1642</sup>

Nel linguaggio ordinario, il termine designa l'esclusiva industrialistica, ma non è certo in questa accezione che esso è qui usato. Sebbene la categoria centrale per PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 57, sia quella della *Güterzuordnung*, l'A. ricorre spesso anche quella di *Ausschließlichkeitsrecht*, osservando, fra l'altro, che «*Die ein Ausschließlichkeitsrecht kennzeichnenden formalen Wirkungen werden dem Sacheigentum und den Immaterialgüterrechten entnommen*» e precisando che «*Kernbestandteile des Begriffs «Ausschließlichkeitsrecht» sind daher zum einen positive, gegen jedermann wirkende Befugnisse an einem Gut, deren Verletzung sekundäre Rechte auslöst, und zum anderen die Verkehrsfähigkeit des primären Rechts durch rechtsgeschäftliche oder zwangsweise Übertragung*» (*ivi*, 60). Non v'è chi non si avveda che il mio debito nei confronti del Prof. Peukert è, ma solo sul punto, poco più che terminologico, connotando io la categoria in esame in modo parzialmente diverso. Cfr. anche J. JACOB, *Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern. Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts*, Tübingen, 2010, che però non costruisce coerentemente una categoria unitaria.

<sup>1643</sup> Lo *ius excludendi alios* viene normalmente riferito alla collettività indistinta dei soggetti non proprietari ai quali è inibita tendenzialmente qualsiasi interferenza nei beni del proprietario. La proprietà, però, poiché contempla l'eventualità che del bene si faccia un uso non produttivo, esibisce una *vis* escludente anche di un altro tipo «questa volta gli «esclusi» sono, o rischiano di essere, gli agenti dello sviluppo capitalistico, gli «imprenditori», gli artefici della combinazione dei fattori produttivi» (NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 5) ed è perciò che l'ordine giuridico del capitale deve «disciplinare l'attitudine ad escludere orientandola nella sola direzione degli spossessati e facendo in modo che essa non ostacoli i disegni dei capitalisti, ossia di coloro che, professionalmente, combinano i fattori produttivi» (*ibidem*).

<sup>1644</sup> Il carattere del dispositivo proprietario di rendere asimmetrico il rapporto tra i fattori della produzione, producendo, in conseguenza di ciò, «una ineliminabile e indispensabile ineguaglianza» (NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 5), è, a mio avviso, proprio anche dei diritti IP e, appunto, caratterizza la nuova categoria dell'*Ausschließlichkeitsrecht*.

<sup>1645</sup> La scissione fra titolarità formale e potere effettivo potrebbe ricordare quella, superata definitivamente solo col *Code Napoléon*, fra dominio eminente e dominio utile, il primo appannaggio del Signore, il secondo, assimilabile al possesso, del vassallo. Il *dominus* utile era in una condizione di vantaggio quanto all'utilizzazione del bene, ma era una proprietà dimezzata, mancando le facoltà dispositive. Nel paradigma contemporaneo che sto cercando di ricostruire si osserva un fenomeno parzialmente diverso: una proprietà deprivata di talune facoltà di godimento, col bene oggetto del diritto posto sotto il controllo di soggetti che ne fanno uno sfruttamento capitalistico, restando al titolare formale qualcosa di assimilabile a una rendita (nel diritto d'autore, la *royalty*). Per NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 4, il principale ritrovato giuridico del capitalismo maturo, cioè la società di capitali, ha in sé un dispositivo idoneo a neutralizzare «l'attitudine parassitaria della proprietà, semplicemente prendendone atto e facendo del proprietario un *rentier* al quale, con cadenza annuale, viene pagato un canone per l'uso, da esso consentito, dei mezzi di produzione».



specialmente sotto la pressione del diritto dell'Unione europea – e delle esigenze mercantili di cui esso si è fatto interprete e foriero – e dell'evoluzione tecnologica, che spingono nella direzione di paradigmi individualistici e semplici, in grado di circolare agevolmente fra i vari ordinamenti. Lascio alle conclusioni qualche approfondimento su ciò che qua sto solo accennando, però vale la pena dire già ora che, da una parte, è vero che i paradigmi appropriativi sono molto mutati al punto che oggi potrebbe non essere più un'eresia parlare di proprietà intellettuale come tipo della proprietà corporale, ma dall'altra esperienze come quelle degli ultimi programmi di *streaming* e la continua espansione del *realm of openness* dimostrano che la scelta di modelli proprietari non è più sostenibile nel *web 3.0*.

## CONCLUSIONI. DI DARWIN, DELLA SEMPLICITÀ E DI QUALCHE ALTRA COSA

*Der Mensch [...] wurde nicht vom Eigentum befreit. Er erhielt die Freiheit des Eigentums*  
K. Marx, *Zur Judenfrage*, in *Deutsch-Französische Jarbücher*, 1844, 182

*In the morning, the whole world had a strange new smell. It was the smell of the aftermath, a green smell, a smell of shredded leaves and oozing resin, of crushed wood and splashed sap, a tart smell, which bore some relation to the smell of bitten apples. It was the smell of death and destruction and it smelled fresh and lively and hopeful*  
A.S. Byatt, *Possession*, London, 1990, 507

Viviamo in un tempo, se non di tirannia (<sup>1646</sup>), senz'altro di ideologizzazione dei valori à la Mengoni (<sup>1647</sup>), ciò che ha concorso a produrre, fra l'altro, il deserto dei diritti denunciato in campo sociale (<sup>1648</sup>). Questo stato di cose fa sì che un congegno allocativo di risorse, qual è, in fin dei conti, la proprietà, finisca per divenire – o tornare ad essere (<sup>1649</sup>) – un diritto fondamentale di libertà, quando non un arnese meramente declamatorio (<sup>1650</sup>). La proprietà-valore importa la valorizzazione

---

<sup>1646</sup>Cfr. N. HARTMANN, *Ethik*<sup>2</sup>, Berlin-Leipzig, 1926, 574; C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*<sup>2</sup>, a cura di E. Jünger e S. Schelz, Berlin, 1979, spec. 9. Per la differenza fra le due concezioni v. C. SCHÖNBERG, *Werte als Gefahr für das Recht? Carl Schmitt und die Karlsruher Republik (Nachwort)*, in C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*<sup>3</sup>, Berlin, 2011, 74 e D. MÜLLER, *Les passions de l'agir juste. Fondements, figures, épreuves, Fribourg en Nuithonie*, Paris, 2000, 54. Segnalo la traduzione italiana *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*<sup>3</sup>, a cura di G. Giurisatti, Milano, 2008 e *ivi*, 69, il saggio F. VOLPI, *Anatomia dei valori*. La migliore dottrina, racchiusa in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998, 79, ha assunto posizioni di netta critica circa l'impiego nel diritto della categoria del valore. Cfr. il recente saggio di V. SCALISI, *Assiologia e teoria del diritto (rileggendo Rodolfo de Stefano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 1.

<sup>1647</sup>Mi riferisco a L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1993, 47, ora in *Scritti*, I, cit., 259. Va segnalato che Corte cost. 24-10-2007, n. 348, cit., § 5.7, ha giustificato il suo *revirement* in materia di espropriazione per p.u. e indennizzo anche con l'argomento della "relatività dei valori". Recentemente, si è parlato della proprietà non come un diritto, ma come un "valore costituzionalmente riconosciuto" in Cass., 8-6-2011, n. 12525, inedita.

<sup>1648</sup>Lo stesso BOBBIO, *Viaggi attraverso il mondo 3*, cit., 115, nota come libertà e uguaglianza siano "entrambi valori positivi ma, come tutti i valori ultimi, incompatibili se condotti alle loro estreme conseguenze". Ha parlato di deserto dei diritti, recentemente, M.V. BALLESTRERO, *Il lavoro e l'eguaglianza nel «deserto dei diritti»*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., 159, ispirata da S. RODOTÀ, *Il grande deserto dei diritti*, in *La Repubblica*, 3-1-2013, consultabile all'indirizzo <http://temi.repubblica.it/micromega-online/il-grande-deserto-dei-diritti/>. Il fenomeno in esame si ricollega, a mio avviso, al deserto dei diritti sociali, che ha molteplici cause, fra le quali un ruolo non secondario ha la "sete di diritti" di cui parlano C. GUARNERI-P. PEDERZOLI, *La magistratura delle democrazie contemporanee*, Bari-Roma, 2002, 184 e R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*<sup>13</sup>, Torino, 2012, 79. Cfr. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., 92, là dove osserva che "nella confusione inevitabile – ma lucidamente consapevole, deliberata, anzi deliberatamente accentuata – fra il 'mio' e il 'm'È la proprietà tendeva a balzare di piano: come dimensione del soggetto non poteva non connotarsi di eticità e delle nozioni etiche acquistava l'assolutezza".

<sup>1649</sup>Cfr. L. NIVARRA, *"Così c'è stata la storia ma ora non c'è più". La funzione sociale dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese*, in *Questione giustizia*, 2012, IV 58.

<sup>1650</sup>Cfr. R. LIBCHABER, *La propriété, droit fondamental*, in *Libertés et droits fondamentaux*<sup>14</sup>, a cura di R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche e T. Revet., Dalloz, 2008, 649: « *pourquoi y a-t-il de la propriété privée, là où une mise en commun serait plus profitable ? A cette question cent fois posée [...], il semble que l'on doive toujours répondre de la même façon : ce que la propriété retire à la collectivité, elle l'ajoute à l'individu en lui permettant de résister aux agressions que la société fait subir* ».

dei rapporti sociali esistenti (<sup>1651</sup>) e una presunzione di pozziorità rispetto agli interessi contrapposti, di talché non sembra esserci più posto per gli auspici gramsciani di una riforma industriale «per ricondurre tutti i redditi a necessità funzionali tecnico-industrialie non più a conseguenze giuridiche del puro diritto di proprietà» (<sup>1652</sup>). Uno slittamento di paradigma che produce risultati esiziali, non soltanto per la chiarezza di un quadro normativo che ha smarrito qualsivoglia connotazione sistematica, ma soprattutto per il *quantum* e il *quomodo* dell'appropriazione, viziati da forzate sussunzioni in calchi vetusti, col risultato che gli interessi della collettività restano intrappolati nella rete del paradigma dominicale, le cui maglie, in pari tempo, sono andate allargandosi. Un diritto di cui in vano si è proclamata la crisi, dimostrando esso, per converso, rinnovata vitalità in ogni stagione, con qualche, fugace, eccezione. E allora, verrebbe da dire, non è un caso che fosse questa la principale differenza fra la Repubblica di Platone e l'Utopia di Moro: «*hic singulorum privatae sunt possessiones, illic omnia sunt communia*» (<sup>1653</sup>).

Soprattutto sotto la spinta della costituzione materiale europea, torniamo a osservare una proprietà borghese (<sup>1654</sup>), rinnovato «presidio della [...] libera personalità, usbergo della vita familiare» (<sup>1655</sup>), che diviene un riferimento quasi irrinunciabile per coloro che abbiano interesse all'*enclosure* immateriale, potendo confidare in un valore di pari rango rispetto a salute, cultura, ambiente e consimili diritti tradizionalmente personalistici. In pari tempo, la compianta funzione sociale della proprietà ha cessato di essere «elemento qualificante della posizione del proprietario» (<sup>1656</sup>) e, a seguito del suo appassimento, ne è possibile solo un uso tattico (<sup>1657</sup>).

Non v'è chi non veda che «l'opposizione quasi secolare contro l'introduzione dei diritti sociali è stata fatta in nome del fondamento assoluto dei diritti di libertà [che] non è soltanto un'illusione; qualche volta è anche un pretesto per difendere posizioni conservatrici» (<sup>1658</sup>). Così, la

<sup>1651</sup>La formula è di NATOLI «*Funzione sociale*» e «*funzionalizzazione*» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, cit., 146.

<sup>1652</sup>A. GRAMSCI, *Quaderno 22 (V). 1934. Americanismo e fordismo*, § 14, 50, in *Quaderni del carcere*, a cura di V. Gerratana, III, Torino, 2007, 2177. Un passaggio quasi identico si rinviene in ID., *Quaderno 9 (XIV). 1932. Miscellanea e Note sul Risorgimento italiano*, § 8, 13, *ivi*, 1101, con la differenza che non si parla di diritto di proprietà, bensì di «diritto quiritario».

<sup>1653</sup>

T. MORE, *Libellus vere aureus, nec minus salutaris quam festivus de optimo rei publicae statu, deque nova insula Utopia*, Leuven, 1516, I.

<sup>1654</sup>Cfr. PÜSCHEL, *Die Ideologie des geistigen Eigentums und das sozialistische Urheberrecht der DDR*, cit., 1589: «*die Theorie vom geistigen Eigentum ist der konzentrierte Ausdruck der bürgerlichen Urheberrechtsideologie. Sie ist die Lehre vom Privateigentum an den geistigen Schöpfungen, deren Verfasser durch das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Wissenschaft geschützt werden sollen. Sie erscheint am besten geeignet, die geistig kulturell schöpferische Arbeit dem Profitinteresse des kapitalistischen Verwerters der Werke der Urheber unterzuordnen*».

<sup>1655</sup>MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 88.

<sup>1656</sup>*Ibidem*.

<sup>1657</sup>Cfr. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 18 e M.R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., 112.

<sup>1658</sup>N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 5 (ma il saggio è stato

portata ineliminabilmente antisociale della proprietà, posta in luce da Bobbio, trova oggi conferma nel mondo dell'immateriale, la cui pervasiva *propertization* ha dato torto a chi nell'Ottocento vaticinava che i diritti IP sarebbero scomparsi, una volta che ne fosse riconosciuta la natura di «*faule Frucht am Baume der menschlichen Kultur*»<sup>(1659)</sup>.

Prendendo in prestito le parole di uno dei principali teorici IP, «*die Kritik darf nur dann zerstören, wenn mit ihr eine positive Weiterschöpfung verbunden ist*»<sup>(1660)</sup> e, d'altronde, senza una *pars costruens* tutto il superiore lavoro risulterebbe vicino all'inutilità (ciò che, comunque, non renderebbe i miei sforzi vani), mentre il mio auspicio, certo molto ambizioso, è di avere contribuito a gettare un pur piccolo fascio di luce sui paradigmi appropriativi, la cui comprensione condivisa diventa essenziale in un'ottica di diritto privato europeo.

L'ansia costruttiva, però, può far dimenticare che costruire, specie nell'ermeneutica giuridica, sovente equivale a smantellare. Così, in un primo momento, mi ero deliberato di prendere in prestito alla dottrina tedesca, modificandola, la categoria degli «*Ausschließlichkeitsrechte*»<sup>(1661)</sup> - *genus* di cui le *species* sarebbero state IP e proprietà – diritti di esclusione (prim'ancora che di esclusiva), forieri di disuguaglianze<sup>(1662)</sup> e con separazione fra potere effettivo e titolarità formale, posizione perfettamente speculare ai beni comuni, alfieri di una logica inclusiva, egualitarista e dell'*empowerment*. Questa suggestione, forse inconsapevolmente, mi era derivata soprattutto dalla rilettura di alcune pagine ormai risalenti in cui insigni civilisti<sup>(1663)</sup>, nel costruire il paradigma proprietario moderno, in contrapposizione a quello medievale, ne avevano individuato il *quid proprii* precipuamente nell'esclusività. Non voglio, ora, dire che effettivamente IP e proprietà non abbiano questo tratto in comune, ma ciò non mi pare sufficiente, *re melius perpensa*, per costruire una sovra-categoria che li racchiuda entrambi, correndo il rischio di incorrere nelle censure che

---

consultato all'indirizzo [http://www.filosofico.net/Antologia\\_file/AntologiaB/Bobbio\\_02.htm](http://www.filosofico.net/Antologia_file/AntologiaB/Bobbio_02.htm)) che pure scrive, come esempio della variabilità della classe dei diritti fondamentali, che «diritti che erano stati dichiarati assoluti alla fine del Settecento, come la proprietà "*sacre et inviolable*", sono stati sottoposti a radicali limitazioni nelle dichiarazioni contemporanee; diritti che le dichiarazioni del Settecento non menzionavano neppure, come i diritti sociali, sono ormai proclamati con grande ostentazione in tutte le dichiarazioni recenti». Parole che sembrano provenire da tempi remoti e invece sono state scritte solo poco più di vent'anni fa.

<sup>1659</sup>V. BÖHMERT, *Die Erfindungspatente nach volkswirtschaftlichen Grundsätzen und industriellen Erfahrungen mit besonderer Rücksicht auf England und die Schweiz*, Berlin, 1869, 106.

<sup>1660</sup>KOHLER, *Die Idee des geistigen Eigentum*, cit., 151, che continua col dire che "*die Konstruktion ist ein Mittel des wissenschaftlichen Ausdrucks, und jeder Ausdruck ist unvollkommen und wird es mehr und mehr mit der Zeit, denn diese Zeit wird notwendig jedes Institut mit neuem Gedankengehalt erfüllen. Aber trotzdem können wir des Ausdrucks, wir können der Konstruktion nicht entbehren*".

<sup>1661</sup>

Cfr. spec. PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, cit., 57, ma anche JACOB, *Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern*, cit., *passim*.

<sup>1662</sup>V. C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 313, che nota come «il diritto di proprietà tend[a] a configurarsi come accettazione e sanzione giuridica della disuguaglianza «di fatto» tra le diverse proprietà, e, di conseguenza, anche tra le diverse persone i cui interessi sono ad esse collegati».

<sup>1663</sup>Parlo di SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., *passim* e O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

Pugliatti rivolse a Carnelutti, circa il trinomio dei diritti assoluti (<sup>1664</sup>). Come è noto, quest'ultimo, sebbene inizialmente parlasse di «un nuovo tipo di proprietà» (<sup>1665</sup>), introdusse la tripartizione diritti di personalità-diritti di proprietà materiale-diritti di proprietà immateriale: gli ultimi due finivano per essere un *genus* della proprietà, di talché si sarebbe trattato soltanto di un «incasellamento [...] puramente verbale» (<sup>1666</sup>), anche a tacer sul fatto che la descrizione della proprietà immateriale somigliava più a un diritto della personalità, che non ad uno dominicale. La mia operazione era diversa, nel senso che la proprietà non sarebbe stata *genus*, ma essa stessa *species* della più ampia categoria degli *Ausschließlichkeitsrechte*, insieme al diritto fratello, l'IP. Non bisogna, però, affezionarsi oltremodo alle proprie idee, per cui non ho problemi ad ammettere che non si sente la necessità di costruire un nuovo istituto, sfuggente quanto alle caratteristiche, privo di una propria disciplina e di un proprio apparato rimediale. Un'intuizione, insomma, non errata, ma di non decisiva utilità pratica. Resta fermo, però, che non è più attuale l'osservazione pugliattiana per cui «le analogie non colmeranno mai il solco che segna codesta radicale differenza, che è visibile anche nello specifico contenuto della tutela». La proprietà europea, l'evoluzione tecnologica e le decisioni interne circa l'ardita e sempre più frequente applicazione dei rimedi proprietari all'IP segnalano inequivocabilmente la tendenza all'avvicinamento fra codesti due diritti. Fra essi certamente permangono alcune differenze – che specialmente la riflessione sulla funzione sociale ha posto in evidenza – ma, coi dovuti *caveat*, ammessa la mutazione del paradigma proprietario tradizionale, oggi ne è possibile una considerazione unitaria, specialmente nell'ottica dell'armonizzazione dei diritti interni nella direzione pienamente eurunionista, in vista della quale i paradigmi più efficienti sono quelli più semplici.

E sulla semplicità come cifra della proprietà moderna restano insuperabili alcune pagine di Paolo Grossi che vale la pena, sommariamente, ripercorrere. La proprietà moderna è quella propria di «un soggetto presuntuoso e dominativo, è emanazione delle sue potenzialità, è strumento della sua sovranità sul creato» (<sup>1667</sup>). Il suo tratto discriminante non sarebbe, come vuole la vulgata, né l'assolutezza, né l'esclusività (<sup>1668</sup>), piuttosto «quanto il medievale della proprietà era consistito nella sistemazione della sua complessità e nell'avvaloramento della sua natura composita, tratto del moderno della proprietà sta tutto nel ritrovamento della sua semplicità [...] essa è *un corpo semplice, unilineare, la struttura più semplice possibile; l'approdo è quello di una semplicità*

<sup>1664</sup>CARNELUTTI, *La usucapione della proprietà industriale*, cit., spec. 59-60.

<sup>1665</sup>CARNELUTTI, *La usucapione della proprietà industriale*, cit., spec. 21.

<sup>1666</sup>PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 253, nt. 358.

<sup>1667</sup>

GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., 88.

<sup>1668</sup>Sulla erosione dello *ius excludendi ad opera*, soprattutto, delle consuetudini (che si vuole abbiano un rango superiore ai regolamenti, *in subiecta materia*), v. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, cit., 436, 466 e *passim*.

*assoluta*» (<sup>1669</sup>), come assoluto non può che essere un diritto nascente «nei recessi dell'animo» (<sup>1670</sup>). La portata euristica della notazione è facilmente intuibile: separandosi «l'appartenenza dal condizionamento della complessità delle cose, fa di essa lo specchio non già della complicata realtà fenomenica bensì della unicità del soggetto, la svincola dalla sua proiezione oggettiva per legarla indissolubilmente a lui» (<sup>1671</sup>). Non so, in verità, se l'inserimento della proprietà nel soggetto sia ancora attuale (propenderei per la negativa), ma certamente lo è la ricostruzione in termini di paradigma egoistico e *simplex*. E allora, «impariamo come la semplicità sia feconda, e calda la modestia del pudore» (<sup>1672</sup>). Cerchiamo, insomma, di non illuderci che il mondo tenda lamarckianamente verso la perfezione: e sposiamo, mettendo al bando ogni melanconia, la tesi darwiniana – che, non a caso, trova ognor applicazioni in nuovi campi (<sup>1673</sup>) – per cui ad affermarsi attraverso mutazione e selezione sono le strutture che abbiano un maggior valore adattativo, una *fitness à la Spencer* (<sup>1674</sup>), sufficiente alla sopravvivenza e proliferazione dell'organismo che ne è portatore, strutture che non di rado sono, appunto, non le migliori possibili, ma le più semplici (<sup>1675</sup>). Così, ad es., spogliata delle vestigia social-funzionali che il neoliberismo ha posto *extra ordinem*, la

---

<sup>1669</sup>Ivi, 88-89, enfasi aggiunta.

<sup>1670</sup>Ivi, 91.

<sup>1671</sup>Ivi, 89-90.

<sup>1672</sup>N. TOMMASEO, *Scintille*, Firenze, 1841, 119.

<sup>1673</sup>Mi sembra molto interessante, per quanto mi è dato di capire, l'applicazione che ne fa A.N. GORBAN, *Self-simplification in Darwin's Systems*, in *Coping with Complexity: Model Reduction and Data Analysis*, a cura di A.N. Gorban e D. Roose, Berlin-Heidelberg, 2011, 311 (ma la numerazione delle seguenti citazioni si riferisce al saggio estratto e pubblicato *online*), il quale, posto che "*many examples of Darwin's systems outside the theory of biological evolution in physics and other applications, such as weak turbulence or wave turbulence theory or ecological applications, are already known*" (ivi, 32), si dedica a "*prove that a non-linear kinetic system with conservation of supports for distributions has generically limit distributions with final support only. The conservation of support has a biological interpretation: inheritance*" (ivi, 1, enfasi del testo).

<sup>1674</sup>

Il termine fu coniato da H. SPENCER, *Principles of Biology*, I, London-Edimburgh, 1864, 444 (consultato in originale all'indirizzo <https://archive.org/details/principlesbiolo05spengooq>), dopo aver letto l'Origine delle specie: «*this survival of the fittest, which I have here sought to express in mechanical terms, is that which Mr. Darwin has called "natural selection", or the preservation of favoured races in the struggle for life*» e il padre dell'evoluzionismo lo mutuò dal noto filosofo, antropologo, biologo e sociologo, proprio nella quinta edizione qui consultata (C.R. DARWIN, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection. Or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*<sup>5</sup>, New York, 1869, 410 e *passim*).

<sup>1675</sup>Sul tema torna più volte DARWIN, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection*<sup>5</sup>, cit.. Ad es. là dove l'A. scrive che "*Lamarck, who believed in an innate and inevitable tendency towards perfection in all organic beings, seems to have felt this difficulty so strongly, that he was led to suppose that new and simple forms were continually being produced by spontaneous generation. I need hardly say that science in her progress has forbidden us to believe that living creatures are now ever produced from inorganic matter. On my theory the present existence of lowly organized productions offers no difficulty; for natural selection includes no necessary and universal law of advancement or development; it only takes advantage of such variations as arise and are beneficial to each creature under its complex relations of life*" (ivi, 119) o anche in quel noto passaggio in cui osserva che "*yet reason tells me, that if numerous gradations from a perfect and complex eye to one very imperfect and simple, each grade being useful to its possessor, can be shown to exist; if, further, the eye does vary ever so slightly, and the variations be inherited, which is certainly the case; and if any variation or modification in the organ be ever useful to an animal under changing conditions of life, the the difficulty of believing that a perfect and complex eye could be formed by natural selection, though insuperable by our imagination, can hardly be considered real*" (ivi, 167).

proprietà diviene un modello assai più idoneo alle esigenze di un mercato la cui efficienza dipende anche dalla circolazione dei modelli, in vista di una loro definitiva omologazione (<sup>1676</sup>). L'invito affinché i giuristi abbandonino ogni misoneismo, peraltro, proviene da un autorevolissimo pulpito, dal quale quasi sessant'anni ci si lamentava che fosse mancato, nella dottrina civilistica, quello «sforzo di rinnovamento dei vecchi schemi, che avrebbe permesso di colmare lo hiatus tra le categorie concettuali, fondamentalmente elaborate dalla pandettistica e ancor oggi in grande onore, e la nuova realtà, non più comparabile per la sua eterogeneità di presupposti, di strumenti e di fini» (<sup>1677</sup>).

Basti pensare, *inter alia* (<sup>1678</sup>), alla circostanza che è stato recentemente approvato il pacchetto eurunionista per il brevetto unitario (<sup>1679</sup>), costituito dalla dec. 2011/167 (cooperazione rafforzata (<sup>1680</sup>)), i reg. 1275/2012 (<sup>1681</sup>) e 1260/2012 (<sup>1682</sup>) e l'accordo sulla Tribunale unificato dei brevetti (*Unified Patent Court*, UPC) firmato a febbraio 2013 (<sup>1683</sup>); si tratta di un sistema la cui compatibilità con l'ordinamento italiano è stata già messa in dubbio (<sup>1684</sup>), se non addirittura, più in

---

<sup>1676</sup>A chi ricordi il mantra liberale ottocentesco riassunto nel «*tout simplifier*» di J.E. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé par M. Portalis, l'un des rédacteurs du projet de Code civil*, in *Recueil général des lois et des arrêts*, a cura di J.B. Sirey, VII, 1, Paris, 1807, 354 e spec. 356, quello in parola parrebbe avere le sembianze di un classico ricorso storico. Come è stato recentemente notato da F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, 329 e *passim*, si trattò di un'ossessione rivelatasi irrealizzabile. E però, la circostanza, acutamente rilevata dall'A., per cui si trattava di un'idea conforme ad uno Stato formato da «individui isolati, viventi al di fuori di qualsiasi organizzazione sociale» (N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, a cura di Id. e M. Bovero, Milano, 1979, 44), mi fa pensare che, in un'epoca, come quella attuale, in cui torna l'individuo in tutta la sua solitudine, le vecchie idee possano trovare l'*humus* propizio per un nuovo attecchimento.

<sup>1677</sup>NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze della moderna dottrina del diritto civile*, cit., 179. L'A., con straordinaria sensibilità, coglie già nel '56 come il codice mostrasse profili di arretratezza in considerazione, specialmente, del "progresso della tecnica e le nuove conquiste sulla materia" (*ivi*, 178).

<sup>1678</sup>

Un'altra recente vicenda che dimostra come sia necessario sfrondare i paradigmi interni per rendere possibile l'armonizzazione è legata all'approvazione, il 28-11-2013: della proposta di direttiva «*on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure*» (COM(2013) 813 final).

<sup>1679</sup>Non sto parlando, come ovvio, del brevetto europeo di cui alla Convenzione di Monaco.

<sup>1680</sup>È del 10-3-2011 la dec. 2011/167, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, sulla scorta della ris. 15-2-2011 sul progetto di decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria. Con particolare riferimento all'applicazione in Corte eur. giust., grande sez., 16-4-2013, C-274/11 e C-295/11, cit., cfr. BELLEZZA, *Cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo ad effetto unitario*, cit., 1006.

<sup>1681</sup>Il 17-12-2012 è stato approvato il reg. 1257/2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria.

<sup>1682</sup>Unitamente al reg. 1257/2012 è stato approvato anche il reg. 1260/2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile.

<sup>1683</sup>È del 19-2-2013 l'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti ed entrerà in vigore il 10-1-2014 o il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del tredicesimo strumento di ratifica o di adesione. Sul tema v. M. FRANZOSI, *La Corte brevettuale europea*, in *Dir. ind.*, 2013, V, 413; V. CERULLI IRELLI, *Il Tribunale unificato dei brevetti: rischi e compatibilità con il nostro ordinamento*, *ivi*, 2013, IV, 393.

<sup>1684</sup>In particolare CAGGIANO, *Il pacchetto normativo sul 'brevetto europeo unitario' tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di illegittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale*, cit., 683 e CERULLI IRELLI, *Il Tribunale unificato dei brevetti*, cit., 393.



generale, «*void for lack of determination*»<sup>1685</sup>). Per l'effettiva entrata in vigore si attendono le ratifiche dei tredici firmatari e una modifica del reg. 1215/2012, c.d. Bruxelles I, per contemplare la nuova Corte. Ciononostante, il contenzioso si è già sviluppato cospicuo<sup>1686</sup>) e «*it is naïve to believe that the ECJ would refrain from filling-in the blanks left in the Regulation*»<sup>1687</sup>). A distanza di quasi un anno dalla firma, solo l'Austria, in data 7-8-2013, ha ratificato l'accordo UPC<sup>1688</sup>) e il rischio che si entri in una fase di stallo è alto<sup>1689</sup>). Il legislatore europeo spesso, temendo che gli Stati membri non procedessero all'attuazione delle direttive, è intervenuto, come ne caso di specie, mediante regolamenti, onde sfruttando l'immediata applicabilità. La storia della giurisprudenza europea<sup>1690</sup>), però, come ha notato la più attenta dottrina tedesca, dimostra che «*the ECJ actually has more room for proactive law-making where an act contains blanks than where it states guidelines*»<sup>1691</sup>). E allora, se l'UE vuole raggiungere i propri obiettivi deve adottare un approccio *soft*, come consigliano i principi di sussidiarietà e proporzionalità, nonché, più in generale, l'obbligo di rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri ai sensi di un troppo spesso dimenticato art. 4, § 2, TUE<sup>1692</sup>). Ciò vuol dire tenere conto, da una parte, delle diverse tradizioni costituzionali interne in punto di proprietà e, dall'altro, cogliere lo spirito di un tempo che, come indicano gli

<sup>1685</sup>JAEGER, *Shielding the Unitary Patent from the ECJ*, cit., 391.

<sup>1686</sup>Sinora l'unica decisione è Corte eur. giust., grande sez., 16-4-2013, C-274/11 e C-295/11, cit., ma altri due ricorsi già pendono innanzi al giudice di Lussemburgo: C-146/13, ricorso proposto il 22-3-2013 dal Regno di Spagna contro Parlamento europeo e Consiglio dell'UE, e C-147/13, contemporaneamente presentato sempre dalla Spagna, ma contro il solo Consiglio dell'UE. Nel primo, si chiede alla Corte di dichiarare giuridicamente inesistente il reg. 1257/2012, e, in subordine, annullarlo integralmente; il secondo riguarda, invece, il reg. 1260/2012. Nella sua unica decisione, la Corte ha rigettato i ricorsi di annullamento *ex art.* 263 TFUE della dec. 2011/167, proposti rispettivamente il 30 ed il 31-5-2011, da Italia e Spagna, condannandole alle spese, fra l'altro sulla scorta della considerazione che, i diritti IP hanno natura di monopolio, ma possono considerarsi regole concorrenziali – in quanto tali rientranti nella competenza esclusiva dell'UE, nel cui ambito è esclusa la cooperazione rafforzata – *stricto sensu* solo quelle di cui agli artt. 101-109 TFUE, andando sussunti, piuttosto, nel mercato interno, settore di competenza concorrente.

<sup>1687</sup>JAEGER, *Shielding the Unitary Patent from the ECJ*, cit., 391.

<sup>1688</sup>Per lo status delle ratifiche v. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/patent/ratification/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/ratification/index_en.htm), aggiornato in tempo reale e consultato l'ultima volta l'8-12-2013. Per la notizia, dal sito dell'*Aussenministerium*, <http://www.bmeia.gv.at/en/foreign-ministry/news/press-releases/2013/spindelegger-neues-eu-patent-bringt-innovationsschub-fuer-die-eu.html>.

<sup>1689</sup>Ciò anche a seguito del parere espresso *ex art.* 218, n. 11 TFUE da Corte eur. giust., 8-3-2011, 1/09, in *Racc.*, 2011, I-1137, su cui v. il pregevole contributo di L. BRICEÑO MORAIA, *Recenti sviluppi in tema di brevetto dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, III, 21. La Corte ha concluso per la non conformità dell'UPC ai principi eurunionisti, posto che il Tribunale brevettuale europeo si collocherebbe all'esterno della cornice istituzionale e giurisdizionale dell'Unione, essendo un organo dotato di personalità iuridica propria in forza del diritto internazionale: un giudice internazionale, quindi, dovrebbe applicare, non solo le disposizioni del citato accordo, bensì anche i regolamenti UE.

<sup>1690</sup>

V. spec. le storiche Corte eur. giust., 17-3-1985, 32/84, *Van Gend & Loos NV c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Enschede*, in *Racc.*, 1985, 779; Corte eur. giust., 15-7-1964, 6-64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, *ivi*, 1964, 1129.

<sup>1691</sup>JAEGER, *Shielding the Unitary Patent from the ECJ*, cit., 391.

<sup>1692</sup>Giova ricordare il tenore letterale della disposizione evocata: «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale».



indici emersi nell'intero svolgimento del presente studio, pretendono una regolamentazione che sia cosciente della rinnovata centralità che rivestono valori come la riservatezza, la libertà di espressione e la concorrenza, i quali tutti convergono nel senso di un'IP minimale, coerente fra l'altro con le finalità di progresso e con l'incidenza sui beni comuni. Prendendo in prestito le parole della Consulta – pronunciate in materia di beni immobili qualificati di bellezza naturale – il ritorno alla collettività, «non ne modifica la situazione preesistente, ma *accelera la corrispondenza delle sue qualità alla prescrizione normativa*»<sup>(1693)</sup>. E, d'altronde, riproporre il binomio proprietà (e IP)-libertà può essere controproducente, essendo la libertà individuale, per sua natura, uno degli ambiti dei quali gli Stati membri restano più gelosi, nonostante le caute aperture successive al Trattato di Lisbona.

Se questi dovranno essere i principali sforzi del legislatore europeo, quelli nazionali non potranno non tenere conto della spinta contemporanea alla costruzione di paradigmi comuni a livello europeo e internazionale – tendenza a cui a dicembre 2013 il *Bali package* del WTO ha dato nuovo slancio<sup>(1694)</sup> – e ciò vuol dire che ciascuno Stato dovrà costruire schemi giuridici spogli di gran parte delle nobili tradizioni nazionali, paradigmi più ampi in grado di dialogare con retaggi alloctoni. Bisognerà rinunciare, in parte, alla proprietà per come ci è stata insegnata – in ciò aiutati dal ruolo non più primario che essa riveste nella costruzione dell'ordine giuridico e dei rapporti di potere – e accogliere un paradigma, direi, sfilacciato. Ciò anche perché niente fa presagire che la Consulta, un giorno, in un sussulto patriottico à la *Lissabon-Urteil*<sup>(1695)</sup>, riscopra e precisi il concetto di identità costituzionale<sup>(1696)</sup> dalla quale mi sembra che la giurisprudenza *post* Scordino

---

<sup>1693</sup>Corte cost., 29-5-1968, n. 56, cit. là dove conclude che «i beni immobili qualificati di bellezza naturale hanno valore paesistico per una circostanza che dipende dalla loro localizzazione e dalla loro inserzione in un complesso che ha in modo coesistente le qualità indicate dalla legge. Costituiscono cioè una categoria che originariamente è di interesse pubblico, e l'amministrazione, operando nei modi descritti dalla legge rispetto ai beni che la compongono, non ne modifica la situazione preesistente, ma accelera la corrispondenza delle concrete sue qualità alla prescrizione normativa».

<sup>1694</sup>Mi riferisco in particolare alla decisione *TRIPS Non-violation and Situation Complaints* (WT/MIN(13)/W/2).

<sup>1695</sup>BVerfG, Urteil vom 30-6-2009, Az. BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 e 2 BvR 182/09, in *NJW*, 2009, 2267, su cui v. soprattutto C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, in *Europa dir. priv.*, 2009, IV, 1009. Cfr. BVerfG, Beschluss vom 6-7-2010, Az. 2BvR 2661/06. Resta storica BVerfG 37, 271, cit., e l'ordinamento comunitario non avrebbe «eröffnet [...] den Weg, die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht, ohne Verfassungsänderung nämlich durch die Gesetzgebung der zwischenstaatlichen Einrichtung zu ändern».

<sup>1696</sup>Per M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 471, «l'enunciato relativo alla funzione sociale [...] è una delle poche cose originali della nostra Costituzione», dal che NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., 6, nt. 21, inferisce che "il tramonto della prima sembra destinato a portarsi dietro anche il tramonto della seconda". Cfr. anche G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa dir. priv.*, 2010, III, 882; S. GAMBINO, *Identità costituzionali e primauté euorunitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, III, 533; M. RAVERAIRA, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali: quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in *Riv. dir. sicur. soc.*, 2011, II, 325; F. VECCHIO, *La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali, le occasioni perdute e lo «spettro» di Viking e Lavall*, in [www.europeanrights.org](http://www.europeanrights.org); E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli stati membri: il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, 2008; S.

abbia senz'altro escluso il terribile diritto.

La crescente richiesta di *privacy* – nucleo forte della novella funzione sociale dell'IP – costituisce il volano di una generalizzata violazione di detti diritti che, è il caso di dirlo, finiscono nella rete. Ma, se è così, se, cioè, una tutela similproprietaria finisce per essere insostenibile, è il caso di pensare se l'adozione di nuovi paradigmi non possa contribuire a un miglior funzionamento del ciber spazio – tanto più importante, ove si consideri che anche l'ONU ha chiarito che la possibilità della navigazione *web* si configura oggi come un diritto umano fondamentale (<sup>1697</sup>) – e, dall'altra, a uno sviluppo dell'IP sostenibile e armonico. Sostenibile nel senso di tener conto di tutti gli interessi collidenti. Armonico nel senso di un unico diritto europeo dell'IP che solo può essere raggiunto rinunciando a parole e concetti evocativi di timori ancestrali, «inconsce ripugnanze», prendendo in prestito le parole di Roppo (<sup>1698</sup>).

Circa, infine, i lavori che, negli ultimi tempi, specie oltralpe, si sono moltiplicati, accomunati dalla proclamazione della fine della proprietà intellettuale (<sup>1699</sup>), credo si possa ripetere

---

NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012; P. PUOTI, *I diritti fondamentali dell'UE dopo Lisbona*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione Europea dopo Lisbona*, cit., spec. 35. Su *Grundnorm* e identità costituzionale v. J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, saggio introduttivo a H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013, xlvii.

<sup>1697</sup>In UNO, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* (A/HRC/17/27), a cura di F. La Rue, 16-5-2011, <http://s3.documentcloud.org/documents/125193/united-nations-report-internet-access-is-a-human.pdf>, si legge che «the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress» (§ 85). *Contra* V.G. CERF, *Internet Access Is Not a Human Right*, in *New York Times*, 4-1-2012, [http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?hp&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?hp&_r=0). Cfr. L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. Dir.*, 2012, II-III, 263; R. PISA, *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, 7-1-2010, [www.treccani.it](http://www.treccani.it); P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, destinato agli *Studi in memoria di Paolo Barile*, a cura di P. Caretti, Firenze, 2012 e disponibile all'indirizzo <http://www.giurcost.org/studi/Costanzo15.pdf>; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La Comunità internazionale*, 2010, III, 395; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in *Il diritto di accesso ad internet*, a cura di M. Pietrangelo, Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010, Roma, 30-11-2010, Napoli, 2011, 23; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, *ivi*, 59.

1698

ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti*, cit., 63, che la riferisce alla parola «codice»: la ragione tattica contro una codificazione del diritto europeo dei contratti risiederebbe proprio nella forza evocativa di certe parole, che rendono «più difficile quel lavoro di mediazione e cooperazione culturale, che sotto l'impropria etichetta di «codice» si persegue».

<sup>1699</sup>Fra i principali vanno annoverati BOLDRIN-LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, cit., 225, i quali, dopo un'utile ricostruzione storica di numerosi casi in cui l'IP ha rallentato il progresso, con toni non proprio piani, concludono che l'estensione dell'IP minaccia «sia la nostra prosperità sia la nostra libertà, e così facendo minaccia di uccidere la gallina dalle uova d'oro della civiltà occidentale strangolando, alla distanza, l'innovazione»; KINSELLA, *Contro la proprietà intellettuale*, cit., 59, che si concentra sulla circostanza – qui rilevata nel capitolo storico come ragione dell'inconfigurabilità dell'IP nell'evò antico – per cui «un sistema di diritti di proprietà su oggetti ideali implica necessariamente la violazione di altri diritti di proprietà individuali, per esempio quello di disporre della proprietà come meglio si crede» (il riferimento è, ad es., all'impossibilità «di modellare un dispositivo brevettato, utilizzando materiale proprio» (*ivi*, 55)) e SMIERS-VAN SKIJNDEL, *La fine del copyright*, cit., 145, i quali ultimi, in particolare, in un'analisi tutta giuspolitica, mostrano una notevole confusione di piani, là dove individuano espressamente come argomento principale del loro scritto «il desiderio che un gran numero di artisti, e i loro intermediari, possano svolgere un'attività realizzando buoni guadagni; che non vi siano più forze di mercato dominanti a spingere questi artisti ai margini del terreno di gioco, sottraendoli all'attenzione del pubblico; che il

quanto scritto da Bobbio circa le analoghe gride concernenti una democrazia che, pur liquefatta, non è mai definitivamente morta: «è una caratteristica dei periodi di decadenza il vezzo di abbandonarsi, compiacendosene o deplorandola, all'idea della fine»<sup>(1700)</sup>. Si è visto come nessun ordinamento giuridico occidentale nazionale, né sovranazionale, consentirebbe l'eliminazione degli IPRs e, certamente, la dimostrazione dell'anticompetitività di tali diritti e degli effetti esiziali della loro espansione sul interessi contrapposti come la cultura o la riservatezza, non basta a fondare affermazioni sì ardite. Esse, però, vanno tenute in debita considerazione, se non altro perché espressione della tante spinte antiproprietarie che stanno facendo dei beni comuni un paradigma alternativo non più *in penentralibus pontificum*, ma espressione di una *Weltanschauung* niente affatto recessiva. E credo che, sul punto, la diffusione dei sistemi *open source* – che, s'è detto, non riguardano più solo il *software*, ma anche l'*hardware* – debba essere considerata un'epifania dei beni comuni 3.0 in grado di dimostrare l'inefficienza dell'esportazione di logiche proprietarie. Così, ad es., è stato dimostrato che progetti *open source* nel campo medico e biomedico «possono salvare molte vite, soprattutto ma non solo nei paesi poveri»<sup>(1701)</sup> e ciò soprattutto per la filosofia inclusiva che incarnano: «spesso i progetti che hanno ottenuto finanziamenti e che reclamano la protezione delle leggi sulla proprietà intellettuale sono molto meno efficaci di altri, meno costosi, che però beneficiano di molteplici collaborazioni»<sup>(1702)</sup>.

Mentre terminavo il presente studio, è venuto a mancare Pietro Barcellona, lasciando un vuoto la cui incolmabilità è apparsa evidente sin dal primo momento. L'infausta occasione mi ha condotto a riprendere in mano un suo bel libro del 1987<sup>(1703)</sup>, il quale ha costituito fonte d'ispirazione spesso anche inconsapevole per le mie riflessioni. Il Maestro siciliano, prendendo le mosse da Hegel, ci narra le vicende della trasformazione della proprietà da immagine dell'individualità creativa a principio organizzativo universale, con un individuo proprietario che diviene individuo-massa, consumatore prima che (se non al posto di) cittadino. Le sue osservazioni, connotate dall'attualità dei classici, possono applicarsi anche al *milieu* immateriale, offrendo, peraltro, solido conforto a quanto ho *supra* scritto a proposito delle ragioni della fortuna di Hegel nella sussunzione degli IPRs nel calco dominicale. Così, se è vero che l'individualismo possessivo «ha detto tutto ciò che era implicito nelle sue premesse e nelle sue promesse»<sup>(1704)</sup>, è giunto il

---

pubblico, in base ai propri gusti possa scegliere indisturbato fra una grande varietà di espressioni artistiche; e infine che il pubblico dominio di conoscenza e creatività artistica non venga privatizzato ma continui a restare un bene a disposizione dell'intera umanità».

<sup>1700</sup>N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*<sup>3</sup>, Torino, 2013, iii.

<sup>1701</sup>C.R. SUNSTEIN, *A brave new Wikiworld*, in *The Washington Post*, 24-2-2007, 19, citato da MATTEI-NADER, *Il saccheggio*, cit., 226-227, nt. 5

<sup>1702</sup>

*Ibidem.*

<sup>1703</sup>Parlo ovviamente di BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, cit., *passim*.

<sup>1704</sup>BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, cit., 137.

momento per «un nuovo pensiero che assuma la sofferenza umana e la miseria dei rapporti come punto di rottura degli equilibri sistemici. Le nuove forme del dolore umano sono forse l'annuncio del cataclisma della persona che [...] può aprire la strada a un diverso itinerario dell'emancipazione»<sup>(1705)</sup>.

In conclusione, è venuto il momento che tutti i giuristi ritrovino la propria vocazione civile<sup>(1706)</sup>, cessando di essere «vestali dell'esistente»<sup>(1707)</sup> e non trincerandosi dietro l'alibi della neutralità, che non basterà a salvar loro l'anima<sup>(1708)</sup>. Si pongano, quindi, le basi per scoprire se il «pensiero nuovo» possa essere quello dei beni comuni<sup>(1709)</sup>, se possa, chiusa la valvola della funzione sociale<sup>(1710)</sup>, «esserci uno spazio politico per una decisione che non abbia forma acquisitiva»<sup>(1711)</sup> o, si direbbe, per «un altro modo di possedere»<sup>(1712)</sup>. Il disegno riformatore insito nella funzione sociale – fondato sulla convinzione che si potesse operare dall'interno della proprietà per darle un volto buono, solidaristico, egalaristico – è fallito: prenderne atto non vuol dire

---

<sup>1705</sup>*Ibidem.*

<sup>1706</sup>V. MATTEI, *La proprietà*, cit., 117-118, là dove scrive che «c'è bisogno oggi più che mai del matrimonio fra la vena critica che negli anni settanta parte della nostra migliore dottrina aveva saputo sviluppare, con una rinnovata consapevolezza interdisciplinare ed internazionale che gli anni successivi ci hanno insegnato con i metodi forti». Attraversati da civil fermento sono, ad es., gli scritti raccolti in ALPA-ROPPA, *La vocazione civile del giurista*, cit., *passim*.

<sup>1707</sup>Le parole di E. GALLI DELLA LOGGIA, in ID.-A. SCHIAVONE, *Pensare l'Italia*, Torino, 2011 – che ho letto in VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, cit., 487, nt. 3 – sono riferite ai giuristi e specialmente ai costituzionalisti, considerati come intellettuali conservatori in quanto tali cari al ceto politico tradizionale.

<sup>1708</sup>Cfr. NATOLI «*Funzione sociale*» e «*funzionalizzazione*» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, cit., 145 e le sue insuperate riflessioni sui giuristi e la difesa dell'ordine costituito.

<sup>1709</sup>Cfr. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, cit., 112. Mi vien, però, da pensare che, se come ricordato da RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 2, l'abitudine di parlare di crisi della proprietà affonda le radici già nel principio del Novecento, considerato che codesto paradigma sempre rinasce, in nuove e un tempo impensabili forme, forse dovremmo considerare l'opportunità, se non di abbandonare ogni speranza, quantomeno di dismettere il sintagma "crisi della proprietà". *Ivi*, 3, nt. 1 ampio apparato bibliografico, fra cui il classico L. CARIOTA FERRARA, *Crisi della proprietà privata?*, in *Riv. giur. edil.*, 1961, II, 217. Si deve, in altri termini, ampiamente convergere con quanto scritto da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 1995, 147, là dove scrive che "la disciplina delle situazioni di appartenenza non appare affatto in crisi in nessuna esperienza giuridica occidentale, piuttosto subisce continue novità e aggiustamenti [...] se si guarda al panorama occidentale bisogna riconoscere che la letteratura sulla crisi della proprietà appartiene al passato". Sulla crisi della proprietà nella cultura islamica, v. cenni in M. CAMPANINI, *Studies on Ibn Khaldûn*, Monza-Milano, 2005, 12.

1710

Vale la pena di riportare le parole di NATOLI «*Funzione sociale*» e «*funzionalizzazione*» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, cit., 147, per la grande lezione giuridica, metodologica e morale che ancor oggi offrono. L'A., come ricordato nel testo, conduce una serrata critica all'uso reazionario della funzione sociale, che conduce a una «devitalizzazione, diretta, tra l'altro, più o meno inconsapevolmente, a chiudere – senza offrirne alcun valido surrogato – quelle poche valvole che nello strumentario attuale del giurista (antiquato quanto si vuole, ma utilizzabile fino a quando non ne sarà inventato uno più valido) possono servire ad imprimere, pur tra infinite difficoltà, una spinta in senso evolutivo a certi non irrilevanti rapporti sociali, sia pure limitandosi ad intaccare appena la forza del privilegio. E se questo dovesse sembrare troppo poco, non resterebbe che ricordare agli ignari che le vere rivoluzioni hanno bisogno di tecniche alquanto diverse da quelle proprie del diritto e dei giuristi». Nella fase attuale, ritengo, lo strumentario della funzione va, pur con malinconia, riposto, per prendere in mano quello dei beni comuni, testa d'ariete del nuovo diritto.

<sup>1711</sup>BARCELONA, *L'individualismo proprietario*, cit., 137.

<sup>1712</sup>GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., *passim*.

dichiarare la resa ai valori neoliberistici imperanti (<sup>1713</sup>), vuol dire, per converso, che là dove non ha potuto la riforma, forse potrà la rivoluzione. Un approccio che, in altri termini, s'impenni su paradigmi del tutto alternativi e irriducibili a quello proprietario, come, appunto, quello dei beni comuni (<sup>1714</sup>). È, in effetti, lecito dubitare della capacità dell'antagonismo dei beni comuni di «attingere un livello di potenza politica all'altezza della sua carica eversiva [...] ma, sempre per citare il vecchio Federico, *hic Rhodus, hic salta*: altrimenti, bisognerà aspettare il prossimo giro» (<sup>1715</sup>).

In conclusione, accogliendo l'auspicio di Nicolò, è venuto il momento di abbandonare vecchie dispute aporetiche: accordiamoci pure su formule che ripugnano agli inquadramenti dogmatici più rigorosi, se ciò può consentire di tornare a occuparci dei «motivi profondi e [de]l senso reale del mondo» (<sup>1716</sup>).

---

<sup>1713</sup>Quando si parla di neoliberalismo mi tornano in mente le profetiche parole di Peter Glotz, che da *Bundesgeschäftsführer* della SPD e intellettuale di rango, scriveva nell'86 un *Manifesto per una sinistra europea* incentrato su una diagnosi: «l'Europa si sta esaurendo [e questo manifesto] si rivolge alla sinistra, dato che la destra europea è senza prospettive storiche e ha solo una prospettiva affaristica» (così nella citazione di M. BACCIANINI, *Quale futuro per la socialdemocrazia europea? Intervista con Peter Glotz*, in *MondOperaio*, 1986, V, 47.)

<sup>1714</sup>Limitatamente al mentovato aspetto di alternatività fra paradigmi, si comprende l'affermazione di CESARINI-SFORZA, *Proprietà e impresa*, cit., 168, che, sia pur al fine di avversare i proto-beni comuni *sub specie* proprietà collettive, scrive marmoreamente «la proprietà è individuale e privata, o non è».

<sup>1715</sup>NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 19.

<sup>1716</sup>NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze della moderna dottrina del diritto civile*, cit., 181, il quale, inoltre, ritiene che "bisogna decidersi a superare alcuni pregiudizi teorici sulla rigidità di alcune nostre categorie concettuali, e più precisamente della categoria dei diritti reali" (*ivi*, 189).

## INDICE DELLE OPERE CITATE

AA. VV., *Continuazione degli Atti della R. Accademia economico-agraria dei Georgofili di Firenze*, XV, Firenze, 1868

AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavoratori preparatori dell'Assemblea costituente*, VIII, Roma, 1971

AA. VV., *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003

AA.VV., *Open Source*, Atti del Convegno, Foggia, 2/3-7-2004, Milano, 2005

AA. VV., *Freedom, Security, Privacy – European Home Affairs in an open world*, Report of the Informal High-Level Advisory Group on the Future of European Home Affairs Policy ("The Future Group"), giugno 2008, [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu)

AA. VV., *300 Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham-Northampton, 2010

AA. VV., *Print me a Stradivarius. How a new manufacturing technology will change the world*, in *The Economist*, 10-2-2011

AA. VV., *Cloud & ICT as a Service : fuori dalla nuvola! Rapporto 2011*, Milano, 2011

AA. VV., *ICT Trade 2013: CBT presenta EasyCloud Solution*, 27-5-2013, [www.datamanager.it](http://www.datamanager.it)

N. ABRIANI, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. it.*, 2010, 2229

V. ACCATTATIS, *Cresce il deficit democratico dell'Unione europea*, in *Il ponte*, 2007, X, 78

A. ACCORNERO, *Il diritto di riproduzione delle opere d'arte*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1194

L. AGOSTINI, *Abolitio sine abrogatione? Brevi note sulla successione mediata di norme penali per effetto dell'interazione tra ordinamento eurounionista e ordinamento italiano (nota a C.G.U.E. 28 aprile 2011, ric. El Dridi)*, in *L'Indice penale*, 2011, II, 725

M. AHMED-U.P. NANDEKAR, *Emerging Forms of Copyright Licensing in the Digital Era*, National Seminar on Intellectual Property Rights on Copyright, Patent and Protection of Indigenous Medicinal Plants, Herbs, Roots and Practices, India, 24 e 25-11-2012, [ssrn.com/abstract=2206768](http://ssrn.com/abstract=2206768)

H. AHRENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, Bruxelles, 1838

A. ALEMANNI, *In margine alla sentenza British American Tobacco: continua la saga "Unión de Pequeños Agricultores-Jego-Quéré"?*, in *Dir. UE*, 2004, 183

R. ALEMDJRODO, *Das Urheberpersönlichkeitsrecht auf dem Prüfstand der Informationsgesellschaft*, Münster, 2005

A. ALES BELLO-L. MESSINESE-A. MOLINARO, *Fondamento e fondamentalismi. Filosofia, teologia, religioni*, Roma, 2004

S. ALIPRANDI, *Diritto d'autore, social network e user generated content: nuove pratiche e nuova percezione*, in *Istruzione, Ricerca ed Open Access: Il Sapere tra libertà, limiti e diritti*, Atti del Convegno di Camerino, 15-5-2010 e in *Inf. dir.*, 2009, II, 183

S. ALIPRANDI-C. PIANA, *Il Free and Open Source software nell'ordinamento italiano: principali problematiche giuridiche*, in *Inf. e dir.*, 2012, I, 79

P. ALLFELD, *Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und über das Verlagsrecht sowie zu den internationalen Verträgen zum Schutze des Urheberrechts*, München, 1902

G. ALPA, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2, *La parte generale del diritto civile*, Torino, 2001

G. ALPA, «*In partibus Angliae*». Immagini del «*common law*» nella cultura giuridica italiana, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, I, 25

G. ALPA.-S. MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 263

G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013

S. ALVANINI, *Creative Commons: condividere, modificare e riutilizzare legalmente*, in *Dir. ind.*, 2009, 389

S. ALVANINI, *Il design classico tra registrazione di modello, diritto d'autore e concorrenza*

sleale, in *Dir. ind.*, 2013, I, 13

M. AMMENDOLA, *La brevettabilità nella Convenzione di Monaco*, Milano, 1981

D. ANAGNOSTOU, *The European Court of Human Rights: Implementing Strasbourg's Judgements on Domestic Policy*, Edimburgh, 2013

A. ANCHISI PASSERIN D'ENTRÈVES, *Diritto d'autore in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, IV, Torino, 1989, 464

A. ANDERL, *EuGH zur Schutzfähigkeit der Funktionalität, Programmiersprache und Dateiformate von Computerprogrammen*, in *Ecolex*, 2012, 627

C. ANDERSON, *In the Next Industrial Revolution, Atoms Are the New Bits*, in *Wired*, 25-1-2010

C. ANDERSON, *Atoms are the new bits*, Atti del convegno «World Wide Rome», Roma, 9-3-2012, *makers.worldwiderome.it*

C. ANDERSON, *Makers. Il ritorno dei produttori*, Milano, 2013

A. ANTONIAZZA, *Programmare ai tempi del diritto. La tutela giuridica dei programmi per elaboratore in Europa e negli Stati Uniti d'America*, Trento, 2009

L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2007

K. AOKI, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1999, 11

F. APRILE, *Ripercorrendo una curiosa vicenda di "manipolazione" politica del diritto industriale: il divieto di brevettazione dei medicinali e del loro processo di produzione dalla legge sardo-piemontese del 1855 alla riforma fascista del 1934-39*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, VII-X, 1, 445;

G. ARCIERI, *Storia del dritto per servire d'introduzione allo studio delle leggi civili del dritto amministrativo*, Napoli, 1833, 431

M. ARE, *Beni immateriali*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 257

E. AREZZO, *Nuovi scenari in materia di brevettabilità delle invenzioni attuate a mezzo di elaboratore elettronico: dal tramonto della Proposta di Direttiva europea alla recente Opinione della Commissione Allargata dei Ricorsi dell'UEB nel caso G 0003/08*, in *Riv. dir. ind.*, III, 2011, 126



E. AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore. Profili e critica di una dicotomia normativa*, Milano, 2012

C. ARGIROFFI, *Delle azioni a difesa della proprietà. Art. 948-951*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011

E. ARMSTRONG, *Before Copyright. The French Book-Privilege System 1498-15262*, Cambridge 2002

F. ASCANI, *La pubblicazione dell'opera postuma inedita e i diritti degli eredi*, in *Dir. aut.*, 2001, 483

T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*<sup>2</sup>, Roma, 1933

T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*<sup>3</sup>, Milano, 1960

P. ASCOLI, *Della giurisprudenza teatrale. Studj*, Firenze, 1871

W. ASHFORD, *Neelie Kroes calls for speedy EU uptake of cloud computing*, in *ComputerWeekly*, 2012, [www.computerweekly.com](http://www.computerweekly.com)

S. ASIOLI-N. RAMZAN-E. IZQUIERDO, *Efficient Scalable Video Streaming over P2P Network*, in *User Centric Media*, a cura di P. Daras e O. Mayora Ibarra, Berlin, 2010, 156

A. ASQUINI, *Tullio Ascarelli*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, 475

M. ASTONE, *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012

G.G. AULETTA-V. MANGINI, *Marchio. Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno*<sup>2</sup>, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977

G.G. AULETTA-V. MANGINI, *Invenzioni industriali e concorrenza*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1987

P. AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *AIDA 2007*, 2008, 155

P. AUTERI ET AL. (a cura di), *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*<sup>4</sup>, Torino, 2012

R. AZEVÊDO, *DG Address to the Closing Ceremony of MC9*, 7-12-2013, [www.wto.org](http://www.wto.org)

S. AZZARO, *Politica e storia in Fichte*, Milano, 1993

- M. BACCIANINI, *Quale futuro per la socialdemocrazia europea? Intervista con Peter Glotz*, in *MondOperaio*, 1986, V, 47
- J. BAECHLER, *Mercato e democrazia*, trad. it. a cura di F. Pistolato, in *MondOperaio*, 1985, XII, 64
- W. BAPPERT, *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Frankfurt, 1962
- C. BALDUS, *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus*, in *AUPA*, 2012, 57
- J. BALIGA ET AL., *Green Cloud Computing: Balancing Energy in Processing, Storage, and Transport*, Proceedings of the IEEE, 2011, 149
- P. BALSAMO, *Distribuzione on line di file musicali e violazione del copyright: il caso Napster*, in *Riv. dir. aut.*, 2001, 34
- H. DE BALZAC, *Traité de la vie elegante*, in *La Mode*, 1830, I, 5
- T.E. BARAKO, *Finding a (DMCA) Safe Harbor in the Turbulent Sea of Online Copyright Liability: A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, in *Jurimetrics*, 2001, I, 1
- L. BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Milano, 1943
- L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951
- L. BARASSI, *I diritti reali*, 2 voll., Milano, 1952
- S. BARAZZA, *The Enforcement Directive and invalidation procedures: an unsurprising negative verdict*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2013, 274
- M. BARBERIS, *Il comunismo dei beni comuni*, [ilrasiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it](http://ilrasiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it)
- D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 2 voll., Milano, 1946
- P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987
- P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003
- S. BARIATTI, *Genesi ed interpretazione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Riv. int. dir. Uomo*, 1989, 215

J.P. BARLOW, *The Economy of Ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age. (Everything you know about intellectual property is wrong)*, in *Wired*, 1994, 2.03, 7

U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Torino, 2009

J. BASEDOW, *The StatÈs Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, in *American Comparative Law Journal*, 2008, III, 703

Z. BATSCHA (a cura di), *A. Bergk, J.L. Ewald, J.G. Fichte u. a., Aufklärung und Gedankenfreiheit. Fünfzehn Anregungen, aus der Geschichte zu lernen*, Frankfurt a. M., 1977

A. BATTAGLINI, *Dissertazione accademica sul commercio degli antichi e moderni librai*, Roma, 1787

W. BAUER, *Hegels Theorie des geistigen Eigentums*, in *Hegel-Studien*, 2006, XLI, 52

P.-A. CARON DE BEAUMARCHAIS, *Compte rendu de l'affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français*, Paris, 1780 e in *Oeuvres complètes de Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais*, XVI, Paris, 1809, 1

P. BECCHI, *Le filosofie del diritto di Hegel. La nuova situazione delle fonti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, XIV, 111

P. BECCHI, *Da Pufendorf a Hegel. Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto*, Roma, 2007

C. BECKER, *Die «res» bei Gaius. Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht*, Köln, 1999

D. BELL, *The Year 2000 - Trajectory of an Idea*, in *Dædalus*, 1967, 642

D. BELL, *The Social Framework of the Information Society*, New York, 1975

D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*<sup>3</sup>, New York, 1999

M. BELLEZZA, *Cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo ad effetto unitario*, in *Giur. it.*, 2013, V, 1006

M. BELLIA-G.A.M. BELLOMO-M. MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2012, 346

S. BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la*

sentenza Hauer, in *Riv. dir. internaz.*, 1981, 318

A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo «boccia» l'occupazione acquisitiva*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 283

A. BENLIAN-T. HESS,-P. BUXMANN (a cura di), *Software-As-a-Service: Anbieterstrategien, Kundenbedürfnisse und Wertschöpfungsstrukturen*, Wiesbaden, 2010

Y. BENKLER, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, in *NYU L. Rev.*, 1999, 354

L. BENTLY-M. KRETSCHMER (a cura di), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org)

L. BENTLY-B. SHERMAN, *Intellectual property law*<sup>3</sup>, Oxford, 2009

F. BENUSSI, *Proprietà industriale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, XI, Torino, 1995, 418

S. BERGSTRÖM, *'Uteslutande rätt att förfoga över verket', studier över upphovsmannarättens föremål och innehåll enligt det s.k. nordiska förslaget*, *'Ausschliessliche Befugnis, über das Werk zu verfügen', eine Studie über Gegenstand und Inhalt des Urheberrechts im nordischen Reformvorschlag 1949*, trad. ted. a cura di R. Greve, Uppsala, 1954

M. BERTANI (a cura di), *Open Source*, Quaderni di AIDA n. 13, Milano, 2005

G. BERTOL-G. ROMEO, *Alleanze e conflitti nel cono sud dell'Europa*, Soveria Mannelli, 2006

E.A. BERTRAM, *How to Keep Your Invention Patentable While It Is Stored in the Cloud: A Guide for Small Inventors*, in *Fed. Cir. B.J.*, 2011-2012, XXI, 389

G. BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrecht*<sup>4</sup>, Berlin, 1885

M. BESSON, *L'Eglise et l'imprimerie dans les anciens diocèses de Lausanne et de Genève jusqu'en 1525*, Genève, 1937

E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949

E. BETTI, *Il diritto nel sistema della realtà secondo Platone. Contributo alla storia della filosofia del diritto nell'antichità*, 1912, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Macerata*, XXX, 1971, 3

- P. BEVILACQUA, *Elogio della radicalità*, Roma-Bari, 2012
- R.N. BEYERS, *Nurturing Creativity and Innovation Through FabKids: A Case Study*, in *Journal of Science Education and Technology*, 2010, V, 447
- S. BHARDWAJ-L. JAIN-S. JAIN, *Cloud Computing: A Study of Infrastructure as a Service (IaaS)*, in *International Journal of Engineering and Information Technology*, 2010, I, 62
- F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Torino, 1922
- L. BIGLIA, *Diritti di proprietà industriale ed esaurimento comunitario in due recenti pronunzie della Corte di giustizia CEE*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, II, 207
- F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002
- R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*<sup>13</sup>, Torino, 2012
- A. BIONDI, *Nelle nicchie l'Eldorado Ict. Speranze legate alle crescenti richieste di servizi innovativi, cloud e app*, in *Il Sole 24 Ore*, 7-5-2013, 40
- A. BIRRELL, *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books*, London, 1899
- P.-J. BLONDEL, *Mémoire sur les vexations qu'exercent les librairies et imprimeurs de Paris publié d'après l'imprimé de 1725 et le manuscrit de la Bibliothèque de Paris par Lucien Faucou*, Paris, 1879
- U. BLUMENRÖDER-J. PETO, *The First Decision on the Unitary Patent: the Court Dismissed the Actions of Spain and Italy*, in *European Law Reporter*, 2013, 110
- J. C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, I, München, 1853
- J.C. BLUNTSCHLI, *Das sogenannte Schrifteigenthum. Das Autorrecht*, in *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1853, I, 1
- F. BO, *Amministrazione comunitaria del diritto della concorrenza : criteri di valutazione dei finanziamenti pubblici alle imprese*, in *NGCC*, 1992, I, 4
- N. BOBBIO, *Studi lockiani*, Napoli, 1965
- N. BOBBIO, *Hegel e il giusnaturalismo*, in *Riv. fil.*, 1966, IV, 45
- N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano,

1969, lxxxvii

N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 224

N. BOBBIO, *Un dimenticato teorico del diritto: Ernest Roguin*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV, *Scritti storico-filosofici*, Milano, 1978, 46

N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, a cura di Id. e M. Bovero, Milano, 1979, 44

N. BOBBIO, *Viaggi attraverso il mondo 3: la filosofia politica*, a cura di G. Pecora, in *MondOperaio*, 1986, I, 113

N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 5

N. BOBBIO, *Compromesso e alternanza nel sistema politico italiano. Saggi su "MondOperaio" 1975-1989*, Roma, 2006

N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*<sup>3</sup>, Torino, 2013

N. BOBBIO ET AL., *Il Marxismo e lo Stato. Il dibattito aperto nella sinistra italiana sulle tesi di Norberto Bobbio*, Roma, 1976

N. BOBBIO-G. PONTARA-S. VECA (a cura di), *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*, Roma, 1984

G. BOCCARDO, *Parere sopra una questione insorta tra Alessandro Manzoni e Felice Le Monnier*, Firenze, 1860

P.A. BÖCKH, *L'economia pubblica degli Ateniesi*, in *Biblioteca di storia economica*, diretto da V. Pareto, I, 1, Milano, 1903, 358

S. BOETTIGER-D.L. BURK, *Open Source Patenting*, in *Minnesota Legal Studies Research Paper n. 05-7*, 2005, [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=645182](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=645182)

A. BOGSCH (a cura di), *The Paris convention for the protection of industrial property from 1883 to 1983*, Genève, 1983

V. BÖHMERT, *Die Erfindungspatente nach volkswirtschaftlichen Grundsätzen und industriellen Erfahrungen mit besonderer Rücksicht auf England und die Schweiz*, Berlin, 1869

A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità: filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, 2002

M. BOLDRIN – D.K. LEVINE, *The Case against Intellectual Property*, in *The American Economic Review, Papers and Proceedings of the One Hundred Fourteenth Annual Meeting of the American Economic Association*, 2002, II, 209

M. BOLDRIN-D.K. LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, trad. it. a cura di E. Corbetta e M. Molinari, Bari, 2012

D. BONAMORE, *Il plagio del titolo delle «opere dell'ingegno» nella dogmatica del diritto d'autore*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, diretto da V. Lo Iacono e G. Frezza, Milano, 2011.

S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 1999, III-IV, 833

M. BORGHI, *Copyright and Truth*, in *Theoretical Inq. L.*, 2011, 4

F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La Comunità internazionale*, 2010, III, 395

R. BORRUSO-R.M. DI GIORGI-L. MATTIOLI-M. RAGONA, *L'informatica del diritto*<sup>2</sup>, Milano, 2007

R. BORRUSO-S. RUSSO-C. TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal BIT ad Internet*<sup>3</sup>, Milano, 2009

L. BOTSTEIN, *Notes from the Editor. Recording and Reality. The Musical Subject*, in *The Musical Quarterly*, 2012, I, 1

L. BOTTINELLI-E. PAVIONE, *Distretti industriali e cluster tecnologici: strategie emergenti valorizzazione della ricerca e dell'innovazione*, Milano, 2011

E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, Thèse de Doctorat en Droit Privé, 2009

D.M. BOYD-N.B. ELLISON, *Social network sites: Definition, history, and scholarship*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, XIII, 11

J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2003, 33

J. BOYLE, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven-London, 2008

O. BRACHA, *The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities:*

*The Life of a Legal Transplant*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 2010, I, 25

S. BRADSHAW-C. MILLARD-I. WALDEN, *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 63/2010, [ssrn.com/abstract=1662374](http://ssrn.com/abstract=1662374)

P. BRAMBILLA, *La funzione sociale ed ambientale della proprietà privata: il nuovo diritto di opposizione alla caccia quale libertà individuale ed associativa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, III-IV, 477

T. BRAUN, *Schutz geistigen Eigentums contra Berufsausübungsfreiheit am Beispiel der Tonträgervermietung*, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1998, 627

F. BRAVO, *La Licenza pubblica dell'UE per il rilascio di software «open source»*, in *Contratti*, 2008, XI, 1063

L. BRICEÑO MORAIA, *Recenti sviluppi in tema di brevetto dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, III, 21

A. BRIDY, *Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA and PIPA*, in *Cardozo Arts&Ent. L. J.*, 2012, 30

L. BRISCUGLIA-G. GRISI-O.T. SCOZZAFAVA (a cura di), *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Napoli, 2007

J.P. BRISSOT DE WARVILLE, *Recherches philosophiques sur le droit de propriété considéré dans la nature*, Paris, 1780

M. BROCKER, *Arbeit und Eigentum: Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Darmstadt, 1992

C.J. BROWN, *Poets, Patrons, and Printers: Crisis of Authority in Late Medieval France*, Ithaca-London, 1995

G.S. BROWN, *A Field of Honor: Writers, Court Culture and Public Theater in French Literary Life from Racine to the Revolution*, New York-Chichester, 2005

B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano. Con speciale riguardo a tutto il diritto privato*<sup>3</sup>, Milano, 1914

G. BRUNELLI (a cura di), *Il libro del lavoro. Imprese – Società – Diritti d'autore e brevetti*, in



*Commento al nuovo codice civile italiano*, V, Milano, 1943

W. VON BRÜNNECK, *Kant über die Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, in *Altepreussische Monatschrift*, 1875, 482

M.R. BRUST-C.H.C. RIBEIRO-J. MESIT, *Avoiding Greediness in Cooperative Peer-to-Peer Networks*, in *Collaborative Computing: Networking, Applications and Worksharing*, a cura di E. Bertino e J.B.D. Joshi, 4th International ICST Conference-CollaborateCom 2007, novembre 2008, Orlando, Berlin-Heidelberg-New York, 2009, 371.

G.-L. LECLERC DE BUFFON, *Histoire naturelle du genre humain*, I, Paris, 1798

M. BUONARROTI, *Lettera di Michelangiolo Bonarroti per giustificarsi contro le calunnie degli emuli e de' nemici suoi sul proposito del sepolcro di Papa Giulio II*, a cura di S. Ciampi, Firenze, 1834

F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005

L. BURGORGUE-LARSEN, *Ombres et lumières de la Constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Cah. dr. eur.*, 2004, 663

D.L. BURK, *Open Source Genomics*, in *B. U. J. Sci. & Tech. L.*, 2002, VIII, 254

A. BURZIO, *Brevi osservazioni in tema di risarcimento del danno a seguito di riproduzione abusiva di software*, in *Giur. it.*, 2004, XII, 2344

D. BUSCHLE, *Das Vorsorgeprinzip vor den Gemeinschaftsgerichten*, in *European Law Reporter*, 2002, 412

F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 287

R. BUYYA-J. BROBERG-A.M. GOSCINSKI (a cura di), *Cloud Computing. Principles and Paradigms*, Hoboken, 2011

G. CAGGIANO, *Il pacchetto normativo sul 'brevetto europeo unitario' tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di illegittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale*, in *Dir. UE*, 2012, IV, 683

J. CAHIR, *The Withering Away of Property: The Rise of the Internet Information Commons*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, IV, 619

- D.R. CAHOY-L.J. OSWALD (a cura di), *The Changing Face of US Patent Law and Its Impact on Business Strategy*, Cheltenham-Northampton, 2013
- E. CAILLEMER, *La propriété littéraire à Athènes*, Paris, 1868
- F. CALASSO, *Colloquio con i giuristi*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, 1960, 134
- F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano 1966
- M. CALEO, *Hegel filosofo di Babilonia*, Napoli, 2001
- C. CALLANAN-M. GERCKE-E. DE MARCO-H. DRIES-ZIEKENHEINER, *Internet blocking balancing cybercrime responses in democratic societies*, 2009, [www.aconite.com](http://www.aconite.com)
- M.R. CALO, *Open Robotics*, in *Maryland Law Review*, III, 2011, 1
- S. CAMPAILLA, *L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo*, in *Proc.pen. giust.* 2012, IV, 99
- M. CAMPANINI, *Studies on Ibn Khaldûn*, Monza-Milano, 2005
- S. CANALI DE ROSSI, *Contratti di prossimità: disciplina e novità legislative*, in *Dir. prat. Lav.*, 2012, II, 89
- F.A. CANCELLA, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali: l'integrazione «europea» del parametro di costituzionalità*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 189
- A. CANDIAN, *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, Milano, 1953
- G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.*, 1952, I, 271
- L. CAPPUCCIO, *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europea nel "caso Bosphorus"*, in *Quad. Cost.*, 2006, 149
- L. CARIOTA FERRARA, *Crisi della proprietà privata?*, in *Riv. giur. edil.*, 1961, II, 217
- F. CARNELUTTI, *Il diritto di privativa nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 435
- F. CARNELUTTI, *Sul contenuto del diritto di privativa artistica e industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 416
- F. CARNELUTTI, *Sull'oggetto del diritto di privativa artistica e industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 925, e in *Studi di diritto industriale*, Roma, 1916, 3

- F. CARNELUTTI, *La usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938
- F. CARNELUTTI, *L'editore*, in *Foro it.*, 1952, IV, 1, ora in *Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, I, Padova, 1953, 3
- F. CARNELUTTI, *Recensione a Mario Are, L'oggetto del diritto di autore*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 436
- F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, a cura di F. Cipriani, Milano, 2006
- L. CAROSSO, *Il possesso dei beni immateriali*, Torino, 1983
- M.A. CARRIER, *Cabining Intellectual Property Through a Property Paradigm*, in *Duke L.J.*, 2004-2005, I, 12
- M.A. CARRIER, *Copyright and Innovation: The Untold Story*, in *Wisconsin L. Rev.*, 2012, 891
- M.A. CARUSO, *Disciplina giuridica del software e interesse della collettività*, Milano, 1989
- D. CARUSO, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, in *European Law Journal*, 2004, VI, 751
- G. CASABURI, *Le nuove frontiere della disciplina brevettuale: il settore farmacologico, biotecnologico vegetale*, in *Ragiusan*, 2012, 212
- M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955
- C.M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, XII, 2505
- C.M. CASCIONE, *Il diritto privato dei beni pubblici. Modelli di appartenenza e circolazione*, Bari, 2013
- R. CASO, *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*, Atti del Convegno di Trento, 21/22-3-2007, Trento, 2008
- S. CASSESE, *Ordine comunitario e ordine globale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1091
- S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, 2010
- M. CASTELLANETA, *Punta Perotti: spettano ai proprietari dei terreni i danni subiti nel*

*periodo di mancato godimento. La confisca abusiva dei suoli ha determinato la lesione di un diritto*, in *Guida al dir.*, 2012, XXII, 48

C. CASTELLANI, *I privilegi di stampa e la proprietà letteraria in Venezia. Dalla introduzione della stampa nella città fin verso la fine del secolo XVIII. Lettura*, Venezia, 1888

G.A. CASTELLI, *Il codice civile generale austriaco confrontato colle leggi romane e col già codice civile italiano*, Milano, 1831

E. CASTELNUOVO-G. SERGI, *Arti e storia nel Medioevo. Del costruire: tecniche, artisti, artigiani, committenti*, Roma, 2003

C. CASTETS-RENARD, *Protection du droit d'auteur confrontée aux droits fondamentaux : point trop n'en faut!*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2012, LXXIX, 6

C. CASTETS-RENARD, *Limitations du droit d'auteur européen portant sur les logiciels*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2012, LXXXIII, 8

C. CASTORIADIS-C MARKER, *L'invention grecque de la démocratie directe. L'héritage de la chouette (1989)*, [www.wethenet.eu](http://www.wethenet.eu)

D. CATERINO, *Software e rifiuto di licenza del codice sorgente*, in *AIDA 2004*, 2005, 391

P. CAVALLARO, *Le fotografie come oggetto di diritto d'autore*, in *Dir. Ind.*, 2002, 97.

G. CAVALLO, *Libri, editori e pubblico nel mondo antico*, Bari, 2009, ma cfr. anche H. BLANCK, *Das Buch in der Antike*, München, 1992, trad. it. a cura di R. Otranto, *Il libro nel mondo antico*, Bari, 2008

A. CELOTTO, *Diritto d'autore e circolazione delle informazioni: quale bilanciamento fra valori costituzionali (e comunitari)?*, in *AIDA 2004*, 2005, 504

B. CENTRONE, *Il valore è nei dati*, in *Il Sole 24 Ore*, 9-4-2013, 18

V.G. CERF, *Internet Access Is Not a Human Right*, in *New York Times*, 4-1-2012

P. CERINA, *Il caso Napster e la musica on line: cronaca della condanna annunciata di una rivoluzionaria tecnologia*; in *Dir. ind.*, 2001, 26

T. CERRUTI, *Cedu, Ue e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona?*, in *Giur. it.*, 2012, IV, 777

- V. CERULLI IRELLI, *Il Tribunale unificato dei brevetti: rischi e compatibilità con il nostro ordinamento*, in *Dir. ind.*, 2013, IV, 393
- P. CESARONI, *Governo e Costituzione in Hegel. Le "Lezioni di filosofia del diritto"*, Milano, 2006
- U. CERRONI, *Il pensiero di Marx*, Roma, 1975
- W. CESARINI-SFORZA, *Proprietà e impresa*, in *Arch. studi corp.*, 1938, II, 168
- G. CEVA GRIMALDI, *Considerazioni sul dazio d'introduzione dei libri stranieri*, Napoli, 1837
- P. CHAUDHRY-A. ZIMMERMAN *Protecting Your Intellectual Property Rights. Understanding the Role of Management, Governments, Consumers and Pirates*, New York, 2013
- M. CHERNO, *Locke on Property. A reappraisal*, in *Ethics*, 1958, 51
- B. CESI, *Interpretationum juris*, 2 voll., Cervera, 1737
- C.V. CHIEN, *Startups and Patent Trolls*, in corso di pubblicazione su *Stanford Technology Law Review*, ma già [ssrn.com/abstract=2146251](http://ssrn.com/abstract=2146251)
- A. CHIESA-S. PELUSI (a cura di), *L'editoria libraria in Veneto. Analisi dello scenario e ipotesi di sviluppo*, Milano, 2010
- C. CHIOLA, *La riproduzione «a stampa» del pensiero altrui (Sent. n. 60/1976)*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 577
- E. CHITI, *I diritti di difesa e di proprietà nell'ordinamento europeo*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2008, 1093
- M. CIAMPA, *Security+Guide to Network Security Fundamentals3*, Boston, 2009
- A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2013
- V. CIERVO-E. CONTE, *La difesa del cittadino nell'espropriazione per P.U.*, Milano, 2013
- S. CIVITARESE MATTEUCCI-F. GUARRIELLO-P. PUOTI (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione Europea dopo Lisbona*, Roma, 2013
- G. CLARK, *Working Regions. Reconnecting Innovation and Production in the Knowledge Economy*, Oxford, 2013
- M. COCCIA, *Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di giustizia: aiuti di Stato o*

*aiuti di status?*, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, 966

A.E. COGO, *Diritto d'autore ed autonomia negoziale negli ordinamenti italiano e tedesco*, in *dirittoautore.cab.unipd.it*

A.E. COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2010

D. COHEN, *La propriété intellectuelle, c'est le vol*, in *Le Monde*, 8-4-2001

G. COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, in *Dir. aut.*, 2012, II, 174

M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *NGCC*, 2012, VII-VIII, I, 580

V. COLCELLI, *Reddito futuro e diritto di proprietà (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Prima, 19 giugno 2008)*, in *Rassegna giur. umbra*, 2011, II, 655

M.D. COLE, *Der Fußball auf der Liste und im Free-TV - noch immer ein Entscheidungsprivileg der Mitgliedstaaten*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, 425

N. COLEMAN, *Cloud computing Cloud control*, in *Lawyer*, 2011, 35

G. COLEY, *Take Advantage of Open-Source Hardware*, in *EDN*, 2009, 20

M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di studi, Siena, 18/19-10-2002, Milano, 2005

M. COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 12

M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189

M. COMPORTI, *Diritti reali in generale<sup>2</sup>*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011

R. CHAVASSE, *The First Known Author's Copyright, September 1486, in the Context of a Humanist Career*, in *Bulletin of the John Rylands University Library of Manchester*, 1986-1987, 11

H. COHEN JEHORAM, *Is There a Hidden Agenda Behind the General Non-Implementation of the EU Three-Step Test?*, in *EIPR*, 2009, VIII, 408

L. CONDORELLI, *Premier protocole Additionel. Article 1*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, a cura di L.E. Pettiti, E. Decaux e P.H. Imbert, Paris, 1999, 971

L. CONDORELLI, *La proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1970, 175

M. CONSERVA, *Russia: commercio internazionale e investimenti esteri*, Milano, 2007

R. CONTI, *La Cassazione, il diritto di proprietà e le norme della CEDU. Una sentenza da non dimenticare. Cassazione civile, 19 luglio 2002, n. 10542*, in *Corr. giur.*, 2003, VI, 769

R. CONTI, *Espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale «multilivello» alla ricerca dell'Arca*, in *Corr. giur.*, 2006, 929

R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006

R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012

R. COOPER DREYFUSS, *Are Business Method Patents Bad for Business?*, in *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.*, 2000, 263

W.R. CORNISH, *Das «Statute of Anne» (8 Anne c. 19)*, in *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungslinien und Grundfragen*, a cura di E. Wadle, Berlin, 1993, 57

W.R. CORNISH, *Computer Program Copyright and the Berne Convention*, in *A Handbook of European Software Law*, a cura di M.B. Lehmann e C. Tapper, I, Oxford, 1993, 183

C.M. CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPs Agreement*, in *Oxford Commentaries on the GATT/WTO Agreements*, a cura di R. Howse, in *Oxford Commentaries on International Law*, diretti da P. Alston e V. Lowe, Oxford-New York, 2007

P. COSTANZO, *Competenza legislativa regionale e programmi informatici open source*, in *Giur. cost.*, 2010, II, 1437

P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Studi in memoria di Paolo Barile*, a cura di P. Caretti, Firenze, 2012, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

K. COSTELLO-B.A. LEVIN-M.J. LOCKERBY, *Good Faith and Fair Dealing – On Both Sides of the Border and Virtually Everywhere*, in *Franchise Law Journal*, 2001, IV, 206

A. COSTES, *Observations sur les articles du projet du nouveau Code criminel, qui*

concernent la Librairie, Lyon, 1804

L. COSTES, *Affaire Sabam: l'analyse de la CJUE*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2011, LXXVII, 31

L. COSTES, *Pas d'obligation pour l'exploitant d'un réseau social de mettre en place un système de filtrage*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2012, LXXX, 23

L. COSTES, *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur : les précisions de la CJUE*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, LXXXII, 2012, 20

L. COSTES-J.-B. AUROUX, *L'épuisement international du droit de distribution rejeté par la CJCE*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2006, XX, 30

C.A. COTROPIA-J.P. KESAN-D.L. SCHWARTZ, *Patent Assertion Entities (PAEs) Under the Microscope: An Empirical Investigation of Patent Holders as Litigants*, Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LBSS 14-20, 10-10-2013, [ssrn.com/abstract=2346381](http://ssrn.com/abstract=2346381)

T. COTTIER – P. VÉRON (a cura di), *Concise International and European IP Law. TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*, Alphen aan den Rijn, 2008

L. CRISTEA, *Contribution à l'étude du droit d'auteur. Sa nature juridique à travers son évolution. Etude du droit français*, Paris, 1938

L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. dir.*, 2012, II-III, 263

J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952

R. DAHRENDORF, *The Constitution of Europe*, 9-7-2004, [www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org)

G. DALIA, *Quando lo streaming di partite di calcio non è illegale*, in *Dir. internet*, 2006, III, 263

T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contr. impresa*, 2010, II, 733

E.J. DAMICH, *The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors*, in *Ga. L. Rev.*, 1988, 6

B. DANAHER-M.D. SMITH, *Gone in 60 Seconds: The Impact of the Megaupload Shutdown on Movie Sales*, Paper del 6-3-2013, [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2229349](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2229349)

G. DANG NGUYEN-S. DEJEAN-F. MOREAU, *Are Streaming and Other Music Consumption*



*Modes Substitutes or Complements?*, 16-3-2012, [ssrn.com/abstract=2025071](http://ssrn.com/abstract=2025071)

C. D'ANGELO, *Nota a Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, in *Europa dir. priv.*, 2012, II, 663

L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. UE*, 1998, I, 53

A. DARRAS, *Nouveau traité sur les marques de fabrique et de commerce*, Arras, 1885

A. DARRAS, *Des droits intellectuels – Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, 1887

C.R. DARWIN, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection. Or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*<sup>5</sup>, New York, 1869

A. DATTA ET AL., *Decentralized Online Social Networks*, in *Handbook of Social Network Technologies and Applications*, a cura di B. Furht, Berlin, 2010, 366

B. DAVIDSON, *Lost in Translation: Distinguishing Between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters*, in *Cornell Int'l L.J.*, 2005, 583

G. DAVIES-K.M. GARNETT, *Moral Rights*, London, 2010

R. DEAZLEY, *On the Origin of the Right to Copy*, Oxford, 2004

E. DE CARLO-M. MOLINARI, *Sub Art. 2575*, in *Azienda – Ditta – Insegna – Marchio – Opere dell'ingegno – Brevetti (Artt. 2555-2594)*, a cura D. De Angelis et al., in *Comm. Cendon*, Milano, 2010, 333

A. DE CUPIS, *Diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1959

A. DE CUPIS, *Diritto all'identità personale, diritti ai segni distintivi personali, diritto morale d'autore*, Milano, 1961

E.F. DEFEIS, *The Treaty of Lisbon and Human Rights*, in *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 2009-2010, 413

A. DE GREGORIO, *Contributo ad uno Studio sulla natura del diritto d'autore*, in *Riv. dir.*

comm., 1910, I, 770

A. DE GREGORIO, *Mobile, sicurezza, servizi in Cloud: la patente europea per il computer si rinnova*, 13-5-2013, [www.corriere.it](http://www.corriere.it)

G. DELLA VOLPE, *Rousseau e Marx e altri saggi di critica materialistica*, Roma, 1957

G. DELLE DONNE, *Il tempo, questo sconosciuto*, Roma, 2006

F. DELL'ISOLA, *La neutralità della rete nella regolamentazione internazionale, comunitaria e nazionale: una questione risolta?*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2010, XXXV, 105.

L. DELLO IACOVO, *Stampanti 3D, auto che si guidano da sole, intelligenza artificiale: ecco le 12 tecnologie che cambieranno il mondo*, 24-5-2013, [www.ilsole24ore.it](http://www.ilsole24ore.it)

J. V. DELONG ET AL. (a cura di), *La proprietà (intellettuale) è un furto? Riflessioni su un diritto per il futuro*, Catanzaro-Bergamo, 2006

N. DE MARINIS, *Licenziamenti illegittimi: la nuova tutela*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, XXXIX, 2445

M. DENIS, *Suffragium pro Johanne de Spira, primo Venetiarum typographo*, Vienna, 1794

G. DE NOVA, *The Alien contract - Il contratto "alieno"*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, IV, 487

G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011

G. DE NOVA, *Il contratto alieno2*, Torino, 2010.

C. DENT, *Patent Policy in Early Modern England: Jobs, Trade and Regulation*, Intellectual Property Research Institute of Australia Working Paper No. 06.07, luglio 2007, [www.ipria.com](http://www.ipria.com)

P. DELL'OTTONAIO (a cura di), *Canzoni o vero mascherate carnascialesche*, Firenze, 1560

A. DE ROBBIO, *Biobanks: Patents or Open Science? (Woodhead Publishing Series in Biomedicine)*, Cambridge, 2012

V. DE SANCTIS, *Autore, diritto di*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 392

V. DE SANCTIS, *Considerazioni sulla durata del diritto di autore*, in *Revue internationale du droit d'auteur*, 1953-1954, V, 35

V. DE SANCTIS, *La cour constitutionnelle italienne et le droit d'auteur*, in *Hommage à Henri*

Desbois, Paris, 1974, 299

G. DE SANTIS, *La tutela giuridica del software tra brevetto e diritto d'autore*, Milano, 2000

V. DE VECCHI LAJOLO, *Alea ACTA est?*, in *Dir. ind.*, 2012, IV, 301

J.-L. DEWOST ET AL. (a cura di), *Dispositions générales et finales*, in *Le Droit de la Communauté économique européenne. Commentaire du Traité et des textes pris pour son application*, diretto da J. Megret et al., XV, Bruxelles, 1987

L. D'HÉRICOURT DU VATIER, *Mémoire en forme de requeste à Monsieur le Garde des Sceaux. Question. S'il seroit juste & équitable, d'accorder aux Libraires de Province, la permission d'imprimer les Livres qui appartiennent aux Libraires de Paris, par l'acquisition qu'ils ont faite des Manuscrits des Auteurs?*, Paris, 1725, in *Œuvres posthumes de Maître Louis d'Héricourt, avocat au Parlement*, III, *La suite de ses mémoires sur des questions de droit civil*, Paris, 1759, 53

E. DIÀZ, *La legittimazione della democrazia*, in *MondOperaio*, 1986, VIII-IX, 100

V. DI CATALDO-P.M. SANFILIPPO (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013

G. DI CHIO, *Gli intermediari: il sistema di vigilanza e l'esercizio dei servizi di investimento*, in *Società*, 1998, V, 502

K.J. DICKSON, *Moral Rights*, Toronto, 2005

D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Paris, 1763, in *La propriété littéraire au XVIIIe Siècle*, a cura di É. Laboulaye e G. Guiffrey, Paris, 1861

L. DI FRANCO, *Trattato della proprietà industriale*, Milano, 1933

E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli stati membri: il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, 2008

P. DI TRAPANÌ, *Viaggio in Sicilia. I luoghi del turismo responsabile*, Palermo, 2013

A.M. DIXON-M.F. HANSEN, *The Berne Convention Enters the Digital Age*, in *EIPR*, 1996, XI, 604

H. B. DIXON JR, *Cloud Computing*, in *The Judges' journal*, 2012, II, 36

C. DOCTOROW, *Makers*, New York, 2009

M.C. DONALDSON, *Fair Use: What a Difference a Decade Makes*, in *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, 2009-2010, 331

M. DÖRING,-P. ENGLAND, *An English perspective on the unitary patent and unified Patent Court*, in *Contr. impresa Europa*, 2012, II, 569

U. DRAETTA, *Il Regime internazionale della proprietà industriale*, Milano, 1967

U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, III, 513;

R. DRAGO, *Considerazioni intorno ad un parere legale sopra una questione di proprietà letteraria tra Alessandro Manzoni e l'editore F. Le Monnier*, Genova, 1886

G. DRAGOTTI, *L'attuazione della direttiva «enforcement»*, in *Riv. dir. ind.* 2006, III, 21

P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual property*, Sudbury (MA), 1996

J.W. DRAPER, *Queen Anne's Act: a Note on English Copyright*, in *Modern Language Notes*, 1921, XXXVI, 146

R. DRATH, *Hotfile, Megaupload, and the Future of Copyright on the Internet: What Can Cyberlockers Tell Us about DMCA Reform?*, in *John Marshall Rev. Intellectual Property L.*, 2012, XII, 205

R. DREYFUSS-D.L. ZIMMERMAN-H. FIRST (a cura di), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, 2001 (rist. 2004)

S.A. DUNN, *Defining the Scope of Copyright Protection for Computer Software*, in *Stan. L. Rev.*, 1986, XXXVIII, 497

R. DURÁN RIVACOBA-V. GARCÍA LLERENA, *Protección de datos personales y del derecho de la intimidad vs. protección de la propiedad privada de carácter intelectual: consecuencias del caso Promusicae*, in *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, a cura di X. O'Callaghan Muñoz, Madrid, 2011, 205 e

K. DE LA DURANTAYE, *The Origins of the Protection of Literary Authorship in Ancient Rome*, in *B.U. Int'l L.J.*, 2007, 37

M. DURANTE-U. PAGALLO (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, 468

G. DUSO-G. RAMETTA (a cura di), *La libertà nella filosofia classica tedesca. Politica e filosofia tra Kant, Fichte, Schelling e Hegel*, Milano, 2000

G. DWORKIN, *The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries*, in *Colum.-VLA J.L. & Arts*, 1995, XIX, 229

F.H. EASTERBROOK, *Intellectual Property is still Property*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 1990, I, 108

M. EHLERS, *Ueber die Unzulässigkeit des Büchernachdrucks nach dem natürlichen Zwangsrecht*, Dessau-Leipzig, 1784

M. VAN EECHOU, *Friends or Foes? Creative Commons, Freedom of Information Law and the EU Framework for Re-Use of Public Sector Information*, in *Open Content Licensing: From Theory to Practice*, a cura di L. Guibault, Amsterdam, 2011, 9

A. VAN EIJSDEN, *Comment to ECJ, 18-4-2013, C-565/11, Mariana Irimie in Highlights & Insights on European Taxation*, 2013, VII, 12

T.R. EIMER-K. RÖTTGERS-B. VÖLZMANN-STICKELBROCK (a cura di), *Die Debatte um geistiges Eigentum: Interdisziplinäre Erkundungen - Rechtswissenschaft - Politikwissenschaft - Philosophie*, Bielefeld, 2010

L. EINAUDI, *Francesco Fuoco rivendicato*, in *Saggi bibliografici e storici intorno alle dottrine economiche*, Roma, 1953

C.F.M. EISENLOHR, *Das literarisch-artistische Eigenthum und Verlagsrecht mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen*, Schwerin, 1855

T.R. EISENMANN-M. PAO-L. BARLEY, *Dropbox: 'It Just Works'*, 23-1-2013, Harvard Business School Entrepreneurial Management Case No. 811-065, [ssrn.com/abstract=2020392](https://ssrn.com/abstract=2020392)

J. ELSTER, *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, New Haven, 1991, trad. it. a cura di G. Rigamonti, *Argomentare e negoziare*, Milano, 2005

J. ELSTER, *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998

F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato. In relazione alle ricerche di Lewis H. Morgan*, a cura di V. Parlato, Roma, 2006

F. ENGELS-K. MARX, *Die heilige Familie, oder Kritik der Kritischen Kritik. Gegen Bruno Bauer & Consorten*, Frankfurt a. M., 1845

R.R. ENGLUND, *Idea, Process, or Protected Expression?: Determining the Scope of Copyright Protection of the Structure of Computer Programs*, in *Michigan Law Review*, 1990, LXXXVIII, 866

- R.A. EPSTEIN, *The Structural Unity of Real and Intellectual Property*, 2006, [www.pff.org](http://www.pff.org)
- J. ESCARRA-J. RAULT-F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris, 1937
- C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958
- B. EVANS, *Practical 3D Printers: The Science and Art of 3D Printing*, New York, 2012
- M. FABIANI, *In tema di diritto morale e di danno morale*, in *Dir. aut.*, 1955, 34
- M. FABIANI, *In tema di illecito per lesione del diritto morale di autore*, in *Dir. aut.*, 1955, 474
- M. FABIANI, *Libertà di circolazione di dischi o dumping?*, in *Dir. aut.*, 1981, 250
- M. FABIANI, *Il caso M.G.M. contro Grokster. Ovvero della responsabilità per l'altrui indebito utilizzo di opere protette*, in *Dir. aut.*, 2006, I, 14
- M. FAIX, *Das Europarecht im Dialog zwischen den Gerichten der Slowakischen Republik und dem Gerichtshof der Europäischen Union*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2013, 483
- G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*, 2012, 125
- E. FALLETTI, *Internet: le novità giuridiche sul web*, 15-9-2011, [dottrinaediritto.ipsoa.it](http://dottrinaediritto.ipsoa.it)
- L.C. FARINI, *Epistolario*, 4 voll., Bologna, 1911-1935
- M. FARKAS, *Technology: In Practice: From Desktop to Cloud Top*, in *American Libraries*, 2009, IV, 27
- M. FASIANI, *Note sui Saggi di Francesco Fuoco*, Genova, 1923
- J. FEATHER, *Publishing, Piracy and Politics. An Historical Study of Copyright in Britain*, London, 1994
- L. FERRAJOLI (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 179
- R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, a cura di P. Caroni e E. Dezza, Atti del convegno internazionale di studi di Pavia, 11/12-10-2002, Padova, 2006, 339
- F. FERRARA SR (diretta da), *Biblioteca dell'economista*, 13 voll., Torino, 1850-1868
- F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, in *Archivio di studi corporativi*, 1940, 55

F. FERRARA, *Tullio Ascarelli*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 113

F. L. FERRARI, *Lettere e documenti inediti*, a cura di G. Rossini, I, Roma, 1986

F. FERRARI, *La Corte di giustizia e il foro dei provvedimenti cautelari inibitori in materia di proprietà industriale (Nota a sentenza C. giust. U.E., sez. 3, 12 luglio 2012, C-616/10)*, in *Int'l Lis*, 2012, III, 117

C. FIESLER, *Everything I Need to Know I Learned from Fandom: How Existing Social Norms Can Help Shape the Next Generation of User-Generated Content*, in *Vanderbilt J. Of Ent. & Tech. Law*, 2008, X, 754

E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, Atti del primo congresso nazionale di Diritto agrario, Firenze, 1935

O. FIUMARA, *La nuova normativa comunitaria sulla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco (direttiva 2001/37/CE)*, in *Rass. avv. Stato*, 2002, 34

G. FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1989, 89

G. FLORIDIA, *La brevettabilità del software in Italia e in Europa*, in *Dir. ind.*, 2004, V, 421

M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010

M. FRANZOSI, *La Corte brevettuale europea*, in *Dir. ind.*, 2013, V, 413

A. FRIGNANI, *Il tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenente alla cinematografia*, in *Dir. aut.*, 1984, 57

F. FUOCO (G. DE WELZ), *La metafisica dell'economia politica*, VI, *Rapporti del sistema dell'industria colla legislazione, colla politica, e la morale*, in *Saggi economici*, I, Pisa, 1825

B. FURHT, *Encyclopedia of Multimedia*<sup>2</sup>, New York, 2008

D. FUSARO, *L'aporia dello Stato in Fichte. L'egemonia della politica sull'economia come reazione all'epoca della compiuta peccaminosità*, in *Giornale critico di storia delle idee*, 2011, V, 105

J.G. FICHTE, *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1791, XXI, 443, ora in ora in ID., *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, a cura di R. Lauth, H. Jacob e H. Gliwitzky, I, *Werke*, 1, *Werke 1791-1794*, a cura di R. Lauth e H. Jacob, Stuttgart, 1964 e anche in *UFITA*, 1987, 155

J.G. FICHTE, *Versuch einer Kritik aller Offenbarung*, Königsberg, 1792

J.G. FICHTE, *Die Zurückforderung der Denkfreiheit von den Fürsten Europas, die sie bisher unterdrückten. Eine Rede*, Danzig, 1793

J.G. FICHTE, *Sulla rivoluzione francese. Sulla libertà di pensiero*, Bari, 1966

I.H. FICHTE (a cura di), *Johann Gottlieb FichtÈs Leben und literarischer Briefwechsel*, 2 voll., Sulzbach, 1830-1831

F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*<sup>5</sup>, Napoli, 1907

F. FILOMUSI GUELF, *Diritti reali: ad uso di lezioni*<sup>2</sup>, Roma, 1910

G. FLORIDIA, *Il brevetto unitario: cui prodest?*, in *Dir. ind.*, 2013, III, 205

G. FOGLIA, *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di file sharing e di sistemi peer-to-peer*, in *Dir. ind.*, 2007, VI, 585

K. FOTINOPOULOS, *The day after the Computer-Implemented Inventions Directive: who won the battle and when shall the war end?*, 4:2 *SCRIPTed* 180, 2007, 2, , [www.law.ed.ac.uk](http://www.law.ed.ac.uk)

M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002

R. FRANCESCHELLI, *Il primo privilegio in materia di stampa. Il privilegio concesso il 18 settembre 1469 dal Senato Veneto allo stampatore Giovanni da Spira*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, I, 372

R. FRANCESCHELLI, «Proprietà industriale». *Origini e portata di tale formula legislativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, I, 117

R. FRANCESCHELLI, *La prima legge generale in materia di invenzioni industriali (la «parte» veneziana 19 marzo 1474)*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, I, 371

V. FRANCESCHELLI, *Diritto comunitario, diritto d'autore e biblioteche a pagamento: grazie al diritto comunitario le nostre biblioteche si trasformano in esattori*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, III, 68

L. FRANCHI (a cura di), *Leggi e convenzioni sui diritti d'autore. Raccolta generale delle leggi italiane e straniere e di tutte le convenzioni*<sup>2</sup>, Milano, 1902

M. FUCHS, «Genossenschaftstheorie» di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria



*del diritto di Santi Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, 65

M FUJIWARA, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre: autour de la Lettre sur le commerce de la librairie*, in *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2005, 1, 79

L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e «Il lavoro nella costituzione». Una rilettura*, Atti della Giornata di Studio, Siena, 31-1-2003, Milano, 2005

L. GALEOTTI, *Trajano Boccalini e il suo tempo. Memoria storica*, in *Archivio storico italiano*, 1855, I, 124

F. GALGANO, *L'imprenditore*<sup>3</sup>, Bologna, 1980

E. GALLI DELLA LOGGIA-A. SCHIAVONE, *Pensare l'Italia*, Torino, 2011

W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, 167, ora in *Philosophy and the Historical Understanding*, London, 1964, 157

A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 1995

A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino, 1997, 502

A. GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, VI, 641

A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 2, 115

A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*,

A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, 4 voll., Milano, 2008-2012.

A.M. GAMBINO, *La protezione degli interessi dei consumatori tra IP e concorrenza (con spunti utili dal caso Microsoft)*, in *AIDA 2007*, 2008, 170

A.M. GAMBINO, *L'innovazione informatica tra brevettazione e diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2010, II, 147

S. GAMBINO, *Identità costituzionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, III, 533

G.R. GANSSEER, *Violations of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*,

1981, III, 138;

K. GANTERT, *Der virtuelle Gegenstand im Recht*, Hagen, 2010

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Cloud computing. Proteggere i dati per non cadere dalle nuvole*, 1-5-2012, [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)

A. GARDELLA, Sub Art. 295, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2004, 1312

K. GAREIS, *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*, in *Busch's Archiv*, 1877, 185

A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, 2012, I, 31

G. GARUTI, *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo. Diritto alla libertà e alla sicurezza e protezione della proprietà. Mancanza di presupposti per l'applicazione di misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, II, 255

F. GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello statuto*, in *Giust. amm.*, 2009, III, 67

F. GAZIN, *Répétition de l'indu*, in *Europe*, 2013, 14

F. GAZIN, *L'étendue du versement des sommes dues par les États en violation du droit de l'Union européenne: le beurre et l'argent du beurre au service de l'efficacité du droit*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2013, 475

F. GAZIN, *Conciliation des droits et libertés. Intéressante affaire donnant l'occasion au juge de l'Union de construire un raisonnement complet permettant de vérifier la conformité du droit dérivé de l'Union au regard des droits fondamentaux*, in *Europe*, 2013, III, 11

C. GEIGER, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?*, in *RIDE*, 2006, IV, 389

C. GEIGER, *Intellectual «Property» after the Treaty of Lisbon: Toward a Different Approach in the New European Legal Order?*, in *EIPR*, 2010, VI, 255

C. GEIGER, *The Anti-Counterfeiting Trade Agreement and Criminal Enforcement of*

*Intellectual Property: What Consequences for the European Union?*, in *IP Rights at the Crossroads of Trade*, a cura di J. Rosen, Cheltenham-Northampton, 2012, 167

C. GEIGER, *Quelle mise en oeuvre des droits de propriété intellectuelle au niveau international? Retour sur l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA)*, in *Propriété intellectuelles*, 2012, IV, 201

C. GEIGER-J. GRIFFITHS-R.M. HILTY-U. SUTHERSANEN, *Declaration on a Balanced Interpretation of the «Three-Step Test» in Copyright Law*, in *IIC*, 2008, 707 e in *JIPITEC*, 2010, I, 119

P. GELATO-F. LALA, *Brevetto unitario per l'Europa o brevetto europeo (con effetto) unitario? Nodi giuridici e linguistici nella prospettiva italiana*, in *Contr. impresa Europa*, 2012, II, 516

Y. GENDREAU, *Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1988, XIII, 41

M.E. GENNUSA, *L'Unione europea e la CEDU: verso l'adesione*, in *Scritti in memoria di Alessandro Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberi e M.P. Viviani Schlein, Milano, 2012, 293

A. GENTILI, *A proposito di: G. De Nova, "Il contratto. dal contratto atipico al contratto alieno"*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 2, 133

A. GERACI, *Copia di un software e violazione del diritto d'autore: la Corte eur. giust. sul caso SAS c. WP*, in *Dir. ind.*, V, 2012, 457

K.F.W. VON GERBER, *Über die Natur der Rechte des Schriftstellers*, in *Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1859, III, 359

K.F.W. VON GERBER, *System des Deutschen Privatrechts*<sup>10</sup>, Jena, 1870

N. GERSHENFELD, *Fab. Dal personal computer al personal fabricator*, Torino, 2005

D. GERVAIS, *Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize Exceptions and Limitations to Copyright*, in *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, 2009-2010, 499

D.J. GERVAIS-D.J. HYNDMAN, *Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy*, in *J. Telecomm. & High Tech. L.*, 2012, X, 53

G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in *Giur. comm.*, 1984, 270

G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Innovazione – Concorrenza – Benessere*

*dei consumatori – Accesso alle informazioni*<sup>2</sup>, Milano, 2008

G. GHIDINI-E. AREZZO-C. DE RASIS-P. ERRICO, *Il software fra brevetto e diritto d'autore, primi appunti sulla proposta di direttiva comunitaria sulle 'Invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici'*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 46

G. GHIDINI-V. FALCE, *Open source, General Public Licence e incentivo all'innovazione*, in *AIDA 2004*, 2005, 3

A. GIANNINI, *La Convenzione di Berna sulla proprietà letteraria*, Roma, 1933

A. GIANNINI, *Opere protette, opere non protette, utilizzazioni libere*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 359

M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 471

O.F. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Graz, 1868

O.F. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht, I, Allgemeiner Teil und Personenrecht*, in *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, a cura di K. Binding, Leipzig, 1895

L. GILLE, *La protezione della proprietà intellettuale, fattore della divisione internazionale della conoscenza*, in *Economia della conoscenza*, a cura di A. Pilati e A. Perrucci, Bologna, 2005, 207

V. GIOBERTI, *Della Protologia*, in *Opere inedite di Vincenzo Gioberti*, a cura di G. Massari, III, 1, 1857, 251

B. GIORDANO, *La dignità della persona umana*, in *Dalla parte della vita. Itinerari di bioetica*, a cura di E. Larghero e G. Zeppegno, I, Torino, 2007, 393

U.M. GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, 1254

G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, Firenze, 1889

F. GIOVANELLA, *Youtube attracca (per ora) in un porto sicuro. In tema di responsabilità del service provider*, in *Danno resp.*, 2011, III, 240

A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*<sup>2</sup>, Torino, 1917

G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *DLRI*, 1986,

317 ora in *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, 1989, 343

A. GISONDI, *Forme dell'assoluto. Idealismo e filosofia tra Maturi, Croce e Gentile*, Soveria Mannelli, 2002

E. FERRONI, *Le fabbriche del futuro (in 3D)*, 10-5-2013, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)

A. GJENGEDAL, *Industrial clusters and establishment of MIT FabLab at Furufalten*, Paper presented at the 9th International Conference on Engineering Education, 2006, [www.ineer.org](http://www.ineer.org)

J. GOELL, *Über den Buchhandel bei den Griech. und Römern.*, Schleiz, 1865

F. GOISIS, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nell'ordinamento nazionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, XI, 2711

W. GOLDBAUM, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht. Kommentar*<sup>3</sup>, Baden-Baden, 1961

M. GOLDHAMMER, *Die Begründung des Geistigen Eigentums in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft und ihre Bedeutung für die deutsche Diskussion*, in *ZGE/ IPJ*, 2009, I, 151

C. GOLDONI, *Memorie*, a cura di C. Bosisio, Milano 1993, 535

L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, I, 1, Stuttgart, 1891

F. GONNELLI ( a cura di), *Kant. Scritti di storia, politica e diritto*<sup>9</sup>, Roma-Bari, 2011

A.N. GORBAN, *Self-simplification in Darwin's Systems*, in *Coping with Complexity: Model Reduction and Data Analysis*, a cura di A.N. Gorban e D. Roose, Berlin-Heidelberg, 2011, 311

E.M. GRÄFF, *Versuch einer einleuchtenden Darstellung des Eigenthums und der Eigenthumsrechte des Schriftstellers und Verlegers und ihrer gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten*, Leipzig, 1794

P.P. GRAMES-T. REDLICH-J.P. WULFSBERG, *Open Source Hardware. Wie interactive Wertschöpfung traditionelle Produktionssysteme revolutioniert*, in *ZWF*, 2011, V, 314

A. GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Torino, 1972

A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, a cura di V. Gerratana, 4 voll., Torino, 2007

M. GRANIERI, *La fine è nota: diritto d'autore, evolucionismo giuridico e i meccanismi spontanei di aggiustamento del mercato*, in *Foro it.*, 2012, VI, 4, 310

M. GRANIERI, *Brevetto unitario e giurisdizione unica in materia di brevetti tra Europa e due velocità e geometrie variabili*, in *Foro it.*, 2013, 4, V, 223

A.F. GRAZZINI (a cura di), *Tutti i trionfi, carri, mascherate o canti carnascialeschi andati per Firenze*, Firenze, 1559

P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948

P. GRECO, *Beni immateriali*, in *Novis. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, *ad vocem*

P. GRECO, *Saggio sulle concezioni del diritto di autore*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 539

P. GRECO-P. VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di F. Vassalli, XII, 2, Torino, 1969

P. GRECO-P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XI, 3, Torino, 1974

J. GRIFFITHS, *Rethoric & the «Three-Step Test» - Copyright Reform in the United Kingdom*, in *EIPR*, 2010, VII, 309

A. GRISOLI, *La secolare ed incompiuta vicenda della brevettabilità dei farmaci*. in *Riv. dir. ind.*, 1981, III, 281

E.M. GROAT ET AL., *High Definition. An A to Z Guide to Personal Technology*, Boston, 2006

R.D. GROSS, *«Tragedy of the Commons»: Intellectual Property Rights in the Information Age. The Threat to Civil Liberties and Innovation Posed by Expanding Copyrights*, Cambridge, 2006

H. GROSSE RUSE-KAHN-N. KLASS-S. VON LEWINSKI (a cura di), *Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts. Aktuelle Probleme des Web 2.0*, Berlin-Heidelberg, 2010

P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977

P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, Atti del Convegno della Società italiana di storia del diritto, Pontignano, 30-9/3-10-1985, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 603 e in *Quaderni fiorentini*, 1988, 359

P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006

P. GROSSI, *«Un altro modo di possedere» rivisitato*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2007, I, 11

P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1083

P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, 106, ristampa dell'omonima relazione a *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Atti del Convegno di Pontigliano, 30-9/3-10-1985, Milano, 1988

P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992

P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, spec. 145

P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 694

P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, 2009

P. GUARDA, *L'open access per la dottrina giuridica e gli open archives: verso un futuro migliore?*, Relazione al seminario «*From Information to Knowledge - On Line Access to Legal Information Methodologies, Trends and Perspectives*», Firenze, 6-5-2011), in *Inf. e dir.*, 2012, II, 227

C. GUARNERI-P. PEDERZOLI, *La magistratura delle democrazie contemporanee*, Bari-Roma, 2002

A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla CEDU e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, Relazione al convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa, Milano, 6-6-2008, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. Damico e B. Randazzo, Torino, 2009, 161

G. GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software. Brevetto e diritto d'autore<sup>2</sup>*, Milano, 1997

G. GUGLIELMETTI, *Open source e interoperabilità con software proprietario*, in *AIDA 2004*, 2005, 144

J.-F. GUILLOT-C. DE HAAS, *La malédiction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, in *Contr. impresa Europa*, 2012, II, 543

A. GUISLAIN, *Edmond Picard. Les meilleures pages*, Bruxelles, 1954

J. HAHN, *Der Begriff des Property bei John Locke. Zu den Grundlagen seiner politischen Philosophie*, Frankfurt, 1984

G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 1243

- M. HARDT-A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010
- D. HARRIS, *TRIPs After Fifteen Years: Success or Failure, as Measured by Compulsory Licensing*, in *J. Intell. Prop. L.*, 2010-2011, 367
- P. HARROP, *Open Sourcing: When Hacker Culture Informs the Design Studio*, in *Journal of Architectural Education*, 2007, I, 69
- N. HARTMANN, *Ethik<sup>2</sup>*, Berlin-Leipzig, 1926
- S. HARTWIG, *Das digitale Dilemma – Wissens-Allmende gegen geistiges Eigentum*, München, 2007
- P. HARUM, *Zur Kritik einiger neuerer Ansichten über das Autor-Recht*, in *Oesterreichische Vierteljahresschrift für Rechts und Staatswissenschaft*, 1863, XII, 269
- B. HASLINGER, *Kartellrecht: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Microsoft - Verfahren und Herabsetzung der Höhe des Zwangsgelds*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, 673
- G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin, 1821
- R. HEIDINGER, *Die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Access-Providern auf Sperre urheberrechtsverletzender Webseiten*, in *Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2011, 153
- C. HESS- E. OSTROM (a cura di), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, Cambridge, 2007
- T. HEYMANN, *EuGH: Kein Urheberrechtsschutz für Programmiersprache und Funktionalitäten eines Computerprogramms*, in *Computer und Recht*, 2012, 431
- P.W. HIGGS, *Broken Symmetries and the Masses of Gauge Bosons*, in *Physical Review Letters*, 1964, II, 132
- R.M. HILTY-T. JAEGER-V. KITZ (, a cura di), *Geistiges Eigentum. Herausforderung Durchsetzung*, Berlin-Heidelberg, 2008
- B.M. HOFFSTADT, *Dispossession, Intellectual Property and the Sin of Theoretical Homogeneity*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2006-2007, 911
- W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913, XXIII, 16



G. HOLIDAY HALL, *The end is known*, New York, 1949

H. HOLZHEY, *Lockes Begründung des Privateigentums in der Arbeit*, in *Studia philosophica*, 1983, XII, 19

K.F. HOMMEL, *Litteraturis juris*, Leipzig, 1761

W.K. HON-C. MILLARD-I. Walden, *The Problem of 'Personal Data' in Cloud Computing - What Information is Regulated? The Cloud of Unknowing, Part 1*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 75/2011, in *International Data Privacy Law*, 2011, I, 211

W.T. HONG, *Establishing an Ethical Justification for Intellectual Property*, in *Intersect*, 2010, I, 1

P.N. HOWARD, *The digital origins of dictatorship and democracy. Information technology and political Islam*, Oxford, 2010

H. HUBMANN, *Die Entscheidungen des BVerfG zum Schutz des geistigen Eigentums*, in *GRUR Int.*, 1973, 270

J. HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, in *Geo. L.J.*, 1988-1989, LXXVII, 296

J. HUGHES, *Copyright and Incomplete Historiographies: Of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2006, 993

R. HURD, *The Works of the Right Reverend William Warburton, D.D. Lord Bishop of Gloucester*, 12 voll., London, 1788-1811

P. ICARD, *CJUE du 15 janvier 2013 « Krizan » : la prédominance du droit de l'environnement européen sur une décision d'urbanisme nationale*, in *Rev. dr. UE*, 2013, I, 121

L. IDOT, *Internet, piratage et obligations de filtrer les communications électroniques*, in *Europe*, 2012, I, 44

L. IDOT, *Dessins et modèles et action en contrefaçon*, in *Europe*, 2012, IV, 27

L. IDOT, *Protection juridique des programmes d'ordinateur*, in *Europe*, 2012, VII, 284

L. IDOT, *Exécution des obligations et astreinte*, in *Europe*, 2012, VIII-IX, 44

F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Dir. UE*, 2004, 633

IPR DESK MOSCA-STUDIO LEGALE PAVIA E ANSALDO (a cura di), *La tutela della proprietà industriale e intellettuale nella Federazione russa. Breve manuale per l'operatore italiano*, Москва, [www.uibm.gov.it](http://www.uibm.gov.it)

- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998
- A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa dir. priv.*, 2012, II, 617
- J. JACOB, *Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern. Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts*, Tübingen, 2010
- G. JÄGER (a cura di), *Das Kaiserrecht (1870-1918)*, Frankfurt a. M., 2001
- M. JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 349
- T. JAEGER, *Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise*, in *IIC*, 2013, IV, 389
- T. JAEGER-A. METZGER, *Open Source Software: Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software2*, München, 2006
- O. JANI, «*Secondhand*» *Software: Does European Copyright Law Permit the Sale of Secondhand Files?*, in *European Law Reporter*, 2012, 21
- M. JÄNICH, *Markenverletzungen auf Online-Marktplätzen*, in *Markenrecht*, 2011, 293
- V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum. Eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, 2002
- K.T. JASPERS, *I grandi filosofi*, trad. it. F. Costa, Milano, 1957
- T. JEFFERSON, *To Mr Isaac M'Pherson*, Monticello, 13-8-1813, in *The Writings of Thomas Jefferson*, a cura di H.A. Washington, VI, Washington D.C., 1854, 180
- K. JEFFERY-B. NEIDECKER-LUTZ , *The Future of Cloud Computing Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010*, Commission of the European Communities, Information Society & Media Directorate-General,-1-2011, [cordis.europa.eu](http://cordis.europa.eu)
- R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*3, IV, Paris, 1880
- D.R. JOHNSON-D.G. POST, *Law and Borders: The rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, XLVIII, 1367
- G. JOLLER, *Keine Erschöpfung des Vermietrechts*, in *European Law Reporter*, 1998, 210

R.H. JONES, *The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, in *Pace L.R.*, III, 1990, 554

M.G. JORI, *Diritto, nuove tecnologie e comunicazione digitale*, Milano, 2013

L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*<sup>3</sup>, 2 voll., Paris, 1938-1939

G. KAISER, *Eigentum und Allmende: Alternativen zu geistigen Eigentumsrechten an genetischen Ressourcen*, München, 2012

I. KANT, *Metaphysik der Sitten in zwei Theilen, Rechtslehre, Tugendlehre*, I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, ora in *Immanuel Kant's Werke*, V, Leipzig, 1838, 97

I. KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, in *Berlinische Monatschrift*, 1785, V, 403, ora in *UFITA*, 1987, 137

D.W.K. KHONG, *The First British Copyright Act of 1710 and its Struggle Against Monopolies*, in *ESNIE*, 2003

K.K. KIMPPA, *Problems with the Justification of Intellectual Property Rights in Relation to Software and Other Digitally Distributable Media*, TUCS Dissertations 83. Turku Centre for Computer Science, 2007, 1

S.N. KINSELLA, *Contro la proprietà intellettuale*, Catanzaro, 2010

E. KIRKBY, *It's Unique: Innovation Diary*, 2010, [www.fablab.is](http://www.fablab.is)

J. KIRWIN, *EC Puts ACTA Ratification Process on Hold, Requests CJEU Review*, in *WIPR*, XXVI, 11

H. KLENNER (a cura di), *Kant Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie*, Ost Berlin, 1988

A. KLINGENBRUNNER-J.L. RAPTIS, *Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon*, in *Journal für Rechtspolitik*, 2008, 139

A.F.F.L. VON KNIGGE, *Ueber Schriftsteller und Schriftstellerey*, Hannover, 1793, ora in *Knigges Werke. Eine Bibliographie der gedruckten Schriften, Compositionen und Briefe*, a cura di E.A. Knigge. Göttingen 1996, 317

J. KOHLER, *Autorrecht. Eine zivilistische Abhandlung; zugleich ein Beitrag zur Lehre vom*

*Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*, Jena, 1880

J. KOHLER, *Das Immaterialgüterrecht und seine Gegner*, in *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1887, 190, 1887, ora in *UFITA*, 1993, CXXXIII, 81

J. KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz. Eine juristisch-ästhetische Studie*, Mannheim, 1892

J. KOHLER, *Die Idee des geistigen Eigentums*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894, XXXII, 141, ora in *UFITA*, 1993, CXXIII, 105

J. KOHLER, *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 1895, 241

J. KOHLER, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim, 1900

J. KOHLER, *Das Eigenbild im Recht*, Berlin, 1903

J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907

J. KOHLER, *Moderni problemi del diritto*, a cura di L. Lordi, Bari, 1909

J. KOHLER, *Warenzeichenrecht*, Mannheim-Leipzig, 1910

J. KOHLER, *Manuale delle privative industriali*, a cura di F. Foà, Milano, 1914

M. KÖHLER, *Unitary patent: complexity or simplification-How preventing territorial peculiarities of patent enforcement in harmonized judicial system? Observations from Germany*, in *Contr. impresa Europa*, 2012, II, 557

M. KORT, *Software – eine Sache? Zivil- und handelsrechtliche Überlegungen anlässlich des Urteils des BGH vom 14.7.1993*, in *DB*, 1994, II, 1505

M.H. KRAMER, *John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community and Equality*, Cambridge, 1997

W.A. KRAMER, *Die Rechte der Schriftsteller und Verleger*, Heidelberg, 1827

G. KRIKORIAN-A. KAPCZYNSKI (a cura di), *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, New York, 2010

R.L. KRUTZ-R.D. VINES, *Cloud Security: A Comprehensive Guide to Secure Cloud Computing*, Hoboken, 2010

V. KUMAR-G. RAHEJA-J. SODHI, *Cloud Computing*, in *International Journal of Computers & Technology*, 2013, I, 5

C. KUNER, *Data Protection and Rights Protection on the Internet: The Promusicae Judgment of the European Court of Justice*, in *EIPR*, 2008, 199

H.-P. KUNZ HALLSTEIN, *La Convenzione di Monaco sulla concessione di brevetti d'invenzione europei*, in *Riv. dir. civ.*, V, 1977, 569

H.-P. KUNZ-HALLSTEIN, *The United States proposal for a GATT agreement on intellectual property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property. (Symposium: Trade-Related Aspects of Intellectual Property, part 1)*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, II, 265

É. LABOULAYE, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858

É. LABOULAYE - G. GUIFFREY, *La propriété littéraire au XVIIIe siècle. Recueil de pièces et de documents*, Paris 1859

J.F. DE LA HARPE, *Adresse des auteurs dramatiques à l'Assemblée nationale prononcée par M. Jean François de La Harpe dans la séance du mardi soir 24 août 1790*, Paris, 1790

G. LANDOLFI PETRONE, «È difficile liberarsi dell'uomo». *L'orientamento antropologico della filosofia kantiana*, in I. KANT, *Metafisica dei costumi dei costumi*, Milano, 2006

J. DE LA BRUYÈRE, *Les Caracteres de Theophraste*, Paris, 1688

P. LANDO ET AL., *Towards A General Ontology Of Computer Programs*, 2nd International Conference on Software and Data Technologies, 22/27-7-2007, Atti del Convegno, Barcelona, 5

W.R. LANE, *Convention for the Protection of Industrial Property*, in *American Bar Association Journal*, 1926, XII, 178

M. LANGE, *Kritik der Grundbegriffe von geistigen Eigenthum. Auf Grundlage der Einleitung zum Gesetze vom 11. Juni 1837 und mit besonderer Rücksicht auf die preußische Gesetzgebung überhaupt*, Schoenebeck, 1852, ora in *UFITA*, 1991, CXVII, 174

J. LANGENDERFER-D.L. COOK *Copyright Policies and Issues Raised by A&M Records v. Napster: «The Shot Heard 'Round the World» or «Not with a Bang but a Whimper?»*, in *Journal of*

*Public Policy & Marketing*, 2001, II, 280

P. LANOIS, *Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing, and Privacy?*, in *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2010, IX, 29

P. LANZA DI SCORDIA, *Degli odierni uficii della tipografia*, in *Effemeridi scientifiche e letterarie per la Sicilia*, 1835, IV, 188

B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Aix-en-Provence, 2006

F. LA RUE (a cura di), *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (A/HRC/17/27)*, 16-5-2011, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

F. LA RUE (a cura di), *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (A/HRC/23/40)*, 17-4-2013, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

A. LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, Naumburg, 1882

R. LATHAM, *Intellectual Property implications of Cloud Computing*, Ridout&Maybee LLP, 23-3-2010, [globalaea.org](http://globalaea.org)

C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977

S. LAWRENCE, *Fair and reasonable*, in *Competition Law Insight*, 2012, IX, 8

T. LAWSON-REMER, *Values Under Siege: NAFTA, GATS, and the Propertization of Resources*, in *N.Y. Envtl. L.J.*, 2006, II, 481

G. LAWTON, *Developing Software Online With Platform-as-a-Service Technology*, in *Computer*, 2008, VI, 13

N. LAZZERINI, *Considerazioni sul valore delle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2010, II, 1.

I.R.G. LE CHAPELIER, *Rapport fait par M. Le Chapelier; Au nom du Comité de Constitution, sur la Pétition des Auteurs dramatiques, dans la Séance du Jeudi 13 Janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette Séance*, Paris, 1791

C. LEHMENT, *Neuordnung der Täter- und Störerhaftung*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2012, 149

S. LEIBLE-M. LEHMANN-H. ZECH (a cura di), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, Tübingen, 2011

- M.A. LEMLEY, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, in *Yale L.J.*, 1999, 1687
- M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2004, 129
- M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, in *Tex. L. Rev.*, 2005, LXXXIII, 1035
- M.A. LEMLEY-D.S. LEVINE-D.G. POST, *Don't Break the Internet*, in *Stanford L. Rev. Online*, 2011, LXIV, 34
- M.A. LEMLEY-Z. SHAFI, *Who Chooses Open-Source Software?*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2011, 139
- R. P. LEPAULLE, *Les droits de l'auteur sur son oeuvre*, Paris, 1927
- J. LERNER, *The Impact of Copyright Policy Changes in France and Germany on Venture Capital Investment in Cloud Computing Companies*, [www.cciagnet.org](http://www.cciagnet.org)
- L. LESSIG, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, London, 2008
- C. LE STANC, *Le numérique et le droit des biens, A, Logiciels: objet de la protection*, in *Recueil Dalloz*, XXXV, 2012, 2343
- C. LE STANC, *Le numérique et les contrats. Commercialisation de «logiciels d'occasion»: précisions*, in *Recueil Dalloz*, XXXV, 2012, 2345
- T. LEVITZ, *Musicology Beyond Borders?*, in *Journal of the American Musicological Society*, 2012, III, 821
- P. LÉVY, *L'intelligence collective. Pour une anthropologie du cyberspace*, Paris, 1994
- A. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property Law in Greece*, The Hague-London-Boston-Athens, 1999
- R. LIBCHABER, *La propriété, droit fondamental*, in *Libertés et droits fondamentaux*<sup>14</sup>, a cura di R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche e T. Revet., Dalloz, 2008, 649
- M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, VI, Milano, 2006, 87
- M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA 2005*, 2006, 62

M. LIBERTINI, *A « highly competitive social market economy » as a founding element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza mercato*, 2011, 498

M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, I, 40

S. LIEBICH, *Kommentar zu EuGH, Urteil vom 18.7.2013, C-501/11 P – Schindler*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2013, X, 1330

S.P. LIEMER, *Understanding Artists Moral Rights: A Primer*, in *B.U. Pub. Int. L.J.*, 1998, 41

S.P. LIEMER, *On the Origins of Le Droit Moral: How Non-Economic Rights came to Be Protected in French IP Law*, in *J. Intell. Prop. L.*, 2011, 73

F. LIGI, *Il problema economico della personalità*, in *Foro it.*, 1957, I, 588

T.V. LILLARD-C.P. GARRISON-C.A. SCHILLER-J. STEELE, *Digital Forensics for Network, Internet, and Cloud Computing*, Burlington, 2010

C. LIN, *Broadband. Optical Access Networks and Fiber-to-the-Home*, Chichester, 2006

E. LINCOLN, *Invention and Authorship in Early Modern Italian Visual Culture*, in *DePaul L. Rev.*, 2003, 1095

S.-N.-H. LINGUET, *Memoires et plaidoyers de M. Linguet avocat à Paris*, Amsterdam, 1773

S.-N.-H. LINGUET, *Esprit Et Genie de M. Linguet, Avocat Au Parlement de Paris (1780)*, Whitefish, 2010

L. LIPPOLIS, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo verso il Duemila*, Napoli, 2001

H. LIPSON-M. KURMAN, *Fabricated: The New World of 3D Printing*, Hoboken, 2013

J. LITMAN, *Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age*, in *Yale L.J.*, 1999, 1717

E. LLOYD, *On the law of trade marks*<sup>2</sup>, London, 1865

J. LOCKE, *Two Treaties of Government. In the former, The false Principles, and Foundation of Sir Robert Filmer, and his Followers, are Detected and Overthrown. The latter is an Essay concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, II, *Of Civil Government*, London, 1690, ora in *Two Treaties of Government*, II, *Of Civil Government*, London, 1821

J.G. LOCRÉ DE ROISSY, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou*



*Commentaire et complément des Codes français, VIII, Code civil. Livre II. Titre I. De la distinction des biens. Titre II. De la Propriété. Titre III. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. Titre IV. Des servitudes ou services fonciers, Paris, 1827*

J.G. LOCÉ DE ROISSY, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des Codes français, XXXI, Code pénal. Tome III. Suite du Livre III. - Des crimes, des délits, et de leur punition. Livre IV. - Contraventions de police et peines. Table générale, Paris, 1832*

M. LOMBARDO, *Il principio 'chi inquina paga' e la responsabilità ambientale da inquinamento diffuso nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. UE*, 2011, III, 719

L.P. LOREN, *Digitization, Commodification, Criminalization: The Evolution of Criminal Copyright Infringement and the Importance of the Willfulness Requirement*, in *Wash. U. L.Q.*, 1999, 835

L. LORENZETTI, *Scrivere 2.0: Gli strumenti del Web 2.0 al servizio di chi scrive*, Milano, 2010

U. LOEWENHEIM, *Copyright in Civil Law and Common Law Countries: a Narrowing Gap*, in *AIDA 1994*, 1995, 162

A. LUCARELLI, *Art. 17. Diritto della proprietà*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, 139

A. LUCARELLI (a cura di), *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Napoli, 2011

A. LUCAS, *For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test*, in *EIPR*, 2010, VI, 277

A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, 2 voll., Aix-en-Provence, 2002

R. LUCIFREDI, *Alessandro Manzoni e il diritto*, Milano-Genova-Roma-Napoli, 1933

F. LUCREZI, *La tabula picta tra creatore e fruitore*, Napoli, 1984

R. LUNA, *"Makers", gli artigiani che progettano il futuro*, in *La Repubblica*, 8-3-2012

G.S. LUNNEY, *Trademark Monopolies*, in *Emory L.J.*, 1999, 367

J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, saggio introduttivo a H.

Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013, i

E. LUZZATTO, *La proprietà industriale nelle convenzioni internazionali*, Milano, 1930

F. MACARIO, Sub Art. 832, in *Della proprietà. Artt. 810-868*, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, 368

G. MACCIONI, «Tokaji» contro «Tocai» di fronte alla Corte di Giustizia, in *Riv. dir. agr.*, 2006, II, 28

F. MACHLUP, *The Production and Distribution of Knowledge in the United States*, Princeton, 1962

J.L. MACKIE, *Can There Be a Right-Based Moral Theory*, in *Theories of Rights*, a cura di J. Waldron, Oxford, 1984, 177

C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*<sup>3</sup>, Milano, 1982

M. MAGGIOLINO-M.L. MONTAGNANI, *From Open Source Software to Open Patenting – What's New in the Realm of Openness?*, in *IIC*, 2011, VII, 804

M. MAGGIOLINO-M.L. MONTAGNANI, *Standardized Terms and Conditions for Open Patenting*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2013, II, 785

C. MAIORCA, *Premesse alla teoria della proprietà*, in *Jus*, 1941, II, 88

G. MAJONE, *Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico*, in *Rass. ital. Soc.*, 2010, IV, 599

C. MANARA, *Fournisseur d'accès: mise en place d'un système de filtrage*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 2925

L. MANDERIEUX, *Il DRM, il contratto ed il concetto di proprietà*, in *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*, Trento, 2008, 167

G. MANDICH, *Le privative industriali veneziane (1450-1550)*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 511

V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, II, 379

C. MANGIAFICO, *Durata dei certificati complementari di protezione: la Consulta dichiara*

*inammissibile la questione di legittimità costituzionale*, in *Dir. ind.*, 2006, I, 5

S. MANGIAMELI, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008

V. MANGINI, *Un diritto per computers: in margine ad un recente sviluppo giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 720

L. MANSANI, *La strada verso il brevetto europeo con effetto unitario è ancora in salita*, in *Contr. impresa Europa*, 2012, II, 510

A. MANTELERO, *L'«ingegneria interpretativa» della Corte di giustizia delle comunità europee in soccorso della tutela on-line del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2008, 1422

A. MANTELERO, *Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali ed aziendali*, in *Dir. informaz. informat.*, 2010, 673

A. MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contratto e impresa*, 2012, IV-V, 1216

A. MANZONI, *Lettera al Signor Professore Girolamo Boccardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria*, in *Opere varie*, Milano, 1870, 567

J. MANYIKA ET AL., *Disruptive technologies: Advances that will transform life, business, and the global economy*, maggio 2013, [www.mckinsey.com](http://www.mckinsey.com)

A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007

G. MARCHETTI-L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*<sup>5</sup>, Padova, 2012

A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2012, II, 1, 415

T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, in *Giur. it.*, 2011, VIII-IX, 1959

F. MARIATTE, *Nomination des vins*, in *Europe*, 2005, VII, 24.

F. MARIATTE, *Droit d'auteur et droit voisin*, in *Europe*, 2006, XI, 32

D. MARIE-VIVIEN, *La protection des indications géographiques: France, Europe, Inde*, Versailles, 2012

F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'«avere» all'«essere»*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi ed E. Gabrielli, Napoli, 2006, 10

S. MARION, *Plaidoyez de M. Simon Marion, avocat en Parlement. Avec les arrest donnez sur iceux*, Paris, 1693

J. MARLY, *Die Qualifizierung der Computerprogrammen als Sache nach § 90 BGB*, in *BB*, 1991, VII, 432

J. MARLY, *Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes. Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C-406/10 – SAS Institute*, in *GRUR*, VIII, 2012, 773

P. MARKS-B. WILLIAMSON, *Internet Driven Convergence - Policy Implications*, 4.-12-2009, [ssrn.com/abstract=1518571](http://ssrn.com/abstract=1518571)

M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004

B. MARTENS, *What Does Economic Research Tell Us About Cross-Border E-Commerce in the EU Digital Single Market?*, 15-2-2013, [ssrn.com/abstract=2265305](http://ssrn.com/abstract=2265305)

B. MARWITZ, *Intransmissibilità del diritto d'autore e diritto morale*, in *Dir. aut.*, 1938, 158

K. MARX, *Zur Kritik der Hegel'schen Rechts-Philosophie*, in *Deutsch-Französische Jarbücher*, 1844, 71

K. MARX, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte (1844)*, in *Marx-Engels-Gesamtausgabe*. 1, III, Berlin 1932, 29

K. MARX, *Lettera a Pavel Vasilevič Annenkov*, 28-12-1846, [www.marxists.org](http://www.marxists.org)

K. MARX, *Misère de la philosophie. Réponse à la philosophie de la misère de M. Proudhon*, Bruxelles, 1847

K. MARX, *Scritti politici giovanili*, a cura di L. Firpo, Torino, 1975

K. MARX, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, a cura di C. Pizzingrilli, Macerata, 2008

P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies: il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, Milano, 2005

P. MASIYAKURIMA, *The Futility of the Idea/Expression Dichotomy in UK Copyright Law*, in *IIC*, 2007, V, 548

C. MASSA SALUZZO, *Diritti di personalità e natura dei diritti di autore*, Torino, 1906

R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA 2005*, 2006, 18

P. MAYER, *Probleme der ethischen Begründung von «Geistigem Eigentum» und Immaterialgüterrechten im Informationszeitalter*, 19-7-2009, [aggregat7.ath.cx](http://aggregat7.ath.cx)

U. MATTEI, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 1997, 26

U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, 2000

U. MATTEI-L. NADER, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Malden-Oxford-Victoria, 2008, trad. it. a cura di A. M. Poli, *Il saccheggio*, Milano-Torino, 2010

U. MATTEI-E. REVIGLIO-S. RODOTÀ (a cura di) *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, Roma, 2010

U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Roma, 2011

D. MATTHEWS, *The Lisbon Treaty, Trade Agreements and the Enforcement of Intellectual Property Rights*, in *EIPR*, 2010, III, 104

P. MATTHEWS, *La proprietà: storia e comparazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 21

S. MATURI, *L'ideale del pensiero umano ossia la esistenza assoluta di Dio*, Avellino, 1882

S. MATURI., *La filosofia e la metafisica*, Napoli, 1894

T. MAUNZ, *Das geistiges Eigentum in Verfassungsrechtlicher Sicht*, in *GRUR*, 1973, 107

M. MAZZAMUTO, *Il fantasma dell'occupazione appropriativa tormenta i giudici amministrativi (Nota a CdS IV 16 marzo 2012 n. 1514)*, in *Giur. it.*, 2012, XII, 2668

P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2007

S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 95

S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2011, IV, 861

S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, in *La didattica del diritto civile*, a cura di S. Mazzamuto ed E. Moscati, Torino, 2012

F. MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, I, 38

F. MAZZARELLA, *Diritto e invenzioni: un'introduzione storica*, in *Riv. st. dir. it.*, 2010, LXXXIII, 69

F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, 329

F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità. "La nuova tendenza" di Giuseppe Vadalà-Papale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, 583

F. MAZZETTI-P. ROTILI, *Occupazione illegittima ed art. 42 bis del Testo Unico espropri: quali prospettive?*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2012, VII-VIII, 496

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. aut.*, 2011, II, 207

G. MAZZIOTTI, *New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management*, 1-4-2011, Columbia Public Law Research Paper No. 11-269, [ssrn.com/abstract=1814264](http://ssrn.com/abstract=1814264)

R. MAZZON, *La responsabilità e il risarcimento nella proprietà e nel possesso*, Santarcangelo di Romagna, 2013

C.A. MCDANIEL, *Inventing Around and Impacts on Modes of Entry in Japan: a Cross-Country Analysis of U.S. Affiliate Sales and Licensing*, United States International Trade Commission Working Paper No.99-11-A, 1999, [ssrn.com/abstract=198753](http://ssrn.com/abstract=198753)

J.F. McDONOUGH, *The Myth of the Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy*, in *Emory Law Journal*, 2006, 189, [ssrn.com/abstract=959945](http://ssrn.com/abstract=959945)

W. MCGEVERAN, *The Law of Friction*, 17-12-2012, University of Chicago Legal Forum 2012; Minnesota Legal Studies Research Paper 12-66, [ssrn.com/abstract=2192191](http://ssrn.com/abstract=2192191)

J.A. MCNEIL WHISTLER, *Eden Versus Whistler. The Baronet & The Butterfly A Valentine With A Verdict*, New York, 1899, ora in *The Making of the Modern Law: Trials, 1600-1926*, Toronto, 2011

M. MEISTER, *Internet, piratage et filtrage des communications électroniques*, in *Europe*, 2012, IV, 26

C. MELE, *Degli odierni uficii della tipografia e de' libri. Discorso pratico ed economico*, Napoli, 1834

C. MELE, *Sulla proprietà letteraria*, in *Il progresso delle scienze lettere e arti*, 1837, XVI, 142

M. MELI, *Il principio comunitario chi inquina paga*, Milano, 1996

M. MELI, «*Sistema internazionale*» e sua incidenza sull'ordinamento interno, Relazione al Convegno SISDIC, Capri, 25/27-3-2010, ora in *Riv. dir. civ.*, 2012, V, 685

F. MELIS, *La Corte eur. giust. Ue pone limitazioni alla tutela del copyright sulla rete*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 632

P. MELL-T. GRANCE, *The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, NIST Special Publication 800-145, 2011, *csrc.nist.gov*

M.A. MELZER, *Copyright Enforcement in the Cloud*, in *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 2011, XXI, 403

D.K. MENDIS, *Back to the Drawing Board: Pods, Blogs and Fair Dealing – Making Sense of Copyright Exceptions in an Online World*, in *EIPR*, 2010, XI, 582

A. MENDOZA-CAMINADE, *Vers une liberalisation du commerce du logiciel en Europe?*, in *Recueil Le Dalloz*, 2012, 2142

P.S. MENELL, *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, in *Stan. L. Rev.*, 1988, XLI, 1045

P.S. MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, a cura di B. Bouckaert e G. De Geest, II, Cheltenham-Northampton, 2000, 130

P.S. MENELL, *Governance of Intellectual Resources and Disintegration of Intellectual Property in the Digital Age*, in *Berkeley Tech. L. J.*, 2011, IV, 1523

L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, a cura di G. Boldt, G. Camerlynck e P. Horizon, Milano, 1965, 48

L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 s., ora in *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, I, Milano, 2011, 92

L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1993, 47, ora in *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, I, Milano, 2011, 259

A. METZGER, *Keine Pflicht für Betreiber sozialer Netzwerke zu umfassenden Überwachungs- und Filtersystemen*, in *GRUR*, 2012, 384

R.P. MERGES, *Justifying Intellectual Property*, Harvard, 2011

D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. Priv.*, 2005, 605

S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftstheorie di Otto von Gierke*, in *Filosofia politica*, 1993, XXXI, 445

C.E. MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Dir. ind.*, 2008, 246

M. MIGLIAZZA, *Ipotesi di disciplina di un titolo unitario europeo di proprietà intellettuale nell'Apeiron di internet*, in *Dir. aut.*, 2011, IV, 454

A.R. MILLER, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?*, in *Harvard Law Review*, 1993, CVI, 977

G. MILO, *Giudici italiani e Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al diritto di proprietà*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2003, VI, 1485

F. MINERVA, *La illiceità penale della riproduzione di programmi altrui: l'orientamento della Cassazione e le prospettive sanzionatorie*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 693

F. MINNECI, *Le partecipazioni pubbliche al capitale di imprese*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1991, 365

L. MIRAGLIA, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1903

S. MIZZARO, *Introduzione alla programmazione con il linguaggio Java3*, Milano, 2001

C.-L. DE SECONDAT DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des Loix ou de rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce*, XI, *Des loix qui forment la liberté politique, dans son rapport avec la constitution*, 1748, Amsterdam, ora in *Œuvres de monsieur de Montesquieu*, I, London, 1772, 200

G.S. MOOHR, *Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, in *Am. U. L. Rev.*, 2005, 798

R. MORDACCI, *Kant-Renaissance. La riscoperta dell'etica normativa di Kant*, in I. KANT,



*Metafisica dei costumi*, a cura di G. Landolfi Petrone, Milano, 2006, 743

T. MORE, *Libellus vere aureus, nec minus salutaris quam festivus de optimo rei publicae statu, deque nova insula Utopia*, Leuven, 1516

G. MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, 2009

A. MORILLOT, *De la personnaité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*, in *Revue critique*, 1872, II, 29

G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica da S. Pietro sino ai nostri giorni*, LXXVII, Venezia, 1856

C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 178

A.-L. MOSBRUCKER, *Taxe sur la valeur ajoutée*, in *Europe*, 2010, XI, 32

A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006

L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 180

L. MOSCATI, *Un «Memorandum» di John Locke tra Censorship e Copyright*, in *Riv. st. dir. it.*, 2006, 69

L. MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. Liotta, II, Bologna, 2007, 284

L. MOSCATI, *Lo Statuto di Anna e le origini del copyright*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3678

D. MÜLLER, *Les passions de l'agir juste. Fondements, figures, épreuves*, Fribourg en Nuithonie-Paris, 2000

S.R. MUNZER (a cura di), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, 2001, 138

S.R. MUNZER, *Commons, Anticommons, and Community in Biotechnological Assets*, in *Theoretical Inq. L.*, 2009, 271

V. MURSKIY, *Freiheitsbegriff bei Fichte und Schelling (Vergleichsanalyse mit Bezugnahme auf Kant)*, Brüsseler Kongress der Internationalen Fichte-Gesellschaft, 2009, [www.europhilosophie.eu](http://www.europhilosophie.eu)

- A. MUSTO, *Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona: sintesi critica di un seminario fiorentino*, in *Persona e merc.*, 2011, II, 147
- G. NAPOLETANO-A.M. PICCHIA, *Il caso "British Telecommunications"*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1987, 82.
- M.A. NASER-S.H. HADDADIN, *On the Recognition of the Public Domain in Intellectual Creations under Islamic Sharia*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2012, II, 94
- U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943
- U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955
- U. NATOLI «Funzione sociale» e «funzionalizzazione» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1973, I, 139
- U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni<sup>2</sup>*, Milano, 1980
- J. NAUGHTON, *Intellectual property is theft. Ideas are for sharing*, in *The Observer*, 9-2-2003
- E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, V, 665
- M.R. NELSON, *Building an Open Cloud*, *Science*, 26-6-2009, 1656
- N.W. NETANEL-D. NIMMER, *Is Copyright Property? – The Debate in Jewish Law*, in *Theoretical Inq. L.*, 2011, 12, I, 242
- L.J. NEUSTETEL-S. ZIMMERN, *Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung*, Heidelberg, 1821
- L.J. NEUSTETEL, *Der Büchernachdruck nach römischen Recht betrachtet*, Heidelberg, 1824
- J.M. NEWMAN, *Copyright Freeconomics*, in *Vanderbilt Law Review*, 2013, 66
- F. NICOLETTI, *L'occupazione acquisitiva tra acquisto della proprietà e configurazione di illecito. La Corte europea dei diritti dell'uomo stigmatizza un istituto creato dalla giurisprudenza italiana*, in *Dir. econ.*, 2001, II, 455
- R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze della moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 177
- F.W. NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft*, Chemnitz, 1882
- A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza*, in *Dir. banca mercato fin.*, 1993, 575

M. NIGRO, *Il segreto di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, II, 293

S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012

L. NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Atti del convegno di Palermo del 25-26-6-2004, Milano, 2005

L. NIVARRA, *Il diritto d'autore*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007, 497

L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008

L. NIVARRA, *I «diritti esclusivi di trasmissione di eventi»*, in *AIDA* 2008, 2009, 34

L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, III, 575

L. NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, in *La didattica del diritto civile*, a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati, Torino, 2011

L. NIVARRA, *Democrazia liquefatta. Il caso del referendum «sull'acqua»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, IV, 609

L. NIVARRA, *«Così c'è stata la storia ma ora non c'è più». La funzione sociale dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese*, in *Questione giustizia*, 2012, IV 58

L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2012, 69

L. NIVARRA, *I beni comuni uni e trini ed il capitalismo proprietario*, in *Jus civile*, 2013, X, 602, [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it)

L. NIVARRA-V. RICCIUTO, *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002

G. NOCCIOLI-C. FABOZZI-F. LIGI (a cura di), *Attuazione da parte dell'Italia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Rapporto per l'Associazione giuristi italiani, Roma, 1964

I.L.NOCERA, *Diritto d'autore, se non occorre accertare la privativa industriale decide il Tribunale ordinario*, 29-11-2013, [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)

G. NOTO LA DIEGA, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore. La Corte di Giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2013, XI, 69

G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europa dir. priv.*, 2013, II, 543

G. NOTO LA DIEGA, *Proprietà e proprietà intellettuale nella Carta di Nizza*, Relazione al «XXI Incontro del Coordinamento dei Dottorati di ricerca in diritto privato», Santa Marina Salina, 30-5/1-6-2013

R. OKEDIJI, *Toward an International Fair Use Doctrine*, in *Colum. J. Transnat'l L.*, 2000-2001, 75

P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur, I, Les principes, le droit ancien*, Paris, 1934

F.H. O'NEAL-R.B. THOMPSON, *Oppression of Minority Shareholders. Protecting minority rights in squeeze-outs and other intracorporate conflicts*<sup>2</sup>, Deerfield, 1993

S. ONO, 商標法概説 第2版, Tokyo, 1999, trad. ingl., *Overview of Japanese Trademark Law*<sup>2</sup>, [www.iip.or.jp](http://www.iip.or.jp)

R. ONSLOW, *Software Patents: A New Approach*, in *EIPR*, 2012, X, 710

R. ONSLOW-I. JAMAL, *Copyright Infringement and Software Emulation: SAS Inc v World Programming Ltd*, in *European Intellectual Property Review*, 2013, 352

M.S. OPPENHEIMER, *Yours for Keeps: MGM v. Grokster*, in *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 2005, 23

G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 187

N. ORDINE, *L'utilità dell'inutile. Manifesto*, Milano, 2013

T. O'REILLY, *The Open Source Paradigm Shift*, in *Perspectives on Free and Open Software*, a cura di J. Feller et al., Cambridge, 2005, 461

M. ORLANDI, *Aiuti di Stato mediante conferimento di capitale alle imprese*, in *Giur. merito*, 1993, 543

V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*<sup>5</sup>, Firenze, 1909

R. OSHANA-M. KRAELING, *Software Engineering for Embedded Systems*, Waltham, 2013

S. OTTOLENGHI, *Atti della Commissione italiana del 1901*, Roma

A. OTTOLIA, *Privacy e social networks: profili evolutivi della tutela dei dati personali*, in *AIDA 2011*, 2012, 360

G. VAN OVERWALLE (a cura di), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models. Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability regimes*, Cambridge, 2009

M.L. PADELLETTI, *Protocollo I, Art. 1. Protezione della proprietà*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003

P.G.M. PAITONI SOMASCO, *Venezia Prima Città fuori della Germania dove si esercitò l'Arte della Stampa. Dissertazione*, Venezia, 1772

F. PALERMO, *Sulla vita e le opere di Carlo Mele*, in *Museo di scienza e letteratura*, 1846, X, 129

T.G. PALMER, *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, in *Harv. J.L. & Pub. Pol'y.*, 1990, 864.

C. PANZARINO, *Il diritto di proprietà nell'art. 1 del I Protocollo addizionale alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. amm. Rep. Ital.*, 2003, IV, 2, 329

A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007

R. PARDOLESI, *Sul divieto di brevettazione di farmaci*, in *Foro it.*, 1978, I, 809

R. PARDOLESI, «Software», «property rights» e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie, in *Foro it.*, 1987, 3, II, 289

R. PARDOLESI-A. RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 575

R. PARDOLESI-G. COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, in *Foro it.*, 2008, IV, 114

R. PAREEK, *Cloud Computing*, in *Journal of Global Research in Computer Science*, 2011, VII, 157

PARTITO NAZIONALE FASCISTA, *La dottrina del fascismo. Dagli scritti e discorsi del Duce*, Roma, 1936

P. PASSANITI, *Lodovico Barassi*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)

S. PASTORE, *Il cammino della tutela giuridica del software, opera dell'ingegno di carattere creativo*, in *Dir. aut.*, 1987, 162

L.R. PATTERSON, *The Statute of Anne: Copyright Misconstrued*, in *Harv. J. on Leg.*, 1966, III, 245

L.R. PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, 1968

W.F. PATRY, *Copyright Law and Practice* (1994), in *The Bureau of Nationals Affairs, Inc.*, 2000, 3

S. PATTI-S. DELLE MONACHE, *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010

H.M. PAWLOWSKI, *Substanz- oder Funktionseigentum?*, in *Arc. civ. Pr.*, 1965, 395

E. PELINO, *Lecito commercializzare programmi simili, se si variano le procedure di sviluppo*, in *Dir. internet*, V, 2007, 447

E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro it.*, 2012, 2, I, 564

D.M. PELLEGRINI, *Della prima origine della stampa in Venezia per opera di Giovanni da Spira del 1469. E risposta alla difesa del decor puellarum del Signor Ab. Mauro Boni. Dissertazione*, Venezia, 1794

M. PELLETIER, *Scottie 3d Prints*, 16-2-2009., disponibile all'indirizzo [amsterdam.fablab.nl/node/1809](http://amsterdam.fablab.nl/node/1809)

J.R. PERITZ, *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 523

P. PERLINGIERI, *A margine della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 65

P. PERRI, *Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma ebay a seguito di feedback negativi*, in *Giur. merito*, 2011, VII-VIII, 1809

M. PERTEGÁS SENDER, *Cross-border Enforcement of Patent Rights: An Analysis of the*

*Interface Between Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, 2002

G. PERTICONE, *La proprietà e i suoi limiti* (appunti di lezioni a cura di Noemi Teglio), Roma, 1930

J.T. PETERS, *Der Arbeitsbegriff bei John Locke*, Münster, 1997

T. PETERSON, *Cloudy With a Chance of Waiver: How Cloud Computing Complicates the Attorney-Client Privilege*, in *J. Marshall L. Rev.*, 2012, XLVI, 383

F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011

R. PETRUSO, *L’Affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2010, I, 243

R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Europa dir. priv.*, 2012, IV, 1175

A. PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen, 2008

C. PEUKERT-J. CLAUSSEN, *piracy and Movie Revenues: Evidence from Megaupload*, Paper del 22-10-2012, [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2176246](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176246)

L. PFISTER, *L’auteur, propriétaire de son oeuvre? La formation du droit d’auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, Université Strasbourg III, *Thèse de Doctorat*, 1999

L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d’auteur au XIXe siècle*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2004, 103

E. PICARD, *Le droit pur. Cours d’encyclopédie du droit, Les permanences juridiques abstraites*, Bruxelles-Paris, 1899

E. PICARD, *Des droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme à la division classique des droits impersonnels, réels et d’obligation*, Bruxelles, 1879;

E. PICARD, *Propriété littéraire*, in *Journal des Tribunaux*, 1882, 104;

E. PICARD, *Embryologie juridique*, in *Journal du droit international privé*, 1883, 563

N. PICARDI, *Le trasformazioni della giustizia nell’età della globalizzazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, V, 1154

R.C. PICKER, *Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud*, U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 414, [ssrn.com/abstract=1151985](http://ssrn.com/abstract=1151985)

F. PICOD, *Un juge national peut ne pas respecter la position d'une cour constitutionnelle s'agissant du droit de l'Union*, in *La Semaine Juridique*, 2013, V, 195

M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet*, Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010, Roma, 30-11-2010, Napoli, 2011

C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del trattato di Lisbona*, in *Rass. Parl.*, 2008, IV, 925

G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti: note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, XXIV, 161

A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, II, 13

L. PINZI, *Il deficit democratico nella storia delle Comunità Europee*, Firenze, 1999

E. PIOLA CASELLI, *Le ragioni del secolare dissenso sulla natura e sul nome dei diritti degli autori e inventori*, in *Foro it.*, 1901, I, 1294

E. PIOLA CASELLI, *Intorno alla ragion d'essere del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*, Relazione al Primo Congresso Giuridico Italiano. Ottobre del Decennale, a cura del Sindacato Nazionale Fascista Avvocati e Procuratori di Roma, Tivoli, 1932

E. PIOLA CASELLI, *Diritto d'autore*, in *Nuovo Dig.*, XVI, Torino, 1938, 1000

E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941-XIX. n. 633*, Torino, 1943

P. PIOVANI, *L'enciclopedia giuridica di Filomusi Guelfi*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene. 1854-1954*, Napoli 1954, 241

F. PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2010, VIII, 35

F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, III, 459

P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione*, in *Riv. dir. Int.*, 1997, 152

P. PIRRUCCIO, *L'espropriazione per pubblica utilità. Procedimento amministrativo e contenzioso giurisdizionale*, Padova, 2011

R. PISA, *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, 7-1-2010, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)

F. PIZZETTI, *Uomini e dati. Evoluzione tecnologica e diritto alla riservatezza*, in *Foro it.*,



2011, IX, 5, 230

F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto d'autore*<sup>2</sup>, Torino, 2013

A. PLAIA, *Rimedi civilistici, risarcitori e restitutori, nel sistema speciale della proprietà intellettuale*, in Id., *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008

A. PLAIA, *Rivendicazione della paternità, tutela della reputazione e ritiro dal commercio nel diritto di autore*, in *Dir. ind.*, 2012, I, 59

A. PLISECKA, *Tabula picta: aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Padova, 2011.

F. POCAR, *Diritti umani: la difficile ricerca di equilibrio tra le giurisdizioni delle Corti internazionali*, in *Guida al Diritto*, 2011, XLIV, 9

S. POIER, *As blurred as a cloud. Preliminary notes questioning some social-legal aspects of cloud computing*, in *Cyberspazio e diritto*, 2008, III, 319

P. POLA, *L'usucapione*<sup>3</sup>, Padova, 2006

V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Verona, 1898

A. PONSETTO, *Jurgen Habermas, ossia il tentativo per la fondazione di una teoria critica della società*, in *La Civiltà cattolica*, 1970, 4, I, 50

J.E. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé par M. Portalis, l'un des rédacteurs du projet de Code civil*, in *Recueil général des lois et des arrêts*, a cura di J.B. Sirey, VII, 1, Paris, 1807, 354

E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et pratique du droit de représentation*, Paris, 1879

R. POZZO (a cura di), *Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte, Johann A.H. Reimarus. L'autore e i suoi diritti. Scritti polemici sulla proprietà intellettuale*, Milano, 2005

S. PRADUROUX, *Una costellazione europea: la proprietà e i beni nel quadro dei parametri di legalità enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, 2012, XII, 2, 766

F.D. PRAGER, *The Early Growth and Influence of Intellectual Property*, in *J. Pat. Off. Soc'y*, 1950, II, 106

A.M. PRINCIGALLI, *Il principio di precauzione: danni "gravi e irreparabili" e mancanza di certezza scientifica*, in *Dir. agr.*, 2004, 145

- M. PROCOPIO, *Instant Google Drive Starter*, Birmingham, 2013
- F. PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, in *Contratto e impresa*, 2012, IV-V, 1001
- P.-J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement*, Paris, 1840
- P.-J. PROUDHON, *Système des Contradictions économiques ou philosophie de la misère*, Paris, 1846
- P.-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs, et artistes un monopole perpétuel*, Paris, 1862
- E. PSYCHOGIOPOULOU, *Copyright Enforcement, Human Rights Protection and the Responsibilities of Internet Service Providers after Scarlet*, in *EIPR*, 2012, 552
- S. PUGLIATTI, *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, in *Codice Civile. Libro della proprietà*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1942, 121
- S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario, Palermo, 19/23-10-1942, a cura di S. Orlando Cascio, Milano, 1954, 46, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 147
- G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritium – Proprietà – Property*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova, 1982, 1225
- H. PÜSCHEL, *Die Ideologie des geistigen Eigentums und das sozialistische Urheberrecht der DDR*, in *Staat und Recht*, 1967, X, 1589
- J.S. PÜTLER, *Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätze des Rechts geprüft*, Göttingen, 1774
- P. QUÉAU, *Du bien commun mondial à l'âge de l'information*, Atti del *Symposium mondial des technologies de l'information (FW Symposium)*, Poitiers, 1-3-1999
- M. RACICOT-M.S. HAYES-A.R.SZIBBO-P. TRUDEL (a cura di), *The Cyberspace is Not a «No Law Land». A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet*, Toronto, 1997
- M.J. RADIN, *Information Tangibility*, in *Economics, Law and Intellectual Property. Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field*, a cura di O. Granstand, Berlin-

Heidelberg, 2004, 395

G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2011, II, 428

P. RAJ, *Cloud Enterprise Architecture*, Boca Raton, 2013

G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa dir. priv.*, 2010, III, 882

G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013

M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, III, 825

A. RAMALHO, *Is secrecy the new black in IP?*, in *JIPLP*, 2012, V, 306

A. RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, 2 voll., Roma, 1909

M. RANIELI, *Cronache in tema di brevettabilità delle invenzioni software related, con particolare riguardo al ruolo dell'EPO e alla più recente giurisprudenza del Regno Unito*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, IV-V, 233

M. RAVERAIRA, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali: quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in *Riv. dir. sicur. soc.*, 2011, II, 325

C. REED, *Information «Ownership» in the Cloud*, Queen Mary University of London, Research Paper n. 45/2010, [ssrn.com/abstract=1562461](http://ssrn.com/abstract=1562461)

G. REESE, *Cloud computing. Architettura, infrastrutture, applicazioni*, Milano, 2010

T. REGNAULT, *De la législation et de la jurisprudence concernant les brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation*, Paris, 1825

M. REHBINDER, *Johann Caspar Bluntschli's Beitrag zur Theorie des Urheberrechts*, in *UFITA*, 1993, CXXIII, 29

J.A.H. REIMARUS, *Der Bucherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Buchhändler und des Publikums abermals erwogen*, in *Deutsches Magazin*, 1791, I, 383

O. REMIEN, *Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1998, IV, 627

A.-C. RENOUEAU, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts*, II, Paris, 1838

L. RESEARCH-V. BOURNE, *TechInsights Report: Cloud Succeeds. Now What?*, maggio 2013, *ca.com*

P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 57

P. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 325

P. RESCIGNO, *Intervento di chiusura*, in *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, a cura di E. Marmocchi, Milano, 2011, 116

D.B. RESNIK, *A Pluralistic Account of Intellectual Property*, in *J. Business Ethics*, 2003, XLIII, 319

G. RESTA, *L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria*, in *Danno e responsabilità*, 2010, V, 477

G. RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010

G. RESTA, *The Case against the Privatization of Knowledge: Some Thoughts on the Myriad Genetics Controversy*, in *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, a cura di R. Bin, S. Lorenzon e N. Lucchi, Milano, 2012, 11

C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007

G.M. RICCIO, *Il peer-to-peer alla luce della sentenza della Corte Suprema sul caso Grokster*, in *Dir. aut. nuove tecn.*, 2005, II, 149

S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, 1987

M. RICOLFI, *Internet e libere utilizzazioni*, in *AIDA 1996*, 1997, 115

M. RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, in *AIDA 2011*, 2012, 295

M. RICOLFI, *Consume and Share: Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, in *The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture*, a cura di M. Dulong de Rosnay e J.C. De Martin, Cambridge, 2012, 49 e in *Constructing European Intellectual Property: Achievements and*

- New Perspectives*, a cura di C. Geiger, Cheltenham, 2012, 314
- M. RICOLFI-T. MARGONI, *Un'interpretazione equilibrata del «Three-Step Test» nel diritto d'autore*, in *Dir., informaz. e informatica*, 2009, I, 159
- J. RIFKIN, *The Age of Access. The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life is a Paid-for Experience*, New York, 2000
- C.P. RIGAMONTI, *The Conceptual Transformation of Moral Rights*, in *Am. J. Comp. L.*, 2007, 89
- B.P. RIMAL-E. CHOI-I. LUMB, *A Taxonomy and Survey of Cloud Computing Systems*, NCM '09 Proceedings of the 2009 Fifth International Joint Conference on INC, IMS and IDC, Washington DC, 2009, 44
- R. RINALDI, *La tutela penale del software fra interpretazione estensiva e integrazione analogica*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 1058
- M. RISCH, *Patent Troll Myths*, in *Seton Hall Law Review*, 2012, 457
- R. RISTUCCIA, *Idea e forma espressiva del software*, in *iDir. informaz. e informatica*, 1993, 748
- R. RISTUCCIA-V. ZENO ZENCOVICH, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel d.lgs. 518/1992. Con 65 decisioni di giudici italiani<sup>2</sup>*, Padova, 1993
- F. RIZZUTO, *Injunctions against Intermediate Online Service Providers*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2012, 69
- N. ROBINSON ET AL., *The Cloud. Understanding the Security, Privacy and Trust Challenges*, Santa Monica, 2011
- A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. Comm.*, 1911, 285
- F. DE LA ROCHEFOUCAULD, *Réflexions, sentences et maximes morales*, Paris, 1743
- S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, II, 1252
- S. RODOTÀ, *Ascarelli Tullio*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, IV, Roma, 1962, *ad vocem*
- S. RODOTÀ, *Note intorno all'articolo 544 del 'code civil'*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, 1969, 173
- S. RODOTÀ, *La proprietà all'assemblea costituente*, in *Pol. dir.*, 1979, 413

- S. RODOTÀ, *Internet e privacy. Quali regole?*, 8-5-1998, [www.interlex.it](http://www.interlex.it).
- S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*<sup>2</sup>, Bologna, 1999
- S. RODOTÀ, *Proprietà: una parola controversa*, in *ParoleChiave*, Proprietà n. 30, 2003
- S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012
- S. RODOTÀ, *Il grande deserto dei diritti*, in *La Repubblica*, 3-1-2013
- E.B. RODRIGUES jr., *The General Exception Clauses of the TRIPs Agreement. Promoting Sustainable Development*, Cambridge, 2012
- J. RODRÌGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *L'effet dynamique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et le rôle des cours constitutionnelles*, in *Dialogues entre juges*, Strasbourg, 2007, 45
- K. ROEBUCK, *Platform As a Service (PaaS)*, LaVergne, 2011
- E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923
- E. ROGUIN, *Partie sur les différentes activités intellectuelles*, Lausanne, 1931-1932
- J. ROHBECK, *Property and Labour in the Social Philosophy of John Locke*, in *History of European Ideas*, 1984, I, 65
- N. RODEAN, *Responsabilità del gestore del mercato online per le violazioni ai diritti di marchio altrui*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 1594
- R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contr. impresa*, 2011, IV-V, 1014
- E. ROMAGNOLI, *Il libro della poesia greca*, Milano, 1921
- R. ROMANO, *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, VI, 665
- S. ROMANO, *Le prime Carte costituzionali. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Modena*, Modena, 1907
- S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969
- S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010
- F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, VI, 440.

H. RONSOM, *The First Copyright Statute. An Essay on An Act for the Encouragement of Learning, 1710*, Austin, 1956

V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 639

V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Il contratto del duemila*<sup>3</sup>, Torino, 2011, 50

E. ROSATI – C.M. ROSATI, *Copyright in diagnostic tests: not yet the end for fair use*, in *JIPLP*, 2012, VII, 510;

M. ROSE, *Authors and Owners. The Invention of Copyright.*, Cambridge-London, 1993

M. ROSE, *The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company, and the Statute of Anne*, in *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2009, XII, 137

C. ROSSELLO, *La tutela giuridica del software in U.S.A., Francia e Regno Unito: tre esperienze a confronto*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 113

G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 13

S. ROSSI, *Corte europea dei diritti dell'uomo: la mancata adozione di strumenti attuativi del piano regolatore non lede il diritto di proprietà*, in *Cons. Stato*, 2001, XI, 2, 1999

M. ROTENBERG, *Un dialogo su diritti e libertà civili nell'era tecnologica: social networking, Facebook, body scanning, cloud computing, geotagging e behavioral privacy*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, I, 173

H.-P. ROTH, *Überwachungs- und Prüfungspflicht von Providern im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung*, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2012, 125

C. ROTH-F. BURGAUD, *Charte des droits fondamentaux vs Convention européenne : dommages collatéraux en vue*, in *Recueil Le Dalloz*, 2013, 977

M. ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1965

P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, 2 voll., Paris, 1952-1954

O. ROUX, *Le refus communautaire d'un réseau internet régulé par un filtrage général : les affaires Scarlet et Netlog*, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 2012, IV, 315

J.C. RUDOLPH, *Dissertatio inauguralis iuridica 'De accessione picturae pro summis in utroque iure honoribus'*, Kurfürstlich Maintzische Akademie nützlicher Wissenschaften, Mainz, 1756

D. RÜGER-A. STADLER, *Scarlet Extended: Vereinbarkeit von Internet-Blockiersystemen zum Urheberrechtsschutz mit europäischen Grundrechten*, in *European Law Reporter*, 2011, 131

A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Capri, 3/4-6-2005, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Milano 6/7-6-2008, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

P. RUNGE, *Prinzip der gemeinschaftsweiten Erschöpfung im Urheberrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, 666

S. RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992

S. RUSCICA (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2012

G. RUSCONI, *In Europa lo YotaPhone, lo smartphone Android con doppio display. Uno Lcd, l'altro a tecnologia e-ink*, 4-12-2012, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com)

G. RUSCONI, *Fatti, tendenze, prodotti: ecco come è stato il 2012 dell'hi-tech*, 31-12-2012, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com)

D. RUSSO, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, 2012

E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Contr. e Impr.*, 2010, III, 599

T. RUSSO, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Salerno, 2011

R. SACCO, *La proprietà*, Torino, 1968

R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 435

R. SACCO, *Usucapione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XI, Torino, 1999, 561

A. SACERDOTI, *Il diritto d'autore e la riproduzione mediante dischi fonografici*, in *Riv. dir.*



comm., 1909, II, 53

E. SALAFIA, *Sulla usucapibilità dell'invenzione e sull'acquisto dell'invenzione per effetto di un contratto d'opera che la preveda quale risultato dell'attività del lavoratore*, in *Mon. Trib.*, 1971, 943

C. SALVI, *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale*, Gruppo Astrid su «La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione», [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)

C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979

C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, III, 409

C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, in *Europa dir. priv.*, 2009, IV, 1009

C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*. in *Persona mercato*, 2011, I, 27

C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012

F. SALVIA, *Il contributo di Aldo M. Sandulli alla ricostruzione della proprietà alla luce della Costituzione repubblicana*, in AA. VV., *Aldo M. Sandulli (1915-1984) attualità del pensiero giuridico del maestro*, Milano, 2004, 461

F. SALVIA, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso della proprietà*, in *Dir. amm.*, 2007, I, 47

G.B. SALVIONI, *L'arte della stampa nel Veneto: la proprietà letteraria*, in *Giornale degli Economisti di Padova*, 1877, IV, 191

P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da F. Galgano, XLI, Padova, 2006

P. SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte eur. giust. UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 297

P. SAMUELSON, *CONTU Revisited: The Case against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form*, in *Duke Law Journal*, 1984, IV, 663

S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i Gatt-Trips<sup>2</sup>*. Padova, 1999

A. SANDULLI, *I rapporti tra diritto europeo ed internazionale. Il caso Kadi: un nuovo caso Solange?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, V, 1088

G. SANGUINETTI (CENSOR), *Rapporto veridico sulle ultime opportunità di salvare il capitalismo in Italia*, Milano

G. SANSEVERINO, *Le licenze free e open source*, Napoli, 2007

F. SANTANGELO, *Makers. Analisi sociologica di un fenomeno emergente*, Tesi di laurea in Sviluppo, ambiente e cooperazione, Università degli Studi di Torino, a.a. 2012-2013

U. SANTARELLI, *Privilegio. Diritto intermedio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Roma 1986, *ad vocem*

A.M. SANTORO, *Una mamma in Addiopizzo*, Palermo, 2011

E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 1975, III, 307

F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1986 (rist. 2002)

M. SARFATTI, *Origine e svolgimento del diritto d'autore in Inghilterra*, in *Riv. dir. comm. ind. marit.*, 1909, I, 325

D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 526

D. SARTI, *Il prestito bibliotecario fra diritti esclusivi, compensi e obiettivi di promozione culturale*, in *AIDA 2007*, 2008, 599

D. SARTI, *La "privatizzazione" dell'attività della SIAE. Diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni per scopi didattici*, in *NLCC*, 2009, II, 349

A. SARACENO, *Biblioteche pubbliche, nuove tecnologie e diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2007, 2496

G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *AIDA 2011*, 2012, 39

G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno resp.*, 2007, V, 500

V.M. SBRESCIA, *Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, V, 1207

G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, in *AIDA 2005*, 2006, 200

- V. SCALISI, *Assiologia e teoria del diritto (rileggendo Rodolfo de Stefano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 1
- V. SCALISI, *Salvatore Pugliatti*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)
- R. SCARPA, *Diritti fondamentali ed ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1213
- H. SCHACK, *Urheber- und Vertragsrecht<sup>2</sup>*, Tübingen, 2001
- N. SCHARF, *Digital Rights Management and Fair Use*, in *EJLT*, 2010, II, 1
- A. SCHAUB, *Fab Prosthetics*, 22-6-2009, [amsterdam.fablab.nl](http://amsterdam.fablab.nl)
- R. SHIH RAY KU, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, in *U. Chicago L. Rev.*, 2002, I, 263
- L. SCHIUMA, *Il software tra brevetto e diritto d'autore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, VI, 683
- E. SCHMIDT, *Don't Bet Against the Internet*, in *The Economist*, 16-11-2006
- C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte<sup>2</sup>*, a cura di E. Jüngel e S. Schelz, Berlin, 1979
- J. SCHNEIDER-G. SPINDLER, *Der Kampf um die gebrauchte Software -Revolution im Urheberrecht?*, in *Computer und Recht*, 2012, 489
- C. SCHÖNBERG, *Werte als Gefahr für das Recht? Carl Schmitt und die Karlsruher Republik (Nachwort)*, in C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte<sup>3</sup>*, Berlin, 2011, 74
- R. SCHOTTKY, *Untersuchungen zur Geschichte der staatsphilosophischen Vertragstheorie im 17. und 18. Jahrhundert (Hobbes-Locke-Rousseau-Fichte)*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophischen Fakultät der LMU zu München, 1962
- J.L. SCHROEDER, *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*, in *U. Miami L. Rev.*, 2005-2006, LX, 453
- L. SCHUBERT-K. JEFFERY (a cura di), *Advances in Clouds. Research in Future Cloud Computing*, Commission of the European Communities, Information Society & Media Directorate-General, Software & Service Architectures, Infrastructures and Engineering Unit, 2012, [cordis.europa.eu](http://cordis.europa.eu)
- H. SCHUMANN, *Fair Use im amerikanischen Urheberrecht*, in *GRUR-Int*, 1969, IV, 125
- W.E. SCHUYLER JR, *Paris Convention for the Protection of Industrial Property - a view of the*

*proposed revisions*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 1983, II, 155

D.L. SCHWARTZ-J.P. KESAN, *Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System*, in corso di pubblicazione su *Cornell Law Review*, ma già [ssrn.com/abstract=2117421](http://ssrn.com/abstract=2117421)

M. SCIALDONE, *I profili internazionali del diritto d'autore*, in *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Atti del Convegno, Roma, 27-5-2008, Roma, 2009, 131

A. SCIALOJA, *Relazione dell'Ufficio centrale composto dai senatori Scialoja, Castelli Michelangelo, De Foresta, Arrivabene e Matteucci sul progetto di legge relativo alla proprietà letteraria ed artistica*, Roma, 1865 e in *Leggi, regolamento e disposizioni sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno*, Firenze, 1867

T. SCOVAZZI, *Un'altra sentenza della Corte europea dei diritti umani in tema di caccia su terreni altrui*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, I, 117

O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982

M. SCUFFI, *Il brevetto europeo con effetto unitario e l'"Unified Patent Court"*, in *Dir. ind.*, 2013, II, 156

M. SCUFFI-M. FRANZOSI-A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, Padova, 2005

A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1996-1997, 417

G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità<sup>4</sup>*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011

M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague-London-New York, 2004.

M. SERIO, *Property (diritto inglese)*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, 139

C. SEVILLE, *The Statute of Anne: Rhetoric and Reception in the Nineteenth Century*, in *Hous. L. Rev.*, 2010, IV, 47

D. SHELTON (a cura di), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013

D. SIMON, *Retransmission des évènements sportifs*, in *Europe*, 2011, IV, 20

D. SIMON, *Mesures restrictives. Série d'annulations de mesures restrictives liées à la situation en Tunisie*, in *Europe*, 2013, VII, 20

A.W.B. SIMPSON, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, in Id. *Legal Theory and Legal History: Essays on the Common Law*, London-Ronceverte, 1987

A. SINAGRA-B. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009

R. e M. SINGER, *Il brevetto europeo*, trad. it. a cura di F. Benussi, Torino, 1993

A. SIROTTI GAUDENZI, *Violazione della proprietà intellettuale: non è ammesso il provvedimento di discovery in caso di peer to peer. L'ordine di discovery che consenta l'acquisizione immediata ed in via d'urgenza della prova dell'illecito è ammesso dalla normativa processuale in tema di proprietà intellettuale introdotta dal D.Lgs. n. 140/2006*, in *Giur. it.*, 2008, VII, 1738

A. SIROTTI GAUDENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, 5 voll., Torino, 2008-2010.

A. SIROTTI GAUDENZI, *Protezione software: legittima la rivendita delle licenze di programmi online «usate». La prima vendita della copia da luogo all'esaurimento del diritto di distribuzione*, in *Guida dir.*, XXXIII-XXXIV, 2012, 107

K. SKRZIPEK, *Urheberpersönlichkeitsrecht und Vorfrage*, Baden-Baden, 2005

J.P. SLUIJS-P. LAROUCHE-W. SAUTER, *Cloud Computing in the EU Policy Sphere: Interoperability, Vertical Integration and the Internal Market*, in *JIPITEC*, 2012, III, 12

J. SMIERS, *La propriété intellectuelle, c'est le vol!*, in *Le Monde Diplomatique*, 9-2001

J. SMIERS-M. VAN SKIJNDEL, *La fine del copyright. Come creare un mercato culturale aperto a tutti*, Roma, 2010

H.E. SMITH, *Property is not just a bundle of rights*, in *Econ. Journal Watch*, 2011, III, 279

C. SOGHOIAN, *Caught in the Cloud: Privacy, Encryption, and Government Back Doors in the Web 2.0 Era*, in *J. on Telecomm. and High Tech. L.*, 2009, VIII, 359

G. SOLARI, *Il problema del diritto e dello Stato nella filosofia del diritto di Giorgio Guglielmo Federico Hegel*, a cura di F. D'Agostino, Torino, 2005

- G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, I, *Individualismo e diritto privato*<sup>3</sup>, Torino, 1959
- D. SOLDA-KUTZMANN, *Abuso di posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi*, in *Giur. it.*, 2007, 2145
- D. SOLDA-KUTZMANN, *Public Sector Information Commons - Le licenze Creative Commons per il settore pubblico*, in *Inf. dir.*, 2011, I-II, 199
- L. SORDELLI, *Diritto morale d'autore e pregiudizio all'onore e reputazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, II, 116
- L. SORDELLI, *Interesse sociale e progresso tecnico nella «parte» veneziana del 19 marzo 1474 sulle privative agli inventori*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, 358
- L. SORDELLI, *Diritto morale d'autore e pregiudizio all'onore e reputazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1955, II, 116
- G. SORICELLI, *Espropriazione di fatto e tutela della proprietà tra tecniche di positivizzazione della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e principio di legalità come presidio della certezza del diritto espropriativo*, in *Riv. amm. Rep. Ital.*, 2003, X, 3, 1065
- P. SPADA, «*Creazione ed esclusiva*», trent'anni dopo, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 215
- P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 228
- P. SPADA-L. NIVARRA-L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Facebook et similia*, Atti del Convegno di Pavia, 30-9 e 1-10-2011, in *AIDA 2011*, 2012, 3-376
- A. SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *Giur. merito*, 2013, 125
- H. SPENCER, *Principles of Biology*, I, London-Edimburgh, 1864
- G. SPERNICELLI, *Le origini giusnaturalistiche del diritto d'autore*, Tesi di laurea, Università di Pavia, a.a. 1998/1999
- G. SPINDLER, «*Die Tür ist auf*» - *Europarechtliche Zulässigkeit von Auskunftsansprüchen gegenüber Providern*, in *GRUR*, 2008, 574
- G. SPINDLER, *Grenzen des Softwareschutzes*, in *Computer und Recht*, 2012, 417
- B. SPINOZA, *Tractatus Politicus*, in *B. d. S. Opera Posthuma. Quorum series post Praefationem exhibetur*, Amsterdam, 1677, 267
- C.G. STALLBERG, *Ist das Urheberrecht das moralische Recht des Urhebers? Eine Kritik der*

populären Arbeits- und Persönlichkeitsrhetoriken als Rechtfertigungsbasis des Urheberrechts, in *UFITA*, 2007, 109

R.M. STALLMAN, *Free software, free society*, Boston, 2002

I. STAMATOUDI, *Ethics, reality and the Law - The example of Promusicae v. Telefonica & LSG v. Tele 2*, in *Revue Hellénique de droit international*, 2010, 921

W. STARK, *Nachforschungen zu Briefen und Handschriften Immanuel Kants*, Berlin, 1993

J.A.L. STERLIN, *World Copyright Law*<sup>3</sup>, London, 2007

S. STERN, *From Author's Right to Property Right*, in *U. Toronto L. J.*, 2012, I, 80

M. STIEPER, *Das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, in *GRUR Int.*, 2011, 124

N. STOLFI, *Proprietà intellettuale*<sup>2</sup>, 2 voll., Torino, 1915

N. STOLFI, *Diritto civile*, 9 voll., Torino, 1919-1934

S.F. STRÖMHOLM, *Der Urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre*, in *GRUR*, 1963, 433

S.F. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, 2 voll., Stockholm, 1966-1967

S. SUBASHINI-V. KAVITHA, *A survey on security issues in service delivery models of cloud computing*, in *Journal of Network and Computer Applications*, 2011, XXXIV, 1

K. SULLIVAN, *Revolutionary. Machine Makes 3-D Objects from Drawings*, in *Austin American-Statesman*, 4-12-1987

M. SUNDER, *Authorship and Autonomy as Rites of Exclusion: The Intellectual Propertization of Free Speech in Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, in *Stan. L. Rev.*, 1996, I, 143

C.R. SUNSTEIN, *A brave new Wikiworld*, in *The Washington Post*, 24-2-2007, 19

L.M. SURHONE-M.T. TENNOE-S.F. HENSSONOW, *User: Neustradamus/Retroshare Instant Messenger*, Saarbrücken, 2010

T. TAKENAKA, *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, Cheltenham-Northampton, 2013

A. TAMPIERI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. La tutela obbligatoria*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di G. Pellacani, Torino, 2013, 491

G.-J.-B. TARGET, *Observations sur le projet de code criminel*, in *Projet de Code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, Paris, 1808

A. THON, *Natura giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*<sup>2</sup>, Padova, 1951

J.R. THURNEYSEN, *De recusione librorum furtiva zu Teutsch dem unerlaubten Bücher-Nachdruck*, Basel, 1738

S. TIMPANARO- F. ORLANDO, *Carteggio su Freud (1971-1977)*, Pisa, 2001

A.H.C. DE CLÉREL DE TOCQUEVILLE, *Souvenirs*, Paris, 1893

C. TODD, *VoltairÈs Disciple. Jean-François de La Harpe*, London, 1972

G. TODDE, *Studio sulla pretesa proprietà letteraria e rivista del libro di P.J. Proudhon sui Maggioraschi letterari*, Cagliari, 1863

N. TOMMASEO, *Scintille*, Firenze, 1841

H. TRAVIS, *Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, in *Berkeley Tech. L. J.*, 2000, XV, 777

L. TREMOLADA, *Accenture investe e punta sull'Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 21-4-2013, 14

M. TRÉZÉGUET, *Absence de protection des fonctionnalités et du langage de programmation d'un logiciel*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2012, LXXVIII, 21

M. TRIMARCHI, *La multiproprietà*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXVI, I, Torino, 2006

M. TRIMARCHI, *I beni e le proprietà*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*<sup>2</sup>, a cura di A. Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXVI, Torino, 2006, 175

M. TRIMARCHI, *La proprietà*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007, 3

M. TRIMARCHI, *Proprietà ed indennità di espropriazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, IV, 1021

A.TROIANIELLO, *La CJUE s'oppose au filtrage généralisé de l'internet*, *ivi*, 2012, LXXVIII,



G. TROIANO, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale: alla ricerca di un equilibrio tra diritti dell'utente e doveri del fornitore*, in *Cyberspazio e diritto*, 2011, III, 233

A. TROTTA, *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della privacy*, in *Dir. ind.*, 2009, 76

B.J. TROUT, *Infringers or Innovators? Examining Copyright Liability for Cloud-Based Music Locker Services*, in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 2012, XIV, 729

P. TROXLER, *Open Content in the Creative Industries: A Source for Service Innovation?*, 19-3-2009, in *Supporting Service Innovation Through Knowledge Management: Practical Insights & Case Studies*, a cura di P. Wolf, S. Kazi, P. Troxler e R. Jonischkeit, Zurich, 2009, [ssrn.com/abstract=1597357](http://ssrn.com/abstract=1597357)

P. TROXLER, *Commons-based Peer-Production of Physical Goods. Is there Room for a Hybrid Innovation Ecology?*, Rotterdam, 2010

G. TURCO LIVERI, *Nietzsche e Spinoza: ricostruzione filosofico-storica di un "incontro impossibile"*, Roma, 2003

F. TURPIN, *L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne*, in *Rev. triv. dr. eur.*, 2003, 615

A. TUTT, *Software Speech*, in *Stan. L. Rev. Online*, 15-11-2012, 73

L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, I, *Diritto d'autore: introduzione*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, IV, Torino, 1989, 370

L.C. UBERTAZZI, *Alle origini piemontesi del diritto italiano d'autore*, in *AIDA 1992*, 1993, 301 *del diritto italiano d'autore*, in *AIDA 1992*, 1993, 301

L.C. UBERTAZZI, *I Savoia e gli autori*, Milano, 2000

L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in *Tratt. dir. priv. UE*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, XII, Torino, 2012,

E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht<sup>2</sup>*, in *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, diretta da W. Kunkel, H. Peters ed E. Preisler, Berlin-Göttingen-Heidelberg,

1960

S. UPSON, *Cloud Computing*, in *IEEE Spectrum*, 2011, 43

J.A. USHER, *Rights of Property: How Fundamental?*, in *European L. Rev.*, 1980, 209

G. VACCA (a cura di), *L'unità dell'Europa. Rapporto 2003 sull'integrazione europea*, Roma, 2003

G. VACIAGO, *Privacy e tutela dell'ordine pubblico in Europa e negli Stati Uniti: un differente approccio per raggiungere un difficile compromesso*, in *Informatica e dir.*, 2009, I, 135

S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs. The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York, 2003

E. VALDÉS OTERO, *Derecho de autor. Régimen jurídico uruguayo*, Montevideo, 1953

C. VANDENDORPE, *Pour une bibliothèque virtuelle universelle*, in *Le Débat*, 2001, CXVII, 31;

C. VANDENDORPE, *Contre les nouveaux féodalismes*, *ivi*, 2001, V, 53

C. VANDENDORPE, *Du papyrus à l'hypertexte. Essai sur les mutations du texte et de la lecture*, Montréal, 1999

A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*<sup>6</sup>, Milano, 2009

A. VARLARO SINISI. *In tema di occupazione appropriativa: storia e logica di un modo di acquisto atipico della proprietà da parte della p.a., funzionalmente collegato alla realizzazione di un'opera di pubblico interesse*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 871

C. VARLET DE LA GRANGE, *Le registre de La Grange (1659-1685)*, a cura di B.E. Young e G. Philputt Young, Genève, 1947

C. VARRONE, *Manuale teorico-pratico di diritto d'autore*, Napoli, 1998

G. VASARI, *Le vite de' piv eccellenti pittori, scvltori, e architettori italiani, da Cimabve insino a' tempi nostri*, III, *La terza et vltima parte delle vite degli architettori pittori et scvltori*, Firenze, 1550

F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, in *Atti del I Congresso giuridico italiano*, Roma, 1933, 622

F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *La concezione*

*fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, 103

F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. Scienze giuridiche*, 1947, I, 76

A. VAUNOIS, *Rapport*, in *Bulletin de la société d'études législatives*, 1908, VII, 77

F. VECCHIO, *La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali, le occasioni perdute e lo «spettro» di Viking e Lavall*, [www.europeanrights.org](http://www.europeanrights.org)

F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 454

S. VENTURI, *L'azienda 2.0 e la business collaboration*, in *L'impresa web. Social networks e business collaboration per il rilancio dello sviluppo*, a cura di B. Lamborghini, Milano, 2009, 32

P.A. VERHULST, *Kweekersrecht*, Leiden, 1947

G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002

G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009

G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 630

G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Obbl. contr.*, 2012, VII, 487

S. VEZZANI, *Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali*, in *Dir. umani dir. internaz.*, 2007, II, 305

M. VILLANI, *La funzione sociale della proprietà, così come profilata dalla Corte di Stasburgo, assurge a parametro di costituzionalità*, in *Giust. civ.*, 2009, 2511

A.-F. VILLEMMAIN, *Cours de littérature française, Tableau de la Littérature du Moyen Age en France, en Italie, en Espagne et en Angleterre*, in *Œuvres de M. Villemain*, II, Paris, 1851, 270

A. VITALE-G. ROMEO, *La Russia postimperiale. La tentazione di potenza*, Soveria Mannelli, 2009

E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013

L. VITOLS, *Der Zwangslizenz einwand gegen Unterlassungsansprüche des Immaterialgüterrechts*, Göttingen, 2013

- M. VIVANT, *Le logiciel au pays de merveilles*, in *JCP*, 1985, I, 3208
- M. VIVARELLI, *Il bilanciamento del diritto di cronaca e del diritto d'autore nel regolamento AGCOM n. 667/10/CONS*, in *Corr. merito*, 2012, III, 303
- M. VOGEL, *Urheberpersönlichkeitsrecht und Verlagsrecht im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts*, in E. Wadle, *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa*, Berlin, 1993
- F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, in *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*3, a cura di G. Giurisatti, Milano, 2008, 69
- VOLTAIRE, *Lettre à un premier commis*, 20-6-1733, in *Œuvres de M. de Voltaire. Mélanges de littérature, d'histoire et de philosophie*, Genève, 1775, 328
- E. WADLE, *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, Weinheim, 1996
- J. WALDFOGEL, *Copyright Research in the Digital Age: Moving from Piracy to the Supply of New Products*, Papers and Proceedings of the One Hundred Twenty Fourth Annual Meeting of the American Economic Association, in *The American Economic Review*, 2012, III, 337
- M. WALINE, *L'individualisme et le droit*2, Paris, 1949
- I. WALLERSTEIN, *Il capitalismo storico. Economia politica e cultura di un sistema-mondo*, Torino, 1985
- W. WARBURTON, *A Letter from an Author to a Member of Parliament concerning Literary Property*, London, 1747
- W. WARBURTON, *An Inquiry into the Nature and Origin of Literary Property*, London, 1762
- W. WARBURTON, *A Vindication of the Exclusive Right of Authors to their own Works*, London, 1762
- A. WARDA, *Die Druckschriften Immanuel Kants bis zum Jahre 1838*, Wiesbaden, 1919
- M. WEINBERG, *What's the Deal with Copyright and 3D Printing?*, Institute for Emerging Innovation, 2013, 1, [www.publicknowledge.org](http://www.publicknowledge.org)
- A. WEISS, *Traité du droit international privé*, Paris, 1892
- J. WERTHER, *Urheberpersönlichkeitsrechte in Deutschland und Australien Zusatz ein Rechtsvergleich zu Dispositionsbefugnissen des Urhebers über sein Urheberpersönlichkeitsrecht*, Berlin, 2012

J. WICKHAM, *Alle radici della crisi europea: la sostituzione dei legami sociali con il mercato*, in *Economia&Lavoro*, 2013, I, 57

C.L.C.E. WITCOMBE, *Copyright in the Renaissance. Prints and the Privilegio in Sixteenth-Century Venice and Rome*, Leiden-Boston, 2004

M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festschrift für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, 5

T. WU, *The Copyright Paradox. Understanding Grokster*, *Supreme Court Review*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 317, 2006, [ssrn.com/abstract=828784](http://ssrn.com/abstract=828784)

J.P. WULFSBERG-T. REDLICH-F.-L. BRUHNS, *Open production: scientific foundation for co-creative product realization*, in *Production Engineering. Research and Development*, 2010, 5

C.S. YOO, *Cloud Computing: Architectural and Policy Implications*, University of Pennsylvania Law School Research Paper n. 15/2011, [ssrn.com/abstract=184580](http://ssrn.com/abstract=184580)

Y. YOO-R.J. BOLAND JR-K.LYYTINEN-A. MAJCHRZAK, *Organizing for Innovation in the Digitized World*, in *Organization Science*, 2012, V, 1398

L. YOUSEFF-M. BUTRICO-D. DA SILVA, *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, Grid Computing Environments Workshop, 2008, 1

C. ZANGHÌ-L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Atti del Convegno di Messina, 26/27-6-2009, Torino, 2010

S. ZEITZMANN, *Patentrecht: Ermächtigung zur Verstärkten Zusammenarbeit*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, 479

A. ZEMANN, *Unzulässigkeit eines Filtersystems nach rechtswidrigen Inhalten*, in *Ecolex*, 2012, 333

F. ZÉNATI-CASTAING-T. REVET, *Les biens<sup>3</sup>*, Paris, 2008

V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà d'espressione: una relazione ambigua*, in *AIDA 2005*, 2006, 151

G. ZIEGENHORN, *EU-Grundrechte: Beschränkung der Kostenerstattung für Kurzberichterstattung über Ereignisse von großem öffentlichen Interesse*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, 351.

D.L. ZIMMERMAN, *Who Put the Right in the Right of Publicity?*, in *DePaul-LCA J. Art&Ent. L. & Pol'y*, 1998, 51

D.L. ZIMMERMAN, *Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in the Digital Age*, in *DePaul L. Rev.*, 2002-2003, LII, 1121

A. ZOLLINGER, *Epuisement communautaire du droit de distribution - le droit d'auteur, un droit de propriété pour la CJCE*, in *La Semaine Juridique*, 2008, MCXLIV, 23

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, V, 1, 515

## INDICE DELLA GIURISPRUDENZA\*

Corte eur. giust., grande sez., 19-12-2013, C-279/12, *Fish Legal e Emily Shirley c. Information Commissioner e a.*, inedita

Corte eur. giust., 12-12-2013, C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 22-10-2013, C-105/12-C-107/12, *Staat der Nederlanden c. Essent NV e a.*, inedita

Corte eur. giust., 17-10-2013, C-101/12, *Herbert Schaible c. Land Baden-Württemberg*, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 3-10-2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 18-7-2013, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea e a. c. Yassin Abdullah Kadi*, inedita

Corte eur. giust., 18-7-2013, C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd e a. c. Commissione europea*, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 18-7-2013, C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, inedita

Corte eur. giust., 18-7-2013, C-201/11 P, *Union des associations européennes de football (UEFA) c. Commissione europea*, inedita

Corte eur. giust., 8-5-2013, C-87/12, *Kreshnik Ymeraga e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, inedita

Corte eur. giust., 18-4-2013, C-565/11, *Mariana Irimie c. Administrația Finanțelor Publice*

---

\*

Le decisioni dei giudici interni di altri Stati, nell'impossibilità di costruire una gerarchia fra essi, saranno riportate non per singola Nazione, ma promiscuamente e secondo gli stili di citazione loro proprie, in ordine cronologico decrescente. Chiudono l'indice le pronunzie dell'EPO e delle Autorità indipendenti che, sebbene non siano giudici nel senso tradizionale del termine, vanno oggi a pieno titolo considerate "giurisprudenza".

*Sibiu e Administrația Fondului pentru Mediu*, inedita

Corte eur. giust., 18-4-2013, C-103/11 P, *Commissione europea c. Systran SA e Systran Luxembourg SA*, inedita.

Corte eur. giust., 16-4-2013, C-274/11, C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione europea*, inedita.

Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 26-2-2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 15-1-2013, C-416/10, *Jozef Križan e altri c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, inedita

Corte eur. giust., 6-12-2012, C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, inedita

Corte eur. giust., 15-11-2012, C-180/11, *Bericap Záródástechnikai Bt. c. Plastinnova 2000 Kft.*, inedita

Corte eur. giust., 19-7-2012, C-591/10, *Littlewoods Retail Ltd e a. c. Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, inedita

Corte eur. giust., 12-7-2012, *Gennaro Currà e altri c. Bundesrepublik Deutschland*, C-466/11, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 3-7-2012, C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, in *Guida dir.*, XXXIII-XXXIV, 2012, 107

Corte eur. giust., 7-6-2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, C-27/11, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 2-5-2012, C-406/10, *Sas Institute Inc. c. World Programming Ltd.*, inedita

Corte eur. giust., grande sez., 24-4-2012, C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e a.*, inedita



Corte eur. giust., 16-2-2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA c. Netlog NV*, inedita

Corte eur. giust., 21-12-2011, C-271/09, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, inedita

Corte eur. giust., 8-12-2011, C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commissione europea*, inedita

Corte eur. giust., 24-11-2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, in *Racc.*, 2011, I-11959

Corte eur. giust. 16-11-2011, C-548/09 P, *Bank Melli Iran c. Consiglio*, in *Racc.*, 2011, I-1138

Corte eur. giust., 15-11-2011, *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, in *Racc.*, 2011, I-11315

Corte eur. giust., grande sez., 12-7-2011, C-324/09, *L'Oréal SA e a. c. eBay International AG e a.*, in *Racc.*, 2011, I-6011

Corte eur. giust., 22-12-2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, in *Racc.*, 2010, I-13849

Corte eur. giust., 22-12-2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, in *Racc.*, 2010, I-13971

Corte eur. giust., 30-9-2010, C-581/08, *EMI Group Ltd contro The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, in *Racc.*, 2010, I-8607

Corte eur. giust., 21-9-2010, C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Regno di Svezia contro Association de la presse internationale ASBL (API) e Commissione europea (C-514/07 P), Association de la presse internationale ASBL (API) contro Commissione europea (C-528/07 P) e Commissione europea contro Association de la presse internationale ASBL (API)*, in *Racc.*, 2010, I-8533

Corte eur. giust., 8-7-2010, C-171/08, *Commissione c. Repubblica portoghese*, in *Racc.*, 2010, I-6817

Corte eur. giust., 1-7-2010, C-407/08 P, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, in *Racc.*,

2010, I-6375

Corte eur. giust., 22-6-2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, in *Racc.*, 2010, I-5667

Corte eur. giust., 9-3-2010, C-478/08 e C-479/08, *Buzzi Unicem SpA e a. c. Ministero dello Sviluppo economico e a. e Dow Italia Divisione Commerciale Srl c. Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare e a.*, in *Racc.*, 2010, I-31

Corte eur. giust., 9-3-2010, C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA e Syndial SpA c. Ministero dello Sviluppo economico e a. e ENI SpA c. Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare e a.*, in *Racc.*, 2010, I-2007

Corte eur. giust. 3-12-2009, C-402/05 P e C-415/05 P, *Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea e Chafiq Ayadi c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2009, I-11393

Corte eur. giust., 19-11-2009, C-314/08, *Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, in *Racc.*, 2009, I-11049

Corte eur. giust., 15-10-2009, C-275/08, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2009, I-168

Corte eur. giust., 16-7-2009, C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, in *Racc.*, 2009, I-6569

Corte eur. giust., 12-2-2009, C-93/08, *Schenker SIA c. Valsts ieņēmumu dienests*, in *Racc.*, 2009, I-903

Corte eur. giust., grande sez., 9-10-2008, C-120/06 P e C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC, Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2008, I-6513

Corte eur. giust. 3-9-2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2008, I-6351

Corte eur. giust., grande sez., 29-1-2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, in *Racc.* 2008, I-271

Corte eur. giust., 16-11-2006, C-306/04, *Compaq Computer International Corporation c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Arnhem*, in *Racc.*, 2006, I-10991

Corte eur. giust., 26-10-2006, C-198/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 2006, I-107

Corte eur. giust., 26-10-2006, C-36/05, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Racc.*, 2006, I-10313

Corte eur. giust., grande sez., 12-9-2006, C-479/04, *Laserdisken ApS c. Kulturministeriet*, in *Racc.*, 2006, I-8089

Corte eur. giust., 6-7-2006, C-53/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*, in *Racc.*, 2006, I-6215

Corte eur. giust. 13-6-2006, C-172/05 P, *Ornella Mancini c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2006, I-77

Corte eur. giust., 11-5-2006, C-231/04, *Confcooperative Unione Regionale della Cooperazione FVG Federagricole e a. c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, in presenza di Regione Veneto*, in *Racc.*, 2006, I-61

Corte eur. giust., 12-5-2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, C-347/03, in *Racc.*, 2005, I-3785

Corte eur. giust., 16-10-2003, C-433/02, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, 2003, I-12191

Corte eur. giust., 10-7-2003, C-20/00, C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd, che opera con la denominazione «Marine Harvest McConnell», Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, in *Racc.*, 2003, I-7411

Corte eur. giust., 10-12-2002, C-491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd.*, in *Racc.* 2002, I-11453

Corte eur. giust., 5-6-2002, C-367/98, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*, in *Racc.*, 2002, I-4731

Corte eur. giust., 26-9-2000, C-23/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica*

*francese*, in *Racc.*, 2000, I-7653

Corte eur. giust., 21-10-1999, C-97/98, *Peter Jägerskiöld c. Torolf Gustafsson*, in *Racc.*, 1999, I-7319

Corte eur. giust., sez. V, 29-4-1999, C-293/97, *The Queen contro Secretary of State for the Environment e Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley e a. e D.G.D. Metson e a.*, in *Racc.*, 1999, I-2603

Corte eur. giust., 28-4-1998, C-200/96, *Metronome Musik GmbH c. Music Point Hokamp GmbH*, in *Racc.*, 1998, I-1953

Corte eur. giust., 2-4-1998, C-213/96, *Outokumpu Oy*, in *Racc.*, 1998, I-1777

Corte eur. giust., 18-12-1997, C-309/96, *Daniele Annibaldi contro Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, in *Racc.*, 1997, I-7493

Corte eur. giust., 20-2-1997, C-114/94, *Intelligente Systemen, Database toepassingen, Elektronische diensten BV (IDE) c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1997, I-803

Corte eur. giust., 30-7-1996, C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e a.*, in *Racc.*, 1996, I-3953

Corte eur. giust., 11-8-1995, C-432/93, *Société d'informatique service réalisation organisation (SISRO) c. Ampersand Software BV*, in *Racc.*, 1995, I-2269

Corte eur. giust., 13-7-1995, C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1995 I-1985

Corte eur. giust., 18-5-1994, C-309/89, *Codorniu SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1994, I-1853

Corte eur. giust., 20-10-1993, C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH*, in *Racc.*, 1993, I-5145

Corte eur. giust., 18-2-1992, C-235/89, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1992, I-777

Corte eur. giust., 18-2-1992, C-30/90, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.* 1992, I-829

Corte eur. giust., 18-4-1991, C-79/89, *Brown Boveri & Cie AG c. Hauptzollamt Mannheim*, in *Racc.*, 1991, I-1853

Corte eur. giust., 21-3-1991, C-305/89, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1991, I-1603

Corte eur. giust., 17-10-1990, C-10/89, *SA CNL-SUCAL NV c. HAG GF AG*, in *Racc.*, 1990, I-3711

Corte eur. giust. 11-7-1989, 265/87, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, in *Racc.*, 1989, 2237

Corte eur. giust., 20-3-1985, 41/83, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1985, 873

Corte eur. giust., 17-3-1985, 32/84, *Van Gend & Loos NV c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Enschede*, in *Racc.*, 1985, 779

Corte eur. giust., 7-2-1985, 240/83, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, in *Racc.*, 1985, 531

Corte eur. giust., 14-11-1984, 323/82, *SA Intermills c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1984, 3809

Corte eur. giust., 6-11-1984, 182/83, *Robert Fearon & Company Limited c. Irish Land Commission*, in *Racc.*, 1984, 3677

Corte eur. giust., 20-1-1981, 55/80 e 57/80, *Musik-Vertrieb membran GmbH e K-tel International c. GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*, in *Racc.*, 1981, 147

Corte eur. giust., 13-12-1979, 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Racc.*, 1979, 3727

Corte eur. giust., 9-3-1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, 629

Corte eur. giust. 15-12-1976, 35/76, *Simmenthal SpA c. Ministero delle Finanze italiano*, in *Racc.*, 1976, 1871

Corte eur. giust. 14-5-1974, 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1974, 491

Corte eur. giust., 15-7-1964, 6-64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, in *Racc.*, 1964, 1129.

Trib. eur., 13-9-2013, T-383/11, *Eyad Makhoul c. Consiglio dell'Unione europea*, inedita

Trib. eur., 28-5-2013, T-187/11, *Mohamed Trabelsi e a. c. Consiglio dell'Unione europea*, inedita

Trib. eur., 25-4-2013, T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione europea*, inedita

Trib. eur., 27-6-2012, T-167/08, *Microsoft Corp. c. Commissione europea*

Trib. eur., 28-2-2012, T-268/08 e T-281/08, *Land Burgenland e Austria c. Commissione*, inedita

Trib. eur., 13-7-2011, T-138/07, *Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-4819

Trib. eur. 17-2-2011, T-385/07, *Fédération internationale de football association (FIFA) c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-205

Trib. eur., 17-2-2011, T-68/08, *Fédération internationale de football association (FIFA) c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-349

Trib. eur., 17-2-2011, T-55/08, *Union des associations européennes de football (UEFA) c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2011, II-271

Trib. eur. 9-9-2010, T-264/07, *CSL Behring GmbH c. Commissione europea e Agenzia europea dei medicinali (EMA)*, *ivi*, 2010, II-4469

Trib. eur., 9-9-2010, T-63/06, *Evropaiki Dynamiki-Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze (OEDT)*, in *Racc.*, 2010, II-177

Trib. eur., 19-5-2010, T-181/08, *Pye Phyto Tay Za c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2010, II-1965

Trib. eur., 11-5-2010, T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV c. Commissione europea*, in *Racc.*, 2010, II-1541

Trib. eur. 2-3-2010, T-16/04, *Arcelor SA c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2010, II-211

Trib. eur. 14-10-2009, T-390/08, *Bank Melli Iran c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2009, II-3967

Trib. eur. 2-10-2009, T-324/05, *Repubblica estone c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2009, II-3681

Trib. eur., grande sez., 17-9-2007, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2007, II-3601

Trib. eur., 31-1-2007, T-362/04, *Leonid Minin c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2007, II-2003

Trib. eur. 11-9-2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2002, II-3305

Trib. eur., 15-11-2001, T-151/01 R, *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2001, II-3295

Trib. eur., 26-10-2001, C-184/01, *IMS Health, Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2005, II-817

Corte EDU, 26-11-2013, 16150/06, *Silahyürekli c. Turquie*, inedita

Corte EDU, 26-11-2013, 5809/08, *Al-Dulimi et Montana Management inc. c. Suisse*, inedita

Corte EDU, 29-10-2013, 17475/09, *Varvara c. Italie*, inedita

Corte EDU, 23-10-2013, 6334/05. *Süzer et Eksen Holding A.Ş. c. Turquie*, inedita

Corte EDU, 1-10-2013, 29825/03, *Bil Belgin İnşaat Şti. c. Turquie*, inedita

Corte EDU, 16-4-2013, 16153/09, *Rolim Comercial, S.A. c. Portugal*, inedita

Corte EDU, grande ch., 25-12-2012, 71243/01, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, inedita

Corte EDU, 15-11-2012, 66394/01, *Rosario Lombardi c. Italie*, inedita

Corte EDU, *grande ch.*, 7-6-2012, 38433/09, *Centro Europa 7 s.r.l. et Di Stefano c. Italie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2012

Corte EDU, 26-5-2011, 32521/05, *di Marco c. Italie*, inedita

Corte EDU, *grande ch.*, 28-9-2010, 12050/04, *Mangouras c. Espagne*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2010

Corte EDU, *grande ch.*, 19-2-2009, 2334/03, *Kozacioğlu c. Turquie*, inedita

Corte EDU, 9-12-2008, 68309/01, *Cignoli et autres c. Italie*, inedita

Corte EDU, 18-3-2008, 1717/03, *Velocci c. Italie*, inedita

Corte EDU, *grande ch.*, 11-1-2007, 73049/01, *Affaire Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2007-I

Corte EDU, 6-3-2007, 43662/98, *Scordino c. Italie (n° 3)*, in *Giur. it.*, 2007, VIII-IX, 2055

Corte EDU, *grande ch.*, 29-3-2006, 36813/97, *Scordino c. Italie (n° 2)*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2006-V

Corte EDU, *grande ch.*, 28-9-2005, 31443/96, *Broniowski c. Pologne*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-IX

Corte EDU, *grande ch.*, 12-5-2005, 46221/99, *Öcalan c. Turquie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-IV

Corte EDU, 29-7-2004, 36813/97, *Scordino c. Italie (n° 1)*, inedita

Corte EDU, *grande ch.*, 23-11-2000, 25701/94, *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-XII

Corte EDU, 30-5-2000, 31524/96, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-VI

Corte EDU, 30-5-2000, 24638/94, *Carbonara et Ventura c. Italie*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-VI

Corte EDU, *grande ch.*, 5-1-2000, 33202/96, *Beyeler c. Italie*, in *Recueil des arrêts et*



*décisions*, 2000-I

Corte EDU, 25-3-1999, 31107/96, *Iatridis c. Grecia*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-II

Commissione EDU, 9-9-1998, 38817/97, *Lenzing AG c. Royaume-Uni*, inedita

Corte EDU, 20-11-1995, 17849/91, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, série A no 332

Commissione EDU, 20-11-1995, *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas*, série A – 331

Corte EDU, 9-12-1994, 13092/87 e 13984/88, *Les saints monastères c. Grèce*, série A301-A

Commissione EDU, 4-10-1990, *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. Pays-Bas*, 12633/87, in *Décisions et rapports*, 1990, 70

Corte EDU, 21-2-1986, 8793/79, *James et autres c. Royaume-Uni*, série A98, § 54 e

Corte EDU, *grande ch.*, 23-9-1982, 7151/75 e 7152/75, *Sporrong et Lönnroth c. Suede*, in *Riv. dir. Internazionale*, 1984, 592

Corte cost. 21-6-2013, n. 154, inedita

Corte cost., 28-11-2012, n. 264, inedita

Corte cost., 20-7-2012, n. 199, in *Urbanistica appalti*, 2012, XI, 1139

Corte cost., 27-6-2012, n. 163, in *Foro it.*, 2012, XII, 1, 3250

Corte cost., 7-3-2012, n. 43, inedita

Corte cost., 25-11-2011, n. 320, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, VIII-IX, 835

Corte cost., 11-11-2011, n. 303, *NGCC*, 2012, IV, 1, 348

Corte cost., 25-7-2011, n. 243, in *Foro it.*, 2012, VII-VIII, 1, 2001

Corte cost., 22-12-2011, n. 338, in *Urbanistica appalti*, 2012, V, 529

Corte cost., 7-6-2011, n. 181, in *Foro it.*, 2011, VII-VIII, 1, 1957

Corte cost., 21-4-2011, n. 151, in *Giur. it.*, 2012, V, 1017

Corte cost., 11-3-2011, n. 80, in *Corr. giur.*, 2011, IX, 1242

Corte cost. 15-4-2010, n. 138, in *Famiglia dir.*, 2010, VII, 653

Corte cost., 26-3-2010, n. 122, in *Foro it.*, 2010, 1, X, 2650

Corte cost., 14-11-2008, n. 368, in *Foro it.*, 2009, I, 1, 6

Corte cost. 24-10-2007, n. 348, in *Riv. giur edilizia*, 2008, I, 184

Corte cost., 24-10-2007, n. 349, in *Urbanistica appalti*, 2007, XII, 1499

Corte cost., 1-6-2006, n. 213, in *Foro it.*, 2007, IX, 1, 2303

Corte cost., 29-7-2005, n. 345, in *Dir. ind.*, 2006, I, 5

Corte cost., 2-5-2005, n. 175, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1328

Corte cost., 12-11-2002, n. 445, in *Riv. giur. Polizia*, 2003, 355

Corte cost., 10-5-1999, n. 167, in *Giur. cost*, 1999, 1607

Corte cost. 30-4-1999, n. 148, in *Rass. Avv Stato*, 2000, I, 277

Corte cost. 18-12-1995, n. 509, in *Giust. civ.*, 1996, I, 647

Corte cost., 6-4-1995, n. 108, in *Dir. scambi internaz.*, 1995, 685

Corte cost., 16-12-1993, n. 442, in *Giust. civ.*, 1994, I, 871

Corte cost., 23-11-1993, n. 414, in *Foro it.*, 1993, I, 3209

Corte cost., 16-6-1993, n. 283, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1989

Corte cost., 26-3-1993, n. 112, in *Dir. informaz. informatica*, 1993, 1055

Corte cost., 2-3-1990, n. 102, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1687

Corte cost., 21-4-1989, n. 232, in *Impresa*, 1989, 1402

Corte cost., 15-11-1988, n. 1030, in *Foro it.*, 1989, I, 347

Corte cost., 24-3-1988, n. 361, in *Dir. Aut.*, 1988, 535

Corte cost., 23-4-1986, n. 108, in *Giur. cost.*, 1986, 582

Corte cost., 10-10-1983, n. 301, in *Giur. cost.*, 1983, 1809

Corte cost., 19-7-1983, n. 223, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 743

Corte cost. 30-1-1980, n. 5, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 208

Corte cost., 20-3-1978, n. 20, in *Foro it.*, 1978, I, 809

Corte cost., 28-7-1976, n. 202., in *Foro it.*, 1976, I, 2066

Corte cost., 25-2- 1975, n. 30, in *Giur. cost.*, 1975, 126

Corte cost. 27-12-1973, n. 183, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, 508

Corte cost., 26-6-1973, n. 110, inedita

Corte cost., 13-4-1972, n. 65, inedita

Corte cost., 17-2-1971, n. 22. in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 642

Corte cost., 29-5-1968, n. 56, in *Giur. cost.*, 1968, 884

Corte cost., 3-4-1968, n. 25, inedita

Corte cost., 6-7-1966, n. 90, in *Foro it.*, 1967, I, 177

Corte cost., 12-4-1967, n. 44, inedita

Corte cost., 9-7-1959, n. 38, in *Giur. cost.*, 1959, 680

  

Cass., 4-12-2013, n. 27108, inedita

Cass., 2-12-2013, n. 26965, inedita

Cass., 29-10-2013, n. 24418, inedita

Cass., 4-7-2013, n. 16753, in *Urbanistica appalti*, 2013, XI, 1148

Cass., 20-6-2013, n. 15489, inedita

Cass., 11-6-2013, n. 25554, inedita

Cass., sez. un., 10-6-2013, n. 14508, in *Dir. ind.*, 2013, 5, 490

Cass., 19-2-2013, n. 4049 , inedita

Cass., 16-1-2013, n. 1000, inedita

Cass., 11-1-2013, n. 622, in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1180

Cass., 19-12-2012, n. 9213, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, V, 427

Cass., 16-11-2012, n. 20206, inedita

Cass., 12-9-2012, n. 15246, in *GT Riv. giur. trib.*, 2013, I, 26

Cass. 26-7-2012, n. 13294, inedita

Cass., sez. un., 4-7-2012, n. 11135, in *Corr. merito*, 2013, I, 47

Cass., sez. un., 20-6-2012, n. 10130, inedita

Cass., 15-6-2012, n. 9854, inedita

Cass., sez. un., 13-6-2012, n. 9595, in *Notariato*, 2012, V, 502

Cass., 7-6-2012, n. 9247, inedita

Cass., 28-5-2012, n. 8433, inedita

Cass., 26-3-2012, n. 4787, inedita

Cass., 15-3-2012, n. 4184, in *Giur. it.*, 2012, 8-9, 1767

Cass., 1-3-2012, n. 8011, inedita

Cass., 14-2-2012, n. 2156, in *Imm. e propr.*, 2012, IV, 255

Cass., 29-12-2011, n. 30082, inedita

Cass., 17-10-2011, n. 21385, inedita

Cass., 22-8-2011, n. 17440, inedita

Cass., 16-8-2011, n. 17310, inedita

Cass., 10-11-2011, n. 44065, inedita

Cass., 21-6-2011, n. 13603, inedita

Cass., 8-6-2011, n. 12525, inedita

Cass., sez. un., 28-4-2011, n. 9441, inedita

Cass., sez. un., 18-2-2011, nn. 3936, 3937, 3939, inedite

Cass., sez. un., 18-2-2011, n. 3938, in *Giur. it.*, 2011, XII, 2499

Cass., sez. un., 16-2-2011, nn. 3811-3813, inedite

Cass., sez. un., 14-2-2011, n. 3665, in *Foro it.*, 2012, 2, I, 564

Cass., sez. un., 2-2-2011, n. 2419, inedita

Cass., 13-1-2011, n. 717, inedita

Cass., 16-12-2010, n. 25510, inedita

Cass., 25-11-2010, n. 23965, in *Urbanistica e appalti*, 2011, III, 303

Cass., 16-7-2010, n. 32404, in *Giur. it.*, 2011, V, 1150

Cass., 22-4-2010, n. 9536, inedita

Cass., 29-3-2010, n. 7559, inedita

Cass., 5-3-2010, n. 5359, in *Foro it.*, 2011, VI, 1, 1875

Cass., 23-12-2009, n. 49437, in *Foro it.*, 2010, 3, II, 136

Cass., 24-11-2009, n. 24688, inedita

Cass., 5-10-2009, n. 21203, inedita

Cass., 14-7-2009, n. 16414, inedita

Cass., 11-12-2008, n. 10535, in *Foro it.*, 2010, 2, II, 95

Cass., 9-7-2008, n. 18844, in *Urbanistica appalti*, 2008, XI, 1259

Cass., 19-6-2008, n. 16662, inedita

Cass., 28-5-2008, n. 13995, inedita

Cass., 29-2-2008, n. 5437, in *Dir. ind.*, 2008, III, 277

Cass., sez. un., 28-2-2008, n. 5265, in *Mass. giur. it.*, 2008

Cass., 7-2-2008, n. 15158, inedita

Cass., 13-3-2007, n. 26072, in *Giur. it.*, 2008, II, 425

Cass., 27-2-2007, n. 4469, inedita

Cass., 4-7-2006, n. 33945, in *Dir. internet*, 2007, II, 157

Cass., 10-12-2004, n. 23134, in *Mass. giur. it.*, 2004

Cass., 17-11-2004, n. 21750, in *Foro amm. CDS*, 2005, 51

Cass., 28-1-2004, n. 2956, in *Riv. Pen.*, 2005, 85

Cass., 5-5-2003, n. 6795, in *Arch. civ.*, 2004, 378

Cass., 10-12-2002, n. 17564, in *Arch. civ.*, 2003, 1107

Cass., 18-2-2000, n. 1858, inedita

Corte cost., 31-3-1994, n. 117, in *Giur. it.*, 1995, I, 193

Cass., 22-7-1999, n. 500, in *Giorn. dir. Amm.*, 1999, 832

Cass., 23-4-1998, n. 7382, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 838

Cass., 30-1-1997, n. 934, in *Società*, 1997, 8

Cass., 19-12-1996, n. 11343, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1194

Cass., sez. un., 4-11-1996, n. 9531, in *Danno e resp.*, 1997, II, 189

Cass., 12-3-1991, in *Mass. Cass. pen.*, 1991, V, 31

Cass., 14-7-1989, n. 3298, in *Giust. civ.*, 1990, I, 414

Cass., 6-2-1987, n. 1323, in *Dir. aut.*, 1987, 2

Cass., 24-11-1986, in in *Foro it.*, 1987, 3, II, 289

Cass., 28-9-1984, in *Riv. Pen.*, 1985, 916

Cass., 20-12-1983, in *Dir. aut.*, 1984, 88

Cass., 6-4-1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 537

Cass., 28-12-1979, in *Cass. pen. mass.*, 1981, 433

Cass., 24-2-1977, n. 826, in *Giur. it.*, 1977, I, 1320

Cass., 13-11-1973, n. 3004, in *Foro it.*, 1974, I, 1121

Cass., 22-10-1956, n. 3805, in *Riv. dir. ind.*, 1957, II, 209

Cass., 12-8-1953, in *Dir. aut.*, 1953, 510

Cass., 15-6-1951, n. 1552, in *Foro it.*, 1952, I, 1568

Cass. Toscana, 20-12-1861, in *Giur. it.*, 1862, XI, 781

  

Cons. Stato, ad. plen., 25-9-2013, n. 21, inedita

Cons. Stato, 11-9-2013, n. 4490, inedita

Cons. Stato, 15-1-2013, n. 176, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, III, 252

Cons. Stato, 3-7-2012, n. 3893, inedita

Cons. Stato, 4-4-2011, n. 2083, inedita

Cons. Stato, 27-1-2011, n. 632, inedita

Cons. Stato, 15-7-2010, n. 4561, inedita

Cons. Stato, 2-3-2010, n. 1220, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, V, 533

  

C. Conti, 15-6-1993, n. 98, in *Cons. Stato*, 1991, II, 179

  

App. Potenza, 11-5-2010, inedita

App. Roma, 4-11-2008

App. Milano, 7-3-1995, in *Dir. ind.*, 1995, 1149

App. Milano, 14-3-1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 100/1

App. Firenze, 25-4-1860, in *Giur. it.*, 1861, II, 505

Trib. Napoli, g.i.p., 18-4-2013, inedita  
Trib. Roma, sez. IP, 24-1-2013, in *Foro it.*, 2013, VII-VIII, 1, 2287  
Trib. Taranto, 28-8-2012, inedita  
Trib. Milano, sez. IP, 2-8-2012, in *Dir. ind.*, 2013, I, 13  
Trib. Firenze, 25-5-2012, inedita  
Trib. Brindisi Ostuni, 3-4-2012, inedita  
Trib. Milano, sez. IP, 5-1-2012, in *Giur. it.*, 2013, I, 86  
Trib. Trento, 29-9-2011, inedita  
Trib. Termini Imerese, 9-2-2011, in *Foro it.*, 2012, 3, II, 159  
Trib. Bologna, sez. IP, 10-1-2011, inedita  
Trib. Milano, 11-11-2010, in *Corr. Merito*, 2011, V, 501  
Trib. Bologna, sez. IP, 13-9-2010, inedita  
Trib. Messina, 6-7-2010, in *Giur. merito*, 2011, VII-VIII, 1809  
Trib. Bologna sez. IP, 1-4-2010, inedita  
Trib. Monza, 2-3-2010, in *Resp. civ.*, 2010, V, 394  
Trib. Milano 12-4-2010 in *Cass. pen.*, 2010, 3986  
Trib. Milano, 24-2-2010 in *Giur. cost.*, 2010, 1840  
Trib. Roma, 11-2-2010, in *Dir. informaz. e informat.*, 2010, 268  
Trib. Roma, 16-12-2009, in *Foro it.*, 2010, I, 1348  
Trib. Torino, sez. IP, 9-11-2009, inedita  
Trib. Roma, sez. IP, 17-3-2008, in *Giur. it.*, 2008, VII, 1738  
Trib. Roma, 16-7-2007, in *Dir. ind.*, 2007, VI, 585  
Trib. Bari, 14-3-2007, in *Dir. internet*, V, 2007, 447  
Trib. Roma, 23-2-2007, inedita



Trib. Riesame Milano, 20-2-2007, inedita

Trib. Roma, 19-8-2006, inedita

Trib. Genova, 20-4-2006, inedita

Trib. Milano, g.i.p., 8.2-2006, in *Dir. internet*, 2006, III, 26

Trib. Genova, 10-1-2006, in *Corr. merito*, 2006, IV, 445

Trib. Roma, 13-4-2005, inedita

Trib. Tivoli, 30-3-2005, inedita

Trib. Catania, 29-6-2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1259

Trib. Padova, 13-1-2004, in *Giur. it.*, 2004, XII, 2344

Trib. Napoli, 4-9-2002, in *Giur. mer.*, 2004, 291

Trib. Catania, 27-8-2001, in *Dir. ind.*, 2002, 97

Trib. Ferrara, 5-4-2000, in *Dir. aut.*, 2001, 483

Trib. Roma, 22-3-1999, in *Dir. inf.*, 2000, 66

Trib. Cuneo 23-6-1997, in *Giur. Piem.*, 1997, 493

Trib. Roma, 20-12-1993, in *Dir. informaz. e informatica*, 1994, 365

Trib. Genova, 31-10-1986, in *Riv. dir. ind.*, 1987, II, 93

Trib. Monza, 12-12-1984, *Impresa*, 1986, 143

Trib. Torino, 17-10-1983, in *Dir. aut.*, 1984, 57

Trib. Milano, 25-5-1970, in *Mon. Trib.*, 1971, 943

Pret. Torino, 10-2-1993, in *Dir. informaz. e informatica*, 1993, 748

Pret. Roma, g.i.p., 7-5-1992, in *Dir. informaz. e informatica*, 1992, 945

Pret. Bari, 11-2-1991, in *Foro it.*, 1991, 1, II, 2258

Pret. Genova, 3-5-1985, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 362

Pret. Pisa, 11-4-1984, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 720

Pret. Roma, 16-12-1974, n. 92, inedita

Pret. Roma, 17-1-1974, n. 102, inedita

T.A.R. Campania Napoli, 25-11-2013, n. 5404, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 10-6-2013, n. 5807, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 8-5-2013, n. 4586, inedita

T.A.R. Piemonte Torino, 11-4-2013, n. 435, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 10-4-2013, n. 3629, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 10-4-2013, n. 3625, inedita

T.A.R. Lombardia Milano, 9-4-2013, n. 877, inedita

T.A.R. Puglia Bari, 3-4-2013, n. 464, inedita

T.A.R. Lombardia Milano, 28-3-2013, n. 803, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 18-3-2013, n. 2732, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 2-3-2012, n. 2159, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 2-3-2012, n. 2157, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 2-3-2012, n. 2156, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 13-2-2012, n. 1415, inedita

T.A.R. Campania Napoli, 12-1-2012, n. 98

T.A.R. Molise Campobasso, 26-7-2011, n. 458, inedita

T.A.R. Lombardia Milano, 8-6-2011, n. 1468, inedita

T.A.R. Lazio Roma, 18-5-2010 n. 11984, in *Urbanistica appalti*, 2010, XII, 1477

T.A.R. Lombardia Brescia, 1-7-2008, n. 745, inedita

T.A.R. Sardegna Cagliari, 20-1-2009, n. 48, inedita

T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento, 27-3-2008, n. 75, in *Giur. it.*, 2008, VIII-IX, 2076

T.A.R. Lazio Roma, 21-4-2004, n. 3439, inedita

*SAS Institute Inc v World Programming Ltd* [2013] EWHC 69 (Ch)

*Apple v. Samsung* (11-CV-01846-LHK, N.D. Cal. Aug. 24, 2012)

*Oracle America, Inc. v. Google Inc.*, No. C 10-03561 WHA (N.D. Cal., filed May 23, 2012).

*United States v. Aleynikov*, No. 11-1126, 2012 WL 1193611 (April 11, 2012)

*Yahoo! Inc. v. Facebook Inc.*, N.D. Calif., No. 12-01212, complaint filed, 3/12/12

BVerfG, 1 BvR 2742/08 vom 21.12.2010, Absatz-Nr. (1-29)

BVerfG, 1 BvR 2760/08 vom 21.12.2010, Absatz-Nr. (1- 28)

*United States v. Sergey Aleynikov*, 10 CR. 96 (DLC)

BVerfG, Beschluss vom 6-7-2010, Az. 2BvR 2661/06

Rechtbank van 1e aanleg Brussel, kort geding, 28-6-2010 (1713/10)

*Viacom International, Inc. Llc. v. YouTube, Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 529 (S.D.N.Y.2010)

Cour d'appel de Bruxelles, 9ème ch., arrêt du 28-1-2010 (R.G. 2007/AR/2424 : R. n°: 2010/740 : N° 192)

BVerfG, 1 BvR 2062/09 vom 20.1.2010, Absatz-Nr. (1- 32)

BVerfG, Az. BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 e 2 BvR 182/09, Absatz-Nr. (1-421), in *NJW*, 2009, 2267

Trib. grande inst. Paris, 13-7-2007, in *Dir. Internet*, 2007, V, 495

Cour de Cassation, 13-12-2005, 03-21154, in *Bulletin*, 2005 I N° 499, 420

*Metro Goldwin Mayer Studios v. Grokster*, 545 US 913 (2005)

BVerfG, 2 BvR 1802/02 vom 3.6.2004, Absatz-Nr. (1- 25)

BVerfG, 1 BvR 784/03 vom 2.3.2004, Absatz-Nr. (1- 22)

BVerfG, 1 BvR 2075/03 vom 16.10.2003, Absatz-Nr. (1- 9)

BVerfG, 1 BvR 1962/01 vom 7.3.2002, Absatz-Nr. (1- 10)

*A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

BVerfG, 1 BvR 825/98 vom 29.6.2000, Absatz-Nr. (1- 33)

BVerfG, 1 BvR 1611/99 vom 17.12.1999, Absatz-Nr. (1- 25)

BVerfG, 1 BvR 1689/96 vom 2.6.1999, Absatz-Nr. (1- 23)

LG Konstanz, vom 10.5.1996, 1 S 292/95, in *NJW*, 1996, 2662

*United States v. Brown*, 925 F.2d 1301(10th Cir. 1991)

*Narell v. Freeman*, 872 F.2d 907, 910 (9th Circ. 1989)

BverfG, 2 BvR 197/83, vom 22.10.1986

*SAS Inst., Inc. v. S&H Computer Sys., Inc.*, 605 F. Supp. 816, 225 U.S.P.Q. (BNA) 916 (M.D. Tenn. 1985)

*Paul Edmond Dowling v. United States*, 473 13 U.S. 207 (1985)

*Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 219 U.S.P.Q. (BNA) 113 (3d Cir. 1983)

*Warner Bros. v. American Broadcasting Cos.*, 654 F.2d 204, 208 (2d Cir. 1981)

BVerfG, 2 BvL 52/71, vom 29.5.1974

BVerfG, 1 BvR 765/66, vom 7.7.1971

*United States v. Caesar Bottone*, 365 F.2d 389 (2d Cir. 1966)

BVerfG, 1 BvR 400/51 vom 22.11.1951

*International News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 250 (1918)

Cour de Cassation, 14-3-1900, in *Dalloz*, 1900, I, 63

Trib. corr. Paris, 5-1-1850, in *Revue de Belgique*, 1850, V, 225

*Folsom v Marsh*, 9 F.Cas. 342 (1841)

Cour royale de Paris, 11-1-1828, in *Cours royales et Conseil d'Etat*, 1828, I, 5

Trib. civ. Seine, 17-8-1814, in *Rép. méth. Dalloz, Prop. Litt.*, 1815, 309

EPO Boards of Appeal, 21-9-2012, T-2207/08, *Integrable software component/Perkinelmer*, inedita

EPO Board of Appeal, 28-10-2010, T-1262/08, *Single click synchronisation/Fusion One Inc.*, inedita.

AGCom, 6-7-2011, n. 398/11/CONS, inedita

Garante per la protezione dei dati personali, 6-5-2009, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, X, 1109