

GIORGIO RESTA

L'APPROPRIAZIONE DELL'IMMATERIALE. QUALI LIMITI?

SOMMARIO: 1. *Value makes right*: la tendenza alla privatizzazione della sfera pubblica immateriale — 2. Il problema dei limiti dell'appropriabile in relazione ad un caso emblematico: l'esclusiva sull'immagine dei beni. — 3. Il problema dei confini del mercato: *property* e *privacy* nella costruzione giuridica del soggetto. — 4. Considerazioni conclusive.

I. VALUE MAKES RIGHT: LA TENDENZA ALLA PRIVATIZZAZIONE DELLA SFERA PUBBLICA IMMATERIALE.

Il dibattito sullo statuto dei diritti di proprietà intellettuale nella società dell'informazione ripropone all'attenzione dell'interprete alcune tematiche centrali per la riflessione giuridica ed economica¹. Tra queste, esemplarmente, il problema della funzione dei diritti di privativa, quello del temperamento tra l'effetto monopolistico e le esigenze di libera circolazione delle idee, quello dei limiti dell'appropriabile. Sebbene le innovazioni indotte dalla tecnologia abbiano radicalmente modificato il quadro complessivo

* Testo, rielaborato e corredato di note, dell'intervento al Seminario di studi « Sulla proprietà », organizzato dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco (Roma, 26 giugno 2003).

¹ Per un primo inventario dei principali problemi oggi sottesi alla disciplina della « proprietà intellettuale » — assumendo tale formula nella sua accezione più estesa, comprensiva anche dei diritti di marchio e di brevetto (come nella definizione accolta dall'art. 2, n. 8, della Convenzione di Stoccolma del 14 luglio 1967 istitutiva della *World Intellectual Property Organization*; e v. anche W.R. CORNISH, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks And Allied Rights*, IV ed., London, 1999, n. 1-01) — cfr. la meditata Prolusione di A. OHLY, *Geistiges Eigentum?*, in *JZ*, 2003, 545 ss.; nonché

J. BOYLE, *The Opposite of Property?*, (Foreword al volume: *Public Domain*), in 66 *Law & Cont. Prob's* 1 (2003); ed ovviamente L. LESSIG, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, 2002, *passim*; è forse superfluo sottolineare che qualsiasi riflessione sull'evoluzione delle tecniche giuridiche di allocazione dei beni immateriali deve necessariamente prendere le mosse dalla constatazione dei profondi mutamenti dell'assetto socio-economico di riferimento, e segnatamente dalle dinamiche del c.d. capitalismo cognitivo, su cui basti rinviare alla penetrante analisi di A. GORZ, *L'immatériel. Connaissance, valeur et capital*, Paris, 2003 (ora in trad. it., *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Torino, 2003, da cui si citerà).

di riferimento, alterando schemi e concetti consolidati, è forse opportuno ricordare come la gran parte di tali questioni siano da sempre oggetto di discussione, sin dalle origini della teoria della proprietà intellettuale.

È ben noto, ad esempio, che nel corso dell'esperienza ottocentesca la stessa legittimità dei diritti di privativa fu più volte seriamente contestata; e ciò non già in una prospettiva di critica esterna al mercato, bensì in una logica rigorosamente libero-concorrenziale. La vicenda della tutela delle invenzioni è sotto questo profilo particolarmente significativa². A partire dalla metà del secolo si moltiplicarono in Europa le voci tese a dimostrare l'inefficienza del sistema brevettuale e a proporre la riforma o addirittura l'abolizione. Nel corso di questa discussione, che in Olanda si tradusse nell'abrogazione della legge sui brevetti³ ed in Germania condizionò profondamente la politica prussiana, tanto da ritardare sino al 1877 l'introduzione di una disciplina unitaria per il *Reich*⁴, i postulati liberistici furono impugnati per contestare ciascuno degli argomenti tradizionalmente addotti a sostegno della privativa: dall'idea giusnaturalistica della proprietà del pensiero (significativamente rinominata « monautopolio » da J.B. Jobard)⁵, al principio della giusta remunerazione del lavoro produttivo, sino all'argomento funzionalistico dell'incentivazione delle attività inventive⁶. Ma è sufficiente rileggere le belle pagine dedicate da Francesco Ferrara nel 1851 alla categoria della « proprietà letteraria » per constatare come obiezioni analoghe venissero mosse anche al « figliuolo prediletto ed accarezzato » della « numerosa famiglia de' monopolii », il diritto d'autore: tale istituto, a detta dell'economista italiano, risulterebbe indifendibile sul piano

² Per un panorama complessivo sulla c.d. *Patentdebatte* si rinvia al fondamentale studio di F. MACHLUP-E. PENROSE, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, in 10 *Journ. econ. hist.* 1 (1950); nonché alla voce di F. MACHLUP, *Patentwesen. (I) Geschichtlicher Überblick*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. VIII, Stuttgart-Tübingen-Göttingen, 1964, 231, 236 ss.

³ F. MACHLUP-E. PENROSE, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, cit., 5-6, i quali ricordano che la legge sulla tutela delle invenzioni fu abrogata nel 1869 e per 42 anni l'Olanda rimase il principale bastione della politica del *free trade in inventions*.

⁴ Cfr. per riferimenti F.K. BEIER, *Gewerbefreiheit und Patentschutz. Zur Entwicklung des Patentrechts im 19. Jahrhundert*, in H. COING-W. WILHELM, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band IV, Eigentum

und industrielle Entwicklung, Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main, 1979, 183 ss., 199-205; A. HEGGEN, *Zur Vorgeschichte des Reichspatentgesetzes von 1877*, in *GRUR*, 1977, 322 ss., 324; nonché, per un inquadramento più generale del dibattito sui limiti della libertà economica nell'ambito della riflessione giuridica e politico-economica, cfr. S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen, 2001, spec. 74-131.

⁵ J.B.A.M. JOBARD, *Nouvelle économie sociale ou monautopole industriel, artistique, commercial et littéraire*, Paris, 1844.

⁶ Per una disamina sintetica di tali argomenti, cfr. F. MACHLUP, *Patentwesen. (II) Wirtschaftstheoretische Betrachtung*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. VIII, Stuttgart-Tübingen-Göttingen, 1964, 240 ss., 241-245.

dell'utilità collettiva in quanto fonte di un ingiustificato aumento del prezzo dei libri, di uno scadimento qualitativo dell'industria tipografica e di un'illogica restrizione delle possibilità di accesso alla conoscenza, a tutto danno del « diritto di lavorare sul lavoro già fatto »⁷.

Le perplessità nei confronti del sistema dei diritti di privativa e delle sue conseguenze sociali si rivelano, dunque, alquanto risalenti e del tutto indipendenti da opzioni di tipo ideologico.

Ciò che invece è sensibilmente mutato è il contesto generale entro cui esse si iscrivono ed in particolare la prospettiva con cui si guarda al rapporto tra *property rights* e regolamentazione statale della concorrenza. Schematizzando molto i termini di un discorso ovviamente più complesso, è possibile notare che, mentre nella fase del liberalismo classico il conferimento di diritti esclusivi sui beni immateriali era ancora percepito come una forma eccezionale di intervento statale nell'economia, limitativa delle libertà economiche, e quindi da giustificare e circoscrivere⁸; oggi, al contrario,

⁷ F. FERRARA, *Proprietà letteraria*, in *Lezioni di economia politica* (Corso per l'a.a. 1850-1851, Lezione 15^a, 11 febbraio 1851), ora in R. BOCCIARELLI-P. CIOCCA, a cura di, *Scrittori italiani di economia*, Roma-Bari, 1994, 141 ss. È opportuno precisare che Ferrara non disconosce l'importanza della remunerazione quale necessario strumento di incentivazione al compimento delle attività creative; egli nega però che la costituzione di un'esclusiva rappresenti il meccanismo più adatto per soddisfare tale interesse. Non soltanto perché in un modello concorrenziale le imprese editoriali sarebbero maggiormente incentivate all'innovazione e all'ottimizzazione dei costi, con conseguente possibilità di adeguata remunerazione degli autori (in questo senso l'A. sembra cogliere perfettamente il diaframma che intercorre tra *authorship* e *ownership* e che fa sì che il *copyright*, piuttosto che come incentivo a creare, operi di fatto come incentivo a « trasformare in prodotti le espressioni di idee », a tutto vantaggio degli intermediari nella fruizione di tali risorse, come è oggi chiarito dalla teoria economica: G. RAMELLO-F. SILVA, *La natura del diritto d'autore*, in *LIUC Papers*, n. 44, 1997, 3 ss., 8). Ma anche perché « allato al diritto del lavoro già fatto vi ha il diritto del lavoro da farsi »; e a voler dare la prevalenza solo al primo dei due termini, si finirebbe paradossalmente per « distruggere l'industria umana ». La proprietà dell'idea, questo è il cardine dell'intera argomentazione, non può essere concepita « come un diritto isolato, come se l'uomo al quale appartenga

fosse solo nel mondo », ma deve essere attentamente bilanciata con le esigenze della collettività, onde evitare che in nome della « sorte del sapiente già fatto » si abbia a soffocare il talento che si rifugia « negli ultimi strati della società » ed è « là che muore, che si divora, e si perde, per difetto di mezzi ». Per un inquadramento dell'opera di Ferrara nell'ambito del dibattito italiano dell'ottocento, v. P. BENEDEUCE, *Autore e proprietario. Per una ricerca sui « diritti dell'ingegno » alle origini dell'Italia liberale*, in R. GHERARDI-G. GOZZI, a cura di, *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Atti del Convegno dell'Istituto storico italo-germanico in Trento del 24-25 settembre 1993, Bologna, 1995, 425-469.

⁸ « Male necessario » era l'espressione utilizzata da Lord Macaulay nel suo celebre discorso di fronte alla House of Commons, a proposito del *copyright* (di cui si diceva anche: « non deve durare un giorno di più di quanto non sia strettamente indispensabile ») e del problema della sua estensione temporale: T.B. MACAULAY, *A Speech Delivered in the House of Commons* 5 febbraio 1841), accessibile sul sito <http://www.baen.com/library/palaver4.htm> (ultimo accesso in data 9 dicembre 2003); e v. in tema S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Treatens Creativity*, New York, 2001, 142; M. ROSE, *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, in 66 *Law & Cont. Prob's* 75 (2003), 83; per una ricostruzione storica del pro-

è il sistema dei *property rights* ad essere inteso quale espressione naturale del *private ordering* e dunque quale fondamentale garanzia di indipendenza del mercato e di arretramento del potere pubblico⁹.

Quest'evoluzione può essere osservata a più livelli. Innanzitutto sul piano linguistico e tassonomico: la categoria della « proprietà intellettuale », a lungo osteggiata, ha definitivamente acquisito una propria autonomia semantica e normativa, finendo per imporsi anche all'interno di esperienze tradizionalmente connotate da un'accezione rigida ed altamente formalizzata del diritto di proprietà¹⁰.

blema del superamento dei privilegi e del rapporto intercorrente tra il liberalismo economico ed i nuovi diritti esclusivi sui beni immateriali, cfr. B. DÖLEMEYER-D. KLIPPEL, *Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts*, in F.K. BEIER-A. KRAFT-G. SCHRICKER-E. WADLE, a cura di, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland*, I, Weinheim, 1991, 185 ss.; nonché D. KLIPPEL, « *Libertas commerciorum* » und « *Vermögens-Gesellschaft* ». *Zur Geschichte ökonomischer Freiheitsrechte in Deutschland im 18. Jahrhundert*, in G. BIRTSCH, a cura di, *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, Göttingen, 1981, 313 ss.

⁹ Questo scivolamento concettuale è puntualmente rilevato da J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in 66 *Law & Cont. Prob's* 33 (2003), 51, il quale descrive la « *neo-liberal orthodoxy* » in questi termini: « The world of the Washington Consensus is divided into two parts. In one, growing smaller by the minute, are those portions of the economy where the government plays a major regulatory role. The job of neo-liberal economic thought is to push us toward the privatization of the few areas that remain; after all, we know that "state intervention in the economy" is a recipe for disaster. The second area of the Washington Consensus is an altogether happier place. This is the realm of well-functioning free markets, where the state does not regulate, subsidize, or franchise, but instead defines and protects property rights. While unintended consequences are rife in the world of government regulation, no such dangers should be feared if the government is simply handling over a

patent on gene sequences or stem cell lines, or creating a property right over compilations of facts. Property is good, and more property is better »; M.A. LEMLEY, *Private Property*, in 52 *Stanford L. Rev.* 1545 (2000), 1546. Ma che i diritti di proprietà siano espressione naturale del *private ordering* è ovviamente un mito che non regge a qualsiasi analisi critica: v. per tutti G. CALABRESI, *Quale rapporto tra proprietà privata e proprietà comune*, in *Ambiente etica economia e istituzioni*, Milano, 1991, 113 ss.; M.J. RADIN-R.P. WAGNER, *The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace*, in 73 *Chicago-Kent L. Rev.* 1295 (1998).

¹⁰ Davvero emblematica, da questo punto di vista, è l'esperienza tedesca; in Germania, com'è noto, la categoria della proprietà intellettuale non è stata mai recepita da parte della dogmatica civilistica, la quale è rimasta strettamente aderente al modello romanistico (per un approfondimento dell'intero percorso v. D. SCHWAB, voce *Eigentum*, in O. BRUNNER-W. CONZELR. KOSELECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 2, Stuttgart, 1975, 65 ss.) ed ha sempre respinto i tentativi volti a rivalutare una nozione che — si osservava — « estende e diluisce a dismisura il concetto di proprietà, privandolo così di qualsiasi utilità conoscitiva ed analitica » (J. KOHLER, *Die Idee des geistigen Eigentums*, in *AcP*, 32 (1894), 141 ss., ora ripubblicato in *UFITA*, 1993, 99 ss., 113); talmente consolidato era l'atteggiamento critico nei confronti del concetto che, ricorda V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum - eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, 2002, 4-5, nel corso dei lavori per la Convenzione di Berna del 1886 la delegazione tedesca aveva ventilato l'ipotesi della mancata adesione da parte della Germania laddove si fosse mantenuta nel titolo della Convenzio-

La progressiva affermazione di tale nozione — emblematicamente testimoniata dall'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea¹¹ — si spiega, ovviamente, con le esigenze di semplificazione del linguaggio, accentuate dall'armonizzazione della disciplina a livello transnazionale¹². Ma riflette anche la profonda trasformazione che ha interessato, soprattutto nell'ultimo decennio, quest'area del diritto privato¹³.

Le sue caratteristiche sono ben note e possono essere compendiate mediante la metafora dell'*enclosure*: come avvenuto in precedenza per la terra, saremmo oggi in presenza di un nuovo processo di « chiusura » dei beni comuni, avente ad oggetto non più i fondi, ma l'informazione¹⁴. La continua espansione in senso qua-

ne l'espressione « *propriété littéraire et artistique* », proposta dalla delegazione francese; queste difficoltà (comunque estranee alla tradizione costituzionale: cfr. F. FECHNER, *Geistiges Eigentum und Verfassung. Schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes*, Tübingen, 1999, 10 ss.) sembrano ormai in larga parte dissolte, atteso che il concetto di *geistiges Eigentum* ha conseguito un espresso riconoscimento normativo (cfr. C.D. ASENDORF, *Gesetz zur Stärkung des Schutzes geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie*, in *NJW*, 1990, 1283 ss.) e viene sempre più di frequente utilizzato da parte della dottrina: v. in part. E. WADLE, *Zur Wiederverkehr der Formel « Geistiges Eigentum »*, in *Id.*, *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, Weinheim-New York-Basel-Cambridge-Tokyo, 1996, 6 ss.; V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum - eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, cit., 126-182 (ove dettagliati riferimenti anche al formante giurisprudenziale); A. OHLY, *Geistiges Eigentum?*, cit., spec. 546-550; F.K. BEIER, *Die Zukunft des geistigen Eigentums in Europa*, in *GRUR Int.*, 1990, 675 ss.; non è un caso che il più importante istituto di ricerca in materia, il *Max-Planck-Institut* di Monaco di Baviera, ha recentemente modificato la propria denominazione da « *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht* » in « *Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht* ».

¹¹ Art. 17, *Diritto di proprietà*: « 1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della

stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta »; cfr. anche il *Considerando* n. 9 della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, ove si legge: « Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà ».

¹² Sul punto V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum - eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, cit., 169, ove riferimenti anche agli accordi *TRIPS* ed ai documenti internazionali maggiormente rilevanti (p. 166 ss.).

¹³ Le opzioni di ordine linguistico e tassonomico rappresentano spesso una importante cartina di tornasole per comprendere i caratteri (e le trasformazioni) di una determinata cultura giuridica: cfr. in quest'ordine di idee A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property-Propriété-Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, 33; ed in particolare sul rilievo assunto dalle scelte terminologiche in relazione alla disciplina della proprietà intellettuale v. L. LESSIG, *The Future of Ideas*, cit., 237, 294, nota 26 (con riferimento a F. EASTERBROOK, *Intellectual Property Is Still Property*, in 13 *Harvard J. L. & Pub. Pol'y* 108 [1991]); nonché in prospettiva storica V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum - eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, cit., 42 ss., 183.

¹⁴ J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, cit., 37: « It sounds grandiloquent to call it "the enclosure of the intangible commons of the mind", but in a very real sense that is just what is. True, the

litativo e quantitativo dei diritti di privativa — assumendo tale categoria in senso ampio — sembra infatti delineare un completo capovolgimento del tradizionale equilibrio tra controllo ed accesso alle risorse immateriali¹⁵. La vecchia strategia del diritto della proprietà intellettuale consisteva nel ritagliare una piccola porzione di esclusiva all'interno di un'ampia sfera di risorse lasciate all'autonoma elaborazione creativa ed inventiva dei soggetti. Nel modello attuale la regola sembra invece essere costituita dalla parcellizzazione proprietaria, in base all'assunto per cui qualsiasi sistema di appartenenza e gestione collettiva dei beni debba necessariamente condurre ad esiti subottimali¹⁶.

Come spesso accade in presenza di un sostanziale riassetto dei titoli proprietari, non è facile capire quali siano i costi e i benefici sociali di tale evoluzione¹⁷. Da un lato si insiste sulla natura di pu-

new state-created property rights may be "intellectual" rather than "real", but once again things that were formerly thought of as either common property or uncommodifiable are being covered with new, or newly extended, property rights»; sulle diverse tecniche giuridiche di allocazione del potere di controllo sull'informazione (e sulla conoscenza) cfr., in luogo di molti, V. ZENO-ZENCOVICH-G.B. SANDICCHI, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in questa *Rivista*, 2002, 971 ss., spec. 985-992; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. IV*, sez. civ., IX, Torino, 1993, 420.

¹⁵ L'ampliamento del sistema della proprietà intellettuale è un processo che percorre trasversalmente i vari sistemi ed è fedelmente rispecchiato dall'evoluzione della normativa comunitaria in materia: cfr. a titolo esemplificativo G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, II ed., Padova, 2001, 485 ss.; T. DREIER, *New Legislation on Copyright and Databases and its Impact in Society*, paper presentato al *Second Joint ICSU Press - UNESCO Expert Conference on Electronic Publishing in Science*, UNESCO House, Paris, 2001; nonché A. OHLY, *Geistiges Eigentum?*, cit., 548, 550 ss.; per uno sguardo retrospettivo sull'esperienza nordamericana cfr. in part. W.W. FISHER III, *The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States*, 1997, accessibile sul sito <http://cyber.law.harvard.edu/ipcoop/97fish1.html>; J. BOYLE, *Shamans, Software, and Spleens. Law and the Construction of the Information Society*, Harvard-Cambridge-London, 1996, *passim*; e per una descrizione delle principali caratteristiche del «post-mo-

dern copyright» P. SAMUELSON, *Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue - But to What Future?*, in N. ELKIN-KOREN-N. WEINSTOCK NETANEL, a cura di, *The Commodification of Information*, The Hague, 2002, 63 ss., 68.

¹⁶ In questi termini J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, cit., 39-40.

¹⁷ Quel che è certo, invece, è che il processo in discorso implica necessariamente *winners and losers* e, come tale, esso non può essere compreso astraendo dal ruolo fondamentale svolto dai gruppi di interesse (W.W. FISHER III, *The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States*, cit., 9, il quale evidenzia un dato critico: mentre i gruppi che si avvantaggiano da un'espansione dei diritti di proprietà intellettuale sono ben definiti, in numero tendenzialmente ristretto e dotati di cospicue risorse economiche, i soggetti portatori dell'interesse contrapposto — tipicamente: i consumatori — sono più frammentati e dotati di minore capacità di incidenza politica). Tale elemento sfugge, paradossalmente, proprio al modello convenzionale proposto dall'analisi economica per spiegare il fenomeno dell'emersione dei *property rights*: secondo la classica lettura di H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in 57 *Am. Econ. Rev.* 347 (1967), infatti, l'introduzione dei diritti di proprietà costituisce una risposta efficiente al problema dell'internalizzazione delle esternalità ed è da ricondurre ad un mutamento nell'equilibrio dei prezzi, tale per cui i benefici dell'instaurazione di un regime proprietario sopravanzano i costi della sua realizzazione (cfr. ora T.W. MERRILL, *The Demsetz Thesis and the Evolution of Pro-*

blic good dell'informazione e sull'esigenza di incentivarne la produzione mediante il conferimento di redditi di tipo monopolistico, ravvisando nelle nuove tecnologie più un pericolo da evitare tramite il rafforzamento delle privative che non un'opportunità da cogliere attraverso l'allargamento dei mercati. Dall'altro si evidenziano i rischi insiti nella « privatizzazione » incontrollata di beni — qual è tipicamente l'informazione — che soddisfano ad un tempo funzioni di consumo e di produzione; è in questa logica che si iscrivono, ad esempio, le importanti analisi sugli *anticommons* nella ricerca biomedica¹⁸ — e più in generale sul problema

perty Rights, in 31 *J. Leg. Stud.* 331 [2002]). Ma a questa versione « ottimistica » della storia se ne può contrapporre — tra le altre — anche una più « pessimistica », non più incentrata sul fattore oggettivo dei costi di transazione e della tecnologia, bensì sulla logica dell'azione collettiva dei gruppi di interesse; ed è evidente che ciò significa abbandonare il postulato (che, com'è ovvio, non è ideologicamente neutro: cfr. P.G. MONATERI, *L'analisi economica della proprietà: la « commodification » e le sue alternative*, in corso di stampa in *Parole chiave*, 2004) dell'efficienza del processo di « privatizzazione », per ammettere che il passaggio da una situazione di *commons* ad una di *property* possa rappresentare l'esito — potenzialmente inefficiente — delle strategie di *rent seeking* dei vari attori sociali (cfr. S. LEVMORE, *Two Stories about the Evolution of Property Rights*, in 31 *J. Leg. Stud.* 331 [2002]). L'esperienza della proprietà intellettuale può offrire numerosi riscontri della versione « pessimistica » della storia. Si consideri unicamente che, se il modello di Demsetz avesse un'assoluta capacità predittiva, ci si dovrebbe attendere che, in presenza di innovazioni tecnologiche tali da alterare in senso negativo il rapporto tra i costi e i benefici sociali del preesistente regime proprietario, il sistema dovrebbe progressivamente ritornare verso il polo dei *semi-commons* o persino del libero accesso (per una tassonomia dei diversi modelli di allocazione delle risorse cfr. M.A. HELLER, *The Boundaries of Private Property*, in 108 *Yale L. J.* 1163 [1999], 1167). Ebbene, la vicenda del *copyright* nelle reti telematiche sembra dimostrare il contrario: nonostante l'esistenza di mutamenti tecnologici, potenzialmente in grado di sovvertire l'assetto preesistente ed eliminare le inefficienze imputabili soprattutto alla scarsissima concorrenza nel settore della distribuzione dei contenuti (cfr. tra i molti F. SILVA, *Copyright e mercato*, in AA.VV., *Proprietà intellettuale e cyberspazio*, Milano, 2002,

31 ss., spec. 34 ss.; L. LESSIG, *Progettare innovazioni nel cyberspazio*, in AA.VV., *Proprietà intellettuale e cyberspazio*, cit., 58-59), non solo non si è determinata un'inversione del precedente assetto proprietario, ma se ne è ulteriormente irrigidita la protezione (si pensi al caso Napster: L. LESSIG, *The Future of Ideas*, cit., 194-196; ed alle reazioni del legislatore italiano e comunitario: v. sugli ultimi sviluppi C.H. MASSA-A. STROWEL, *La proposition de directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle: déchirée entre le désir d'harmoniser les sanctions et le besoin de combattre la piraterie*, in *Commun. Comm. Électr.*, 2004, 9 ss.); il che potrebbe rappresentare l'esito inefficiente di una « cattura » del regolatore da parte dei gruppi di interesse avvantaggiati dall'attuale regime (S. LEVMORE, *Two Stories about the Evolution of Property Rights*, cit., 443-445; e più esplicitamente L. LESSIG, *The Future of Ideas*, cit., 236-239).

¹⁸ Fondamentale al riguardo è il saggio di M.A. HELLER-R.S. EISENBERG, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, in *Science*, vol. 280, 1998, 698 ss., ove si dimostra come, a seguito della moltiplicazione dei brevetti ottenuti dalle istituzioni universitarie sui risultati della ricerca di base — politica incentivata dal *Bayh-Dole Act* del 1980 —, si sia determinato un notevole incremento dei costi di transazione derivante dalla frammentazione dei titoli proprietari, tale da ostacolare notevolmente l'innovazione e il progresso in campo biomedico; più di recente v. l'analisi, anch'essa approfondita, di A.K. RAI-R.S. EISENBERG, *Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine*, in 66 *Law & Cont. Prob's* 289 (2003), spec. 296-297 e *passim*; sul problema cfr. anche le notazioni di A. OHLY, *Geistiges Eigentum?*, cit., 552-553; più in generale, sul fenomeno della « tragedia degli *anticommons* » (formula che evoca il celebre saggio di G. Hardin sulla « tragedia dei beni comuni »), vedi M. HELLER, *The Tragedy of*

della commercializzazione dei risultati della ricerca scientifica¹⁹ — o gli studi sugli effetti distorsivi delle restrizioni all'accesso ai contenuti informativi nelle reti telematiche²⁰.

Ma oltre al problema dell'equilibrio tra l'effetto monopolistico e la funzione di incentivazione, il quale è da sempre al centro della riflessione sui diritti di privativa, il processo di « privatizzazione » dell'immateriale solleva anche altri interrogativi, i quali contribuiscono a definire il reale contenuto della « questione proprietaria » odierna²¹. Innanzitutto, *a*) quello dei limiti dell'appropriazione: la continua espansione della sfera della proprietà intellettuale rende indispensabile una riflessione sul tipo di beni sottratti alla logica dell'appartenenza in quanto *comuni* per destinazione. In secondo luogo, *b*) quello dei limiti del mercato: la demarcazione tra « beni privati » e « beni comuni » non esaurisce i termini del problema, poiché resta da chiedersi sino a che punto il mercato possa operare come regolatore generale anche all'interno del *private ordering*²².

Su questi temi sussiste ovviamente un ampio dibattito, che sarebbe vano tentare di riassumere in poche pagine. Ci si limiterà, pertanto, ad illustrare il rilievo di tali quesiti partendo da due

the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, in 111 *Harv. L. Rev.* 621 (1998); Id., *The Boundaries of Private Property*, cit., 1166 ss.; e per una discussione del modello E. MACKAAY, *Intellectual Property and the Internet: The Share of Sharing*, in N. ELKIN-KOREN-N. WEINSTOCK NETANEL, a cura di, *The Commodification of Information*, cit., 133 ss.

¹⁹ Al riguardo è opportuno confrontare lo studio estremamente dettagliato di J.H. REICHMAN-P.F. UHLIR, *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, in 66 *Law & Cont. Prob's* 314 (2003), spec. 361-461, laddove sono evidenziate le maggiori implicazioni problematiche — soprattutto in termini di barriere all'innovazione, atteggiamenti anticooperativi e limitata circolazione delle informazioni — dell'attuale processo di privatizzazione e commercializzazione della ricerca scientifica; ampio spazio è anche dedicato al problema delle privative sulle banche di dati (com'è noto risolto dal legislatore comunitario mediante la Direttiva 96/9/CE del Parlamento e del Consiglio dell'11 marzo 1996, su cui v. per tutti A. ZOPPINI, *Privativa sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, in questa *Rivista*, 1993, 895; Id., *Itinerari americani ed europei nella tutela delle compilazioni: dagli annuari alle banche-dati*, ivi, 1992, 120),

quale ulteriore fattore di impoverimento dei *research commons* (cfr. pp. 383 ss., 396 ss.); R.S. EISENBERG, *Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research*, in 82 *Va. L. Rev.* 1663 (1996).

²⁰ V. in particolare L. LESSIG, *The Future of Ideas*, cit., *passim*; per un panorama aggiornato del dibattito cfr. P. SAMUELSON, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, in 66 *Law & Cont. Prob's* 147 (2003), spec. 154 ss. (ove sono studiati i riflessi dei più recenti interventi normativi, dal *Uniform Computer Information Transactions Act* al *Digital Millennium Copyright Act*, sul sistema tradizionale della proprietà intellettuale e sugli spazi del *public domain*).

²¹ Il riferimento è ovviamente a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., Bologna, 1990, 15; e cfr. anche Id., *Le proprietà comuni dell'umanità*, in AA.VV., *Le strutture del capitalismo e l'impresa nella società contemporanea*, Milano, 1991, 262 ss., spec. 266.

²² Il problema dei limiti dell'appropriazione e quello dei limiti del mercato, sia pur logicamente distinti, presentano molteplici punti di intersezione: cfr. in particolare le notazioni di W.J. GORDON-S. POSTBRIEF, *On Commodifying Intangibles*, in 10 *Yale J.L. & Human.* 135 (1998), 150-161.

casi significativi, che esulano dal dibattito corrente in materia di proprietà intellettuale, ma che proprio per questo sono più interessanti, in quanto testimoniano il progressivo sgretolamento della rete di protezione che un tempo circondava il sistema dei diritti di privativa e la graduale estensione della logica dominicale a settori sempre più vasti dell'esistente.

2. IL PROBLEMA DEI LIMITI DELL'APPROPRIABILE IN RELAZIONE AD UN CASO EMBLEMATICO: L'ESCLUSIVA SULL'IMMAGINE DEI BENI.

Il primo dato da cui è opportuno prendere le mosse è quello dell'assottigliamento dei confini tra la proprietà di cui al terzo libro del codice civile (*Sacheigentum*) e la proprietà dei beni immateriali (*geistiges Eigentum*). Non si fa riferimento al problema prettamente dogmatico della configurabilità di un diritto di proprietà avente ad oggetto *res incorporales*; né alla questione, pur molto rilevante sul piano operativo, dell'applicabilità della disciplina dei diritti reali alle situazioni di appartenenza relative a beni immateriali²³. Si allude invece al processo di graduale estensione dei poteri del proprietario dal godimento del bene, inteso nella sua fisicità, alle sue proiezioni incorporali.

Da alcuni anni a questa parte i repertori di giurisprudenza sono arricchiti da una tipologia di controversie alquanto singolari, relative allo sfruttamento dell'immagine di beni, mobili ed immobili²⁴. Nell'ipotesi più comune, il proprietario intende inibire o perseguire in via risarcitoria la pubblicazione non autorizzata a scopo commerciale di fotografie o cartoline postali che raffigurano il suo edificio, generalmente un immobile di pregio²⁵. Il diritto di pro-

²³ Su entrambi gli aspetti merita ora confrontare il lavoro di V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum- eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, cit., spec. 185-380, il quale giunge significativamente alla conclusione per cui gli elementi di convergenza tra due le categorie superano nel complesso quelli di divergenza e la *Strukturähnlichkeit* dei due istituti è alla base di diversi ipotesi di intersezione tra le discipline.

²⁴ In tema cfr., per una prima introduzione, A. DE VITA, *sub art. 10*, in A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-U. BRECCIA-A. DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988, 534-542; J. RAVANAS, *L'image d'un bien saisie par le droit*, in *D.*, 2000, chr., 19; F. KENDÉRIAN, *L'image des biens: nouveau droit subjectif ou faux débat?*, in *D.*, 2002, chr., 1161; M. SERNA, *L'image des person-*

nes physiques et des biens, Paris, 1997, spec. 154 ss.; A. BEATER, *Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien*, in *JZ*, 1998, 1101; T. DREIER, *Sachfotografie, Urheberrecht und Eigentum*, in *Festschrift für A. Dietz zum 65. Geburtstag*, München, 2001, 235 ss.; H. SCHACK, *Urheber- und Urhebertvertragsrecht*, II ed., Tübingen, 2001, 17 ss.

²⁵ Per alcuni esempi cfr. BGH, 20 settembre 1974, *Schloß Tegel*, in *GRUR*, 1975, 500, con nota di E. GERSTENBERG; LG Freiburg, 17 gennaio 1985, in *GRUR*, 1985, 544; Cass. civ., 10 marzo 1999, in *D.*, 1999, jur., 319, con nota di E. AGOSTINI; Cass. civ., 25 gennaio 2000, in *J.C.P.*, II, 10504; per altre tipologie di sfruttamento commerciale v. BGH, 9 marzo 1989, *Friesenhaus*, in *GRUR*, 1990, 390 (utilizzo pubblicitario di un immobile); OGH, 29 gennaio 2002, *GZ 40b266/01y*, disponibile all'interno della banca dati

prietà si confronta, in questo caso, con l'altrui libertà di iniziativa economica. Non sono però rari conflitti di altro tipo, come quelli inerenti alla raffigurazione pittorica di un castello²⁶, alla riproduzione su una guida turistica di una tenuta²⁷, alla citazione filmica di un palazzo baronale²⁸, sino all'utilizzazione nell'ambito di campagne di promozione turistica dell'immagine di una villa²⁹, di un isolotto³⁰ o di un vulcano³¹. Diversi, in queste ipotesi, sono gli interessi che collidono con il diritto di proprietà: l'espressione artistica, la libertà di informazione e di stampa, la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali.

Per la gran parte tali casi sono contraddistinti dalla particolarità che l'oggetto è strutturalmente esposto alla pubblica vista. Proprio questa caratteristica di « pubblicità » ha fatto per lungo tempo ritenere che l'immagine del bene, salve le eventuali ragioni del diritto d'autore (anch'esse di non semplice demarcazione), sia sottratta a qualsiasi altra forma di appropriazione privata. « Un paysage — scriveva Rouast negli anni venti — appartient à tout le monde; chacun peut le contempler librement. Chacun peut même le dessiner ou le photographeur et reproduire son dessin ou son cliché »³².

La linearità di questo assunto appare ormai contraddetta dalla tendenza alla riduzione dello « spazio pubblico », le cui ricadute sono evidenti anche in relazione al problema in esame³³. Paralle-

del Ministero della giustizia austriaco, <http://www.ris.bka.gv.at>. (riproduzione reclamistica di una piscina); a proposito del problema dello sfruttamento commerciale dell'immagine di animali v. CA Aix-en-Provence, 10 febbraio 2000, in *Juris Data* 129916 (come citata da E. PIERRAT, *Reproduction interdite? Le droit à l'image expliqué aux professionnels et à ceux qui souhaitent se protéger*, Paris, 2002, 74), ove viene affermata l'illiceità della riproduzione dell'immagine di un delfino presa in un parco divertimenti, in quanto oggetto di proprietà privata; per un esito opposto — ma all'interno del diverso quadro analitico offerto dal *right to privacy* — v. *Lawrence v. Ylla*, 55 N.Y.S.2d 343 (1945) e *Bayer v. Ralston Purina Co.*, 484 S.W.2d 473 (Mo 1972).

²⁶ CA Paris, 18 febbraio 1972, in *RIDA*, 1972, 214; TGI Paris, 10 febbraio 1971, in *RIDA*, 1971, 237.

²⁷ CA Paris, 19 febbraio 2002, in *J.C.P.*, 2003, II, 10073, con nota di J.M. BRUGUIÈRE, *Image des biens. Plaidoyer pour un retour à l'article 1382 du Code civil*.

²⁸ Per un caso risalente v. Trib. Napoli, 25 luglio 1958, in *Giust. civ.*, 1959,

I, 389, con nota di F. DELLA ROCCA, *In tema di diritti cinematografici*.

²⁹ BGH, 27 aprile 1971, *Teneriffa-Foto*, in *NJW*, 1971, 1359.

³⁰ Cass. civ., 2 maggio 2001, in *D.*, jur., 1973, con nota di J.P. GRIDEL, *Droit du propriétaire de s'opposer à la diffusion de l'image de son bien, action en justice des associations: un arrêt doublement instructif*.

³¹ TGI Clermont-Ferrand, 23 gennaio 2002, in *D.*, 2002, 1226, con nota di J.M. BRUGUIÈRE, *Image des biens: le paysage du Pariou est libre de droits*; e cfr. anche M. GUERRIN, *Attention, volcan! Interdit de photographeur!*, in *Le Monde*, 3 luglio 1999, 1.

³² A. ROUAST, Nota a CA Grenoble, 15 luglio 1919, in *DP*, 1920, 2, 9.

³³ Mi pare importante segnalare il graduale mutamento del paradigma teorico di riferimento poiché, come avverte M. RADIN, *Contested Commodities*, Cambridge-London, 1996, 1 ss., 123 ss., uno dei principali effetti del fenomeno di *universal commodification* è proprio quello di condizionare la prospettiva analitica dell'interprete, configurando il processo di privatizzazione e commercializzazione dei beni come « naturale » ed oscurando le possibili

lamente alla crescita del valore economico delle immagini, ora ulteriormente incrementata dalle possibilità di digitalizzazione³⁴, è dato assistere ad una maggiore propensione della giurisprudenza e del legislatore ad estendere le tecniche proprietarie al controllo sulla raffigurazione del bene.

Concettualmente è possibile distinguere almeno due ipotesi principali, che sottendono diverse questioni teoriche e che dovrebbero suggerire — almeno in astratto — differenti soluzioni applicative.

La prima, cui si è già fatto cenno, è quella della riproduzione di un bene, mobile o immobile, su cui insista un diritto di proprietà intellettuale. Può trattarsi, ad esempio, di un'opera architettonica o pittorica qualificabile come opera dell'ingegno ai sensi degli artt. 1 e 2 l.d.a. In questo caso il potere di autorizzare la riproduzione rientra tra le facoltà esclusive dell'autore, salve le cause di libera utilizzazione (cfr. ad es. art. 70 l.d.a., in merito alla diffusione a scopi di critica o di insegnamento; e v. soprattutto il § 59 *UrhG* tedesco, che sancisce la libera utilizzazione dell'immagine delle opere di architettura situate stabilmente sulla pubblica via od esposte alla pubblica vista)³⁵.

alternative; allora si confronti la descrizione del vecchio concetto di « spazio » e « luogo » pubblico secondo B. EDELMAN, *La rue et le droit d'auteur*, in *D.*, 1992, chr., 91 ss., 93: « Cela dit, on constate une évolution assez remarquable du regard qu'on peut porter sur la rue au XIX^e siècle qui nous apparaît, à cet égard, proprement préhistorique. On avait le sentiment aigu que la rue "appartenait" au public, sinon même au citoyen. Période idyllique pour les photographes: non seulement l'objectif photographique était assimilé à l'œil humain et en avait la même liberté, mais encore la rue n'était pas devenue l'espace d'un marché économique. On avait alors le sentiment collectif qu'elle était inappropriable, vouée à la fête, à la révolution, à la commémoration, bref à l'échange humain, semblable en cela à l'"œuvre de la nature" qui peut être librement reproduite. En deux mots, la rue était "naturelle": elle s'inventait, fournissant à l'artiste, au promeneur, au badaud, sa matière première: car l'auteur ne crée rien ni n'invente rien au sens strict du mot, mais se borne à puiser dans l'observation de la nature et des hommes des matériaux qu'il rassemble dans un ouvrage déterminé ».

³⁴ È utile confrontare sul punto l'indagine di H. SCHMIDTMAYR-R. KNYRIM, *Freie Werknutzung (Panoramafreiheit) in der virtuellen Realität. Die Rechtslage in Österreich mit einem Blick nach Deutschland*, in *JurPC (Internet-Zeitschrift für*

Rechtsinformatik), n. 71, 2001, 1 ss.; in tema è già dato registrare un significativo contenzioso: cfr. tra le altre pronunzie OLG Karlsruhe, 16 marzo 2000, in *ZMR*, 2000, 522; VG Karlsruhe, 1 dicembre 1999, in *NJW*, 2000, 2222.

³⁵ In tema cfr. V.M. DE SANCTIS-M. FABIANI, *I contratti di diritto d'autore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU-F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, XXXI, t. 1, Milano, 2000, 286 ss.; B. EDELMAN, *La rue et le droit d'auteur*, cit., 91 ss.; P. KAYSER, *L'image des biens*, in *D.*, 1995, chr., 291 ss., 293-296; M. VOGEL, *sub § 59 UrhG*, in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, 2^a ed., München, 1999, 911 ss. Non è irrilevante notare come già queste fattispecie possano presentare notevoli problemi teorici ed applicativi; si pensi ad esempio alle opere realizzate (spesso con finanziamenti e) su monumenti pubblici, quali una particolare tecnica di illuminazione o il celebre sistema di « imballaggio » realizzato da Javacheff Christo: mentre alcuni sottolineano in questi casi l'esigenza di ampliare la sfera della libera utilizzazione a vantaggio della collettività (v. ad es. P. BERTIN, *Le Pont-Neuf emballé et le droit à l'image*, in *Gaz. Pal.*, 1986, 1, doctr., 277 ss., 278), la giurisprudenza sembra propendere per un irrigidimento del sistema della privativa: cfr. per alcuni esempi TGI Créteil, 3 marzo 1998, in *Gaz. Pal.*, 1998, 2, 452 (illuminazione di un monumento pub-

Significativa è però soprattutto la seconda ipotesi, che si connota per l'assenza di un autonomo diritto di proprietà intellettuale, sia essa dovuta alla caduta dell'opera nel pubblico dominio (art. 25 l.d.a.) o all'inesistenza dei requisiti richiesti dalla legge per il riconoscimento di un diritto esclusivo. L'unica base giuridica su cui fondare un generale potere di interdizione — se si prescinde da ipotesi di confine, quali quelle della violazione della riservatezza³⁶ o della concorrenza sleale — è qui rappresentata dal diritto di proprietà. Senonché è estremamente dubbio che nell'ambito dei poteri del proprietario possa farsi rientrare *sic et simpliciter* anche quello di impedire la riproduzione dell'immagine del bene, quali che siano le sue finalità. D'altronde sono gli stessi testi normativi a circoscrivere le facoltà di godimento e disposizione alle « cose » che formano oggetto del diritto (cfr. art. 832 c. civ.; § 903 BGB)³⁷ ed a prefissare una dicotomia di regime, rispettiva-

blico); CA Paris, 13 marzo 1986, in *Gaz. Pal.*, 1986, 1, 238 (imballaggio del Pont Neuf ad opera di Christo); BGH, 24 gennaio 2002, *Verhüllter Reichstag*, in *GRUR*, 2002, 605 (imballaggio del Reichstag ad opera di Christo e Jeanne-Claude, significativa anche perché esclude l'applicabilità della deroga prevista dal § 59 *UrhG*); coerente con questo orientamento è anche la lettura restrittiva del § 59 *UrhG* recentemente proposta dal *Bundesgerichtshof* tedesco: in un caso relativo alla riproduzione su cartoline postali del celebre *Hundertwasser-Haus* di Vienna, la Corte ha ritenuto che la ripresa fotografica di un'opera dell'architettura è libera solo in quanto sia effettuata dalla pubblica via con una « normale » angolatura e non da un luogo non accessibile al pubblico (quale una casa privata): cfr. BGH, 5 giugno 2003, *Hundertwasser-Haus*, in *GRUR*, 2003, 1035; a proposito della disciplina dettata dal § 59 *UrhG* è opportuno ricordare che l'art. 5 lett. h) a della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, prevede la possibilità per gli Stati membri di introdurre deroghe al diritto di riproduzione dell'autore « quando si utilizzino opere, quali opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici ».

³⁶ La giurisprudenza conosce diversi casi di violazione della riservatezza o di altri interessi della personalità determinati dalla pubblicazione dell'indirizzo o dell'immagine dell'abitazione di un soggetto: cfr. ad es. Trib. Roma 10 gennaio 2003, in questa *Rivista*, 2003, 532 (pubblicazio-

ne dell'indirizzo e del nome di un imprenditore vittima di un furto); Cass. civ., 5 giugno 2003, in *D.*, 2003, jur., 2461 (riproduzione — con didascalia — dell'immagine della residenza estiva di una persona nota); LG Berlin, 26 agosto 1999, in *AfP*, 1999, 525 (pubblicazione della foto di una villa di una persona nota ripresa da un elicottero); particolarmente ricca, sotto questo profilo, è l'esperienza statunitense, laddove però prevale un atteggiamento più restrittivo: cfr., per alcune decisioni significative, *Rawls v. Conde Nast Publications, Inc.*, 446 F.2d 313 (5th Cir. 1971), relativa alla pubblicazione di un servizio fotografico effettuato all'interno di un'abitazione all'insaputa del proprietario; *Merz v. Professional Health Control, Inc.*, 332 S.E.2d 333 (Ga App. 1985), fattispecie analoga; *Branson v. Fawcett Pub., Inc.*, 124 F. Supp. 429 (ED Ill. 1954), in merito alla riproduzione della foto di un incidente in cui era coinvolta l'autovettura di un pilota automobilistico; in tema v. anche la NOTE: *Privacy, Photography and the Press*, in 111 *Harv. L. Rev.* 1086 (1998). Problema in parte analogo è quello in cui l'immagine di una cosa è intenzionalmente riprodotta al fine di determinare un effetto associativo con l'identità personale: cfr. il celebre caso *Dalla*, Pret. Roma, ord. 18 aprile 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 2030 con nota di R. PARDOLESI (ed in tema v. le notazioni di A. DE VITA, *sub art.* 10, cit., 540 ss.); nonché *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974).

³⁷ Non mi pare molto produttivo riflettere su disposizioni quali quelle dell'art. 840 c. civ., pensate evidentemente rispetto

mente, per la proprietà della *res* e per le situazioni di appartenenza relative ai suoi profili incorporali (cfr. esemplarmente art. 109, comma 1 l.d.a.; art. L. 111-3 *Code prop. intell.*)³⁸.

Eppure non sono poche, né socialmente irrilevanti, le ipotesi in cui si è ricorsi allo strumento del diritto di proprietà per costruire un potere di controllo sulla circolazione dell'immagine del bene.

Innanzitutto questa soluzione appare ormai consolidata con riferimento al problema della riproduzione di parti di edifici o di altri oggetti che non siano visibili ad occhio nudo e la cui riproduzione fotografica, filmica o pittorica presupponga l'ingresso nel fondo altrui³⁹. In tal caso si ritiene che la divulgazione non autorizzata dell'immagine costituisca un illecito e dischiuda la via agli ordinari rimedi inibitori, risarcitori e restitutori; e ciò anche laddove il bene sia accessibile da chiunque — si pensi ad una chiesa o ad un castello aperto al pubblico — dietro il semplice pagamento di un prezzo⁴⁰. La presenza di uno spazio materiale giuridica-

ad altri tipi di problemi e comunque prive di indicazioni univoche anche allorché trasposte — a mò di esercizio intellettuale — alle fattispecie in discorso: la ripresa fotografica dell'immagine di un'abitazione da parte di un operatore situato su un elicottero rientra tra le « attività di terzi che si svolgono a tale altezza nello spazio sovrastante, che il proprietario non abbia interesse ad escludere »? Probabilmente sì, ma la risposta potrebbe variare — salve altre ipotesi quali quelle della tutela della sicurezza personale o della riservatezza — laddove l'immagine venga configurata come oggetto di una privativa atipica accessoria al diritto di proprietà (v. *infra*); in ogni caso rimarrebbe irrisolto il problema dell'utilizzazione dei risultati di quell'attività.

³⁸ Su questo punto, che è concettualmente rilevante, cfr. le notazioni di P.Y. GAUTIER, *Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la « para-propriété intellectuelle »*, in *J.C.P.*, 1999, II, 10078, 861; e in altra prospettiva di F. ZENATI, *Propriété et droits réels*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, 859 ss., 865.

³⁹ Cfr. per riferimenti A. BEATER, *Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien*, cit., 1103; A. GERAUER, *Der Unterlassungsanspruch des Eigentümers bei gewerblichem Fotografieren*, in *GRUR*, 1988, 672 ss.; P. KAYSER, *L'image des biens*, cit., 293; A. DE VITA, *sub art. 10*, cit., 539, testo e nota 20.

⁴⁰ Le due fattispecie menzionate nel testo sono state al centro di diverse decisioni giurisprudenziali, convergenti nell'affermare l'illiceità delle riproduzioni effet-

tuate senza l'autorizzazione del proprietario; a proposito del secondo caso ricordato cfr. CA Paris, 18 febbraio 1972, in *RIDA*, 1972, 214 e TGI Paris, 10 febbraio 1971, in *RIDA*, 1971, 237, laddove si è affermata l'illiceità della riproduzione dell'immagine del Château du Moulin, monumento storico, dipinto « a memoria » da Bernard Buffet dopo aver effettuato una visita a pagamento (nel biglietto di ingresso era stampato: « Valable pour la visite et l'accès des douves exclusivement. La prise de vues extérieure est seule tolérée. La reproduction, l'édition, la commercialisation quelconques sans autorisation de films, négatifs ou documents sera poursuivie judiciairement »); i giudici attribuirono un rilievo decisivo alla violazione delle condizioni a cui il proprietario aveva subordinato l'ingresso sul fondo — configurando la vendita del quadro come ipotesi di « commercializzazione » dell'immagine — e alla riconducibilità all'art. 544 code civ. della facoltà di sfruttamento economico dell'immagine del bene. Analogo è il caso deciso da BGH, 20 settembre 1974, *Schloß Tegel*, in *GRUR*, 1975, 500, con nota di E. GERSTENBERG, con l'importante differenza che il castello (edificato nel 1824) era stato fotografato e che il biglietto d'ingresso non menzionava alcuna restrizione all'utilizzo dell'immagine; nell'affermare l'illiceità della commercializzazione delle cartoline postali così realizzate dal convenuto, i giudici affermano che il potere di sfruttamento economico del bene spetta in linea di principio al proprietario e che anche laddove egli non apponga espresse restrizioni all'ingresso sul fondo, queste debbono de-

mente riservato al titolare sembra così operare come fondamento di un monopolio sulla fruizione visiva di tutto ciò che si trovi al suo interno⁴¹. Il dominio fisico sulle cose si tramuta così silenziosamente in una «privativa» sulla loro dimensione incorporale.

A ben vedere è a questa stessa logica che risponde la disciplina pubblicistica della riproduzione delle proprietà museali e più in generale dei beni in consegna al Ministero dei beni e delle attività culturali (artt. 107-109, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*; e già art. 115 d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, *Testo unico delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali*; art. 4, l. 14 gennaio 1993, n. 4, legge Ronchey)⁴². Sebbene possa ravvisarsi qualche elemento di contraddi-

dursi implicitamente dal fatto che «es das natürliche Vorrecht des Eigentümers ist, den gewerblichen Nutzen, der aus seinem nur gegen seine Erlaubnis zugänglichen Eigentum gezogen werden kann, für sich zu beanspruchen» (v. in merito l'*Anmerkung* di H.H. SCHMIEDER, in *NJW*, 1975, 1164). A proposito della prima fattispecie è estremamente interessante il caso — richiamato alla mia attenzione dal Prof. V. Zeno-Zencovich, che desidero ringraziare — deciso da Pret. Roma, 23 giugno 1980, in *Dir. aut.*, 1980, 470 e da Trib. Roma, 27 maggio 1987, inedita: i Pii Stabilimenti della Francia a Roma e Loreto, proprietari della Chiesa di S. Luigi dei Francesi e dei celebri quadri di Caravaggio ivi esposti, avevano promosso un'azione risarcitoria nei confronti dell'Armando Curcio Editore per la riproduzione non autorizzata dell'immagine dei tre olii su tela nell'ambito della collana «I classici della pittura»; i giudici rigettano la domanda sulla base della considerazione dell'esistenza di un'autorizzazione generale prestata dal proprietario ad un fotografo professionista, dante causa della Società editrice, ma affermano in un *obiter* alquanto rilevante che: «tra le facoltà riconosciute dalla legge al proprietario vi è quella di sfruttare economicamente i propri beni nel modo ritenuto più conveniente; nel caso di specie, quello di vietare la riproduzione fotografica dei quadri senza preventiva autorizzazione e senza adeguato compenso» (Trib. Roma, 27 maggio 1987, cit., p. 8 dell'originale); e v. in tema anche Pret. Milano, 4 ottobre 1982, in *Dir. aut.*, 1983, 41, con nota di M. FABIANI, *Proprietà dell'opera d'arte figurativa e diritti di utilizzazione economica*; nonché per un caso al confine con la tutela della personalità Pret. Roma, ord. 3 luglio 1987, in *Dir. aut.*, 1989, 468, con nota di O. CAROSONE, *Prospettive del diritto all'immagine* (un fotografo si era introdotto abusivamente nel-

l'abitazione della contessa Marzotto ed aveva effettuato numerose riprese di alcuni quadri e disegni realizzati da R. Guttuso e riproducenti le sembianze della contessa medesima; i giudici concedono l'inibitoria della pubblicazione). Si può notare, incidentalmente, la sussistenza di un chiaro parallelismo con le soluzioni spesso applicate in materia di diritti sulle manifestazioni sportive, su cui v. E. PODOGICHE, «*Diritti televisivi*» e *teoria dei beni*, Padova, 2001, 74 ss.

⁴¹ Ma è opportuno precisare che anche tale potere di controllo sull'accesso al bene può concretamente incontrare dei limiti, dettati dalla coesistenza di interessi altrui meritevoli di tutela (v. per una significativa indicazione in tal senso A. DE VITA, *op. cit.*, 539, nota 20); si pensi a titolo esemplificativo alla complessa tematica dell'accesso da parte dell'autore all'opera in esemplare unico su cui insiste un diritto di proprietà (cfr. in merito V.M. DE SANCITIS-M. FABIANI, *I contratti di diritto d'autore*, cit., 288) o alla questione, su cui si tornerà a breve, della «fruizione» dei beni culturali privati.

⁴² Su questa fattispecie cfr., in un'ottica civilistica, le riflessioni di C. SCOGNAMILIO, *Proprietà museale ed usi non autorizzati di terzi*, in *AIDA*, 1999, 67 ss.; nonché, molto sinteticamente, C. CACCIAMANI, *Proprietà museale e diritto d'autore*, in *AA.VV.*, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, VII, *Beni culturali*, Torino, 2003, 145 ss., 156-157; tra i cultori del diritto amministrativo v. gli accenni, nel quadro di una più ampia riflessione sulle politiche di valorizzazione dei beni culturali, di L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, 651 ss., spec. 702 ss.; e di S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, 22; in tema merita però confrontare soprattutto il ricco contributo di M. CORNU, *L'immagine*

zione — almeno sul piano simbolico — con la « vocazione comunitaria » di tali beni⁴³, è un'opzione di politica legislativa ormai diffusa quella di « valorizzare » i beni culturali subordinando la loro divulgazione ed il relativo sfruttamento economico all'autorizzazione degli organi competenti e soprattutto al pagamento di un corrispettivo, fissato in appositi tariffari⁴⁴. L'esigenza di incre-

des biens culturels: les limites de l'appropriable, in P. BLOCH, a cura di, *Image et Droit*, Paris, 2002, 511-550.

⁴³ Su cui cfr. ovviamente M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, 3 ss., spec. 30-33; ma v. anche M. ANIS, *Lo statuto giuridico dei musei*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, 393 ss. (da cui è ripresa l'espressione citata); e sia altresì consentito ricordare lo splendido saggio di R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, in *Nouv. Rev. hist. dr. franç. étrang.*, 1888, 497 ss. (parte prima) e *ivi*, 1889, 457 ss. (parte seconda); è proprio argomentando dal particolare statuto dei beni culturali che alcuni autori contestano il sistema del monopolio statale sullo sfruttamento economico di beni i quali dovrebbero rimanere — soprattutto sul piano della fruizione visiva — liberamente accessibili e parte del patrimonio collettivo: cfr. per un'introduzione all'intero dibattito M. CORNU, *L'image des biens culturels: les limites de l'appropriable*, cit., 524 ss.; v. anche C. GRAF, *Bildrechte bei historischen Fotos? Ein Diskussionsbeitrag gegen die Vermarktung von Reproduktionen historischer Fotos durch öffentliche Institutionen*, in *Museum aktuell*, Juni 1999, 1779 (accessibile anche sul sito <http://www.ub.uni-dortmund.de/Listenarchive/LIB-L/199910/19991022.html>); Id., *Reproduktionen historischer Fotos- Kulturgut, keine Ware!*, in *Rundbrief Fotografie*, Mai 1994, 17 (ed ora in <http://www.geschichte.uni-freiburg.de/mertens/graf/kultjur.htm>); non può sfuggire come tale dibattito abbia importanti ricadute anche in relazione alla questione della digitalizzazione e dell'accesso ai contenuti culturali e scientifici, su cui vanno moltiplicandosi le iniziative comunitarie: cfr. la Risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 2002 su « Cultura e società della conoscenza » (2002/C 32/01); la Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 2002 « sulla conservazione della memoria del domani — conservazione dei contenuti digitali per le generazioni future » (2002/C 162/02); la Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 2002 « su un nuovo piano di lavoro concernente la cooperazione europea nell'ambito della cultura » (2002/C 162/03); nonché la Carta

di Parma del 19 novembre 2003 predisposta dal Gruppo dei Rappresentanti Nazionali delle Istituzioni preposte alla cultura dei Paesi membri, relativa alla digitalizzazione del patrimonio culturale; molteplici punti di intersezione sussistono altresì con la tematica dello sfruttamento economico delle informazioni in mano pubblica (si noti che la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al riutilizzo dei documenti del settore pubblico e al loro sfruttamento a fini commerciali del 5 giugno 2002, in questa *Rivista*, 2003, 202 ss., esclude dal suo ambito di applicazione — art. 1, lett. f) — i « documenti in possesso di enti culturali quali musei, biblioteche, archivi, orchestre, teatri lirici, compagnie di ballo e teatri »; e v. in tema V. ZENO ZENCOVICH, *Uso a fini privati dei dati personali in mano pubblica* in questa *Rivista*, 2003, 197 ss.; J.M. BRUGUIÈRE, *Les données publiques et le droit*, Paris, 2002). Peraltro non si tratta di discussioni rilevanti solo sul piano teorico: il controllo statale sulla riproduzione e quindi sullo sfruttamento economico dei beni culturali è già ora fonte di contenzioso, come dimostra il caso deciso da Cass., sez. un., 9 gennaio 1997, n. 93, in *Foro it.*, 1997, I, 452 (un privato aveva promosso un'azione di risarcimento dei danni contro il soprintendente aggiunto ai beni culturali dell'Emilia Romagna a seguito dell'illegittimo diniego dell'autorizzazione alla ripresa fotografica di un sito archeologico, determinato — così pare — dall'intento del soprintendente di evitare la pubblicazione di un'opera in concorrenza con altra da lui precedentemente curata).

⁴⁴ Cfr. art. 8 d.m. 24 marzo 1997, n. 139 (il quale abroga il d.m. 31 gennaio 1994, n. 171); d.m. 8 aprile 1994, *Tariffario per la determinazione di canoni, corrispettivi e modalità per le concessioni relative all'uso strumentale e precario dei beni in consegna al Ministero*; l'art. 108 del Codice dei beni culturali prevede ora che « i corrispettivi connessi alle riproduzioni di beni culturali sono determinati dall'autorità che ha in consegna i beni tenendo anche conto: [...] b) dei mezzi e delle modalità di esecuzione delle riproduzioni; [...] d) dell'uso e della destinazione delle riproduzioni, nonché dei benefici economici che ne

mentare le risorse necessarie per assicurare una miglior tutela e una più ampia fruizione dei beni culturali sollecita l'adozione di tecniche di gestione di tipo imprenditoriale e quindi suggerisce un irrigidimento del controllo sulla « commercializzazione » dell'immagine⁴⁵. Ma la sua realizzazione presuppone l'adozione delle medesime tecniche proprietarie già osservate in precedenza, come si può agevolmente constatare riflettendo sul problema dei rimedi di diritto privato esperibili nei casi di sfruttamento economico non autorizzato, da parte dei terzi, dei beni protetti⁴⁶.

*derivano al ricorrente. [...] 3. Nessun canone è dovuto per le riproduzioni richieste da privati per uso personale o per motivi di studio, ovvero da soggetti pubblici per finalità di valorizzazione» (cors. agg.). Analogamente, nell'ordinamento francese, v. l'art. 26 del regolamento 13 marzo 1979 della Direction des musées de France (su cui v. P. KAYSER, *L'image des biens*, cit., 293; M. CORNU, *L'image des biens culturels: les limites de l'appropriable*, cit., 538 ss.); merita altresì notare che l'art. 20 della recente *Loi relative aux musées de France* (n. 2002-5 del 4 gennaio 2002, in *J.O.*, n. 4, 5 gennaio 2002, 305), attribuisce al Governo il compito di redigere entro la fine del 2002 « un rapport relatif au droit à l'image et aux moyens d'en faire bénéficier les collectivités publiques pour les oeuvres d'art dont elles ont la propriété ou la gestion » (così configurando indirettamente un singolare « diritto all'immagine » dei beni: cfr. E. Dreyer, *L'image des biens... et celle de la Cour de cassation?*, in *D.*, 2003, jur., 2461, 2464, nota 37).*

⁴⁵ Sulla stretta interrelazione tra le funzioni di « tutela », « valorizzazione » e « gestione » dei beni culturali, alla luce del d.lgs. 112/1998 e del t.u., cfr. S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673 ss., 674; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, cit., 659 ss.; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 34; si può notare, incidentalmente, che il controllo sulla commercializzazione dell'immagine quale tecnica di valorizzazione dei beni sembra destinato ad acquisire un rilievo applicativo sempre maggiore anche alla luce del generale riassetto del sistema dei beni pubblici, cui si sta assistendo ormai da alcuni anni e che è sfociato da ultimo nell'approvazione dell'art. 7 della legge 15 giugno 2002, n. 112, istitutivo della Patrimonio dello Stato s.p.a.: in tema cfr., tra i molti, G. OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 491 ss.; e G. NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro:*

verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?, Intervento al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Firenze, 2-3 ottobre 2003, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. civ.*, I ss., spec. 14 ss. del dattiloscritto (che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'Autore).

⁴⁶ È preziosa, sul punto, l'analisi di C. SCOGNAMIGLIO, *Proprietà museale ed usi non autorizzati di terzi*, cit., spec. 73-77, il quale precisa che, più che un'espressione della generale facoltà di godimento del proprietario di cui all'art. 832 c. civ., il potere di controllo spettante al titolare del bene museale (che per propria natura si connota come aperto alla fruizione altrui) « sembra da ravvisare non già nell'incodizionata possibilità di escludere i terzi dal godimento del bene bensì nell'interesse a controllare e determinare l'utilizzazione economica, nei termini in precedenza chiariti, del bene museale, al fine — da un lato — di appropriarsi delle utilità che il valore in esso incarnato è in grado di assicurargli, dall'altro, di evitare che un'utilizzazione economica non regolamentata possa risolversi in una flessione del valore del bene (o, più correttamente, delle riproduzioni dello stesso) » (p. 73); pertanto, una volta acquisito che l'interesse protetto consiste essenzialmente nella possibilità di prede terminare e controllare « la quantità di riproduzioni del bene disponibili sul mercato, in termini che sembrano esibire una notevole affinità con la situazione che si riscontra nell'ambito dell'ordinamento delle privative » (p. 76), ne consegue sul piano rimediabile che « i comportamenti di terzi che integrino lesioni di quest'interesse (così dischiudendo la strada alla qualificazione in termini di ingiustizia, alla stregua dell'art. 2043 c.c., del danno che ne sia derivato) potranno costituire la premessa dell'affermazione di un obbligo risarcitorio commisurato al corrispettivo che, per quegli atti di utilizzazione, il titolare della proprietà museale avrebbe potuto richiedere

Proprio il riferimento al problema della riproduzione dei beni culturali consente di affrontare la seconda e più complessa questione, relativa al regime dei beni naturalmente esposti alla pubblica vista. Se l'ordinamento prefissa un sistema di esclusiva per quanto attiene all'utilizzazione commerciale delle raccolte museali od archivistiche, è legittimo chiedersi se una soluzione analoga non debba valere anche per gli altri beni di interesse storico, archeologico ed artistico, pubblici e privati, i quali siano liberamente osservabili. L'interrogativo può forse risultare paradossale, se solo si pensa all'ipotesi di un monopolio sullo sfruttamento dell'immagine del Colosseo o di Palazzo Farnese⁴⁷. L'esperienza comparatistica avverte, però, che il paradosso è soltanto apparente.

I recenti sviluppi del diritto francese, in particolare, suggeriscono una notevole cautela. Se fino a pochi anni addietro si poteva tranquillamente sostenere che « il proprietario di un bene visibile senza la sua autorizzazione non ha, nella sua qualità di proprietario, il diritto esclusivo di realizzarne, pubblicarne e sfruttarne economicamente l'immagine »⁴⁸, la stessa affermazione risulta oggi in contrasto con il diritto vivente.

Con una serie di interventi davvero innovativi, la *Cour de cassation* ha infatti esteso i poteri di godimento del proprietario alla riproduzione dell'immagine del bene, anche allorché questo sia esposto in pubblico⁴⁹. Inizialmente, nel caso *Pritchett c. S.tè Édi-*

sul mercato» (p. 80). Una piana applicazione, dunque, delle *property rules*: cfr. R. ELLGER, *Bereicherung durch Eingriff. Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit*, Tübingen, 2002, 297-298.

⁴⁷ Ma è opportuno ricordare che già ora l'*Arche de la Défense* illuminato con una tecnica particolare o il *Reichstag* « impacchettato » da Christo sono giuridicamente costruiti come beni « privati »: v. rispettivamente TGI Créteil, 3 marzo 1998, in *Gaz. Pal.*, 1998, 2, 452 e BGH, 24 gennaio 2002, *Verhüllter Reichstag*, in *GRUR*, 2002, 605; si veda anche Trib. Milano, 9 novembre 1992, in *Riv. dir. ind.*, 1993, II, 45, a proposito dello sfruttamento commerciale del Palio di Siena (e v. M. COMPORTELLI, *Sfruttamento abusivo dell'immagine altrui e dei segni distintivi delle persone giuridiche*, in *AIDA*, 1997, 540 ss., 551; cfr. altresì il terzo comma dell'art. 21 della legge marchi, su cui G. OLIVIERI, *Il marchio degli enti non commerciali: ovvero, della tutela della notorietà civile*, in *AIDA*, 1993, 43 ss.); inoltre non si può trascurare che l'art. 107 del Codice dei beni culturali prevede, in termini molto generali, che « Il Ministero, le regioni e gli altri enti

pubblici territoriali possono consentire la riproduzione nonché l'uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna »; sicché, rimanendo aderenti al dato testuale, è legittimo chiedersi se tra tali beni possano essere annoverati anche quelli esposti alla pubblica vista.

⁴⁸ P. KAYSER, *L'image des biens*, in *D.*, 1995, chr., 291 ss., 292.

⁴⁹ Su quest'importante vicenda di creazione giurisprudenziale del diritto cfr. P.Y. GAUTIER, *Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la « para-proprété intellectuelle »*, in *J.C.P.*, 1999, II, 10078; G. LOISEAU, *Droit à l'image des biens: la Cour de cassation précise sa position*, in *Légipresse*, 2001, 115 ss.; B. EDELMAN, *L'« image » d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public*, in *D.*, 2001, jur., 770; T. REVET, *Propriété et droits réels*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 618 ss.; E. DREYER, *L'image des biens... et celle de la Cour de cassation?*, cit., 2463 ss.; J. RAVANAS, *L'image d'un bien saisi par le droit*, cit., 20 ss.; F. KENDÉRIAN, *L'image des biens: nouveau droit subjectif ou faux débat?*, cit., 1161 ss.; A. TENENBAUM, *Le propriétaire d'un bien a-t-il un droit exclusif sur l'image de celui-ci?*, in *J.C.P.*, 2001, II,

tions Dubray, il principio è stato affermato in termini molto generali, sulla base della premessa per cui il « proprietario ha il diritto esclusivo di sfruttare il suo bene, in qualsiasi forma ciò avvenga »⁵⁰. In seguito la sua portata è stata circoscritta, tramite l'introduzione del requisito della « turbativa » (*trouble certain*), ma sempre nella logica della facoltà di sfruttamento economico dell'immagine quale diretta espressione del *droit d'usage ou de jouissance du propriétaire*⁵¹.

Non è difficile avvedersi delle notevoli implicazioni di quest'operazione ermeneutica, che di fatto concreta un'ipotesi di creazione giurisprudenziale di un diritto di (para-)proprietà intellettuale⁵². Basti soltanto ricordare che l'intera vicenda ha avuto origine dalla controversia in ordine allo sfruttamento economico — quale car-

10554; J.M. BRUGIÈRE, *Image des biens: le paysage du Pariou est libre de droits*, in *D.*: 2002, jur., 1228 ss.; F. ZENATI, *Propriété et droits réels*, cit., 859 ss.

⁵⁰ Cass. civ., 10 marzo 1999, in *D.*, 1999, jur., 319, con nota di É. AGOSTINI; in *J.C.P.*, 1999, II, 10078, con nota di P.Y. GAUTIER (relativa allo sfruttamento in forma di cartolina postale dell'immagine del Café Gondrée); in realtà, nonostante le espressioni molto generali utilizzate nella motivazione, il senso della regola affermata dalla Corte era quello di stabilire una riserva sullo sfruttamento economico del bene e non di inibire qualsiasi forma di riproduzione dell'immagine, ad esempio a scopi prettamente privati, artistici o informativi; lo si ricava anche dalla lettura delle conclusioni dell'*avocat général* J. Sainte-Rose (pubb. in *D.*, 1999, jur., 321): « Pareillement, l'utilisation de l'image à des fins purement artistiques, culturelles ou d'information du public, dans le cadre de la liberté d'expression et de communication, ne nécessite pas l'autorisation du propriétaire qui abuserait de son droit en y mettant d'obstacle. En revanche, l'utilisation de l'image à des fins commerciales et plus généralement l'utilisation professionnelle de l'image d'un bien doit rester l'apanage du titulaire du droit de propriété. Ce droit ne lui confère-t-il pas celui d'user de son bien, d'en tirer profit et d'en récolter les fruits? » (ed in questo senso cfr. anche J. RAVANAS, *L'image d'un bien saisie par le droit*, cit., 23; T. REVET, *Propriété et droits réels*, cit., 620 ss.); nella medesima prospettiva v. altresì Cass. civ., 25 gennaio 2000, in *J.C.P.*, 2001, II, 10554, con nota di A. TENENBAUM (relativa allo sfruttamento economico dell'immagine di un'imbarcazione).

⁵¹ Cass. civ., 2 maggio 2001, in *D.*,

jur., 1973, con nota di J.P. GRIDEL; in *J.C.P.*, 2001, II, 10553, con nota di C. CARON, *Le propriétaire qui s'oppose à l'exploitation de l'image de son bien doit prouver un trouble certain à son droit d'usage ou de jouissance* (relativa alla riproduzione dell'immagine dell'isolotto di Roch Archon da parte del Comitato regionale per il turismo della Bretagna): la pronuncia di merito — la quale aveva dato corso all'azione promossa dalla società proprietaria del bene — viene annullata sulla base della considerazione per cui « en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire »; che in tal modo la soluzione originaria venga circoscritta ma non abbandonata (sicché lo sfruttamento commerciale dell'immagine rimane in linea di principio riservato al proprietario) è affermato dalla più parte degli autori: v. C. CARON, *op. cit.*, il quale scrive: « Le régime du monopole attribué au propriétaire par l'arrêt *Café Gondrée* continue à s'appliquer. Dès lors, il apparaît que le propriétaire peut toujours s'opposer à une utilisation commerciale et publicitaire de son bien car son *fructus* doit lui permettre de la contrôler »; G. LOISEAU, *Droit à l'image des biens: la Cour de cassation précise sa position*, cit., 118-119; T. REVET, *Propriété et droits réels*, cit., 622.

⁵² Così P.Y. GAUTIER, *Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la « para-proprieté intellectuelle »*, in *J.C.P.*, 1999, II, 10078; ma v. per una diversa ricostruzione dogmatica — che non muta la sostanza — F. ZENATI, *Propriété et droits réels*, cit., 862 ss.; T. REVET, *Propriété et droits réels*, cit., 623 ss.

tolina postale — non di un immobile qualsiasi, bensì del primo locale liberato dagli Alleati dopo lo sbarco in Normandia, il *Café Gondrée*. Ciò significa che, anche di fronte ad un bene di notevole interesse storico, in una certa misura patrimonio « collettivo », i giudici francesi non hanno avuto alcuna remora ad affermare la prevalenza delle ragioni « particolari » del proprietario. Sia chiaro: non che l'attività di produzione di cartoline non sia essa stessa espressione di un interesse particolare e di natura economica; il punto, però, è che qualsiasi attività presuppone in qualche modo l'utilizzazione di risorse parzialmente « altrui » e ritenere che ciascuno di questi passaggi debba essere sempre e comunque monetizzato vorrebbe dire incrinare profondamente il senso di reciprocità su cui si fonda una comunità⁵³.

Si potrebbe discutere a lungo sul problema dell'efficienza economica o della coerenza sistematica della soluzione elaborata dalla giurisprudenza ed accolta dalla prevalente dottrina francese⁵⁴. Ci si limiterà ad osservare, dal primo punto di vista, che la razionalità di tale modello appare fortemente dubbia, poiché l'immagine — a differenza della cosa mobile o immobile effigiata — costituisce un bene tipicamente non rivale nel consumo; sicché creare « a monte » una privativa temporalmente illimitata, *in assenza di un'attività creativa da incentivare*, ha il solo effetto di restringere la concorrenza « a valle », attribuendo al proprietario una rendita monopolistica non giustificata da alcuna considerazione in termini di fallimento del mercato⁵⁵. Per altro verso è evidente che, specie

⁵³ « The more we pay for — ci ricordano W.J. GORDON-S. POSTBRIEF, *On Commodifying Intangibles*, cit., 158 —, the less the sense of debt we may have toward our culture as a whole. We currently impose no charges for the bulk of the effects we levy on each other, primarily because of transaction costs, but with a beneficial side effect as well. Many of us feel some sense of connectedness to the community that both demands unpredictable sacrifice and gives unearned joys ». Questi rilievi hanno un peso ancora maggiore ove riferiti al problema dell'utilizzazione dei beni immateriali altrui a scopo in senso stretto informativo e non di sfruttamento concorrenziale: si confrontino, a titolo esemplificativo, le riflessioni di M. COSTANTINO, *Oggetto e tutela dell'esclusività dell'immagine di sé*, in Id., *Rischi temuti, danni attesi, tutela privata*, Milano, 2002, 253 ss., 264, il quale esprime serie perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina della riproduzione a scopo personale di opere esistenti nelle biblioteche pubbliche (art. 2, l. 18 agosto 2000, n. 248).

⁵⁴ La quale peraltro solleva numerosi

problemi applicativi, che non è possibile in questa sede affrontare, dal conflitto tra i diritti del proprietario e quelli dell'autore dell'opera (quando questa non sia caduta nel pubblico dominio), alla questione della ripartizione degli utili in caso di costituzione di diritti reali o personali di godimento: cfr. per alcuni spunti G. LOISEAU, *Droit à l'image des biens: la Cour de cassation précise sa position*, cit., 116 ss.

⁵⁵ Com'è noto, infatti, il ragionamento di G. Hardin (su cui v. tra le tante descrizioni U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport-London, 2000, 1-3) non è automaticamente trasponibile al settore dei beni immateriali, poiché nella gran parte dei casi il costo marginale dell'utilizzazione di un'unità aggiuntiva di informazione si approssima allo zero; il problema fondamentale è invece rappresentato dalla scarsa escludibilità e dunque dall'assenza di incentivi sufficienti per la produzione di un ammontare ottimale di informazione (v. per tutti R. COOTER-T. ULEN, *Law & Economics*, III ed., Reading-Menlo Park, 2000 ss., 126). Ma nel

nelle ipotesi di immobili di pregio storico, artistico ed architettonico, la regola di esclusiva collide frontalmente con la dimensione *relazionale* della proprietà e non fa che riproporre — aggiornandola alle esigenze della società dell'informazione — la vecchia accezione di tale diritto come « buco nel centro di un circolo di norme »⁵⁶.

Non è detto che una disciplina analoga a quella francese riuscirà ad imporsi anche all'interno dell'ordinamento italiano (sebbene l'evoluzione del quadro normativo in materia di beni culturali, per quanto connotata da forti elementi di specialità, rappresenti un indice sistematico da non sottovalutare); d'altronde è opportuno notare che il diritto tedesco, ad esito di un'articolata evoluzione, ha raggiunto un differente equilibrio, incentrato sulla dicotomia spazio pubblico/spazio privato⁵⁷. Ma queste considerazioni non erano tanto finalizzate alla ricerca di una *soluzione*, cosa che richiederebbe ben altro sforzo argomentativo ed esegetico, quanto a segnalare l'esistenza di un *problema*. E questo consiste nel fatto che l'orientamento espresso dai giudici francesi riproduce esattamente quella propensione a tramutare in diritto qualsiasi valore economico⁵⁸, indipendentemente da ogni valutazione in ter-

caso dell'immagine dei beni non si pone alcun problema di « produzione » dell'informazione, atteso che essa rappresenta, per così dire, un necessario sotto-prodotto del bene materiale (rispetto a cui esiste, al contrario, la questione dell'*over-exploitation*). Si potrebbe obiettare, forse, che la costituzione di una privativa sull'immagine opera come incentivo ad investire reddito sulla conservazione del bene, onde attrarre un più vasto pubblico e quindi percepire maggiori *royalties* dalle licenze di sfruttamento; ma non solo questo non è sempre vero (in alcuni casi l'interesse dei terzi può crescere quanto più il bene sia mantenuto nello stato originale), soprattutto si deve considerare che un incentivo sufficiente ad investire in restauro è già offerto dal correlativo mutamento del valore del bene — in quanto tale — sul mercato. In secondo luogo, si potrebbe opporre che il riconoscimento di *property rights* sull'immagine avrebbe l'auspicabile effetto di fare chiarezza sulla spettanza degli *entitlements*, così da « lubrificare » gli scambi ed agevolare l'allocazione del bene in capo a chi lo valuti maggiormente (cfr. in quest'ordine di idee, sia pure in relazione al diritto delle reti telematiche, F. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in 1996 *U. Chi. Legal F.* 207 [1996], 212); ma anche qui è possibile rispondere che creare artificialmente monopoli — per giunta temporalmente illimitati!

— laddove ciò non sia strettamente indispensabile non è certo una politica oculata, atteso che una maggiore concorrenza può diversificare i prodotti, aumentare la qualità delle immagini e ridurre i prezzi, a tutto vantaggio dei consumatori (cfr. per un riscontro la decisione Panini dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 31 ottobre 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 692).

⁵⁶ La celebre metafora — come ricorda L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss., 428 — è di Binding.

⁵⁷ Forti del dato sistematico rappresentato dal § 59 *UrhG*, che come si è detto introduce una deroga significativa alla facoltà esclusiva di riproduzione dell'autore di un'opera di architettura esposta in pubblico, i giudici tedeschi hanno limitato il potere di controllo del proprietario ai soli beni sottratti alla pubblica vista: cfr. in part. BGH, 9 marzo 1989, *Friesenhaus*, in *GRUR*, 1990, 390; ed in tema cfr. K.E. WENZEL, *Das Recht der Wort- und Bildberechtigterstattung*, 4^a ed., Köln, 1994, 351 ss.; A. BEATER, *Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien*, cit., 1101 ss.; R. ELLGER, *Bereicherung durch Eingriff*, cit., 531-536.

⁵⁸ Atteggiamento ben visibile anche nelle pagine di J. RAVANAS, *L'image d'un bien saisie par le droit*, cit., 21 ss.

mini di utilità sociale, già da tempo osservabile nel settore della proprietà intellettuale⁵⁹; e soprattutto rispecchia fedelmente quella tendenza a privatizzare tutto ciò che rimane dello « spazio pubblico », la quale condiziona a tal punto la prospettiva dell'interprete da far dimenticare che era lo stesso liberalismo classico a mettere in guardia dai rischi che un'eccessiva restrizione delle risorse immateriali « comuni » può presentare per il progresso ed il benessere della collettività⁶⁰.

3. IL PROBLEMA DEI CONFINI DEL MERCATO: *PROPERTY* E *PRIVACY* NELLA COSTRUZIONE GIURIDICA DEL SOGGETTO.

La vicenda del diritto all'immagine dei beni descrive un singolare fenomeno di « personificazione » della proprietà; ma l'evoluzione del sistema socio-economico ripropone all'attenzione del giurista una seconda questione molto rilevante, quella della « reificazione » della persona⁶¹. Com'è noto, gli attributi della personalità sono ormai irreversibilmente attratti all'interno dei circuiti patrimoniali di scambio. Non soltanto il nome, l'immagine, le notizie della vita privata; ma anche il corpo e le sue informazioni hanno assunto il carattere di risorse scarse, la cui utilizzazione interessa mercati di estremo rilievo economico ed un numero indeterminato di soggetti⁶².

Di fronte al processo di *commodification*, l'ordinamento è chiamato a risolvere essenzialmente due ordini di problemi: il primo attiene all'allocatione del potere di controllo sullo sfruttamento di tali attributi; il secondo alla definizione delle modalità e dei limiti della relativa attività negoziale dispositiva⁶³.

⁵⁹ Sul punto cfr. W.J. GORDON-S. POSTBRIEF, *On Commodifying Intangibles*, cit., 135-139.

⁶⁰ V. *supra*, nota 7 e testo corrispondente.

⁶¹ Questa descrizione, suggestiva, è di B. EDELMAN, *La rue et le droit d'auteur*, cit., 92; ma il processo di graduale convergenza tra le categorie della proprietà intellettuale e dei diritti della personalità è comunque ben noto: cfr. in particolare D. LEFRANC, *L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité)*, in *D.*, 2002, chr., 1926; H.P. GÖTTING, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995; V. ZENO ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Digesto IV*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 430 ss., 440; A. ZOPPINI, *Le « nuove proprietà »*

nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni), in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185 ss., 229 ss.

⁶² Cfr. sinteticamente T. REVET, *L'argent et la personne*, in *Arch. phil. dr.*, 1997, 43 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in questa *Rivista*, 1993, 545 ss.; in particolare, sulla rilevanza patrimoniale del corpo e delle sue informazioni, v. D. NELKIN-L. ANDREWS, *Il mercato del corpo*, trad. it., Milano, 2002, *passim*; ID., *Homo Economicus. Commercialization of Body Tissue in the Age of Biotechnology*, in *Hastings Cent. Rep.*, 1998, 30 ss.; e v. anche in una prospettiva più generale le considerazioni di A. GORZ, *L'immateriale*, cit., 80 ss.

⁶³ V. in generale M.J. RADIN, *Contested Commodities*, Cambridge-London, 1996, 1 ss.

Storicamente l'attenzione è stata rivolta prevalentemente al primo aspetto. Il che non sorprende se si considera, da un lato, la matrice prettamente delittuale di questo settore del diritto privato⁶⁴; e, dall'altro, l'incidenza della tecnologia, che soltanto di recente ha reso possibili « usi » della persona — si pensi al trattamento dei dati genetici — un tempo difficilmente ipotizzabili⁶⁵. Ma in un contesto di mercato generalizzato è specialmente la seconda questione che riveste il maggiore interesse e soprattutto presenta le principali difficoltà, in primo luogo perché rimette in discussione il difficile equilibrio tra autodeterminazione e controllo nell'ambito delle scelte attinenti alla costruzione della propria sfera privata⁶⁶.

Per evidenziare le soluzioni che emergono a livello sovra-nazionale un utile punto di partenza è rappresentato dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁶⁷. Diverse disposizioni si occupano della persona e dei suoi diritti, ma ai fini che qui rilevano è sufficiente menzionare gli artt. 3 e 8: il primo relativo all'integrità fisica e psichica dell'individuo, il secondo alla protezione dei dati a carattere personale⁶⁸.

Entrambe le norme configurano il « consenso » dell'interessato — in linea di massima — come requisito generale di liceità di qualsiasi intromissione esterna nella sfera personale, così risolvendo indirettamente anche il primo problema sopra indicato. L'adozione di tale criterio implica infatti una scelta precisa in ordine all'allocatione del potere di controllo sullo sfruttamento degli attributi individuali, i quali non possono più essere considerati come *commons* liberamente appropriabili da parte dei terzi⁶⁹.

⁶⁴ Cfr. C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, 201 ss., 240.

⁶⁵ Cfr. in una prospettiva più generale le riflessioni di S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo « giuridificato »*, ora in *Tecnologie e diritti*, Bologna-Roma, 1995, 179 ss.

⁶⁶ Sia consentito rinviare, per una più dettagliata argomentazione, a G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 801 ss.; in questo paragrafo saranno ripresi alcuni temi già sviluppati in quello scritto.

⁶⁷ Su cui cfr., in luogo di molti, S. RODOTÀ, *The Charter of Fundamental Rights*, in *ZSR*, 2001, 7 ss.

⁶⁸ Art. 3, *Diritto all'integrità della persona*: « 1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo

la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani »; Art. 8, *Protezione dei dati di carattere personale*: « 1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente ».

⁶⁹ Tale dato potrebbe apparire scontato al giurista continentale, ma è sufficiente un breve confronto con l'esperienza nordamericana per constatare come scontato esso non lo sia affatto; v. in particolare la vicenda dell'*informational privacy*, su cui tra i molti: J.R. REIDENBERG, *Privacy Wrongs in Search of Remedies*, in *54 Hastings L. J.* 877 (2003), 890 ss.

Ma la previsione del requisito del consenso solleva immediatamente l'interrogativo relativo alle forme ed ai limiti di tale manifestazione di volontà. Al riguardo l'art. 3 offre una prima risposta, precisando che « il corpo e le sue parti non possono costituire fonte di profitto ». Tale norma è estremamente significativa in quanto « costituzionalizza », sulla scia di altri testi nazionali ed internazionali⁷⁰, il principio della gratuità degli atti di disposizione del proprio corpo, prendendo apertamente posizione in merito al secondo dei quesiti prima formulati⁷¹. L'esclusione del corpo e delle sue parti dai circuiti patrimoniali di scambio altro non è se non una conferma del fatto che, tra le scelte fondamentali di una comunità democratica, rientra anche quella inerente alla definizione dei beni che stanno dentro e fuori dal mercato.

Quest'opera di demarcazione è però quanto mai difficile e delicata e la stessa previsione dell'art. 3, per quanto importante, non riesce a dissipare tutti i dubbi e le perplessità che derivano dalla complessità del reale. Se si pensa, ad esempio, al problema del rapporto intercorrente tra il principio di extrapatrimonialità del corpo e le discipline del brevetto biotecnologico⁷², da un lato, e della prostituzione⁷³, dall'altro, risulta agevole comprendere

⁷⁰ Basti ricordare l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina del 1997 (« il corpo umano e le sue parti non devono, in quanto tali, essere fonte di profitto »), su cui cfr. P. FRAISSEIX, *La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaine dans le domaine de la biomédecine: l'exemple de la Convention d'Oviedo*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2000, 371 ss.; l'art. 4 della Dichiarazione Universale dell'Unesco sul genoma umano ed i diritti dell'uomo, del 3 dicembre 1997 (v. F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact*, in *Enquête*, 1998, 55 ss. — dell'estratto —); l'art. 4 della Direttiva 20/2001 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 aprile 2001, in tema di sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano (su questa disciplina v. G. FERRANDO, *La sperimentazione dei farmaci*, in EAD., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 81 ss., 99); ed i nuovi artt. 16-1, 16-5 e 16-6 del codice civile francese.

⁷¹ Cfr. in tema G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e « atti di disposizione del corpo »*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 761 ss.

⁷² Si allude in particolare alla Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (su cui v. B. MATHIEU, *La directive européenne relative à la brevetabilité des in-*

ventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales, in *D.*, 2001, chr., 13 ss.); sebbene la Corte di Giustizia, con sent. 9 ottobre 2001, in *Foro it.*, 2002, IV, 25, ne abbia affermato la conformità con il diritto comunitario ed in particolare con il principio di rispetto della dignità umana (v. K. FRAHM-J. GEBAUER, *Patent auf Leben? — Der Luxemburger Gerichtshof und die Biopatent-Richtlinie*, in *EuR*, 2002, 78 ss.), permane comunque un forte elemento di contraddizione con il principio della extrapatrimonialità del corpo; quanto meno poiché il senso dell'intera disciplina è quello di invalidare qualsiasi cessione onerosa di materiale biologico dalla persona all'utilizzatore intermedio o finale, permettendo invece che costui si appropri di tutte le utilità economiche ritraibili dalla sua applicazione industriale: cfr. M.C. TALLACCHINI, *Habeas Corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, 531 ss.

⁷³ Si allude alla pronuncia della Corte di Giust., 20 novembre 2001, *Jany c. Staatssecretaris van Justitie* (C-268/99), la quale ha di fatto escluso la sussistenza di un contrasto tra l'attività della prostituzione (qualificata come attività di lavoro autonomo) e l'ordine pubblico comunitario; cfr. per una discussione critica M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2002, 398; A. LENZE, *Euro-*

come i confini tra la gratuità ed il mercato siano fortemente instabili, ambigui e culturalmente condizionati.

In secondo luogo non si può trascurare che un principio di questo tipo, riferito esclusivamente al corpo ed alle sue parti, solleva immediatamente il problema delle regole applicabili alla circolazione degli altri attributi della personalità. Poiché l'art. 8, a differenza dell'art. 3, non prefissa alcun requisito di natura contenutistica in ordine al consenso al trattamento dei dati personali, se ne dovrebbe logicamente inferire che la regola della gratuità non assuma il medesimo valore rispetto all'intero sistema della disposizione dei diritti della personalità. Il che implicherebbe anche che mentre in relazione al corpo — ed alle sue informazioni — risulterebbero sempre ammissibili tecniche di controllo a carattere preventivo, con la conseguenza che l'autonomia privata si conoscerebbe come autonomia « assistita »; in relazione agli attributi immateriali della personalità la regola di *default* sarebbe viceversa rappresentata dalla libertà contrattuale⁷⁴.

Ora, non c'è dubbio che una simile dicotomia rispecchi una differente percezione sociale dei rischi connessi, rispettivamente, alla commercializzazione del corpo e degli altri elementi della personalità, la quale rimanda a sua volta a convinzioni antropologiche radicate. Ma sarebbe errato ritenere che, per ciò solo, sia possibile affermare la completa riduzione del nome, dell'immagine, o dei dati personali, a merci suscettibili di appropriazione — in senso stretto — e di libera alienazione sul mercato.

È proprio questo il nodo teorico che permette di cogliere il reale significato operativo della contrapposizione tra *privacy* e *property*, quali modelli alternativi di costruzione giuridica del soggetto⁷⁵. Se si ferma l'attenzione sul profilo della tutela esterna, i due schemi possono essere correttamente intesi come equivalenti funzionali⁷⁶; ma non appena l'accento si sposta sul problema della disposizione, la distanza che li separa emerge con tutta chiarezza.

päische Niederlassungsfreiheit und Prostitution, in *EuGRZ*, 2002, 106 ss.; inoltre è significativa l'evoluzione della disciplina a livello nazionale: cfr. le notazioni di S. RETTERER, *L'activité de prostitution exercée à titre indépendant: une activité économique au sens du droit communautaire*, in *D.*, 2002, chr., 2144 ss., 2146, nonché l'interessante studio di H. HAGEN, *Menschenwürde und gute Sitten. Gedanken zum Prostitutionsgesetz*, in *Gedächtnisschrift für J. Sonnenschein*, Berlin, 2003, 581 ss. (a proposito del recente *Prostitutionsgesetz* tedesco).

⁷⁴ Sul punto si rinvia nuovamente a G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* (note a

marginie della Carta dei Diritti), cit., 309 ss.

⁷⁵ In tema è opportuno confrontare, in luogo di molti, R.C. POST, *Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property and Appropriation*, in 41 *Case West. Res. L. Rev.* 647 (1991); R. RAO, *Property, Privacy and the Human Body*, in 80 *B.U. L. Rev.*, 359 (2000); J. LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, in 52 *Stanford L. Rev.* 1283 (2000); M. DAVIES-N. NAFFINE, *Are Persons Property? Legal Debates about Property and Personality*, Burlington, 2001.

⁷⁶ Per una dettagliata argomentazione v. R. RAO, *Property, Privacy and the Human Body*, cit., 418 ss.

Nel modello della *privacy* gli attributi individuali sono configurati come costitutivi dell'identità ed al pari di questa insuscettibili di dismissione definitiva per atto del suo titolare. Nel modello della *property*, invece, la relazione tra la persona e le sue singole manifestazioni — tangibili o intangibili — è informata alla logica della separazione tra soggetto e oggetto; il che permette di affermare l'ammissibilità di vicende successorie a carattere traslativo⁷⁷.

Ben si comprende, allora, quali siano le concrete implicazioni del riconoscimento di autonomi *intellectual property rights* sulle informazioni personali e sugli altri elementi costitutivi dell'identità⁷⁸. Sebbene i fautori di tale modello insistano esclusivamente sull'esigenza di fronteggiare le invasioni del mercato e della tecnologia mediante il consolidamento delle tecniche rimediali, in realtà il vero effetto della regola proprietaria è quello di rafforzare la posizione degli *intermediari* nella circolazione di tali risorse e di incrinare le garanzie del soggetto. Costui, infatti, verrebbe messo in condizione di poter compiere validamente negozi traslativi su elementi della propria identità, con il solo limite della volontarietà dell'atto; limite ben poco significativo, se solo si considera la frequenza dei fenomeni di distorsione cognitiva⁷⁹ e la presenza di condizioni di disparità contrattuale nella gran parte dei mercati coinvolti.

La vicenda del *right of publicity* è sotto questo profilo particolarmente significativa, poiché evidenzia come il passaggio da una logica personalistica ad una proprietaria abbia in realtà giocato prevalentemente a favore degli interessi dei grandi *studios* cinematografici e delle imprese attive nel *merchandising*⁸⁰. Lo stesso è a

⁷⁷ Cfr. per un inquadramento generale M.J. RADIN, *The Rethoric of Alienation*, in EAD., *Reinterpreting Property*, Chicago-London, 1993, 191 ss.

⁷⁸ V. in questa prospettiva, in relazione al problema della tutela dei dati personali, L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, 160 ss.; R.S. MURPHY, *Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy*, in 84 *Geo. L. J.* 2381 (1996); P. MELL, *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness*, in 11 *Berkeley Tech. L. J.* 1 (1996); per una discussione E.J. JANGER, *Privacy Property, Information Costs, and the Anticommons*, in 54 *Hastings L. J.* 899 (2003); P. SAMUELSON, *Privacy As Intellectual Property?*, in 52 *Stanford L. Rev.* 1125 (2000); per riferimenti alla vasta letteratura in tema di *right of publicity* rinvio a J.M. GAINES, *The Absurdity of Property in the Person*, in 10 *J. L. & Human.* 537 (1998); J. KAHN, *Bringing Dignity Back To*

Light: Publicity Rights and the Eclipse of the Tort of Appropriation of Identity, in 17 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 213 (1999).

⁷⁹ Per un semplice riscontro del fatto che le persone tendono a sottostimare i rischi connessi alla perdita del controllo sulla circolazione delle proprie informazioni, v. J.D. LASICA, *Your Past Is Your Future, Web-Wise*, in *The Washington Post*, 11 ottobre 1998, 1.

⁸⁰ Cfr. in tema J.M. GAINES, *Contested Culture: The Image, the Voice and the Law*, Chapel Hill - London, 1991, 152 ss.; e v. anche sulla vicenda del *right of publicity*, in una prospettiva di analisi critica, J. FROW, *Elvis' Fame: The Commodity Form and the Form of the Person*, in 7 *Card. Stud. L. & Lit.* 131 (1995), 161; nonché G.M. ARMSTRONG, *From the Fetishism of Commodities to the Regulated Market: The Rise and Decline of Property*, in 82 *Northwestern U. L. Rev.* 79 (1987).

dirsi, a maggior ragione, per il mercato dei dati personali, laddove il riconoscimento di autonomi titoli proprietari si risolverebbe esclusivamente in un beneficio per i *data miners*, aventi causa a titolo particolare dal soggetto, e quindi indirettamente per l'intera industria del *direkt-marketing*⁸¹.

Il problema consiste, allora, nel superare l'alternativa secca tra mercato e non mercato e nel ridefinire un complesso di regole, *interne allo stesso mercato*, che siano in grado di apprestare un adeguato livello di protezione per gli interessi di natura non meramente patrimoniale⁸². Paradossalmente, è proprio il sistema delineato dalla Carta dei Diritti ad evidenziare tale necessità. La tecnica della gratuità, la quale risponde all'intento di sottrarre una determinata sfera di relazioni interpersonali alle logiche mercantili, non è evidentemente praticabile in relazione a quei beni, come gli attributi immateriali dell'individuo, la cui commercializzazione incontra un grado elevato di accettazione sociale.

Ma ciò non significa che in tal caso si possa utilmente adottare un modello di disciplina a carattere proprietario, per le ragioni di politica del diritto appena esposte. D'altronde non si può dimenticare, riprendendo il discorso interrotto in precedenza, che è la stessa Carta dei Diritti a prefissare nell'art. 1 il principio fondamentale di rispetto e protezione della dignità umana. Se si considera che tale principio non ha una valenza circoscritta alle relazioni « verticali » cittadino-stato, ma è altresì fonte di un obbligo positivo di intervento del potere pubblico nell'ambito dei rapporti interprivati⁸³, ne consegue che le regole applicabili ai negozi con cui si dispone di attributi della personalità debbono essere articolate in maniera tale da escludere qualsiasi rischio di violazione della dignità umana. Il che implica l'adozione di una serie di tecniche a contenuto procedurale e sostanziale — si pensi, a titolo esemplificativo, all'introduzione di obblighi di informazione, all'irrigidimento dei criteri di determinabilità dell'oggetto del contratto, al recesso per motivi legittimi, o persino a procedure di co-decisione analoghe a quelle previste per la fattispecie del trattamento dei dati sensibili — le quali assicurino che la persona sia sempre in grado di mantenere il controllo sulla costruzione della propria identità anche in seguito al compimento dell'atto dispositivo.

⁸¹ Molto chiaramente in questo senso J. LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, cit., 1299 ss.

⁸² Cfr., per la prospettiva metodologica, S. RODOTÀ, *Le proprietà comuni dell'umanità*, cit., 266.

⁸³ Vedi da ultimo S. BESSON, *Les obli-*

gations positives de protection des droits fondamentaux - Un essai en dogmatique comparative, in ZSR, 2003, 49-96; nonché, in una prospettiva più ampia, G. PIERPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in Pol. dir., 2003, 45 ss.

Ne consegue, pertanto, che anche in relazione agli attributi immateriali della personalità, il sistema previsto dalla Carta dei Diritti — che a prescindere dal suo valore precettivo rappresenta comunque una sintesi significativa delle tendenze emergenti a livello comunitario e nazionale — permette di escludere la possibilità di una completa *commodification* di tali beni. Il diritto europeo dispone, quindi, degli strumenti necessari per assicurare un livello adeguato di protezione della persona, dentro o fuori dal mercato. Tutto sta nel saperli utilizzare, senza lasciarsi condizionare dalla logica del *property is better*.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Riflettendo sugli argomenti addotti a sostegno della categoria della proprietà intellettuale, Francesco Ferrara scriveva che: « qui l'utile ha ceduto il passo all'idea pura del diritto »⁸⁴; intendendo, con ciò, che la strategia più comunemente posta in essere dai fautori del modello del monopolio consisteva nel mascherare con la metafora della « giustizia » quanto non avrebbe potuto facilmente sostenersi in termini di « utilità »⁸⁵. Strumento essenziale di questa operazione era ovviamente il ricorso all'« abile sofisma » della proprietà ed al suo valore simbolico.

Le pagine di Ferrara, in questo perfettamente in linea con la lezione del giusrealismo, ci ricordano quanto le parole contino e quanto sia importante prestare attenzione agli usi linguistici e retorici degli interpreti. Oggi si assiste ad un ritorno all'utilizzazione della categoria proprietaria come *Kampfbegriff*⁸⁶, come concetto in grado di restituire un'immediata legittimazione teorica al processo di « privatizzazione » dell'immateriale. In questo lavoro si è tentato di illustrare alcune implicazioni di tale fenomeno.

In primo luogo si è osservata la vicenda dello sfruttamento dell'immagine dei beni. Qui l'impiego della tecnica e della retorica proprietaria hanno condotto — si allude in particolare all'esperienza francese — alla costruzione di una privativa atipica sulle proiezioni incorporali dei beni mobili ed immobili. L'effetto più immediato di quest'evoluzione è quello di contribuire all'ulteriore

⁸⁴ F. FERRARA, *Proprietà letteraria*, cit., 142-143.

⁸⁵ F. FERRARA, *Proprietà letteraria*, cit., 148: « Quando la questione giuridica è eliminata, che ci resta, o signori? Scendere nel campo dell'utilità? Ma qui tutto è per noi, e i nostri avversari lo sanno, e ricorrono al puro diritto appunto perché tutti i loro sforzi non giungono a contrapporre

qualche cosa di serio a tutto ciò che si contiene in una semplice frase: *caro prezzo dei libri, istruzione strozzata* ».

⁸⁶ L'espressione è di V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum- eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, cit., 183, il quale la impiega in relazione all'esperienza ottocentesca.

restrizione di ciò che correntemente si indica con la formula *public domain*.

In secondo luogo si è ricordato il problema della circolazione a scopo commerciale degli attributi della personalità. Si è così avuto modo di evidenziare quasi siano le principali conseguenze operative dei modelli proprietari applicati alla persona ed alle sue informazioni: il consolidamento della posizione degli intermediari nello sfruttamento di tali risorse ed in ultimo la riduzione delle garanzie fondamentali dell'individuo. La proprietà è qui essenzialmente sinonimo di alienazione.

Con questi due esempi si intendeva semplicemente rimarcare la rilevanza di due questioni chiave dell'odierna tematica proprietaria: quella dei limiti dell'appropriazione, da un lato, e quella dei limiti del mercato, dall'altro. Ciò che emerge dall'analisi è che uno degli ostacoli attualmente più difficili da superare è quello che Margaret Radin definisce come *double bind*: ossia l'effetto condizionante dei processi di *commodification*, prima ancora che sul piano delle regole, su quello dei concetti e dei modelli culturali di riferimento⁸⁷.

⁸⁷ M.J. RADIN, *Contested Commodities*, cit., 14, 123 ss.