13

DIGITALICA

La rivoluzione digitale ha portato alla nascita di un nuovo modello economico in cui i dati e la conoscenza in generale si attestano come la più promettente risorsa dell'era postindustriale. Nel concetto di conoscenza è insito un conflitto di fondo. Da un lato, l'interesse privato a capitalizzarne il valore, che rende strategica la proprietà intellettuale come forma di controllo del sapere. Dall'altro, l'interesse generale a riservare al pubblico dominio – ovvero alla libera fruizione collettiva – una parte sostanziale del capitale intellettuale e semantico e del patrimonio culturale. L'economia di rete, fondata sulla condivisione di conoscenza, soffre oggi un gap di contenuti di pubblico dominio. Appena il 10% del patrimonio culturale europeo è digitalizzato e meno della metà è accessibile in rete e disponibile per il riutilizzo. A risponderne è in primo luogo il diritto che stenta a riconoscere tutela alle istanze di accesso aperto ai beni comuni. La presente monografia guida il lettore attraverso le varie aree del diritto che contribuiscono a restringere il perimetro del pubblico dominio. Il volume spazia dal diritto d'autore, al regolamento a tutela dei dati personali, dal codice dei beni culturali, alla recente proposta di Data Governance Act. Conclude, infine, che nell'equo bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ogni consociato dovrebbe vantare un diritto soggettivo alla libera utilizzazione dei beni immateriali che compongono il pubblico dominio: un "diritto al pubblico dominio".

JACOPO CIANI SCIOLLA è cultore della materia e assistente della cattedra di Filosofia del diritto e Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Torino. Avvocato del Foro di Milano, dal 2020 è professore a contratto presso ESCP Business School, Turin Campus. Laureatosi con lode presso l'Università degli Studi di Torino (2011), ha conseguito il dottorato di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano (2016). È stato *visiting scholar* presso il Max Planck Institute for Innovation and Competition (Monaco di Baviera, Germania) e presso il KU Leuven Center for IT & IP Law – CITIP (Belgio). Autore di articoli su riviste nazionali e internazionali, dal 2020 è *assistant editor di Kritika: Essays on Intellectual Property*, edito da Edward Elgar. Ha partecipato a diversi progetti di ricerca come assegnista presso i dipartimento di giurisprudenza e di informatica dell'Università di Torino. Il suo principale campo di ricerca si pone all'intersezione, in ambiente digitale, tra il diritto della proprietà intellettuale e il diritto delle nuove tecnologie, con particolare interesse per le questioni relative alla proprietà dei dati, alla tutela delle opere dell'ingegno create da intelligenza artificiale, alla sostenibilità dell'impatto dei sistemi intelligenti su accesso all'informazione e ambiente.

ISBN/EAN
9 788892 138056

€ 72,00

J. Ciani Sciolla – Il pubblico dominio nella società della conoscenza

Jacopo Ciani Sciolla

Il pubblico dominio nella società della conoscenza

L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune

G. Giappichelli Editore – Torino

DIGITALICA

Collana diretta da UGO PAGALLO

13

La collana presenta al lettore italiano una serie di studi interdisciplinari in informatica, diritto e nuove tecnologie, con la traduzione di importanti contributi di matematica, computer science, teoria generale del diritto, filosofia cognitiva, etc., oltre a opere nazionali particolarmente attente alle nuove frontiere tenologiche degli ordinamenti giuridici, politici ed economici contemporanei. La cifra teoretica è data dagli assunti della cosiddetta digital philosophy che, a partire dalle opere di Kurt Gödel e Alan Turing fino agli odierni dibattiti sull'intelligenza artificiale, i computer quantistici, la realtà "aumentata" e "virtuale", i sistemi esperti, trova nella tradizione pitagorico-platonica e, soprattutto, nel pensiero di Leibniz, le proprie origini storiche.

Jacopo Ciani Sciolla

Il pubblico dominio nella società della conoscenza

L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-3805-6
ISBN/EAN 978-88-921-9461-8 (ebook - pdf)

Il volume è finanziato con fondi del Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino.

Opera distribuita con Licenza Creative Commons
Attribuzione – non commerciale – Non opere derivate 4.0 Internazionale

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

"Wealthy traders are habitually eager to enclose part of the great common of the English language and to exclude the general public of the present day and of the future from access to the enclosure".

Joseph Crosfield & Sons' *Application* (1909),
26 RPC 837, 854, Court of Appeal, Sir Herbert Cozens-Hardy

Indice

pag.

1.

Introduzione: Società della Conoscenza e accesso al capitale intellettuale

1. Le società della conoscenza 1
2. Bioeconomia e capitalismo cognitivo 4
3. Il ruolo delle tecnologie ICT nella valorizzazione del sapere 6
4. La "nuova" società della conoscenza e il capitale semantico 7
5. Il ruolo del diritto e il problema dell'accesso all'informazione 9
6. La riscoperta del pubblico dominio 12
7. Nuove prospettive 14
8. Fili conduttori 15
9. Percorso e metodo 18

2.

Nozione, genesi storico-filosofica e inquadramento normativo del pubblico dominio

1. Le origini della proprietà 23
2. Proprietà e beni immateriali 27
3. Le cause dello scarso interesse teorico per il pubblico dominio 33
4. Il pubblico dominio come interesse pubblico meritevole di tutela e il valore intrinseco di un pubblico dominio ricco ed accessibile 37
5. La nozione di pubblico dominio 45
6. Il pubblico dominio come diritto soggettivo 50
7. Il pubblico dominio come bene comune 52
   - 7.1 Profili d'interazione tra bene comune e beni comuni 53
   - 7.2. I beni immateriali nel dibattito contemporaneo sui beni comuni 57
   - 7.3. I beni comuni nell'ordinamento positivo 59
   - 7.4. La bipartizione beni pubblici-beni privati nell'ordinamento giuridico italiano 60
   - 7.5. Il pubblico dominio nelle categorie di diritto romano 63
   - 7.6. Il pubblico dominio nell'età medievale e moderna 68
   - 7.7. La Commissione Rodotà, il progetto di riforma dei beni pubblici e la Costituente per i beni comuni 72
   - 7.8. La proprietà collettiva e i beni comuni nell'attuale quadro giuridico italiano: gli usi civici e i diritti di uso pubblico 80

pag.

7.9. I beni comuni nel diritto internazionale 88
7.10. I beni comuni nella Costituzione italiana: le clausole di "accessibilità" e "funzione sociale" come fondamento di un diritto al pubblico dominio 92
7.11. I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale 97
7.12. I beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite 99
8. Il bilanciamento tra proprietà e pubblico dominio in termini di conflitto tra diritti umani 103
8.1. Il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e altri diritti umani 106
8.2. Il bilanciamento tra diritti proprietari e pubblico dominio nella carta di Nizza e nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo 109
8.3. Il bilanciamento tra diritti proprietari e pubblico dominio nella Costituzione italiana 118
8.4. Il bilanciamento tra diritti proprietari e pubblico dominio nella costituzione statunitense 123

3.
Regime giuridico di circolazione del dato informazionale e pubblico dominio

1. L'economia dei dati e la questione relativa alla loro proprietà 130
2. L'avvento della questione relativa alla proprietà dei dati a livello europeo 131
3. L'attuale quadro giuridico di riferimento 134
3.1. Il quadro legislativo relativo ai dati non personali 135
3.2. La nozione giuridica di "dato" in quanto tale e di "informazione" 139
3.3. Il dato come bene di consumo 143
3.4. Il quadro legislativo rilevante in relazione ai dati personali 149
3.4.1. Il campo di applicazione oggettivo del Regolamento tra identificabilità e anonimizzazione 149
3.4.2. I trattamenti esclusi dall'ambito materiale di applicazione del Regolamento 153
3.4.3. Condizioni di liceità del trattamento e dati personali resi pubblici dall'interessato 158
3.4.4. I diritti di controllo dell'interessato: revoca del consenso e opposizione 161
3.4.5. Il diritto alla portabilità dei dati personali 163
3.4.6. Il limite della necessità e proporzionalità delle misure limitative del diritto sui dati personali 165
3.4.7. Diritto all'oblio e bilanciamento tra informazione e tutela dei dati personali 167
3.4.8. Lo statuto giuridico dei dati personali 181
3.5. Text and data mining e diritto d'autore 184
3.6. Tutela dei dati vs tutela del dato 190
3.7. La tutela delle banche di dati ai sensi della normativa sul diritto d'autore 191
3.8. La tutela *sui generis* ai sensi dell'art. 102 bis l.a. 194
3.9. Il fenomeno dello *screen scraping* e la difficoltà di riservare a sé lo sfruttamento dei dati resi pubblicamente disponibili in rete 200

pag.

4. L'abuso di posizione dominante come limite alla costituzione di diritti di esclusiva sui dati: *essential facilities* e *monopoly leveraging* 207
5. La disciplina applicabile all'informazione del settore pubblico 214
5.1. Riutilizzo di dati pubblici e diritti di proprietà intellettuale 218
5.2. Gli accordi di esclusiva tra amministrazione e soggetti privati per la digitalizzazione di risorse culturali 222
5.3 Riutilizzo di dati pubblici e normativa a tutela dei dati personali 224
6. La proposta di Regolamento europeo sulla governance dei dati 228
7. La tutela dell'informazione confidenziale 235
7.1. La normativa sul segreto industriale 235
7.2. La normativa sulla concorrenza sleale e l'obbligo di riservatezza del lavoratore 242
7.3. La tutela penalistica dell'informazione confidenziale 246
8. La giurisprudenza sulla configurabilità di un diritto di proprietà sui dati 248
8.1. L'appropriazione indebita di beni immateriali e la qualificabilità dei dati informatici come cose mobili ai sensi della legge penale 252
8.2. Le resistenze all'applicazione estensiva della nozione civilistica di proprietà ai beni immateriali 257
9. L'assenza di un quadro normativo idoneo a tutelare il dato in sé, la creazione di monopoli di fatto ed il problema del libero accesso ai dati 259
10. Implicazioni giuridiche dell'introduzione di un diritto proprietario sui dati 262
11. La posizione delle istituzioni internazionali ed europee 268

4.
Diritto d'autore e pubblico dominio

1. Il pubblico dominio ontologico o strutturale 273
1.1. Le opere create da intelligenza artificiale 274
1.2. Le opere eleggibili alla tutela autoriale e la dicotomia idee/espressione 285
1.3. I requisiti di tutela 292
1.3.1. Il carattere creativo (o originalità) 293
1.3.2. La compiutezza espressiva e il criterio della scindibilità 297
1.3.4. Il valore artistico 301
1.4. Il pubblico dominio come limite alla portata della privativa autoriale 306
2. Il pubblico dominio temporale 310
3. Il pubblico dominio funzionale 313
3.1. La portata dei diritti di utilizzazione economica in capo all'autore 314
3.2. L'ingresso dell'"interesse generale" nel "giusto equilibrio" tra interessi dei titolari e degli utenti delle opere protette: i casi della libertà di espressione e di difesa 317
3.3. Il *three-step-test* come porta di ingresso del "pubblico interesse" al pubblico dominio 320
3.4. Il sistema europeo delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore: il principio di tassatività 323
3.4.1. La portata delle eccezioni e limitazioni tra interpretazioni restrittive ed estensive 330
3.5. Il fallimento dell'armonizzazione delle eccezioni e limitazioni 338

pag.

3.6. La Direttiva 2019/790 sul mercato unico digitale: il diritto connesso degli editori sulle pubblicazioni giornalistiche e il nuovo regime di responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti protetti *online* 342
3.7. L'esaurimento del diritto 349
4. Disponibilità del diritto e pubblico dominio volontario 355
4.1. Il ruolo della rivoluzione digitale nella riscoperta del pubblico dominio 356
4.2. La privatizzazione del processo di regolamentazione dell'uso della proprietà intellettuale: l'*open licensing* 359
4.3. Le licenze Creative Commons 361
4.4. I limiti alla disponibilità del diritto 366
5. Il pubblico dominio come fonte di imitazione o ispirazione creativa: le opere derivate tra plagio, contraffazione e creazione autonoma 370
5.1. Gli angusti limiti della citazione consentita 375
5.2. Arte appropriativa e libertà di espressione artistica 377
5.3. I diritti d'autore su opere riproduttive di beni in pubblico dominio 384
6. Communia e il Manifesto del Pubblico Dominio 391
7. Gli ostacoli al libero accesso alle opere in pubblico dominio 395
7.1. Il cumulo di diritti di proprietà intellettuale su un'opera dell'ingegno 395
7.2. Le misure tecnologiche di protezione 404
8. Le iniziative intraprese a livello europeo per promuovere digitalizzazione e accessibilità 407
8.1. La Biblioteca Digitale Europea e il problema delle opere orfane e fuori commercio 410
8.2. Il progetto Google Books 415
8.2.1. L'autoregolamentazione come nuovo modello di governance transnazionale del diritto d'autore 422
9. La Direttiva 2012/28 e la regolamentazione delle opere orfane 428
10. La regolamentazione delle opere fuori commercio 434

5.
Diritti di proprietà e di immagine, disciplina a tutela del patrimonio culturale e pubblico dominio

1. Il diritto di proprietà sul supporto materiale o sull'oggetto ritratto 439
2. Il diritto di immagine del soggetto ritratto 447
2.1. Il diritto di immagine della persona giuridica e l'uso commerciale del prodotto altrui 463
3. Beni culturali e pubblico dominio 466
3.1. Il diritto all'eredità culturale 466
3.2. La nozione di "bene culturale" materiale e immateriale 469
3.3. Modalità di tutela dei beni culturali 474
3.4. Disciplina di settore sull'uso e sulle riproduzioni dei beni culturali: il regime autorizzatorio 476
3.5. Corrispettivi di riproduzione e canoni di concessione 480

pag.

3.6. Usi a titolo gratuito e senza previa autorizzazione dell'Autorità che ha in consegna i beni 480
3.7. La libertà di panorama 482
3.8. L'uso non autorizzato 484
3.9. Rapporto tra diritto dei beni culturali e diritti di proprietà intellettuale 487
4. Espressioni culturali tradizionali e pubblico dominio 490
4.1. Il quadro normativo a tutela delle espressioni di folklore tra proprietà intellettuale e diritti umani 491
4.2. Gli sforzi della comunità internazionale verso il contrasto dell'appropriazione culturale 497

6.

Conclusioni

1. Stato dell'arte 507
2. La deriva monopolistica 509
3. I limiti "interni" ai diritti di privativa sui beni immateriali: l'"utilità sociale" 510
4. I limiti "esterni": il "giusto equilibrio" 511
5. Un approccio sia nazionale che Europeo 512
6. Diritti di privativa v. Pubblico dominio: un equilibrio difficile e sovente tradito 513
6.1 L'assenza di riconoscimento legislativo espresso 513
6.2. L'intervento suppletivo del formante giurisprudenziale 515
6.3. Verso un nuovo "giusto equilibrio" 516
7. Verso un diritto "del" pubblico dominio 517
8. Verso un diritto "al" pubblico dominio 518

7.

Bibliografia

1. Trattati, Monografie, Opere collettanee, Commentari 521
2. Articoli, Reserch Paper, Note a sentenza, Voci enciclopediche 536
3. Atti ufficiali, Studi, Position Paper di Enti e Istituzioni governative, Organizzazioni non governative, Centri di ricerca 580

1.
Introduzione: Società della Conoscenza e accesso al capitale intellettuale

1. *Le società della conoscenza*

È risaputo che la rappresentazione delle informazioni in formato digitale – e la loro circolazione attraverso una rete mondiale di comunicazione come Internet – abbia costituito un'innovazione di grande rilievo, non soltanto per la storia della tecnologia moderna, quanto più per quella del genere umano in generale. A livello macro, la rivoluzione digitale ha interessato, riplasmandolo, l'ambiente in cui intessiamo le nostre relazioni sociali [1]. Ha creato un nuovo spazio, indicato come cyberspazio o, più innovativamente "infosfera" [2], in cui non solo possiamo sperimentare un mondo intero di nuove possibilità, ma dove vengono anche ridefinite, o trasformate, le relazioni del mondo reale, biologico o atomico. Proprio questa sostanziale ridefinizione della natura dell'essere umano come organismo informazionale interconnesso e del suo posizionamento nel mondo alla luce del rapporto di dipendenza con le tecnologie dell'informazione e comunicazione (ICT) [3] spiega e giustifica l'appellativo di "quarta rivoluzione" [4] che – nel pensiero di Luciano Floridi – vuole consegnare alla rivoluzione digitale un posto di diritto nella storia degli eventi interruttivi che più di altri hanno mutato il corso dell'umanità, quali – nell'ordine – le rivoluzioni copernicana [5], darwiniana [6] e psicoanalitica [7].

---

[1] PAGALLO U., *Il diritto nell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2014, 24.

[2] FLORIDI L., *Infosfera: etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2009. Il concetto di infosfera, ad un attento esame, si rivela essere più inclusivo, dal momento che contempla al suo interno il riferimento non solo alla realtà digitale ma anche a quella analogica. Luciano Floridi sottolinea la progressiva convergenza tra queste due forme di realtà, che dà luogo al fenomeno della vita *onlife*: v. FLORIDI L. (ed.), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, Dordrecht, 2015.

[3] Per approfondire il significato di questa dipendenza cfr. PAGALLO U., cit., 32, che osserva come molte delle attività essenziali relative al funzionamento della società, siano progressivamente emigrate nell'infosfera.

[4] FLORIDI L., *The fourth revolution/La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Oxford University Press, 2014/trad. di Durante M., Cortina, Milano, 2017. Tra i tanti precursori, essa viene convenzionalmente fatta risalire al grande matematico inglese Alan Turing (1912-1954).

[5] Il modello eliocentrico di Niccolò Copernico (1473-1543) ha spiegato come l'uomo e il pianeta Terra non si pongano al centro dell'universo, ma come parte infinitesima di un sistema in cui al centro

Tra i profondi cambiamenti prodotti dalla quarta rivoluzione v'è senz'altro quello concernente la diffusione della conoscenza [8], che assurge ora a risorsa primaria per la crescita economica e sociale dei paesi. La diffusione capillare della rete Internet, quale mezzo tecnico volto allo scambio di informazioni, e delle tecnologie dell'informazione (c.d. *information society* [9]), quali porta di accesso alla conoscenza esistente e mezzo per generarne di nuova (c.d. *knowledge-generating tool*) [10], rappresentano il pilastro portante della nuova società della conoscenza [11]. La storia e l'antropologia insegnano che tutte le società, sin dai tempi più antichi, sono state, ciascuna a proprio modo, società della conoscenza.

Nel corso della storia, è il meccanismo di trasmissione di tale conoscenza che si è sempre più affinato. Il racconto orale, ovvero la parola, ha rappresentato per secoli lo strumento di diffusione e comunicazione dei saperi individuali. In tale frangente, la conoscenza è stata a lungo dominio esclusivo di ristretti circoli di saggi o iniziati e la segretezza rappresentava il principio organizzativo sottostante a queste "società della conoscenza esclusiva".

La parola si è poi codificata nell'alfabeto e nella scrittura. A partire dal secolo

---

c'è il sole. V. COPERNICO N., *De revolutionibus orbium coelestium*, Norimberga, apud Ioh. Petreium, 1543.

[6] La teoria evolutiva di Charles Darwin (1809-1882) ha spiegato come l'uomo sia parte di una catena d'esseri viventi e non si trovi al centro del pianeta terra. V. DARWIN C., *On the Origin of Species*, John Murray, Londra, 1859.

[7] Sigmund Freud (1856-1939) e le neuroscienze hanno spiegato il funzionamento del nostro cervello in rapporto alla mente e mostrato come l'uomo non sia nemmeno al centro di sé stesso. V. FREUD S., *Introduzione alla psicoanalisi e altri scritti 1915-1917*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002,

[8] Ai fini del presente lavoro, il termine conoscenza è usato in chiave generica e senza distinguerne il significato da informazione, sapere, capitale intellettuale o cognitivo. Nell'affrontare il problema del ruolo svolto dal diritto nel regolare accessibilità e disponibilità all'uso, infatti, tali termini risultano tutti descrivibili attraverso le caratteristiche economico-giuridiche di beni immateriali, non rivali e non escludibili. Per un approfondimento del significato di questi termini si veda ZENO-ZENCOVICH V., MEZZANOTTE F., *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, Dir. inf., 2008, 2, 141. Sulla distinzione semantica tra dato e informazione si rinvia invece al cap. 3 par. 3.2.

[9] Tale espressione è stata usata per la prima volta nel 1973 da Daniel Bell, ordinario di sociologia a Harvard, ma è stata portata all'attenzione del grande pubblico da CASTELLS M., *The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. 1, *The Rise of the Network Society*, Malden, Mass./Blackwell, Oxford, 1996; vol. 2, *The Power of Identity*,1997; vol. 3, *End of Millenium*, 1998.

[10] CASTELLS M., *op. cit.*, vol. 1, 38, definisce informazione come "*data that have been organized and communicated*". UNESCO, *Towards Knowledge Societies*, 2005, 19, afferma che "*information remains a fixed stabilized form of knowledge, pegged to time and to the user – news is either fresh or it is not. Thus, information is in many cases a commodity, in which case it is bought or sold, whereas knowledge, despite certain restrictions (defence secrets, intellectual property, traditional forms of esoteric knowledge, for example), belongs of right to any reasonable mind … Today, as we are witnessing the advent of a global information society where technology has increased the amount of information available and the speed of its transmission beyond all expectations, there is still a long way to go before we achieve genuine knowledge societies*". Informazione e conoscenza non sono dunque concetti interscambiabili.

[11] Il termine risulta essere stato usato per la prima volta da DRUCKER P., *The Age of Discontinuity, Guidelines to our Changing Society*, Harper & Row, New York, 1969, ma è stato valorizzato dagli studi di MANSELL R., WEHN U., *Knowledge Societies: Information Technology for Sustainable Development*, Oxford University Press, New York, 1998 e STEHR N., *Knowledge Societies: The Transformation of Labour, Property and Knowledge in Contemporary Society*, Sage, Londra, 1994.

XVI, l'invenzione della stampa a caratteri mobili ad opera di Gutenberg [12] ha permesso la trasmissione del sapere a distanza e, conseguentemente, il suo controllo, da parte di chi ne deteneva la tecnologia.

Risalgono all'età dell'illuminismo le prime istanze di democratizzazione della conoscenza e la graduale emersione di fori pubblici di discussione e condivisione della stessa, supportati dalla diffusione di idee di universalità, libertà ed uguaglianza. Già allora, il cambiamento storico fu dunque sostenuto dalla diffusione di nuove tecnologie come la stampa e dalla apertura dell'educazione a tutti attraverso scuole e università.

Nella fase della rivoluzione industriale inglese di fine Settecento e inizio Ottocento, il progresso tecnologico (che di lì a poco avrebbe visto l'invenzione del telefono [13]) era stimolato da due fattori economico-sociali: da un lato, la ricerca di un'efficienza economica migliore, dall'altro, una riduzione della dipendenza della direzione aziendale dal sapere pratico degli operai, che giocava un ruolo decisivo nell'organizzazione protoindustriale della produzione. La crescita e lo sviluppo del capitalismo industriale andava, dunque, di pari passo con l'espropriazione progressiva dei saperi operai. Il processo di polarizzazione dei saperi trovò il suo compimento nel modello fordista-industriale, in cui il lavoro intellettuale diventava appannaggio di una componente minoritaria della forza-lavoro, specializzata nelle attività di progettazione e di generazione della conoscenza, mentre il lavoro materiale di fabbrica veniva organizzato secondo i principi di una cooperazione muta e sequenziale, orientata verso incrementi di produttività e riduzione dei tempi operativi [14]. La meccanizzazione crescente, con la conseguente automazione della produzione, è stata all'origine del più poderoso balzo in avanti della produttività che la storia dell'umanità ricordi.

Sia nella fase del capitalismo iniziale, che poi nel capitalismo fordista, le trasformazioni tecnologiche e le innovazioni organizzative avevano comunque sempre a che fare con la produzione di beni materiali.

A più di un quarto di secolo dalla crisi del paradigma taylorista-fordista-keynesiano e dopo un decennio di studi e di analisi sulle nuove forme della produzione e dell'organizzazione sociale [15], si è ormai fatto strada nel nord-capitalistico del pianeta un nuovo paradigma produttivo, organizzativo e sociale chiamato "dell'accumulazione flessibile" o "post-fordista" in cui la produzione di ricchezza

---

[12] Si veda IZZO U., *Tecnologia e interessi nella genesi del diritto d'autore. Studio di diritto comparato*, Carocci, Roma, 2010, 19 ss.; MASCELLA R., EUGENI F., *La società e i fondamenti dell'informatica*, Zikkurat, Roma, 2008, 91; MARTIN H.J., *Histoire et pouvoirs de l'écrit*, Paris, 1988, 154-162.

[13] L'invenzione del telefono è ufficialmente attribuita al fiorentino Antonio Meucci e ricondotta all'anno 1871.

[14] Cfr. D. LEBERT, VERCELLONE C., *Il ruolo della conoscenza nella dinamica capitalistica di lungo periodo: l'ipotesi del capitalismo cognitivo*, in VERCELLONE C. (a cura di), *Capitalismo cognitivo. Conoscenza e finanza nell'epoca postfordista*, Manifestolibri, Roma, 2006.

[15] La vasta letteratura su questo argomento, iniziata nei primi anni Ottanta sul versante della sociologia economica, si è equamente divisa tra coloro che enfatizzano l'irreversibilità e la discontinuità di tale passaggio e coloro che invece vi vedono un cambiamento comunque nel solco di una continuità col passato.

non è più fondata solo ed esclusivamente sulla produzione materiale, ma si basa sempre più su elementi di immaterialità: vale a dire su "merci" intangibili, difficilmente misurabili e quantificabili, che discendono direttamente dall'utilizzo delle facoltà relazionali, sentimentali e cerebrali degli esseri umani.

2. *Bioeconomia e capitalismo cognitivo*

Oggi possiamo dire che, da un contesto di creazione di valore a mezzo produzioni materiali, di merci, siamo via via passati ad uno scenario di generazione di denaro a mezzo produzione di conoscenza. La produzione e il controllo delle conoscenze divengono la posta in gioco principale della valorizzazione del capitale.

Il posizionamento della conoscenza [16] come la più promettente risorsa economica dell'era post-industriale [17] contempla la nascita di un nuovo modello economico per la crescita e la competitività dei paesi, in cui l'*intellectual property* rileva come l'entità patrimoniale più significativa, tanto da costituire oggetto di garanzia per il finanziamento all'impresa [18], per operazioni di cartolarizzazione [19] ed essere soggetta a tutele assicurative [20]. Nella teoria dell'organizzazione aziendale si è assistito ad un cambiamento di paradigma, che ha portato dal modello della c.d. "impresa-macchina" a quello della c.d. "impresa-sistema culturale": l'impresa è sempre più venuta a configurarsi come soggetto depositario di conoscenze specifiche e risorse immateriali [21], la cui strategia di gestione (c.d. *knowledge management*) assume un ruolo centrale ai fini del risultato economico. Il lavoro cognitivo introduce in una nuova stagione dell'economia detta bioeconomia, vale a dire dipendente dalla biologia individuale. Si parla a proposito di capitalismo cognitivo e/o economia della conoscenza (*knowledge economy*) [22], perché la produzione di ricchezza avviene tra-

---

[16] UNESCO, cit.

[17] STEWART T.A., *Il capitale intellettuale. La nuova ricchezza*, Ponte alle Grazie, Milano, 1999, 8: "*Il sapere è diventato capitale intellettuale. Sapere e informazione – e non soltanto sapere scientifico, ma le notizie, i consigli, l'intrattenimento, la comunicazione, i servizi sono diventati le principali materie prime dell'economia e i suoi prodotti più importanti. Il sapere è quel che compriamo e vendiamo. Il capitale fisso oggi necessario per creare ricchezza non è oggi la terra, né il lavoro fisico, né le macchine utensili, né gli stabilimenti: è un capitale fatto di conoscenza*".

[18] OECD, *Intellectual property as an economic asset. Key issues in valuation and exploitation*, 2005; PIEPOLI G., *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2009, 289 ss.

[19] NIKOLIC A., *Securisation of patents and its continued viability in light of the current economic conditions*, Alb. L.J. Sci. & Tech., 2009, 19, 393 ss.

[20] VESSIA F., *L'assicurazione dei diritti di proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2009, 18, 1, 61 ss.

[21] LIBERTINI M., *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2005, 14, 1, 51.

[22] Lo studio di detta correlazione virtuosa è stata oggetto di molteplici contributi in letteratura; tra i primi e principali lavori si veda GROSSMAN G.M., HELPMAN E., *Innovation and Growth in the Global Economy*, MIT Press, Boston, 1991, ma anche MARAZZI C., *Il posto dei calzini. La svolta linguistica dell'economia e i suoi effetti nella politica*, Edizioni Casagrande, Bellinzona, 1994; GORZ A.,

mite la conoscenza stessa, attraverso l'utilizzo di quelle facoltà della prestazione lavorativa che sono definite dall'attività cognitiva (lavoro cognitivo), cioè principalmente per mezzo di attività cerebrali immateriali. Ciò spiega perché oggi l'attività di ricerca (c.d. research and development, R&D) e la scoperta scientifica non solo sono parte integrante dell'attività di impresa, ma per certi aspetti, ne sono parte fondante. Nel momento stesso in cui la conoscenza, comunque essa venga definita, diventa uno dei cuori del meccanismo di accumulazione, è la stessa prestazione lavorativa che assume le sembianze di studio e ricerca.

In questo quadro, conoscenza e creatività, grazie a Internet e alla tecnologia digitale, fungono da volano per l'innovazione[23] e l'incremento della produttività attraverso l'abbattimento di numerosi costi transattivi.

La posizione della conoscenza al centro del processo produttivo rende strategicamente rilevante la proprietà intellettuale come nuovo forma di proprietà privata per eccellenza. Oggi, infatti, la proprietà intellettuale rappresenta il modello giuridico di appropriazione dei beni immateriali centrale nei nuovi meccanismi di accumulazione del capitalismo cognitivo[24]. Negli ultimi due decenni, il volume degli investimenti annuali in proprietà intellettuale è aumentato dell'87% nell'UE, contro un aumento solo del 30% del volume degli investimenti in beni tangibili. Gli investimenti in beni immateriali sono inoltre stati significativamente meno colpiti dalla cri-

---

L'immateriel, Connaissance, valeur et capital/L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale, Éditions Galilée/Bollati Boringhieri, Parigi/Torino, 2003; FUMAGALLI A., *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di* accumulazione, Carocci, Roma, 2007. Per una definizione del capitalismo cognitivo cfr. pure CORSANI A., DIEUAIDE P., LAZZARATO M., MONNIER J.M., MOULIER BOUTANG Y., PAULRÉ B., VERCELLONE C., *Le Capitalism cognitif comme sortie de la crise du capitalism industriel. Un programme de recherche,* UMR/Universidad de París, 2001. Si veda anche, AZAIS C., CORSANI A., DIEUAIDE P. (a cura di) *Vers un capitalisme cognitive?*, Harmattan, Parigi, 2002 e VERCELLONE C. (a cura di), *Capitalismo cognitivo*, cit. Tale locuzione intende focalizzare l'attenzione sul rapporto dialettico tra i due termini che lo compongono:

- il termine "capitalismo" designa la permanenza, pur nella loro metamorfosi, delle variabili fondamentali del sistema capitalistico: in particolare, il ruolo guida del profitto e del rapporto salariale o più precisamente le differenti forme di lavoro dipendente e/o eterodiretto rispetto alle quali viene estratto il surplus;
- l'attributo "cognitivo" mette, invece, in evidenzia la nuova natura del lavoro, delle fonti di valorizzazione e della struttura di proprietà sulle quali si fonda il processo di accumulazione.

La locuzione "economia fondata sulla conoscenza" è usata da FORAY D., *L'economie de la connaissance*, La Decouverte, Parigi, 2000, in Francia; RULLANI, *Economia della conoscenza*, Carocci, Roma, 2004, 107 ss. in Italia. Spesso viene utilizzata come sinonimo anche "economia fondata sui saperi", anche se ciò equivale ad una semplificazione non sempre giustificata. Su questo punto, cfr. GORZ A., cit.

[23] UNESCO, cit., 19, afferma che "*The values and practices of creativity and innovation will play a major part in knowledge societies, if only through their ability to challenge existing models in order to better meet societies new needs. Creativity and innovation also lead to promoting new types of collaborative processes that have already proven themselves to be particularly fruitful*".

[24] COMMISSIONE UE, *Making the most of the EU's innovative potential. An intellectual property action plan to support the EU's recovery and resilience*, Bruxelles, 25 novembre 2020, COM(2020) 760 final, 1, secondo cui "*Intangible assets such as inventions, artistic and cultural creations, brands, software, know– how, business processes and data are the cornerstones of today's economy … In today's economy, industrial products and processes increasingly rely on intangibles protected by IPRs, and sound intellectual property (IP) management has become part and parcel of any successful business strategy … IP is a key asset to be able to compete globally.*"

si economica del 2008[25]. Le industrie ad alto valore di capitale immateriale rappresentano il 45% di tutto il PIL e il 93% di tutte le esportazioni dell'UE e contribuiscono direttamente alla creazione del 30% dei posti di lavoro[26]. A livello globale, le domande di registrazione di diritti di proprietà intellettuale sono in aumento[27], poiché gli *asset* intangibili giocano un ruolo crescente nella corsa globale alla leadership tecnologica.

La stessa pandemia da COVID-19 ha illustrato la dipendenza dell'UE da innovazioni e tecnologie critiche e ha ricordato all'Europa l'importanza di regole e strumenti di proprietà intellettuale efficaci per garantire un rapido accesso e diffusione di tali tecnologie[28].

3. *Il ruolo delle tecnologie ICT nella valorizzazione del sapere*

Il lavoro cognitivo perché diventi produttivo ha bisogno di attività relazionale, che consenta la trasmissione e la decodificazione della propria attività cerebrale e dei saperi accumulati. La conoscenza diventa tale nel momento stesso in cui si propaga: da conoscenza personale, intrinsecamente connessa con la vita dell'individuo che la possiede, circoscritta ed incorporata nella mente di chi ne è portatore, diviene conoscenza sociale, e cioè "intelletto generale" (*general intellect*)[29]. Senza sviluppare una rete di relazioni, il lavoro cognitivo resta incorporato nella singola persona[30], diventa fine a se stesso, magari processo di valorizzazione individuale ma non valore di scambio per l'accumulazione della ricchezza, cioè "merce".

In questo contesto, un ruolo decisivo è stato svolto dalle tecnologie digitali.

Prima il fax[31] e poi Internet hanno consentito la trasmissione a distanza, a costo

---

[25] THUM-THYSEN A., VOIGT P., BILBAO-OSORIO B., MAIER C., OGNYANOVA D., *Unlocking Investment in Intangible Assets*, Discussion paper 047, Publications Office of the European Union, Luxembourg, maggio 2017, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/dp047_en.pdf.

[26] EPO, EUIPO, *IPR-intensive industries and economic performance in the European Union. Industry-Level Analysis Report*, 3ª ed., settembre 2019, http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9208BDA62793D113C125847A00500CAA/$File/IPR-intensive_industries_and_economic_performance_in_the_EU_2019_en.pdf.

[27] Tra il 2010 e il 2019, il numero di brevetti europei concessi è aumentato da 58.000 a 137.000 circa, sebbene l'aumento sia meno marcato rispetto ad altre parti del mondo, in particolare l'Asia.

[28] Non a caso i diritti di proprietà intellettuale e il loro ruolo in un'industria farmaceutica europea competitiva ed innovativa sono al centro della nuova strategia farmaceutica per l'Europa. Cfr. COMMISSIONE UE, *Pharmaceutical Strategy for Europe*, Bruxelles, 25 novembre 2020, COM(2020) 761 final.

[29] MARX K., *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, Vol. II, La Nuova Italia, Firenze,1968-70, 389-411.

[30] Si parla a tale riguardo di "conoscenza personale" o "sapere individuale", ovvero l'insieme di nozioni e informazioni che costituiscono il *background* culturale di ogni individuo, essenzialmente frutto del percorso di istruzione, delle scelte e delle possibilità che derivano dalla struttura familiare e geografica di provenienza e, in parte, delle scelte individuali, del talento e del carattere personale.

[31] Lo scozzese Alexander Bain è citato come inventore del primo fax, brevettato nel 1843 e basato su un meccanismo elettromeccanico a pendolo. La tecnologia si diffuse su larga scala solamente verso il

zero, non solo della parola, ma anche e soprattutto dello scritto e dell'immagine. Tutta l'informazione scorre fluida e viene modificata in tempo reale. Si è affievolita enormemente la necessità di archiviare i dati. Soprattutto non lo si fa più a livello locale (sul proprio Personal Computer, PC), bensì sulle infrastrutture *cloud*, in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente (ovvero, con espressione inglese, *on demand*).

Tutto avviene sull'unica piattaforma digitale (tanto che Internet viene studiato non solo, o non più, come fenomeno puramente tecnologico od economico, ma anche per le conseguenze che proietta sull'uomo e nello sviluppo della società moderna [32]) su cui confluiscono, tradotti in sequenze binarie (composte cioè da una serie di impulsi elettromagnetici, di "1" e "0" [33]) ogni tipo di contenuti, siano essi scritti, immagini, messaggi, video, podcast, fotografie, conversazioni telefoniche. "*Dunque la piattaforma digitale (la rete) è diventata mezzo di comunicazione. Anzi, oggi la piattaforma digitale è il primo e più diffuso mezzo di comunicazione. È diventata, inoltre, primo strumento di diffusione e di fruizione del sapere. È diventata strumento attraverso il quale una gran parte di noi esercita la libertà di manifestazione del pensiero*" [34].

L'economia della conoscenza ha dunque esaltato le qualità più comuni della forza-lavoro, ossia il linguaggio e l'agire comunicativo-relazionale e, tramite l'impiego delle ICT, ha permesso la crescente separazione della conoscenza da chi ne è portatore e la conseguente diffusione, generando a sua volta altra conoscenza.

L'origine di una economia della conoscenza è dunque spiegata all'esito dell'incontro di due fattori:

a) da un lato, una tendenza di lungo periodo all'aumento relativo della quota di capitale detto "intangibile" e degli investimenti fatti nella produzione e trasmissione delle conoscenze (istruzione, formazione, R&S, sanità) [35];

b) dall'altro, il cambiamento nelle condizioni (anche in termini di costo) di acquisizione, riproduzione e trasmissione della conoscenza e dell'informazione grazie alla nascita e diffusione delle nuove tecnologie ICT.

4. *La "nuova" società della conoscenza e il capitale semantico*

La "nuova" società della conoscenza, in cui l'informazione è diventata una risor-

---

1980 quando le tre tecnologie alla base (scanner, stampante e modem) hanno raggiunto un sufficiente livello di sviluppo e di economia.

[32] CASTELLS M., *The information age*, vol. 1, cit.

[33] ROSSATO A., *Diritto e architettura nello spazio digitale*, Cedam, Padova, 2006.

[34] FRANCESCHELLI V., *Digital single market, diritto d'autore e "società dell'informazione a pagamento*, Riv. dir. ind., 2015, 6, 247.

[35] La tendenza all'aumento della quota di capitale intangibile è cominciata, secondo FORAY D., B.-Å. LUNDVALL, *The Knowledge-based Economy: From the Economics of Knowledge to the Learning Economy*, in FORAY D., B.-Å. LUNDVALL (eds.), *Employment and Growth in the Knowledge-based Economy*, OECD, Parigi, 1996, già a partire dagli anni Venti, in concomitanza con le nuove forme di organizzazione tayloristica della produzione e lo sviluppo dell'impresa manageriale.

sa maggiormente fruibile, accessibile e replicabile, sempre più mobile e indipendente dallo spazio e dal tempo [36], ha portato a compimento il processo di democratizzazione del sapere iniziato con l'Illuminismo. A differenza del passato, la conoscenza si è posta come bene pubblico da rendere accessibile a tutti [37]. Il focus della nuova società della conoscenza viene a porsi sull'accesso, sui diritti umani e sul carattere partecipativo-inclusivo che questi hanno ereditato dall'Illuminismo e cui oggi si riconosce un'importanza decisiva per lo sviluppo ed il progresso dell'umanità e la lotta al c.d. *knowledge divide* [38]. Lo riconosce il recente *Action Plan on Intellectual Property* della Commissione UE, secondo cui "*In today's economy, easier and faster access to knowledge, data and technologies, including IP-protected ones, is crucial*" [39].

Il sociologo statunitense Jeremy Rifkin ha posto in evidenza come si sia passati da una economia di mercato, avente il proprio fulcro nello scambio di proprietà fra un venditore e un acquirente e nella capacità di acquisire ed essere titolari di diritti di proprietà su beni materiali, ad esclusione di terzi [40], ad una economia delle reti, ove il rapporto economico si basa sull'accesso e l'utilizzo temporaneo e limitato di una risorsa immateriale, negoziato fra server e client in una relazione di rete [41]. In tale scenario, l'accesso acquisisce un'importanza crescente, perché sugli indici di ac-

---

[36] Cfr. RODRIGUEZ J., *Introduction. for an European Strategy at the Turn of the Century*, in RODRIGUEZ J. (ed.), *The New Knowledge Economy in Europe. A Strategy for International Competitiveness and Social Cohesion*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, 1-27. Si veda anche RULLANI E., *Economia della conoscenza*, Carocci, Roma, 2004, 107 ss.

[37] UNESCO, cit., 17-18, "*This should be the cornerstone of true knowledge societies, which are a source of human and sustainable development … A knowledge society should be able to integrate all its members and to promote new forms of solidarity involving both present and future generations. Nobody should be excluded from knowledge societies, where knowledge is a public good, available to each and every individual*". In ragione della natura di bene comune della conoscenza, l'UNESCO si schiera contro la sua mercificazione: "*An excessive appropriation or commoditization of knowledge in the global information society would be a serious threat to the diversity of cognitive cultures*" (cfr. p. 22).

[38] UNESCO, cit., 22, che osserva come esso "*adds up the cumulative effects of the various rifts observed in the main areas that make up knowledge (access to information, education, scientific research, and cultural and linguistic diversity) and is the real challenge facing the building of knowledge societies*".

[39] COMMISSIONE UE, *Making the most of the EU's innovative potential*, cit., 11.L'adozione del piano d'azione è stata annunciata all'interno della nuova strategia industriale dell'UE adottata il 10 marzo 2020, che ha riconosciuto la necessità che la politica europea in materia di proprietà intellettuale contribuisca a sostenere e rafforzare la sovranità tecnologica del vecchio continente e a promuovere la parità di condizioni a livello mondiale. Cfr. COMMISSIONE UE, *A New Industrial Strategy for Europe*, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM(2020) 102 final. Il 10 novembre il Consiglio dei ministri ha invitato la Commissione a presentare proposte per la futura politica di proprietà intellettuale dell'UE. Cfr. CONSIGLIO UE, *Intellectual property policy and the revision of the industrial designs system in the Union*, 10 novembre 2020, https://www.consilium.europa.eu/media/46671/st-12750-2020-init.pdf.

[40] SMITH A., *La ricchezza delle nazioni*, Utet, Torino, 2006, ristampa dell'opera originale *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londra, 1776.

[41] RIFKIN J., *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, trad. di *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, Putnam Publishing, New York, 2000, 26 s. Per un'analisi, nonché un'affermazione dell'autonomia concettuale della categoria dei "contratti di accesso" si veda: PALMIERI A., PARDOLESI R., *Gli "access contracts": una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, Riv. dir. priv., 2002, 2, 265 ss.

cesso e di inclusione si misura il concetto stesso di libertà dell'individuo [42]. Sul piano sociale, l'accesso alla conoscenza svolge un ruolo fondamentale nell'*empowerment* delle comunità e degli individui, quale "strumento di inclusione" e di orientamento delle scelte umane. Grazie ai nuovi mezzi di comunicazione partecipativi, l'esperienza culturale diviene in grado di trasformarsi da passiva a proattiva e, come tale, di risvegliare, da un lato, la creatività (con nuove possibilità sia di creazione originale di opere dell'ingegno, sia di produzione di opere derivate [43]), dall'altro, gli strumenti cognitivi del fruitore (sollecitando nuovi modelli di cooperazione di tipo economico e sociale che rivoluzionano quelli esistenti).

Come ci spiega Floridi, "*c'è una ricchezza di risorse – che include idee, intuizioni, scoperte, invenzioni, tradizioni, culture, linguaggi, arti, religioni, scienze narrative, storie, poemi, abitudini e norme, musica e canzoni, giochi, esperienza personali e pubblicità – che produciamo, curiamo, consumiamo, trasmettiamo ed ereditiamo in quanto esseri umani. Impieghiamo queste risorse – che definirò a breve capitale semantico …– per attribuire un significato e dare un senso alla nostra esistenza e al mondo che ci circonda, per definire chi siamo e per sviluppare una vita individuale e collettiva*" [44].

L'accesso ai contenuti conferisce all'essere umano un potere specifico: quello di accrescere il proprio capitale semantico e con esso la capacità di attribuire significato e dare senso, interpretare la realtà [45]. La cultura assume in questi termini una funzione "preparatoria", ossia predispone un ambiente aperto al cambiamento e, quindi, ai processi innovativi [46]. L'accesso alle risorse culturali viene a costituire un circolo virtuoso nel quale il progresso delle conoscenze e l'innovazione tecnologica generano a loro volta, nel lungo periodo, ulteriore conoscenza, secondo quella che Castells definisce una "logica cumulativa" [47].

5. *Il ruolo del diritto e il problema dell'accesso all'informazione*

Il diritto, nel regolare la circolazione delle informazioni all'interno della *knowledge society*, assume importanza centrale (se non determinante) nel modellarne

---

[42] Così MACPHERSON C., *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Clarendon, Oxford, 1973, 133.

[43] DI COCCO C., *Multimedialità e diritto d'autore*, Diritto dell'Internet, 2007, 3, 297-310.

[44] FLORIDI L., *Semantic Capital: Its Nature, Value, and Curation*, Philosophy & Technology, 2018, 31, 4, 481.

[45] Ibidem, 483, che definisce capitale semantico "*qualsiasi contenuto in grado d'incrementare il potere di ciascuno di attribuire significato e di dare senso a (il processo di semantizzazione di) qualcosa*". V. anche DURANTE M., *Potere Computazionale*, *L'impatto delle ICT su diritto, società e sapere*, Meltemi, Milano, 2019, 174 ss.

[46] UNESCO, cit., 19, nota 4, dove si legge che "*A knowledge society puts more emphasis on the ability to produce and integrate new knowledge and to access information, knowledge, data and a huge range of know-how*".

[47] CASTELLS M., *The Information Age*, Vol. 1, cit., secondo cui *"the application of such knowledge to knowledge generation and information processing/communication devices, in a cumulative feedback loop between innovation and the uses of innovation."*

l'anatomia[48]. Il diritto d'autore, la regolamentazione degli intermediari Internet (c.d. servizi della società dell'informazione[49] o ISP *internet service provider*), la protezione dei dati personali, la disciplina dell'accesso alle informazioni del settore pubblico[50] (c.d. *public sector information* o *open data*), la normativa a tutela della concorrenza sono solo alcune delle branche del diritto che hanno acquisito un'importanza decisiva per la crescita delle industrie culturali e lo sviluppo della cultura digitale, nel porsi quale normativa di riferimento per il controllo sul flusso di informazioni[51]. All'interno della *knowledge society*, il diritto è chiamato a gestire relazioni complesse e dinamiche che spesso presentano un elevato grado di eterogeineità nella domanda di soluzioni giuridiche. Ne sono manifestazione le istanze incarnate da autori ed editori, da una parte, e fruitori dell'informazione dall'altra, che sono sovente descritte e percepite come opposte, frutto del conflitto e del difficile equilibrio fra la tutela della proprietà intellettuale di chi genera dati, informazioni e opere dell'ingegno (o di chi ha in concessione i diritti relativi) ed il diritto di accesso ai medesimi contenuti da parte dei singoli. Maggiore è il grado di appropriabilità della conoscenza, minore è la sua capacità di diffondersi e quindi di generare effetti positivi sulla produttività ad essa associata e sulla collettività.

Nel concetto di conoscenza e nel suo scambio è dunque insito un conflitto di fondo: quello tra le istanze proprietarie, da un lato, e le ragioni sociali della condivisione libera, senza vincoli proprietari, dall'altro (c.d. *paradox of intellectual property*)[52].

Allo stato attuale, le prime sovrastano le seconde[53] e i numeri ne danno piena

---

[48] RIIS T. (ed.), *User Generated Law. Re-Constructing Intellectual Property Law in a Knowledge Society*, Edward Elgar, 2016, 1.

[49] Questa è la terminologia adottata dalla Dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

[50] Contenuta da ultimo nella Dir. (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

[51] PAGALLO U., *op. cit.*, 28, osserva come "*Tutto ad un tratto, la vecchia normativa è infatti rimasta spiazzata dalla diffusione di una tecnologia, quella digitale, che tra le tante cose cancella la stessa distinzione ontologica tra originale e copia, rendendo il vecchio diritto d'autore, o copyright, una questione di accesso, disponibilità e controllo sul flusso di informazioni in 0 e 1*".

[52] HUGENHOLTZ P.B., *Owning Science: Intellectual Property Rights as Impediments to Knowledge Sharing*, 2nd COMMUNIA Conference, Torino, 29 giugno 2001, che definisce tale un "*system that promotes, or at least, aspires to promote knowledge […] by restricting it*". Si veda anche la bibliografia indicata in questo cap., par. 6, nota 66.

[53] HILTY R.M., *Individual, multiple and collective ownership – What impact on competition?*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-04, 40-41, nonché, in ROSÉN J. (ed.), *Individualism and Collectiveness in Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2012, 44, parla di "*predominantly existing proprietary world*": "*Today it is one-sided; we are living in a mainly proprietary world. Further legislation, therefore, should not be blindly directed at the further enhancement of legal protection within this proprietary world*". Al contrario, secondo l'autore, "*Legislation should rather be as "neutral" as possible*". Il diritto dovrebbe garantire una coesistenza di proprietà individuale e proprietà collettiva (e il diritto di scegliere a quale dei due mondi aderire), fornendo "*sufficiently strong legal remedies to defend the open world against being overrun by the proprietary one*".

evidenza. Solo il 10% circa del patrimonio culturale europeo è stato digitalizzato. Di questa quota parte, solo un terzo del materiale digitalizzato è accessibile online e solo un terzo del materiale accessibile online è disponibile per il libero riutilizzo[54]. L'economia di rete, fondata sulla condivisione di conoscenza soffre dunque di un *gap* di contenuti liberamente riutilizzabili.

Ciò è quanto emerge dal recentissimo *Action Plan on Intellectual Property*, con cui la Commissione Europea ha evidenziato come "*gli strumenti per facilitare l'accesso alla proprietà intellettuale (e dunque permettere l'adozione e la diffusione delle tecnologie) non sono sufficientemente sviluppati*" e indicato, tra gli obiettivi strategici, quello di "*facilitare l'accesso e la condivisione di assett immateriali, garantendo allo stesso tempo un equo ritorno dell'investimento*" [55].

Tale prospettiva si giustifica alla luce dell'impianto normativo esistente che mentre offre all'industria creativa strumenti di tutela dei prodotti culturali e un apparato rimediale in ipotesi di violazione (sulla cui efficacia è bene sospendere qui il giudizio), dall'altro lato stenta a riconoscere cittadinanza nell'ordinamento alle contrapposte istanze di accesso, le quali finiscono conseguentemente anche per essere sottorappresentate nelle aule di giustizia. L'UNESCO ha tuttavia riconosciuto che l'accesso universale alla conoscenza, quale pilastro della transizione verso la *knowledge society*, presuppone una coesistenza perlomeno paritaria tra queste istanze: "*a balance between the interest of producers and right-holders, and those of users of knowledge contents, between intellectual property protection systems and knowledge (or information) in the public domain*" [56].

Il problema della sintesi tra questi interessi *prima facie* incompatibili (ma che, a ben vedere, vedremo tendere verso il comune obiettivo dell'innovazione), costituisce il filo conduttore del presente volume che si propone di affrontare, nelle sue varie declinazioni, il rapporto tra il diritto che regola la circolazione della conoscenza e l'area del pubblico dominio, ovvero della conoscenza che deve restare accessibile e libera da vincoli proprietari individuali. In ciò, il volume prova a rispondere all'esigenza, indicata dalla Commissione Europea, di una "*maggiore trasparenza in merito alla titolarità e alla gestione di tutti i tipi di Proprietà Intellettuale*", quale necessario viatico "*agevolare la concessione di licenze e la condivisione*" della stessa [57].

---

[54] NAUTA G.J., VAN DEN HEUVEL W., TEUNISSE S., DEN FOUNDATION, Europeana DSI 2– Access to Digital Resources of European Heritage, D4.4. *Report on ENUMERATE Core Survey 4*, 31 agosto 2017.

[55] COMMISSIONE UE, *Making the most of the EU's innovative potential*, cit., 3-4.

[56] UNESCO, *Towards Knowledge Societies*, cit., 169.

[57] COMMISSIONE UE, *Making the most of the EU's innovative potential*, cit., 14-16.

6. *La riscoperta del pubblico dominio*

La relazione tra il diritto che regola la circolazione della conoscenza e l'area del pubblico dominio, benché apparentemente lineare, si presenta invece nient'affatto univoca[58], giustificandone perciò l'interesse scientifico. Il concetto di pubblico dominio ricorre, infatti, raramente nelle fonti normative[59] e l'attenzione che ad esso ha riservato la dottrina si è concentrata principalmente nell'area del diritto d'autore, avendo trovato terreno fertile nei dibattiti, di più lungo corso, sul rapporto tra *copyright* ed interesse al libero accesso all'informazione[60].

Ciò non di meno, la presente opera si pone nel solco di un crescente e ormai consolidato interesse per il pubblico dominio, inaugurato dalla letteratura statunitense con il pionieristico articolo di David Lange "*Recognizing the Public Domain*" del 1981[61] (cfr. *sb* cap. 2, par. 4). Successivamente il tema è stato posto al centro dei lavori dei convegni organizzati da Università di Haifa (1999)[62], New York University (2000)[63] e Duke University (2001)[64], raccolti in altrettante opere collettanee ed edizioni speciali di riviste di settore. Respiro internazionale al tema è stato dato da-

---

[58] VAN CAENEGEM W., *The Public Domain: Scientia Nullius*, EIPR, 2002, 325: "*there is no simple linear relationship between the scope of IPRs and the size of the public domain*". Di regola si assume che l'incremento della portata delle privative industrialistiche automaticamente contragga lo spazio riservato al pubblico dominio. L'autore pone in dubbio tale assunto, rilevando che se è vero che i diritti di IP incentivano lo sviluppo della creatività, allora dovrebbe valere proprio il contrario: maggiore è il ritorno che si genera dalla appropriazione delle opere dell'ingegno, maggiore è l'incentivo alla creazione di nuove opere e in definitiva maggiore è anche l'incremento del pubblico dominio che da esse scaturisce.

[59] Alcuni paesi, quali Algeria, Brasile, Cile, Costa Rica, Kenya e Rwanda hanno inserito nella propria legislazione di diritto d'autore, un riferimento espresso e una definizione di pubblico dominio. Si tratta però per lo più di riferimenti di carattere descrittivo o definitorio, senza apprezzabili risvolti prescrittivi. Cfr. per il Cile, l'art. 11 della Ley sobre la Propriedad Intelectual n. 17.336, del 2 ottobre 1970 e successive modificazioni, ai sensi della quale "*the works of the common cultural heritage can be used by anyone, in the respect of the integrity and paternity of the work*" o, per il Costa Rica, l'art. 7 della Ley n. 6683 del 14 ottobre 1982 sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos e successive modificazioni, secondo cui "*anyone can freely use, in any form or process, the works belonging to the public domain*". La legge Colombiana sul diritto d'autore n. 23 del 28 gennaio 1982, capitolo XIV, art. 187 afferma che "*[t]he following shall belong to the public domain:(i) works whose term of protection has expired; (ii) works of folklore and traditional works by unknown authors; (iii) works whose authors have renounced their rights; and (iv) foreign works that do not enjoy protection in the Republic.*", così ricomprendendo espressamente nel pubblico dominio le espressioni culturali tradizionali e di folklore.

[60] Il lavoro di SAMUELS E., *The Public Domain in Copyright Law*, J. of Copy. Socy., 1993, 41, 137, è descritto da BREAKEY H., *User's Rights and the Public Domain*, IPQ, 2010, 312, 313, come "*an early critique*".

[61] LANGE D., *Recognizing the Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 1981, 44, 147.

[62] DREYFUSS R.C., LEENHEER ZIMMERMAN D., FIRST H. (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, 2001.

[63] ELKIN-KOREN N., WEINSTOCK NETANEL N. (eds.), *The Commodification of Information*, Information Law Series No. 11, Kluwer Law International, L'Aia, 2002.

[64] BOYLE J. (ed.), *Duke Conference on the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, 2003, 66, 1-483.

gli studi commissionati dal WIPO sul rapporto tra il pubblico dominio e le singole branche della proprietà intellettuale (v. *sub* cap. 2, par. 7.9) [65].

Per una prospettiva non statunitense occorre aspettare i lavori del network Communia (v. *sub* cap. 4, par. 6) e gli studi di Christophe Geiger sul bilanciamento tra protezione e accesso e l'*intellectual property paradox* [66]. La dimensione è però ristretta al dominio del diritto d'autore e all'impatto di questo sulle prospettive di una scienza aperta.

Per una visione più ampia, occorre guardare all'opera collettanea edita da Charlotte Waelde e Hector MacQueen, dal titolo *Intellectual Property: The many faces of the public domain*, che significativamente getta luce sulla dimensione interdisciplinare del tema [67]. Tra le opere collettanee meritano senz'altro menzione anche *The future of the Public Domain* edito da Lucie Guibault e Bern Hugenholtz [68], che analizza il fenomeno della mercificazione dell'informazione (c.d. *commodification of information*) alla base del sacrificio del pubblico dominio e *The digital Public Domain*, edito da Melanie Dulong de Rosnay e Juan Carlos De Martin. Questi ultimi, muovendo da una prospettiva principalmente di diritto d'autore, presentano i risultati del progetto Communia ed in particolare il manifesto del pubblico dominio (v. *sub* cap. 4, par. 6.).

La prima opera monografica dedicata al tema porta la firma di Alexander Peukert: "*Die Gemeinfreiheit*" del 2012 spicca, oltre per la ragionata definizione di pubblico dominio in quattro dimensioni (cfr. cap. 2, par. 5), per la proposta di introdurre a livello nazionale ed europeo un ufficio governativo indipendente denominato *public domain protection officer*, finalizzato a colmare la mancanza di *private enforcement* e ad istituire una figura deputata a rappresentare in giudizio l'interesse pubblico, anche sotto forma di pubblica accusa [69] (per interessanti parallelismi col nostro ordinamento v. *sub* cap. 2, par. 7.8).

---

[65] WIPO, *Study on Patents and the Public Domain*, 28 febbraio 2012, WIPO/CDIP/8/INF/3 REV. 2, WIPO, *Study on Patents and the Public Domain (II)*, 16 settembre 2013, WIPO CDIP/12/INF/2/ REV, WIPO, *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*, 4 marzo 2011, WIPO/CDIP/7/INF/2, WIPO, *Study on Misappropriation of Signs*, 14 marzo 2012, WIPO/CDIP/ 9INF/5.

[66] GEIGER C. (ed.), *Intellectual Property and Access to Science and Culture: Convergence or Conflict?*, CEIPI/ ICTSD publication series on Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System n. 3, Ginevra/Strasburgo, 2016; ID., *The Future of Copyright in Europe: Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information/L'avenir du droit d'auteur en Europe: Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information*, Report for the Committee on Culture, Science and Education – Parliamentary Assembly, Council of Europe, Strasburgo, 2009, pubblicato anche in versione ridotta, in francese, in La Semaine Juridique, 2009, 48, 50-57 e in versione estesa, in inglese, in IPQ, 2010, 14, 1, 1-14; ID., *Promoting Creativity through Copyright Limitations, Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 210, 12, 3, 515.

[67] WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property: The many faces of the public domain*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.

[68] GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B. (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law Int., 2006.

[69] PEUKERT A., *Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 275-277, che si ispira alla figura del commissario federale per la protezione dei dati personali e la libertà dell'informazione, già esistente in Germania.

L'opera più recente è il volume collettaneo edito da Graham Greenleaf e David Lindsay nel 2018, dal titolo *Public Rights: Copyright's Public Domains*[70], che, a partire da una prospettiva *di common law* e con analisi limitata al diritto d'autore, individua quindici aree di pubblico dominio configurate come altrettanti "public rights".

7. *Nuove prospettive*

Il presente volume, traendo spunto dagli approdi di questa letteratura, prova ad allargare lo sguardo al di là del diritto d'autore. Ad interessare è il problema dell'accesso alla conoscenza nel suo complesso in una fase storica in cui esso è diventato quanto mai importante per le sorti delle economie ed il benessere della società. Le opere dell'ingegno creativo rappresentano solo una fetta, per quanto rilevante, della conoscenza. Occorre dunque allargare gli orizzonti al capitale intellettuale, genericamente inteso come insieme delle risorse immateriali capaci di generare valore e competitività per chi le detiene (a partire dall'impresa). Vi rientrano, dunque, oltre e prima delle opere dell'ingegno, il semplice "dato" informazionale, quale unità minima capace di contenere e propagare l'informazione (v. *sub* cap. 3). A partire dal dato, l'analisi procederà ad analizzare risorse culturali giuridicamente sempre più complesse, in quanto regolate, nella loro capacità di circolazione, da un reticolo sempre più fitto di norme. È il caso, ad esempio, dei beni culturali e delle loro riproduzioni, la cui circolazione è soggetta a vincoli di stampo pubblicistico che sovente si vanno a cumulare (e – vedremo – a mal coordinare) con i diritti di matrice privatistica propri dell'autore, del proprietario del supporto materiale e dei soggetti ritratti (v. *sub* cap. 5). In questo quadro, complesso e variegato, il diritto d'autore si pone dunque solo come una delle fonti regolatrici della circolazione della conoscenza, affiancandosi ad essa, con evidenti problematiche di coordinamento, un fitto reticolo di altre fonti normative (dalla normativa a tutela dei dati personali, v. *sub* cap. 3, par. 3.4, alla disciplina a tutela dei beni culturali, v. *sub* cap. 5, par. 3), di strumenti di *soft law* (dalle politiche europee a sostegno della digitalizzazione, v. *sub* cap. 4, par. 4.2, alle carte dei diritti a tutela del patrimonio culturale e delle conoscenze tradizionali, v. *sub* cap. 5, par. 4) e di iniziative di autoregolamentazione privata, specialmente sul fronte della dotazione di strumenti contrattuali di *open licensing* (v. *sub* cap. 4, par. 4.2). Al netto di queste diverse istanze, la circolazione del capitale intellettuale si vede soggetta ad una *governance* articolata e multilivello. Il presente volume prova a darne conto nelle sue diverse sfaccettature, con l'obiettivo di presentare al lettore le aree di pubblico dominio, inteso come insieme dei beni immateriali liberamente accessibili e disponibili per l'uso al pubblico indiscriminato, senza necessità di previo consenso o autorizzazione da parte di eventuali soggetti aventi diritto. Aree che si aprono all'utilizzatore al netto dei limiti imposti da tutte le branche dell'ordinamento giuridico che in qual-

[70] GREENLEAF G., LINDSAY D., *Public Rights: Copyright's Public Domains*, Cambridge University Press, New York, 2018.

che modo condizionano la circolazione del sapere. Per questa via, risulterà chiaro come limitare l'analisi al solo diritto d'autore non consenta di offrire un quadro completo del pubblico dominio, perché incapace di tenere conto di limitazioni alla fruizione dell'opera intellettuale esterne al diritto d'autore stesso.

Lo sforzo di questo volume resta comunque parziale perché si limita a prendere in considerazione solo una parte, seppur rilevante, del capitale intellettuale. Secondo una divisione più dettata da esigenze editoriali che non sistematiche, restano infatti esclusi dall'analisi i beni immateriali tipicamente industriali (mi rifaccio qui alla definizione di proprietà industriale di cui all'art. 1 c.p.i.[71]) ed in particolare i segni distintivi aziendali (marchi, nomi a dominio, denominazioni aziendali e di origine, ditta e insegna), le espressioni della comunicazione pubblicitaria, le forme di prodotto (designi e modelli industriali) e le invenzioni dell'ingegno tecnico (brevetti e modelli di utilità)[72]. L'intenzione è di dedicare a queste un secondo volume, che unitamente al presente, dovrebbe idealmente fornire un quadro complessivo e comprensivo della portata del pubblico dominio.

8. *Fili conduttori*

L'opera si inserisce armonicamente tra gli scritti pubblicati dalla collana Digitalica edita da Giappichelli e diretta da Ugo Pagallo, cui vanno non solo i miei più sentiti ringraziamenti per aver ospitato questo lavoro, ma anche una sostanziale parte del merito di ciò che il lettore vorrà apprezzare dell'opera (le mancanze, incongruenze ed ambiguità sono invece interamente ascrivibili al sottoscritto). La collana, che presenta al lettore italiano una serie di studi interdisciplinari in informatica, diritto e nuove tecnologie, particolarmente attenti alle nuove frontiere tecnologiche degli ordinamenti giuridici, politici ed economici contemporanei, ha ospitato, tra le altre, una delle opere fondanti del pensiero di Luciano Floridi – *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*[73]. Oltre a investire un ampio spettro di questioni centrali, che variano dalla domanda "che cosa è l'informazione?", a temi quali la natura informazionale dell'universo e il ruolo che l'informazione esercita nel ragionamento e nella logica, l'opera di Floridi rende obiettivamente il presente lavoro immeritevole della sua collocazione.

A volerla comunque (timidamente) giustificare, il presente lavoro porta ad indagare – in continuità con le opere che l'hanno preceduto – l'impatto delle nuove tecnologie sull'accesso alla conoscenza, mettendo in guardia il lettore dalla facile (ma parziale) lettura che vorrebbe tale relazione solo improntata ad un ampliamento

---

[71] "*Ai fini del presente codice, l'espressione proprietà industriale comprende marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, segreti commerciali e nuove varietà vegetali*".

[72] Tradizionalmente la proprietà intellettuale si articola, da un lato, nella proprietà industriale relativa a invenzioni (brevetti), marchi, disegni e modelli industriali e indicazioni geografiche e, dall'altro, nei diritti d'autore a copertura delle opere artistiche e letterarie.

[73] FLORIDI L., *Infosfera*, cit.

dell'accesso. Se infatti le nuove tecnologie hanno senz'altro reso particolarmente agevole la digitalizzazione di beni materiali e la riproduzione di beni nativi digitali e la loro comunicazione senza filo in qualunque spazio del globo connesso in rete, occorre prendere atto che ciò ha altresì portato ad un sostanziale inasprimento dei poteri di controllo sulla circolazione di tali beni. La normativa a tutela degli aventi diritto sui beni originari, in risposta all'intensificarsi della pirateria reso possibile dall'evoluzione delle tecnologie riproduttive, ha via via stretto le maglie del controllo su tale flusso di dati. Si tratta di aspetti già indagati in questa collana a partire dall'opera collettanea su *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*[74], che affronta il problema della coesistenza tra l'approccio tradizionale di un diritto d'autore improntato al "tutto chiuso" e il nuovo Copyright 2.0., più vicino alla logica del "tutto aperto" (v. qui *sub* cap. 4, par. 4.1). Così come nella monografia di Massimo Durante su *Il futuro del web. Etica, diritto, decentramento*, che sviscera il tema della conoscenza come bene comune e affronta il dissidio fra "cultura del permesso" e "cultura libera"[75]. Da ultimo, se ne è occupato anche Ugo Pagallo nel suo *Il diritto nella società dell'informazione*, che rileva la crucialità del concetto di informazione e analizza le sfide e questioni inedite che essa pone al mondo del diritto[76].

In questo quadro, il presente volume, sul solco del generale favor per la cultura dell'accesso aperto (c.d. open access), che permea l'intera collana, sostiene l'importanza che ad essa sia improntato anche il dato normativo, a partire dal riconoscimento positivo di un diritto collettivo di accesso al pubblico dominio.

In questo sforzo, il volume aspira ad inserirsi anche in un filone di ricerca particolarmente caro all'Università degli Studi di Torino.

Penso al fondamentale contributo di Marco Ricolfi, Juan Carlos De Martin e del centro Nexa a sostegno dell'*open licensing*, con il lavoro di traduzione e adattamento delle licenze creative Commons in Italia[77], nonché alla produzione scientifica generata dalla rete tematica europea LAPSI (*Legal Aspects of Public Sector Information*) e dal progetto regionale EVPSI (*Extracting Value from Public Sector Information*) sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico[78] (v. *sub* cap. 3, par. 5).

L'inquadramento del pubblico dominio come bene comune immateriale meritevole di tutela positiva da parte dell'ordinamento percorre inoltre una strada già

---

[74] ARDIZZONE A., BENUSSI L., BLENGINO C., GLORIOSO A., RAMELLO G.B., RUFFO G., TRAVOSTINO M., *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2009.

[75] DURANTE M., *Il futuro del web. Etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, Giappichelli, Torino, 2008.

[76] Vedi nota n. 1.

[77] https://creativecommons.it/chapterIT/index.php/breve-storia/.

[78] PAVONI F., PATRITO P., RICOLFI M., DREXL J., *The Exclusion of "Public Undertakings" from the Re-use of Public Sector Information Regime*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 147-152; RICOLFI M., VAN EECHOUD M., MORANDO F., TZIAVOS P., *The "Licensing" of Public Sector Information*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 129-146; RICOLFI M., DREXL J., VAN EECHOUD M., JANSSEN K., *The "Principles Governing Charging" for Re-use of Public Sector Information*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 105-127.

tracciata da Ugo Mattei [79] prima e da Alessandra Quarta poi, con il recente lavoro sulla *Non-proprietà* [80] ed il progetto europeo gE.CO Living lab (Generative European Commons Living Lab) [81], mentre la qualificazione dell'accesso ai beni culturali come diritto poggia sugli studi condotti in materia da Roberto Cavallo Perin [82] (v. *sub* cap. 5, par. 3.1).

Più nel dettaglio, non posso non riconoscermi debitore nei confronti degli studi dei docenti con cui ho avuto l'onore di collaborare come borsista presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'ateneo torinese. Ricordo in particolare la recentissima opera di Ugo Pagallo e Woodrow Barfield sull'impatto dell'intelligenza artificiale sul diritto, con le ricadute (qui solo accennate *sub* cap. 4, par. 1.1) sulla paternità delle opere dell'ingegno generate integralmente da macchine [83]. Penso altresì ai contributi sul diritto all'oblio [84] (v. *sub* cap. 2, par. 3.4.7) dello stesso Pagallo e di Massimo Durante, cui devo anche l'introduzione alla filosofia di Luciano Floridi [85] e alla quarta rivoluzione, che fanno da sfondo a questo lavoro. Penso, infine, al tema della *governance* della rete, con le sue spinte all'autoregolazione, approfondito da Alberto Oddenino e qui affrontato per cenni [86] (v. cap. 4, par. 8.2.1).

È mancato, invece, un lavoro organico di riferimento in lingua italiana sul pubblico dominio, complice anche la tendenza della manualistica tradizionale – specialmente in materia di proprietà intellettuale – a concentrarsi sulla definizione della portata dei diritti di privativa, piuttosto che degli spazi da questa lasciati vuoti. L'opera si propone di colmare questa lacuna, con la consapevolezza che so-

---

[79] MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari, 2011; ID., *Una nuova stagione nel governo dei beni comuni. Una bozza di lavoro oltre i patti di condivisione*, Rassegna di diritto pubblico europeo, 2017, 2, 87-100.

[80] QUARTA A., *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, ESI, Napoli, 2016; ID., *Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale*, Rassegna di diritto civile, 2019, 3, 933-942.

[81] https://generative-commons.eu.

[82] CAVALLO PERIN R., *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in FANTI V. (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 309-327, già in Dir. amm., 2018, 4, 839-862; ID., *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della nazione*, in ASTONE F. (a cura di), *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 15-28; ID., *Il diritto al bene culturale*, in Dir. amm., 2016, 4, 495-510.

[83] BARFIELD W., PAGALLO U., *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2020, 122 ss.

[84] PAGALLO U., DURANTE M., *Legal Memories and the Right to Be Forgotten*, in FLORIDI L., *Protection of Information and the Right to Privacy – A New Equilibrium?*, Springer, Dordrecht, 2014, 17-30; ID., *Diritto, memoria ed oblio*, in PIZZETTI F. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2013, 65-84, ma anche DURANTE M., *Potere computazionale,* cit., 125.

[85] DURANTE M., *Ethics, Law and the Politics of Information. A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi*, Springer, Dordrecht, 2017, 1-212 e FLORIDI L., *La quarta rivoluzione*, cit.

[86] Cfr. ODDENINO A., *La governance di Internet fra autoregolazione, sovranità statale e diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008. Sempre dello stesso autore, richiamo anche *Diritti individuali, sicurezza informatica e accesso alla conoscenza in rete: la revisione delle "International Telecommunication Regulations dell'ITU"*, in Dir. umani e dir. intern., 2013, 2, 532-539, che riecheggia i temi dell'accesso alla rete e del *digital divide*.

no invece numerosi e non elencabili tutti gli autori in Italia che hanno contribuito a svelare alcune facce del pubblico dominio. Penso ai lavori di Roberto Caso sul controllo delle informazioni attraverso la tecnologia, il contratto e il diritto d'autore e sull'apertura della scienza, confluiti da ultimo in *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*[87]. Penso, e non certo per ultimo, agli insegnamenti del maestro Gustavo Ghidini, che tanto ha insistito sul primato della libertà di impresa e concorrenza sulle privative industrialistiche, quale faro del bilanciamento costituzionalmente orientato tra gli opposti interessi in gioco[88].

9. *Percorso e metodo*

Di tutto ciò si trova traccia in questo volume, che risulta organizzato come segue. Il presente capitolo, che ha funzione introduttiva, traccia il quadro teorico dei principali problemi che si intendono affrontare nel nostro studio e li colloca all'interno della quarta rivoluzione e dello scenario economico e sociale attuale, meglio noto come della *knowledge economy* e *society*. Il secondo capitolo ricostruisce la genesi storico filosofica del concetto di pubblico dominio e dell'interesse che esso riveste per i giuristi (v. cap. 2, par. 2). Si evidenzieranno, in particolare, le cause che hanno tenuto tale interesse a lungo sopito, per essere poi recuperato all'attenzione degli studiosi tra la fine del secolo scorso e l'inizio del nuovo. Sul piano giuridico, il concetto di pubblico dominio è indagato a partire dalla classificazione romanistica delle *res*, ed in particolare dal concetto di *res communes omnium* (v. cap. 2, par. 7.5). Dopo aver guardato all'evoluzione di tale concetto nel medioevo (v. cap. 2, par. 7.6derna) e averlo distinto dal più generale principio del bene comune (v. cap. 2, par. 7.1), posto dalla filosofia e dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica quale principio cardine del buon governo dello Stato virtuoso, il pubblico dominio viene inscritto nella categoria moderna dei beni comuni (v. cap. 2, par. 7). Con essa nel nostro ordinamento, pur senza riconoscimento positivo, si individua una categoria di beni funzionalmente destinati al libero sfruttamento da parte della comunità civile, indipendentemente dalla loro formale proprietà pubblica o privata.

Al pari dei beni comuni materiali, da anni al centro del dibattito pubblico, il pubblico dominio soffre di una mancanza di tutela positiva da parte dell'ordinamento giuridico. Questo volume si inserisce nel solco della fiorente letteratura che sostiene l'opportunità di superare tale lacuna.

Sia la garanzia in Costituzione di diritti all'informazione, all'arte, alla scienza, alla partecipazione alla vita culturale del paese, sia il riconoscimento di espressi limiti alla libertà di impresa e al diritto di proprietà (v. cap. 2, par. 7.10 e 8), consentono – a parere di chi scrive – di elevare il pubblico dominio al rango di bene giuridico costituzionalmente rilevante e fondano un diritto soggettivo del cittadino al suo libero

---

[87] CASO R., *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Ledizioni, Milano, 2020.

[88] GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2015.

sfruttamento (o quanto meno un interesse legittimo a che la pubblica amministrazione ne impedisca l'indebita appropriazione). In questi termini, pare potersi leggere la scarna, ma innovativa giurisprudenza costituzionale (v. cap. 2, par. 7.11) e di legittimità (v. cap. 2, par. 7.12). Dovrà pur sempre trattarsi di un diritto non assoluto che dovrà trovare necessario contemperamento con altri beni di pari rango, primo tra tutti proprio il riconoscimento di diritti proprietari sui beni immateriali, che trovano giustificazione negli stessi diritti costituzionalmente garantiti sopra ricordati. Sta proprio nel bilanciamento tra questi opposti interessi il fulcro del problema. Da tempo infatti si lamenta una certa *vis expansiva* che caratterizza trasversalmente la disciplina della proprietà intellettuale e l'inadeguatezza degli anticorpi posti a presidio degli spazi di libera concorrenza e libero accesso [89].

I capitoli successivi esaminano l'atteggiarsi di questo bilanciamento a seconda del bene immateriale oggetto della pretesa al contempo di tutela esclusiva e di accesso libero e pluralistico. Per questa via, il volume affronta i problemi definitori del pubblico dominio con riferimento ad alcuni tra i principali corpi normativi che si propongono di governare la circolazione di beni immateriali nell'odierna economia della conoscenza e dà conto delle principali iniziative mosse a livello internazionale per studiare le interazioni tra il diritto ed il pubblico dominio, sia sotto il profilo dell'individuazione degli interessi collegati alla sua salvaguardia, sia delle minacce a tale interesse.

I capitoli dedicati a ciascun corpo normativo si occupano di passare in rassegna i meccanismi che il legislatore ha previsto al fine di garantire spazi di pubblico dominio cui gli operatori del mercato possono liberamente attingere senza perciò interferire con il perimetro variabile dei diritti di esclusiva esistenti. Oltre all'area già ampiamente indagata del diritto d'autore, che regola la circolazione dei prodotti dell'ingegno artistico (ed in parte tecnico) (v. *sub* cap. 4), ci si concentrerà sul regime giuridico di circolazione dei dati (v. *sub* cap. 3), dell'immagine come rappresentazione dell'identità personale, dei beni culturali e delle espressioni di folklore (v. *sub* cap. 5). Ad evidenziare come la rilevanza del problema del pubblico dominio nell'economia della conoscenza trascenda la disciplina della proprietà intellettuale e presenti invece implicazioni che investono il dettato costituzionale e le sue libertà fondamentali, in termini di incidenza sull'effettivo grado di accesso alle informazioni, sulla loro diffusione e circolazione, e in definitiva sull'apertura democratica della nostra società.

Il terzo capitolo, in particolare, analizza la disciplina giuridica di appartenenza, circolazione, fruizione e tutela dei dati, quale bene immateriale base e unità minima di qualunque forma di informazione e conoscenza. In assenza di una disciplina organica, complice anche l'interesse quanto mai recente per il tema, il capitolo procede analizzando le diverse discipline di settore che si occupano di specifiche categorie di dati: dati personali (v. cap. 3 par. 3.4), banche di dati (v. cap. 3 par. 3.7), informazioni segrete (v. cap. 3 par. 7), informazioni del settore pubblico (v. cap. 3 par. 5). Al netto dei vincoli posti dai singoli regimi di tutela, si cercherà di delineare quali dati compongano il pubblico dominio. L'esistenza di grandi quantità di dati

[89] V. nota n. 88.

aperti al libero riutilizzo e soggetti a trasparenza radicale da parte delle pubbliche amministrazioni o dei privati che li detengono è considerata fattore determinante per lo sviluppo della società, posto che – unitamente alla crescente evoluzione di sistemi di intelligenza artificiale – sta alla base del modello di produzione automatica di nuova conoscenza, noto come innovazione computazionale [90]. Al tempo stesso, si valuterà la posizione dei fornitori di servizi della società dell'informazione che, in qualità di intermediari nella fruizione dell'informazione in rete, svolgono un ruolo di veri e propri guardiani (*gatekeeper*) dell'accesso alla cultura [91]. Tale ruolo consente di controllare, sovente in regime di monopolio commerciale, sia gli *assett* tecnologici strategici della società dell'informazione (le infrastrutture attraverso cui comunichiamo), sia i dati che vi transitano. In questo contesto, nonostante la difficoltà di definire le soglie della posizione dominante in presenza di un capitale intellettuale (il possesso dei dati) non facilmente quantificabile, il capitolo analizzerà i rimedi offerti dal diritto antitrust, onde garantire l'accesso a dati critici per lo sviluppo di mercati a valle (v. cap. 3, par. 4).

Il quarto capitolo ha ad oggetto le opere dell'ingegno creativo e distingue quattro aree di pubblico dominio, aderendo alla tassonomia già proposta da Peukert [92]. Nella prima categoria (c.d. pubblico dominio ontologico o strutturale, v. cap. 4, par. 1) si propone di far rientrare anche le opere generate da intelligenza artificiale, escluse da tutela in forza della non imputabilità delle macchine come soggetti di diritto (v. cap. 4, par. 1.1).

Il capitolo dà altresì conto delle politiche europee per promuovere la digitalizzazione (v. cap. 4, par. 8), del lungo percorso che ha condotto alla regolamentazione di opere orfane (v. cap. 4, par. 9) e fuori commercio (v. cap. 4, par. 10) e delle istanze di autoregolamentazione che tentano di sostituirsi allo Stato e stabilire autonomamente gli spazi di accessibilità in rete al patrimonio librario (v. in particolare il caso Google Books sub cap. 4, par. 8.2). Spazio sarà anche dedicato alle novità, a tutela del pubblico dominio, introdotte dalla nuova Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (v. cap. 4, par. 3.6.).

L'ultimo capitolo è dedicato a quelle norme, diverse dal diritto d'autore, che non di meno possono cumularsi con esso o interferire con la circolazione e caduta in pubblico dominio di opere dell'ingegno, anche una volta decorsa la pur lunga tutela autoriale. Il diritto di proprietà (v. cap. 5, par. 1) e il diritto di immagine (v. cap. 5, par. 2) possono condizionare la riproducibilità di un bene materiale, così limitando la creatività derivata. Vi sono poi le opere afferenti al patrimonio culturale, che sovente sfuggono dalla disciplina di diritto d'autore, perché estremamente risalenti nel tempo. La libera circolazione di queste opere deve fare i conti, da un lato, con la disciplina di matrice pubblicistica a salvaguardia dei beni culturali (v. cap. 5, par. 3), dall'altro, col tentativo delle comunità locali – sinora scarsamente supportato dalle

---

[90] OTTOLIA A., *Big Data e innovazione computazionale*, Quaderni di AIDA, n. 28, Giappichelli, Torino, 2017.

[91] STAZI A., *"Marketplace of ideas" e "accesso pluralistico" tra petizioni di principio e ius positum*, Dir. inf., 2009, 4-5, 635.

[92] PEUKERT A., cit.

istituzioni – di controllare l'uso delle proprie conoscenze ed espressioni culturali tradizionali, partecipandone degli utili (v. cap. 5, par. 4).

Da ultimo, il capitolo sesto prova a ricompone le tessere del puzzle a tracciare le linee di ricerca necessarie per completare il quadro. Conclude, infine, che nell'equo bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ogni consociato dovrebbe vantare un diritto soggettivo alla libera utilizzazione dei beni immateriali che compongono il pubblico dominio: un "diritto al pubblico dominio".

Il punto di osservazione sarà prevalentemente quello del giurista europeo, che oggi non può fare a meno di guardare prima all'ordinamento internazionale e poi a cascata, a quelli dell'Unione Europea e nazionale. Dove necessario si proporrà qualche incursione, di natura comparatistica, nel sistema statunitense che, ospitando probabilmente l'economia high-tech più vibrante del globo, giunge inevitabilmente per primo a porsi certi problemi e ad avanzare soluzioni sul piano giuridico. Il volume prova al tempo stesso a coniugare teoria e pratica. La materia pone grossi interrogativi sul piano della filosofia e della teoria generale del diritto, dalla possibilità di riconoscere tutela nel nostro ordinamento al pubblico dominio, alla corretta qualificazione della posizione giuridica di chi ne vanti la violazione, passando attraverso nodi cruciali quali, solo per menzionarne alcuni, il rapporto tra diritto di proprietà e proprietà intellettuale (v. cap. 2, par. 2), il riconoscimento a quest'ultima dello status di diritto fondamentale (v. cap. 2, par. 8.1), la relazione tra diritti di privativa e libera concorrenza (v. cap. 2, par. 8), lo status giuridico dei c.d. beni comuni (v. cap. 2, par. 7) e il regime giuridico di tutela del dato in se è per sé (v. cap. 2, par. 3.1. Il quadro legislativo relativo ai dati non personali).

Al tempo stesso, il volume affronta problematiche estremamente pratiche e quotidiane, vista l'abitudinarietà con cui tutti utilizziamo il web quale bacino di contenuti digitali, senza il più delle volte discernere quelli liberamente utilizzabili, da quelli coperte da diritti di privativa altrui.

In ciò l'auspicata rilevanza, anche prospettica, del presente studio. La società della conoscenza ci offre costantemente lo stimolo per arricchire il nostro capitale semantico. Sono però ancora molti i contenuti che sono sottratti, al libero utilizzo, improduttivi o sottoutilizzati e che non riescono ad essere semanticizzati [93]. Le barriere all'accesso a tali contenuti poste dal diritto giocano un ruolo decisivo. Oggi è dunque necessario più che mai che il giurista – per dirla con Floridi – si interroghi sulle "*possibilità di ampliare la nostra capacità di usufruire della ricchezza del capitale semantico già disponibile, per usarlo e arricchirlo in modo più efficace ed efficiente e, dunque, per semanticizzare meglio le nostre vite e realtà*" [94]. Giuridicamente parlando, infatti, come avremo modo di vedere, il capitale semantico già disponibile è il pubblico dominio.

---

[93] FLORIDI L., *Semantic Capital*, cit., 496, che individua cinque rischi che mettono in pericolo il capitale semantico, tra cui anche la perdita di capitale semantico e la presenza di capitale semantico improduttivo, sottoutilizzato o mal utilizzato.

[94] FLORIDI L., *Semantic Capital*, cit., 496.

2.

Nozione, genesi storico-filosofica e inquadramento normativo del pubblico dominio

1. *Le origini della proprietà*

La storia umana viene spesso presentata come una specie di tensione o rincorsa verso l'appropriazione [1]. Storicamente la risposta del genere umano all'emersione di territori adesposti o giacimenti di risorse naturali ancora vergini di diritti è stata per lo più la medesima: la colonizzazione, arcaica [2] e moderna, e dunque l'appropriazione, seguita dallo sfruttamento intensivo, tanto più rapido quanto più la tecnologia disponibile lo consentiva.

Solo lo spazio, l'atmosfera, l'antartico, l'alto mare sono rimasti – almeno parzialmente – eccezioni, in ragione delle difficoltà fisiche di accesso alle risorse o per valutazioni di convenienza economica [3].

Un punto decisivo del dibattito antico e moderno è stato, da questo punto di vista, l'elaborazione di una teoria del diritto che legittimasse la proprietà privata [4] e

---

[1] BAUMAN Z., *Capitalismo parassitario*, Laterza, Bari, 2009, secondo cui la storia del capitalismo è la storia della conquista di «terre vergini» fino al loro esaurimento.

[2] L'analisi delle fonti provenienti dalla riflessione filosofica sembra deporre in favore della necessità del processo di colonizzazione. Nelle *Leggi*, 740-741ae 838e, Platone insistette sulla necessità di mantenere un numero fisso di cittadini, raccomandando la colonizzazione e il controllo delle nascite, come mezzo per mantenere costante la popolazione.

[3] BUCK S.J., *The Global Commons*, Earthscan, Abingdon, 1998, 1.

[4] Cfr. GRAZIADEI M., *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in GRAZIADEI M., SMITH L. (eds.), *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, 71, secondo cui "*Legal theory is often concerned with the problem of how to conceive and justify, or criticise, the institution of property*". Una esaustiva ricostruzione filosofica della storia del diritto di proprietà si trova in PROSPERO M., *Filosofia del diritto di proprietà*, Vol. I*, Da Aristotele a Kant*, Franco Angeli, Milano, 2009; WALDRON J., *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988; XIFARAS M., *La propriété: Étude de philosophie du droit*, Presses Universitaires, Parigi, 2004; DAGAN H., *Property: Values and Institutions*, Oxford University Press, 2011; PEÑALVER A.G., PEÑALVER E.M., *An Introduction to Property Theory*, Cambridge University Press, 2012; PENNER J., SMITH H.E. (eds.), *Philosophical Foundations of Property Law*, 2013, Oxford University Press. La critica del diritto di proprietà come "sistema completamente autoreferenziale", e il conseguente rifiuto a concepirla come "la misura di tutte le cose", costituiscono il fil rouge del denso volume di RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, il Mulino, Bologna, 1990, 21 e 22.

desse forma giuridica al nudo fatto dell'espropriazione violenta[5]. Il problema del diritto proprietario, infatti, è in ultima istanza riconducibile alla questione fondamentale su come un soggetto possa legittimamente rivendicare un uso esclusivo di un pezzo di mondo, sia esso una mela o il territorio di uno Stato. Il tema è stato spesso affrontato nella forma della genealogia: come storia sul modo in cui la proprietà privata sia potuta emergere in un mondo (lo stato di natura) che prima di allora non conosceva quest'istituzione[6]. Per quanto tutte quante confluenti in una tensione fra uno stato naturale, in cui il mondo intero è un bene comune, e una società civile, che provvede a riallocare le risorse disponibili a vario titolo tra i consociati, le strategie percorse dal pensiero per difendere l'istituto proprietario sono ovviamente molteplici. Sulle cause del passaggio dalla proprietà comune a quella privata non c'è infatti accordo unanime.

Secondo la genealogia cristiana, Dio in origine avrebbe donato il mondo a tutti gli uomini, così che ne godessero in comune: a partire da questa situazione di primitiva comunanza dei beni, è il peccato (avarizia, ingordigia, brama di potere) ad averne determinato l'appropriazione individuale, con conseguente nascita, tramite quella che la tarda scolastica chiamava *divisio rerum*, dell'istituto della proprietà privata[7]. Per i giusnaturalisti la proprietà privata rientra nell'ambito del diritto na-

---

[5] SFERRAZZA PAPA E.C., *L'occupazione dello spazio e la presa di possesso: Carl Schmitt e Immanuel Kant*, Filosofia politica, 2017, 2.

[6] WALDRON J., *Property and Ownership*, in ZALTA E.N. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

[7] Nella costruzione papale, cristallizzata in particolare nel pensiero di Giovanni XXII, da uno stato di natura caratterizzato dalla proprietà comune si sarebbe passati spontaneamente alla divisione in proprietà individuali; la proprietà individuale, pertanto, non sarebbe stata originata dalle leggi umane, bensì direttamente dalla legge divina, prima ancora della istituzione di qualunque autorità o Stato: siccome Dio era il signore di tutte le cose temporali in virtù del suo diritto di creatore, il dominio sulle cose non poteva essere concesso all'uomo se non per concessione divina. Cfr. TIERNEY B., *L'idea dei diritti naturali. Diritto naturale e diritto canonico, 1150-1625*, Il Mulino, Bologna, 2002, 137 ss. Si esprime in questi termini S. AMBROGIO, *De officiis ministrorum*, lib.1, c.28, nn. 130-137, in PALACIO J.M., *Concetto cristiano della proprietà*, trad. it. a cura di FANFANI A., Vita e Pensiero, Milano, 1937, 36: Dio è l'originario proprietario di tutto il creato ma concede i beni in proprietà agli individui, secondo precisi limiti al loro utilizzo; la comunità dei beni è, infatti, idealmente migliore, ma, pragmaticamente, la proprietà privata è più conveniente per una comunità organizzata, data l'avarizia che fa da sfondo alla società e che ha determinato l'appropriazione individuale dei beni. È per questo motivo che l'uomo ricco deve sopportare l'onere del povero, dividendo con lui ciò che Dio ha in origine prodotto per tutti e che è invece stato diviso fra i singoli. S. Ambrogio scrive che "*è ingiusto che il ricco non aiuti il suo simile, principalmente se si tien conto che Dio nostro Signore ha voluto che la terra fosse comune possesso di tutti gli uomini […]. Siccome ti sei appropriato di parte di quello che fu destinato per tutto il genere umano […], è giusto che di esso riservi qualche cosa per i poveri, e che non neghi l'alimento a quelli che devi considerare partecipi del tuo diritto*" (In Ps., XVIII, serm.VIII, n. 22, in PALACIO J.M., *Concetto cristiano*, cit., 37). Sul punto cfr., inoltre, ROBERTI M., *Svolgimento storico del diritto privato in Italia, II, Proprietà, possesso e diritti sui beni altrui,* Cedam, Padova, 1935, 12. Alla medesima conclusione giunge anche S. AGOSTINO, *Sermo L.L.*, cap. V, n. 7, in PALACIO J.M., *Concetto cristiano*, cit., 45, in cui la proprietà privata è tollerata in ragione della caducità della condizione umana, che è di per sé incapace di conservare l'armonia e l'unità originarie: la proprietà non è, quindi, un istituto di diritto naturale, ma una soluzione consentita in considerazione della debolezza dell'uomo. L'appropriazione privata è ammessa purché il proprietario usi dei beni secondo la giusta legge che prescrive l'uso personale nei limiti del bisogno e il dovere di elemosina e soccorso del prossimo, a pena di perdere il diritto ai beni stessi. Sul pensiero agostiniano relativo alla proprietà cfr., in particolare, PROSPERO M., *Filosofia del diritto di pro-*

turale, ed è quindi giustificata dalle norme della retta ragione[8]. Il giusnaturalismo inscrive, più specificamente, il tema nel classico filone contrattualistico del passaggio da uno stato di natura originario a uno Stato civile. Il conflitto fra più soggetti che si affermano proprietari è risolvibile, superando l'impiego privato della forza, solo con la creazione di un'autorità terza rispetto agli interessi confliggenti del singolo e degli altri consociati, che sia capace di tutelare la pretesa di stabilità del potere sulle cose, avanzata da ciascun individuo. Proprietà e comunità politica nascono, quindi, intimamente legate da un rapporto che vede la proprietà garantita dalla comunità mediante la pubblica autorità e l'autorità pubblica affermarsi proprio grazie alla sua capacità (e al fine) di conferire certezza alle pretese dei componenti della comunità cui dà ordine. Secondo Grozio, originariamente gli uomini godevano di tutte le cose in comune (*communio primaeva*) e la proprietà emerge storicamente come l'effetto di una convenzione fra tutti gli uomini (*ius gentium*), ma mantiene fondamento giuridico nel diritto naturale che obbliga al rispetto dei patti (*pacta sunt servanda*), siano essi impliciti o espliciti[9]. Per Hobbes, nella sua condizione naturale ogni individuo ha diritto a tutto; la proprietà privata, che si istituisce solamente in

---

prietà, cit., 180-181; ORABONA L., *La Chiesa in età contemporanea: la questione sociale. Proprietà privata e destinazione universale dei beni in cento anni di encicliche sociali*, Luciano ed., Napoli, 1996, 176. Nel medesimo senso anche S. Gregorio Magno, che afferma che "*La ricchezza non è illecita, però deve farsi un buon uso di essa. Il ricco che non adempie i suoi doveri di carità, impedendo che i beni esterni raggiungano la loro naturale finalità di sovvenire alle necessità dell'indigente, è semplicemente un ladro*" (in PALACIO J.M., *Concetto cristiano*, cit., 49). Il pensiero di S.Tommaso d'Aquino consolida l'idea di una destinazione universale dei beni alla quale si è sovrapposta la proprietà privata, conseguente al peccato originale; a differenza che nella patristica, nell'Aquinate vi è però un compromesso tra spirito religioso e affari civili ed economici. Tommaso spiega poi come la proprietà privata sia un modo accettabile e necessario di esercitare il dominio, in quanto la proprietà comune viene facilmente trascurata e può dare origine a confusione e discordia: "*Ciò è anche necessario alla vita umana per tre ragioni: primo, perché ciascuno è più sollecito ad amministrare qualcosa che sia attribuita a lui solo piuttosto che qualcosa di comune a tutti o a molti; perché ciascuno per scansare la fatica abbandona all'altro ciò che interessa la comunità, come avviene quando gli amministratori sono molti; in secondo luogo, perché gli affari umani sono trattati con maggiore ordine se a ciascuno in particolare incombe la cura di amministrare una cosa, mentre ci sarebbe solo confusione se uno qualunque amministrasse indistintamente qualunque cosa; in terzo luogo, uno stato di pace è meglio conservato dagli uomini se ciascuno si contenta del proprio. […] Si deve dunque concludere che la comunanza dei beni è attribuita al diritto naturale, non già nel senso che il diritto naturale ordini che tutto sia posseduto in comune e niente in proprio, ma nel senso che, in diritto naturale, non c'è divisione dei beni, mentre questa si trova piuttosto nell'ordine delle convenzioni umane, che riguardano il diritto positivo. Dunque la proprietà delle ricchezze non è contraria al diritto naturale, ma aggiunta a questo dal genio della ragione umana" (Summa Theologiae,* IIa, IIe, q.66, a.2, in PALACIO J.M., *Concetto cristiano*, cit., 48). Per una puntuale analisi del passo, cfr. MULTZER H., *Proprietà senza furto*, trad. it. a cura di MIGGIANO A., Edizioni di comunità, Milano, 1948, 121 ss.

[8] L'incipit del celebre capitolo V del secondo trattato di Locke sul governo riprende precisamente questa *démarche*: "*Sia che si ascolti la legge naturale, la quale ci dice che gli uomini, una volta nati, hanno diritto alla sopravvivenza, e dunque a cibo, bevanda e a tutto ciò che natura offre per la loro sussistenza; sia che si ascolti la rivelazione, la quale ci descrive la donazione che del mondo Dio fece ad Adamo […] è comunque evidente che Dio […] ha dato [la terra] in comune a tutta l'umanità*". Su Locke cfr. SOLARI G., *Filosofia del diritto privato, I, Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1959, 24 ss. e BOBBIO N., *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963, 218.

[9] GROZIO U., *Il diritto della guerra e della pace*, Firenze, Centro editoriale toscano, 2002, 4 voll. (ristampa anastatica dell'edizione Giuseppe de Dominicis, Napoli, 1777); il tema della proprietà è trattato in particolare nel libro II, dal cap. I al cap. X.

seguito all'alienazione dei diritti naturali, "*inerisce interamente alla sovranità*", senza la quale l'uomo ricadrebbe nella sua misera e infelice vita nello stato di natura [10]. Anche secondo Hobbes il diritto di proprietà ha matrice convenzionale ma, a differenza di Grozio, non può essere opposta al sovrano, il quale può revocarla in ogni occasione, confiscare i beni e imporre ai proprietari il pagamento di imposte. Con l'alienazione dei diritti nel passaggio alla statalità anche la comunanza delle cose viene meno, cosicché "*queste regole* [costitutive] *della proprietà (ossia del meum e tuum) e di bene e male, legittimità e illegittimità nelle azioni dei sudditi, sono le leggi civili*" [11].

Mentre in Hobbes l'uscita dallo stato di natura è un atto necessitato dall'autoconservazione, in Locke gli individui vi rinunciano nella prospettiva di aver garantiti, nella istituenda società civile, tutti i propri diritti naturali compendiati nella proprietà [12].

La filosofia ha dunque restituito un'idea ambivalente di proprietà privata, da un lato, come elemento di frammentazione sociale, dall'altro, invece, come mezzo funzionale alla felicità dell'uomo. L'idea che la proprietà sia una patologia, un motivo potente di corruzione del primitivo stato di innocenza, trova origine in Platone (cfr. par. 7.1) ed è ricorrente nel pensiero socialista, comunista e anarchico. In Rousseau, la proprietà non porta con sé né abbondanza, né garanzie di pace sociale, ma "delitti", "guerre", "assassinii", "miserie" ed "errori" [13]. La sua comparsa segna l'uscita dalla condizione felice delle prime età dell'uomo e l'ingresso in uno stato di conflitto, insicurezza e disuguaglianze.Secondo la filosofia rousseauiana, l'istituzione della proprietà e la recinzione del comune non avvengono all'insegna della necessità, come conseguenza necessaria della natura umana, ma della casualità, della contingenza e del concorso fortuito di eventi.

In questo scenario, si colloca anche la sferzante critica alla proprietà elaborata da Proudhon che alla domanda "che cos'è la proprietà?", nell'omonimo testo, rispondeva che essa è un furto [14]. Si ricrederà solo nella sua opera postuma *La teoria della proprietà*, laddove individua nella proprietà il baluardo e il cardine della resistenza degli individui contro il dominio altrimenti irresistibile dello Stato.

Per Marx, il passaggio da stato di natura a società civile avviene in maniera conflittuale come "*usurpazione violenta della proprietà comune*" [15]. La proprietà privata dei mezzi di produzione rappresenta la causa di sfruttamento dell'uomo sull'uomo. L'alienazione del lavoro cui è sottoposto il proletariato e l'accumulazione capitalistica sono all'origine dell'emarginazione sociale. Motivo per cui Marx propone,

---

[10] Lo stato di guerra diffuso fra gli uomini prima dell'istituzione della sovranità era, infatti, scatenato fra le altre cose da una comunanza d'uso delle cose che, essendo l'uomo un lupo per gli altri uomini, non poteva che darsi nella forma di una condizione violenta e mortifera.

[11] HOBBES T., *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civil*e, Roma-Bari, Laterza, 2014, 149-150.

[12] PAGALLO U., *Il diritto nell'età dell'informazione*, cit., 61.

[13] Cfr. ROUSSEAU J.J., *Origine della disuguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2009, 72.

[14] PROUDHON P.J., *Che cosa è la proprietà?*, Laterza, Roma-Bari, 1978.

[15] MARX K., *Il Capitale*, Editori Riuniti, Roma, 1970, 778.

all'esito della rivoluzione proletaria, il comunismo dei mezzi di produzione, in forza del quale la comunità possa decidere democraticamente come e cosa produrre. Su posizioni ben più rivoluzionarie si assesta invece Bakunin, che considera ogni forma di stato, ivi compreso lo stato popolare socialista e la dittatura del proletariato marxista, violazione della "*legge dell'uguaglianza, condizione suprema della libertà e dell'umanità*". Corollario del suo antistatalismo è la distruzione della proprietà privata dei mezzi di produzione, con l'instaurazione del principio della proprietà collettiva [16].

L'atto giuridico dell'acquisto originario è, secondo Kant, la c.d. "Landnahme", letteralmente "presa di terra", per cui ciò che è di tutti, a un certo punto, deve cominciare a essere proprietà esclusiva di qualcuno nella forma della *prior apprehensio*. La legittimità di tale prima presa di suolo si fonda sul potere di difenderla (che diventa dunque titolo legittimo del dominio su uno spazio), cioè su un originario conflitto violento, piuttosto che su una presunta volontà generale: "*il mio possesso si estende fin dove io, a partire dal luogo in cui risiedo, ho mezzi meccanici per difenderlo contro l'assalto degli altri*" [17]. Il diritto interviene per normare un'occupazione che, in assenza di norme giuridiche condivise, non può che apparire nella forma di una violenza arbitraria. Di qui, sin quasi ai giorni nostri, il diritto di proprietà resterà ancorato alla costituzione fisica dello spazio: la proprietà e la sovranità sono fondati su una fisica del potere e sul suo esercizio materiale. Celebre al riguardo la dottrina della palla di cannone di Cornelius von Bynkershoek, nel testo del 1744 *De dominio maris dissertatio*, per cui lo spazio marino passibile di dominio sovrano coincideva con l'estensione di tiro dell'artiglieria dalla costa [18].

2. *Proprietà e beni immateriali*

La possibilità di teorizzare una proprietà su beni immateriali, al di fuori della possibilità di controllo e apprensione fisica del singolo, si deve a Locke prima e a Hegel poi [19]. Entrambi consideravano la proprietà come un prodotto culturale

---

[16] BAKUNIN M.A., *Stato e anarchia*, Feltrinelli, 2013. L'originale in russo è del 1873.

[17] KANT I., *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in ID., *Scritti politici*, Utet, Torino, 2010, 446-451, secondo cui "*Fin dove si estende l'autorizzazione della presa di possesso di uno suolo?", io rispondo: sin dove arriva la facoltà di averlo in proprio potere, vale a dire sin dove può difenderlo colui che vuole appropriarselo*".

[18] VAN BYNKERSHOEK C., *De dominio maris dissertatio*, in ID., *Opera minora*, Apud Joannem van Kerckhem, La Haye, 1744, 362, che cognerà il motto "*potestatem terrae finiri, ubi finitur armorum vis*". Il problema dell'ontologia spaziale come fondamento della sovranità era stato sviluppato all'interno del dibattito sulla sovranità dei mari che aveva visto una vera e propria *bataille des livres* tra GROZIO U., *Mare liberum*, Liguori, Napoli, 2007, secondo cui il mare deve essere considerato libero, in quanto la sua fluidità e la sua vastità rendono impossibile qualunque genere di costruzione, ossia di delimitazione spaziale e SELDEN J., *Mare clausum, seu de dominio maris libri duo*, Richardo Meighen, Londra, 1635, secondo cui il mare può essere equiparato alla terra, soggetta a un regime proprietario, in quanto su di esso è possibile tracciare linee immaginarie a partire dalle quali far valere le norme del diritto commerciale.

[19] Le riflessioni di Locke, e poi di Hegel, sono sovente presentate come il primo fondamento filosofico della proprietà intellettuale. Cfr. MORRIS J., MOWATT R., REEKIE W.D., TREN R., *Ideal matter:*

dell'umanità e ne giustificavano il relativo diritto, l'uno sulla base della teoria del "labour" [20], l'altro della personalità [21]. In Locke, il diritto naturale di proprietà era riconosciuto su ciò che è frutto del lavoro personale di ciascuno. È il lavoro o l'opera che ciascun individuo ha prestato nella creazione di qualcosa che conferisce all'individuo un diritto di proprietà e d'uso sulla cosa stessa, strappata dal primitivo stato naturale [22]. In Hegel, invece, il diritto naturale di proprietà è riconosciuto su

---

globalization and the intellectual property debate, Centre for a new Europe, Brussels, 2002, 17; DRAHOS P., *A philosophy of intellectual property*, Dartmouth Publishing Co., 1996, 47 ss., 85 ss., disponibile on line al link https://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/books/1996philosophyIP.pdf.; SHIFFRIN V., *Lockean arguments for private intellectual property*, in MUNZER S. R. (ed.) *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2001, 148. *Contra* JANEWA OSEI-TUTU J., *Humanizing Intellectual Property: Moving beyond the Natural Rights Property Focus*, Vanderbilt J. Ent. & Tech. Law, 2017, 20, 207-258, secondo cui la retorica lockiana non si giustifica nella teoria dello stato moderno a democrazia rappresentativa e ignora che la proprietà intellettuale, in quanto strumento di politica economica e regolamentazione del mercato, non può in alcun modo avere origini pre-statali, come la legge naturale della dignità umana, del giusto processo o della libertà di espressione. I mercati non esistono prima dello stato e dipendono dalla legge. Nello stesso senso, FALCE V., *Sulle fondazioni filosofiche delle moderne dottrine economiche dell'innovazione*, Riv. dir. ind., 2004, I, 125 ss., secondo cui le idee di questi pensatori sono state soggette ad "*una (forzata) ri-lettura "attualizzante"*, dal momento che essi "*non hanno (almeno consapevolmente) ampliato l'ambito del diritto naturale di proprietà allo ius excludendi alios sui beni immateriali*" e BŁASZCZYK C., *Lockean Intellectual Property Refuted. Critica della proprietà intellettuale in Locke*, Scienza & Politica, 2020, 63, 161-186.

[20] La deduzione dell'origine della proprietà privata dal lavoro trova compiuta espressione in LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, Milano, Rizzoli, 1998, cap. V, 27: "*Whatsoever [a man] removes out of the state of nature has provided and left it in, he has mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property*". Sull'influenza del pensiero lockiano sul diritto d'autore delle origini cfr. DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Larcier, Bruxelles, 2005, 276 e sul diritto della proprietà intellettuale in generale cfr. ATTAS D., *Lockean Justifications of Intellectual Property*, in GOSSERIES A., MARCIANO A., STROWEL A. (eds.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke/New York, 2009, 29; GORDON W., *A Property Right in Self-expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, Yale L.J., 1993, 102, 1533, 1544-49; ZIMMERMANN D.L., *Information as Speech, Information as Goods: some Thoughts on marketplaces and the Bill of Rights*, Wm. & Mary L. Rev., 1992, 33, 665, 676-677. Per un'applicazione della teoria lockiana al pubblico dominio, si veda invece BOYLE J., *The public domain – Enclosing the commons of the Mind*, Yale University Press, 2008, 28 e DUTFIELD G., SUTHERSANEN U., *Global Intellectual Property Law*, EE, Cheltenham, 2008, 55. WILF S., *Who Authors Trademarks*, Cardozo Arts & Ent. L.J., 1999, 17, 1, poggia sulla *labour theory* lockiana la tesi secondo cui dovrebbe riconoscersi una titolarità pubblica dei marchi nella misura in cui è proprio il pubblico dei consumatori, mediante le associazioni di significato, a rivestire un ruolo determinante nella creazione del segno.

[21] In dottrina, rimane controverso il contributo di questi autori alla proprietà intellettuale, in quanto si dubita che essi abbiano consapevolmente ampliato l'ambito del diritto di proprietà allo *ius excludendi alios* sui beni immateriali, cfr. FALCE V., *La modernizzazione del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2ª ed., 2012, 24. L'esplicito riconoscimento di una "*natural obligation*" al rispetto della paternità autoriale di un'opera si deve a KANT I., *Of the Injustice of Counterfeiting Books*, in *Essays and Treaties on Political and Various Philosophical Subjects*, 1798, 229 ss. Sull'influenza del pensiero kantiano sui diritti di proprietà intellettuale si rinvia a RAVÀ A., *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Fratelli Bocca, Torino, 1901 e DONATI A., *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, Quaderni di AIDA, 1997, I, 405.

[22] LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo*, cit., cap. V, § 27, 97*: "benché la terra e tutte le creature inferiori siano dati in comune a tutti gli uomini, tuttavia ogni uomo ha la proprietà della sua propria persona: su questa nessuno ha diritto alcuno all'infuori di lui. Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani,*

ciò che è espressione e manifestazione della personalità dell'individuo[23]. L'appropriazione è una forma di espressione della personalità dell'individuo ("*property is the embodiment of personality*") che si manifesta rivendicando "*il mondo esterno come proprio*"[24]. L'imposizione della forma artistica non è che uno dei mezzi con cui possiamo appropriarci di qualcosa. La rivendicazione della proprietà contribuisce allo sviluppo della persona, perché, laddove riconosciuta dai consociati, aiuta a promuovere la dimensione sociale della personalità di chi la reclama[25]. La proprietà è qualsiasi cosa la volontà scelga di occupare, anche se la natura della cosa in questione può determinare l'efficacia dell'occupazione. Non c'è una determinazione preventiva di ciò che può e non può essere oggetto di proprietà. La personalità è lasciata libera di spaziare[26].

Per Hegel, la personalità può essere alienata volontariamente o presumibilmente con la forza, e la dialettica che si instaura tra il servo e il padrone[27] ne è un esempio. Controllando un altro individuo, facendolo dipendere da sé, il padrone costruisce un'immagine di sé che sia di proprio dominio sul servo, che è costretto a lavorare, devolvendo il prodotto del suo lavoro al suo signore. Proprio lavorando, però, il servo fa esperienza di essere libero, prende coscienza di sé, del suo potere sugli oggetti e della dipendenza e sudditanza del signore dalla sua attività lavorativa[28]. Il lavoro è dunque concepito come lo strumento capace di trasformare non solo le cose, ma anche le persone, permettendo al lavoratore di vedere negli oggetti cui ha messo mano il suo potere creativo e trasformativo.

Ciò che è protetto come oggetto di proprietà è dunque invariabilmente ciò che l'uomo preleva o estrae da uno stato di natura[29]. Tanto Locke quanto Hegel consi-

---

possiamo dire, sono propriamente suoi. Qualunque cosa, allora, egli rimuova dallo stato in cui la natura l'ha prodotta e lasciata, mescola a essa il proprio lavoro e vi unisce qualcosa che gli è proprio, e con ciò la rende una sua proprietà". Nella visione lockiana il legame naturale tra lavoro e proprietà delimitava il campo d'azione dell'autorità politica che non poteva arbitrariamente cancellare il diritto dominicale, né giustificare le rendite parassitarie dell'aristocrazia. Cfr. SALVI C., *Capitalismo e diritto civile*, il Mulino, Bologna, 2015, 17. Del legame tra proprietà e lavoro terrà conto anche SMITH A., *An inquiry into the nature and causes of wealth of nations*, Methuen, 1920, 173: "[t]*he property which every man has in is labour, as it is the original foundation of all other property, so it is most sacred and inviolable*". La teoria lockiana ha notevolmente influenzato il dibattito successivo sulle origini della proprietà, costituendo un terreno di confronto obbligato anche per coloro che, nel XIX secolo, hanno elaborato una visione opposta dell'istituto. È il caso, in primis, di Marx, secondo cui il prodotto del lavoro dell'uomo viene alienato dallo stesso uomo perché diventa proprietà privata altrui sotto forma di capitale. Cfr. MARX K., *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, in MARX K., ENGLES F., *Opere*, *III (1843-1844)*, Editori Riuniti, Roma, 1976, 303-306.

[23] HUGHES J., *The Philosophy of Intellectual Property*, Georgetown L.J., 1988, 77, 287, 340-341.

[24] HEGEL G.W.F., *Philosophy of Right*, 1821, trad. Knox T.M., Oxford University Press, 1952.

[25] See PLAMENATZ J., *History as the Realization of Freedom*, in PELCZYNSKI Z.A. (ed.), *Hegel's Political Philosophy: Problems and Perspectives*, Cambridge University Press, 1971, 40-41.

[26] DRAHOS P., *A Philosophy of Intellectual Property*, cit., 93.

[27] BOBBIO N., *La filosofia giuridica di Hegel nell'ultimo decennio*, Rivista Critica di Storia della Filosofia, 1972, 27, 3, 293-319.

[28] HEGEL G.W.F., *Fenomenologia dello spirito*, 1807, 289, trad. it. di CICERO V., Bompiani, Firenze, 2017, "*la coscienza* [servile] *giunge a se stessa mediante il lavoro*".

[29] In questi termini si pone la legge francese del 7 gennaio 1971 sulle invenzioni, che concepisce il brevetto come la proprietà "naturale" dell'uomo sui frutti del suo lavoro. Cfr. LEMENNICIER B., *La*

derano la natura come proprietà in potenza o in divenire e poggiano sulla concezione di uno stato di natura in cui ogni risorsa è liberamente appropriabile dal singolo, per il tramite del proprio lavoro (Locke) o della propria volontà individuale (Hegel).

Su questo costrutto ideologico, poi affinato da Jeremy Bentham [30], si fondano [31] i regimi di proprietà intellettuale [32] dell'Europa continentale del XIX e XX secolo, a partire da quello francese [33]. L'autore (o l'inventore che sia) ha diritto a vedersi ri-

---

propriété des inventions: propriété naturelle ou monopole?, Parigi, 1995, 4-5, che richiama le argomentazioni svolte dal relatore della legge De Boufflers davanti all'Assemblea Generale.

[30] Scriveva Bentham: "*With respect to a great number of inventions in the arts, an exclusive privilege is absolutely necessary in order that what is sown may be reaped. In new inventions, protection against imitators is not less necessary than in established manufactures against thieves. He who has no hope he shall reap, will not take the trouble to sow. But that which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would be almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price*". Cfr. BURTON J.H. (ed.), *Benthamiana: or, Select extracts from the works of Jeremy Bentham: With an outline of his opinions on the principal subjectsdiscussed in his works*, Edinburgh, W.Tait publ., 1843, 168. Sul ruolo di Bentham nella fondazione della teoria della tutela della proprietà intellettuale cfr. FALCE V., *Sulle Fondazioni filosofiche delle dottrine economiche dell'innovazione*, cit., 125 ss.

[31] Ciò non deve far pensare che la protezione *derivi sic et simpliciter* dall'investimento economico, di tempo, umano effettuato. I diritti di proprietà intellettuale non mirano, infatti, a remunerare il lavoro di per sé, in quanto tale, se non indirettamente. Lo sforzo lavorativo è premiato solo ed esclusivamente al soddisfacimento delle condizioni di legge, ovvero se accompagnato dalla creatività, dallo sforzo inventivo, ecc., altrimenti non appare rilevante. La giustificazione della protezione non si rinviene nella tutela del lavoro, ma sul piano di diversi interessi individuali e generali di natura sociale e culturale. Cfr. ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 305.

[32] L'art. 1.2. TRIPs prevede che "*l'espressione "proprietà intellettuale" comprende tutte le categorie di proprietà intellettuale di cui alla parte II sezioni da 1 a 7*" e indica che questa convenzione si estende a diritti d'autore e connessi, marchi, indicazioni geografiche, disegni industriali, brevetti; topografie di prodotti a semiconduttori, e protezione delle informazioni segrete. Sulla definizione di "proprietà intellettuale" data dai TRIPs v. ad esempio MASTROIANNI, Sub art. 1 TRIPs, in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 4ª ed. 2007; UBERTAZZI L.C., *Introduzione,* in ID., *Proprietà intellettuale*, in AJANI G., BENACCHIO G.A. (a cura di), *Trattato di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 1 ss.; ROVATI A.M., *Le sanzioni*, *ibidem*, 441-457, 445. Definizione più ampia di "proprietà intellettuale" è ricavabile dall'art. 3 del Trattato istitutivo della WIPO secondo cui essa ricomprende "*i diritti relativi: / – alle opere letterarie, artistiche e scientifiche, / – alle interpretazioni degli artisti interpreti e alle esecuzioni degli artisti esecutori, ai fonogrammi e alle emissioni di radiodiffusione, / – alle invenzioni in tutti i campi dell'attività umana, / – alle scoperte scientifiche, / – ai disegni e modelli industriali, / – ai marchi di fabbrica, di commercio e di servizio, ai nomi commerciali e alle denominazioni commerciali, / – alla protezione contro la concorrenza sleale; / e tutti gli altri diritti inerenti all'attività intellettuale nei campi industriale, scientifico, letterario e artistico*". In particolare, questa definizione comprende anche la protezione contro gli atti di concorrenza sleale. A questo proposito la CGUE, 18 novembre 2003, C-216/01, Budweiser, ECLI:EU:C:2003:618 ha interpretato estensivamente la nozione di "proprietà industriale" *ex* art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'UE (*ex* art. 30 del Trattato sulla CE), in modo da includervi anche il rispetto della disciplina sulla lealtà nella concorrenza. In dottrina, per una ricostruzione storica v. SARTI D., *Sub art. 30 TCE*, in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit., 2007.

[33] La continuità con l'approccio giusnaturalista risulta chiaramente dalle parole di PORTALIS M., *Présentation au corps législatifs*, in FENET P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, VI, Parigi, 1836, 113, nel discorso di presentazione delle regole dominicali al corpo legislativo: "*Mais le principe du droit est en nous; il n'est point le résultat d'une convention humain ou d'une loi positive; il est*

conosciuto il frutto della propria creatività o inventiva e la proprietà è lo strumento che l'ordinamento appresta al fine di capitalizzare, direttamente o indirettamente, tale diritto.

La retorica lockiana è stata sovente tacciata di privilegiare i portatori di interesse privati (gli autori) sull'interesse pubblico all'accesso alla conoscenza e di offrire dunque legittimazione all'espansione incontrollata del diritto d'autore a danno del pubblico dominio[34]. In realtà, fu proprio Locke il primo a farsi esponente della preoccupazione di negare il diritto all'accumulazione illimitata. Egli afferma, infatti, che i diritti di privativa si giustificano solo laddove sia lasciato "*enough and as good in commons*", per il godimento altrui, così da preservare alcune risorse dall'accaparramento, rendendole liberamente disponibili per tutti[35]. Hegel, invece, pur negando che esistano "*precise principle*[s] *of determination*" per stabilire in che misura gli individui possano rivendicare diritti di proprietà sulle forme di conoscenza esistenti, oggetto di propria personale rielaborazione, riconosce l'importanza di un "comune intellettuale" ("*intellectual commons*"). Allo Stato, che ha il compito di difendere la proprietà dei suoi cittadini, Hegel demanda di predisporre limiti legali che garantiscano che i regimi di tutela della proprietà intellettuale siano al servizio delle esigenze di apprendimento delle generazioni future[36].

In seguito, sarà Jürgen Habermas, con il suo modello della sfera pubblica, a spiegare come l'obiettivo sociale dei diritti di privativa (ed in particolare del diritto d'autore) sia quello di promuovere la sfera pubblica dell'opera, facilitando la sua circolazione, pur garantendo all'autore un certo controllo su di essa[37].

Non a caso, a parte la tutela minoritaria talvolta riconosciuta a seguito del mero uso della creazione intellettuale (si pensi ai marchi di fatto o ai disegni o modelli non registrati), la maggior parte dei diritti di privativa (perciò anche detti titolati) è concessa previa registrazione. Si tratta di una formalità che, per sua natura, assolve ad una funzione pubblicitaria, finalizzata – tra l'altro proprio a garantire la maggior diffusione possibile del prodotto dell'ingegno a beneficio della collettività.

Nel mezzo, vi è una fiorente letteratura di critica nei confronti dei diritti di proprietà intellettuale, ispirata da idee libertarie e da preoccupazioni monopolistiche. Ad esempio, Thomas Jefferson, terzo presidente degli Stati Uniti, ma anche intellettuale segnato dal pensiero illuminista, si mostrava scettico verso i benefici della proprietà intellettuale e metteva in guardia contro le ricadute monopolistiche che da essi derivano[38]. Trent'anni più tardi, l'eco del suo pensiero veniva ripreso in Inghil-

---

dans la constitution même notre être, et dans non différentes relations avec les objets qui nous environnent".

[34] Si veda a riguardo CRAIG C.J., *Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law*, Queen's L.J., 2002, 28.

[35] Si veda GORDON W., cit., 1540-1560.

[36] DRAHOS P., cit., 98.

[37] HABERMAS J., *Strukturwandel der Offentlichkeit*, 1962, trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1971. Sull'applicazione della teoria di Habermas al diritto d'autore, con particolare riferimento alle conseguenze sulla protezione digitale delle opere si veda, DUSOLLIER S., cit., 220.

[38] Jefferson rifiutava l'idea che questi diritti possano considerarsi naturali ed essere garantiti al di fuori di rigidi schemi temporali. Cfr. lettera di Thomas Jefferson ad Isaac McPherson del 13 agosto

terra da Thomas Babington Macaulay che, in un celebre discorso davanti al Parlamento, si diceva rassegnato all'idea che il diritto d'autore fosse un "male necessario". Proprio per questo richiamava la necessità di ridurne al minimo la durata[39], evidenziando come il diritto di monopolio (specialmente quello di opposizione alla ristampa, concesso *post mortem auctoris* agli eredi) rappresenti uno strumento di controllo troppo penetrante sulla cultura collettiva.

In un momento storico in cui l'alfabetizzazione e l'istruzione di massa erano ritenute conquiste prioritarie, non deve stupire che gli animi più riformisti vedessero con ostilità privilegi che comportassero l'innalzamento del costo dei libri e agevolassero il confinamento del dibattito socio-politico all'interno delle sole classi più agiate[40].

Analoghi attacchi subiva, verso la metà del XIX sec., anche il sistema brevettuale, reo di generare le esternalità negative tipiche del modello monopolistico: l'innalzamento dei prezzi, la riduzione dell'offerta e della qualità del prodotto e la concentrazione del controllo su interi segmenti della scienza in capo a singole imprese o individui. In Olanda, nel 1869, si giunse persino ad abolire il diritto di bre-

---

1813, in BERGH A.E. (ed.), *Writings of Thomas Jefferson*, 1907, 13, 326, 333-334: "*That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property*". Non a caso, Jefferson espunse la proprietà dalla triade di diritti, libertà, vita e ricerca della felicità, che apre la Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti del 1776. Cfr. SCHLATTER R., *Private property: The history of an idea*, New York, 1973, 195-198. La giurisprudenza americana ha largamente attinto alle parole di Jefferson a partire dal caso *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 7 (1966). MOSSOFF A., *Who Cares What Thomas Jefferson Thought About Patents? Reevaluating the Patent 'Privilege' in Historical Context*, Cornell L. Rev., 2007, 92, 953, critica però chi utilizza il pensiero di Jefferson, fuori del contesto storico suo proprio, per contestare la *vis expansiva* della protezione brevettuale.

[39] MACAULAY T.B., *A Speech Delivered in the House of Commons*, 5 Febbraio 1841, in *The Life and Works of Lord Macaulay*, 1987, VIII, 201: "*It is good that authors should be remunerated; and the least exceptionable way of remunerating them is by a monopoly. Yet monopoly is an evil. For the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good*". I costi dei diritti di proprietà intellettuale e l'opportunità di limitarne l'estensione temporale sono sottolineati anche da MADISON J., *Monopolies, Perpetuities, Corporations, Ecclesiastical Endowments*, *in* ID., *Aspects of Monopoly One Hundred Years Ago*, Harper's Mag., 1914, 489-90 e da SMITH A., *Of the expenses of public works and public institutions*, in ID., *The Wealth of Nations*, cit., secondo cui "*By a perpetual monopoly, all the other subjects of the state are taxed very absurdly in two different ways: first, by the high price of goods, which, in the case of a free trade, they could buy much cheaper; and, secondly, by their total exclusion from a branch of business which it might be both convenient and profitable for many of them to carry on*".

[40] Si veda BROWN R.S.JR., *Unification: A Cheerful Requiem for Common Law Copyright*, UCLA L. Rev., 1977, 24, 1070, 1093; KAPLAN B., *An Unhurried View of Copyright*, Columbia University Press, New York, 1967, 112, 115, 125; CHAFEE Z.JR., *Reflections on the Law of Copyright* (pt. 2), Colum. L. Rev., 1945, 40, 719, 721-722, 730, che esprimono la loro preferenza per un regime di copyright che consenta la caduta in pubblico dominio delle opera nel più breve tempo possibile; SEVILLE C., *Literary Copyright Reform in Early Victorian England: the Framing of the 1842 Copyright Act*, Cambridge University Press, 1999, 46-48, che mette in luce come il diritto d'autore fosse avversato in quanto considerato una sorta di "*tax on literacy*".

vetto [41] e, per sostituirlo, si avanzò la proposta di un sistema di incentivi e premi statali in favore delle invenzioni più utili [42].

Da questi spunti, difficilmente sufficienti a rappresentare un quadro completo della critica alla proprietà intellettuale dei secoli scorsi, emerge però come questa critica non si accompagnasse in realtà ad una presa di posizione in difesa del pubblico dominio.

3. *Le cause dello scarso interesse teorico per il pubblico dominio*

Il pubblico dominio è stato per anni del tutto trascuratodalla letteratura scientifica. Plausibile spiegazione è stata ravvisata nella risalente tradizione di pensiero che escludeva "*dall'interesse di studio e di riflessione del giurista tutto ciò che gli appare oggetto di godimento così generalizzato da non esigere di protezione specifica*" [43]. In questi termini, la concezione del pubblico dominio come concetto opposto e contrario di "proprietà" [44] e dunque come bene in sé non appropriabile risultava incompatibile con ogni percezione dello stesso come risorsa valorizzabile e meritevole di attenzione e tutela [45].

Tradizionalmente, d'altronde, la stessa espressione "cadere in pubblico dominio" veicolava un messaggio negativo, come se un'opera o un'invenzione perdesse il riferimento al proprio autore/inventore, inteso come il responsabile della sua diffusione e sfruttamento, per divenire "orfana" dello stesso, proprietà di nessuno e destinata all'oblio [46].

Proprio per questo motivo, ai diritti di proprietà intellettuale (d'autore in particolare) è stato riconosciuto il merito di svolgere una funzione di salvaguardia dell'interesse culturale (c.d. "*cultural stewardship*") [47] verso risorse culturali di valo-

---

[41] Cfr. MACHLUP F., PENROSE E., *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, J. Econ. Hist., 1950, 10, 1, 4, n. 8.

[42] Si veda MACLEOD C., *Inventing the Industrial Revolution,* Cambridge University Press, 1988, 191-96. La possibilità di riconoscere "*fees, awards, acknowledgement, gratitude, praise, security, power, status, and public financial support*" e altri meccanismi per remunerare l'autore rappresenta per HETTINGER E. C., *Justifying intellectual property*, Philosophy & Public Affairs, 1989, 18, 31, 41, una delle principali obiezioni alla giustificazione lockiana della proprietà intellettuale.

[43] RESCIGNO P., *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, Quad. fior., 1976-1977, I, 861 ss., 877.

[44] BOYLE, J., *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, Law and Contemp. Probs., 2003, 66, 59-60, 68.

[45] SAMUELS E., cit., 137, fu uno dei primi autori ad esprimere scettiscismo sul pubblico dominio sia come concetto a sé stante, sia come elemento fondante dei diritti di proprietà intellettuale. Più neutro l'approccio di MERGES R.P., *The End of Friction? Property Rights and Contract in the "Newtonian" World of On-line Commerce,* Berkeley Tech. L. J., 1997, 12, 115, 134-135, che considera il pubblico dominio come un sussidio agli utenti, piuttosto che qualcosa cui il pubblico abbia titolo.

[46] In *Eldred v. Reno*, 239 f.3d 372, 379 (D.C. Cir. 2001), Judge Ginsburg osservava come fosse un "*romantic non-sense*" credere che fosse preferibile che le opere stiano in pubblico dominio: infatti le opere che non sono più nella proprietà privata dei loro autori "*disappear – not enter the public domain but disappear*".

[47] Tale funzione giustificherebbe anche l'estensione temporale particolarmente pronunciata dei di-

re, impedendo loro di essere dimenticate e languire negli archivi [48], in mancanza di un interesse concreto a curarne la commercializzazione [49].

Anche da un punto di vista di analisi economica del diritto, si è a lungo sostenuto come la creazione e lo sfruttamento di risorse informative a livelli di ottimizzazione fosse possibile solo sotto un regime di controllo privatistico, piuttosto che di largo dominio pubblico [50]. La tesi si appoggiava al celebre articolo, a firma del biologo americano Garrett Hardin, dal titolo *The tragedy of the commons* [51], apparso nel 1968 sull'autorevole rivista *Science*. "*L'idea essenziale era che le risorse tenute in comune (…) sono soggette a degrado di massa*" [52]. Il loro utilizzo sottrae benessere agli altri utenti [53].

---

ritti di privativa. Tanto questa è maggiore, tanto più alto sarebbe l'incentivo a sviluppare creatività, prima o poi destinate a cadere in pubblico dominio. Cfr. LANDES W.M., POSNER A.R., *Indefinitely Renewable Copyright,* U. Chi. L. Rev., 2003, 70, 471, 473-74: "*The size of the public domain is in part a positive function of the extent of copyright protection, since, as a first approximation, the more extensive copyright protection is, the greater the incentive to create intellectual property-some*".

[48] BARON R.A., *Reconstructing the Public Domain: Metaphor as polemic in the Intellectual property Wars*, Art and Museum Law, 2007, 2, 1, 1-29. Celebre a riguardo il discorso tenuto da Jack Valenti, Presidente e CEO di Motion Picture Association of America all'udienza su "Copyright Term Extension" davanti alla Subcommissione su "Corti e Proprietà Intellettuale" del High Committee on the Judiciary, 104th Cong. 53 (1995), in cui evidenziava come in assenza di protezione, non vi sarebbero sufficienti incentivi per investire nella distribuzione pubblica di contenuti culturalmente significativi.

[49] COHEN J.E., *Copyright, Commodification and Culture: Locating the Public Domain,* in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain*, cit., 1.

[50] Si v. BAIRD D.G., *Does Bogart Still Get Scale? Rights of Publicity in the Digital Age,* Green Bag. An Entertaining Journal of Law (Second Series), 2001, 4, 4, 357, che si schiera espressamente contro Kaplan: "*Many follow Kaplan and believe that preserving the public domain is a principal goal of intellectual property law. In this paper, however, I ask whether this intuition still makes sense. Perhaps the principal problem is no longer one of preserving the public domain but understanding how the law of intellectual property should function in a world in which our cultural icons and symbols are increasingly privately owned. To a very large extent, Kaplan's frontier may no longer exist*". In senso analogo, SAMUELS E., cit., 160-161, sostiene che nessuno possa affermare con certezza che un ricco pubblico dominio serva l'interesse pubblico meglio di quanto non farebbe la proprietà privata. *Contra* ZIMMERMANN D.L., *Is there a right to have something to say – One view of the public domain*, Fordham L. Rev., 2004, 73, 297, 309, che osserva come un regime di largo pubblico dominio è stato visto all'opera per generazioni negli Stati Uniti, dimostrandosi perfettamente compatibile con un alto livello di welfare sociale ed intellettuale. L'idea per cui elevati standard di tutela della proprietà intellettuale garantirebbero risultati migliori sarebbe priva – allo stato – di evidenza empirica.

[51] Cfr. HARDIN G., *The tragedy of the commons*, Science, 1968, 162, 3859, 1243-1248 (trad. it. *La tragedia dei beni comuni*, in L. COCCOLI (a cura di) *Commons/Beni comuni. Il dibattito internazionale*, goWare, Firenze, 2013, 24-44).

[52] BERKES F., FEENY D., MCCAY B.J., ACHESON J.M., *The benefits of the commons*, Nature, 1989, 340, 91.

[53] Nell'articolo, che affrontava più in generale il problema della sovrappopolazione in relazione alla scarsità di risorse del pianeta, Hardin immaginava un pascolo aperto a tutti e condiviso da un certo numero di pastori. Egli ipotizza che uno dei pastori si chieda quale utilità gli derivi dall'aggiungere al suo gregge (che fa pascolare su quel campo) un capo di bestiame addizionale. Per rispondere, l'*homo oeconomicus* hardiniano ricorrerà a un semplice calcolo costi/benefici. I benefici sono quelli che gli derivano dai guadagni ricavati dall'animale aggiuntivo: poiché egli li tiene tutti per sé, la sua utilità positiva segna un +1. I costi invece sono legati al sovra-sfruttamento (*overgrazing*) del pascolo determinato dall'aggiunta di un capo di bestiame: in questo caso però gli effetti negativi sono condivisi da tutti i pa-

Quale soluzione può allora consentire di evitare questi esiti tragici? L'unica strada – conclude Hardin – è limitare l'accesso al bene, sottoponendolo a un regime di proprietà pubblica o privata, sotto l'egida dello Stato o del mercato.

A riprova, veniva portato l'esempio del comunitarismo rurale, tacciato di essere la causa principale delle misere condizioni di vita materiale e della povertà dei contadini[54]. In realtà, a posteriori, si è osservato come la causa del fallimento di tale modello non fu tanto la proprietà collettiva in sé e per sé, quanto la distorsione dell'interesse pubblico a favore dello sfruttamento padronale e degli appetiti economici dei potenti comuni urbani, di cui molti beni comuni, specialmente i pascoli, divennero col tempo appannaggio esclusivo[55].

Solo a distanza di anni si realizzò che risolvere la tragedia dei beni comuni attraverso forme di privatizzazione (attribuendo quindi diritti di proprietà su una risorsa a diversi soggetti e quindi parcellizandola) presentava alcune controindicazioni. Michelman prima[56], e Heller ed Eisenberg poi[57], chiamarono queste esternalità negative tragedia degli *anticommon*s. Essi svilupparono una teoria relativa al sotto-utilizzo (*underuse*) di una risorsa, causata dal diritto di esclusione che una moltitudine di soggetti vanta su di essa in qualità di co-proprietari. Esercitando tale diritto, i co-proprietari finiscono per limitare lo sfruttamento dei beni comuni da parte degli altri soggetti, incorrendo in una situazione di blocco in cui nessuno ha l'effettivo privilegio di utilizzo.

Nel momento in cui vi sono numerosi soggetti con il diritto di escludere terzi da una risorsa questa viene sotto-utilizzata o non utilizzata affatto e questo mancato sfruttamento va a ledere il benessere sociale e di altri individui.

L'abitazione oggetto di eredità a beneficio di più eredi ne è un esempio para-

---

stori che utilizzano il pascolo, e perciò l'utilità negativa sarà solo una frazione di –1. Sommando i due parziali, il pastore razionale concluderà che per lui l'unico comportamento sensato da seguire sarà quello di aggiungere un altro animale al suo gregge, e poi un altro e un altro ancora, fino alla rovina del bene (la "tragedia" del titolo). Tali premesse portano quindi l'autore a predirre un sovraffollamento del pascolo come risultato delle scelte dei vari *rancher*. Si vedano anche BERKES F. et al, cit., 91-93; KOPELMAN S., TURK T.A., YBARRA C.E., *Too many spoil the broth: how the tragedy of the anticommons emerges in organizations*, Economic Science Institute working papers, 2012, 1-40.

[54] Si veda LUZZATTO G., *Breve storia economica dell'Italia medievale*, Einaudi, Torino, 1958, 89.

[55] DANI A., *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, www.historiaetius.eu, 2014, 6, 7, 45-48. L'autore, in una prospettiva di analisi storiografica, evidenzia come la nozione di bene comune debba le sue origini ad una reazione critica rispetto alla gestione burocratica, inefficiente, dispendiosa ed irresponsabile del pubblico, che ha portato alla sua progressiva svalorizzazione e svendita alla speculazione privata. Il bene comune matura, dunque, il suo significato in antagonismo rispetto alla nozione di bene pubblico, che da bene etimologicamente del popolo "*ha perduto troppo spesso la sua fisiologica relazione con la collettività, di qui la necessità di un concetto più forte, che richiami in evidenza quel legame pericolosamente venuto meno*". Si tratta dunque di un concetto sorto da una crisi, in cui la proprietà privata non ha saputo garantire la sua funzione sociale costituzionalmente prevista e la proprietà pubblica è divenuta soltanto una proprietà di Enti pubblici, malgestita, magari a beneficio di pochi e non della collettività.

[56] MICHELMAN F., *Ethics, Economics and the Law of Property*, in PENNOCK J.R., CHAPMAN J.W. (eds.), *Nomos XXIV: Ethics, Economics and the Law*, NYU Press, 1982, 3-40.

[57] HELLER M.A., EISENBERG R.S., *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, Science, 1998, 280, 698-701.

digmatico. Senza l'accordo unanime degli eredi non è infatti possibile destinare ad un unico fine il bene e nessuno potrà dar seguito al proprio programma di utilizzo, senza che gli altri siano consenzienti [58].

La contrattazione tra i co-proprietari può essere molto lunga e costosa, può incappare in cause legali altrettanto onerose, mentre l'abitazione non riceve alcuna destinazione d'uso, rimanendo infruttuosa.

A partire da diverse situazioni reali in cui i *commons* sono autonomamente gestiti con successo, Elinor Ostrom [59], che nel 2009 sarà la prima donna a essere insignita del premio Nobel per l'economia, cercò di dimostare come le tesi di Hardin fossero infondate. *Governing the commons*, uscito nel 1990 negli Stati Uniti, documenta, a partire da esperimenti sul campo, come in realtà, a determinate condizioni di "sostenibilità", le comunità possano gestire efficacemente le risorse di cui dispongono come proprietà comune [60].

Il Comune (inteso come gestione collettiva e partecipata delle risorse da parte di una comunità di individui) veniva dunque presentato come alternativa sia al pubblico che al privato.

Una variante della tragedia dei beni comuni è stata elaborata anche per i beni immateriali. Un'opera creativa o una nuova invenzione saranno sfruttate eccessivamente o sovrasfruttate da coloro che vi hanno accesso, in assenza di strumenti legali che limitino tale accesso e consentano all'autore o all'inventore di escludere utilizzatori indesiderati, o di addebitare loro una *royalty* per la licenza d'uso. A questo dilemma di consumo eccessivo si contrappone il dilemma correlato di sottoproduzione. Poiché le risorse culturali sono naturalmente abbondanti, solo l'esclusione dei *free riders* consente a creatori ed inventori di recuperare i costi di produzione e conseguire un profitto ragionevole. In loro assenza, queste risorse non saranno prodotte in quantità o qualità sufficienti. In breve, risorse intellettuali abbondanti per natura devono essere rese artificialmente scarse [61], per garantire che esse continuino ad essere prodotte e commercializzate.

Il diritto della proprietà intellettuale si pone come strumento di risoluzione di questo duplice dilemma, istituendo diritti di privativa su tali risorse (opere

---

[58] FENNELL L.A., *Commons, anticommons, semicommons*, in AYOTTE K., SMITH H.E. (eds.) *Research handbook on the economics of property law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011; DHONT K., VAN HIEL A., DE CREMER D., *Externalities awareness in anticommons dilemmas decreases defective behavior*, Journal of Behavioral Decision Making, 2012, 25, 228-238.

[59] In Italia, il libro di Ostrom è stato tradotto come *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia 2009.

[60] L'errore commesso da Hardin, secondo Ostrom, è conseguenza di quattro assunti fallaci:

1. Hardin parla di libero accesso e non di gestione dei beni comuni;

2. dà per scontata una comunicazione limitata o assente;

3. postula che le persone agiscano esclusivamente nel proprio interesse immediato (escludendo che vi sia chi tiene conto dei benefici collettivi, almeno fino a un certo punto);

4. offre soltanto due soluzioni per risolvere la tragedia: la privatizzazione o l'intervento del governo.

Secondo Ostrom, esiste invece una terza soluzione, un *tertium datur*: appunto, la gestione comune dei beni.

[61] IANNARELLI A., *Proprietà e beni: Saggi di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2018, 278.

dell'ingegno creativo, invenzioni e simili). Questi, "*piuttosto che rappresentare un'altra forma naturale di proprietà … sono dunque il frutto di un intervento dello Stato, che sceglie di orientare gli investimenti verso la ricerca … intervenendo autoritativamente sul mercato*" [62].

L'alternativa sarebbe rappresentata dal diretto finanziamento dell'arte e della ricerca, che però comporterebbe "*un più elevato livello di coercizione, portando inoltre a risultati che di regola sono meno efficienti di quelli che dà il mercato, perché rimette alla diretta decisione dell'autorità politica la scelta di quali ricerche finanziare*". Il sistema dei diritti di privativa, al contrario, orienta gli investimenti verso i settori in cui le opere sono maggiormente suscettibili di portare ad un ritorno economico, grazie all'esclusiva, e cioè verso quelli che il mercato indica come potenzialmente più ricchi di domanda [63].

Nel conferire il diritto di escludere gli altri dall'opera realizzata, il legislatore consente di creare una scarsità artificiale per i beni intellettuali, cosicché ne sia impedito lo sfruttamento congiunto a più soggetti, il loro prezzo aumenti e gli investimenti siano recuperati [64].

Il proverbiale rovescio della medaglia ci rammenta come l'operazione comporti costi sociali. Una volta realizzata l'invenzione, lo *ius excludendi* limita l'accesso al bene oggetto di protezione a coloro che siano disposti, al fine di farne uso, a pagare un prezzo sovracompetitivo. Ciò si presenta notoriamente problematico per i cosiddetti beni "salva-vita", come i medicinali, e acuisce le disuguaglianza tra paesi sviluppati e non. Per di più, dal momento che l'innovazione ha sovente carattere cumulativo, la protezione insita nelle privative può rappresentare un freno ai processi innovativi, inibendo l'accesso a determinati input utili ai fini di innescare processi di innovazione incrementale [65].

4. *Il pubblico dominio come interesse pubblico meritevole di tutela e il valore intrinseco di un pubblico dominio ricco ed accessibile*

È dunque possibile affermare che per lungo tempo il concetto di pubblico dominio è stato considerato come un mero "dato di fatto", ovvero come una presenza

---

[62] GALLI C., *Diritti di proprietà intellettuale e remunerazione degli investimenti*, Quaderni di AIDA, 2005, 68, 78; SENA G., *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, Riv. dir. ind., 2004, I, 55, 59 e in GOISIS G., *Studi in onore di Mario Talamona*, Cedam, Padova, 2004, che definisce la proprietà intellettuale come "*l'istituto giuridico che consente la allocazione delle risorse nella ricerca e sviluppo, secondo la logica della economia di mercato, al di fuori di ogni discrezionalità amministrativa*".

[63] GALLI C., *ibidem*.

[64] HAYEK F.A., *The Fatal Conceit. The errors of socialism*, Chicago-Londra, 1989, richiamato da PALMER, *Intellectual Property: A non-Posnerian Law and economics approach*, Hamline Law Rev., 1988-1989, 12, 261, 279 e da GALLI C., cit., 76.

[65] COLANGELO G., *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2008.

naturalmente immanente nel diritto della proprietà intellettuale[66]. Ciò ha di fatto impedito che ne sia stata adeguatamente riconosciuta la funzione ed il valore.

La prima istanza dottrinale diretta a stimolare la discussione sul pubblico dominio come oggetto di tutela giuridica è stata riconosciuta[67] in un articolo del 1981 di David Lange dal titolo "*Recognizing the Public Domain*"[68].

Il contributo, in sé e per sé, non offriva alcun tentativo di definire il concetto di pubblico dominio, né anticipava alcuna delle distinzioni tra le diverse nature o anime del pubblico dominio[69]. Prendeva invece posizione contro l'espansione incontrollata dei diritti di proprietà intellettuale nello scenario degli anni 1960-70[70] ed individuava, quale sua principale causa, il carattere immateriale ed astratto di questi diritti, che ne rende incerti i confini ed elevato il rischio di duplicazione delle tutele[71].

Nell'affermare la necessità di porre un freno a tale espansione, Lange suggeriva che alla concessionedi diritti di proprietà intellettuale debba necessariamente corri-

---

[66] ZIMMERMANN D.L., *Is there a right to have something to say*, cit., 301: "*historically, no pressing need existed to defend the centrality of a rich public domain or even to define its components in detail because the importance of keeping as much communicative material as possible out of private control was simply assumed*".

[67] BOYLE J., *The Second Enclosure Movement*, cit., 59; OCHOA T., *Origin and Meanings of the Public Domain*, Dayton L. Rev., 2002, 28, 216; DEAZLEY R., *Copyright's public domain*, in WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property*, cit., 21.

[68] LANGE D., *Recognizing the Public Domain*, cit., 147; sebbene anteriormente già KRASILOVSKY M.W., *Observations on Public Domain*, Bull. Copy. Socy., 1967, 14, 205, si era interessato dell'argomento. Nella prima decade successiva al pionieristico contributo di Lange, la letteratura sul tema è cresciuta modestamente. A catallizzare l'attenzione sul tema furono invece: a) il *Symposium* sul pubblico dominio tenutosi alla Duke University nel 2001 e confluito nei contributi raccolti dalla rivista *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003; b) la sentenza della Corte Suprema Statunitense nel caso *Eldred v. Ashcroft* U.S. 186 (2003) in cui si contestava la legittimità costituzionale dell'estensione ventennale della durata del diritto d'autore, sul presupposto che la Costituzione impedisse di concedere diritti esclusivi qualora ciò non fosse giustificato da un minimo surplus di originalità del lavoro.

[69] DEAZLEY R., *Copyright's public domain*, cit., 21, il quale evidenza come tale caratteristica può ascriversi a diversi contributi in materia, quali, a titolo esemplificativo, CRAMER E., BLOCK L., *Public Domain: Available but not always free*, Fordham Ent. Media & Int. Prop. L. J., 2011, 2, 1; SCHIFFMAN S.M., *Movies in the Public Domain: A threatened species*, Columbia J. of Law and the Arts, 1996, 20, 633; BOTT C., *Protection of Information Products: Balancing Commercial Reality and the Public Domain*, University of Cincinnati L. Rev., 1998-1999, 67, 237.

[70] LANGE D., cit., 150, 153, 156, secondo cui "*the growth of intellectual property in recent years has been uncontrolled to the point of recklessness. (…) the law seemed suddenly to metastasize (…) it has developed too rapidly and in too many ill-defined directions, with the consequence that in numerous instances exclusive rights have been recognized in contenders who simply have not demonstrated a legitimate claim. (…) the field of intellectual property can begin to resemble a game of conceptual Pac Man in which everything in sight is being gobbled up*". SEVILLE C., cit., 21-22, 46-48, e 105-109, riporta i dibattiti parlamentari sull'estensione dei termini di durata del diritto d'autore, mettendone in risalto gli effetti negativi sull'educazione del paese.

[71] LANGE D., cit., 176. "*Indeed, so insubstantial is the stuff of intellectual property that the more insistent image is not the sturdier lands of the American west but the more fragil tundra of the Alaskan North: wild, vast, inaccessible, beatiful, but singularly unsuited to colonization*".

spondere il riconoscimento di un diritto al pubblico dominio [72]. Egli non contestava che le opere dell'ingegno siano meritevoli di tutela giuridica, ma sosteneva che questa tutela debba essere condizionata al riconoscimento di due principi fondamentali:

1) che la proprietà intellettuale riconosca l'esistenza di una sorta di "terra di nessuno" posta ai suoi confini [73];
2) che nessun diritto esclusivo possa essere concesso, se l'interesse concettualmente opposto o antagonista non ottenga analogo riconoscimento [74].

Tali principi conducevano a loro volta ad una duplice conclusione:

1) ogni diritto su beni immateriali dovrebbe essere delimitato con chiarezza rispetto al pubblico dominio;
2) i casi dubbi di presunta violazione di un diritto di privativa altrui dovrebbero essere risolti in favore di chi eccepisca la libera disponibilità del contenuto utilizzato [75], valorizzando il rapporto di regola/eccezione esistente tra pubblico dominio e diritti di esclusiva.

La novità del pensiero di Lange deve leggersi nel tentativo di riconoscere per la prima volta al pubblico dominio uno status giuridico di intangibilità, ovvero di sottrarlo ai tentativi dei privati di acquistare diritti di monopolio sui suoi contenuti. Il fondamento normativo di tale tesi viene rinvenuto nel regime di indisponibilità accordato alla nozione civilistica di beni comuni [76], con cui, nella tradizione americana, si identificano i beni di proprietà del demanio [77].

In sostanza, accanto ad una "individual ownership", cioè ad una proprietà di natura esclusiva riconosciuta al singolo,, viene a configurarsi una "collective ownership", ossia una proprietà aperta ad un numero indeterminato di consociati, sopra ciò che si trovi in pubblico dominio [78]. Senza che ciò implichi, dunque, che i beni in

---

[72] LANGE D., cit., 178: "*The problems will not be resolved until courts have come to see the public domain not merely as an unexplored abstraction but as a field of individual rights fully as important as any of the new property rights*".

[73] L'espressione viene già usata da DERENBERG W.J., *Copyright No-Man's Land – Fringe Rights in Literary and Artistic Property,* J. Pat. Off. Soc'y, 1953, 35, 770, ma da una prospettiva opposta, ovvero per lamentare le lacune di tutela contro gli atti di contraffazione.

[74] In senso analogo HOFFMAN S.J., *Limitations on the Right of Publicity,* Bull. Copyright Soc'y, 1980, 28, 111, 112, secondo cui "*One man's right is another man's restraint, and to set levels of protection in the intellectual property and unfair competition fields only in response to the needs of one group … distorts the function of these laws …*". Si veda anche KAPLAN B., cit., 74-77.

[75] LANGE P., cit., 150 e 173-174: "*courts might begin to deal with overreaching plaintiffs as competent parents learn in time to deal with greedy children, by saying "no". (...) In doubtful cases, (…) the defendant ought always to prevail*".

[76] In merito si rinvia al par. 7.3 di questo capitolo.

[77] Sulle analogie tra pubblico dominio in proprietà intellettuale e la c.d. "*public trust doctrine*" sui beni demaniali cfr. BOYLE J., *The Second Enclosure Movement*, cit.; RYAN M., *Cyberspace as Public Space: A Public Trust Paradigm for Copyright in a Digital World*, Or. L. Rev., 2000, 79, 647; COHEN J., *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, Berkeley Tech. L.J., 1998, 13, 1089, 1117, n. 99.

[78] I termini *individual* e *collective ownership* sono utilizzati da HILTY R.M., *Individual, multiple and collective ownership*, cit.

pubblico dominio siano "non proprietà", ovvero beni adespoti, caratterizzati dalla assenza o perdita di proprietà. Non fosse così, l'utilizzo del termine "dominio", notoriamente sinonimo di proprietà, per definire un concetto il cui significato è "beni non oggetto di proprietà" sarebbe quanto meno paradossale.

Riconoscere che sul pubblico dominio insista un interesse proprietario comune, equivale a dire che ciascun membro della collettività oltre ad avere un eguale diritto di modifica, rielaborazione e trasformazione dei suoi contenuti, vanta altresì il diritto a rivendicarne la comune proprietà, ovvero ad opporsi a tentativi di loro privata appropriazione [79].

Le "due proprietà", quella individuale o privata e quella collettiva o comune, hanno trovato terreno di confronto in due opposti orientamenti culturali concernenti le future linee di sviluppo del diritto sui beni immateriali. Da un lato, si ha una visione incentrata su un elevato livello di protezione dei diritti di esclusiva, intesi quali strumenti di promozione del mercato interno e di crescita dell'intero sistema economico, rispetto ai quali eccezioni e limitazioni non dovrebbero rappresentare altro che occasionali elementi derogatori [80]. Dall'altro ed in contrapposizione, il riferimento va a posizioni maggiormente inclini alla valorizzazione degli interessi dei fruitori delle opere dell'ingegno, considerati anch'essi meritevoli di tutela [81].

A seconda di dove penda l'ago della bilancia, potremmo di qui conoscere due società molto diverse, a riprova dell'impatto che il diritto può avere su di essa. Come sottolinea Vincenzo Franceschelli [82] con riferimento ad alcune tra le più celebri cause giudiziarie che hanno coinvolto diritti di proprietà intellettuale negli ultimi anni, "*ogni decisione può cambiare certi aspetti della nostra vita quotidiana, dall'acquisto di software usato, al nostro vivere digitale, alle nostre passeggiate domenicali. Se avesse vinto Peppermint, Telecom avrebbe dovuto consegnare migliaia di indirizzi IP* [83]*. Se avesse vinto Oracle, il mercato del software usato sarebbe morto sul*

---

[79] A tal riguardo, è opportuno ricordare che l'art. 42 Cost. riserva alla legge la determinazione dei limiti della proprietà privata "*allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*". La costituzione americana offre azione diretta avverso ogni privazione del diritto di proprietà, attraverso la "*Due Process Clause*" di cui al V Emendamento: "*No person shall … be deprived of life, liberty, or property, without due process of law …*", cfr. EPSTEIN R., *The Public Trust Doctrine*, Cato J., 1987, 7, 411, 426-28.

[80] DIETZ A., *Constitutional and Quasi-Constitutional Clauses for justification of Author's Rights (Copyright)*, GRUR INt., 2006, 7 ss.

[81] La contrapposizione è tratteggiata da MEZZANOTTE F., *Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore UE (parte II: Le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)*, Quaderni di AIDA, 2017, 301.

[82] FRANCESCHELLI V., *Digital Single Market,* cit., 252.

[83] Il caso riguardava la richiesta di ottenere dal provider gli indirizzi degli utenti che assumeva avessero scaricato da internet le opere protette. Cfr. Trib. Roma, ord. 18 agosto 2006, 22 settembre 2006, 5 aprile 2007, 20 aprile 2007, 26 aprile 2007, Riv. dir. ind., 2008, II, 4, con nota di DE CATA M., *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"* e Trib. Roma, ord. 9 febbraio 2007, Dir. Internet, 2007, 461, con nota di CASO R., *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti peer to peer: in margine al caso Peppermint. Profili di diritto comparatore*. Per una disamina approfondita si rinvia a BLENGINO C., SENOR M., *Il caso «Peppermint»: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer to-peer*, Dir. inf., 2007, 4-5, 835 ss.; FOGLIA G., *La privacy*

nascere, e non si sarebbe esteso il concetto di esaurimento alle opere digitali[84]*. Se avesse vinto la Eugen Ulmer AG, tutte le biblioteche d'Europa non avrebbero potuto digitalizzare i volumi conservati nei loro scaffali*[85]*. Se avesse vinto la Warner/Chappel Music non potremmo più cantare "Happy Birthday" ai nostri compleanni*" [86].

In questo scenario, non è un caso, dunque, che nel momento stesso in cui il diritto sui beni immateriali è diventato la base della nuova struttura giuridico-economica, di converso e in antitesi ad essa si siano sviluppate campagne a sostegno del pubblico dominio, a partire dai movimenti *no-copyright*, dell'*open source* e del *free-software*[87]. Tali movimenti sfidano la possibilità di privatizzare il sapere collettivo tramite i diritti di proprietà intellettuale. Tendono infatti a creare *community* di ricercatori in grado di sviluppare in modo sinergico e cumulativo un sapere collettivo di volta involta innovativo e in grado di influenzare la stessa traiettoria tecnologi-

---

vale più del diritto d'autore: note in materia di filesharing e di sistemi peer-to-peer, Riv. dir. ind., 2007, 6, 585 ss.; GAMBINI M., *Diritto d'autore e tutela dei dati personali: una difficile convivenza in Rete*, Giur. it., 2009, 2, 509 ss.; GIOVANELLA F., *Effects of Culture on Judicial Decisions. Personal Data Protection vs. Copyright Enforcement,* in CASO R., GIOVANELLA F. (a cura di), *Balancing copyright law in the digital age. Comparative perspectives*, Springer, Berlino, 2015, 65-98.

[84] CGUE, 3 luglio 2012, C-128/11, UsedSoft, ECLI:EU:C:2012:407, che ha stabilito che il principio dell'esaurimento del diritto di distrinuzione opera non solo quando il titolare del diritto d'autore commercializza le copie del proprio software su un supporto informatico tangibile (CD-ROM o DVD), bensì parimenti quando le distribuisce tramite download dal proprio sito internet.

[85] CGUE, sez. IV, 11 settembre 2014, C-117/13, Eugen Ulmer, ECLI:EU:C:2014:2196, Dir. inf., 2014, 6, 932 e in Dir. com. e degli scambi internazionali, 2015, 168, secondo cui la Direttiva 29/2001 non osta a che uno Stato membro conceda alle biblioteche il diritto di digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, qualora tale atto risulti necessario ai fini della messa a disposizione degli utenti di tali opere, su terminali dedicati, nei locali delle istituzioni stesse. Per un approfondimento sulla pronuncia si vedano ROSATI E., *Copyright: CJEU says that Member States may grant public libraries the right to digitize works in their collections*, JIPLP, 2015, 6-8; LINKLATER E., *Make me an offer I won't regret: Offers to license works on acceptable terms cannot block libraries'"right" to digitize for access on dedicated terminals: Technische Universität Darmstadt*, Common Market L. Rev., 2015, 813-823; MULLER D.B., WIEBE A., *Die Zulässigkeit elektronischer Leseplätze in Bibliotheken*, Neue juristische Wochenschrift, 2015, 741-744; BUSSEUIL G., *À propos de la numérisation des oeuvres par les bibliothèques: effet utile ou déconstruction des exceptions au droit d'auteur?*, Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication, 2014, 108, 55-60; DERIEUX E., *Numérisation et mise à disposition des ouvrages des bibliothèques publiques*, Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication, 2014, 108, 50-54; LÖWENHEIM U., *Grenzen der Nutzung elektronischer Leseplätze*, GRUR, 2014, 1057-1060; STEINHAUSER E.W., *EuGH-Urteil zu elektronischen Leseplätzen stärkt Wissenschaftsurheberrecht*, GRUR PRAX, 2014, 471-473; COSTES L., *Numérisation de livres par les bibliothèques: l'analyse de la CJUE*, Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication, 2014, 108, 21-22; WALTER M.M., *Digitale Nutzung von Werken in Bibliotheken – "Terminalausnahme"*, MR-Int: Internationale Rundschau zum Medienrecht, IP– & IT-Recht, 2014, 82-84; JANI O., *Urheberrecht: Anforderungen an zulässige elektronische Leseplätze*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2014, 872-873.

[86] *Good Morning to You Productions Corp., et al. v. Warner/Chappell Music, Inc., et al.*, Case No. CV 13-04460-GHK (MRWx), US District Court, Central District of California. Il caso era esploso allorché la casa produttrice cinematografica Rupa Marya e il musicista Robert Siegel, volendo realizzare un lungometraggio sulla canzoncina, si vedevano richiesti dalla casa discografica 1.500 $ per i diritti di esecuzione, vedendosi così costretti ad instaurare una causa in prevenzione per accertare come la canzone fosse di dominio pubblico. Per un approfondimento si veda BRAUNEIS R., *Copyright and the World's Most Popular Song*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 2009, 56, 335.

[87] Cfr. HIMANEN P., *L'etica hacker e lo spirito dell'età dell'informazione*, Feltrinelli, Milano, 2001.

ca [88]. Se nei primi anni del Duemila, questo rischio ha fortemente influenzato le strategie delle grandi multinazionali dell'informatica, oggi le stesse trovano conveniente sfruttare il *general intellect* sociale non più con una politica di bruta espropriazione, ma piuttosto con l'arma della cooperazione produttiva, sino a mettere in dubbio l'attributo della gratuità del prodotto *open source* [89].

Il rinnovato interesse per il tema del pubblico dominio e della sua necessaria conservazione può dunque interpretarsi come l'emblema di questa diffusa critica contro i diritti di proprietà intellettuale e la loro "deriva monopolistica" [90]. L'interesse per il pubblico dominio si è infatti materializzato (in parallelo al ritorno in auge dei beni comuni), non appena esso è stato avvertito come "specie a rischio", chiamata a fronteggiare minacce di estinzione.

Seguendo questa traiettoria, oggi, alla visione originaria che vedeva il pubblico dominio come *res nullius*, se ne è sostituita un'altra, intesa a valorizzarlo come *res publici iuris*, ovvero proprietà collettiva, comune, di tutti.

Se l'attenzione del legislatore (e conseguentemente della dottrina) si era storicamente focalizzata nelle ultime decadi sulla definizione della portata dei diritti di proprietà intellettuale e sulla loro tutela, si assiste ora ad un significativo spostamento del centro di interesse verso i limiti di tali diritti, che delineano il perimetro del pubblico dominio.

Tale rinnovato interesse è stato senz'altro favorito dal riconoscimento che il pubblico dominio ha un valore economico intrinseco [91]. Ci si è accorti che si tratta di una risorsa fondamentale per lo sviluppo socio-economico [92] e culturale del pia-

---

[88] Secondo BENKLER Y., *The Wealth of Networks: How social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, 2007 e ID., *The Penguin and the Leviathan: How cooperation trimphs over self-interest*, Crown Business, New York, 2011, l'economia sta passando dalla fase della "wealth of Nations" a quella della "wealth of Networks", dove la creazione di valore assume forme sempre più cooperative. Dove le imprese-Leviatano (come Microsoft, sorta di coccodrillo del mercato del software) devono sempre più fare i conti con una miriade di pinguini, immagine simbolo di Linux e del software libero e aperto.

[89] Per approfondimenti, cfr. FORMENTI C., *Mercanti di futuro. Utopia e crisi della Net Economy*, Einaudi, Torino, 2002, 42 ss.

[90] La protesta ha preso le mosse dalla estensione della durata temporale del diritto d'autore. BESSER H., *Recent Changes to Copyright: Attacks Against the Public Interest*, Peace Journal, 1999, 11, 1; KUHNE C.K. III, *The steadily shrinking public domain: inefficiencies of existing copyright law in the modern technology age*, Loy. L. Rev., 2004, 50, 549-563, si schiera a favore di una durata del diritto d'autore trentennale, cui possano seguire rinnovi decennali, fino ad una durata massima di cento anni.

[91] Si veda sul tema BOETTIGER S., CHI-HAM C., *Defensive Publishing and the Public Domain*, in KRATTIGER A., MAHONEY R.T., NELSEN L., THOMSON J.A., BENNETT A.B., SATYANARAYANA K., GRAFF G.D., FERNANDEZ C., KOWALSKI S.P. (eds.), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, 2007, http://www.iphandbook.org.

[92] Come dimostra l'interesse per l'analisi economica del pubblico dominio, al centro di uno studio commissionato dall'Unione Europea dal titolo COMMUNIA, *Economic and Social Impact of the Public Domain: EU Cultural Istitutions and the PSI Directive*, 2009e dei lavori di POLLOCK R., *The Value of the Public Domain*, Institute for Public Policy Research, Londra, 2006 e SALZBERGER E., *Economic Analysis of the Public Domain*, in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain,* cit., 27-58. Abbondano invece gli studi sull'economia delle licenze *open access* e dei software *open source*, si veda tra gli altri lo studio commissionato da Knowledge Exchange a HOUGHTON J., *Open Access – What are the economic benefits? A comparison of the United Kingdom, Netherlands and Denmark*, 2009.

neta. È, infatti, fonte inestinguibile di "capitale semantico", "*la forma più importante di capitale, quella che sorpassa di gran lunga in valore (concepito in termini di ciò per cui ci preoccupiamo e non soltanto di ciò per cui siamo disposti a pagare) qualsiasi capitale economico e, di conseguenza, qualsiasi altro capitale a esso riconducibile*". Si tratta dell'insieme di contenuti e risorse, che siano "*idee, intuizioni, scoperte, invenzioni, tradizioni, culture, linguaggi, arti, religioni, scienze, narrative, storie, poemi, abitudini e norme, musica e canzoni, giochi, esperienza personali e pubblicità, che … impieghiamo … per attribuire un significato e dare un senso alla nostra esistenza e al mondo che ci circonda, per definire chi siamo e per sviluppare una vita individuale e collettiva*" [93]. Come capitale semantico, il pubblico dominio è la base della nostra conoscenza condivisa, della nostra cultura ed è a fondamento della autocomprensione di noi stessi come individui e come membri di una società, di cui ci riconosciamo parte proprio per l'eredità culturale ed il patrimonio cognitivo comune. Il risultato è che un pubblico dominio sano e florido rappresenta uno dei prerequisiti per assicurare ad ogni individuo il "*diritto di prender parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere dell'arte e di partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici*", garantito dall'art. 27 (1) della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (v. sub. par. 7.10).

Il pubblico dominio rappresenta inoltre "*la materia grezza dalla quale viene ricavata la nuova conoscenza e si creano nuove opere culturali*": ad esso attinge l'industria culturale per dare forma a nuovi prodotti dell'arte, della scienza e della tecnica [94]. Ogni bene immateriale proteggibile come proprietà intellettuale trae origine e ispirazione dall'esistenza di un pubblico dominio [95]. Esso opera pertanto come meccanismo di protezione "*onde assicurare che questo materiale grezzo sia disponibile al costo di riproduzione – vicino allo zero – e che tutti i membri della società possano costruirvi sopra*". In quest'ottica, il sistema dei diritti immateriali limitati (non solo temporalmente), sarebbe disegnato appositamente col fine ultimo di alimentare il pubblico dominio e promuovere il libero accesso ad esso [96].

La protesta contro la vis expansiva dei diritti di privativa ha dunquepresto lasciato il passoal tentativo di costruire un regime di salvaguardia e tutela di un pubblico dominio ricco ed accessibile, visto non più solo come uno scarto involontario o un "cimitero" di diritti di privativa scaduti, ma come l'obiettivo finale a cui la tutela della proprietà intellettuale deve tendere per trasformarsi in utilità sociale [97].

---

[93] FLORIDI L., *Semantic Capital*, cit., 481.

[94] COMMUNIA, *The Public Domain Manifesto*, https://publicdomainmanifesto.org (ultimo accesso 23.3.2021).

[95] CHANDER A., SUNDER M., *The Romance of the Public Domain*, Cal. L. Rev., 2004, 92, 1331, 1334 e 1340.

[96] BOYLE J., *The Second Enclosure Movement,* cit., 60. Ma si veda altresì PATTERSON L.R., LINDBERG S.W., *The nature of copyright: a law of users'right*, University of Georgia Press, 1991, che tratteggiano un diritto d'autore come diritto degli utilizzatori, rovesciando la prospettiva tradizionale.

[97] BIRNACK M.D., *More or Better? Shaping the Public Domain*, in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., cit., 59-60, secondo cui "*… the public domain is not merely – or rather should not be – an unintended byproduct, or 'graveyard'of copyrighted works, but its very goal …*". In questi termini, si è ripetutamente espressa anche la Suprema Corte statunitense. In Sony Corp. Of America v. Universal City Studios,

Mantenere un pubblico dominio ricco e robusto si presenta pertanto come un obiettivo primario anche e soprattutto ai fini di un sistema equilibrato ed efficiente dei diritti di proprietà intellettuale [98].

Il presente lavoro prende le mosse di qui per proporre non più un diritto della proprietà intellettuale, ma un diritto del pubblico dominio e al pubblico dominio.

Non si intende certo negare l'importanza, né mettere in dubbio l'utilità della proprietà intellettuale. Bensì sottolineare come essa debba necessariamente essere affiancata (o per meglio dire correlata), ad un diritto al pubblico dominio, inteso come diritto che ciascun consociato vanta singolarmente a poter fruire liberamente del capitale intellettuale accessibile e disponibile. Come scrive Hilty, le due "proprietà" devono necessariamente convivere: "*Undeniably, the conviction exists that certain protected subject matter – notably information (…), but also the vague term "culture" etc. – should not be "monopolised" in a way that impairs the interests of the general public. This aim, however, is not only to be achieved at the cost of denying the possibility of individual ownership. Rather, the negative impacts of such individual ownership should be compensated by the application of specifically designed limitations in order to safeguard such general interests*".

In questa direzione, ci si propone in sostanza di rovesciare la prospettiva e guardare ai regimi giuridici che si interpongono nella circolazione dei beni immateriali non più dal punto di vista del titolare dei diritti e delle facoltà a questi concesse, bensì del libero utilizzatore che da queste facoltà vede ristretta la propria creatività ed inventiva. Il diritto che governa la circolazione dei beni immateriali è stato costruito secondo una logica eminentemente proprietaria e con un indiscusso *favor* verso il titolare dei diritti. Non a caso, per analizzare lo spazio riservato al pubblico dominio devono prendersi in considerazione le "eccezioni" ai diritti riconosciuti dall'ordinamento all'autore o al creatore. Che questa prospettiva sia corretta è già stato ampiamente messo in discussione da coloro i quali hanno evi-

---

Inc., 464 U.S. 417 (1984), al punto 429 ss. si afferma che "*The limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired*", e ancora "*The limited scope of copyright holder's statutory monopoly, like the limited copyright duration required by Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest: Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music and the other arts*". MCCARTHY J.T., *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Clark Boardman Callaghan, 2002, 4ª ed., § 1:2, esprime chiaramente la gerarchia: "*Public domain is the rule. Intellectual property is the exception*". Analogamente, con riferimento al diritto di brevetto, in *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141 (1989), al punto 151, afferma il primato del pubblico dominio sul diritto di privativa: "*The novelty and non-obviousness requirements of patentability embody a congressional understanding, implicit in the Patent Clause itself, that free exploitation of ideas will be the rule, to which the protection of a federal patent is the exception. Moreover, the ultimate goal of the patent system is to bring new designs and technologies into the public domain through disclosure*".

[98] Non sono mancate voci critiche sul punto. VAN CAENEGEM W., cit., 330, ha evidenziato come la nozione prettamente occidentale di diritti di proprietà intellettuale abbia di fatto privato di qualsivoglia tutela le conoscenze tradizionali delle popolazioni indigene: "*to them the notion of the public domain can thus operate to legitimise the denial of claims to control over knowledge, and thus as an instrument of dispossession*". L'autore conclude pertanto che "*the view that a bigger and thus "healthier" public domain is ipso facto a "good thing" across the board does not hold true*".

denziato come il fine ultimo di tutti i regimi giuridici che regolano la circolazione dei beni immateriali sia in fondo la promozione della libera concorrenza e del libero mercato [99].

5. *La nozione di pubblico dominio*

La necessità di invertire la prospettiva consueta imposta dal legislatore e seguita dalla manualistica, incentrata sulla definizione della portata dei diritti di privativa sui beni immateriali, non può che muovere da un tentativo di elaborare, al contrario, ciò che da tali diritti non è coperto: il pubblico dominio appunto.

Secondo Lange, la nozione di pubblico dominio appare "*amorphous and vague, with little more of substance in it than is invested in patriotic or religious slogans on paper currency*" [100]. Anche Pamela Samuelson osserva che il pubblico dominio appare un "*unchartered terrain*", "*an undifferentiated blob of unnamed size and dimensions … a vast and diverse assortments of contents*" [101], mentre Deazley lo descriverà "*as a nebula, as a space without form or clearly defined boundaries*" [102]. L'indeterminatezza della nozione di pubblico dominio, evidenziata anche da molti studiosi dei "beni comuni" [103], si spiega principalmente in relazione ad uno dei tratti distintivi peculiari della proprietà intellettuale, che non condivide con la "proprietà privata" tradizionalmente intesa [104]: il principio di tassatività (o *numerus clausus* dei diritti reali) [105]. L'assenza di tale limite, che vale di per sé ad ostacolare la nascita di aree di monopolio sottratte alla libera concorrenza, da un lato garantisce una flessibilità al dominio della proprietà intellettuale, necessaria a renderla quanto più ri-

---

[99] Si veda ex multis GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 3-4.

[100] LANGE D., cit., 177.

[101] SAMUELSON P., *Mapping the Public Domain: Threaths and Opportunities*, Law & Contemporary Problems, 2003, 66, 147, 148.

[102] DEAZLEY R., cit., 22.

[103] *Ibid.*, 22, secondo cui "*This slipperiness is further compounded by the fact that many who write about the public domain often use the phrase interchangeably wit other equally imprecise and/or undefined terms, such as the "public sphere" or simply the "Commons"*".

[104] DEAZLEY R., cit., 32.

[105] Da ultimo si veda Cass. civ. sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, secondo cui "*La pattuizione avente ad oggetto l'attribuzione del cd. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente, come tale, parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, idoneo ad incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del "numerus clausus" dei diritti reali e della tipicità di essi. Ne consegue che il titolo negoziale che siffatta attribuzione abbia contemplato implica di verificare, nel rispetto dei criteri di ermeneutica applicabili, se, al momento di costituzione del condominio, le parti non abbiano voluto trasferire la proprietà ovvero, sussistendone i presupposti normativi previsti e, se del caso, attraverso l'applicazione dell'art. 1419 c.c., costituire un diritto reale d'uso ex art. 1021 c.c. ovvero, ancora se sussistano i presupposti, ex art. 1424 c.c., per la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo in contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (ovviamente "inter partes") di natura obbligatoria*". In senso conforme, Cass. civ. sez. II, 09 gennaio 2020, n. 193, Riv. del Notariato, 2020, 4, II, 687.

spondente e funzionale all'evolvere delle forme dell'arte e della tecnica; d'altro canto, richiede però la consapevolezza che i confini del pubblico dominio sono minacciati dalla *vis expansiva* di tali forme di monopolio.

L'indeterminatezza della nozione di pubblico dominio vale inoltre a giustificare perché il tentativo di meglio definire i confini, già affrontato da diversi autori [106], si sia per lo più mosso in una prospettiva di diritto transnazionale e dunque prescindendo dalle peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali. La definizione della portata dei diritti di privativa sui beni immateriali nelle singole giurisdizioni (anche a causa della più o meno debole armonizzazione europea che ne ha contraddistinto i suoi primi passi) non fa che aggiungere un elemento di incertezza alla nozione di pubblico dominio ed allontana dal proposito di sistematizzarne la nozione in categorie più o meno stabili e definite. Come osserva Deazley, "*should we try to detail the nature and extent of the public domain in any given national jurisdiction (never mind in a regional or international context), the exercise is bound to fail*".

La portata delle libere utilizzazioni, d'altronde, varia fortemente a seconda della giurisdizione di riferimento, non solo in relazione alle scelte di politica del diritto compiute dal legislatore di turno, ma anche in forza della concreta applicazione delle norme da parte delle corti territoriali, che ci hanno abituato ad offrire interpretazioni anche significativamente divergenti di principi anche universalmente accettati, come la dicotomia tra idee (non tutelabili) e loro espressioni (tutelabili) (cfr. cap. 4 par. 1.2).

Il tentativo di definire il pubblico dominio deve pertanto muovere dalla presa di coscienza che la relativa nozione non gode di un significato univoco e universalmente accettato, bensì è concetto elastico e dinamico, passibile di assumere connotazioni differenti a seconda del contesto giuridico che si prenda in considerazione. In particolare, come si darà conto nei paragrafi seguenti, il contenuto e le implicazioni del pubblico dominio variano notevolmente a seconda del diverso settore della proprietà intellettuale che si prende in considerazione. Esso è inoltre inciso da fattori quali il tempo di durata del diritto e la natura territoriale dello stesso, per cui ciò che è protetto in una determinata giurisdizione, può non esserlo in un'altra [107]. Altri fattori che ne possono condizionare la portata sono: (i) lo status giuridico dei beni che lo compongono; (ii) i soggetti che godono della libertà di utilizzarli ed (iii) il loro grado di accessibilità.

Sotto il primo profilo, si osserverà come di regola si considerino appartenere al pubblico dominio tutti i beni immateriali che non siano oggetto di diritti di privativa [108]. In questi termini, l'esistenza di un pubblico dominio viene tendenzialmente

---

[106] DEAZLEY R., cit., 23.

[107] WIPO, *Dissemination of Patent Information*, 18 febbraio 2009, SCP/13/5, punto 114.

[108] SUTHERSANEN U., *A2K and the WIPO Development Agenda: Time to List the "Public Domain"*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Policy Brief n. 1, dicembre 2008; SAMUELSON P., *Mapping the Digital Public Domain,* cit.; BOYLE J., *The Second Enclosure Movement*, cit., punti 59-60, 68 e ID., *Foreword: The Opposite of Property?,* 66 Law & Contemp. Probs., 2003, 1, 29-30; HALL J.L., *Blues and the Public Domain – No More Dues to Pay?*, Journal of copyright Society of the USA, 1995, 215; MARTIN S.M., *The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind*

ricavata mediante una definizione in negativo, rispetto a tutto ciò che non è oggetto di diritti di proprietà intellettuale [109]. Poiché l'oggetto dei diritti di proprietà intellettuale viene sovente ricondotto genericamente alla conoscenza umana [110], che presenti determinate caratteristiche [111], il pubblico dominio è stato altresì definito come *scientia nullius*, ovvero come quell'area della conoscenza non appropriabile da nessuno [112]. L'essenza di questo approccio è stato ravvisato nel principio secondo cui nessuno può restringere l'utilizzo della conoscenza in pubblico dominio, mediante il ricorso ai diritti di proprietà intellettuale e alla relativa disciplina [113]. Prendendo in prestito le metafore di Van Caenegem, il pubblico dominio opera, in questi termini, come "*a bastion against privatization of knowledge*" o "*a bulewark against excessive private appropriation of human knowledge*" [114].

Solo più di recente, alcuni autori hanno ravvisato i limiti di questa *negative theory of the public domain* [115], che non riesce a dare contezza del fatto che i diritti di esclusiva proiettano sull'oggetto della propria tutela una aurea di esclusività che è maggiore e non perfettamente corrispondente con il perimetro dell'oggetto tutelato [116]. Ciò risulta evidente nei giudizi di contraffazione, ove si sono fatti strada orientamenti interpretativiche hanno consentito di allargare la portata dei diritti di esclu-

---

Attacks on the Duration of Copyright Protection, Loyola Los Angeles L. Rev., 2002, 36, 253; VAN CAENEGEM W., *The Public Domain*, cit., 324.

[109] KRASILOVSKY M., *Observations on public domain*, cit., 205, afferma che "*Public domain in the fields of literature, drama, music and art is the other side of the coin of copyright. It is best defined in negative terms. It lacks the private property element granted under copyright in that there is no legal right to exclude others from enjoying it and is 'free as the air to common use*". MCCARTHY J.T., *McCarthy on Trademarks,* cit., § 1:2: "*Public Domain is the status of an invention, creative work, commercial symbol, or any other creation that is not protected by any form of intellectual property*" e § 1:31 "*A thing is in the public domain only if no intellectual property right protects it*"; SAMUELS E., cit., 138, "*The public domain is simply whatever remains after all methods of protection are taken into account*"; DEAZLEY R., *Copyright's public domain*, cit., 23, definisce il pubblico dominio come "*the sphere in which contents are free from intellectual property rights*". Per la dottrina italiana, si veda in particolare SENA G., *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali*, cit., 56-57, secondo cui la regola del pubblico dominio "*disciplina la disponibilità dei beni immateriali, ancorché negativa di un diritto esclusivo*" e "*si realizza con la esclusione della protezione giuridica di determinate categorie di opere dell'ingegno*".

[110] Il diritto d'autore copre tutte le espressioni pratiche o artistiche dell'intelletto umano; il brevetto copre la conoscenza umana avente risvolti tecnico-operativi, il design concerne la conoscenza e l'esperienza applicata alla forma esteriore dei prodotti. Tutti i diritti di proprietà intellettuale sono dunque accomunati dal vertere sui risultati di un processo intellettivo umano. VAN CAENEGEM W., cit., 326.

[111] VAN CAENEGEM W., cit., 327, individua alcune caratteristiche comuni ai diritto di proprietà intellettuale: la loro concessione, per un tempo limitato, dipende da una esteriorizzazione della conoscenza umana nuova o originale prodotta da una persona identificale. Quando la conoscenza non presenta tali prerogative, essa di regola non accede a tutela industrialistica.

[112] VAN CAENEGEM W., *op. cit.*, 324.

[113] *Ibid.*

[114] *Ibid.*, 324, 330.

[115] *Ibid*., 324.

[116] PEUKERT A., *Die Gemeinfreiheit*, cit., 19, che evidenzia come questa maggiore aurea di esclusività sia sovente fonte di decisioni contrastanti ed impedisca il formarsi di un grado adeguato di certezza del diritto.

siva, quali – solo per citarne alcune – il principio di equivalenza del diritto brevettuale [117] o il rischio di associazione del diritto dei marchi [118]. Ciò suggerisce la necessità di individuare una nozione di pubblico dominio in positivo (*positive theory*), comprendente tutto "*quel materiale culturale che può essere usato senza restrizioni*" [119], esente da diritti di privativa altrui e che si trova dunque nella libera disponibilità di utilizzo e sfruttamento da parte di ciascun individuo e membro della collettività, senza necessità di previo consenso o autorizzazione altrui [120].

È invece controverso se l'accessibilità del bene rappresenti un requisito del pubblico dominio. Mentre alcuni considerano che l'aggettivo "pubblico" implichi altresì una dimensione di pubblica accessibilità dei beni, tale dimensione pare difficilmente conciliabile con il settore della proprietà intellettuale dove non sempre ciò che è in pubblico dominio è anche liberamente accessibile (si pensi al segreto industriale) e ciò che è accessibile si trova per ciò solo in pubblico dominio (se così fosse non vi sarebbe il problema della contraffazione).

L'aspetto dell'accessibilità è rimarcato dalla definizione di "pubblico dominio dell'informazione" adottata dall'UNESCO nella "Raccomandazione concernente la promozione e l'uso di multilinguismo e accesso universale al cyberspazio", secondo cui esso è costituito da "*information publicly accessible, whose use does not infringe on any legal right nor any confidentiality obligation. It thus encompasses all works or objects under similar law that can be exploited by anyone without authorization, for instance because the protection deadline has expired. It also encompasses public data and official information that governments and international organizations produce and voluntarily put at the disposal of the public*".

---

[117] Si tratta della dottrina per cui, a certe condizioni, il trovato successivo, pur essendo "diverso" dal trovato brevettato, viene considerato "equivalente" a quest'ultimo ai fini del giudizio di contraffazione, risultando perciò contraffattorio. A riguardo sia contentito rinviare, per ulteriori riferimenti, alla mia nota a ord. Trib. Torino sez. IX 11 aprile 2011, Giur. it., 2011, 7, 1554-1557.

[118] Si tratta del principio secondo cui lo sviamento delle informazioni positive comunicate al pubblico dal marchio anteriore oggetto di contraffazione può verificarsi per effetto della sola "*association entre le signe et la marque*", ovvero di un mero richiamo o "agganciamento" alla memoria del pubblico dell'altrui marchio. Indipendentemente dunque dalla circostanza che il pubblico possa essersi confuso sull'origine imprenditoriale dei rispettivi prodotti. Si veda in merito GIELEN C., *Likelihood of Association: What does it mean?*, Trademark World, 1996, 20; GALLI C., *Rischio di associazione, protezione allargata e marchi anteriori alla riforma*, nota a Trib. Udine, Riv. Dir. Ind., 1995, II, 14; CASABURI G., *Rischio di associazione. Tutela avanzata del marchio*, in AA.VV., *Segno e forme distintive*, Atti del Convegno 16-17 giugno, Giuffrè, Milano, 2001.

[119] Questa la nozione di pubblico dominio fatta propria dal Manifesto del Pubblico Dominio di Communia in relazione al solo diritto d'autore, ma agevolmente estensile ad altre forme di esclusiva. Cfr. https://publicdomainmanifesto.org/manifesto/#it (ultimo accesso 24 marzo 2021).

[120] Il Black's Law Dictionary, 8th ed., 2005, 1027, definisce il pubblico dominio come "[t]*he universe of inventions and creative works that are not protected by intellectual property rights and are therefore available for anyone to use without charge*". L'assenza di compenso non è caratteristica sempre riscontrabile. Si pensi alle decisioni giudiziare che sebbene formalmente pubbliche, non sono di fatto facilmente accessibili e costringono l'utente a ricorrere a banche dati a pagamento che riducono sensibilmente il tempo e la fatica altrimenti necessari a procurarsele.

La definizione dell'UNESCO include due diverse nozioni di pubblico dominio dell'informazione, comprensive:

a) da un lato, delle informazioni che non sono coperte da diritti di privativa, perché non eleggibili *ab origine* o *ex post* alla relativa tutela (c.d. "public domain information");
b) dall'altro, delle informazioni che siano intrinsecamente di natura pubblica, ovvero che siano prodotte da autorità pubbliche o governative in senso lato nell'esercizio dei propri doveri e che siano perciò considerate come beni pubblici di per sé non appropriabili ("governamental public domain information").

Il presente lavoro si concentrerà fondamentalmente sulla prima nozione, mentre prenderà in considerazione la seconda, che rientra nella più ampia categoria dell'informazione del settore pubblico ("*public sector information*" o PSI), solo per cenni (cfr. cap. 3 par 5). L'accesso a tali informazioni [121], infatti, pur potendo essere anch'esso interessato dall'interferenza di diritti di proprietà intellettuale, sottostà a limiti ulteriori, connessi alla natura publica del soggetto da cui le informazioni emanano, quali, a titolo esemplificativo, le esigenze di riservatezza (sotto forma di segreti di stato o d'ufficio) connesse alla tutela della sicurezza nazionale. Il regime di circolazione delle informazioni del settore pubblico finisce pertanto per seguire regole sue proprie [122], che vanno sotto il nome di "governmental informational policy framework" [123].

Pur essendo apprezzabile il tentativo di elaborare definzioni di carattere generale e omnicomprensivo, queste rischiano di perdere le specificità e le differenze intrinseche alle diverse fattispecie che possono condurre un bene immateriale in pubblico dominio. Una definzione generica di pubblico dominio non può pertanto che limitarsi a dare conto delle diverse categorie di beni che vi possono rientrare in potenza, lasciando poi a ciascuna disciplina settoriale la specificazione dell'ampiezza e dei limiti peculiari a ciascuna categoria. Questo modus procedendi trova felice applicazione nella classificazione del pubblico dominio in quattro dimensioni proposta da Peukert, il quale distingue:

a) una dimensione "strutturale", consistente nei beni immateriali che non siano mai stati coperti da diritti di esclusiva;
b) una dimensione "temporale", che copre le opere che siano state soggette a diritti di privativa, i cui termini di durata sono tuttavia spirati;

---

[121] La Direttiva 2003/98/CE adotta una nozione assai estesa di PSI, qualificando come tale un qualunque documento purché in possesso di un ente pubblico, ossia riconducendo a tale nozione qualsiasi rappresentazione di atti, fatti o informazioni, fruibile singolarmente, o in una raccolta, nonché resa disponibile su un qualsiasi supporto, da quello cartaceo, a quello audio-visivo, a quello elettronico.

[122] A livello europeo è necessario prendere in considerazione, in particolare, la Dir. 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, 20 giugno 2019.

[123] UHLIR P.F., *Policy Guidelines for the Development and Promotion of Governmental Public Domain Information*, UNESCO, Parigi, 2004, redatte come guida pratica per affiancare gli Stati nell'implementazione della *Recommendation on Promotion and Use of Multilinguism and Universal Access to Cyberspace* adottata dalla Conferenza Generale nel novembre 2003.

c) una dimensione "consensuale", che ricomprende le opere ancora soggette a diritti di privativa, il cui esercizio sia stato però rinunciato dal legittimo titolare;

d) una dimensione "specifica", delineata dalla portata delle eccezioni o limitazioni al diritto di privativa che consentono l'uso dell'opera da parte di un utilizzatore specifico e con modalità anch'esse specificamente individuate.

6. *Il pubblico dominio come diritto soggettivo*

Tutte le definizioni di pubblico dominio fornite sin qui evidenziano comunque l'assenza di posizioni giuridiche soggettive attive predicabili in capo al fruitore dei beni in pubblico dominio. Il pubblico dominio acquisisce lo status di regola giuridica [124] solo in forza dei limiti esistenti ai possibili diritti di privativa che ne condizionano la portata. In altre parole, quando un'opera è divenuta di dominio pubblico non esistono più basi legali per imporre limitazioni sull'uso dell'opera stessa, ma non esistono nemmeno basi legali che autorizzino espressamente tale uso. Si potrebbe obiettare che ciò non sia necessario, nella misura in cui un diritto esiste laddove qualcuno è gravato di un obbligo correlativo. Tuttavia, le due posizioni, dal lato attivo e passivo, non paiono necessariamente coincidenti. Né può argomentarsi che non vi sia contrapposizione o differenza tra situazioni in cui il diritto riconosce la situazione di potere di cui il diritto soggettivo è l'espressione e le esigenze che viceversa non hanno avuto tale riconoscimento.

Di qui nasce la necessità di rafforzare la regola del pubblico dominio, anche per effetto del riconoscimento al fruitore di un diritto di accesso ed utilizzo del bene che vi fa parte.

Viene per questa via ad introdursi la questione centrale del presente lavoro: se, da un punto di vista giuridico, sia possibile parlare e possa riconoscersi l'esistenza di un "diritto al pubblico dominio".

A dispetto del novero dei contributi apparsi in dottrina sul tema del pubblico dominio, sono pochi gli autori che si siano soffermati sul problema della sua corretta qualificazione giuridica [125]. Tra questi, Cahir ha sostenuto che detta qualificazione giuridica vada ricercata alternativamente nelle categorie a) dei diritti o b) dei privilegi (o benefici o nude libertà). Esse trovano elemento di distinzione nel fatto che solo i diritti impongono un correlativo dovere in capo a chi sia soggetto all'altrui diritto (c.d. *interest theory*), mentre le libertà, se da un lato presuppongono che nessuno abbia il diritto di interferire con essa, dall'altro non implicano il dovere di alcuno di consentirne attivamente o facilitarne l'esercizio.

Applicando i suddetti schemi concettuali al pubblico dominio, Cahir conclude che "*there is no right to works wholly in the public domain*".

A voler sostenere il contrario, infatti, il corollario logico dovrebbe essere l'individuazione di un soggetto gravato di un dovere positivo ad un *facere* o negativo

---

[124] In questo senso SENA G., *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali*, cit., 56-57.

[125] Si veda CAHIR J., *The public domain: right or liberty?*, in WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar, 2007, 35.

ad un *pati*, al fine di tutelare l'interesse protetto dal relativo diritto. Secondo Cahir, "*no one is under a duty to others with respect to their disposition or use of these resources. Rather, we all have the privilege or liberty to do what we like with these works; the only corollary is that other persons have no right to prevent us from so doing*" [126]. Al contrario, il titolare di diritto d'autore nel godere del diritto esclusivo di riprodurre l'opera letteraria, assiste al correlativo dovere dei terzi di astenersi dal fare lo stesso. Le stesse eccezioni e limitazioni al diritto d'autore non conferirebbero un diritto d'uso al terzo utilizzatore, ma piuttosto una libertà.

L'affermazione di un diritto al pubblico dominio ha dunque sino ad ora trovato spazio piuttosto come enunciazione di principio in atti di *soft law*, piuttostoche come principio di diritto enunciato in norme giuridiche precettive. Il riferimento corre, ad esempio, allo "Statuto per il dominio pubblico di Europeana" (cfr. cap. 4 par. 8.1), il quale afferma che "*Lo stato di dominio pubblico di un'opera garantisce il diritto di riutilizzare, modificare e creare riproduzioni, e ciò non deve essere limitato attraverso misure tecniche e/o contrattuali*" [127]. L'impostazione propugnata da Cahir non pare tuttavia del tutto esente da critiche. Per quanto la medesima definizione di diritto soggettivo non costituisca un che di pacifico ed unanimemente condiviso nella dottrina civilistica [128], certo è che in esso continua a rivestire un ruolo non secondario una componente volontaristica, intesa come giuridica rilevanza, entro non esigui margini, delle libere scelte del titolare della situazione giuridica in questione rispetto all'interesse sottostante. La tradizionale definizione di diritto soggettivo lo descrive, infatti, come fondamentale posizione di vantaggio accordata dall'ordinamento ad un soggetto in ordine ad un bene e consistente nella attribuzione dei relativi poteri, pretese e facoltà – connessi all'esercizio concreto – il cui fine è di consentirgli la piena realizzazione dell'interesse che quel bene rappresenta per lui [129]. Nel caso del pubblico dominio, il bene in parola è da individuarsi nel libero utilizzo dei beni immateriali in pubblico dominio (siano essi dati, informazioni, segni, immagini, suoni, forme, soluzioni), senza dover chiedere autorizzazione a chicchesia.

L'ordinamento consente una piena e libera realizzazione dell'interesse, prescindendo dall'intervento di terzi soggetti. A riprova di ciò, è data all'individuo la facoltà discrezionale di usare o meno i beni immateriali in pubblico dominio, a meno che tale uso non sia impedito da limitazioni d'accesso al bene.

La contrapposta situazione passiva consisterà nel rendere realizzabile il libero utilizzo dei beni immateriali in pubblico dominio e in essa confluirà il dovere di qualunque altro individuo di non rivendicare diritti di esclusiva sul bene immateria-

---

[126] *Ibid.*, 40.

[127] EUROPEANA, *Statuto per il dominio pubblico di Europeana/The Europeana Public Domain Charter*, 2010.

[128] Per l'illustrazione e l'analisi del dibattito dottrinario cfr. BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., NATOLI U., BRECCIA U., *Diritto civile*, I, Utet, Torino, 1987, 282 ss., cui si rinvia altresì per più ampie indicazioni bibliografiche sul tema.

[129] Definizione proposta da NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1976, 87 ss. In tema, *ex pluribus*, si veda BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Utet, Torino, 1950, 121 ss. e MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1957, 128 ss.

le in pubblico dominio e il dovere dell'autorità competente di respingere ogni domanda di tutela esclusiva, sia essa amministrativa o giudiziale, del medesimo.

La facoltà e il correlativo obbligo si fondano su norme di diritto oggettivo che, da un lato, descrivono agli individui portata e limiti dei diritti di privativa conferiti dall'ordinamento, dall'altro lato, prescrivono alle autorità competenti quando sanzionare l'errato esercizio di tali diritti, respingendo le relative pretese di tutela. Le stesse norme riconoscono all'individuo l'esistenza di un potere rivolto ad ottenere tutela del proprio interesse, sotto forma, ad esempio, di una decisione che accerti positivamente il diritto di far uso del bene immateriale e cessare eventualmente la turbativa al libero esercizio del diritto.Per verificare la tenuta di questa impostazione occorre tuttavia individuare il referente normativo del diritto, ovvero rintracciare nel diritto oggettivo la base giuridica del diritto soggettivo.

Lange, come detto, individua il fondamento normativo del diritto al pubblico dominio nel regime di indisponibilità proprio dei beni di proprietà del demanio, che il diritto americano caratterizza come beni comuni. Celebre al riguardo la *dissenting opinion* di Justice Brandeis che, con riferimento alla concessione di un'ingiunzione cautelare contro un editore che copiava sistematicamente le notizie pubblicate da un concorrente, affermava: "*The general rule of law is, that the noblest of human productions – knowledge, truths ascertained, conceptions, and ideas – become, after voluntary communications to others, free as the air to common use*" [130].

7. *Il pubblico dominio come bene comune*

I paragrafi che seguono si preoccupano di individuare il possibile referente normativo del diritto al pubblico dominio nell'ordinamento italiano. A tal uopo, da un lato si proverà a verificare la percorribilità nel nostro sistema giuridico dell'impostazione proposta da Lange, dall'altro si analizzeranno possibili strade alternative o complementari.

Sotto il primo profilo, occorre preliminarmente verificare la riconducibilità del pubblico dominio alla categoria dei c.d. beni comuni e secondariamente indagare la disciplina giuridica a questa riservata dal legislatore.

Alla prima questione deve rispondersi senz'altro affermativamente. Benché il concetto di bene comune sia stato più frequentemente utilizzato in relazione ai beni materiali, la riconduzione del pubblico dominio al concetto di bene comune è largamente accettata e condivisa anche dalla nostra dottrina. Prima di dare conto di ciò in maniera più articolata, occorre soffermarsi brevemente sul concetto di bene comune e sul dibattito accesosi a riguardo nell'ultimo quarto di secolo [131].

---

[130] *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 234, 250 (1918).

[131] Benché la prima riflessione in ambito economico-scientifico sul tema si faccia risale al saggio di COMAN K., *Some unsettled problems of irrigation*, American Economic Rev., 1911, 101, 36- 48, in cui veniva affrontata la questione dei modi di gestione dell'acqua, "*è nell'ultimo quarto di secolo che la questione dei beni comuni è letterlamente esplosa a livello mondiale*". Cfr. ZAMAGNI S., *I beni comuni per il bene comune*, Casa della Cultura, Milano, 2014.

7.1. *Profili d'interazione tra bene comune e beni comuni*

La problematica dei beni comuni non deve essere confusa con quella del bene comune. Quest'ultimo riguarda i fini o le ragioni per cui una società si costituisce ed è stato dunque terreno di confronto di ogni concezione politica. Il concetto di bene comune può essere inteso come interesse generale o collettivo, che trascende e insieme comprende quello delle singole persone. In questo senso, il bene comune trova le sue radici nel pensiero platonico ed aristotelico (vedi *infra*) e risulta centrale in Rousseau (cfr. cap. 2, par. 1). Insieme ai principi di dignità della persona umana, sussidiarietà e solidarietà, costituisce, inoltre, uno dei cardini dell'insegnamento cattolico [132], codificato nel Compendio della dottrina sociale della Chiesa e fortemente debitore degli insegnamenti di Tommaso d'Aquino [133] e Giovanni Crisostomo [134].

---

[132] Per bene comune la Chiesa intende "*l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono ai gruppi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente*". CONCILIO VATICANO II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 26: AAS 58 (1966) 1046 *e Ibid*., 74: AAS 58 (1966) 1096. È comune perché soltanto insieme è possibile raggiungerlo accrescerlo e custodirlo. Esso può dunque essere inteso come la dimensione sociale e comunitaria del bene morale in cui si realizza l'agire del singolo, che non può trovare compimento solo in sé stesso, a prescindere da suo essere "con" e "per" gli altri. Il bene comune è costitutivo del significato e della ragion d'essere della sussistenza di qualsiasi forma di socialità, dalla famiglia, al gruppo sociale intermedio, all'associazione, all'impresa economica, alla città, alla regione, allo Stato fino alla comunità dei popoli e delle nazioni. Cfr. GIOVANNI XXIII, Lett. enc. *Pacem in terris*: AAS 554, 1963, 272. Il bene comune interessa la vita di tutti, esige la prudenza da parte di ciascuno e più ancora da parte di coloro che esercitano l'ufficio dell'autorità. L'uomo singolo, la famiglia, i corpi intermedi non sono in grado di pervenire da sé stessi al loro pieno sviluppo; da ciò deriva la necessità di istituzioni politiche, la cui finalità è quella di difendere e promuovere il bene comune e rendere accessibili alle persone i beni necessari – materiali, culturali, morali, spirituali – per condurre una vita veramente umana. Cfr. GIOVANNI XXIII, Let. enc. *Mater et magistra*: AAS 53, 1961, 417; PAOLO VI, Lett. ao. *Octogesima adveniens*, 46: AAS 63, 1971, 433-435; Catechismo della Chiesa Cattolica, 1910-1913. Il bene comune comporta tre elementi essenziali. In primo luogo, esso suppone il rispetto della persona in quanto tale e dei suoi diritti fondamentali ed inalienabili[132]. In secondo luogo, richiede il benessere sociale e lo sviluppo del gruppo stesso. Infine, implicala pace, cioè la stabilità e la sicurezza di un ordine giusto.

[133] Per Tommaso d'Aquino il bene è un modo d'essere, anzi una relazione che tutte le cose intrattengono con la perfezione, il compimento realizzativo di cui hanno bisogno. L'aggiunta dell'aggettivo "comune" delimita la prospettiva entro cui si attua l'ontologia del bene agli enti collettivi. Ogni realtà collettiva, infatti, ha un suo bene comune, che è costituito dal bene/fine che gli è per natura conveniente e che costituisce il suo scopo necessario e costitutivo. La nozione più vasta di bene comune è quella dell'universo creato, preso nel suo complesso, il cui bene comune è Dio stesso. Bene comune è poi quello della comunità politica, che mira al "*al più importante (principalissimum bonum) tra i beni umani*", cioè la conservazione della vita fisica e lo sviluppo della esistenza. Il suo agire è indirizzato a realizzare quelle condizioni di vita senza di cui nessun individuo potrebbe sopravvivere in modo umanamente degno. Né consegue che, dal punto di vista formale, bene comune è "*l'ordine che coordina, concilia fra di loro i diversi beni e li orienta verso la costituzione di un ambiente favorevole allo sviluppo della persona umana*". Preso nel suo aspetto materiale, il bene comune è invece "*l'insieme dei beni necessari alla vita umana*", molteplici e di varia natura (dal momento che comprende indisgiungibilmente beni d'ordine strettamente politico (pace) e beni d'ordine economico (benessere), oltre a quelli d'ordine etico, spirituale, culturale). È inevitabile che sulla base dei diversi interessi economici, sociali, culturali si diano diverse letture del bene comune e quindi diversi programmi e diverse strategie politiche, che sarà poi compito dell'opera politica stessa comporre in una sintesi mirata al bene comune riconosciuto. Non è dunque l'interpretazione 'di parte' del bene comune ciò che lo minaccia, ma la sua riduzione al "*bonum privatum*", cioè la sua mancata o finta mediazione politica, che pretende che un interesse partigiano sia elevato a interesse di tutti. La cura del bene comune identifica i regimi democratico, aristocratico e monarchico. Mentre la loro degenerazione – rispettivamente

Tutte queste accezioni ragionano del bene comune in senso astratto ed esulano dall'oggetto di questo lavoro, che si preoccupa, invece,della possibilità di ricondurre il pubblico dominio alla categoria dei beni comuni. Con questa espressione s'intende invece indicare "*un complesso eterogeneo di beni … che per la loro natura hanno una particolare relazione con le persone che li usano e di conseguenza richiedono un particolare regime giuridico*" [135].

Vi sono naturalmente significative relazioni fra i concetti di bene comune e beni comuni, ovvero tra visione politica della società e modo di affrontare sul piano giuridico la questione dei beni comuni [136]. È facile, ad esempio, prevedere che una concezione individualistica della politica tenderà a ridimensionare la questione dei beni comuni. Per converso, una concezione comunitarista cercherà di elevarli a modello tipico di cooperazione.

In questo paragrafo, si cercherà di dare conto di alcuni esempi notabili di interazione fra beni comuni e bene comune, mentre in quello successivo se ne analizzeranno le influenze sul dibattito attualmente in corso.

Nella *Repubblica* di Platone il fine del miglioramento dell'uomo e dell'armonia fra gli individui può essere raggiunto solo attraverso il contributo di ciascuno al bene pubblico, possibile solo accantonando l'ambizione personale. Il mezzo per raggiungere tale fine è l'eliminazione della ricchezza e della povertà [137], attraverso la soppressione della proprietà privata [138], che produce odio e discordia [139]. Secondo Platone "*il primo Stato, dunque, la costituzione e le leggi migliori, si trovano là dove,*

---

demagogica, oligarchica e tirannica – avvienequando in un certo "*regime politico […], disprezzato il bene comune della moltitudine, si cerca il bene privato dell'autorità*". Cfr. *De regimine principum*, I, 3, 29-30, 452. La moralità politica sta perciò nel perseguire deliberatamente il bene comune del tutto politico. Più concretamente, da parte di chi è parte a qualche titolo di una comunità politica, sta nel ricercare e nell'accettare l'armonizzazione dei propri interessi con le esigenze del bene totale. Chi ha il compito istituzionale di provvedere direttamente al bene comune, preservandone l'istanza e curandone il perseguimento operativo, è l'autorità politica. L'ordinamento al bene comune avviene attraverso la legge. Si definisce pertanto "*lex humana*" "*un certo ordinamento razionale (ordinatio rationis) al bene comune, promulgato da colui che ha la cura della comunità*". Cfr. *Summa theologiae*, I-II, q.90, a.3-a.4.

[134] Cfr. ORABONA L., *Cristianesimo e proprietà. Saggio sulle fonti antiche*, Studium, Roma, 1964.

[135] VIOLA F., *Beni comuni e bene comune*, Diritto e Società, 2016, 3, 381-398.

[136] *Ibid.*, 381-382.

[137] PLATONE, *Leggi*, V, 744e, in ABBAGNANO N. (a cura di), *I classici della filosofia*, Utet, Torino, 1955, I, 212, afferma che "*in uno Stato, il quale voglia allontanar da sé quella che è la malattia più grave, il cui giusto nome più che rivolta sarebbe dissenso, non ha da esservi né una troppo dura miseria in alcuni dei suoi cittadini, né una eccessiva ricchezza in altri*".

[138] PLATONE, *Repubblica*, V, 462b, in ABBAGNANO N. (a cura di), *op. cit.*, 471: "*ed il più grande male per uno Stato non è quello che lo divide e d'uno che era ne fa molti, mentre non v'è bene maggiore di quello che legandolo insieme lo rende uno? […] E questo non avviene forse quando i cittadini non possono dire tutti di una stessa cosa: questo è "mio", questo non è "mio", e così delle cose altrui? […] Lo Stato invece in cui la maggioranza dei cittadini dica di una stessa cosa: questo è "mio", questo non è "mio"; non è quello governato nel modo migliore?*".

[139] PLATONE, *Repubblica*, III, 417b, in ABBAGNANO N. (a cura di), *op. cit.*, 407, dopo aver previsto il divieto di possedere personalmente "*alcuna sostanza, se non in caso di assoluta necessità*", afferma che "*soltanto così* [i guerrieri] *potranno salvare se stessi e lo Stato. Nel caso che, invece, possedessero personalmente campi, case, quattrini, sarebbero amministratori, agricoltori, ma non più difensori, non più alleati: padroni e nemici degli altri cittadini; e tutta la vita passerebbero odiando e odiati, insidiando e insidiati*".

nello Stato tutto, e nella maniera più larga possibile, si realizzi l'antico proverbio, che così suona: davvero comuni sono le cose degli amici" [140].

La costruzione aristotelica avversa, invece, questo ideale comunista platonico, ritenendolo impossibile e incapace di assicurare la concordia fra gli uomini, affermando, al contrario, che la proprietà individuale risponde ai bisogni e ai sentimenti più intimi dell'uomo [141]. L'idea di bene comune non resta però del tutto assente. Nella Politica aristotelica viene spiegato che ogni comunità si costituisce in vista di un bene: del bene più importante (il bene comune), la comunità gerarchicamente più alta, la società politica [142]. Anche "*la proprietà deve in un certo senso essere comune, ma fondamentalmente deve essere privata*", spettando al legislatore il compito di far sì che "*le proprietà siano private e che diventino comuni solo nell'uso*" [143].

Il principio dell'uso comune dei beni è "*principio tipico della dottrina sociale cristiana*" [144], anzi il "*primo principio di tutto l'ordinamento etico-sociale*" [145]. Secondo la Chiesa, si tratta di un diritto naturale e originario [146], iscritto nella natura dell'uomo [147] e dunque prioritario rispetto a qualunque intervento umano sui beni, a qualunque ordinamento giuridico degli stessi. "*Tutti gli altri diritti, di qualunque genere, ivi compresi quelli della proprietà e del libero commercio, sono subordinati ad essa [destinazione universale dei beni]: non devono quindi intralciarne, bensì al contrario facilitarne la realizzazione, ed è un dovere sociale grave e urgente restituirli alla loro finalità originaria*" [148]. Destinazione ed uso universale non significano che tutto sia a disposizione di ciascuno o di tutti, e neppure che la stessa cosa appartenga a ciascuno o a tutti. Se è vero che tutti nascono con il diritto all'uso dei beni [149], è altrettanto vero che, per assicurarne un esercizio equo e ordinato, è necessario un ordinamento giuridico che determini e specifichi tale esercizio e ne definisca precisamente modalità e limiti.

Il principio della destinazione universale dei beni invita a coltivare una visione dell'economia ispirata a valori morali. Permette di non perdere mai di vista né

---

[140] Cfr. *Leggi*, V, 739c, *ibidem*, 204.

[141] ARISTOTELE, *Politica*, VII, 1328b, in ABBAGNANO N. (a cura di), *op. cit*., 303, definisce la città come "*una comunità di simili che si propone come scopo il raggiungimento della miglior vita possibile*".

[142] Cfr. *Politica*, 1252a1s e 1279a30s.

[143] ARISTOTELE, *Politica*, in ABBAGNANO N. (a cura di), *op. cit*., 102-103.

[144] GIOVANNI PAOLO II, Lett. enc. *Sollicitudo rei socialis*, 42: AAS 73, 1981, 525.

[145] GIOVANNI PAOLO II, Lett. enc. *Laborem exercens*, 19: AAS 73, 1981, 525.

[146] "*Dio ha destinato la terra con tutto quello che in essa è contenuto all'uso di tutti gli uomini e popoli, sicché i beni creati devono pervenire a tutti con equo criterio*". Cfr. CONCILIO VATICANO II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 69: AAS 58, 1966, 1090.

[147] PIO XII, radiomessaggio per il 50° anniversario dell'enciclica "Rerum Novarum": AAS 33, 1941, 199.

[148] PAOLO VI, Lett. enc. *Populorum progressio*, 22: AAS 59 (1967) 268.

[149] Il principio della destinazione universale dei beni della terra è alla base del diritto universale all'uso dei beni. Ogni uomo deve avere la possibilità di usufruire del benessere necessario al suo pieno sviluppo.

l'origine, né la finalità di tali beni, e di realizzare un mondo equo e solidale, in cui la formazione della ricchezza possa assumere una funzione positiva, ed essere impiegata come mezzo utile per promuovere il benessere degli uomini e contrastare la loro esclusione e il loro sfruttamento.

La proprietà privata è elemento essenziale di una politica economica autenticamente. Essa non è un fine ma uno strumento per il rispetto del principio della destinazione universale dei beni [150]. Essa assicura "*ad ognuno lo spazio effettivamente necessario per l'autonomia personale e familiare*" [151].

La tradizione cristiana non riconosce il diritto alla proprietà privata come assoluto ed intoccabile: "*Al contrario, essa l'ha sempre inteso nel più vasto contesto del comune diritto di tutti ad usare i beni dell'intera creazione: il diritto della proprietà privata come subordinato al diritto dell'uso comune, alla destinazione universale dei beni*" [152]. L'esigenza che i beni del creato rimangano destinati allo sviluppo dell'intera umanità [153] non si oppone al diritto di proprietà [154], ma indica la necessità di regolamentarlo.

L'insegnamento sociale della Chiesa esorta perciò a riconoscere la funzione sociale di qualsiasi forma di possesso privato [155], con il chiaro riferimento alle esigenze imprescindibili del bene comune [156]. L'uomo "*deve considerare le cose esteriori che legittimamente possiede non unicamente come sue proprie, ma anche come comuni, nel senso che possono essere utili non solo a lui ma anche agli altri*" [157]. La singola persona non può operare a prescindere dagli effetti dell'uso delle proprie risorse, ma deve agire in modo da perseguire, oltre che il vantaggio personale e familiare, anche il bene comune. Ciò vale anche per i "*frutti del recente progresso economico e tecnologico*", i c.d. "*beni nuovi, del tutto sconosciuti fino ai tempi recenti*", che provengono dalla conoscenza, dalla tecnica e dal sapere. La proprietà di questi beni diventa sempre più decisiva, perché su di essa "*si fonda la ricchezza delle Nazioni industrializzate molto più che su quella delle risorse naturali*" [158]. Le nuove conoscenze tecniche e scientifiche devono essere poste a servizio dei bisogni primari dell'uomo, affinché possa gradualmente accrescersi il patrimonio comune dell'umanità.

---

[150] Cfr. PAOLO VI, Lett. enc. *Populorum progressio*, 22-23: AAS 59 (1967) 268-269.

[151] CONCILIO VATICANO II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 71: AAS 58 (1966) 1092– 1093; cfr. LEONE XIII, Lett. enc. *Rerum novarum: Acta Leonis XIII*, 11 (1892) 103-104; PIO XII, Radiomessaggio per il 50º anniversario dell'enciclica "Rerum novarum": AAS 33 (1941) 199; Id., Radiomessaggio (24 dicembre 1942): AAS 35 (1943) 17; Id., Radiomessaggio (1º settembre 1944): AAS 36 (1944) 253; GIOVANNI XXIII, Lett. enc. *Mater et magistra*: AAS 53 (1961) 428-429.

[152] GIOVANNI PAOLO II, Lett. enc. *Laborem exercens*, 14: AAS 73 (1981) 613.

[153] Cfr. CONCILIO VATICANO II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 69: AAS 58 (1966) 1090-1092; Catechismo della Chiesa Cattolica, 2402-2406.

[154] Cfr. LEONE XIII, Lett. enc. *Rerum novarum: Acta Leonis XIII*, 11 (1892) 102.

[155] Cfr. GIOVANNI XXIII, Lett. enc. Mater et magistra: AAS 53 (1961) 430-431; GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Terza Conferenza Generale dell'Episcopato Latino-Americano, Puebla (28 gennaio 1979), III/4: AAS 71 (1979) 199-201.

[156] Cfr. PIO XI, Lett. enc. Quadragesimo anno: AAS 23 (1931) 191-192. 193-194. 196-197.

[157] CONCILIO VATICANO II, Cost. past. Gaudium et spes, 69: AAS 58 (1966) 1090.

[158] GIOVANNI PAOLO II, Lett. enc. Centesimus annus, 32: AAS 83 (1991) 832.

La piena attuazione del principio della destinazione universale dei beni richiedeazioni a livello internazionale e iniziative programmate da parte di tutti i Paesi: "*Occorre rompere le barriere e i monopoli che lasciano tanti popoli ai margini dello sviluppo, assicurare a tutti – individui e Nazioni – le condizioni di base, che consentano di partecipare allo sviluppo*" [159].

7.2. *I beni immateriali nel dibattito contemporaneo sui beni comuni*

La necessità di dover garantire l'accesso a certi beni e destinarli al comune godimento, imponendo limiti alla proprietà privata, in vista della sua funzione sociale ha dunque origini antiche e fortemente radicate nella nostra società. Trova, infatti, pari fondamento nel pensiero laico dei filosofi della Grecia antica, quanto nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica.

Tale tradizione culturale ha influenzato anche l'attuale dibattico politico istituzionale, che da tempo si interroga sull'esigenza di sottrarre determinate categorie di beni, funzionali al soddisfacimento di interessi fondamentali e necessari allo sviluppo dell'individuo, alla logica dell'appropriazione e del mercato concorrenziale.

Dopo anni di scarse fortune, l'espressione bene comune è riemersa nel linguaggio politico contemporaneo, traducendo in generale l'idea di "*un set di beni che sfuggono alla dicotomia tradizionale fra pubblico e privato, perché la loro destinazione risulterebbe frustata dall'applicazione ad essi del regime della proprietà privata o di quello pubblicistico*" [160]. Una gestione in regime di esclusiva farebbe infatti venir meno a tutti, al di fuori dell'esclusivista, beni essenziali per la realizzazione della vita umana. Un regime di concessione pubblica, per converso, potrebbe produrre una loro ingiusta distribuzione [161]. Ciò spinge a prefigurare per questi beni una gestione che non sia né pubblica, né privata. Una gestione "comune" come *tertium genus*.

A prima vista, il dibattito attuale sui beni comuni si presenta come un ginepraio di visioni. Lasciando da parte le posizioni più estreme, che arrivano ad annoverare sotto l'ala del "comune" "*la ricchezza comune del mondo materiale – l'aria, l'acqua, i frutti della terra e tutti i doni della natura*", e "*tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale*" [162], ivi compresi "*il linguaggio, gli affetti e le espressioni umane*", vi è una certa convergenza nel ricondurre a tale categoria, oltre a beni materiali quali l'acqua [163], il paesaggio, l'ambiente, l'accesso a Internet [164], l'aria, il lavoro [165], anche beni immateriali quali l'informazione, la cultura, la conoscenza [166].

---

[159] GIOVANNI PAOLO II, Lett. enc. Centesimus annus, 35: AAS 83 (1991) 837.

[160] VIOLA F., *Beni comuni e bene comune*, cit., 383.

[161] Cfr. ZAMAGNI S., *Beni comuni ed Economia Civile*, in SACCONI L., OTTONE S. (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, il Mulino, Bologna, 2015, 51-80, 53.

[162] HARDT M., NEGRI A., *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010, 7-8.

[163] Si pensi all'Acqua Bene Comune, slogan della campagna per i referendum del 12-13 giugno 2011 del Forum italiano dei movimenti per l'acqua (http://www.acquabenecomune.org), ma anche, ad esempio, alla Risoluzione del Parlamento Europeo sul Quarto Forum mondiale dell'Acqua (P6_TA(2006)0087), Città del Messico, 14 marzo 2006, dove si legge che "*l'acqua è un bene comune dell'umanità*".

[164] Non diversamente dalle direttrici di traffico per merci e persone, Internet consente il flusso di informazioni in rete e costituisce terreno ideale per lo sviluppo di sinergie legate allo sviluppo di idee e

Cristina Montesi, ad esempio, distingue quattro diverse classi di beni comuni lungo due diverse direttrici: natura/cultura e locale/globale [167]. Mentre nel primo settore situa i beni comuni collegati alla *polis* ed al vivere europeo, come le conoscenze tradizionali [168]; il binomio cultura/globale individua i beni comuni culturali (come la conoscenza, il patrimonio archeologico, l'arte, la comunicazione, la musica), nonché i beni comuni collegati alle tecnologie informatiche (quali Internet, i software open-source, i social networking software, i siti web/blog), i beni comuni frutto di creatività o di scoperte scientifiche e persino il mercato come istituzione.

Donolo distingue invece "beni comuni naturali" [169] e "beni comuni virtuali", definiti come "*i beni che l'intelligenza umana ha progressivamente creato, in termini di conoscenza, saper fare, istituzioni, norme, visioni*".

Sempre tracciando una tassonomia dei beni comuni, Marella, annovera quattro classi [170], di cui una di risorse immateriali, come la conoscenza, i saperi tradizionali e le creazioni artistiche. A sua volta, Cerulli Irelli rileva che la nozione di bene comune si riferisce ad almeno quattro diversi ambiti [171], tra cui uno di "beni immateriali

---

creatività. Non a caso – benché la formula suoni oggi piuttosto datata – è stato ribattezzato l'"autostrada dell'informazione". Cfr. CHON M., *New Wine Bursting from Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship*, Or. L. Rev., 1996, 75, 257, 274, che descrive le sinergie in rete nel campo dell'arte; ROSE C.M., *Romans, roads, and romantic creators: traditions of public property in the information age*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 89,, 100, che indica "*Internet as the most obvious example of res publicae in Intellectual Space*".

[165] Si vedano i contributi contenuti nella parte quarta *"Lavoro = bene comune?"* del volume diMARELLA M.R. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona, 2012, 255 ss.

[166] Sulla conoscenza, si segnalano, STIGLITZ J., *Knowledge as a Global Public Good*, in KAUL I., GRUNBERG I., STERN M. (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford University Press, 1999; HESS C., OSTROM E. (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice,* Cambridge, 2007, trad. it. di Katerinov I., *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Mondadori, Milano, 2009; nonché GALLINO L., *Tecnologia e democrazia. Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Einaudi, Torino, 2007, 233 ss.

[167] MONTESI C., *I beni comuni al crocevia tra simpatia per il prossimo ed interesse personale*, in FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO – ISSOCO, *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari. Una discussione interdisciplinare a più voci sul concetto di beni comuni*, Ediesse, Roma, 2013, 219. Nel settore natura/locale sono collocati i beni comuni locali: pascoli, boschi, sementi, pesca, fauna selvatica, uso dei terreni agricoli, acqua per usi irrigui locali, paesaggio, altri usi civici. Nel settore natura/globale sono collocati i beni comuni globali, quali le zone polari artiche e antartiche, il clima, le grandi foreste, gli oceani, la biodiversità, l'atmosfera, lo spazio, i bacini fluviali internazionali, l'acqua, la pesca in acque internazionali.

[168] Ma anche le reti sociali, le infrastrutture urbane, gli spazi comuni, la sicurezza, la circolazione stradale.

[169] "*Intesi come l'insieme delle risorse naturali e dei servizi che gli ecosistemi forniscono al genere umano*". Cfr. DONOLO C., *I beni comuni presi sul serio. Sussidiarietà e beni comuni*, www.labsus.org, 31 maggio 2010.

[170] a) risorse materiali (come l'acqua, l'ambiente, il patrimonio culturale), b) lo spazio urbano e c) le istituzioni erogatrici di servizi pubblici finalizzati alla realizzazione di diritti fondamentali come l'istruzione e la salute: dunque università, scuola, sanità. Cfr. MARELLA M.R., *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in ID., *Oltre il pubblico*, cit., 17-18.

[171] Essi sono: a) obiettivi di interesse generale, la cui realizzazione consente lo sviluppo della sfera individuale, in ragione del loro collegamento con il principio personalistico, quali la salute, l'istruzione o più di recente l'accesso alla rete internet; b) beni, come l'acqua e l'etere, strumentali all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona; c) la porzione di spazio fisico, ovvero il territorio,

eterogenei", che include dalle immagini di opere d'arte, alle formule di farmaci essenziali.

La tendenza è dunque di riconoscere anche ai beni immateriali i connotati tipici dei beni comuni, ossia:

a) la non rivalità, per cui il loro sfruttamento da parte di alcuni non pregiudica, né è di ostacolo all'utilizzo concorrente di altri [172];

b) la non-escludibilità, per cui una volta che il bene è esteriorizzato, è difficile, se non impossibile, impedirne la fruizione.

Al di là delle caratteristiche comuni, è concorde l'opinione che tutti questi beni sarebbero invariabilmente accomunati dall'essere auspicabile la rimozione degli ostacoli al loro godimento generalizzato, provocati dalla soggezione a forme di privativa o tentativi di appropriazione a fini di lucro, in particolare, per mezzo dei diritti di proprietà intellettuale [173].

Le ragioni fondanti della categoria dei beni comuni sono dunque da doversi ravvisare in un aspetto funzionale, ovvero nella volontà di salvaguardarne, e valorizzarne l'esistenza, per permettere a ciascuno (e a tutti) di goderne. Resta invece irrilevante, almeno sul piano definitorio, l'individuazione del regime giuridico più idoneo ad attuare tale finalità, che, dipendendo dalle particolari caratteristiche dello specifico bene comune [174], ostacolerebbe ogni tentativo di definizione unitaria.

Tale condizione evidentemente ben si ascrive all'oggetto del nostro studio – il pubblico dominio – che nel corso dei capitoli centrali del presente lavoro vedremo variamente minacciato da una certa tendenza alla appropriazione esclusiva, a discapito del godimento collettivo.

7.3. *I beni comuni nell'ordinamento positivo*

Nonostante le difficoltà definitorie di un concetto che già di per sé si presenta come multiforme, aperto e passibile di diversi significati, emerge un sostanziale consenso nel considerare i beni immateriali da un lato soggetti ad un interesse collettivo e generalizzato, dall'altro bisognosi di tutela contro le spinte espansionistiche dei diritti di privativa.

Chiarito che anche nel nostro sistema giuridico il pubblico dominio può essere ascritto alla categoria dei beni comuni, come prefigurato da Lange, conviene ora

---

lo spazio urbano, il paesaggio e l'ambiente, in cui le collettività sono insediate e vivono. Cfr. CERULLI IRELLI V., DE LUCIA L., *Beni comuni e diritti collettivi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2013, II, 1131.

[172] SAMUELSON P.A., *The Pure Theory of Public Expenditure, Revue of Economics and Statistics*, The Review of Economics and Statistics, 1954, 36, 4, 387-389.

[173] In questo senso, anche, BOYLE J., *Foreword. The opposite of Property?*, Law & Contemp. Probs., 2003, 1, con ulteriori riferimenti; MARELLA M.R., *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 17 ss.

[174] I beni comuni possono essere variamente assoggettati a forme diverse di proprietà: privata, pubblica, comune, con diversi rispettivi principi regolativi (scambio, coazione, reciprocità). Di qui discende, secondo MONTESI C., cit., 249, la necessità di adottare – anche per il giurista – un approccio multidimensionale" ai beni comuni capace di tradursi in una "*pluralità di politiche multilivello ed intersettoriali*".

comprendere quale sia il trattamento riservato a questi beni dal nostro ordinamento. La tradizione giuridica europea non è del tutto estranea a questa impostazione. In Francia, ad esempio, è possibile fondare una protezione del pubblico dominio sulla base della nozione civilistica di *choses communes* come "*choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous*", contenuta nell'art. 714 Code Civil [175]. Su queste basi, la giurisprudenza francese ha limitato l'esercizio del diritto d'autore da parte di due artisti, che avevano restaurato un'opera d'arte contemporanea, sistemandola nel centro di Place des Terreaux a Lione, rigettando la loro pretesa di vietare ad un produttore di cartoline di riprodurre la piazza con la loro opera [176]. Il Tribunal de Grande Instance ha affermato che lo status di pubblico dominio degli edifici storici che si affacciano sulla piazza limita necessariamente il diritto d'autore degli artisti, nella misura in cui per riprodurre liberamente gli edifici, si renda necessario altresì riprodurre la loro opera. La decisione fu successivamente riformata in appello, ma su basi differenti. La Corte ha infatti affermato che "*the protection granted to the authors of the new design of the square should not prejudice the common enjoyment*", così di fatto accogliendo nel diritto francese una tutela positiva del pubblico dominio e del suo uso libero e collettivo [177].

Benché la tradizione giuridica italiana sia ampiamente debitrice di quella francese, specialmente nell'impianto del codice civile, ispirato al *Code Napoleon*, difetta nel nostro ordinamento un riconoscimento giuridico della nozione di bene comune.

7.4. *La bipartizione beni pubblici-beni privati nell'ordinamento giuridico italiano*

L'art. 42, comma 1, Cost. afferma che la "*proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati*". Nel diritto italiano tutto ten-

---

[175] CHARDEAUX A.M., *Les Choses Communes*, cit., 230; FOURES-DIOP A.-S., *Les choses communes*, Revue Juridique de l'Ouest, 2011, 1, 59-112. Gli interpreti hanno attribuito scarsa rilevanza a questa norma, individuandone l'oggetto nella privatizzazione dell'acqua o dell'aria, comunque di risorse tendenzialmente illimitate. Cfr. SCOZZAFAVA O.T., *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014, 47. Per una lettura evolutiva della norma si veda, invece, CAMPROUX DUFFRENE M.-P., *Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs*, Rev. interdisciplinaire d'études juridiques, 2018, 81, 2, 297-330; GRANDI M., *Le "choses communes" e l'art. 714 "Code Napoléon"*, RCDP, 2013, 230, che sottolinea la formulazione aperta della norma che, rinunciando a fornire un'elencazione tassativa, consentirebbe di ricomprendervi anche risorse diverse da quelle naturali.

[176] TGI, 4 aprile 2001, RIDA, 10/2001, con nota di CHOISY S. Per una panoramica di casi giurisprudenziali francesi riguardanti dipinti, sculture, oggetti d'arredamento, articoli di abbigliamento e utensili d'uso domestico, la cui riproduzione nel contesto di messaggi pubblicitari, in quanto giudicata violazione del diritto d'autore o della privativa sul disegno, è stata dichiarata illecita cfr. GREFFE P., GREFFE F., *La pubblicité et la loi*, Litec, Parigi, 2004, 88 ss. e 198 ss. Per una rassegna delle numerose pronunce, sempre d'oltralpe, relative a riproduzioni pubblicitarie di cose, in prevalenza immobili e dimore, non coperte dalle leggi d'autore o sui modelli, si veda FUSI M., *Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità*, Riv. dir. ind., 2006, 3, 89.

[177] Sent. 20 marzo 2003, in Communications – Commerce electronique, 9/2003, con nota di CARON C. Nessun richiamo a tali principi, invece, è contenuto nella successiva pronuncia della Cass., 30 gennaio 2007, JCPG, 2007, 29, sempre con nota di CARON C.

de a risolversi nella sfera del pubblico o in quella del privato [178]. Il riferimento al comune è presente nella nostra Costituzione solo nella accezione di "bene comune", inteso come interesse generale, pubblica *utilitas* [179], principio ordinatore della Costituzione (v. sub. par. 7.1).

Il codice civile, come detto, non riflette altre categorie di beni che non siano quelli pubblici e privati. In particolare, la categoria dei beni pubblici è pervenuta nel nostro codice (artt. 822-830 c.c.) come eredità dell'ordinamento francese, precisamente degli artt. 538-541 del codice napoleonico. Nell'*ancien régime*, prima della rivoluzione francese, i beni del sovrano erano – per il solo fatto di appartenergli e indipendentemente da caratteristiche strutturali o funzionali – "*sottratti all'applicazione del diritto comune e sottoposti ad una serie di regole derogatorie non dissimili da quelle vigenti (inalienabilità, imperscrittibilità, impignorabilità)*" [180]. Questo regime consentiva al diritto di proprietà pubblica di sopravvivere all'incuria del sovrano, ad eventuali spese irresponsabili dello stesso, ed a conseguenti azioni di rivalsa. Anche qualora il sovrano avesse inteso disfarsi dei propri beni, il contratto di vendita sarebbe stato nullo (inalienabilità). In base a queste regole, il diritto di proprietà per i beni pubblici subiva (e subisce) una sorta di cristallizzazione, di immobilizzazione, che ne vedeva (e ne vede) sostanzialmente svanire il valore di scambio (inesistente poiché il bene non può essere acquistato, né ceduto). Tale immobilizzazione era coerente con il contesto giuridico economico del periodo, ove la proprietà aveva valore quale fonte di rendita e non in forza della sua circolazione [181]. Con la legislazione immediatamente successiva alla rivoluzione francese, ispirata alla necessità di asseconda-

---

[178] La dottrina dibatte storicamente se la proprietà pubblica e quella privata abbiano natura analoga. Da un lato, v'è chi sostiene che la proprietà pubblica sia un diritto peculiare, non assimilabile alla proprietà di diritto comune (proprietà che perciò si potrebbe definire "oggettivamente" pubblica). Per questa impostazione, v. CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *I beni pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI-MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, I, 919 e ID., voce *Beni pubblici*, Enc. giur. Treccani, Vol. V, Roma, 1988, 2. Dall'altro lato, si ritiene che la natura del diritto di proprietà pubblica sia identica alla natura della proprietà di diritto comune, pur presentando alcuni aspetti peculiari che contribuiscono a definirla come tipo differenziato, ma non "altro" rispetto alla proprietà di diritto comune (proprietà che si potrebbe definire come "soggettivamente" pubblica). Per questa seconda impostazione, cfr. CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983, 31; GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, 556; CASSESE S., *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969, 260 ss.; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. I mezzi dell'azione amministartiva*, IV, Giuffrè, Milano, 1958, 10; LOLLI A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, Dir. amm., 1996, 1, 51. In questa direzione, si è espressa Cass., sez. I, 11 marzo 1992, n. 2913, Giust. civ., 1992, I, 2072, per la quale "*la distinzione tra i beni pubblici e beni privati non discrimina due categorie concettuali di proprietà, ma soltanto due categorie giuridiche di beni, la prime delle quali presenta un peculiare regime giuridico (inalienabilità, insucapibilità, …*".

[179] Come osserva SETTIS S., *Azione popolare, Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino, 2012, 126 e 135, "luce che illumina la Costituzione" è il bene comune, anche se esso è espresso con altre formule come "interesse della collettività" (art. 32), "interesse generale" (artt. 35, 42, 43 e 118), "utilità sociale" e "fini sociali" (art. 41), "funzione sociale" (artt. 42, 45), "utilità generale" (art. 43) e "pubblico interesse" (art. 82); cfr. anche ivi, 135: "c'è una (p. 135).

[180] CERULLI IRELLI V., voce *Beni Pubblici*, Digesto disc. pubbl., Vol. II, 4ª ed., Torino, 1987, 276.

[181] Cfr., per tutti GALGANO F., *Diritto commerciale – L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1991, 2 e seg.; ID., *Storia del diritto commerciale*, il Mulino, Bologna, 1980, 96 ss.

re l'intensificarsi del mercato di scambio e di libera circolazione dei beni e la crescita della nuova classe sociale borghese, la maggior parte del patrimonio della corona fu sottoposta al diritto comune e trasformata in *domaine privè*. Solo pochi beni restarono nel pubblico potere (*domaine public*) e continuarono ad essere sottoposti alle antiche garanzie. La rivoluzione francese, in questo senso, non comportò significativi mutamenti nella disciplina della proprietà pubblica rispetto all'*ancien régime*, ma ordinò tale disciplina non più all'interesse del sovrano, ma all'interesse pubblico generale [182], ovvero alla volontà di sottrarre alcuni beni "*allo sfruttamento egoistico individuale, in quanto destinati, secondo l'economia d'uso, alla fruizione generale dei consociati*" [183].

Rispecchiando questo scenario, il legislatore ha diviso i beni pubblici, ossia i beni "*appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*", in tre categorie: a) beni demaniali, b) beni patrimoniali indisponibili e c) beni patrimoniali disponibili [184].

a) I beni demaniali, elencati nell'art. 822 c.c. secondo un criterio di tassatività, hanno come caratteristica comune il fatto di essere beni immobili [185] o universalità di mobili[186] e di appartenere necessariamente ad enti territoriali (Stato, regioni, province e comuni). Questi beni sono tali o i) per loro intrinseca qualità (c.d. "demanio necessario", ossia il demanio marittimo, idrico e militare, ai sensi dell'art. 822, comma 1, c.c.) o ii) per il fatto di appartenere ad enti territoriali (c.d. "demanio accidentale" o "eventuale": strade, autostrade, aerodromi, immobili di interesse storico ed artistico, raccolte dei musei, ecc., ai sensi dell'art. 822, comma 2, c.c.). Trattasi di un'elencazione non esaustiva.

Il regime giuridico di tali beni, contemplato dall'art. 823 c.c., prevede che essi siano "*inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano*", il che vuol dire che essi non possono costituire oggetto di negozi giuridici di diritto privato, né possono essere usucapiti, in quanto sono del tutto non commerciabili.

b) I beni patrimoniali indisponibili, invece, possono essere sia mobili che immobili e possono appartenere anche ad enti pubblici non territoriali (art. 830 c.c.). Anche per questi beni si profila (ai sensi dell'art. 826, co. 2 e 3) una distinzione tra "patrimonio necessario" e "patrimonio accidentale", essendovi i) beni patrimoniali per natura (miniere, acque minerali termali, cave e torbiere, ecc.) e ii) beni patrimoniali

---

[182] LOLLI A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici*, cit., 51.

[183] PALMA G., *I beni pubblici*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, VII, Utet, Torino, 1982, 95.

[184] Cass., sez. U., 14 febbraio 2011, n. 3665. A riguardo si rinvia al para. 7.12. I beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite.

[185] Sono tali tutti i beni che "*naturalmente o artificialmente*" sono "*incorporati al suolo*" e "*sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione*", non possono cioè essere asportati da questo, senza che ne sia alterata la destinazione (art. 812 c.c.): ad esempio il suolo, le sorgenti ed i corsi d'acqua, i terreni, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, i mulini, i bagni ed altri edifici galleggianti se saldamente assicurati alla riva.

[186] È considerata universalità di mobili ai sensi dell'art. 816 c.c. "*la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria*". La categoria dei beni mobili è definita in negativo rispetto a quella dei beni immobili (art. 812 co. 3 c.c.).

per destinazione (edifici destinati a sede di uffici pubblici, arredi, dotazione del Presidente della Repubblica, ecc.), secondo una elencazione considerata anch'essa non tassativa.

Con riguardo al regime giuridico, essi sono commerciabili, ma sono gravati da uno specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico (art. 828 c.c.), pur potendo formare oggetto di negozi traslativi di diritto privato.

c) Residuano, infine, i beni patrimoniali disponibili, ai quali non si applica né il regime dei beni demaniali, né quello dei beni patrimoniali indisponibili, ma quello ordinario del codice civile, essendo commerciabili, alienabili, usucapibili e soggetti ad esecuzione forzata.

L'operazione ricostruttiva degli elementi che qualificano giuridicamente i beni pubblici suggerisce di accantonare la classificazione codicistica, perché sostanzialmente nominalistica e non correlata a differenze intrinseche tra i beni classificati [187]. A tal fine, è stata invece prospettata una distinzione tra:

– beni pubblici "riservati", per i quali l'afferenza dipende da "loro caratteristiche naturali o comunque oggettuali",

– e beni "a destinazione pubblica", per i quali la giurisprudenza maggioritaria è univoca nel ritenere che concorrano due elementi: a) la volontà della pubblica amministrazione di destinare il bene ad una finalità pubblica (elemento soggettivo) e b) l'effettiva utilizzazione del bene in conformità alla destinazione assegnata a quest'ultimo (elemento oggettivo) [188].

7.5. *Il pubblico dominio nelle categorie di diritto romano*

L'ordinamento italiano rispecchia integralmente la dicotomia di stampo romano-imperiale tra 'pubblico-statale' e 'privato-individuale', riemersa prepotentemente a livello teorico-dottrinale con l'indirizzo pandettistico [189].

La sistemazione teorica romana delle *res* vedeva infatti anzitutto una distinzione tra *res divini iuris* e *res humani iuris* [190]. Le prime erano tutte *res extra commercium* [191]. Le seconde si distinguevano, a loro volta, tra *res privatae* e *res publicae* [192].

---

[187] In questo senso si è espressa la dottrina dominante, ed in particolare, tra gli altri, CASSARINO S., *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1962, 24; CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica*, cit., 47; SAITTA N., *Bacini, stagni, pantani … et similia*, Dir. amm., 1995, 178 ss.

[188] La distinzione è operata da CERULLI IRELLI V., voce *Beni pubblici*, cit., 280 s. e ripresa da LOLLI A., *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1997, 3, 629. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 1981, n. 30, Giur. it., 1981, III, 1, c. 355; Cass., sez. un., 23 giugno 1993, n. 6950, Giust. civ. Mass., 1993, 1069; Trib. Roma, 13 maggio 1992, Giur. it., 1992, I, 2, c. 582.

[189] In particolare, in Germania la Scuola Storica fondata da Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) assunse il diritto romano come il modello ideale di una scienza giuridica moderna, in contrapposizione al diritto medievale. Cfr. QUARTA A., *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, ESI, Napoli, 2016, 51.

[190] "*Summa rerum divisio in duos articulos deducitur; nam aliae sunt divini iuris, aliae humani […]. Sanctae quoque res quodammodo divini iuris sunt*" D., 1, 8, 1.

A differenza dell'attuale sistema classificatorio adottato dal codice civile, però, il diritto romano riconosceva uno spazio ai beni comuni.

Un notissimo passo delle *Institutiones* dell'imperatore Giustiniano (Inst. 2.1), tratto dal titolo I (Della divisione delle cose) del libro secondo, reca un'altra più articolata *summa divisio,* estrapolata dalle Istituzioni del giurista Elio Marciano [193]: "*Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit*" [194]. Il passo distingue: a) le *res communes omnium* per diritto naturale; b) le *res pubbliche* (appartenenti al popolo Romano) [195]; c)

---

[191] Comprendevano le *res sacrae* (consacrate con apposita cerimonia, come templi, are, boschi sacri e simili e ritenute appartenenti alla divinità), le *res religiosae* (sepolcri e altre cose destinate, con atto privato, a culti funerari), le *res sanctae* (porta e mura cittadine). Cfr. BARINETTI P., *Diritto romano. Parte generale*, Vallardi, Milano, 1864, 174; DALLA D., LAMBERTINI R., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001, 220-221.

[192] Come ad esempio si evince dal frammento in Dig. 1.8.1.

[193] Sulla figura di tale giurista vissuto tra il II e il III secolo d.C. v. BUCKLAND W.W., *Marcian*, in AA.VV., *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Arti Grafiche Castiglia Editore, Palermo, 1936, 273 ss., DE GIOVANNI L., *Per uno studio delle "Istitutiones" di Marciano*, Studia et documenta historiae et iuris, 1983, 49, 121ss., ID., *Giuristi severiani: Elio Marciano*, D'Auria Editore, Napoli, 2014; LAMBERTINI R., *Sull'esordio delle Istituzioni di Marciano*, Studia et documenta historiae et iuris, 1995, 61, 271-283.

[194] Trad.: "*Alcune sono comuni a tutti per diritto naturale, alcune sono pubbliche, alcune di una collettività, alcune di nessuno, molte di singoli, che a ciascuno si acquistano per varie cause, come da quel che segue apparirà*". Il frammento di Marciano è stato pure accolto nei *Digesta*, esattamente nel Titolo VIII del Libro I (*De divisione rerum et qualitate*), per quanto nel testo ivi recepito la *divisio rerum* del giurista si presenti in parte diversa per l'omissione delle *res publicae* (D. 1.8.2 pr.-1).

[195] Le *res* che, di volta in volta, troviamo definite come *publicae* nelle fonti romane sono innumerevoli ed anche molto differenti tra loro, anche quanto a disciplina giuridica applicabile. Si ritiene che l'aggettivo *publicus* derivi, attraverso le forme *pòpulicus*, *poplicus*, *puplicus*, da *populus*, intendendo con esso una collettività organizzata, come lo Stato-città, non ancora considerato ente distinto dalle persone che lo componevano. Cfr. SCHERILLO G., *Lezioni di diritto romano. Le cose. Parte prima: Concetto di cosa. Cose extra patrimonium*, Giuffrè, Milano, 1945, 89. Nel diritto giustinianeo, invece, le *res publicae* vennero considerate appartenenti non più alla collettività, ma degli enti pubblici, distinti dalle persone fisiche che ne facevano parte. Gli individui erano pertanto titolari di un mero interesse (non diritto reale, né diritto soggettivo) civico, e cioè legato alla cittadinanza, semplice e solo occasionalmente protetto. Cfr. SINI F., *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in Diritto @ Storia, 2008, VII, 198-204. In epoca giustinianea, le *res publicae* venivano così, in sostanza, a corrispondere alla categoria dei beni demaniali nel nostro diritto positivo. Cfr. SCHERILLO G., *Lezioni di diritto romano*, cit., 212. Già in epoca classica, le *res publicae* si distinguevano principalmente tra: i) quelle *in patrimonio populi* (o *in pecunia*), alienabili e gestibili contrattualmente ed assimilabili all'attuale patrimonio statale o di altri enti pubblici, che potevano stabilire divieti di alienazione e usucapione; ii) quelle *in publico usu o publico usui destinatae* (lasciate all'utilizzo collettivo, non appropriabili e indisponibili*, ovvero* extra *patrimonium* e *extra commercium*). Cfr. ad es. *Dig.* 18.1.72.1; *Dig.* 50.16.17 pr.; *Dig.* 41.1.14 pr.; *Inst.* 3.19.2. Talvolta la loro destinazione era determinata con un atto solenne detto *publicatio*, altre volte lo era per consuetudine immemorabile, altre ancora veniva ritenuta *ex iure gentium*. Cfr. SCHERILLO G., *Lezioni di diritto romano*, cit., 104-105. Si ritiene, comunque, che non esistessero "*cose che siano già pubbliche per la loro stessa natura*", derivando la pubblicità "*sempre dall'ordinamento giuridico*". Cfr. GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose*, Giappichelli, Torino, 1941 o in Riv. dir. rom., 2001, I, 41. La distinzione si rispecchiava nelle diverse competenze amministrative concernenti i due tipi di beni, essendo i primi (*in patrimonio populi*) gestiti dai Questori, i secondi (*in publico usu*) vigilati dai Censori. Sul piano della tutela, al singolo che venisse impedito il normale uso

le *res universitatis* appartenenti ad una collettività (*universitas* appunto) [196]; d) le *res nullius* (di nessuno) [197], in cui Marciano, comprende anche le *res sacrae*, *religiosae* e *sanctae* [198] e infine e) le *res privatae* di singoli, che pure sono la gran parte di tutte le *res*.

Collocando al primo posto della gerarchia una categoria di res "comuni a tutti per diritto di natura" (*res communes omnium naturali iure*), il sistema giuridico romano garantiva e tutelava le condizioni che consentivano a tutti di godere di quelle

---

di una cosa pubblica era riconosciuto l'esercizio dell'*actio iniuriarum* e di vari interdetti del Pretore. Cfr. DI PORTO A., *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013, XVIII. Nell'età del principato, dal tempo dei Severi, le *res in patrimonio populi* si ritennero *res in patrimonio fisci*, o *Caesaris*, cioè del fisco statale, cosicché quelle veramente *publicae* rimasero quelle *in usu populi*. Sebbene dunuqe il termine 'pubblico' non equivalesse a 'comune', esso aveva comunque già "*in sé l'idea del comune e di utilità comune*". Cfr. DANI A., *Il concetto giuridico di "beni comuni"*, cit.

[196] Mentre, in un primo tempo, si considerarono pubblici anche i beni di collettività organizzate in città, *municipia* e *coloniae*, come fòri, teatri, stadi, vie cittadine e simili, in un secondo momento si iniziò a distinguere queste ultime, indicandole come *res universitatis*. Rimase però sempre una certa confusione e promiscuità di termini, giustificata peraltro dal fatto che non vi fosse una differenza di regime giuridico tra queste e le *res publicae*. Cfr. SCHERILLO G., *Lezioni di diritto romano,* cit., 213.

[197] Il diritto romano utilizzava l'espressione latina *res nullius* per identificare, come da traduzione letterale, un bene su cui nessuno possa vantare un diritto di proprietà. Il nostro ordinamento ha mutuato tale espressione per qualificare le cose suscettibili di acquisto per occupazione, come recita la rubrica dell'art. 923 c.c. Tale disposizione restringe tale categoria alle sole cose mobili "abbandonate" dal proprietario con l'intenzione di rinunciare al diritto (c.d. *res derelictae*). Non semplicemente smarrite, rispetto alle quali troverebbe applicazione l'art. 927 c.c. La necessità dell'intenzione di rinunciare alla cosa è stata affermata da Cass. pen., sez. VI, 13, giugno, 1997, n. 795 e n. 8621, secondo cui gli oggetti rinvenuti sulle salme inumate nei cimiteri non sono qualificabili come "res nullius" e neppure come "res derelictae", se non in presenza di rinuncia. In termini analoghi, TAR Lazio, sez. II, 3, giugno, 2009, n. 5372 ha affermato che una nave naufragata non costituisce una "res nullius", fintanto che "*il titolare non decida di cancellarla dal registro d'iscrizione*". Restano esclusi dalla categoria i beni immobili, che non sono suscettibili di occupazione, poiché, se non sono di proprietà di alcuno (c.d. vacanti o *vacua dominii*), "*spettano al patrimonio indisponibile dello Stato*", in forza di un acquisto a titolo originario ai sensi dell'art. 827 c.c., che è norma inderogabile e non lascia spazio ad autonomia negoziale. Nella versione originaria, l'art. 923 c.c. includeva tra le "cose di nessuno" anche "gli animali che formano oggetto di caccia e pesca". Sul punto sono però intervenuti, prima la L. n. 968/1977 e poi l'art. 1, co. 1, L. n. 157/1992, che hanno disposto che "*la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato*", suscettibile di acquisto per occupazione solo a séguito dell'abbattimento e solo quando questo avvenga nell'ambito di attività venatoria esercitata nel pieno rispetto delle vigenti disposizioni. Cfr. Trib. Modena, 17, febbraio, 2011. La categoria delle *res nullius* è pertanto ristretta alla sola fauna ittica che non si trovi in cattività (Cass. pen., sez. V, 12 maggio 1993) e a pochi altri esempi di estrazione giurisprudenziale. Cfr. Cass. pen., sez. II, 29, maggio, 2009, n. 24503 secondo cui sono "*qualificabili come res nullius*" le acque piovane o meteoriche. La nozione si compone, in sostanza, di beni che sono per loro natura suscettibili di costituire proprietà privata, vale a dire appropriabili in potenza: tali beni giacciono in pubblico dominio solo fin tanto e nella misura in cui nessuno li abbia ancora fatti oggetto di occupazione. La sottrazione di tali beni dal pubblico dominio e la loro riduzione in proprietà è solo questione di tempo, sforzo e volontà umana. Il pubblico dominio da essi costituito è pertanto labile, fragile e meramente temporaneo perché deriva dall'assenza di azione umana. La categoria delle *res nullius* sembra di qui non tollerare limitazioni alla possibilità di acquisto mediante occupazione, circostanza che induce a ritenere che la categoria non sia appropriata per descrivere il pubblico dominio.

[198] D. 1.8.6.2 (*Marcianus libro tertio institutionum*): "*Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt*". Trad.: "*Le cose sacre, le religiose e le sante non sono nel patrimonio di alcuno*".

cose con uguale diritto, ed – in particolari circostanze – anche di farle proprie in piccola quantità [199].

Il diritto romano usava l'espressione *res communes* con riferimento "*a quel tipo di bene che si poteva osservare nel mondo reale come naturalmente (per ius naturale) non passibile di apprensione 'tout court' da parte dei privati (ma anche delle collettività pubbliche, compresa la civitas)*" [200]. In un altro frammento, sempre tratto dalle Istituzioni di Elio Marciano, si dice: "*Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare*[201]. È dubbio se l'elenco debba considerarsi tassativo o meno ed è dibattuto tra gli storici del diritto romano se la categoria fosse già conosciuta nel diritto classico [202] o fosse postclassica. In ogni caso, connota questi beni l'essere *extra commercium* [203] e di dimensioni così vaste e diffuse da non essere suscettibili di possesso esclusivo. Inoltre, ineriva al regime giuridico di questi beni il non poterne impedire ad alcuno l'uso contestuale. Del resto, il problema del dominio esclusivo del bene comune da parte di un qualsivoglia ente pubblico o privato non si poneva, innanzitutto, sul piano pratico, a causa dell'assenza della tecnologia necessaria a porre in essere un'operazione materiale di appropriazione.

In linea generale, dunque, le *res communes omnium* non appartenevano a nessuno, né a singoli, né a comunità specifiche, ma dovevano essere lasciate in godimento a tutti gli uomini. Ciò non significa che esse non fossero appropriabili in uso. Al contrario, le *res communes omnium* "*erano per loro natura occupabili ad esclusione degli altri possibili utenti, purché a questi ultimi fosse assicurata un'uguale opportunità di sfruttare altre porzioni della stessa risorsa*" [204]. Potevano pertanto essere considerate tali solo risorse illimitate.

La categoria è stata espressamente accostata ai bene comuni da Giannini, il quale ha qualificato come tali quei "*beni a disposizione di tutti*" caratterizzati dalla

---

[199] DE MARTINO F., *Individualismo e diritto romano privato*, in ID., *Diritto Romano e Sistemi Giuridici*, Giappichelli, Torino, 1999.

[200] FALCON M., *Res Communes Omnium. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, in GAROFALO L. (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, Jovene, Napoli, 2016,108.

[201] [Inst. 2.1.1] Trad.: "*Comuni a tutti per diritto naturale sono queste: l'aria, l'acqua corrente, il mare, e, di conseguenza, i lidi del mare. A nessuno quindi è proibito accedere al lido del mare, purché però stia lontano da ville, monumenti ed edifici, che non sono di diritto delle genti come il mare*". Sul tema delle *res communes omnium* cfr. anche DELL'ORO A., *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in Studi urbinati, 1962-1963, XXXI, 237-290; MIELE A., *Res publica, res communes omnium, res nullius: Grozio e le fonti romane sul diritto del mare*, Index, 1998, XXVI, 383-387.

[202] Tale categoria non era riconosciuta da tutti i giuristi romani (Gaio ad esempio la ignorava). GROSSO G., *Corso di diritto romano*, cit., 29, 31-32.

[203] MADDALENA P., *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in Federalismi.it, 14/2012, nonché ID., *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in Federalismi.it, 19/2011.

[204] FIORENTINI M., *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, Analisi giuridica dell'economia, 2010, I, 67.

"*limitatezza qualitativa delle risorse che offrono*" e dall'"*abbondanza quantitativa*" [205]: l'etere [206], l'aria, il mare costiero, le zone di alta montagna, lo spazio aereo. Tali risorse sono "*in sé adespoti*": "*le situazioni soggettive di potere e di diritto sulla cosa non sono disciplinate, neppure anzi esistono*". Esse sono dunque caratterizzate dall'uso libero: chiunque può goderne liberamente, nel rispetto di alcune regole poste dallo Stato che non ne è amministratore (e non può quindi disporne), ma piuttosto autorità incaricata di assicurarne la conservazione e un godimento collettivo ordinato [207].

Il concetto non è per nulla scomparso e anzi vive una vita propria in un campo piuttosto distante da quello romanistico: quello del governo dello spazio cosmico. Il '*Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*', entrato in vigore il 10 ottobre 1967 in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite sul presupposto, tra gli altri, del "*common interest of all mankind in the progress of the exploration and use of outer space for peaceful purposes*" [208], prevede all'art. 2 che "*Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means*". Anche se, soggettivamente, la disposizione pare ristretta solo agli Stati, la *ratio* della norma ben si spiega in considerazione del fatto che le esplorazioni spaziali siano state sino a poco fa sempre appannaggio degli stati nazionali, i soli a poterne finanziare i costi [209].

Rapportata ai beni immateriali, la categoria delle *res communes omnium* esprime un'esigenza di libero godimento analoga a quella sottostante al pubblico dominio. Già nel diritto romano, infatti, la necessità di considerare comuni certi beni poggiava su un'idea, radicata e condivisa, di giustizia e di *humanitas*, a cui fa riferimento anche Cicerone nel *De officiis* (1.52): "*non prohibere aqua fluente; pati ab igne ignem capere*" e la necessità di portare sempre un contributo *ad communem utilitatem* [210].

---

[205] GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995.

[206] Sostanza ipotetica estremamente tenue e imponderabile, presente in ogni parte dell'Universo, la cui esistenza fu postulata dai sostenitori della teoria ondulatoria della luce per spiegarne la propagazione nel vuoto, i fenomeni di polarizzazione, diffrazione, ecc. Le ipotesi circa la sua esistenza vennero abbandonate in seguito alla scoperta della natura eletromagnetica delle vibrazioni luminose da parte di J.C. Maxwell.

[207] GIANNINI M.S., *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-1963*, Bulzoni, Roma, 1963, 39.

[208] Così le premesse di UN, *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*, RES 2222(XXI), 1966.

[209] Sulle varie posizioni che si sono sviluppate intorno alla questione se il trattato permetta, in realtà, l'appropriazione da parte dei privati, cfr. Cfr. POP V., *Who Owns the Moon? Extraterrestrial Aspects of Land and Mineral Resources Ownership*, Springer, Berlino, 2009, 62 ss.

[210] Cfr. SINI F., *Persone e cose: res communes omnium*, cit., 4. Sui riferimenti ai beni comuni nell'opera di Cicerone e Seneca si v. LAMBRINI P., *Alle origini dei beni comuni*, IVRA Riv. intern. dir. romano e antico, 2017, 65.

7.6. *Il pubblico dominio nell'età medievale e moderna*

Accanto alle categorie già ben note all'età romana, rinnovate da pensatori come il francese Jean Domat [211], nel lungo periodo tra il XII e il XVIII sec., si sviluppò una nozione di bene comune eterogenea e modellata sulle più diverse esigenze delle popolazioni rurali, ma comunque caratterizzata da beni pubblici o privati gravati da diritti comunitari oppure vincolati da destinazioni d'uso e limitati nella loro fruizione a favore di una collettività. Tale comunità poteva corrispondere ad un comune cittadino, castrense o rurale, una *universitas* nel contesto meridionale, oppure ad un villaggio non strutturato giuridicamente in comune (*villae*, comunelli, vicinìe e simili) o ad una cerchia ristretta di famiglie.

Tali diritti avevano di regola un fondamento consuetudinario o pattizio, si legavano ad una prassi di concreta fruizione del bene ed esprimevano la finalità di garantire alla comunità localmente insediata di far fronte alle proprie necessità.

Una parte della storiografia giuridica ha espresso l'opinione che il diritto comune non avrebbe conosciuto il concetto di proprietà collettiva, bensì i beni in uso collettivo sarebbero stati proprietà comunale, di *universitates* o di privati (specialmente signori feudali), gravata semmai da diritti, usi o destinazioni a favore degli utenti [212]. Questi ultimi non erano dunque proprietari dei beni di utilizzo collettivo, ma godevano semplicemente di una *facultas* [213].

Solo nella dottrina di età moderna si trovano attestazioni di proprietà collettiva distinta da quella dell'ente comunale [214], in cui il dominio del singolo coesisteva con altri dominii. Non v'è consenso circa l'esatta qualificazione da dare a tali beni. Chi ha proposto la definizione di 'beni comunitari' ha inteso evidenziare come essi siano "*sorti, esercitati e tutelati da regole giuridiche entro 'il campo di gravità', cioè lo spazio*

---

[211] Domat (1625-1696) dedicò il titolo III del libro preliminare delle *Loix civiles dans leur ordre naturel*, Parigi, 1691, 15, alla disciplina delle cose classificate in naturali e legali. I beni comuni vennero ricondotti nella prima categoria, quale espressione delle cose, "*les cieux, les astres, la lumièere, l'air et la met" che "sont des biens tellement communs à toute la société des hommes, qu'aucun ne peut s'en rendre maitre, ni en priver les autres*". Anche POTHIER R., *Traitè du droit de domaine de propriété*, Parigi, 1772, 23 ss., riprende tale nozione.

[212] Cfr. soprattutto, sulla base di puntuali riferimenti dottrinali, PETRONIO U., *Profili giuridici dell'appartenenza e della gestione delle terre di uso civico*, in Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente, 1997, VI/6, 361-362; ID., *La proprietà del bosco e delle sue utilità*, in CAVACIOCCHI S. (ed.), *L'uomo e la foresta, secc. XIII-XVIII. Atti della ventisettesima settimana di studi, 8-13 maggio 1995,* Firenze, 1996, 429.

[213] I giuristi del tardo diritto comune presentavano spesso i beni di uso civico come appartenenti al Comune *quoad proprietatem*, e ai singoli suoi membri *quoad usum, quoad utilitatem, quoad effectum.* Si vedano, ad esempio, CRAVETTA A., *Consiliorum pars prima et secunda*, Venetiis 1566 (1ª ed. Lugduni, 1543), cons. 154, n. 1, 160; PECCHI F.M., *Tractatus de servitutibus rusticis*, Coloniae Allobrogum 1697 (1ª ed. Papiae, 1689), cap. 9, quaest. 59, n. 1, 167, nonché la giurisprudenza di tribunali napoletani e pontifici indicata da CONTE E., *Comune proprietario o Comune rappresentante? La titolarità dei beni collettivi tra dogmatica e storiografia*, Riv. di dir. agrario, 1999, LXXVIII/2, 188.

[214] Una di queste è offerta dalla sentenza della Rota fiorentina del 1742 Senensis iuris colligendi castaneas sylvestres, articolata in tre parti, di cui una di trattazione teorica della materia. Secondo la Rota vi sono "dentro gl'istessi confini due fondi, dei quali ciascuno appartiene al padrone del detto frutto". Cfr. Raccolta delle decisioni della Ruota fiorentina dal 1700 al 1808, t. X, Firenze 1852, 558-629, 578, 588.

vitale umanizzato, di precise comunità territoriali, da tenere distinti dai beni comuni fruibili da tutti indistintamente" [215]. La competenza per gestire questi beni sarebbe spettata all'assemblea dei capifamiglia (*per capita domorum*) che l'avrebbero esercitata secondo il principio *quod omnes tangit ab omnibus debet adprobari*, cioè del consenso unanime [216].

Alternativamente, tali beni sono stati qualificati come beni di uso civico [217], proprietà collettive, servitù collettive e regalie, in cui era insita la concezione che essi spettassero al titolare di *iurisdictio* [218], il quale ne consentiva l'appropriazione ai membri della comunità insediata su quel determinato territorio.

Molti giuristi ritennero però che il vero proprietario sopra questi beni fosse il popolo ed il sovrano rivestisse piuttosto i panni dell'amministratore: Giovanni Battista De Luca tratteggia il rapporto tra il popolo ed il sovrano alla guisa di quello del marito che deve gestire i beni dotali della moglie [219]. In sostanza, il potere del sovrano sopra questi beni veniva a configurarsi come una sorta di *dominium quoad protectionem et iurisdictionem*, essendo vincolato a soddisfare l'interesse pubblico.

Il riconoscimento giuridico dei diritti collettivi esercitati dai cc.dd. *commoners* sulle terre comuni concesse in godimento dal signore alla comunità si fa storicamente risalire alla *Magna Charta Libertatum* concessa nel 1215 in Inghilterra da Re Giovanni [220] e alla meno nota *Charter of the Forest* emanata due anni più tardi da Enrico III [221]. Insieme alla ratifica di alcune libertà civili individuali contro lo stato (*habeas corpus*, divieto di tortura, *due process* e *trial by jury*), i due statuti riconoscevano a tutti gli "uomoni liberi" (*every free men*) del regno una serie di diritti necessari per

---

[215] DANI A., *op. cit.*, 11 e 22.

[216] Cfr. DANI A., *Tra 'pubblico' e 'privato': i princìpi giuridici sulla gestione dei beni comuni ed un "consilium" cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi*, in DILCHER G., QUAGLIONI D. (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico. 3: Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità*, Bologna-Berlino, 2011, 599-638.

[217] Termine questo attestato sin dal Seicento, cfr. BARBACETTO S., *Servitù di pascolo, civicus usus e beni comuni nell'opera di Giovanni Battista De Luca († 1683)*, in NERVI P. (a cura di), *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva. La consuetudine fra tradizione e modernità. Atti della VIII Riunione Scientifica (Trento, 14-15 novembre 2002),* Padova, 2003, 278-281.

[218] In questo senso BARBACETTO S., *Territorio e sfruttamento europeo delle risorse: letture dottrinali (secoli XV-XVIII)*, in BLANCO L. (a cura di), *Organizzazione del potere e territorio. Contributi per una lettura storica della spazialità*, Milano, 2008, 103-110.

[219] Secondo DE LUCA G.B., *Il Principe cristiano pratico*, Roma, 1680, 659, il principato non è altro che "*un reciproco contratto matrimoniale tra la repubblica, la quale si finge la sposa et il principe, che si finge lo sposo, a cui la sposa, come padrona originaria, diretta et abituale, della giurisdizione, de' regali, e delle rendite et emolumenti publici, le dà in dote, siché ne divenga egli padrone utile, overo subalterno con la piena amministrazione*". Così il Principe avrà l'obbligo di assicurare alla Repubblica-moglie ed ai sudditi-figli "*tutto quello, che è necessario e conveniente per il loro onesto comodo, onorifico e decoroso mantenimento, e per la vita felice e civile, che è il fine principale di tal matrimonio, col conservare, e bene amministrare la dote da diligente padre di famiglia*".

[220] Sul mito costruito attorno alla Magna Carta, come punto d'inizio del costituzionalismo dell'età moderna e contemporanea, si veda FIORAVANTI M., *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, Quaderni Fiorentini, 2016, XLV, 67.

[221] LINEBAUGH P., *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for all*, Berkeley, Unniversity of California Press, 2008.

la sussistenza delle persone: accesso alla foresta reale e diritto di appropriarsi delle sue risorse, dei pascoli e delle terre arabili. Conseguentemente, per la prima volta, in un documento giuridicamente vincolante, vengono istituiti diritti e libertà su beni comuni [222].

I riformisti liberali, ispirati dal pensiero della Scuola Storica fondata da Friedrich Carl von Savigny [223], fecero tuttavia leva sulle disfunzioni del comunitarismo medievale e sulla povertà che produsse nella popolazione. Criticarono aspramente i beni comuni visti come servitù, pesi dannosi gravanti sulla proprietà privata, necessariamente da abolire o come beni comunali improduttivi, da alienare mediante un preciso programma di privatizzazioni imposto dallo Stato [224].

Filosofi del calibro di Montesquieu [225], economisti come Hardin (cfr. par. 3), Duguet [226] e Sonnenfels [227] e in Italia, intellettuali come Giovanni Battista Vasco [228],

---

[222] MADDISON B., *Radical Commons Discourse and the Challenges of Colonialism*, Radical History Rev. 2010, 118, 29, 32, secondo cui "*Crucially, both charters began to explicitly connect commons with an expansive and political sense of rights and freedom. The Forest Charter concluded with the statement, "And these Liberties of the Forests, we have granted to all Men." This expressed, at an early date, the association of commons with freedom. It is significant in this regard that together the documents were called the Charters of Liberties*". Si veda anche BABIE P., *Magna Carta and the Forest Charter: Two stories of property. What will you be doing in 2017?*, N.C.L. Rev., 2016, 94, 1431.

[223] Nell'assumere il diritto romano come il modello ideale di una scienza giuridica moderna e la tradizione medievale come un'inutile parentesi, Savigny condannò alla damnatio memorio gli usi collettivi ancora diffusi nell Germania del XIX secolo, per sacrificarli all'idea del *dominium* assoluto. Cfr. QUARTA A., *Non-proprietà*. cit., 51.

[224] Cfr. BLOCH M., *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII siècle*, *Annales. Historie. Economie. Sociètés*, 1930, II, 330-335, che dà conto di una vera e propria crociata sviluppatasi in Francia nella seconda metà del XVIII secolo contro le servitù collettive, di pascolo (c.d. *vaine pâture*) e transito (*parcours*), definite "*odieux*" e "*usages barbares*", posto che richiedevano ai proprietari terrieri di lasciar i loro campi a riposo e liberi da barriere e recinzioni, opprimendo la libertà del proprietario e contrastando con l'idea di proprietà assoluta.

[225] Montesquieu (1689-1755) è fra gli autori che contribuirono a traghettare le istanze proto-liberiste del tardo– mercantilismo verso concezioni economiche sempre più prossime ad un modello compiutamente liberista, poggiante sulla fiducia in un mercato provvisto di regolazioni intrinseche, sottratte al controllo dei singoli governi. Le idee liberiste di Montesquieu si manifestano con chiarezza in un breve scritto pubblicato postumo, *il Mémoire contre l'arrêt du conseil du 27 février 1725*. In questo testo, egli polemizza contro le restrizioni e i regolamenti a cui erano sottoposti i viticoltori della Guienna, criticando principalmente l'obbligo di non estendere i vigneti a discapito dei terreni coltivati a grano. Montesquieu rivendica il diritto dei proprietari a poter gestire liberamente l'impiego delle loro terre, decidendo in autonomia a quali coltivazioni destinarle.

[226] Jacques Joseph Duguet (1649-1733), teologo e moralista francese, ha scritto *Institution d'un prince*, pubblicato postumo nel 1739.

[227] Joseph von Sonnenfels (1732-1817) è considerato il più importante esponente dell'Illuminismo austriaco. Fu consigliere dell'imperatrice Maria Teresa d'Austria ed ebbe un ruolo importante nella redazione del codice civile e del codice penale, emanato dall'imperatore Giuseppe II il 13 gennaio 1787 (Codice penale giuseppino). Si impegnò a combattere ogni sopravvivenza delle istituzioni medioevali. In particolare propugnò la libera concorrenza tra le compagnie di assicurazione al fine di mantenere bassi i premi: così i commercianti stranieri potevano stipulare i contratti di assicurazione all'interno del paese. In tal modo lo stato avrebbe promosso il suo commercio, attirando al contempo capitali di altre nazioni.

[228] Il primo lavoro di Vasco (1733-1796) sui temi economici è *I contadini. La felicità pubblica considerata nei coltivatori di terre proprie* (1769). Il saggio è scritto in risposta a un quesito della Società libera

Stefano Bertolini [229], Sallustio Bandini [230] e Antonio Genovesi [231] indicarono la piena proprietà privata laboriosamente gestita come rimedio per risollevare le condizioni delle campagne e incentivo a interventi di bonifica e miglioria e a produzioni intensive maggiormente redditizie [232].

Paolo Grossi ha definito questa linea politica che vedeva nei beni comuni un ostacolo al progresso, garantito solo dall'impegno che un pieno proprietario dei fondi mette per incrementarne la produttività, "statalismo individualistico" [233]: espressione che coglie la perdita di ogni carattere partecipato della proprietà.

Gli stati della Restaurazione, sul modello delle pionieristiche riforme di Pietro Leopoldo di Lorena negli anni Settanta e Ottanta del Settecento in Toscana [234] prima, e della legislazione eversiva della feudalità di stampo francese poi [235], agirono tutti nella direzione di rendere la proprietà piena e libera dagli usi civici [236].

---

economica di San Pietroburgo sull'utilità pubblica che deriva dalla proprietà della terra ai contadini. Secondo l'autore occorre predisporre leggi indirette per promuovere la divisione dei terreni accentrati nelle mani di un solo proprietario e, soprattutto, per indurre i proprietari a coltivare personalmente le terre. Vasco spiega che la produttività della terra aumenta se questa è coltivata dai proprietari, perché essi beneficiano maggiormente dell'aumento della produzione generato dall'incremento degli investimenti e dall'utilizzazione dell'«arte dell'agricoltura». I contadini non hanno questi incentivi se non sono proprietari, e i proprietari, se non sono agricoltori, difficilmente si interessano dei miglioramenti della produttività. In conclusione, solo se i contadini saranno proprietari «migliorerà l'agricoltura e si accresceranno così le ricchezze dello Stato» (p. 48). I vantaggi che deriverebbero allo Stato sono molteplici: sarebbe controllato il ribellismo dei senza terra (pp. 49-51), lo Stato sarebbe meglio difeso militarmente perché più popolato (pp. 51-57) e anche la difesa dei confini da parte dei contadini sarebbe più «valorosa» (pp. 57-62).

[229] Membro di una deputazione incaricata di proporre provvedimenti a favore della Maremma, presentò nel giugno 1761 tre progetti di legge, nei quali compariva la richiesta costituire un gran numero di piccole proprietà, a conduzione diretta, garantite dal diritto pieno di uso (recinzione e abolizione dei diritti di pascolo). Condannava per questa via le grandi proprietà esistenti in Maremma e l'abitudine di concederle a speculatori.

[230] Nella sua opera fondamentale *Discorso economico sulla Maremma senese* (scritto nel 1737 per il granduca di Toscana ma pubblicato postumo nel 1775) sostenne che, per risollevare la regione maremmana dalle misere condizioni in cui versava, fosse necessario lasciare libero il commercio dei cereali e del bestiame abolendo il controllo sui prezzi e sostituendo alle numerose gabelle un'imposta unica sulla terra.

[231] Il suo pensiero di riforma della proprietà fondiaria è espresso nel volume *Lezioni di commercio o sia di economia civile* pubblicato nel 1765.

[232] Cfr. DIAZ F., *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Einaudi, Torino, 1962; GIORGETTI G., *Capitalismo e agricoltura in Italia*, Ed. Riuniti, Roma, 1977, 124-143.

[233] P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in Quaderni Fiorentini, 1998, XXVII, 32.

[234] Il granduca (1747-1792) avviò una politica liberista e fisiocratica raccogliendo l'appello di Sallustio Antonio Bandini e promuovendo la bonifica delle aree paludose della Maremma. Introdusse la libertà nel commercio dei grani abolendo i vincoli annonari che bloccavano le colture cerealicole, liquidò le corporazioni di origine medievale, ostacolo principale per un'evoluzione economica e sociale dell'attività industriale. I divieti assoluti furono sostituiti da dazi protettivi.

[235] L'eliminazione degli usi civici avvenne con modalità differenti nelle varie aree italiane, sulla base delle diverse legislazioni esistenti all'interno degli Stati preunitari. Se nelle regioni dell'Italia centro-settentrionale si ebbe una sopravvivenza, seppur marginale, delle proprietà collettive, nel Mezzogiorno le leggi, emanate durante il Decennio francese, del 2 agosto 1806 sull'abolizione della feudalità e del 1°

Molti beni comunitari (terre, pascoli, boschi, ecc.) furono travolti dalle riforme liberal-liberiste e liquidati tra le proteste delle popolazioni rurali direttamente interessate e con il plauso dei grandi proprietari intenzionati a lucrare sulle loro alienazioni [237].

7.7. *La Commissione Rodotà, il progetto di riforma dei beni pubblici e la Costituente per i beni comuni*

Il nostro ordinamento, salvo rare eccezioni che analizzeremo nel paragrafo seguente, non rispecchia pertanto la tradizione di stampo romanistico e poi medioevale, di riconoscere forme di proprietà collettiva su beni destinati al godimento comune.

Non sono però mancati i tentativi di modificare l'attuale quadro giuridico incentrato sulla dicotomia beni pubblici/privati. Un vasto movimento di pensiero, trasversale a diverse discipline e ben presto assurto a ideologia politica [238], si è fatto latore di istanze di mutamento di paradigma, sia sociale, sia economico, sia giuridico, dirette ad un più intenso protagonismo dei singoli e della collettività nella gestione di attività e di beni connessi con il godimento di diritti e libertà fondamentali [239].

Il dibattito sui c.d. beni comuni ha espresso forte insoddisfazione per la tradizionale classificazione dei beni, operata dal codice civile del 1942, nelle due categorie dei beni pubblici e privati e "*si è fatto carico delle preoccupazioni di mantenimento delle garanzie proprie dello Stato sociale, ossia dell'accesso di tutte le persone ad alcuni beni essenziali che permettono la sussistenza in società*" [240].

Il dibattito sui beni comuni ha visto negli ultimi anni l'intervento di numerosi ed eminenti studiosi [241] delle scienze giuridiche, economiche [242], filosofiche [243], sociolo-

---

settembre 1806 sulla ripartizione dei demani, trasformarono i demani comunali in piena proprietà privata attraverso l'abolizione degli usi civici e la assegnarono pro quota ai contadini senza terra degli immensi demani comunali. La ratio della riforma – sulla scia delle teorie fisiocratiche che consideravano l'agricoltura come il settore privilegiato per lo sviluppo economico di uno Stato – era di eliminare i residui feudali, quali erano considerati gli usi civici, e ricompensare la popolazione dei diritti consuetudinari perduti attraverso la creazione di una classe di piccoli proprietari terrieri che avrebbe contribuito alla maturazione del settore agricolo. Cfr. CAROPPO E., MASTORE A., *Il declino dei beni comuni. Il caso degli usi civici e dei demani comunali nell'Italia meridionale nei secoli XIX-XX*, H-ermes, J. Comm., 2018, 11, 9-28.

[236] Sul significato del termine si rinvia al par. 7.8.

[237] Un quadro generale è offerto da VIVIER N., DEMELAS M.-D., *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amerique latine*, Rennes, 2003.

[238] Nelle elezioni politiche del 24-25 febbraio 2013, il partito democratico ha utilizzato lo slogan "Italia. Bene Comune".

[239] CERULLI IRELLI V., DE LUCIA L., *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 4.

[240] *Ibidem*, 3-4.

[241] Senza pretesa di completezza, restando in Italia, si vedano CACCIARI P. (a cura di), *La società dei beni comuni. Una rassegna*, Ediesse, Roma. 2010; CASSANO F., *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Dedalo, Bari, 2004; CIERVO A., *I beni comuni*, Ediesse, Roma, 2012; LUCARELLI A., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 59 ss., nonché ID., *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi, Lucca, 2011; MARELLA M.R. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit.; MATTEI U., *Beni comuni, Un nuovo manifesto*, Roma-Bari, 2011; PEN-

giche e politiche, i quali hanno dato vita ad una dialettica tra posizioni riformiste e correnti rivoluzionarie o di rottura [244], che hanno calato nell'agone politico il dibattito dottrinale sui beni comuni, come forma di resistenza alle politiche di privatizzazione di beni e imprese pubbliche.

Proposte di riforma del nostro ordinamento giuridico in direzione dei beni comuni sono state avanzate da Luigi Ferrajoli [245], il quale ha suggerito di individuare anzitutto un'ampia categoria di beni fondamentali, definiti come i beni che sono oggetto di diritti fondamentali, da contrapporre a quella dei beni patrimoniali, oggetto di diritti patrimo-

---

NACCHI L., *Filosofia dei beni comuni. Crisi e primato della sfera pubblica*, Donzelli, Roma, 2012; MATTEI U., REVIGLIO E., RODOTÀ S. (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Accademia Nazionale dei Lincei, 2010; RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 105 ss., ora in una nuova stesura in ID., *Il terribile diritto*, cit., spec. parte V, *Verso i beni comuni*, 459 ss.; SETTIS S., *Azione popolare*, cit., spec. 56 ss.; VITALE E., *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013; CATERINA R., *Il benicomunismo come orientamento culturale: un bilancio teorico ed alcune questioni aperte*, Riv. critica dir. priv., 2017, 35, 2, 293-304. Per indicazioni bibliografiche in relazione ad altri Paesi, cfr. NESPOR S., *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in Federalismi.it, 7/2013.

[242] Nella scienza economica sono soprattutto gli studi di Elinor Ostrom (premio Nobel per l'Economia nel 2009) e della sua scuola ad aver portato prepotentemente alla ribalta il tema dei beni comuni. V. par. 3 e nota 59. Dell'Autrice, oltre a *Governing the Commons* del 1990, si segnala *The future of the Commons. Beyond Market Failure and Government Regulation,* IEA, Londra, 2012, saggio presentato all'Hayek Memorial Lecture dell'IEA il 29 marzo 2012, ora pubblicato in Critica liberale, maggio-giugno 2013, 139 ss. Occorre ricordare in realtà anche i contributi di GRAZZINI E., *Il bene di tutti. L'economia della condivisione per uscire dalla crisi*, Editori Riuniti, Roma, 2011; BONAIUTI M., *La teoria bioeconomica*, Carocci, Roma, 2001; ID., *La grande trasformazione: dal declino alla società della decrescita*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013; BRESSO M., *Per un'economia ecologica*, Carocci, Roma, 2002; DONOLO C., *Il distretto sostenibile: governare i beni comuni per lo sviluppo*, Angeli, Milano, 2003; ID., *Sostenere lo sviluppo: ragioni e speranze oltre la crescita*, Mondadori, Milano, 2007; ID., *Sui beni comuni virtuali e sul loro ruolo nella governabilità dei processi sociali*, in FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO-ISSOCO, *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari. Una discussione interdisciplinare a più voci sul concetto di beni comuni*, Ediesse, Roma, 2013, 257-304; ID., *I beni comuni e l'episteme repubblicana*, in Politica e società, 2013, III, 381-401; GRASSELLI P., *Per il bene comune oggi*, EDUCatt, Milano, 2011; GRASSELLI P., MONTESI C. (a cura di), *Le politiche attive del lavoro nella prospettiva del bene comune*, Franco Angeli, Milano, 2010; ZAMAGNI S., *L'economia del bene comune*, Città Nuova, Roma, 2011; GEORGESCU-ROEGEN N., *Bioeconomia. Verso un'altra economia ecologicamente e socialmente sostenibile*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2003; LATOUCHE S., *Giustizia senza limiti: la sfida dell'etica in una economia mondializzata*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2003; ID., *Come sopravvivere allo sviluppo. Dalla decolonizzazione dell'immaginario economico alla costruzione di una società alternativa*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2005; ID., *La scommessa della decrescita*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2007; ID., *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2011; SHIVA V., *Le guerre dell'acqua*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2003; ID., *Il bene comune della Terra*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2011.

[243] In ambito filosofico, occorre accennare almeno agli interventi di Bruno Amoroso, Gabriella Bonacchi, Franco Cassano, Elena Pulcini, Luigi Lombardi Vallauri.

[244] ALGOSTINO A., *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, Costituzionalismo.it, 2013, 3.

[245] FERRAJOLI L., *Beni fondamentali*, in *Tempo di beni comuni*, cit., 139-140, richiama la necessità di "*procedere a una ridefinizione del concetto (…) depurata dai suoi usi retorici e quanto più ancorata al lessico giuridico*". Il "*coacervo di valori benefici eterogenei*" che la nozione viene sovente ad identificare si pone infatti in contraddizione palese con la grammatica giuridica, rischiando di vanificare le sue potenzialità e la sua valenza pragmatica.

niali. Sono indicati tre sotto-insiemi di beni fondamentali, tra cui figurano anche i "*beni dei quali si richiede l'uguale garanzia a tutela di tutti, perché vitali, e che vanno perciò sottratti alle logiche e alle vicende del mercato: in primo luogo i beni comuni, cioè le res communes omnium, il cui uso o l'accesso alle quali è vitale per tutte le persone e che formano perciò l'oggetto di diritti fondamentali di libertà di uso o godimento*[246].

La trasformazione in beni fondamentali richiede l'intervento dell'ordinamento che li protegga, ritenendoli indisponibili e inviolabili[247]: "*di qui la necessità* – scrive Ferrajoli – *di una fase nuova del costituzionalismo, sia di diritto privato che di diritto internazionale*" [248].

Paolo Maddalena ha ricordato che vi è un obbligo morale imprescindibile di conservare le risorse naturali per le generazioni future, che gli ordinamenti giuridici dovrebbero tradurre in obbligo giuridico primario, sancito al più alto livello del sistema normativo, cioè in Costituzione[249]. Di tali beni è prioritario assicurare l'inalienabilità e l'imprescrittibilità a beneficio di tutti e delle generazioni future.

Secondo Lucarelli, occorre spostare l'attenzione dal mero rapporto *dominus* – *res* ad una nuova considerazione funzionale del bene e delle utilità che offre[250]. Ciò comporta il primato della funzione sul titolo e delle istanze sociali su quelle individuali[251]. La fruizione collettiva, quando si tratti di beni qualificati come comuni, deve porsi come limite e condizione alla proprietà pubblica e privata. La titolarità della proprietà non dovrebbe, in questi casi, impedire l'accesso alle risorse e perderebbe i suoi caratteri di pienezza ed esclusività, in vista della tutela di diritti fonda-

---

[246] *Ibid.*, 142. All'interno delle altre due categorie si annoverano, *"in secondo luogo, quelli che possiamo chiamare beni personalissimi, come sono le parti del corpo umano, che formano l'oggetto di diritti fondamentali di immunità, cioè di libertà da lesioni, incluse quelle provenienti da atti di disposizione*; *in terzo luogo quelli che possiamo chiamare beni sociali perché oggetto dei diritti fondamentali sociali alla salute e alla sussistenza, come i farmaci salva-vita e gli alimenti di base*".

[247] *Ibid.*, 143.

[248] *Ibid.*, 145, 150.

[249] MADDALENA P., *Il territorio bene comune degli Italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Donzelli, Roma, 2014 e ID., *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in Federalismi.it, 25/2011, 14-15. Nel concentrarsi sui beni demaniali, egli richiama la necessità che non siano intesi come una proprietà privata dell'Ente statale, ma come una proprietà collettiva in uso pubblico ('pubblico' perché del popolo), restando allo Stato-persona una funzione di tutela e di gestione. Prescindere dal carattere di proprietà pubblica-collettiva del bene potrebbe significare abbassare il livello di tutela nei suoi confronti, con possibili distrazioni a fini speculativi da parte di privati.

[250] LUCARELLI A., *Beni comuni*, cit., 42-44 e ID., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni,* in Espaço Jurídico. Joaçaba, 2011, 12, 2, 14. Lucarelli definisce il bene comune una *res communis omnium* caratterizzata "*da una destinazione a fini di utilità generale*": è "*un bene orientato al raggiungimento della coesione economico-sociale e territoriale e al soddisfacimento dei diritti fondamentali*". Lucarelli ha fatto parte, in qualità di Assessore ai beni comuni della Giunta del Comune di Napoli guidata dal Sindaco Luigi de Magistris che ha deliberato il 20 luglio del 2011 l'avvio di un processo per la creazione di una rete nazionale ed europea per la definizione di uno "Statuto europeo dei beni comuni", oggetto di una proposta di iniziativa dei cittadini europei alla Commissione.

[251] *Ibid.*, 53.

mentali. La prospettiva di Lucarelli si basa anch'essa su "*una ipotesi di modifica della Costituzione, tale da riconoscere e garantire i beni comuni*" [252].

A queste posizioni riformiste, se ne sono contrapposte altre, scettiche verso ogni tentativo riformatore che non muova da una "*prassi di lotta costituente volta a stabilire un'egemonia nuova*" [253].

"*Il comune è incompatibile con la nozione della concentrazione del potere*", "*oltre lo Stato ed oltre la proprietà privata non può che esprimersi nel superamento della grammatica fondamentale della modernità e nel rifiuto radicale della sua costituzione*" [254].Il diritto – sostiene Mattei – non è oggi, non è mai stato, né può essere a favore del comune, perché è piuttosto il suo nemico, in quanto protettore dell'accumulazione capitalistica, così come il costituzionalismo borghese nasce per proteggere la proprietà privata [255]. "*Il comune richiede emancipazione delle moltitudini, proprio quel 'comunismo' per evitare il quale è strutturata l'attuale società, fondata sul regime di legalità e sulla tecnocrazia*" [256]. L'unica via di uscita è la prassi rivoluzionaria: sono dunque le lotte (esemplare quella NO TAV), le occupazioni (teatro Valle di Roma) e prassi analoghe che danno vita ad una "*produzione di giuridicità dal basso*", perché il diritto borghese non può auto-destrutturarsi, come sarebbe necessario per l'affermazione del comune [257].

---

[252] *Ibid.*, 45.

[253] MATTEI U., *Beni comuni*, cit., 51, ID. *Teoria e prassi costituente nel governo del comune*, in *Tempo di beni comuni*, cit., 322, secondo cui "*I tentativi 'riformisti', volti a limitare i beni comuni ad una mera terza via, dimostrano tutti i loro limiti euristici; simile sorte non può che essere condivisa dai tentativi ontologici, trascendenti e tassonomici. Si apre finalmente una stagione giuridica costituente in cui la rule of law viene smascherata come falsa coscienza ed in cui la portata evocativa e mobilitante dei beni comuni travolge le preoccupazioni, pur legittime sul piano tecnico, legate alla loro definizione e circoscrizione*". Si veda anche MATTEI U., *Beni comuni*, cit., 53, in cui l'autore ritiene che per comprendere appieno la nozione di bene comune occorra liberare "*la nostra mente dai più radicati tra gli schemi concettuali con cui siamo soliti interpretare la realtà*" e abbandonare "*la logica meccanicistica e riduzionistica tipica dell'Illuminismo, che separa nettamente il soggetto dall'oggetto*". Un bene comune "*non può concepirsi come un mero oggetto, una porzione tangibile del mondo esterno*", "*non può essere ricondotto all'idea moderna di merce*". Il bene comune "*esiste soltanto in una relazione qualitativa*" con il soggetto ed i suoi bisogni: "*noi non "abbiamo" un bene comune …, ma in un certo senso "siamo" (partecipi del) bene comune*".Non esiste, secondo Mattei, una base ontologica dei beni comuni, non si possono indicare caratteristiche oggettive valide per tutti: essi sono piuttosto frutto di costruzione sociale, di istanze che nascono dal basso in un preciso contesto e momento storico, prendono forma attraverso prassi di lotta e occupazione: "*i beni comuni sono resi tali non da presunte caratteristiche ontologiche, oggettive o meccaniche che li caratterizzerebbero, ma da contesti in cui essi divengono rilevanti in quanto tali*" . Non vi è un'evidenza oggettiva, una condizione a priori che identifichi un bene come comune: ciò deriva dalla sua funzione indispensabile per l'uomo. La necessità di soddisfare determinati bisogni diviene costitutiva del bene comune: la definizione incorpora il processo conflittuale che ruota intorno al riconoscimento di un *quid* come bene comune.

[254] *Ibid.*, 326-327.

[255] *Ibid.*, 331.

[256] *Ibid.*, 333.

[257] *Ibid.*, 338. In questo senso, anche MATTEI U., *Beni comuni*, cit., 51, secondo cui "*i beni comuni divengono rilevanti in quanto tali soltanto se accompagnano la consapevolezza teorica della loro legittimità con una prassi di conflitto per il riconoscimento di certe relazioni qualitative che li coinvolgono*".

L'anima rivoluzionaria di Mattei pare debitrice delle tesi di Michael Hardt ed Antonio Negri, secondo cui i concetti di comune e beni comuni [258] sono inconciliabili con il sistema giuridico che ha storicamente preso forma in Occidente, basato sulla proprietà privata sacralizzata e sullo Stato, sua custode. Queste istanze del comune emergono quindi non entro ma *contra ordinem* (contro il sistema giuridico attuale) e si manifestano soprattutto con lotte, rivendicazioni, occupazioni attraverso le quali le moltitudini espropriate rientrano in possesso di ciò che ritengono spettare loro [259].

L'approccio rivoluzionario ha sortito diverse critiche [260]. Studiosi come Laura Pennacchi hanno apertamente criticato la concezione totalizzante dei beni comuni come modulo organizzativo generale di una nuova società utopistica – definita come una mistica dei beni comuni – e come parola d'ordine di un nuovo antagonismo sociale [261]. Pennacchi ritiene necessaria, in una prospettiva riformista moderata, una

---

[258] HARDT M., NEGRI A., *Comune*, cit., 8, sono considerati i primi ad aver introdotto la dizione "Comune" al singolare: "*Per comune si deve intendere […] tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale, che è necessario per l'interazione sociale e per la prosecuzione della produzione, come le conoscenze, i linguaggi, i codici, l'informazione, gli affetti e così via*". L'opera, terzo atto di una trilogia iniziata con *Impero* e proseguita con *Moltitudine*, offre un ampio sforzo di lettura della situazione mondiale attuale, dalle trasformazioni del capitalismo alla fine dell'egemonia americana, all'aprirsi di inedite prospettive globali per recuperare la dimensione del comune.

[259] HARDT M., NEGRI A., *op. cit.*, 8. Per Hardt e Negri, il comune, per un verso, esiste già, ovunque, ed attende di essere riconosciuto, per altro verso deve essere prodotto da pratiche sociali. "*In questo quadro* – scrive Negri – *il comune non può esser posto in continuità con la tradizione giuridica, non può configurarsi come un terreno dentro il quale si propongono, dall'esterno, idee di giustizia*". Occorrono dottrine e pratiche che destrutturino il diritto occidentale, entro le quali soltanto si colloca un nuovo potere costituente. Di qui un'idea complessa di diritto, dove il costituente prevale sul costituito, in un processo continuomediante il quale emerge un 'diritto naturale rivoluzionario'. Cfr. NEGRI A., *Il diritto del comune*, in CHIGNOLA S. (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Ombre Corte, Verona, 2012, 44 ed ID., *Spinoza sovversivo. Variazioni (in)attuali*, Pellicani, Roma, 1992, 14.

[260] Si veda, ad esempio, la critica del Manifesto di Mattei da parte di VITALE E., *Contro i beni comuni*, cit., 2013, che ricorda come l'Illuminismo non si possa ridurre all'individualismo possessivo, ma sia la matrice ideologica dei diritti dell'uomo e del cittadino e del pensiero critico. ALGOSTINO A., cit., rileva come Mattei finisca per "*proporre una nozione così flessibile e appiattita sulla prassi – a posteriori – da non definire nulla*": "*il bene comune diviene una prospettiva onnicomprensiva e totalizzante, ma l'evanescenza del concetto rischia comunque di rendere il "comune" facile terreno di cattura ed espropriazione. Nella volontà di sfuggire alla morsa di schemi-catene da cui liberarsi, di librarsi tra essere e dover essere, il mondo che potrebbe essere è costruito su steli così eterei e leggeri da disperdersi e piegarsi facilmente alle folate di vento. Immaginazione e fantasia non implicano un concetto-tornado, ove tutto si scompone, fonde e mescola, un turbine che tutto avvolge, ma ben possono nel loro volo produrre progetti concreti e fondamenta chiare su cui costruire il mondo che si sogna*". Nettamente critico rispetto all'approccio di Mattei, BARBERIS M., *Il comunismo dei beni comuni*, Il rasoio di Occam, 30 aprile 2013, che definisce il suo lavoro "*più un vangelo apocrifo, l'incunabolo di una setta eretica, che un libro di diritto e/o di politica*".

[261] PENNACCHI L., *La triangolazione pubblico/privato/comune ai fondamenti della modernità*, in *Tempo di beni comuni*, cit., 64-65. Non si tratta, per l'A., di "*fare del 'comune' una specie di panacea tanto onnivalente quanto indistinta e magari il fulcro di un nuovo antagonismo sociale proposto come alternativa globale al modello capitalistico*".

triangolazione pubblico-privato-comune, dove la sfera del pubblico debba necessariamente permanere come momento di mediazione istituzionale [262].

Al di là del dibattito teorico, contributo fondamentale al tentativo di riforma dell'ordinamento nella direzione di riconoscervi cittadinanza ai beni comuni è stato dato dall'opera di Stefano Rodotà[263]. Fu infatti padre di un progetto di sistemazione complessiva ed articolata della materia dei beni comuni, portato avanti dalla Commissione da lui presieduta e istituita nel giugno del 2007 dal Governo Prodi, al fine di redigere un disegno di legge modificativo del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile, contenente la disciplina dei beni pubblici [264].

Il Disegno di legge delega al Governo è stato consegnato al Guardasigilli nell'aprile del 2008 [265]. Accanto alla bipartizione tradizionale dei beni in pubblici [266] e privati, prevedeva l'introduzione della "*nuova fondamentale categoria*" [267] dei beni comuni, muovendo dalla constatazione della "*situazione altamente critica*" in cui si trovano, "*per problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche*". Della nuova categoria il progetto forniva la definizione ampia ed elastica di "*cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona*" [268], accompagnata da una elencazione esemplificativa, non esaustiva [269], che si è osservato corrispondere grosso modo alla categoria tradizionale dei beni demaniali [270]. Sebbene l'elencazione fosse sbi-

---

[262] *Ibid.*, 98-99.

[263] (1933-2017) Parlamentare italiano sin dal 1979, nel 1989 è nominato Ministro della Giustizia nel governo Achille Occhetto. Nel 1994, decide di non ricandidarsi, preferendo tornare all'insegnamento universitario. Ha insegnato nelle Università di Macerata, Genova e Roma La Sapienza, dove è stato professore ordinario di diritto civile e dove gli è stato conferito il titolo di professore emerito. Dal 1997 al 2005 è stato il primo Garante per la protezione dei dati personali.

[264] MATTEI U., REVIGLIO E., RODOTÀ S. (a cura di), *Invertire la rotta*, il Mulino, Bologna, 2007 e ID., *I beni pubblici*, cit. ove sono presentati i lavori della Commissione e i materiali di lavoro sui quali è stata fondata la proposta normativa.

[265] COMMISSIONE RODOTÀ, *Relazione*, 14 giugno 2007, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617 (ultimo accesso 26.03.21).

[266] La Commissione proponeva una nuova classificazione dei beni pubblici in: 1) beni ad appartenenza pubblica necessaria (ad es. spiagge, strade, ferrovie, acquedotti, porti ed aeroporti, opere destinate alla difesa; 2) beni sociali (ad es. edifici adibiti a scuole, ospedali, ecc., servizi pubblici locali); 3) beni fruttiferi (quelli non compresi nelle categorie precedenti e, a differenza dei primi, alienabili e gestibili privatisticamente).

[267] COMMISSIONE RODOTÀ, *Relazione*, cit. Secondo MARELLA M.R., *Per un diritto dei beni comuni*, cit., 11, il comune è l'"*alternativa in termini sociali, economici ed istituzionali, … oltre la contrapposizione pubblico/privato*"; secondo MATTEI U., *Beni comuni*, cit., 7 e 72, "*il comune costituisce un altro genere, radicalmente antagonista rispetto alla declinazione esaustiva del rapporto pubblico/privato o Stato/mercato*".

[268] COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, 14 giugno 2007, art. 1, lett. c).

[269] "*Sono beni comuni – si legge nel testo – tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate*". Cfr. COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1, lett. c).

[270] CERULLI IRELLI V., L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 9.

lanciata su beni di tipo materiale, comprendendo risorse naturali, paesaggistiche, beni culturali, ambientali, archeologici, non mancava anche un riferimento alla tutela delle "opere della cultura" [271].

I beni comuni, secondo le intenzioni della Commissione, avrebbero dovuto essere fortemente tutelati dall'ordinamento anche a beneficio delle generazioni future [272], con garanzia della loro "fruizione collettiva" secondo le modalità stabilite dalla legge e con limitata possibilità di concessioni a privati [273].

Con riferimento alla loro titolarità, nella Relazione che accompagna la Proposta di articolato, si legge che i beni comuni sono "a titolarità diffusa" e possono "*appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati*" [274], con l'attribuzione a "chiunque" del diritto "*alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni*" [275]. "Chiunque" può fruire delle utilità dei beni comuni, in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione [276]. Non si specifica, invece, se l'esercizio della tutela giurisdizionale possa avvenire per il tramite di azioni collettive, benché secondo alcuni "*pare possa considerarsi intrinseco alla logica del bene comune ammetterle*" [277].

Nemmeno emerge quali siani le prerogative che danno corpo alla titolarità, al di là della tutela giurisdizionale. Diversi autori hanno rilevato l'impossibilità di individuare un unico status giuridico per tutti i beni comuni [278] e lo stesso Rodotà ha chiarito che sono "*le caratteristiche di ciascun bene … a dover essere prese in considerazione*" a tal fine [279].

---

[271] Mancano nel catalogo i beni funzionali alla garanzia di diritti sociali come la salute o l'istruzione, (ovvero ospedali, scuole, servizi sociali), che nel riparto proposto dalla Commissione figurano come beni pubblici, in specie "beni pubblici sociali", cioè beni "*le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona*". Cfr. COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1, lett. d), n. 2.

[272] "*I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future*" (COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1, lett. c)). In senso analogo, RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, cit., 472-473: i beni comuni "*incorporano la dimensione del futuro, e quindi devono essere governati anche nell'interesse delle generazioni che verranno*"; MARELLA M.R., *Per un diritto dei beni comuni*, cit., 21: "*quasi per definizione, la gestione di un bene comune deve tener conto degli interessi delle generazioni future*".

[273] COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1, lett. c).

[274] COMMISSIONE RODOTÀ, *Relazione*, cit.

[275] COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1, lett. c); è lo Stato, invece, "*salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi*", legittimato in via esclusiva "*all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune*", così come allo Stato spetta l'azione per la riversione dei profitti (*ibidem*).

[276] ALGOSTINO A., cit. rileva che "*pare preferibile ragionare di soggetti interessati, e non di fruitori*", dal momento che la prima pare "*più inclusiva, meno legata ad un materiale utilizzo del bene*".

[277] ALGOSTINO A., cit.

[278] MARELLA M.R., *Il diritto dei beni comuni*, cit., 20: "*un primo carattere si definisce … in negativo, nella mancanza di un regime giuridico comune*"; ALGOSTINO A., cit., definisce tale status "*strutturalmente indefinito*".

[279] Per cui, ad esempio, in alcune ipotesi, come nel caso del pubblico dominio immateriale (dai segni distintivi non appropriabili alle invenzioni escluse da brevettabilità) sarà sufficiente proteggere il bene dalle pretese di uso esclusivo e di costituzione di diritti di esclusiva.

Il disegno di legge non ha mai trovato approvazione in Parlamento [280].

Dopo la conclusione dei lavori della Commissione, Stefano Rodotà ha continuato a battersi per il riconoscimento dei beni comuni. Tra le varie iniziative a carattere politico, merita in particolare menzione la Costituente per i beni comuni, sorta nell'aprile 2013, con la partecipazione congiunta di giuristi (tra cui Paolo Maddalena, Gaetano Azzariti, Ugo Mattei, Maria Rosaria Marella) e movimenti [281]. La Costituente era strutturata, da un lato, in Assemblee territoriali, dove si raccolgono spunti e sollecitazioni dalle lotte e rivendicazioni in atto e, dall'altro, in una Commissione redigente, incaricata di formulare tecnicamente le istanze di riforma [282].

Non sono mancate le posizioni critiche, sia nel merito della riforma, che più in generale sulla necessità di scomodare il modello bipartito pubblico-privato in favore dell'introduzione di un *tertium genus*. Traendo spunto dalla difficoltà di delimitare la nozione di bene comune e distinguerla dal bene pubblico, alcuni autori hanno questionato la reale necessità dell'intervento riformatore [283]. Se è vero che "*finché lo Stato ha gestito i beni pubblici di sua proprietà ed ha avuto un ruolo dominante nella gestione dei servizi pubblici essenziali, non risultava … l'immediata necessità di distinguere i beni comuni dai beni pubblici*" e che "*il problema sorge allorquando la gestione passa progressivamente a soggetti privati e alle istituzioni pubbliche rimane unicamente la mera titolarità del bene*", allora pare difficile spiegare perché il problema non possa essere risolto tramite un ritorno ad una gestione pubblica [284]. In questa direzione, al più, i beni comuni parrebbero dover essere visti in un'ottica di continuità (e non di contrasto/opposizione) rispetto ai beni

---

In altri casi, invece, le risorse dovranno essere assicurate ad una comunità: è il caso delle manifestazioni di folklore o dei saperi tradizionali, per i quali, l'alternativa a riconoscere diritti di esclusiva in capo ad una comunità, per evitare l'appropriazione (e la commercializzazione) ad opera di chiunque, è la previsione di forme di "*equitable revenue sharing*" a favore di queste. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 472.

[280] Su di esso cfr. *I beni comuni nella proposta della Commissione Rodotà*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 161-168.

[281] Cfr. CICCARELLI R., *Stefano Rodotà battezza la Costituente dei beni comuni*, Il manifesto, 15 aprile 2013.

[282] Cfr. MATTEI U., *Beni comuni. Per un'alternativa di sistema*, in PEPINO L., REVELLI M. (a cura di), *Grammatica dell'indignazione*, Torino, 2013, 30-31.

[283] ALGOSTINO A., cit. domanda provocatoriamente se ci sia "*veramente bisogno dei Commons o sono sufficienti i diritti? Un esempio fra tutti: perché chiamare l'acqua "bene comune" e non sancire un diritto all'acqua? O, perché traslocare il lavoro dalla casa dei diritti al condominio dei beni comuni?*".

[284] LUCARELLI A., *Note minime*, cit., 12. In senso analogo, ASOR ROSA A., *Il nuovo soggetto politico. Tra Toni Negri e Tommaso d'Aquino*, Il manifesto, 27 aprile 2012, 1, si interroga se "*non sarebbe meglio, invece che procedere negrianamente "oltre il privato e il pubblico", considerare la battaglia per i "beni comuni" un allargamento e un rafforzamento di quella per il "pubblico", in una visione più dinamica e articolata di quella praticata presentemente?*". Similmente, cfr. anche VITALE E., *Contro i beni comuni*, cit., 69-70, che si interroga se i beni comuni non siano "*una delle possibili vie o strategie mediante le quali il "pubblico" – sotto forma di costituzionalismo dei diritti fondamentali presi sul serio – cerca di mettere briglie più efficaci alla privatizzazione del mondo*", mettendo quindi in dubbio l'opportunità di insistere con questa formulazione piuttosto che più proficuamente "*utilizzare una formula quale "beni fondamentali" (Ferrajoli), o "beni pubblico globali" (Gallino)*".

pubblici e doversi considerare come una *species* del più ampio *genus* dei beni pubblici [285].

Altri autori [286] hanno sottolineato come la tutela degli interessi diffusi non si raggiungerebbe mutando la qualificazione giuridica del bene, quanto piuttosto imponendo al proprietario modalità di uso del bene che siano conformi al riconoscimento di tali interessi. Muovendo dall'assunto che il regime proprietario rispetto alla tutela degli interessi pubblici o generali coinvolti sia sostanzialmente neutro, si conclude che la soddisfazione degli interessi generali dipenda da una gestione dei beni che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico. In altre parole, la tutela del comune si otterrebbe, indipendentemente dagli istituti, quando esistano regole giuridiche che garantiscono la gestione dei beni e dei servizi essenziali in modo da soddisfare l'interesse generale.

7.8. *La proprietà collettiva e i beni comuni nell'attuale quadro giuridico italiano: gli usi civici e i diritti di uso pubblico*

Nonostante il tentativo di riforma del codice civile, finalizzato all'introduzione di una nuova categoria di beni, non abbia sortito effetti, deve rilevarsi che il concetto di bene comune non è comunque rimasto del tutto estraneo alla legislazione ordinaria, pur rimanendo confinato in disposizioni settoriali e di portata circoscritta [287]. A richiamare la categoria con maggior frequenza è il legislatore regionale [288].

I riferimenti appaiono, tuttavia, "*non fondati su una precisa definizione del concetto e spesso si risolvono solo in enunciazioni di principio, senza che ad essi segua poi un effettivo sviluppo applicativo del medesimo principio enunciato*" [289].

I beni comuni non trovano, dunque, cittadinanza formale nell'ordinamento giuridico italiano.

---

[285] SETTIS S., *Azione popolare*, cit., 112, secondo cui è "*sul continuum beni comuni-beni pubblici, e sulle connesse garanzie costituzionali, che bisogna far leva per costruire un progetto concreto e attendibile*".

[286] PASSALACQUA M., *"Oltre" la concezione proprietaria dei beni comuni. Diritto, economia e interesse generale*, Amministrazione in cammino, 2017, 7.

[287] Per una panoramica sui riferimenti legislativa si veda FIDONE G., *Proprietà pubblica e beni comuni*, ETS, Pisa, 2017, 27 ss. A titolo esemplificativo, il d.l.gs. 26 maggio 2004, n. 154, contenente nome per la "Modernizzazione del settore pesca e dell'acquacoltura", prevede all'art. 4 che tra le finalità e i contenuti del Programma nazionale debba essere tenuto conto del "*riconoscimento delle risorse ittiche come bene comune rinnovabile*".

[288] Ad esempio, l'art. 1 della r.r. Toscana 10 novembre 2014, n. 65 definisce "bene comune" il "patrimonio territoriale" inteso come "*l'insieme delle strutture di lunga durata prodotte dalla coevoluzione fra ambiente naturale ed insediamenti umani*". Numerose sono le leggi regionali che ascrivono il suolo a bene comune: cfr. L.R. Lombardia 28 novembre 2014, n. 31 e 28 dicembre 2011, n. 25, L.R. Abruzzo 28 aprile 2014, n. 24; L.R. Puglia 20 maggio 2014, n. 26 e L.R. Friuli Venezia Giulia 25 settembre 2015, n. 21. Altre leggi regionali che fanno riferimento alla categoria dei beni comuni sono quelle in materia di acque e patrimonio idrico: cfr. L.R. Lazio, 4 aprile 2014, n. 5; L.R. Umbria 17 maggio 2013, n. 11; L.R. Emilia-Romagna 6 settembre 1999, n. 25.

[289] FIDONE G., *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., 34.

La proprietà collettiva, invece, non è del tutto sconosciuta al nostro ordinamento, ma si inserisce in esso solo ed esclusivamente come "anomalia giuridica", ovvero come eccezione alla regola, residuante dal modello feudale, un tempo diffuso ovunque in Europa, ben prima dello Stato moderno [290].

I c.d. usi civici [291] costituiscono la tipologia più nota, anche perché sono caratterizzati da una disciplina consolidata. La legge 16 giugno 1927, n. 1766 [292] (tutt'oggi la legge nazionale fondamentale sugli usi e demani civici) ed il regio decreto 26 febbraio 1928, n. 332, contenente il relativo regolamento applicativo, ammettono in via generale Università ed Associazioni agrarie, accanto a Comuni e Frazioni, come titolari di beni di uso civico esistenti o creati dalle procedure di affrancazione dagli usi civici dei terreni privati, su una non irrilevante porzione, soprattutto montana e collinare, del territorio nazionale [293]. La giurisprudenza ha interpretato la legge nel senso di considerare i Comuni (o comunque l'ente esponenziale della collettività) [294] come amministratori [295] (con poteri rappresentativi e tutori della collettività titolare) dei beni civici e la popolazione del luogo come vera titolare di essi (dando vita ad

---

[290] Cass., 21 giugno 1966, n. 1592, Riv. dir. agr. 1966, 330, ha affermato che gli usi civici «*hanno fondamento nel diritto di vita delle popolazioni che le esercitano e, quindi, nell'antico dominio che le popolazioni stesse, riguardate nella loro collettività, avevano acquistato sul loro territorio, mercé occupazione e lavori eseguiti per far fruttificare le terre, e pertanto, quando quelle terre venivano infeudate, quei diritti, a favore della popolazione preesistente, dovevano venire rispettati e nemmeno il sovrano poteva disconoscerli o sopprimerli*». In dottrina, v. DANI A., *Il concetto giuridico di "beni comuni"*, cit., 28; PRINCIPATO L., *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi*, Giur. Cost., 2015, 1, 207, secondo cui il feudo può ritenersi esperienza significativa di genesi degli usi civici in quanto il dominio diretto delle terre date in concessione al vassallo (c.d. *beneficium*) resta del feudatario, mentre il dominio utile è attribuito al vassallo, che ne trae frutti essenziali per la soddisfazione dei bisogni primari propri e della famiglia. Il rapporto fra i diritti di promiscuo godimento ed il feudo, con la forza normativa della consuetudine, finirà con il sopravvivere alla crisi del sistema feudale e alla c.d. eversione della feudalità (v. par. 7.6, nota 235).

[291] Per una definizione si veda PRINCIPATO L., *Gli usi civici non esistono*, Giur. Cost., 2014, 4, 3366D, secondo cui il sintagma qualifa "*forme di godimento di beni, anche in proprietà altrui, di pluralità di individui fra essi legati da un nesso geografico funzionale, siccome collettività stanziata (anche) sul bene dal quale si traggono utilitates*".

[292] La riforma della materia fu voluta dal regime fascista con lo scopo di reperire degli appezzamenti di terreno da distribuire ai reduci della prima guerra mondiale, nei cui confronti il fascismo era stato prodigo di promesse. Per una visione di insieme sulla normativa si veda ANTONELLI V., *Usi civici e insediamenti urbani*, Riv. notariato, 1999, 1, 65.

[293] CARLETTI F., *Gli usi civici come problema sociale irrisolto della modernità*, in RICOVERI G. (a cura di), *Beni comuni. La sfida più difficile del ventunesimo secolo*, Roma, 2005, 20, ne stima la consistenza in oltre tre milioni di ettari.

[294] Qualora sussistano conflitti di interesse fra la posizione soggettiva del Comune e quella della comunità, ai cui membri è attribuito il godimento promiscuo, la giurisprudenza ammette la possibilità di nomina di un curatore speciale, su istanza di chiunque abbia interesse ai sensi dell'art. 78 c.p.c. (Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2007, n. 6165, in *Mass. Giur. it*. 2007).

[295] L'attività gestoria spazia dalla semplice manutenzione del bene, sino al compimento dell'atto dispositivo. Secondo PRINCIPATO L., *I profili costituzionali,* cit., il ruolo è assimilabile al *trustee* nell'istituto fiduciario di matrice anglosassone. Questi, infatti, non è titolare della proprietà del bene, ma svolge un ruolo di mera gestione, nell'interesse del beneficiario.

una comunione senza quote)[296]. I demani civici o collettivi sono dunque considerati proprietà collettive, cioè proprietà indivise degli abitanti (*uti cives*, in qualità di cittadini), di Comuni o di entità insediative minori e si distinguono da quelli propriamente comunali, di proprietà del Comune come ente giuridico.

In favore dell'ente esponenziale e – autonomamente – di ciascun componente della comunità è riconosciuta la legittimazione a chiedere la protezione (possessoria e petitoria) del diritto e ad agire per fare accertare la nullità degli atti privati che lo violino[297]. Inoltre, ogni utente può ricorrere al giudice amministrativo contro i provvedimenti (generali o puntuali) lesivi del diritto e del suo esercizio: l'interesse legittimo del singolo, in quanto co-titolare del diritto, è presunto e non deve essere dimostrato[298].

La legge del 1927 ha previsto una funzione di alta vigilanza e controllo da esercitarsi sui beni di uso civico da parte del Ministero dell'Agricoltura, mentre tutte le altre funzioni, amministrative e giurisdizionali, spettano al Commissario per la liquidazione degli usi civici (art. 27), in funzione di giudice speciale legittimato ad agire anche d'ufficio a tutela di questi beni (art. 29)[299]. Il d.p.r. n. 616/1977 ha poi concentrato nelle Regioni tutte le funzioni amministrative e nella figura del Commissario quelle giurisdizionali[300].

In quest'ottica, la proposta di Peukert di istituire una figura deputata a rappresentare in giudizio l'interesse pubblico a salvaguardia del pubblico dominio non rappresenterebbe una novità assoluta nel nostro ordinamento, che già annovera esempi di uffici governativi deputati ad agire d'ufficio a tutela di beni comuni.

---

[296] Cfr. CERVATI G., *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato (1924-1951)*, Riv. trim. dir. pubbl., 1951, I, 2/3 e CERULLI-IRELLI V., *Proprietà pubblica*, cit., 263-342.

[297] Sebbene con riferimento alla diversa categoria della servitù di uso pubblico di cui all'art. 825 c.c., Cass., civ., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 333, ha riconosciuto che "*la legittimazione ad agire o a resistere in giudizio a tutela di tale diritto spetta non soltanto all'ente territoriale che rappresenta la collettività – normalmente il comune – ma anche a ciascun cittadino appartenente alla collettività uti singulus*".

[298] CERULLI-IRELLI V., *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in CHITI M.P. (a cura di) *I Beni culturali e comunità europea*, Milano, 1994, 47 ss.

[299] Secondo l'art. 29 della l. n. 1766 del 1927, il Commissario ha il potere di decidere "*tutte le controversie circa la esistenza, la natura e la estensione dei diritti suddetti, comprese quelle nelle quali sia contestata la qualità demaniale del suolo o l'appartenenza a titolo particolare dei beni delle associazioni, nonché tutte le questioni a cui dia luogo lo svolgimento delle operazioni loro affidate*". Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 maggio 2020, n. 9280. In più occasioni, la Corte costituzionale ha ritenuto che il potere d'ufficio dei commissari sia giustificato dall'interesse della collettività generale (ossia la collettività statale) alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla difesa dell'ambiente e del paesaggio. V. Corte cost. n. 133/1993, in Giust. civ., 1993, I, 1736. In seguito, questa soluzione è stata revocata in dubbio da Cass., sez. un., sent. 28 gennaio 1994, n. 858 e 859, in Giust. civ., 1994, I, 1523, ma è stata confermata dalla C. Cost. n. 46/1995. Per ulteriori informazioni sull'argomento, cfr. MARINELLI F., *Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Jovene, Napoli, 296 ss.

[300] Più specificamente la Regione si occupa della verifica demaniale (attraverso la nomina di Istruttori demaniali e periti), delle reintegre e delle assegnazioni a categoria delle terre, della liquidazione degli usi civici su terreni di privati, delle autorizzazioni alle alienazioni e ai mutamenti di destinazione. Il Commissario è invece competente per l'accertamento dell'esistenza e del tipo dei diritti e della natura demaniale delle terre, nonché per l'emissione di provvedimenti conservativi.

La formula usi civici usata dal legislatore è stata criticata in dottrina per la sua incapacità "di restituirci la multiforme ricchezza di un'infinità di usi locali differenziatissimi", ricorrendo impropriamente ad un tentativo di *reductio ad unum*[301]. La sua genericità infatti mal si concilia con la varietà di forme di proprietà collettiva presenti nell'ordinamento italiano vigente, e la specificità di certe realtà del nord Italia, come le *Regole* venete e trentine (del Cadore, del Comelico, dell'Ampezzano)[302], le *Comunelle* o *Vicinie* o *Vicinanze* dell'altopiano carsico-triestino[303], le *Società di antichi originari* lombarde o le *Consorterie* valdostane.

Con l'obiettivo (nient'affatto agevole) di riordinare il quadro ordinamentale in materia, la legge del 1927 è stata da ultimo integrata[304] dalla L. 20 novembre 2017, n. 168 recante "Norme in materia di domini collettivi", che unifica le suddette proprietà collettive sotto il nome di "domini collettivi". I domini collettivi sono persone giuridiche di diritto privato[305] e sono "ordinamenti giuridici" primari che preesistono allo Stato ed esistono indipendentemente da esso: realtà, cioè, che quest'ultimo non costituisce, ma riconosce in forza della legge. Tale natura, unitamente allo loro forte eterogeneità, è valsa loro il riconoscimento della capacità di autonormazione[306], cioè di darsi regole proprie ed autonome, nel solo rispetto del principio di legalità costituzionale.

Tra le novità più significative, la legge porta a coincidere titolare e gestore: la gestione dei beni collettivi non spetta più ai comuni, ma ai domini collettivi, in quanto enti esponenziali delle collettività titolari[307].

---

[301] GROSSI P., *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977; CATALANI P.M., *La collocazione sistematica degli assetti fondiari collettivi in funzione del rapporto fra comunità e ambiente*, in Archivio Scialoja-Bolla, Annali di studi sulla proprietà collettiva, 2014, 1, 1, 1-21; CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 212; PETRONIO U., *Usi civici*, in Enc. dir., XLV, Milano 1992, 931.

[302] Su queste realtà si veda il volume di TOMASELLA E., *Aspetti pubblicistici del regime dei beni regolieri*, Belluno, 2000.

[303] Su queste realtà si veda Cass. civ. sez. II, 10 ottobre 2018, n. 24978 che ha rappresentato il primo caso di applicazione della L. 168/2017.

[304] La legge non chiarisce in realtà quale sia il coordinamento tra le proprie norme e la legislazione del '27. Cfr. MARINELLI F., *Dagli usi civici ai domini collettivi*, in MARINELLI F., POLITI F. (a cura di), *Domini collettivi ed usi civici*, Pacini Editore, Pisa, 2019, 17. Per il superamento propende PAGLIARI G., cit., 40.

[305] Con riguardo alla natura privatistica o pubblicistica delle proprietà collettive v. C. Cost., 31 maggio 2018, n. 113, in Giur. Cost., 2018, 3, 1275C, con nota di POLITI F., *Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive?*, che ha stabilito che "*il regime dominicale degli usi civici attiene alla materia "ordinamento civile" di competenza esclusiva dello Stato*". Si veda anche Cass. civ. sez. un., 24 giugno 2020, n. 12482, Foro it. 2020, 10, I, 3074, che devolve alla giurisdizione ordinaria il sindacato giurisdizionale sugli atti con i quali gli enti esponenziali esercitano i poteri loro conferiti.

[306] Il dominio può disciplinare con proprie norme funzioni, organizzazione, governance, rapporti con i partecipanti alla proprietà collettiva e con i terzi che vi entrano in contatto.

[307] L'art. 2 co. 4 afferma che "*I beni di proprietà collettiva e i beni gravati da diritti di uso civico sono amministrati dagli enti esponenziali delle collettività titolari. In mancanza di tali enti i predetti beni sono gestiti dai comuni con amministrazione separata*".

Recependo principi già elaborati in sede giurisprudenziale[308], la legge riconosce agli assetti fondiari collettivi fondamento in Costituzione[309] e individua nella funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42, co. 2, Cost. la fonte di legittimazione del loro peculiare regime giuridico. L'effetto più importante di questo inquadramento appare quello di tracciare un collegamento con i diritti fondamentali dell'uomo[310]. Infatti, i domini collettivi, in quanto enti deputati alla gestione dei beni collettivi, sono riconosciuti come formazioni sociali "*portatrici di una risalente ed originale visione culturale, dinamica, dello stare insieme, della comproprietà intergenerazionale, della gestione collettiva e solidale del patrimonio comune indistinto e indistinguibile*"[311]. Come tali, i domini collettivi sono formazioni espressive della cultura dell'uomo (art. 9 Cost.), ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.), cioè sono presidi dei diritti inviolabili della persona umana, che la Repubblica deve garantire e sostenere.

La legge risolve anche il problema della qualificazione giuridica della posizione di diritto esercitata dai membri della collettività, sancendo che "*i membri hanno in proprietà*" i beni. Autorevole dottrina ritiene si debba comunque parlare di una figura autonoma di proprietà, distinta da quella di diritto comune[312].

L'art. 3, co. 1 contiene l'elenco dei beni collettivi e distingue tra a) i domini collettivi rientranti nel "patrimonio antico" dell'ente collettivo (beni di proprietà collettiva, non comunale o pubblica) e b) i beni di uso civico (di proprietà comunale o di soggeti terzi, gravati da un diritto di godimento o di uso a favore di una collletività).

---

[308] C. Cost., 1 aprile 1993, n. 133 rileva che «*Accanto agli interessi locali … emerge l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio*». C. cost., 20 febbraio 1995 n. 46 e n. 210/2014, afferma che "*la sovrapposizione tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di una integrazione tra uomo e ambiente naturale*".

[309] L'incipit del I comma dell'art. 1 della legge colloca i domini collettivi nella cornice costituzionale, ricollegando il riconoscimento della Repubblica all'attuazione degli artt. 2, 9, 42, II comma, e 43 Cost.

[310] PAGLIARI G., *"Prime note" sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi")*, Il diritto dell'economia, 2019, 65, 98, 1, 11-41, 15.

[311] PAGLIARI G., cit., 16.

[312] *Ibidem*., 38; PALERMO G., *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, Riv. dir. civ., 2006, 602 s.; PRINCIPATO L., *Gli usi civici non esistono*, cit., 3366D, secondo cui l'uso del concetto di proprietà "*appare contraddire la stessa sua ratio storica – ossia la contrapposizione al modello di proprietà romanistico, individualista e liberale*"; Id, *I profili costituzionali degli usi civici*, cit., aggiunge che si tratta piuttosto di "*una fattispecie di rapporto fra soggetto e bene del tutto anomala…peculiare, siccome tratteggiata da caratteri propri ed autonomi*". Il *civis*, infatti, esercita un potere di godimento sul bene, ma non ha capacità alcuna di disporre di tale potere, né di trasmetterlo *mortis causa*. Esso cessa con la morte (o la perdita della qualità di *civis*), mentre è acquisito dalle nuove generazioni come diritto proprio ed a titolo originario, semplicemente per conseguenza della titolarità dello status di appartenente al gruppo. Si tratterebbe, dunque, di una proprietà priva delle facoltà peculiari e qualificanti della proprietà privata *tout court*, perché esclude il potere di disposizione tanto del bene, quanto della sua destinazione, nonché ogni forma di individuazione fisica o giuridica della fetta di proprietà di ciascuno. Nella stessa direzione CERULLI IRELLI V., *Apprendere "per laudo". Saggio sulle proprietà collettive*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2016, 45, 346 ss.

L'elencazione è tassativa, e, quindi, non suscettibile di interpretazione estensiva o analogica.

Accanto a queste forme di proprietà collettiva, l'ordinamento prevede anche l'esistenza di altri diritti reali di godimento aventi sempre la comunità di abitanti come centro di imputazione. Si tratta dei c.d. diritti (o servitù) di uso pubblico che "*costituiscono diritti collettivi indisponibili ed imprescrittibili imputati ad una comunità di abitanti, ovvero ad un gruppo di persone legate tra loro da un vincolo, che hanno ad oggetto beni immobili (e, talvolta, mobili) appartenenti a soggetti, sia pubblici che privati, terzi rispetto alla medesima collettività, e che consistono nel godimento di determinate 'utilitates'limitate all''uti' e non estese al 'frui'*" [313]. Fondamento normativo di tali diritti è individuato nell'art. 825 c.c. che assoggetta al regime dei beni demaniali pubblici i diritti spettanti agli enti territoriali, Stato, province e comuni, sui beni altrui "*quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni demaniali o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi*". Si tratta di un istituto di tradizione antichissima, già conosciuto nel diritto romano, dove le abitazioni private venivano aperte in modo che la collettività potesse avere accesso a statue, busti e collezioni private [314]. Sopravvissuto al periodo medievale e conservato dalla legislazione successiva alla Rivoluzione francese, l'istituto è stato elaborato dalla giurisprudenza che ne ha delineato caratteristiche e modalità di applicazione. Il caso forse più noto riguarda la decisione con cui la Cassazione ha riconosciuto il diritto di uso pubblico del Comune di Roma, comprensivo del passaggio e dell'accesso al parco, al palazzo e alle bellezze artistiche di villa Borghese, dopo che Scipione Borghese nel 1885 aveva chiuso i cancelli della sua proprietà per venderla, interrompendo tre secoli di libero godimento da parte della popolazione [315]. Successivamente, la Cassazione ha stabilito che la titolarità dei diritti di uso pubblico compete direttamente "*a ciascun cittadino appartenente alla collettività uti singulus*" [316], che può esperire rimedi possessori (azioni di reintegrazione e manutenzione) [317], agendo da sé o rappresentati da un ente territoriale esponenziale (normalmente il Comune). Affinché un'area privata possa ritenersi assoggettata a uso pubblico è però necessario che l'uso avvenga a opera di una collettività indifferenziata ed indeterminata di soggetti considerati "uti cives", ossia quali titolari di un pubblico interesse di carattere generale. Deve, invece, escludersi l'uso pubblico quando questo venga esercitato soltanto da alcuni soggetti che si trovano "uti singuli" in una posi-

---

[313] Cass. civ., sez. trib., 30 settembre 2019, n. 24264.

[314] COLOMBO P., *I diritti di uso pubblico. Struttura e funzione*, Giuffrè, Milano, 1991, 9 ss.

[315] La sentenza è pubblicata su *La Legge*, 1887, I, 433 ed è commentata da DI PORTO A., *Res in usu publico*, cit. 52; VALGUARNERA F., *Accesso alla natura tra ideologia e accesso*, Giappichelli, Torino, 2010, 138; CERULLI IRELLI V., *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 170; COLOMBO P., *I diritti di uso pubblico*, cit., 50, che dà conto anche di casi precedenti di riconoscimento di diritti di uso pubblico, decisi dal Tribunale di Genova, nel 1870, avente ad oggetto la collezione d'arte di Palazzo Rosso e dal Tribunale di Bologna, nel 1876, in relazione all Galleria Zambeccari.

[316] Cass., 4 luglio 1934, n. 2722; Cass., 10 gennaio 2011, n. 333, Giust. civ. Mass., 2011, 1, 28; Id., 2 ottobre 1996, n. 8653; Id., 9 maggio 1987, n. 4284; Id., 13 giugno 2019, n. 15931.

[317] CERULLI IRELLI V., *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 180 ss.

zione qualificata rispetto al bene che si pretende gravato (come, ad esempio, i proprietari di determinati immobili in dipendenza della particolare ubicazione degli stessi e coloro che abbiano occasione di accedere a essi per esigenze connesse alla loro privata utilizzazione) [318].

Tali diritti possono costituirsi oltre che per atto negoziale, anche per usucapione [319] o per effetto di passaggio esercitato "*ab immemorabili*" o per "*dicatio ad patriam*". Quest'ultima consiste nel comportamento del proprietario del bene che lo metta volontariamente e con carattere di continuità (non di precarietà e tolleranza) a disposizione della collettività [320], al fine di soddisfare un'esigenza comune ai membri di tale collettività, indipendentemente dai motivi per i quali detto comportamento venga tenuto, dalla sua spontaneità, dallo spirito che lo anima e dunque anche se non intenzionalmente diretto a dare vita ad un diritto di servitù [321].

Vi rientra di buon grado il fenomeno della Street Art con cui un privato destina un'opera d'arte di propria titolarità all'uso pubblico [322] (cfr. cap. 5 par. 3.7).

L'estinzione del diritto non può derivare dal mero non uso, esigendo che l'ente territoriale esprima una volontà in tal senso, o mediante l'adozione di un provvedimento che riconosca cessati l'uso e l'interesse pubblico a servirsi del bene, o attraverso un comportamento concludente, consistente nell'omesso esercizio del diritto-dovere di tutela rispetto ad atti usurpativi o impeditivi da parte del privato [323].

L'impedimento dell'uso pubblico mediante esecuzione di opere che abbiano quale caratteristica precipua quella di escludere o limitare l'uso pubblico del bene demaniale può integrare una fattispecie di reato [324].

---

[318] Cass., 23 maggio 2012, n. 8165.

[319] Perché si costituisca per usucapione una servitù pubblica di passaggio su una strada privata, è necessario che concorrano contemporaneamente le seguenti condizioni: 1) l'uso generalizzato del passaggio da parte di una collettività indeterminata di individui, considerati "uti cives" in quanto portatori di un interesse generale, non essendo sufficiente un'utilizzazione "uti singuli", cioè finalizzata a soddisfare un personale esclusivo interesse per il più agevole accesso ad un determinato immobile di proprietà privata; 2) l'oggettiva idoneità del bene a soddisfare il fine di pubblico interesse perseguito tramite l'esercizio della servitù; 3) il protrarsi dell'uso per il tempo necessario all'usucapione. Cfr. Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2017, n. 28632.

[320] Cass. civ., sez. I, 27 giugno 2018, n. 16979, Foro Amm., 2019, 3, 444; Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2018, n. 15618.

[321] Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2017, n. 4416; Id. sez. I, 11 marzo 2016, n. 4851, Foro Amm., 2016, 4, 786; Trib. Bari, sez. II, 4 giugno 2018, n. 2441. Quando l'interesse (sempre pubblico) è di natura diversa si parla anche di *deputatio ad cultum* (cfr. Cass., sez. I, 16 marzo 1981, n. 1474, con nota di COLELLA P., *Sulla deputatio ad cultum publicum e sulla dicatio ad patriam di un polittico attribuito a Cocco di Pietro*, Giur. it., 1982, I, 74 ss.).

[322] GRAZIOSI B., *Riflessioni sul regime giuridico delle opere della street art: tutela e appartenenza "pubblica"*, Riv. giur. dell'edilizia, 2016, 4, 423. Si veda altresì RICCIO G.M., PEZZA F., *Copyright in Street Art and Graffiti: A Comparative Legal Analysis*, Ent. L.R., 30, 2, 2019, che ipotizza per le opere di street art la ricondizione alla categoria dei beni comuni.

[323] Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3788; Id. sez. II, 14 maggio 2018, n. 11676.

[324] Si veda l'art. 1161 Cod. della navigazione che così prevede in relazione ad uno "*spazio del demanio marittimo o aeronautico o delle zone portuali della navigazione interna*". In giurisprudenza si veda Cass. pen., sez. III, 21 novembre 2019, n. 2205.

L'auspicato riconoscimento legislativo dei beni comuni ha portato alcuni a suggerire un recupero, una razionalizzazione normativa dei diritti collettivi già previsti dall'ordinamento [325]. La residualità della figura nel nostro ordinamento, sopravvissuta in ambiti limitati e definiti, e difficilmente conciliabile con le categorie giuridiche dominanti [326], ha contrastato sinora l'estensione di tale modello. "*Nell'epoca della globalizzazione e dello sviluppo tecnologico, l'idea che l'esistenza di consorzi sociali possa dirsi condizionata dalla possibilità di trarre dalla terra i frutti e le risorse essenziali, appare quasi evanescente*". Attraverso un lento ma costante processo ermeneutico, la dottrina [327] e la giurisprudenza costituzionale prima [328] e la L. n. 168/2017 poi, hanno però contribuito a rivitalizzare questo istituto. Hanno chiarito, infatti, che il bene giudicato meritevole di protezione e posto a fondamento dei promiscui godimenti non deve più necessariamente essere quello delle origini (ossia l'interesse economico di tutela della collettività nei suoi bisogni primari), ma deve essere ricercato in un interesse più generale: la tutela del territorio e dell'ambiente, inteso come patrimonio dell'uomo e della società in cui vive e spazio di esplicazione della sua personalità individuale.

Ciò fa ritenere che lo schema codicistico dei domini collettivi possa costituire un modello di riferimento a cui guardare al fine di configurare un diritto d'uso dei beni immateriali in pubblico dominio. Al pari dei demani collettivi, tale diritto sarebbe teso a preservare il bene comune oggetto del diritto (non più la terra, ma le risorse culturali) e le sue virtuose potenzialità, in termini di garanzia di un primario interesse pubblico, qualitativamente diverso da quello individuale, imputabile ai membri della collettività che effettuano l'uso (non più l'interesse all'ambiente, bensì alla libertà di informazione ed espressione, all'arte, alla scienza e alla cultura in generale). Le finalità dell'attribuzione alla collettività di un simile potere di godimento possono dunque essere le più varie, ma esiste una *ratio* comune [329], che è quella di garantire i fondamentali bisogni dell'uomo, attraverso le risorse naturali di un territorio, piuttosto che quelle culturali.

A conforto di questa interpretazione, pare potersi leggere l'art. 2 co. 1 della L. 168/2017. Nel sancire l'obbligo della Repubblica di tutelare (cioè di assumere le iniziative necessarie, utili ed opportune per garantire la conservazione) e di valorizzare (ossia di porre in essere azioni attive tese a sviluppare tutte le potenzialità) i "*beni di collettivo godimento*", il legislatore usa una espressione di carattere generale, che

---

[325] CERULLI IRELLI V., *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 18.

[326] Cfr. CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Rimini, 2012, 239 ss.

[327] STELLA RICHTER P., *Proprietà collettive, usi civici ed interesse pubblico*, Dir.amm. 1983, 189; PALERMO G., *I beni civici*, cit., 595.

[328] C. Cost., 22 luglio 1998, n. 316, Giur. Cost., 1998, 2321 ss. e altri riferimenti contenuti in nota 308.

[329] Per un parallelismo tra domini collettivi e paradigma dei beni comuni si veda SPOTO G., *Usi civici e domini collettivi: "un altro modo" di gestire il territorio*, Riv. giur. dell'edilizia, 2020, 1, 3. Per un raffronto tra lo studio *Governing the commons* di E. Ostrom e l'impianto della L. n. 168/2017 v. GIULIETTI W., *"Governing the commons" (E. Ostrom): i domini collettivi come ordinamento giuridico alla luce della legge 20 novembre 2017 n. 168*, Riv. giur. dell'edilizia, 2020, 5, 349.

non trova riscontro nel testo della legge. Il compito della Repubblica pare pertanto potersi riferire invariabilmente a qualsiasi tipologia di bene collettivo, ivi compresi i beni immateriali di pubblico dominio.

In conclusione, sebbene non vi siano forme di tutela dei beni comuni nel nostro ordinamento, al di fuori di limitati istituti concernenti la proprietà fondiaria, "*si può senz'altro … ragionare di compatibilità, o forse ancor più di convergenza e coerenza dell'orizzonte dei beni comuni con la Costituzione*" [330] e l'ordinamento giuridico italiano, più in generale.

7.9. *I beni comuni nel diritto internazionale*

Nel diritto internazionale contemporaneo vi sono ampi segnali nella direzione di un'imputazione di certe categorie di beni all'intera umanità, in vista di una loro tutela (anche a beneficio delle generazioni future) e redistribuzione. Da tempo, nel vocabolario, hanno fatto la loro comparsa le nozioni di "*common heritage of mankind*" [331] (riguardo lo spazio extra-atmosferico, i fondali marini, il genoma umano, i beni artistici), di "*common concern of humankind*" [332] (biodiversità, clima), nonché le categorie dei "*common goods*" [333], dei "*global commons*" [334] e dei "*global public goods*" [335].

Sebbene tali nozioni rimangano ad oggi piuttosto indeterminate e difettino reali mezzi coercitivi capaci di tutelare adeguatamente le risorse naturali dagli appetiti lucrativi di Stati e società multinazionali, tali espressioni rendono testimonianza dell'interesse della comunità internazionale alla protezione del patrimonio comune a beneficio delle generazioni presenti e future, in forza di una appartenenza che trascende i limiti propri delle categorie di sovranità o proprietà, per riferirsi all'intero genere umano [336]. I suddetti termini si riferiscono i variabilmente ad aree o risorse di cui viene riconosciuta un'importanza primaria per l'umanità e il cui sfruttamento è regolato a fini pacifici e a favore della Comunità internazionale, con divieto di appropriazione o di sfruttamento esclusivo da parte di singoli Stati. Tra le applicazioni più note si ricordano quella relativa all'Antartide, agli spazi extra-atmosferici, alla luna e agli altri corpi celesti, all'orbita dei satelliti geostazionari, allo spettro delle

---

[330] ALGOSTINO A., cit.

[331] Tra i tanti, cfr. WOLFRUM R., *Common Heritage of Mankind*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxhord University Press, 2009.

[332] COTTIER T., *The Prospects of Common Concern of Humankind in International Law*, Cambridge University Press, 2021.

[333] HÉRITIER A. (ed.), *Common Goods: Reinventing European and international governance*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002.

[334] STERN P., *Design principles for global commons: natural resources and emerging technologies*, International Journal of the Commons, 2011, 5, 2, 213-232.

[335] V. KAUL I., *Global Public Goods*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, che raccoglie 29 tra i più autorevoli scritti sul tema, da una prospettiva interdisciplinare.

[336] FRIGO M., *La protezione di arte, scienza, ricerca e cultura. (Una prospettiva internazionale)*, Quaderni di AIDA, 2005, 86.

frequenze radioelettriche, ad alcuni elementi della biosfera, ai fondi marini oltre i limiti della giurisdizione nazionale.

Nel 1958 fu istituita la Commissione delle Nazioni Unite per la sovranità permanente sulle risorse naturali, il cui rapporto fu poi alla base della risoluzione n. 1803 del 14 dicembre 1962 che, per la prima volta, indicò i popoli e le nazioni come titolari della sovranità sulle risorse naturali, e non gli Stati, considerati come semplici 'gestori' di beni appartenenti al popolo.

Tali principi sono stati ulteriormente ripresi e specificati per singoli beni come l'acqua, dalla Carta europea dell'acqua, deliberata dal Consiglio d'Europa nel 1968, la quale riconosce l'acqua come "*patrimonio comune*" (art. 10) e come "*risorsa comune che necessita di una cooperazione internazionale*" (art. 12).

Anche i beni immateriali sono riconosciuti parte del patrimonio culturale comune. Il richiamo è contenuto sia nella Convenzione dell'Aja del 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, sia nella Convenzione UNESCO del 1972 sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale.

Nella sua Costituzione firmata a Londra il 16 novembre 1945[337], l'UNESCO ha indicato tra gli altri obiettivi costitutivi quello di imprimere "*vigoroso impulso … alla diffusione della cultura", "alla conservazione, al progresso ed alla diffusione del sapere: vigilando alla conservazione ed alla tutela del patrimonio universale rappresentato da libri, opere d'arte ed altri monumenti di interesse storico o scientifico*", nonché quello di promuovere "*lo scambio di pubblicazioni, di opere d'arte, di materiale di laboratorio e di altra documentazione utile; facilitando l'accesso di tutti i popoli a quanto pubblica ciascuno di essi*". A questi fini, l'UNESCO incoraggia *"la cooperazione internazionale in tutti i rami dell'attività intellettuale"* e "*raccomanda gli accordi internazionali che giudica utili per facilitare la libera circolazione delle idee col mezzo della parola e dell'immagine*".

Nell'incoraggiare i governi ad adottare le misure più idonee a promuovere la produzione letteraria, scientifica, musicale e artistica, sia la protezione dei diritti di proprietà intellettuale, quale principale incentivo allo sviluppo di cretività, innovazione e cultura, sia la salvaguardia del pubblico dominio e dell'accesso alle risorse che ne fanno parte, entrano nel mandato UNESCO sin dai suoi albori[338].

Tanto nella propria strategia di medio termine 2002-2007 "*Contributing to peace and human development in an era of globalization through education, the sciences, culture and communication*", quanto nel Report "*Towards Knowledge Societies*" del 2005, l'UNESCO considera che la conoscenza "*essendo un bene inesauribile a disposizione di tutti gli esseri umani, è, se non un bene pubblico globale, almeno un 'bene pubblico comune'*" [339].

Nella strategia di medio termine per il periodo 2002-2007, in particolare, l'UNESCO ha inserito tra gli obiettivi "*lo sviluppo di norme e principi universali, basati su valori condivisi, al fine di affrontare le sfide emergenti nell'istruzione, nella scienza, nella cultura e nella comunicazione e proteggere e rafforzare i beni pubblici*

---

[337] Così come modificata dalle successive Conferenze Generali.

[338] UNESCO, *Towards Knowledge Societies*, cit., 177.

[339] UNESCO, cit., 170.

comuni" e ha aggiunto che "*all'inizio del ventunesimo secolo, la missione dell'UNESCO può connotarsi per le seguenti azioni: predisporre una piattaforma di dialogo e azione – che coinvolga sia il settore pubblico che quello privato – concernente i beni comuni immateriali globali*".

Più nel dettaglio, l'UNESCO si considera l'unica organizzazione nella posizione di riunire creativi, artisti, editori e utenti della conoscenza, come bibliotecari, insegnanti e ricercatori e dunque "*particolarmente ben posizionata per prendere parte, in stretta consultazione con l'OMPI, al dibattito sulla proprietà intellettuale e le libere utilizzazioni delle opere, specialmente per finalità di insegnamento e ricerca, e la promozione delle opere in pubblico dominio*". In questo modo, l'organizzazione riconosce il ruolo del pubblico dominio come "*riserva senza prezzo, anche se scarsamente sfruttata di dati, informazione conoscenza e documentazione di ogni genere*". Siccome le *"ICT hanno radicalmente trasformato le condizioni di sfruttamento di questo bene pubblico comune che può essere oggi reso accessibile al grande pubblico, scambiato e condiviso*", l'UNESCO si propone di sostenere la promozione del pubblico dominio dell'informazione:

– "*Incoraggiando la formulazione e l'adozione di politiche e normative intese ad ampliare l'accesso universale a questi beni pubblici in ambiti essenziali alla società dell'informazione*;

– *Sostenendo la preservazione, la digitalizzazione, l'accessibilità e l'ampia disseminazione di opere in questa categoria*;

– *migliorando le prassi nazionali ed internazionali in materia di pubblico dominio, con l'obiettivo di fissare standard comuni per la registrazione, l'immagazzinamento e lo scambio e formulare pertinenti politiche, linee guida e testi legislativi*".

Un importante impulso verso il riconoscimento di una tutela giuridica del pubblico dominio è giunto senza dubbio per iniziativa dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (di seguito solo "OMPI" o "WIPO"). Con l'adozione nel 2007 della *Development Agenda* (DA)[340], gli Stati Membri hanno infatti individuato il tema del pubblico dominio come uno dei quattro pilastri su cui incentrare il programma di sviluppo. Tra le 45 raccomandazioni intese ad ispirare l'attività dell'Organizzazione, ben due sono riservate al problema.

La raccomandazione 16, in particolare, richiama l'esigenza di "*considerare la salvaguardia del pubblico dominio all'interno del processo normativo dell'OMPI e appro-*

[340] La prima proposta rivolta all'istituzione di una agenda di sviluppo per l'OMPI è stata formulata da Argentina e Brasile in seno all'Assemblea Generale del 2004. Gli Stati Membri concordarono per organizzare una serie di *Inter-sessional intergovernamental meeetings* (IIM) per esaminare la proposta. Al fine di accelerare e completare la discussione, l'Assemblea Generale del 2005 ha istituito un apposito *Provisional Committee on Proposals Related to a WIPO Development Agenda* (PCDA). Nel corso delle due sessioni del Comitato tenute nel 2007, gli Stati Membri hanno trovato l'accordo sul testo delle 45 raccomandazioni da sottoporre all'Assemblea Generale, nonché sull'opportunità di istituire un apposito *Committee on Development and Intellectual Property*. Per un approfondimento sull'iter che ne ha condotto all'adozione cfr. KHOR M., *Negotiating a "development agenda" for the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, Third World Network, Penang, 2009. Per una visione d'insieme sulle questioni nascenti dall'adozione della DA e sulle problematiche applicative si veda DE BEER J., *Implementing the World Intellectual Property Organization's development agenda*, Wilfrid Laurier Univ. Press, Waterloo, 2009; NETANEL N.W., *The development agenda*, Oxford Univ. Press, New York, 2009.

fondire l'analisi delle implicazioni e dei benefici di un pubblico dominio ricco ed accessibile".

Con ancor maggior enfasi, la raccomandazione 20 propone di "*promuovere procedimenti normativi legati alla proprietà intellettuale che supportino un pubblico dominio forte all'interno degli Stati Membri dell'OMPI, ivi inclusa la possibilità di predisporre delle linee guida che possano assistere gli Stati Membri nell'identificare il materiale caduto in pubblico dominio nelle rispettive giurisdizioni*".

Le suddette Raccomandazioni hanno trovato seguito per mezzo del lancio del progetto denominato "*Intellectual Property and the Public Domain*". Obiettivo dell'iniziativa veniva indicato in una miglior comprensione della nozione di pubblico dominio, di ciò che lo compone o ne entra a far parte e della sua portata nelle diverse giurisdizioni nazionali, anche attraverso l'analisi delle ripercussioni che su di esso può avere la tutela dei diritti di proprietà intellettuale [341].

Nell'ambito del progetto, sono stati commissionati alcuni studi, distinti per ciascuna diversa area di tutela industrialistica e finalizzati a considerare la necessità di muovere ulteriori passi nella direzioni di salvaguardare il pubblico dominio e renderlo maggiormente accessibile e conoscibile dalla collettività.

Il primo in ordine cronologico è lo "*Study on Patents and the Public Domain*" commissionato a Jeremy Phillips nel corso della IV sessione del *Committee on Development and Intellectual Property* ("CDIP") tenutosi a Ginevra tra il 16 e il 20 novembre 2009 [342].

Sulla base dei risultati emersi dal suddetto studio, è stato poi commissionato a James G. Conley un secondo studio diretto ad investigare la relazione tra sistema brevettuale e pubblico dominio, non più sul piano generale, ma a livello di microsistema [343], ovvero analizzando l'impatto di certe strategie brevettuali aziendali sul mantenimento di un pubblico dominio ricco e liberamente accessibile.

La relazione tra pubblico dominio e diritto d'autore è stata oggetto dello "*Scoping study on copyright and related rights and the public domain*" realizzato da Séverine Dusollier e presentato alla XI sessione del CDIP [344].

Infine, del rapporto tra diritto dei marchi e pubblico dominio si è occupato lo "*Study on Misappropriation of Signs*" del 14 marzo 2012 [345] a firma di Martin Senftleben e con il contributo di diversi esperti regionali e nazionali. Esso include una analisi relativa alla declinazione pratica di questo rapporto in diversi paesi, finalizzata ad individuare la miglior strategia di contrasto al fenomeno di appropriazione indebita ed abusiva di quei segni distintivi che devono considerarsi patrimonio comune.

---

[341] WIPO, *Intellectual Property and the Public Domain*, 18 settembre 2009, WIPO/CDIP/4/3.

[342] WIPO, *Study on Patents and the Public Domain*, 28 febbraio 2012, WIPO/CDIP/8/INF/3 REV. 2.

[343] WIPO, *Study on Patents and the Public Domain (II)*, 16 settembre 2013, WIPO CDIP/12/INF/2/REV.

[344] WIPO, *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*, 4 marzo 2011, WIPO/CDIP/7/INF/2.

[345] WIPO, *Study on Misappropriation of Signs*, 14 marzo 2012, WIPO/CDIP/9INF/5.

A livello di comunità internazionale, esiste dunque diffusa coscienza sia dell'importanza per la collettività della tutela del capitale intellettuale e semantico caduto in pubblico dominio, sia della necessità che gli Stati intraprendano azioni concrete, anche di matrice normativa, a tal fine.

7.10. *I beni comuni nella Costituzione italiana: le clausole di "accessibilità" e "funzione sociale" come fondamento di un diritto al pubblico dominio*

Come anticipato all'inizio del paragrafo 7.3, la nostra carta costituzionale non prevede espressamente alcuno spazio per i beni comuni. Qualche apertura in direzione del "comune" e della possibilità che i beni comuni possano trovare fondamento e forza nel testo costituzionale [346], è stata però ravvisata in diverse sue disposizioni:

– nell'art. 1 [347], che fonda il nostro ordinamento sulla sovranità popolare e sulla democrazia, nella misura in cui i beni comuni fondano il proprio regime sulla partecipazione, che di sovranità popolare e democrazia sono l'essenza;

– nell'art. 2, che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo "*sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*" [348] (tra le formazioni sociali vengono ricompresi anche gli enti esponenziali di gestione della proprietà fondiaria collettiva, v. sub par. 7.8);

– nell'art. 3, co. 2, che fa propria la finalità dell'emancipazione personale e sociale ed il progetto di realizzazione di una democrazia sociale;

– nell'art. 41, che tutela la libertà dell'iniziativa economica privata, a condizione che essa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale e riserva alla legge di indirizzare e coordinare l'attività economica e privata "ai fini sociali".

– e nell'art. 43, co. 2, ove prevede limiti che la legge può apportare alla proprietà privata "*a fini di utilità generale*" ed in particolare la possibilità di riservare originariamente a comunità di utenti imprese che abbiano "*carattere di preminente interesse generale*".

La riconduzione ai beni comuni di norme e principi costituzionali è possibile proprio a partire dai connotati fondamentali del concetto, discussi nei paragrafi che precedono (par. 7). In primo luogo, tratto fondamentale dei beni comuni è la dimensione partecipativa della loro fruizione e gestione, che è l'essenza della sovranità popolare e della democrazia (per tutti, art. 1 Cost.). In secondo luogo, la finalità

---

[346] Si veda FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 2., *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 263, che inserisce fra i beni fondamentali oggetto di diritti fondamentali i beni comuni, "*ossia le res communes omnium, come l'aria, l'ambiente in cui viviamo e tutti i beni del patrimonio ecologico dell'umanità*".

[347] "*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*".

[348] ALGOSTINO A., cit., secondo cui non è nella lettera dei singoli articoli della Costituzione che si trova il maggior sostegno ai beni comuni, "*quanto nel suo progetto unitario, dai primi articoli, con il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, del "pieno sviluppo della persona", dell'eguaglianza sostanziale, alle precisazioni sulla "funzione sociale" e sull'"interesse generale" a proposito della proprietà*".

esplicita della loro introduzione può essere ravvisata nell'emancipazione personale e sociale di cui all'art. 3, co. 2, Cost[349]. Tale disposizione riconosce espressamente come compito della Repubblica quello di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitino la libertà ed impediscano l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (l'art. 2 co. 1 della L. 168/2017 lo richiama espressamente per tutti i "*beni di collettivo godimento*", cfr. sub par. 7.8).

Nell'universo dei beni comuni, il primo posto è per la persona, con i suoi bisogni. L'idea è che, proprio perché essenziali allo svolgimento della personalità dell'uomo, questi beni non debbano essere utilizzati secondo il modello economicistico dell'attribuzione individuale e dello sfruttamento esclusivo. A tale modello, che si mostra inappropriato a comprendere e realizzare le "ragioni" che la persona umana proietta su queste risorse[350], deve essere preferito un modello cooperativo, fondato sulla centralità della persona umana. Non a caso, il principio personalista è stato definito come "il principio" che con la sua "*eccedenza assiologica*" [351] e la "*incomprimibile attitudine a pervadere l'intero campo costituzionale*", si espande a tutto l'ordinamento. È una persona, quella della Costituzione, aperta agli altri e solidale: l'individuo è concepito come singolo, ma soprattutto come parte di formazioni sociali e il riconoscimento dell'inviolabilità dei suoi diritti si coniuga con la richiesta a ciascun consociato dell'adempimento dei doveri di solidarietà (art. 2).

Questa consonanza tra filosofia dei beni comuni e principio di solidarietà, aventi entrambi cardine nella volontà di salvaguardare i beni funzionali alla realizzazione della personalità umana, per le future generazioni, si deve principalmente al contributo dei cattolici alla stesura della Costituzione.

È proprio sulla formulazione degli artt. 2 e 3 del testo finale che ha maggiormente inciso la specifica sensibilità dei giuristi cattolici, con il contributo di Giuseppe Dossetti e degli altri costituenti democristiani, tra cui Giorgio La Pira e Aldo Moro, assegnati alla Prima sottocommissione[352], incaricata di occuparsi dei "Diritti e doveri dei cittadini" [353].

---

[349] S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 479, afferma come i beni comuni presentino una "*attitudine …, storicamente accertata attraverso il raccordo con i diritti fondamentali, a soddisfare bisogni della persona costituzionalizzata*", producendo "*un concreto arricchimento della sfera dei poteri personali, che a loro volta realizzano precondizioni necessarie per l'effettiva partecipazione al processo democratico*".

[350] MESSINETTI R., *Beni comuni e nuovo fondamento del diritto soggettivo*, Federalismi.it., 8/2019, 3.

[351] Così RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, Federalismi.it.,17/2013; recentemente, si veda anche CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, 172-173, che considera come "*l'art. 2 Cost. esprime nella sua essenza il principio personalista, che … individua innanzitutto una priorità di valore" e "caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità*".

[352] La ripartizione stessa dei lavori in tre Sottocommissioni si deve a una proposta di Dossetti del 24 luglio 1946, come documenta POMBENI P., *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948)*, il Mulino, Bologna, 1979, 226.

[353] A Dossetti si deve l'ordine del giorno del settembre 1946 poi confluito nel testo finale. GORLANI M., *I cattolici e la costituzione: un confronto che continua*, Forum di Quad. cost., 2009, sottolinea l'apporto di Giuseppe Dossetti all'elaborazione degli artt. 2 e 3 Cost. Sul contributo di Dossetti si veda

Il contesto storico dell'epoca, da un lato, esigeva posizioni di netto ripudio delle ideologie dello Stato totalitario fascista e dell'allora emergente modello di Stato socialista sovietico, dall'altro, non poteva comportare un ritorno al passato, allo Stato liberale moderno ottocentesco. A tale modello, si imputavano non poche responsabilità nello sviluppo delle condizioni sociali e istituzionali che avevano poi aperto la strada al fascismo: prima fra tutti la mancanza di chiarezza sul fine dello Stato, il cui scopo era più la propria conservazione e la propria espansione, che non il bene comune della società [354].

In questo contesto, per Dossetti, occorreva recuperare, nel solco della tradizione aristotelica e tomistica (cfr. par. 7.1.), una chiarezza sul fine ultimo dell'agire politico: "*lo Stato ha per fine il bene comune, il quale non è un'astrazione o una cosa essenzialmente indeterminata, ma è il bonum humanum simpliciter, il bene umanamente pieno di tutti i singoli componenti*" [355]. Nel fondamentale saggio del 1951, su *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Dossetti accusa i teorici dello Stato Moderno, a partire da Montesquieu, di essersi preoccupati unicamente di preservare la libertà individuale dai pericoli di abuso di potere da parte dello Stato, dopo gli eccessi della monarchia assoluta. È in tale frangente storico che si è perduta chiarezza sul fine ultimo dell'agire politico e la libertà è venuta ad occupare lo spazio che era – ed è – del bene comune [356]. Sicché, paradossalmente, "*lo Stato moderno […] per quanto nato dalla premessa libertaria di una garanzia dei diritti fondamentali, di fatto ha compresso tutti i fondamentali diritti di libertà. Tutti meno uno […]: il diritto della proprietà privata degli strumenti di produzione e della libera iniziativa economica*" [357].

La fermezza con cui si è affermata la centralità della persona umana e la sua precedenza logica e storica rispetto ad ogni potere politico non implica l'assolutizzazione dei suoi diritti e delle sue libertà. Al contrario, uno dei contributi fondamentali del pensiero di Dossetti è l'elaborazione dell'idea di una "libertà finalizzata" [358] che non può mai essere assoluta ed affermarsi senza limiti, bensì – secon-

---

anche MELLONI A., *Dossetti e l'indicibile. Il quaderno scomparso di "Cronache sociali": i cattolici per un nuovo partito a sinistra della DC (1948)*, Donzelli Editore, Roma, 2013.

[354] CARTABIA M., *La fabbrica della costituente: Giuseppe Dossetti e la finalizzazione delle libertà*, Quaderni Costituzionali, 2017, 2, 471, 475.

[355] DOSSETTI G., *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in BALBONI E. (a cura di), *Non abbiate paura dello Stato! Funzioni e ordinamento dello Stato moderno. La relazione del 1951: testo e contesto*, Vita e Pensiero, Milano, 2014, 6-7.

[356] Cfr. DOSSETTI G., cit., 15: "*Lo Stato moderno, per quanto nascente – anzi, vorremmo dire, proprio perché nascente – da un proposito di pura e piena garanzia della libertà spontanea dell'individuo […] è portato a disconoscere ogni consistenza alle altre società; meglio, alle altre realtà sociali prima, e poi alle stesse realtà individuali in nome e in difesa delle quali esso è assurto*".

[357] Cfr. DOSSETTI G., *op. cit.*, 20.

[358] In proposito, è utile riprendere le considerazioni svolte da La Pira, nell'ambito della Prima sottocommissione. Nella seduta dell'1 ottobre 1946, egli osservava che "*nella Costituzione italiana si vuole introdurre un concetto positivo di questa libertà, il concetto di una libertà finalizzata. Mentre la Costituzione del 1789, e in genere le costituzioni a tipo liberale, parlano allo Stato per limitarne la libertà nei confronti dei diritti imprescrittibili dell'uomo, la nostra Costituzione vuole parlare non soltanto allo Stato, per limitare la sua autonomia circa i diritti della persona, ma anche alla persona, per orientare la sua libertà e limitarla rispetto ai diritti della persona. Quindi la nostra Costituzione dovrebbe parlare contemporaneamente allo Stato, per limitare la sua libertà o meglio per finalizzarla, e alla persona pure per finalizzarne la libertà*" (AC, I SC 1 ottobre 1946, 165).

do gli insegnamenti della teoria sociale della proprietà di Jhering [359] e Duguit [360] – deve accettare condizionamenti e restrizioni.

La sua riflessione colpisce, anzitutto, le libertà economiche, enfatizzate, se non assolutizzate, nell'epoca dello Stato moderno liberale del XIX secolo: gli artt. 41 e 42 Cost. – sul modello della Costituzione di Weimar di trent'anni addietro (1919) [361] – orientano esplicitamente a fini di utilità sociale tanto il diritto di proprietà, quanto la libertà di iniziativa economica. Così, mentre tali articoli affermano un diritto di libertà individuale, al contempo ne delineano il corrispondente limite, ad esso coessenziale: "*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*", recita l'art. 41, mentre l'art. 42 afferma che la legge determina i limiti della proprietà "*allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*".

Gli interpreti considerano la clausola della funzione sociale un meccanismo utile a ristabilire i meccanismi di solidarietà sociale, chiedendo al proprietario di esercitare i propri poteri non solo per soddisfare i suoi interessi, ma anche quelli della collettività [362].

La clausola di accessibilità, invece, opera quale richiamo del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost., nella direzione di fare in modo che la proprietà non sia un privilegio nelle mani di pochi. Al legislatore si impone, infatti, di rimuovere gli ostacoli che impediscono ad alcuni di acquistarla [363]. Allo stesso tempo, "*la clausola dell'accessibilità individua pure forme di coordinamento tra godimento individuale e godimento collettivo*" [364], consentendo "*di escludere un'appropriazione privata di beni di cui si voglia assicurare il godimento collettivo*" [365].

---

[359] VON JHERING R., *Lo scopo del diritto*, trad.it a cura di Losano M., Torino, 1972, 364, 366-367, giudicava "radicalmente sbagliata" la ricostruzione giusnaturalistica della proprietà privata come signoria illimitata: "*non è dunque vero che la proprietà, per definizione, racchiuda in sé un assoluto potere di disposizione*", anche perché "*la società non tollera né ha mai tollerato una proprietà che assuma tale forma: l'idea della proprietà non può contenere elementi in contrasto con l'idea di società*". Di qui, l'autore ricava la legittimità di tutte quelle limitazioni al diritto di proprietà, tra cui l'espropriazione per pubblica utilità, che intervenendo sul diritto di un solo individuo, avvantaggiano l'intera collettività.

[360] Léon Duguit (1859-1928), in nome della funzione sociale della proprietà, critica la libertà cocessa al *dominus* di non utilizzare i beni che gli appartengono, ritenendo un campo incolto o una casa vuota incompatibile con il principio di solidarietà sociale che impone di utilizzare i propri beni anche a vantaggio della collettività, contribuendo all'aumento della ricchezza generale. Cfr. DUGUIT L., *Traité de droit constitutionel. La théorie générale de l'État*, Parigi, 1930, 612 ss., in cui l'autore assegna la paternità del concetto di funzione sociale della proprietà al discorso di Robespierre alla Convenzione del 24 aprile del 1789.

[361] Dove all'art. 153 si legge che "*la proprietà obbliga*" e "*il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*", recependo per la prima volta la funzione sociale della proprietà in un testo costituzionale. MORTATI C., *Introduzione alla Costituzione di Weimar*, in ID., *Raccolta di scritti – IV – Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, 325, offrendo al lettore italiano la traduzione del testo costituzionale germanico, scriveva: "*è la prima volta nella storia che una Costituzione si volge con tanta diffusione ad una sfera così ampia di rapporti sociali e può dirsi che, sotto questo aspetto, la carta di Weimar faccia epoca segnando il passaggio dalle costituzioni di tipo ottocentesco*".

[362] MACARIO F., *Art. 832. Contenuto del diritto*, in JANNARELLI A., MACARIO F. (a cura di), *Della proprietà*, Commentario Gabrielli, Milano, 2012, 312-313, 337.

[363] LOMBARDI G., *L'accesso alla casa tra libertà e uguaglianza*, Amministrazione e politica, 1982, 4-5, 107.

[364] RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, cit., 388.

[365] QUARTA A., *Non-proprietà*, cit., 103.

In questa direzione, la clausola di accessibilità si presta dunque ad essere letta come baluardo del pubblico dominio e "*argine ai processi di privatizzazione che, assegnando le risorse in modo esclusivo, riducono l'area dell'accessibilità*" [366].

Nel tempo il tema delle intrinseche limitazioni dei diritti non è rimasto circoscritto all'ambito strettamente economico, ma ha assunto carattere generale, fino a divenire consapevolezza della necessità che tutte le posizioni giuridiche soggettive, persino i diritti e le libertà inviolabili, debbano essere sempre predicate unitamente ai loro limiti, che consentono il necessario contemperamento di tutti i beni costituzionalmente rilevanti [367].

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, questo necessario contenimento dei diritti e delle libertà individuali è stato, così, sinteticamente espresso:

> "*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro* [368]*, giacché se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. […] La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. […] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*" [369].

La Corte fa indubbiamente propria l'idea dossettiana della strutturale limitatezza delle libertà individuali e il rifiuto della loro assolutizzazione. A differenza di Dossetti, però, secondo cui i diversi diritti di libertà non possono essere posti sullo stesso piano, ma sono ordinati secondo un ordine gerarchico di importanza, predeterminato in ragione della natura del bene (materiale o spirituale) [370], la Corte costituzionale lascia spazio a un bilanciamento dinamico. Gli interessi costituzionali devono essere contemperati in concreto e in modo non rigidamente predeterminato, cosicché nessuno dei diritti di libertà possa essere totalmente sacrificato per l'affermazione dell'altro [371].

---

[366] *Ibidem*, 104.

[367] CARTABIA M., cit., 479.

[368] Tale passaggio si ritrova ancor prima in Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, Giust. civ., 2013, 1, I, 26; Foro it., 2013, 1, I, 22, con note di ROMBOLI e AMOROSO; Foro it., 2013, 3, I, 787, con nota di SCODITTI e DE LUCA, Giur. cost., 2012, 6, 4216, con note di BILANCIA F., CAPONI R. e PINELLI C.

[369] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, Giur. cost., 2013, 3, 1424, con note di SERENO, BIN, PULITANÒ e ONIDA.

[370] Cfr. DOSSETTI G., cit., 50, secondo cui devono considerarsi preminenti i diritti "*che ci danno l'accesso alla suprema vita in Dio*" rispetto a "*quelli che sono prevalentemente ancora legati al corpo, alla materia, all'animalità*".

[371] CARTABIA M., cit., 480-481.

Su queste basi, la previsione della limitazione (se non subordinazione) della iniziativa economica privata all'"utilità sociale", sancita dall'art. 41 Cost., trova consonanza con la garanzia della fruizione collettiva dei beni comuni. Anzi, la possibilità di "*riservare originariamente o trasferire*", con legge "*a fini di utilità generale*" "*determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*", non solo allo Stato e ad enti pubblici, ma anche a "*comunità di lavoratori o di utenti*" [372], sancita dall'art. 43 Cost. [373], è stata letta come possibile copertura costituzionale di quel *tertium genus*, che è il bene comune, affidato alla diretta gestione dei fruitori del bene, oltre la proprietà pubblica e privata.

7.11. *I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale*

L'analisi della giurisprudenza di costituzionalità e di legittimità offre qualche ulteriore spunto interessante al fine di delineare uno spazio nel nostro ordinamento per la nozione di "beni comuni".

La Corte costituzionale, invero, ha utilizzato il termine "bene comune" in alcune pronunce, senza tuttavia mai delinearne le caratteristiche.

Al di là di qualche accenno al "bene comune", ad esempio come traduzione di utilità sociale [374] o accostato alla "*tutela di interessi generali d'una comunità democraticamente orientata*" [375], secondo le sentenze n. 1030 del 15 novembre 1988 [376] e n. 500 del 31 dicembre 1993 [377] costituirebbe un bene comune l'etere ovvero la sostanza materiale immobile nello spazio assoluto attraverso cui si propagherebbero le onde elettromagnetiche.

Poiché la scienza ha ormai raggiunto posizioni di certezza sul fatto che l'etere non esista e che i corpi celesti siano inframezzati dal vuoto cosmico, la sentenza merita di essere ricordata più per i risvolti giuridici, che non per le considerazioni tecnico scientifiche. Il giudizio concerneva la legittimità costituzionale della legge n. 223/1990, contenente "Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato" (meglio nota come "Legge Mammì") nella parte in cui poneva limiti alle società private alla prosecuzione dell'esercizio della emittenza in regime autorizzatorio.

---

[372] *Ex multis*, RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, cit., 461-462.

[373] Per un riferimento alle applicazioni dell'art. 43 Cost., cfr. LUCARELLI A., *Art. 43*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet giuridica, Torino, 2006, 886 ss.

[374] C. Cost., 26 gennaio 1957, n. 29.

[375] C. Cost., 19 dicembre 1986, n. 269, Giust. pen. 1987, I, 97; Giur. cost. 1986, fasc. 12.

[376] Foro it. 1989, I, 347; Riv. amm. R. It. 1989, 242; Cass. pen. 1989, 1935; Giust. pen. 1989, I, 68; Dir. Inf. 1989, 139.

[377] Foro it. 1995, I, 94; Giur. cost. 1993, fasc. 6; Cons. Stato 1993, II, 2152; Giur. it. 1994, I, 322 con nota di PIETROLATA e NAPOLITANO.

Ad avviso dell'Avvocatura dello Stato la questione doveva ritenersi infondata difettando un diritto soggettivo del privato all'assegnazione delle bande di frequenza, essendo l'etere un bene comune naturalmente limitato e non fruibile da tutti in modo indiscriminato. L'etere andrebbe infatti configurato come *res communis omnium*, le cui utilità (le frequenze radiotelevisive) possono essere fruite da taluno in via esclusiva soltanto in forza di un titolo concessorio rilasciato dall'autorità che ne ha il governo.

Al contrario l'imprenditore sosteneva che l'etere configurasse una *res nullius*, le cui *utilitates* sarebbero suscettibili di appropriazione mediante occupazione.

La Corte ha aderito alla prima tesi e ha riconosciuto nell'etere "*un bene comune*" di cui il "*soggetto (Stato) … ha il governo complessivo*" che esercita mediante concessioni, affinché gli assegnatari possano propagarvi in via esclusiva onde radioelettriche connotate da predefinite frequenze. In relazione all'esercizio di tale potere amministrativo "*l'interesse del privato va qualificato come interesse legittimo, e non già come diritto soggettivo*".

Il provvedimento è interessante sia perché parrebbe configurare la posizione di diritto del singolo nei confronti del bene comune in termini di mero interesse legittimo, sia perché parrebbe confermare l'assimilazione dei beni comuni alla categoria delle *res communes omnium* di diritto romano.

Sotto il primo profilo, giova però ricordare che nel caso dei beni immateriali potenzialmente coperti da diritti di privativa industriale, l'uso della risorsa non richiederebbe alcun intervento concessorio da parte della pubblica amministrazione. Lo Stato non governa, né assegna in uso lettere, numeri, colori, forme, contenuti audiovideo, immagini relative al patrimonio culturale, ecc. L'intervento statale si configura al più come intervento rimediale finalizzato a rimuovere eventuali turbative che si frappongano al pacifico utilizzo della risorsa. Al più, laddove previsto dall'ordinamento, sovrintende la riscossione dei diritti patrimoniali dovuti per tale utilizzo. In questi termini, non pare che la posizione giuridica soggettiva del singolo possa configurarsi quale aspettativa o interesse legittimo al corretto operato della pubblica amministrazione, dal quale, fattualmente, non dipende la possibilità di godimento dell'utilizzatore.

Tali considerazioni aprono alla possibilità di distinguere la qualificazione giuridica soggettiva dell'accesso al pubblico dominio in termini differenti a seconda che il bene a cui accedere si collochi nella bipartizione codicistica come bene privato o bene pubblico. Nel primo caso, ipotizzabile ad esempio per qualunque bene immateriale siano scaduti i termini di tutela propri del diritto di privativa su di esso insistente, ci troveremmo di fronte ad un diritto soggettivo di accesso al pubblico dominio, consistente nella attribuzione dei relativi poteri di piena e libera utilizzazione del bene, prescindendo dall'intervento di terzi soggetti. Nel secondo caso, configurabile in presenza di beni culturali o informazioni del settore pubblico o dati coperti da segreto di stato, il singolo avrebbe un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo di concedere il bene in utilizzo ai privati, da parte della pubblica amministrazione, nei giusti limiti in cui ciò sia ammesso dalla normativa di riferimento.

Sotto il secondo profilo è interessante come la Corte recuperi le categorie proprie del diritto romano, attualizzandole ed interpretando le norme dell'ordinamento

alla luce di esse, quasi a sottolineare la continuità tra la tradizione giuridica romana e la nostra.

La seconda pronuncia della Corte costituzionale che utilizza la nozione di bene comune è la n. 500 del 31 dicembre 1993, chiamata ad affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15 della legge 11 agosto 1991, n. 266 (Legge – quadro sul volontariato), laddove eliminava la possibilità per gli enti di credito di diritto pubblico di scegliere le iniziative di beneficienza o comunque di pubblica utilità cui devolvere una parte dei propri utili.

La Corte, nell'evidenziare come la misura legislativa sia un canale privilegiato per sostenere le organizzazioni del volontariato, sottolinea come la solidarietà sociale tutelata dagli artt. 1 e 2 Cost. sia "*valore fondante dell'ordinamento giuridico*". E rileva come questa miri "*ad ottenere –non solo dallo Stato, dagli enti e dalla sempre più variegata realtà delle formazioni sociali, bensì da tutti i cittadini– la collaborazione per conseguire essenziali beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità*" [378].

In questa accezione, la Corte identifica i beni comuni con alcuni diritti fondamentali di tutti gli individui garantiti nella Carta Costituzionale.

La sentenza è particolarmente significativa ai fini del presente lavoro perché valorizza la dimensione della condivisione, che, nell'ottica del sostegno a beni comuni "*quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale*", ben si può declinare in altre forme rispetto alla mera beneficienza in denaro.È il caso, ad esempio, della condivisione di opere coperte da diritto d'autore attraverso meccanismi di *copyleft*, *open source* o *open access*, ma anche del contributo dato alla diffusione della conoscenza dai moderni modelli di *sharing economy*.

In definitiva pertanto, la sentenza parrebbe costituire un importante addentellato giurisprudenziale per ravvisare in tutti gli strumenti tecnico-giuridici di condivisione e tutela del pubblico dominio che sostengano e alimentino la ricerca scientifica e la promozione artistica e culturale, alte forme di "*realizzazione del principio di solidarietà sociale (…) che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo uti socius, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico …*".

7.12. *I beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*

Ancor più significativa ai fini del dibattito sulla riconoscibilità di una cittadinanza ai beni comuni nel nostro ordinamento è la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 3665 del 14 febbraio 2011 [379], concernente l'appartenenza al dema-

---

[378] *Ibidem*.

[379] In Giust. civ., fasc. 12, 2011, 2844B, con nota di CIAFARDINI L., Dir. e giur. agr., 2011, 7-8, 473, con nota di FULCINITI; Foro it., 2012, 2, I, 564, con nota di PELLECCHIA E., *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*; Rass. dir. civ. 2012, 2, 524, con nota di CARAPEZZA. Si vedano anche i commenti di LIETO S., *"Beni comuni", diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, Politica del diritto, 2011, II, 331-350; CASCIONE C.M., *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, Giur. it., 2011, 12, 2506-2514; GROSSI P., *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2012, LXVI, 4, 1081-1083; LALLI A., *I beni pubblici – imperativi di mercato e diritti del-*

nio marittimo c.d. "necessario" di un complesso immobiliare sito nella laguna di Venezia.

La fattispecie verteva sull'accertamento della natura privata (asseritamente attestata da regolari titoli di compravendita risalenti al XIX secolo) o pubblica della proprietà di aree lagunari (c.d. "valli") deputate alla pesca, separate dalla laguna aperta "o viva" da una recinzione fissa costituita da pali o argini, nelle quali si praticava da secoli la vallicoltura.

Il Tribunale, in primo grado, aveva rigettato la domanda avanzata dalla società attrice, utilizzatrice delle valli.

La decisione veniva confermata dalla Corte di appello, che dichiarava la natura demaniale dei beni vallivi, affermando che la laguna, concepita quale sistema comprendente anche le valli da pesca, doveva essere considerata demanio pubblico[380]..

La Corte Suprema, nell'avallare la ricostruzione teorica delle corti di merito, rileva tuttavia la limitatezza dell'approccio codicistico e della dicotomia tra beni pubblici e privati e apre per la prima volta ad un concetto allargato di bene pubblico, che comprenda al suo interno anche i c.d. beni comuni, ossia i beni funzionalmente destinati al soddisfacimento di interessi della collettività. Posti i paletti della disciplina codicistica, la Suprema Corte afferma che, ai fini dell'individuazione dei beni pubblici o demaniali, non è possibile limitarsi all'esame della sola normativa codicistica del 1942. Il solo aspetto della "demanialità" non appare infatti esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. Risulta pertanto indispensabile integrare la categoria dei beni pubblici con le norme costituzionali (e in particolare gli artt. 2, 9 e 42 Cost.), dalle quali si ricava il "*principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale*". Tale principio trova particolare declinazione nell'ambito del paesaggio, laddove, oltre ai beni costituenti, per classificazione codicistica, il demanio e il patrimonio di proprietà dello Stato, occorre prendere coscienza dell'esistenza di una categoria di "*beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività*".

La necessità di recuperare tali beni e attribuirgli una dimensione di interesse pubblico trova proprio fondamento direttamente in Costituzione. Afferma la Corte che il quadro normativo-costituzionale si fonda sul "*dato essenziale della centralità della per-*

---

la collettività, Jovene, Napoli, 2015, 268 ss., DI PORTO A., *Res in usu pubblico*, cit., 45 ss.; CALICETI E., *Il regime dei beni comuni: profili dominicali e modelli di gestione*, in BOMBARDELLI M. (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione, Quaderni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento n. 23, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 63 ss.; CORTESE F., *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, Giorn. dir. amm., 2011, 1170 ss.; CHIRULLI P., *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, Giustamm.it, 2012; CERULLI IRELLI V., DE LUCIA L., *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 10.

[380] In quanto bene appartenente al demanio marittimo necessario che l'art. 28 c. nav. individua in beni di origine naturale, la cui proprietà non può che essere pubblica. Sulla nozione di demanio pubblico si rinvia al par. 7.4.

sona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Da tale dato emerge "*l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria, per approdare a una prospettiva personale-collettivistica*". In sostanza devono classificarsi come beni pubblici non solo i beni di titolarità pubblica ex lege, ma anche quelli che debbano essere tali in virtù della relativa funzione e degli interessi ad essi collegati.

L'argomentazione successiva è che al fine della classificazione dei beni "*più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi*". Su tale base, la Suprema Corte afferma che "*disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali)-privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati*".

Con riferimento al caso concreto oggetto di controversia, la Suprema Corte ha dunque affermato che le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso non solo come oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma anche quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. Le valli appartengono ai beni pubblici in questa seconda accezione. Eventuali atti privatistici di trasferimento di detti beni devono pertanto ritenersi nulli per impossibilità giuridica dell'oggetto, mentre eventuali disposizioni e provvedimenti di ordine amministrativo limitativi della fruizione di tali beni devono considerarsi illeciti perché *contra legem*.

Di qui, le Sezioni Unite distillano il principio secondo cui, là dove "*un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva della proprietà codicistica, " comune ", vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini*".

La Corte indica dunque espressamente con l'appellativo "beni comuni" quei beni che, a prescindere dal titolo formale della proprietà, che può essere tanto della pubblica amministrazione, quanto dei privati, sono funzionali alla realizzazione dello Stato Sociale, ovvero al perseguimento e soddisfacimento degli interessi della collettività costituzionalmente riconosciuti. Tale destinazione funzionale deve essere ricavata dalle intrinseche connotazioni del bene (nel caso di specie individuate nell'essere un bene ambientale o paesaggistico).

L'irrilevanza della titolarità pubblica ad esaurire il novero dei beni pubblici risulta confortata – ad avviso della Corte – dall'evoluzione normativa postcodicistica, che ha visto la promulgazione di numerose leggi fondate sulla premessa che la pro-

prietà pubblica del bene e la destinazione dello stesso ad usi e finalità pubbliche (della collettività) possono costituire aspetti scindibili [381].

La Suprema Corte fa dunque salva la classificazione codicistica beni pubblici/beni privati, ma solo a patto che di essa si dia una interpretazione evolutiva. Solo a tale condizione è possibile fare salva la demanialità delle valli da pesca venete, considerando che essa esprime "*una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio, che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione*".

La Cassazione pare, dunque, aver superato la vecchia concezione proprietaria dello Stato-persona, per assicurare alla collettività l'uso e il servizio che un bene può offrire nella realizzazione degli obiettivi costituzionali della tutela della personalità umana e del suo corretto svolgimento nello Stato sociale.

I principi enunciati dalla Suprema Corte non hanno trovato particolare seguito nella successiva giurisprudenza, essendo per lo più atecnico e non circostanziato il riferimento ai beni comuni presente nelle sentenze [382].

Secondo alcuni [383], la pronuncia sarebbe stata persino erroneamente interpretata come adesiva all'esistenza della categoria giuridica dei beni comuni. La sentenza della Cassazione sosterrebbe in realtà un concetto molto più semplice: un bene, qualsiasi sia il relativo status proprietario, può essere funzionalizzato dalle norme giuridiche, o dalla stessa amministrazione pubblica nel rispetto del principio di legalità, alla generazione di un beneficio per la collettività. In ciò, la pronuncia altro non farebbe che recuperare la bipartizione, proposta da Massimo Severo Giannini, negli anni sessanta del secolo scorso, tra beni pubblici in senso soggettivo, perché appartenenti ad un ente pubblico alla cui attività siano destinati, ovvero in senso oggettivo, quando preordinati a fornire un'utilità ad una collettività [384]. Quindi, nel caso esaminato, il bene "valli da pesca" si conferma demaniale perché oggettivamente pubblico, in relazione alla sua funzionalizzazione agli interessi della comunità di riferimento.

Al di là degli scetticismi, la pronuncia parechiarire due concetti fondamentali:

---

[381] In tale quadro vanno inserite le leggi aventi ad oggetto la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni (tra cui il d.l. n. 386/1991, convertito nella legge n. 35/1992), quelle riguardanti la privatizzazione di enti proprietari in maniera rilevante di beni pubblici (come l'Enel, *ex* legge n. 359/1992 e le Ferrovie dello Stato, mediante delibera Cipe del 92), nonché il d.lgs. n. 267/2000, che ha consentito il trasferimento a societa' di capitali di beni pubblici da parte degli enti locali, il d.l. n. 63/2002 (convertito nella legge n. 112/2002) che, tra l'altro, ha dato luogo alla costituzione di un'apposita societa' per azioni (la Infrastrutture s.p.a.), sotto la vigilanza del Ministro dell'Economia e delle Finanze) cui possono essere trasferiti beni pubblici; e la legge n. 112/2002 che ha istituito una societa' per azioni (la "Patrimonio dello Stato s.p.a.") cui possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile e del demanio dello Stato.

[382] Numerose sono le sentenze che identificano le acque come bene comune: cfr. Corte cost., 1 aprile 2014, n. 64; Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2013, n. 27882; Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2013, n. 1837; Tar Molise, sez. I 6 giugno 2016 n. 223.

[383] PASSALACQUA M., *"Oltre" la concezione proprietaria dei beni comuni*, cit., 3.

[384] Cfr. GIANNINI M.S., *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963, 5 ss., in part. 9 ss. e 12 ss., 28 ss.

– da un lato, la destinazione di un bene all'uso dei cittadini non dipende necessariamente né dalla ricomprensione del bene all'interno dei c.d. beni demaniali, né dalla presenza di altre previsioni contenute in norme primarie di portata analoga, bensì può discendere dalle norme costituzionali che impongono di destinare funzionalmente all'utilizzo collettivo quei bene che consentano la piena espressione della personalità e centralità umana;

-dall'altro, la ricomprensione di un bene all'interno di tale categoria di beni c.d. comuni impone, in conformità al dettato costituzionale, e alla strumentalità del bene a consentire il pieno sviluppo e centralità della persona umana, il riconoscimento su di esso di diritti soggettivi o interessi legittimi all'adempimento da parte dei pubblici uffici dei propri doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Provando perciò a ricostruire – a partire dall'arresto delle Sezioni Unite – il regime giuridico di circolazione dei beni c.d. comuni,, andrebbe ravvisata a favore di tutti e ciascun membro della collettività "*una facoltà di godimento diretto e personale, anche se non esclusivo*" [385], giustificata dalla strumentalità del bene a consentire il pieno sviluppo della persona umana. L'attribuzione della formale titolarità di questi beni allo Stato o al privato avrebbe "*il solo scopo di individuare una formula organizzatoria in grado di garantire a tutti quel godimento*". In caso di beni pubblici, tale forma parrebbe dover acquistare la qualifica di interesse legittimo a che la pubblica amministrazione consenta l'accesso al bene in conformità con le norme che lo regolano. In caso di beni privati, al contrario, esauriti i diritti di esclusiva su di essi o nella misura consentita dalla loro vigenza, viene a configurarsi un vero e proprio diritto soggettivo all'uso non esclusivo del bene.

8. *Il bilanciamento tra proprietà e pubblico dominio in termini di conflitto tra diritti umani*

Il percorso svolto sin qui e culminato con l'analisi della pronuncia delle Sezioni Unite che dà ingresso nel nostro ordinamente ai beni comuni, quale particolare *species* di bene pubblico, mostra come anche nel nostro ordinamento una tutela del pubblico dominio possa giustificarsi in forza della sua natura di bene comune, come suggerito da Lange. Nei paragrafi che seguono mostreremo come tale tutela, non rimanga tuttavia ancorata esclusivamente a tale natura, bensì si saldi con le norme costituzionali che in vario modo tutelano la fondamentale funzione del pubblico dominio. Come anticipato nei paragrafi introduttivi, infatti, il pubblico dominio, come repositoria di capitale intellettuale e semantico, svolge un'insostituibile funzione di sostegno alla piena realizzazione di alcuni tra i principali diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Costituzione, e in particolare – da un lato – la libertà di iniziativa economica – dall'altro – le libertà di informazione, manifestazione del pensiero, critica, cronaca, satira, espressione artistica e culturale e ricerca scientifica. Si tratta di diritti e libertà che non poggiano soltanto su norme costituzionali, "*ma*

[385] LALLI A., *I beni pubblici – Imperativi di mercato e diritti della colletività*, cit., 290.

su tutto il sistema costituzionale democratico, in quanto l'opinione pubblica si forma liberamente soltanto a patto che esista un'informazione ampia, libera e solida" [386].

Ciascuna di queste libertà entra in gioco a seconda della natura del bene immateriale che si prenda in considerazione.

Ostacolare l'accesso a dati, informazioni, articoli di giornale, opere letterarie, beni culturali, fotografie, opere d'arte, decisioni giurisprudenziali, documenti tecnici o commerciali può interferire con l'interesse del cittadino a "sapere", a ricevere informazioni che gli consentano di esercitare consapevolmente i propri diritti. L'esistenza di un diritto a essere informati ed accedere all'informazione è emersa, anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, come ulteriore dimensione della libertà di espressione. Tale dimensione è strettamente connessa – e anzi essenziale – al mantenimento della democrazia, nella sua accezione Bobbiana di "*governo del potere pubblico in pubblico*" [387]. La democrazia postula infatti, accanto ad una informazione libera e plurale, una più intensa tutela del diritto di informare, allorché tale diritto assolva un interesse pubblico, ossia contribuisca al libero confronto di tutte le idee, nei campi che più interessano la vita comune (politica, giustizia, economia, religione, ecc.) e favorisca l'effettivo controllo di ogni potere da parte di un'opinione pubblica informata [388].

L'informazione è a sua volta propedeutica al pieno godimento della libertà di espressione, nelle sue varie dimensioni. Ad esempio, risulterebbe pregiudicata la libertà di espressione dell'artista che non possa criticare o parodiare con la propria arte un marchio celebre. Del pari, potrebbe restare leso il diritto di cronaca del giornalista che non possa riportare dati personali identificativi dei soggetti protagonisti della notizia o informazioni che possano confliggere con il diritto di autodeterminazione della propria immagine (cfr. cap. 3 par. 3.4.7) e col diritto alla riservatezza della sfera personale di questi.

La compressione del capitale intellettuale in pubblico dominio può incidere anche sui diritti economici della persona. L'operatore che si veda preclusa la possibilità di utilizzare come marchio d'impresa parole di senso comune o descrittive delle caratteristiche dei propri prodotti o servizi, come i toponimi geografici, o che veda preclusa la possibilità di dare al proprio prodotto forme standardizzate o funzionali, vedrebbe irragionevolmente limitata la propria libertà di impresa.

Dalla analisi delle norme costituzionali che fondano il diritto alla libera utilizzazione di risorse culturali in pubblico dominio, emergerà come, nella maggior parte dei casi, le medesime norme giustifichino anche la tutela dell'interesse esattamente opposto a beneficiare di diritti di proprietà intellettuale che assicurino uno sfruttamento esclusivo delle medesime risorse. Sebbene i diritti di proprietà intellettuale e il diritto al pubblico dominio possano concepirsi in antitesi l'uno con l'altro, nella misura in cui l'uno inizia dove finiscono gli altri, essi trovano sovente fondamento positivo nelle medesime disposizioni. Eloquenti al riguardo sono gli artt. 27 della

---

[386] BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 233.

[387] BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, 76.

[388] VIGEVANI G.E., *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento italiano. Regole ed eccezioni*, Dir. inf., 2016, 3, 473.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 1966 (ICESCR) [389] che contestualmente [390] riconoscono il diritto di ogni individuo "*di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici*" e quello di ogni individuo "*alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore*" [391].

Tale curioso conflitto di interessi all'interno della medesima norma è stato da molti etichettato come il c.d. "*human rights paradox*" [392]. Si tratta della apparente contraddizione derivante dalla giustapposizione fianco a fianco (in due comma successivi del medesimo articolo), in uno strumento normativo a tutela dei diritti umani, di un diritto individuale su creazioni intellettuali contrapposto al diritto globale, di tutti, di "*partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici*". La norma, infatti, da un lato, configura un diritto a partecipare alla creazione dei beni culturali, riconoscendo ai diritti di proprietà intellettuale la natura di diritti umani [393], dall'altro, fonda la tutela eguale e contraria del diritto al pubblico dominio [394], cioè a ricevere i

---

[389] Il contenuto della Dichiarazione è stato trasposto in buona parte nel testo del Patto che riconosce "*il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale; b) a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni; c) a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore*" e impegna gli Stati firmatari ad assumere le misure "*necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura*" e "*a rispettare la libertà indispensabile per la ricerca scientifica e l'attività creativa*". A differenza della Dichiarazione, però, che non impone regole di comportamento agli Stati, ma riveste soltanto carattere programmatico, il Patto ha natura giuridica di accordo internazionale e come tale ha efficacia giuridica diretta nell'ordinamento interno degli Stati firmatari, creando diritti ed obblighi in capo a questi (nonché laddove le fonti interne lo prevedano, anche in capo ai privati).

[390] In altri contesti normativi il richiamo congiunto è assente: cfr. l'art. I.2, lett. c) dell'atto istitutivo UNESCO firmato a Parigi il 16 novembre 1945 (sub par. 7.9). Altrove difetta ogni riferimento a queste aree. È il caso dell'art. 10 CEDU che tutela genericamente la libertà di espressione e dell'Accordo TRIPs.

[391] STERLING J.A.L., *World Copyright Law*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, 2003, 43. Sul rapporto di complementarietà e di reciproco condizionamento, piuttosto che di regola eccezione, esistente tra i due paragrafi dell'art. 27 cfr. MASTROIANNI R., *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, Quaderni di AIDA, 2005, 31.

[392] Cfr. HARRISON J., *The Human Right Impact of the WTO*, Hart, Oxford-Portland, 2007; HELFER L.R., *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, U.C. Davis L. Rev., 2006-2007, 40, 971; TORREMANS P.L.C. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights: Enhanced Edition of Copyright and Human Rights*, Wolters Kluwer, 2008.

[393] A riguardo si veda BUCK P., *Geistiges Eigentum und Völkerrecht: Beiträge des Völkerrechts zur Entwicklung des Schutzes von geistigem Eigentum*, Dunker & Humblot, Berlino, 1994, 140-246.

[394] I lavori assembleari hanno mostrato che tale scelta fu fortemente dibattuta ed avversata dal Regno Unito e dalle ex colonie britanniche (Stati Uniti su tutti), radicati in una più profonda opposizione storica all'idea dei diritti di proprietà intellettuale come diritti naturali. Secondo gli obiettori, i diritti d'autore e di brevetto non integravano diritti umani fondamentali, perché privi del necessario carattere di universalità. Si tratta di diritti che interessano solo una categoria speciale di persone, i quali non dovrebbero trovare spazio nella Dichiarazione Universale. In secondo luogo, diverse delegazioni hanno espresso l'opinione che la protezione dei diritti di proprietà intellettuale rientri già nell'ambito di protezione del diritto di proprietà di cui all'art. 15 della Dichiarazione. Cfr. U.N. GAOR, Comm'n on Hum. Rts., *Hundred and Fifty-First Meeting*, 3° Sess., 1948, U.N. Doc. A/C.3/SR.151, par. 618-620, 627 ss.

benefici di un godimento o di una fruizione dei beni cuturali *erga omnes* [395]. Diviene così palese che il reciproco limite deve ricercarsi nel bilanciamento tra i due diritti [396].

8.1. *Il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e altri diritti umani*

Sin qui si è visto che diverse norme della carta costituzionale tutelano l'interesse alla conservazione di un pubblico dominio ricco e accessibile. Tale interesse trova tuttavia un contraltare nell'interesse, di pari rango, a sostenere e remunerare la creatività intellettuale per mezzo del riconoscimento di diritti di privativa sulle opere dell'ingegno. Il diritto, nel regolare la circolazione del capitale intellettuale, non può prescindere da un equo bilanciamento di questi interessi. In questo paragrafo passeremo in rassegna alcuni dei criteri utili ad orientarlo.

Il problema del rapporto tra diritti di proprietà intellettuale ed altri diritti umani fondamentali (libertà di espressione, diritto al cibo e alla salute, su tutti) si è imposto all'attenzione della letteratura scientifica con l'adozione degli Accordi TRIPs [397], dopo essere rimasto a lungo sopito [398].

L'adozione di standard minimi di tutela della proprietà intellettuale vincolanti per gli stati aderenti, assistiti da un apparato sanzionatorio azionabile avanti al sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio

---

La formulazione della norma vide in definitiva premiata l'insistenza della Francia, con il celebre discorso di Cassin sulla protezione dell'integrità della creatività umana come diritto fondamentale e di alcuni paesi centro-sud americani (tra cui Messico, Cuba). Il co. 2 dell'art. 25 risulta infatti frutto di un emendamento presentato congiuntamente da Francia, Messico e Cuba che ottenne il consenso maggioritario di diciotto stati, con tredici contrari e dieci astenuti. Cfr. U.N. GAOR, Comm'n on Hum. Rts., *Joint Amendment to Article 25 of the Draft Declaration (E/800)*, Draft International Declaration of Human Rights, 3° sessione, 1948, U.N. Doc. A/C.3/360. In dottrina si veda OVETT D., *Intellectual Property and Human Rights: Is the Distinction clear now? An Assessment of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 17, Policy Brief, 2006, 3, 2.

[395] CAVALLO PERIN R., *Il diritto al bene culturale*, Dir. amm., 2016, 4, 495; STAMATOPOULOU E., *Cultural rights in international law: article 27 of the UDHR and beyond*, Brill, Leiden-Boston, 2007, 37 ss.

[396] Cfr. SCACCIA G., *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA, 2005, 198, in cui si chiarisce che "*nel diritto costituzionale (…) la tecnica del bilanciamento finisce per essere, "essa stessa, la forma della decisione", giacché la "regola della prevalenza che risolve il conflitto tra principi concorrenti determina la soluzione della quaestio legitimitatis*". Tale tecnica si applica nei casi in cui "*non è praticabile alcuna ordinazione stabile di tipo gerarchico-verticale e sono possibili solo sistemazioni anarchico-orizzontali, ponderazioni casistiche, legate alla regola rebus sic stantibus*". Per una disamina delle regole di bilanciamento procedimentali utilizzate dalla Corte costituzionale sulla legislazione limitativa dei diritti fondamentali, cfr. ID., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 348 ss.

[397] The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (in italiano, Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale) è un trattato internazionale promosso dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), al fine di fissare standard minimi di tutela della proprietà intellettuale. L'Accordo è stato ufficializzato a Marrakech nel 1994, al termine del negoziato Uruguay Round ed è stato recepito in Italia dall'art. 2 L. 29 dicembre 1994, n. 747, pur avendo ricevuto specifica attuazione solo con l'introduzione del d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198 e della L. 18 aprile 2000, n. 248.

[398] A riguardo si veda ZAGATO L., *TRIPS e Diritti umani*, Quaderni di AIDA, 2014, 247, che tuttavia constata l'"*assenza di una incompatibilità assoluta tra testo TRIPS e diritti fondamentali*".

(OMC) [399], preoccupava non poco i paesi in via di sviluppo. I vincoli al libero mercato imposti da tali diritti rischiavano infatti di paralizzare la crescita economica di questi paesi ed aumentare il *global divide* [400]. In particolare, si temeva che l'irrobustimento dei diritti di proprietà intellettuale avrebbe potuto interferire negativamente con i diritti fondamentali alla salute e all'educazione dei più poveri [401].

La protesta acquistò la voce delle Nazioni Unite, con l'adozione della Risoluzione 2000/7 su "*Intellectual Property Rights and Human Rights*", contenente una robusta critica dei TRIPs [402]. A seguire, il Rapporto dell'Alto Commissario per i diritti umani, incentrato sull'analisi del collegamento tra TRIPs e diritto alla salute [403], rivendicava la supremazia degli obblighi derivanti dai diritti umani sui TRIPs.

Ancora, la Sottocommissione sulla Protezione e Promozione dei Diritti Umani, con Risoluzione 2001/21, affermava espressamente che "*actual or potential conflict exists between the implementation of the TRIPS Agreement and the realization of economic, social and cultural rights, in particular the rights to self-determination, food, housing, work, health and education, and in relation to transfers of technology to developing countries*" [404].

La Risoluzione segnò l'inizio di un crescendo di interventi ed iniziative da parte delle diverse agenzie delle Nazioni Unite per i diritti umani *ratione materiae*, finalizzate a contenere e limitare l'impatto dei diritti di proprietà intellettuale sull'accesso a beni essenziali [405]. Tra queste si menziona l'istituzione da parte della Organizza-

---

[399] HELFER L.R., *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, Yale J. Int'l L., 2004, 29, 1, 2, 11, definisce i TRIPs il primo trattato internazionale in materia con i "denti".

[400] LANDES W.M., POSNER R.A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press, Cambridge-London, 2003; MASKUS K.E., *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Institute for International Economics, Washington, D.C., 2000.

[401] SELL S.K., *TRIPs and the Access to Medicines Campaign*, Wis. Int'l L.J., 2001-2002, 20, 481; WEISSMAN R., *A Long, Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries*, U. Pa. J. Int'l Econ. L., 1996, 17, 1069; DRAHOS P., *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting*, J. World Intell. Prop., 2002, 5, 765, 769-70.

[402] U.N. OHCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Intellectual Property Rights and Human Rights*, 17 agosto 2000 (25° sessione), Res. 2000/7, disponibile al link https://www.aaas.org/sites/default/files/SRHRL/PDF/IHRDArticle15/E-CN_4-SUB_2-RES-2000-7_Eng.pdf.

[403] U.N. ESCOR, Report of the High Commissioner, *The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13 (52° sessione), disponibile al link https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/143/45/PDF/G0114345.pdf?OpenElement.

[404] U.N. OHCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Intellectual Property and Human Rights*, 16 Agosto 2001 (26° sessione), Res. 2001/21.

[405] U.N. ESCOR, Comm'n on Hum. Rts., Report of the Secretary-General, Intellectual Property Rights and Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/12/Add.1 (52° sessione); U.N. ESCOR, *The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of which He or She is the Author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant)*, General Comment No. 17 (2005) (35° sessione), U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006). Con particolare riguardo al diritto alla salute, si segnala WTO Doha Ministerial Conference, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, 14 novembre 2001 (4° sessione), WTO Doc. WT/MIN

zione mondiale per la sanità di una commissione speciale su Sanità pubblica, Innovazione e Proprietà intellettuale. Il Rapporto pubblicato dalla commissione nel 2006 poggia sull'idea che i trattati sui diritti umani fondino un "imperativo legale", un'obbligo, in capo agli stati firmatari, di adottare le misure necessarie a garantire i diritti umani, i quali hanno necessariamente precedenza sugli impegni assunti dagli stati membri negli Accordi TRIPs [406].

Enfatizzando l'impatto conflittuale e negativo dei diritti di proprietà intellettuale sui diritti umani, alcuni studiosi hanno rifiutato di considerare i diritti di proprietà intellettuale alla stregua di diritti umani, riconducendoli piuttosto a strumenti giuridici funzionali al perseguimento di questi [407].

A questa prima tesi, se ne è contrapposta una seconda che evidenzia come diritti di privativa e diritti umani tendano entrambi al medesimo fondamentale equilibrio: da un lato, la cultura fornisce il sostrato essenziale su cui tutti gli autori poggiano la propria attività creativa; dall'altro, le loro creazioni nutrono, alimentano e rinvigoriscono questo sostrato.

Sulla base di questa duplice premessa, si ritiene, dunque, che i diritti di proprietà intellettuale debbano essere intesi non tanto (o non solo) come limite, ma soprattutto come incentivo e motore di sviluppo sociale, culturale, artistico e di una fiorente libertà di espressione [408]. Il conflitto sarebbe pertanto solo apparente [409].

Si è dunque osservato che la c.d. "*conflict view*" potrebbe essere descritta in modo più accurato come la visione del "primato dei diritti umani". A ben guardare, infatti, l'articolazione di questa posizione negli ultimi quindici anni attraverso atti, relazioni e commenti ufficiali di diverse organizzazioni delle Nazioni Unite non sostiene affatto che i diritti di proprietà intellettuale non possano coesistere con la qualificazione di diritti umani. Afferma, invece, che qualunque sia l'equilibrio tra interessi privati e pubblici in materia di proprietà intellettuale, "*the primary objective and obligation of States is to promote and protect human rights*" [410], in conformità a quanto prevede l'art. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati [411].

In questa direzione, Helfer propone una posizione mediana, suggerendo che la relazione tra diritti di proprietà intellettuale e diritti umani non debba necessariamente configurarsi in termini di dualità, bensì i due approcci possano in realtà coa-

---

(01)/DEC/2 20, par. 4, 5(c), in cui si afferma che "*Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members'right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all*".

[406] WHO, *Public Health: Innovation and Intellectual Property Rights*, 2006, 9, 22.].

[407] HELFER L.R., *Conflict or Coexistence*, cit., 47, 51-57.

[408] BIRNHACK M., *Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*, s. Cal. L. Rev., 2003, 76, 1275, 1284.

[409] HELFER L.R., *Conflict or Coexistence*, cit., 47, 51-57.

[410] U.N. ECOSOC, *Comm'n on Hum. Rts., Report of the Secretary-General on the Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights*, 14 giugno 2001 (52° sessione), U.N. Doc. E/CN.4/ Sub.2/2001/12, para. 13.

[411] Art. 1, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969) "human rights are the first responsibility of Governments."

bitare[412], prevalendo l'aspetto della compatibilità[413]. Ciò significa che ai diritti di proprietà intellettuale può essere riconosciuta una funzione strumentale rispetto ai diritti umani e che una maggiore protezione dei primi può contribuire a promuovere la realizzazione dei secondi[414].

Tale orientamento trova conforto nella sente n. 108/1995 della Corte costituzionale, che si è occupata del conflitto tra diritto di proprietà e diritto d'autore e del fondamento costituzionale di quest'ultimo[415]. La Corte chiarisce che "*tutela degli autori e tutela della cultura sono […] ragionevolmente conciliabili […] con la libertà dell'iniziativa economica di altri soggetti (produttori, rivenditori, noleggiatori) in un equilibrio che tenga conto dei rispettivi costi e rischi e sono altresì conciliabili con i diritti di tutti alla fruizione dell'opera artistica e con l'interesse generale alla diffusione della cultura. Ciò è confermato anche dall'esperienza concreta, che dimostra come, grazie anche all'imponente sviluppo radio-televisivo e concertistico, la titolarità e l'esercizio dei diritti dell'autore o del produttore non siano di limitazione o di ostacolo alla diffusione ed alla conseguente fruizione delle opere artistiche, in particolare musicali*".

8.2. *Il bilanciamento tra diritti proprietari e pubblico dominio nella carta di Nizza e nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*

A livello internazionale, si è dunque affermata una visione complementare della proprietà intellettuale e del pubblico dominio, che godrebbero dello stesso status di diritti umani, sebbene di intensità diversa. L'analisi delle carte dei diritti europee

---

[412] GROSHEIDE W. (ed.), *Intellectual Property & Human Rights: A paradox*, Edward Elgar, 2010.

[413] GERVAIS D.J., *How Intellectual Property and Human Rights Can Live Together: an updated perspective*, in TORREMANS P. (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights*, 3ª ed., Wolters Kluwer, 2015, 3.

[414] HELFER L.R., *Towards a Human Rights Framework for Intellectual Property*, cit., 971.

[415] Cfr. C. Cost. 6 aprile 1995, n. 108, Dir. comunitario e scambi internaz., 1995, 685, con nota di MALAGONI; Cass. pen., 1995, 12, 3201, con nota di SVARIATI E., *Il diritto di noleggio dei compact disc in una recente pronuncia della Corte costituzionale nel d.lg. n. 685 del 1994*, Quaderni di AIDA, 1995, 348 ss., con nota di SARTI D., 357 ss., critica verso il giudice rimettente e in Foro it., 1995, I, 1730 ss., con note di CASO e ROMBOLI. Inoltre, si veda DE SANCTIS V.M., *La Corte costituzionale e il diritto d'autore*, Dir. aut., 1995, 428 ss. La pronuncia ha respinto una questione di costituzionalità sollevata da Trib. Genova, 3 gennaio 1994, Quaderni di AIDA, 1994, 526 ss., in merito alla pretesa del titolare dei diritti patrimoniali d'autore di impedire ingiustificatamente il noleggio di esemplari legittimamente acquistati, pur in presenza di praticabili soluzioni dirette ad assicurare all'autore di trarre un equo compenso da tale attività. L'ordinanza di rimessione ritenne non manifestamente infondata la questione di legittimità degli artt. 19, 61, 68 e 109 l.a. "*nella parte in cui, a tutela del diritto esclusivo dell'autore al noleggio degli esemplari registrati di un'opera musicale protetta – ed in presenza di praticabili soluzioni volte ad assicurare all'autore dell'opera registrata non il potere di vietare ad altri il noleggio ma quella di trarre un equo compenso dalla suddetta attività esse inibiscono in radice all'acquirente la facoltà di dare a nolo il CD*", per contrasto con una serie di norme costituzionali, in particolare: a) gli artt. 3 e 9 Cost., in quanto la pretesa potrebbe irragionevolmente menomare il diritto degli utenti allo sviluppo della persona umana e della cultura, che la Repubblica invece promuove; b) l'art. 41 Cost., per la lesione della libertà di iniziativa economica privata; c) art. 42 Cost., perché limita i diritti dell'acquirente senza peraltro assicurare la funzione sociale della proprietà privata. La questione era stata sollevata antecedentemente alla novella dell'art. 18 *bis* l.a., che ha espressamente riconosciuto il diritto esclusivo sul noleggio, dimostrando così di aderire all'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo cui questo diritto era riconosciuto in via implicita anche nel vecchio sistema.

consente di guardare al bilanciamento tra questi diritti, da una prospettiva ancora diversa. Rileva infatti l'importanza dei diritti umani quale misura correttiva per controbilanciare la spinta espansionistica dei diritti di proprietà intellettuale [416].

La Carta di Nizza inserisce la proprietà intellettuale nella categoria del "diritto di proprietà", tutelato dal suo art. 17. Esso dispone al primo paragrafo che "*Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata 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*". Il secondo paragrafo aggiunge che "*La proprietà intellettuale è protetta*".

I lavori preparatori ed in particolare le note di spiegazione del Praesidium che ha redatto la Carta specificano il rapporto intercorrente tra i suddetti paragrafi, precisando che "*le garanzie previste nel paragrafo 1 si applicano opportunamente alla proprietà intellettuale*" (nel testo inglese "*… shall apply as appropriate …*").

La Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito anche solo "CEDU" o "Convenzione") non contiene invece alcun riferimento specifico alla proprietà intellettuale in generale [417], limitandosi, all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione, alla "Protezione della proprietà" [418].

---

[416] In questo senso, GEIGER C., *The Constitutional Dimension of Intellectual Property*, in TORREMANS P. (ed.) *Intellectual Property and Human Rights*, London, Kluwer Law, 2008, 113. Sulla possibilità dei due corpi di norme di operare coungiuntamente si veda anche RUSE-KHAN G.H., *Proportionality and Balancing within the Objectives of Intellectual Property Protection*, in TORREMANNS P., cit., 161-194 e GERVAIS D.J., *Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together*, *ibidem*, 6.

[417] Anche per questa ragione, la Corte EDU e la Commissione Europea per i diritti umani per decenni si sono tenute alla larga dai diritti di proprietà intellettuale.

È stato necessario attendere i primi del 1990 perché qualche titolare di diritti proponesse ricorso per presunte lesioni di diritti di proprietà intellettuale.

Gli ultimi anni, in netta contro-tendenza, hanno visto una esplosione di ricorsi concernenti questioni di interferenza tra diritti umani e diritti di proprietà intellettuale e gli esperti hanno ricondotto il fenomeno principalmente a due diverse cause:

– da un lato, l'innalzamento degli standard di tutela della proprietà intellettuale che ha aggravato le più o meno note interferenze con il diritto alla salute, alla vita, al cibo, alla libertà di espressione e di godimento dei benefici del progresso scientifico;

– dall'altro, gli addetti ai lavori hanno iniziato ad invocare sempre più spesso i diritti fondamentali, ivi compreso il diritto di proprietà, a giustificazione delle esigenze di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e delle persone fisiche o giuridiche che ne sono titolari.

[418] Il diritto di proprietà era escluso dal campo di applicazione del testo originario della Convenzione. La rubrica dell'articolo è stata aggiunta successivamente con il Protocollo n. 11.

Per una analisi esaustiva della norma si veda CONDORELLI L., *La proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Riv. dir. int., 1970, 175-232; GERIN G., *Il diritto di proprietà nel quadro della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1989; BARIATTI S., *Genesi e interpretazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, Riv. intern. dei diritti dell'uomo, 1989, 215-220; BALLARINO T., *La proprietà protetta nel primo protocollo*, *ibidem*, 221-232; STARACE V., *La tutela del diritto di proprietà nel protocolo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella Costituzione Italiana*, *ibidem*, 256-263; NUNIN R., *La tutela del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Chiandetti, Udine, 1991, 113-220, PADELETTI M.L., Art. 1 Protocollo 1, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G.,

La norma, nello stabilire che "*ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni*" (nella traduzione inglese "*the peaceful enjoyment of … possessions*") è stata a lungo controversa per la sua ambiguità [419] e giudicata una delle più deboli espressioni del diritto di proprietà, conferendo ai governi amplissima discrezione nel regolarla [420].

Il posizionamento sistematico dell'articolo all'interno di un protocollo addizionale, così come l'assenza nel testo del termine "diritto", riflettono la mancanza di consenso tra i paesi europei circa l'inclusione del diritto stesso nel trattato, nonché sulla portata della tutela da riconoscere [421].

La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel pronunciarsi sulla nozione di "bene" ai fini della norma in parola, aveva chiarito che essa dovesse assumere un significato autonomo rispetto ai diritti interni [422], comprensivo di ogni interesse economicamente valutabile [423], che sorga dai rapporti economici individuali. Per questa via l'ambito di applicazione della norma si è progressivamente esteso [424] oltre i diritti di proprietà su beni mobili e immobili [425].

Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Cedam, Padova, 2001, 801-827; COLACINO N., *La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2007.

[419] Per una più dettagliata disamina della norma all'interno del sistema europeo di tutela dei diritti umani si veda ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 2004, 124-125; SHUTTE C.B., *The European Fundamental Right of Property*, Kluwer, Deventer, 2004; PADELLETTI M.L., *La tutela della proprietà nella Conenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003; CONFORTI B., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di proprietà*, in COMPORTI M. (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, 107 ss.; CONDORELLI L., *Premier Protocole Additionnel, Article 1*, in PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.H. (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1999, 971 ss.

[420] VAN RIJN A., *Right to the Peaceful Enjoyment of One's Possessions*, in VAN DIJK P., VAN HOOF G.J.H. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 4ª ed., Kluwer Law, Deventer, 2006, 863-864, che pone l'accento su "*the very far-reaching limitations which Article 1 allows*".

[421] ÇOBAN A.R., cit., 124-125, che illustra la genesi storica della disposizione.

[422] Corte EDU, Ex-roi de Grèce e altri c. Grecia, 23 novembre 2000, Riv. Int. Dir. Uomo, 2001, 28560; Id., Iatridis c. Grecia, 25 marzo 1999, *ibidem*, 1995, 138, 64; Id., Matos e Silva l.d.a. e al. C. Portogallo, 16 settembre 1996, *ibidem*, 1996, 694; Id., Gasus Dosier und Fördertechnik Gmbh c. Paesi Bassi, 23 febbraio 1995; Id., Kechko c. Ucraina, 8 novembre 2005, par. 22.

[423] PADELLETTI M.L., *La tutela della proprietà*, cit., 64.

[424] Tale disposizione è stata interpretata nel senso di coprire interessi proprietari sia attuali che in potenza: "*i beni possono essere o esistenti o assets, ivi comprese domande giudiziali con riferimento alle quali il ricorrente vanti quanto meno una aspettativa legittima di ottenere l'effettivo godimento di un diritto di proprietà*" . Cfr. Corte EDU (Grand Chamber), Kopecky c. Slovacchia, 28 settembre 2004, App. n. 44912/98, 139-140. Per una visione critica, v. CONFORTI B., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 106; CONDORELLI L., *Il protocollo rivisitato*, Riv. Intern. dei diritti dell'uomo, 1989, 266.

[425] Con la sentenza Iatridis c. Grecia, 25 marzo 1999, par. 54, la Corte ha riconosciuto che tale nozione "*non si limita certamente alla sola proprietà sui beni corporali*" . In lingua originale, "*ne se limite certainement pas à la propriété des bien corporales*". L'orientamento che apre alla proprietà intellettuale le garanzie costituzionali proprie dei diritti di proprietà pare d'altronde coerente con l'interpretazione estensiva della nozione di "beni" ("possessions") data dalla Corte EDU, che copre una vasta gamma di "*interessi proprietari concreti*" aventi valore economico-patrimoniale e con la precisazione che essa ac-

A partire dal 2005 con il caso *Dima v. Romania*[426], e poi, a seguire, con le pronunce *Melnychuk c. Ucraina*[427] e *Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo*[428], la Corte ha chiarito che "*la proprietà intellettuale come tale beneficia incontestabilmente della protezione di cui all'Articolo 1 del Protocollo n. 1*"[429]. Tale conclusione è stata con-

---

quista "*significato autonomo*" rispetto a quello acquisito nel diritto interno degli stati membri, il che autorizza la Corte EDU a decidere "*se le circostanze del caso concreto, considerate nel loro complesso, possono essere interpretate nel senso di conferire al ricorrente titolo all'interesse sostanziale protetto dall'Articolo 1*". Cfr. Kopecky c. Slovacchia, cit.

[426] Corte EDU, 6 novembre 2006, App. n. 58472/00, par. 87.

[427] Id., 5 luglio 2005, App. n. 28743/03, par. 8.

[428] Id., Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo, 11 ottobre 2005, App. n. 73049/01, Eur. H.R. Rep., 44, 42, 836, 855-856; Id., 11 gennaio 2007 (Grand Chamber), Eur. H.R. Rep. 45, 36, 830. Per un'analisi della decisione si veda HELFER L R., *Conflict or Coexistence,* cit., 47. Per una panoramica sui vari contenzioni aperti, GOEBEL B., *Geographical Indications and Trademarks in Europe*, Trademark Rep., 2005, 95, 1165, 119; ROGERS A., *Anheuser-Busch Hails European Court Ruling that Trademark Application get protections*, Int'l Trade Rep., 2007, 24, 72, 72; REED J., *ECJ protects simple Geographical Indications for their buddy*, EIPR, 2005, 27, 25; BIRD R.C., *This Bud's for You: Understanding International Intellectual property Law through the Ongoing Dispute over the Budweiser Mark*, Journal of legal studies, 2006, 23, 1, 53-85. Il procedimento trae origine da un annoso contenzioso avviato in diverse giurisdizioni tra la società statunitense Anheuser-Busch LLC, produttrice della nota birra a marchio Budweiser e l'ente pubblico della Repubblica Ceca Budweiser Budvar, anch'esso produttore della omonima birra.

In Italia, la società statunitense ha chiesto al Tribunale di Roma di accertare la nullità di tre marchi internazionali, registrati da Budvar, per difetto di novità, dato che il termine era preusato da decenni dalla società attrice (così' come accertato con sentenza precedente del Tribunale di Milano del 26 novembre 1998, confermata anche in Corte d'Appello in data 10 dicembre 2000), nonché per registrazione in malafede. Il Tribunale dichiarava la nullità dei tre marchi. La sentenza veniva appellata e la Corte di Appello di Roma rigettava la domanda di riforma. L'ente ceco ricorreva in Cassazione sul presupposto che il termine Budweis integrasse una denominazione di origine geografica protetta, non più utilizzata dal 1919.

Cass. civ. sez. I, 13 settembre 2013, n. 21023, Giur. ann. dir. ind. 2013, 1, 65 e Giur. comm. 2014, 4, II, 590, con nota di DI CATALDO V., accoglieva parzialmente il ricorso e rinviava alla Corte d'Appello. La Cassazione chiariva che una denominazione geografica continua a rivestire piena validità ed efficacia fin tanto che la sua notorietà perdura, ancorché essa non sia più ufficialmente usata e sia perciò diversa da quella attuale, riferendosi l'art. 14 del codice della proprietà industriale a qualunque designazione idonea ad indicare presso i consumatori la provenienza di un prodotto da un certo ambito geografico.

Anheuser Busch, a sua volta, ricorreva in Cassazione avverso la sentenza del giudice del rinvio. Cass. civ. 1 febbraio 2018, n. 2499, Riv. dir. ind. 2018, 6, II, 414, ha affermato che il diritto all'uso esclusivo del segno acquistato tramite il preuso è distinto da ogni successiva registrazione ad esso corrispondente, la quale si pone su un piano diverso, sicché bene può una tale registrazione essere dichiarata nulla, anche per decettività, senza che per questo il preutente perda il diritto di continuare a fare uso del segno.

[429] In lingua originale "*intellectual property as such incontestably enjoys the protection of Article 1 of Protocol No. 1".* Cfr. *Ibid*., 856. Per un'analisi particolareggiata di questi casi si veda HELFER L.R., *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in HANSEN H., *Intellectual Property Law and Policy*, Hart Publishing, 2008, 10, 430 e in TORREMANS P.L.C. (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights*, Wolters Kluwer, 2015, 3ª ed., 27 ss. La dottrina conclude di conseguenza che l'art. 1 tutela i diritti di proprietà intellettuale, ivi compreso il diritto d'autore, cfr. VELU J., ERGEC R., *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, 676; SCHERMERS H.G., *The international protection of the right of property*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda, Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Carl Heymanns, Colonia, 1988, 571, HARRIS D., O'BOYLE M., WABRIK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londra, 1995, 517; PEUKERT W., *Artikel 1 des 1.ZP*, in FROWEIN J.,

fermata in sede di riesame del caso *Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo* anche dalla Grande Camera, all'unanimità dei suoi diciasette giudici [430]. Nel ribadire che l'art. 1 "*è applicabile alla proprietà intellettuale in quanto tale*", essi non hanno ravvisato ragioni per discostarsi dal primo orientamento assunto sul punto dalla allora Commissione europea dei diritti dell'uomo [431], secondo cui le caratteristiche di esclusività e trasferibilità proprie dei brevetti [432]sono tratti distintivi della proprietà [433].

Nonostante l'affermata tutela della proprietà intellettuale nel quadro dell'art. 1, la Corte si è dimostrata piuttosto restia nel ravvisare condotte interferenti con essa da parte degli stati.

A tale fine, l'art. 1 ammette la condotta interferente a condizione che risponda ad una "*causa di pubblica utilità*" ("*in the public interest*") e sia posta in essere "*nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*" ("*subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*") [434]. Ogni interferenza statale, pertanto, per dirsi giustificata, deve essere prevista da una norma di legge [435], perseguire uno scopo legittimo e raggiungere un equo e proporzionato bilanciamento tra i diritti del titolare e il pubblico interesse.

PEUKERT W., *Europäische Menschen Rechts Konvention. EMRK-Kommentar*, 2ª ed., N.P. Engel, Kehl, Strasburg, Arlington, 1996, 678; CHARRIER J.-L., *Code de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Litec, Paris, 2000, 317.

[430] Le camere di regola decidono in composizione a sette giudici, La Grande Camera può essere chiamata eccezionalmente a pronunciarsi: a) su richiesta di una Camera, laddove il caso da decidere, a norma dell'art. 30 CEDU, "*solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la soluzione* (della questione) *rischia di dare luogo ad un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte*"; oppure b) su richiesta di una parte della controversia, come una sorta di istanza di appello, purché, secondo quanto prescritto dall'art. 43 CEDU, un collegio di cinque giudici della sezione ritenga la domanda meritevole di accoglimento, in ragione della natura e delle caratteristiche della questione giuridica oggetto del ricorso.

[431] Dal 1954 all'entrata in vigore del Protocollo 11 della CEDU, le singole persone non avevano diretto accesso alla Corte EDU, bensì dovevano rivolgersi alla Commissione che, se avesse trovato il caso fondato, lo avrebbe trasmesso alla Corte per conto della singola persona. Il Protocollo 11 che è entrato in vigore nel 1998 ha abolito la Commissione, ampliato la Corte, e permette alle singole persone di avanzare ricorsi direttamente alla Corte stessa.

[432] Corte EDU, Smith Kline & French Lab. Ltd c. Olanda, App. n. 12633/87, Eur. Comm'n H.R. dec. & Rep., 1990, 66, 70, 79, che rappresenta anche la prima decisione in assoluto in cui la commissione abbia conosciuto di una causa in materia di proprietà intellettuale sotto la lente dell'art. 1 Protocollo 1.

[433] Cfr. SERMET L., *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Council of Europe Publishing, 1998, 13. Proprio tale motivazione, insieme alla nozione di bene accolta dalla Corte, ha portato a dubitare che rientrino sotto la tutela dell'art. 1 i diritti morali, che per converso si caratterizzano per essere inalienabili. In questo senso, ÇOBAN A.R., cit., 149-150; MASTROIANNI R., *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 14. *Contra* GEIGER C., *"Constitutionalising" Intellectual Property Law? – The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, IIC, 2006, 37, 4, 383 and n. 54.

[434] Corte EDU(Grand Chamber), Jahn c. Germania, 20 giugno 2005, App. n. 46720/99, Eur. H.R. Rep. 42, 49, 1085, 1103-1104.

[435] Secondo la Corte EDU si tratta del "*primo e più importante requisito*" che "*ogni interferenza di una pubblica autorità con il pacifico godimento dei suoi beni dovrebbe essere lecita … il principio di legalità presuppone che le norme applicabili del diritto interno siano sufficientemente intellegibili, precise e prevedibili nella loro applicazione*". Cfr. Corte EDU, Edwards c. Malta, 24 ottobre 2006, App. n. 17647/04, par. 60.

Le interferenze devono altresì essere poste in essere con le modalità e nella misura idonee a raggiungere "*un equo bilanciamento … tra le istanze dell'interesse generale della comunità e i requisiti di tutela dei diritti fondamentali del singolo*" [436]. Tale bilanciamento richiede "*una ragionevole relazione di proporzionalità tra le misure adottate*" dallo stato e la finalità di interesse generale che questi intende perseguire [437].

Anche se il suddetto test di proporzionalità integra un giudizio di fatto fortemente condizionato dalla fattispecie in questione, la Corte ha identificato diversi fattori rilevanti al fine di stabilire se il governo abbia operato coerentemente il bilanciamento di interessi richiesto dall'art. 1. Vi rientrano a) il ragionevole affidamento del proprietario [438], b) l'eccessiva e iniqua gravosità delle restrizioni imposte (specialmente a soggetti di diversa nazionalità) [439], c) l'ammontare dell'indennità riconosciuta dal governo [440], d) l'incertezza creata dalla misura legislativa [441], nonché e) la velocità e la coerenza con cui lo Stato ha agito [442].

La Corte di regola riconosce ampio margine di discrezionalità agli stati nell'imporre limitazioni alla proprietà privata per finalità di pubblico interesse. Avendo conoscenza diretta della società e delle sue esigenze, la Corte riconosce che "*le autorità nazionali sono poste in linea di principio in posizione migliore che non il giudice internazionale*" [443] al fine di stabilire se una misura normativa sia o meno necessaria al fine di raggiungere un determinato obiettivo. Di conseguenza, la Corte tiene in significativa considerazione "*il giudizio del legislatore in relazione a ciò che debba considerarsi nell'interesse pubblico, a meno che tale valutazione non sia manifestamente priva di ragionevole fondamento*" [444]. Analogamente, ha evidenziato l'ampio margine di discrezionalità ("*wide margin of appreciation*") di cui gli stati godono "*in relazione sia alla scelta degli strumenti di attuazione sia nell'accertare se le conseguenze dell'attuazione siano giustificate in ragione dell'interesse generale in vista del perse-*

---

[436] In lingua orginale "*a fair balance … between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights*". Cfr. Corte EDU, Kirilova c. Bulgaria, 14 giugno 2007, App. n. 42908/98, par. 106.

[437] Corte EDU, L.B. c. Italia, 15 novembre 2002, App. n. 32542/96, par. 23.

[438] Id., Pine Valley Dev. Ltd. c. Ireland, 29 novembre 1991, App. n. 12742/87, 222 Eur. Cit. H.R. (ser. A), par. 23.

[439] La ragione del trattamento di maggior tutela nei confronti dei soggetti di diversa nazionalità si giustifica, secondo la Corte, in ragione del difetto di rappresentanza nei processi politici nazionali, cfr. Corte EDU, Lithgow c. Regno Unito, 8 luglio 1986, App. n. 9006/80, 102 Eur. Ct. H.R. (Ser. A), par. 49.

[440] Cfr. ALLEN T., *Compensation for Property under the European Convention of Human Rights*, Mich. J. Int'l L., 2007, 28, 287, 298-300.

[441] Corte EDU (Grand Chamber), Hutten-Czapska c. Polonia, 19 giugno 2006, App. n. 35014/97, Eur. H.R. Rep. 45, 5, 52, 108.

[442] Corte EDU, Kirilova c. Bulgaria, cit. e Id. (Grand Chamber), Broniowski c. Polonia, 28 settembre 2005, App. n. 31443/96, 2004-V Eur. Ct. H.R. 1.

[443] Corte EDU, Draon c. Francia, 6 ottobre 2005, App. n. 1513/03, Eur. H.R. rep. 42, 40, 807, 832-833.

[444] *Ibid.*

guimento delle finalità dello strumento prescelto" [445].

Questa deferenza verso gli stati non equivale naturalmente a riconoscere carta bianca ai governi nazionali. Al contrario, la Corte ha recisamente rifiutato di "*abdicare al proprio potere di riesame*" e si è riservata l'ultima parola al fine di "*determinare se il richiesto bilanciamento sia stato preservato in maniera compatibile con*" il diritto di proprietà [446].

Non stupisce pertanto che negli ultimi anni la Corte abbia ravvisato un numero crescente di violazioni dell'art. 1 prot. 1 CEDU [447].

A quanto ci risulta, tuttavia, la Corte EDU non ha mai applicato il suddetto standard di giudizio alla proprietà intellettuale. La allora Commissione europea dei diritti dell'uomo, invece, ha avuto tale possibilità in un'unica occasione, laddove ha ritenuto coerente con i principi convenzionali la decisione dell'Ufficio brevetti olandese, poi confermata dalle relative corti nazionali, di concedere una licenza obbligatoria in favore del titolare di un brevetto dipendente da un'invenzione brevettata principale, visto il rifiuto di contrarre del titolare di quest'ultima [448].

Nel bilanciamento degli interessi in gioco, la Commissione ha specificamente valorizzato la circostanza che la previsione normativa che apre alla concessione di licenze obbligatorie risponda all'esigenza di "*prevenire l'abuso di situazioni di monopolio e incoraggi lo sviluppo*" [449].

Si è osservato come la posizione assunta dalla Commissione garantisca considerevole margine di manovra agli stati che assumano decisioni tali da comprimere i diritti di proprietà intellettuale quale mezzo per promuovere le funzioni sociali sottostanti alla concessione di tali diritti [450]. In quest'ottica, la salvaguardia degli spazi di pubblico dominio può trovare considerazione nelle valutazioni della Corte.

Nell'effettuare il bilanciamento tra gli opposti interessi, infatti, la Corte potrebbe riconoscere nel pubblico dominio (e nelle eccezioni e limitazioni che comprimono la portata dei diritti proprietari tutelati dall'art. 1) lo status di presidio posto a garanzia e tutela dei diritti fondamentali degli utenti e consumatori. Questi ultimi, infatti, beneficiano del pubblico dominio per esprimere pienamente la propria personalità individualmente e nelle formazioni sociali.

In tale direzione la Corte EDU si è pronunciata in una serie di casi [451] concernen-

---

[445] Corte EDU (Grand Chamber), Scordino c. Italia, 29 marzo 2006, App. n. 36813/97, 45 Eur. H.R. Rep. 7, 239.

[446] Corte EDU, Kopecky c. Slovenia, cit.

[447] ÇOBAN A.R., cit., 258, secondo cui la Corte EDU ha accertato "*more and more violations of* [Art. 1] *in the last couple of years*" e "*is not as reluctant as it was before to find* [a] *violation*".

[448] Corte EDU, Smith Kline & French Lab. Ltd c. Olanda, cit.

[449] *Ibid.* para. 80.

[450] In questo senso, HELFER L.R., cit., 63.

[451] Corte EDU, Österreicher Rundfunk c. Austria, 7 dicembre 2006, App. n. 35841/02, para. 72-73; Id., Verlagsgruppe News GmbH c. Austria (N. 2), 14 dicembre 2006, App. n. 10520/02, para. 29; Id., Krone Verlags GmbH &Co KG c. Austria, 26 febbraio 2002, App. n. 34315/96, Eur. H.R. Rep. 36, 57, 1059, 1066; News Verlags GmbH & CoKG c. Austria, 11 gennaio 2000, App. n. 31457/96, 2000-I Eur. Ct. H.R. 157, 174-175.

ti la legge sul diritto d'autore austriaca ed in particolare sul divieto, da questa imposto, di esibire o altrimenti distribuire in pubblico ritratti di persone, in pregiudizio degli interessi legittimi della persona ritrattata [452]. La Corte ha ritenuto che l'inibitoria diretta a vietare a testate giornalistiche la pubblicazione di ritratti di politici o individui coinvolti in situazioni di pubblico interesse violi la libertà di espressione la quale "*protegge non solo la sostanza delle idee e dell'informazione ma anche la forma esteriore in cui queste sono comunicate*" [453].

In altri due casi, decisi nel 2013, la Corte ha riconosciuto, per la prima volta, che far valere in giudizio diritti di proprietà intellettuale al fine di inibire la diffusione di materiali coperti da tali privative può interferire con il diritto di ricevere e scambiare informazioni e idee, protetto dall'art. 10 CEDU [454]. Nel bilanciamento tra i due

---

[452] L'art. 78, co. 1 Urheberrechtgesetz n. 111/1936 sancisce infatti che "*Bildnisse von Personen dürfen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechtigte Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden*".

[453] Corte EDU, Verlagsgruppe News GmbH c. Austria, cit., para. 29.

[454] Corte EDU, Donald Ashby e altri c. Francia, 10 gennaio 2013, App. n. 36769/08, para. 34. Tre fotografi di moda pubblicavano sul web gli scatti realizzati alle sfilate per cui erano accreditati. Nel procedimento penale che ne seguì si costituirono parte civile la Fédération Française de la Couture e dodici maisons. Assolti nel giudizio di primo grado, perché la realizzazione delle fotografie era stata consentita senza porre alcun limite alla loro diffusione, i fotografi furono invece condannati in appello a sanzioni pecuniarie e risarcimento in favore delle parti civili. La Corte d'Appello ritenne che l'accredito per i tre fotografi implicasse che l'autorizzazione a diffondere le riprese fotografiche fosse da intendersi limitata ai media richiedenti. Dinanzi alla Corte di Cassazione la difesa dei fotografi sostenne che, anche se non autorizzato, l'uso delle immagini rientrasse comunque nella libera utilizzazione a fini di informazione prevista da specifica norma del Code de la propriété intellectuelle. La Corte respinse tale argomento, posto che il tenore letterale della norma ne limitava l'operatività alla riproduzione e diffusione soltanto di specifiche categorie di opere (grafiche, plastiche e architettoniche). Confermò quindi la condanna. I fotografi ricorsero quindi alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 10 CEDU. La Corte ha disatteso gli argomenti dei fotografi. Poiché era pacifico che le fotografie delle sfilate erano state messe on line a fini commerciali, la Corte ha concluso che il diritto nazionale avesse ampio margine per bilanciare gli interessi in gioco e stabilire a quale accordare prevalenza. Gli stessi principi sono stati confermati dalla Corte in Neij and Kolmisoppi c. Svezia, 19 febbraio 2013, App. n. 40397/12, para. 9-10. Nel corso degli anni 2005-2006,i ricorrenti avevano partecipato alla realizzazione del sito web "The Pirate Bay" (TPB), uno dei servizi di condivisione di files su Internet più noti al mondo, che permette agli utenti di scambiarsi materiale digitale come musica, film e giochi per computer. Nel gennaio 2008, entrambi vennero accusati da diverse imprese di concorso nella commissione di reati in violazione della legge a tutela del diritto d'autore. Nell'aprile 2009, la Corte distrettuale di Stoccolma li condannò ad un anno di reclusione e li ritenne responsabili per i danni cagionati e quantificati in 3,3 milioni di euro. Nel novembre 2010, la Corte d'appello svedese ridusse la loro pena detentiva ma aumentò l'entità della misura risarcitoria a 5 milioni di euro. Infine, la Suprema Corte rigettò il ricorso nel febbraio 2012. Neij e Kolmisoppi ricorrevano alla Corte EDU, invocando l'art. 10 e lamentando che la condanna violasse il loro diritto alla libertà di espressione. La Corte ha ritenuto che l'art. 10 tutela il diritto di ciascuno a ricevere e diffondere le informazioni su Internet. Sebbene i Sig.ri Neij e Kolmisoppi avessero agito a scopo di profitto, la realizzazione di un sito web finalizzato a facilitare lo scambio di materiale tutelato dal copyright doveva ritenersi protetto dal diritto di ricevere e comunicare informazioni. La loro condanna integrava pertanto un'interferenza con il loro diritto alla libertà di espressione. Tuttavia, dato che il materiale condiviso è tutelato dal Copyright Act, la Corte ha ritenuto che l'ingerenza delle autorità svedesi fosse imposta dalla legge e perseguisse il fine legittimo di tutelare il diritto d'autore. Nel bilanciamento tra interessi concorrenti, la Corte ha ritenuto che le autorità svedesi avessero un ampio margi-

diritti, secondo la Corte, ingerenze nella libertà di espressione possono considerarsi legittime solo laddove:

a. siano previste dalla legge;
b. perseguano motivi legittimi ai sensi della legge stessa;
c. siano necessarie, in una società democratica, per raggiungere tali obiettivi.

Tra i "motivi legittimi" previsti dall'art. 10, co. 2, CEDU figura, in particolare, anche la tutela dei diritti altrui, e quindi del diritto d'autore.

In ordine alla necessarietà, la Corte ha ricordato che la libertà di espressione è uno dei cardini di una società democratica, e le sue compressioni si giustificano solo in presenza di un bisogno sociale imperioso. Il margine di discrezionalità che gli Stati contraenti mantengono nell'identificazione di tali bisogni sociali non è sempre il medesimo, ma varia in base a diversi fattori, tra i quali assume particolare rilievo il tipo di informazione in questione, ed il suo contributo al dibattito d'interesse generale. Quel margine discrezionale, pertanto, si comprimerà o si espanderà a seconda che, ad esempio, venga in rilievo la libertà di espressione in materia politica, oppure, al contrario, l'informazione abbia natura meramente commerciale.

Ciò implica che la Corte abbia il potere di limitare la portata dei diritti di privativa industrialistica ogni qualvolta la loro interferenza con la libertà di informazione non trovi adeguata giustificazione nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti, comportando una irragionevole ed ingiustificata compressione della seconda, in funzione dell'importanza del tipo di informazioni che si sottraggono al pubblico dominio.

Maggiori perplessità sorgono in relazione alla possibilità che la Corte EDU arrivi a sindacare la portata dei diritti di proprietà intellettuale in relazione al diritto dei singoli di beneficiare dello sviluppo scientifico e culturale della conoscenza. Tale diritto, infatti, riconosciuto espressamente dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo [455] e dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali [456], non trova corrispettivo nella CEDU.

Il potere della Corte EDU di determinare la legittimità di misure restrittive dei diritti di proprietà intellettuale, ovvero la loro *vis expansiva*, con conseguente compressione di altri diritti tutelati dalla Convenzione, quali la libertà di espressione,

---

ne di apprezzamento nel decidere, specialmente perché le informazioni non concernevano la discussione politica e il dovere delle autorità di garantire il rispetto del diritto d'autore costituisce un importante motivo per la limitazione della libertà di espressione dei ricorrenti. La Corte ha dunque concluso che l'ingerenza statale potesse considerarsi necessaria in una società democratica.

[455] L'art. 27, comma 1, sancisce che "Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici."

[456] L'art. 15, comma 1, sancisce che "Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale; b) a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni …". Mentre il comma 2 aggiunge che "Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura". Da ultimo il comma 3 prevede che "3. Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a rispettare la libertà indispensabile per la ricerca scientifica e l'attività creativa".

per mezzo di un giudizio di bilanciamento ("*balancing paradigm*" [457]) è stato criticato in dottrina [458] perché potenzialmente foriero di ulteriore incertezza giurisprudenziale, per effetto della complessità di voci (*rectius* autorità) legittimate a pronunciarsi sulla portata dei diritti di proprietà intellettuale. La Corte EDU verrebbe infatti potenzialmente a trasformarsi nel giudice-arbitro delle scelte di politica del diritto concernenti la proprietà intellettuale effettuate in Europa [459]: ruolo che la Corte non avrebbe le caratteristiche ideali per ricoprire, principalmente per propri limiti istituzionali, posto che formalmente le sue decisioni, lungi da avere validità *erga omnes*, sono vincolanti solo tra le parti tra cui sono rese [460].

8.3. *Il bilanciamento tra diritti proprietari e pubblico dominio nella Costituzione italiana*

Anche nelle costituzioni nazionali si ravvisano dinamiche analoghe. Non sono molti i paesi che tutelano espressamente la "creazione intellettuale", ma anche in assenza di inquadramento espresso, i più ne ricomprendono la tutela all'interno dei diritti che valorizzano l'arte, la ricerca ed il progresso scientifico, ovvero nel diritto di proprietà tradizionalmente inteso.

La giustificazione costituzionale della proprietà intellettuale trova eco nella giurisprudenza dell Corte costituzionale, che ha individuato nella tutela e nell'esercizio del diritto di autore una "*rilevanza di interesse generale, e quindi pubblica*", tale da indurre il legislatore alla predisposizione di particolari mezzi di difesa sia penali che civili [461].

---

[457] Espressione utilizzata da HELFER L.R., cit., 78.

[458] *Ibid.*, 85.

[459] *Ibid.*

[460] L'art. 46, comma 1, della Convenzione stabilisce infatti che "Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti". Diversi autori evidenziano tuttavia come, al di là del dato formale, l'influenza delle decisioni della Corte sugli stati contraenti sarebbe ben maggiore. Cfr. HOFFMEISTER F., *Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic Law*, Int'l J. Const. L., 2006, 4, 722, 726-728.

[461] C. Cost., ord. 24 marzo 1988, n. 361, Dir. autore, 1988, 535 e ivi, 1989, 62, con nota di PASTORE S., *Brevi annotazioni sulle due ultime pronunce della Corte Costituzionale in materia di diritto d'autore*, Giur. cost., 1988, I, 4, secondo cui la "*produzione e la pubblicazione di opere dell'ingegno, rappresentano manifestazioni dello sviluppo della persona umana, tutelate dall'art. 3 Cost.*" e la disciplina del diritto d'autore ha "*rilevanza d'interesse generale e, quindi pubblica*"; Id., 5 luglio 1973, n. 110, secondo cui "*la tutela, anche in via penale, dei diritti d'autore è di interesse pubblico tanto da giustificare, a tale fine, la istituzione di un apposito Ente pubblico, appunto la S.I.A.E.*"; Id., 19 aprile 1972, n. 65, secondo cui il diritto d'autore è stato dal legislatore riconosciuto "*talmente rilevante da dover preordinare, al fine di soddisfarla, particolari mezzi di difesa e di tutela sia penali sia civili*"; Id., 17 aprile 1968, n. 25, secondo cui "*Dal complesso delle norme contenute nella legge in esame* [L.633/1941]*, fino al titolo quinto … risulta, quindi, in modo non equivoco, che il legislatore ha ritenuto la tutela e l'esercizio del diritto di autore di tale rilevanza di interesse generale, e, quindi, pubblico, da non esitare a prevedere particolari forme di reato, che, espressamente, sono predisposte ad assicurarne la difesa*". Più recentemente si veda App. Bologna, 11 gennaio 2001, Quaderni di AIDA, 2003, 705, secondo cui le "*disposizioni sul diritto d'autore costituiscono concreta attuazione dei principi costituzionali di tutela dello sviluppo della persona umana e della cultura*".

Nella nostra costituzione, ad esempio, si individua il referente costituzionale del fondamento dei diritti di esclusiva a tutela delle espressioni della creatività di volta in volta nell'art. 2, che garantisce i diritti inviolabili della persona, nell'art. 42 che tutela la proprietà privata [462], nell'art. 35 che riconosce dignità e tutela al lavoro in tutte le sue forme ed espressioni [463], e dunque anche a quello afferente il settore culturale, nell'art. 9. Quest'ultimo, in particolare, nel fare riferimento alla promozione dello "sviluppo della cultura", della "ricerca scientifica e tecnica" e alla tutela del "paesaggio" e del "patrimonio storico artistico della Nazione", tutela sia gli interessi dell'autore a ricevere adeguata protezione contro l'appropriazione abusiva, sia l'interesse degli individui ad accedere liberamente alle risorse in pubblico dominio.

La libera circolazione delle opere dell'ingegno artistico e tecnico è ricondotta poi principalmente all'art. 33, comma 1, Cost. secondo cui "*l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*". Si tratta di una disposizione che viene solitamente interpretata come corollario dell'art. 21 Cost. a tutela della libertà di manifestazione del pensiero. Arte e scienza sono infatti intese come peculiari forme di espressione del pensiero. Parte della libertà di espressione è anche il diritto di accesso all'informazione, espressamente richiamato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come "*libertà di ricevere … informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*" [464]. La Corte costituzionale riconosce che l'interesse generale alla informazione è "*indirettamente protetto dall'articolo 21… il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee*" [465]. Il considerando n. 5 della Direttiva UE 2019/1024 relativa all'apertura dei

---

[462] cfr. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, cit., 205, che non riconosce all'art. 42 Cost. il ruolo di "fondamento costituzionale esclusivo della proprietà intellettuale […] insediato più stabilmente negli artt. 9, 33, 35 e 41 Cost." quanto piuttosto quello di "forma predominate, anche se non la sola, di protezione del diritto sui beni immateriali"; in senso conforme, cfr. ROMANO R., *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, 115, secondo cui "*il richiamo alla tutela della proprietà sembra, invece, spendibile meglio laddove si intenda considerare […] il diritto d'autore nel suo essere diritto esclusivo, cioè in quelli che sono stati detti elementi "strutturali" della tutela piuttosto che riguardo al fondamento della medesima*".

[463] La letteratura in argomento è copiosa. Si rinvia in particolare a UBERTAZZI L.C., voce *Diritto d'autore*, Dig. disc. driv., sez. comm., Torino, 1989, 364, 370-371, che distingue tra diritti morali e diritti patrimoniali d'autore, fondando i primi sugli artt. 2, 4, 9 e 33 Cost., e i secondi sugli artt. 35 e 42 Cost.; OPPO G., *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, Riv. It. Sc. Giur., XI, 1963-1967, 183 e in Riv. dir. comm., 1964, I, 189, ID., *Conversazione sul diritto industriale*, Quaderni di AIDA, 2002, 337 ss.; SANTORO E., *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, Dir. autore, 1975, 307 ss., ID., *Diritto d'autore e libertà di manifestazione del pensiero (spunti di ricerca)*, Dir. autore, 1979, 754 ss.; SPADA P., *Creazione ed esclusiva: trent'anni dopo*, Riv. dir. civ., 1997, 215; BERTANI M., *Proprietà intellettuale e circolazione delle informazioni brevettuali*, in AA.VV., *Studi in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2005, I, 153.

[464] Analogamente, il diritto e ruconosciuto all'art. 19, comma 2, del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici, secondo cui "Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta".

[465] Corte cost., 15 giugno 1972, n. 105.

dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico ne sottolinea la natura di diritto fondamentale.

La base costituzionale del diritto di usare nell'attività di impresa segni distintivi e beneficiare dei diritti di esclusiva concessi dal legislatore rientra invece tra i diritti conferiti all'imprenditore e tutelati all'interno della c.d. "costituzione economica" [466], *sub specie* di libertà di iniziativa economica. L'adozione di segni distintivi va ascritta infatti a quelle forme di comunicazione con finalità commerciale (in particolare, pubblicitaria) che la Corte costituzionale, a partire dalle sentenze nn. 68/1965 e n. 231/1985 ha chiarito doversi ricondurre entro l'alveo della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. [467], in opposizione a tutte le forme di comunicazione collegate agli ambiti dell'informazione, dell'opinione e della cultura, rientranti nel dominio della libertà di espressione.

Nel tutelare l'impresa come "*struttura organizzata che crea innovazioni*", la norma estende dunque la sua tutela a tutti i mezzi necessari a supportare l'efficienza produttiva dell'impresa, a partire dalla libertà di scelta di soluzioni organizzative e finanziarie, alla libertà di scelta delle strategie di marketing e dei segni distintivi di impresa [468].

Non deve ingannare, in proposito, la natura monopolistica del diritto che ha portato a definire la protezione della proprietà intellettuale "*una misura anticoncorrenziale a priori*" [469]. A ben vedere, tale natura monopolistica è tutelata proprio in quanto "*regola del gioco*" della concorrenza, volta a fornire una chance rafforzata per far sì che il processo innovativo non rallenti. V'è dunque una "*continuità sistematica fra disciplina della concorrenza e della proprietà intellettuale*" [470] che comporta come logico corollario che i diritti di proprietà intellettuale "*non sono frutto di nor-*

---

[466] Termine qui usato nell'accezione proposta da ATRIPALDI V., *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in ATRIPALDI V., GAROFALO G., GNEUSETTA C., LOTITO P.F. (a cura di), *Governi ed Economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, 10: "Con essa si vuole identificare quel nucleo di norme e principi che opera una scelta dei modelli economici che consentono la realizzazione dei 'valori' determinati dalla costituzione politica". Per una rassegna delle varie accezioni possibili di Costituzione economica si rinvia a CAPUNZO R., *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2010, 17.

[467] L'art. 41 Cost. prevede che "*l'iniziativa economica privata è libera*" (comma 1). ZATTI F., *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Vol. IV, Jovene, Napoli, 2013, 2235.

[468] LIBERTINI M., *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, Quaderni di AIDA, 2005, 14, 1, 61. In questa prospettiva, Libertini parla di "*tutela dell'impresa privata come organizzazione efficiente, e quindi di garanzia di riconoscimento di poteri autoritativi all'interno dell'impresa, nonché di garanzia di tutela dei diritti esclusivi dell'impresa sulle proprie risorse, materiali ed immateriali*".

[469] GILLE L., *La protezione della proprietà intellettuale, fattore della divisione internazionale della conoscenza*, in PILATI A., PERRUCCI A. (a cura di), *Economia della conoscenza*, il Mulino, Bologna, 2005, 207. In realtà, come acutamente osservato, "*il titolare del diritto di esclusiva non è affatto monopolista in senso economico, salvo casi eccezionali, ma competitore in un mercato aperto, in cui la creazione coperta da esclusiva può rivelarsi priva di valore commerciale, o di valore effimero e di breve durata, o, ancora, in qualche caso, di valore immenso*". Cfr. LIBERTINI M., cit., 62.

[470] BERTANI M., *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004.

me eccezionali, dettate al legislatore propter aliquam utilitatem, ma in contrasto con supposti principi di libertà (di espressione, di concorrenza e quant'altro)" [471].

Il principio di concorrenza, seppure valore basilare del principio di libertà di iniziativa economica [472], non riceve comunque dall'ordinamento una protezione assoluta potendo essere limitato al fine di "*consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti*" [473]. In particolare, con la concorrenza devono essere bilanciate le esigenze di utilità sociale [474]. Questo limite è sancito nel comma 2, secondo cui la libertà di iniziativa economica "*non può svolgersi in contrasto con 'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*". Mentre il comma 3 riserva alla legge il compito di determinare "*i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*".

L'introduzione in Costituzione del limite dell'utilità sociale, con la problematica ed incerta interpretazione giuridica che deriva dalla sua "*irriducibile poliedricità*" [475], diventa il parametro giuridico attraverso il quale le norme sono chiamate a regolare lo svolgimento dell'attività economica. La clausola fonda il c.d. Stato sociale, ovvero, come ricorda Martines, "*uno Stato che, pur conservando i tradizionali istituti giuridici della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica privata, non li considera più come un "mito" dal valore intangibile e ritiene necessario intervenire nel*

---

[471] LIBERTINI M., cit., 63. Così, il diritto d'autore, per intenderci, non andrebbe visto come deroga eccezionale al principio di libera manifestazione del pensiero, bensì al contrario come strumento funzionale allo sviluppo dell'arte e della scienza, per il tramite della valorizzazione imprenditoriale dei prodotti culturali. Questo paradigma, che giustifica la tutela della proprietà intellettuale come necessario premio / incentivo all'innovazione è stato messo sotto accusa da filoni di pensiero che ritengono il processo innovativo in grado di autoalimentarsi spontaneamente. Cfr. BOLDRIN M., LEVIN D.K., *The case against intellectual property*, American Economic Review, Papers & Proceedings, 2002, 92, 209-212; NICITA A., RAMELLO G.B., SCHERER F.M., *Intellectual Property Rights and the Organization of Industries: new Perspectives in law and Economics*, J. of the Economics of Business, 2005, 289. Ed effettivamente, può essere vero che in certi campi di creazione artistica, quali la letteratura, le arti figurative e la musica, l'incentivo a creare possa in alcuni casi prescindere dalle regole del mercato concorrenziale. Ciò non può valere tuttavia nel campo della ricerca industriale che non può prescindere dagli investimenti finalizzati a sviluppare il progetto tecnico per farlo divenire prodotto commerciale.

[472] Cfr. SCACCIA G., *Il bilanciamento degli interessi*, cit., 207, che ricorda come la concorrenza è passata dal non beneficiare di alcun riconoscimento esplicito nel testo originario della Costituzione, ad ottenerlo con la revisione costituzionale del 2001 che ha introdotto l'art. 117, comma 2, lett. e), nel quadro del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Questo cambiamento si deve all'irruzione nel nostro ordinamento dei principi comunitari che hanno fatto della concorrenza un vero e proprio valore di riferimento: il diritto comunitario ha trasformato il mercato da "male necessario" a "diritto inviolabile derivato", scrive BALDASSARRE V.A., *Diritti inviolabili*, Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989, 26. Scaccia inoltre ritiene che la concorrenza, alla luce della complessità sistematica della Costituzione, riveste "*i caratteri di un vero e proprio principio di struttura*" per via della diffusione del modello concorrenziale anche al di fuori dell'ambito delle libertà economiche e quindi della libera concorrenza fra imprese. Sul tema cfr. anche LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in Mercato concorrenza regole, 2014, 503 ss.

[473] Corte cost., 7 luglio 2006, n. 279, Giur. cost., 2006, 4, 2871, con nota di CASSETTI.

[474] Corte cost., 5 novembre 1996, n. 386, Giust. civ., 1997, I, 597 e Foro it., 1997, I, 994, con nota di COSENTINO; Corte cost. n. 241/1990, cit.

[475] BALDASSARRE V.A., *Iniziativa economica privata (libertà di)*, Enc. dir., XXI, Milano, 1971, 593.

settore dei rapporti economici per coordinare l'attività economica ed indirizzarla al raggiungimento di un maggiore benessere comune" [476]. L'idea è che la concorrenza sia strumentale alla realizzazione del "bene comune" [477], del benessere sociale attraverso il perseguimento di valori economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, ecc.), ma anche extraeconomici (pace, libertà, sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, parità tra uomo e donna, ecc.).

La Costituzione italiana dunque, pur riconoscendo anch'essa alla proprietà intellettuale lo status di diritto fondamentale, né sancisce altresì i limiti da ravvisarsi sia nella necessità che tali diritti operino in una direzione pro (e non anti) concorrenziale, sia nella nozione di utilità sociale, in cui il pubblico dominio si riconosce come forma di bene comune. In caso di contrasto, la costituzione prende però una chiara posizione in favore di questi ultimi. La tutela dell'utilità sociale è destinata a prevalere e segna la frontiera dell'iniziativa privata, stabilendo dove essa cessa di essere legittima. Lo Stato può spostare tale frontiera ma non varcarla a differenza di quanto accadeva, invece, negli ordinamenti corporativi o ad economia pianificata.

Spetta al legislatore, in forza della riserva di legge implicita contenuta nel comma 2, il compito di porre all'iniziativa economica le specifiche limitazioni imposte da esigenze di utilità sociale, tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana. Tra queste la più nota è forse la facoltà della legge, stabilita all'art. 43 Cost., di riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale. Rientra in questa facoltà anche l'interesse a mantenere non appropriabili (ovvero non escludibili) determinati segni distintivi per cui possa sussistere un'utilità sociale all'utilizzo libero e condiviso. L'appropriazione privata, infatti, potrebbe determinare logiche di distorsione del mercato, garantendo al singolo vantaggi competitivi ingiustificati nelle strategie di comunicazione commerciale ed in particolare di identificazione e distinzione dei beni o servizi rispetto a quelli dei conconcorrenti.

Del pari, rientra nella nozione di "utilità sociale" la limitazione del diritto altrui che risponda all'esigenza di recuperare opere dell'ingegno orfane o finite fuori commercio o marchi vittima di "non uso", per i quali il titolare del diritto, restando inerte, non abbia dimostrato un effettivo e concreto interesse allo sfruttamento commerciale [478].

---

[476] MARTINES V.T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011, 136.

[477] PIZZOLATO V.F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, in Vita e Pensiero, Milano, 1999, 188.

[478] Conclusioni Avv. Gen. Wathelet, 7 luglio 2016, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:536, para. 44. In questi termini, si è espressa la rappresentanza del governo italiano nel caso *Marc Soulier e Sara Doke c. Primo Ministro e Ministro della cultura e della Comunicazione francesi*, concernente la conformità rispetto alla Direttiva Infosoc della nuova normativa francese in materia di opere fuori commercio. Il governo italiano, come riportato nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Wathelet ha affermato che, "*nella configurazione classica* [del diritto di proprietà]*, sviluppatasi a partire dalla disciplina della proprietà fondiaria, si è sempre ammesso che la legge* [poteva] *prevedere – accanto a specifiche limitazioni del diritto, che impon-*

8.4. *Il bilanciamento tra diritti proprietari e pubblico dominio nella costituzione statunitense*

Anche la costituzione statunitense, pur riconoscendo espressamento la proprietà intellettuale come diritto fondante, opera un bilanciamento di interessi analogo. L'art. 1 par. 8 cl. 8 (anche ribattezzato "*Patent Clause*" e "*Copyright Clause*") riconosce al Congresso "*the power […] to promote the progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*". Non esiste analogo riconoscimento invece per il diritto di marchio, nonostante il tentativo di interpretare estensivamente la *Patent Clause* al fine di renderla la base costituzionale della legislazione federale su altre privative industriali, come appunto il marchio. La Corte Suprema ha infatti negato alla *Patent Clause* il ruolo di "*intellectual property clause*" della Costituzione americana [479].

La norma pare aderire letteralmente all'orientamento che vuole proprietà intellettuale e pubblico dominio convergere armonicamente verso il medesimo obiettivo: promuovere il progresso scientifico e culturale. L'obiettivo – la norma lo chiarisce espressamente – deve essere raggiunto attraverso un bilanciamento dei due diritti ed interessi, che conduce la proprietà intellettuale ad essere necessariamente "limitata".

Tale bilanciamento deve essere, in prima istanza, posto in essere dal Congresso, cui spetta il potere di legiferare nella direzione di "*defining the scope of the limited*

---

gono al proprietario, in vista di superiori interessi pubblici, di tollerare [taluni] *atti di terzi che incidono sulla sua facoltà di godimento del bene – casi di estinzione del diritto per effetto del non uso del bene, se a ciò si accompagni l'uso produttivo e, dunque, socialmente utile del bene da parte di terzi. Benché, infatti, tra le facoltà del proprietario vi sia quella di non utilizzare il bene, tanto che il diritto di proprietà non è soggetto a prescrizione, si è da tempo immemorabile compresa l'utilità di privilegiare – rispetto alla condizione del proprietario che si disinteressa del bene e, dunque, lo escluda dal circuito produttivo – quella del terzo che, benché senza titolo, faccia effettivamente uso del bene e consenta a esso di esprimere le proprie potenzialità economiche*". L'Avv. Gen. ha tuttavia escluso che un suddetto principio possa trovare applicazione generalizzata, laddove non espressamente previsto. Id., par. 46. In materia di diritto d'autore, in particolare, "*la direttiva 2001/29 non prevede alcuna sanzione o conseguenza in caso di mancato esercizio o di esercizio limitato dall'autore dei suoi diritti esclusivi …. Pertanto, i diritti esclusivi in questione restano intatti anche se non sono "utilizzati" dal loro titolare*".

Limitazioni al diritto dominicale per ragioni di "non uso" sono già previste nel nostro codice civile con riferimento alla proprietà materiale. L'art. 838 c.c. prevede che "*quando il proprietario abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, può farsi luogo all'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa, premesso il pagamento di una giusta indennità*", mentre il comma 2 estende la portata aplicativa della norma al caso in cui "*il deperimento dei beni ha per effetto di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica*". La disciplina è completata dall'art. 56 disp. att. c.c.

[479] Ciò portò alla dichiarazione di incostituzionalità del primo Trademark Act del 1870. Nel celebre *Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879), punto 94, la Supreme Court ha considerato nullo un atto del Congresso che legiferava in materia di marchi traendo fondamento nel potere conferito da tale clausola. "*The ordinary trade mark*" scriveva Justice Miller "*has no necessary relation to invention or discovery*" e "*It does not depend upon novelty, invention, discovery, or any work of the brain*".

monopoly that should be granted to authors" [480]. Ad esempio, il diritto esclusivo conferito su "*the writings of authors*" e "*discoveries of inventors*" [481] deve essere necessariamente limitato nel tempo. Parte della dottrina ha interpretato la *Patent and Copyright Clause* nel senso di vietare direttamente l'aggiramento dei limiti temporali delle privative. Mentre in materia brevettuale, la Corte Suprema, nel caso *Traffix* [482], non ha voluto prendere posizione sul punto, al contrario ha ammesso la legittimità costituzionale dell'estensione della portata temporale del diritto d'autore a 70 anni *post mortem auctorem* introdotta dal Copyright Extension Act del 1998 [483]. Essa infatti "*reflects judgments of a kind Congress typically makes, judgments we cannot dismiss as outside the Legislature's domain*" [484].

Un'altra limitazione fondamentale discende dalla formula che restringe la finalità della tutela *"[t]o promote the Progress of Science and useful Arts*" [485]: al fine di meritare tutela l'opera dell'ingegno deve mostrarsi originale ed incorporare qualche espressione di creatività [486], mentre per beneficiare della tutela brevettuale l'invenzione deve consistere in un avanzamento innovativo dello stato della tecnica nota ("*push back the frontiers*" [487]).

---

[480] Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 205 (2003), che cita a sua volta il precedente Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 429 (1984)).

[481] Nonostante la Constituzione usi il termine "discovery" piuttosto che "invenzione," non può essere concesso un brevetto a seguito della scoperta di un fenomeno già previamente noto in natura: "*If there is to be invention from such a discovery, it must come from the application of the law of nature to a new and useful end.*". Cfr. Funk Bros. Seed Co. v. Kalo Co., 333 U.S. 127, 130 (1948).

[482] Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001).

[483] *Elder v Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). La Corte ha opinato che la durata del diritto, così come estesa dal Congresso, non fosse "clearly" un regime di "perpetual" copyrights. La sentenza ha comunque registrato le opinioni dissenzienti dei giudici Stevens e Breyer, che hanno contestato tale tesi.

[484] 537 U.S. at 205.

[485] WALDRON J., *From Authors to copiers: Individual rights and social values in Intellectual property*, Chi.-Kent L. Rev., 1992-1993, 68, 841, 848-849, che osserva: "*the clause insistes that the positive law of intellectual property is subserbient to a specific policy goal …. The point is not merely that the individual rights of authors must be balanced against the social good. The Constitution stipulates that author's rights are created to serve the social good, so any balancing must be done within the overall context of public good, i.e. between the specific aspect of the public good that is served by intellectual property (The Progress of Science and useful Arts) and others aspects of public good such as the progressive effects of the free circulation of idea*"

[486] Feist Publications v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991): "*To qualify for copyright protection, a work must be original to the author …. Originality, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses some minimal degree of creativity …. To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice.*"

[487] A. & P. Tea Co. v. Supermarket Equipment Corp., 340 U.S. 147 (1950). Justice Douglas scriveva per sé e Justice Black: "*Every patent is the grant of a privilege of exacting tolls from the public. The Framers plainly did not want those monopolies freely granted …. It is not enough that an article is new and useful. The Constitution never sanctioned the patenting of gadgets. Patents serve a higher end–the advancement of science. An invention need not be as startling as an atomic bomb to be patentable. But it has to be of such quality and distinction that masters of the scientific field in which it falls will recognize it as an advance.*" 340 U.S. at 154-55 (Justice Douglas concurring opinion).

Sempre a partire dalla formula "*promotion of science and the arts*" la dottrina si è interrogata se il Congresso possa autorizzare forme di tutela esclusiva unicamente laddove questa – in ultima analisi – amplii la disponibilità di nuove risorse per la collettività. Una siffatta interpretazione ravvisa di fatto nell'accrescimento del pubblico dominio o nell'incentivo alla creazione di nuove opere il fine ultimo della tutela della proprietà intellettuale, imponendo di giudicare la legittimità costituzionale degli atti di legge che regolino la materia in funzione della loro coerenza e compatibilità con tale interesse preminente [488].

Tale approccio non pare tuttavia aver trovato adesione da parte della giurisprudenza americana. In *Golan v. Holder*, editori e musicisti lamentavano l'invalidità della disposizione che estendeva la tutela di diritto d'autore di certe opere straniere, già cadute in pubblico dominio, in adesione all'estensione della durata temporale del diritto portata da 50 a 70 anni dagli Uruguay Round cui gli Stati Uniti avevano aderito. La rimozione di opere dal dominio pubblico avrebbe violato infatti il requisito costituzionale dei "*limited times*". Sebbene questa opinione abbia trovato conforto della *dissenting opinion* di Judge Breyer, il Collegio, a maggioranza, nella persona del giudice estensore Ruth Bader Ginsburg ha ritenuto che l'interpretazione storica della legge sul *copyright* non consente di ritenere che il dominio pubblico sia intangibile e che al Congresso debba essere riconosciuta la facoltà di garantire protezione ad opere precedentemente non protette [489].

Altri limiti sono esterni alla Copyright Clause e devono essere rintracciati in altri interessi costituzionalmente garantiti, quali quello alla salvaguardia della libertà di espressione. Sotto questo profilo merita particolare menzione il Primo Emendamento, che contiene la c.d. "fair use" clause: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*".

La Suprema Corte ha riconosciuto che "*some restriction on expression is the inherent and intended effect of every grant of copyright*" [490], ma il fatto che la Copyright Clause e il First Amendment siano stati adottati a breve distanza di tempo l'uno dall'altro rimarca come il credo dei padri costituenti fosse che "*copyright's limited*

---

[488] In Kendall v. Winsor, 62 U.S. (21 How.) 322, 328 (1859), la corte ha chiarito che "*The ultimate object of the patent laws being to benefit the public by the use of the invention after the temporary monopoly shall have expired*". Di conseguenza, *"[T]he inventor who designedly, and with the view of applying it indefinitely and exclusively for his own profit, withholds his invention from the public, comes not within the policy or objects of the Constitution or acts of Congress."*

[489] *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012). Per un approfondimento sulla decisione si vedano i commenti di NETANEL, N.W., *First Amendment Constraints on Copyright after Golan v. Holder,* UCLA Law Review, 2013, 60, 5; GERVAIS D.J., *Golan v. Holder: A Look at the Constraints Imposed by the Berne Convention*, Vanderbilt Law Review, 2011, 64, 147*;* PELANDA B., *Copyright's 'Traditional Contours'and 'Bedrock Principles': Golan's Potential to Secure First Amendment Protection Over the Public Domain*, Whittier Law Review, 2012, 31, 547*;* OCHOA T.T., *Is the Copyright Public Domain Irrevocable?: An Introduction to Golan v. Holder*, Vand. L. Rev., 2011, 123; CHANDER A., LE U.P., SUNDER M., *Golan v. Holder,* American Journal of International Law, 2012, 106.

[490] Golan v. Holder, cit.

monopolies are compatible with free speech principles" [491]. "*[T]he Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas*" [492].

[491] Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219 (2003).

[492] Harper & Row Publishers, Inc., v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 558 (1985).

3.

Regime giuridico di circolazione del dato informazionale e pubblico dominio

Da sempre le imprese analizzano i dati relativi alle proprie interazioni con i clienti e assumono decisioni strategiche sulla base di essi [1]. Solo di recente, tuttavia, un fenomeno che in precedenza avveniva prevalentemente su scala ridotta, ha assunto dimensioni e portata decisive nel tessuto economico del pianeta. Solo di recente, infatti, la proliferazione e l'uso crescente di moderne tecnologie di elaborazione dei dati [2], come nel caso emblematico del c.d. internet delle cose [3], insieme alla volontà di molti utenti di condividere i propri dati al solo vantaggio di ottenere l'accesso gratuito a prodotti e servizi, ha notevolmente aumentato la quantità dei dati in circolazione [4].

In particolare, le imprese hanno compreso che, oltre ai c.d. dati transazionali, strettamente correlati all'offerta dei beni o servizi sul mercato, esiste un ricco bacino di dati c.d. non tradizionali, come i dati generati da macchine e prodotti intercon-

---

[1] Molte delle aziende operanti online della fine degli anni '90, quando iniziarono a fallire, cercarono di vendere i dati dei loro clienti raccolti. See KAUFMAN WINN J., WRATHALL J.R., *Who owns the customer? The emerging law of commercial transactions in electronic customer data*, Bus. Law, 2001, 56, 213; BUXBAUM A.B., CURCIO L.A., *When you can't sell to your costomers, try selling your customers (but not under the bankruptcy code)*, Am. Bankr. Inst. L. Rev., 2000, 8, 395. Per un approfondimento sulla capacità dei dati di stimolare l'attività economica nell'industria americana cfr. HEAD S., *The New Ruthless Economy: Work and Power in the Digital Age*, Oxford University Press, 2005.

[2] Sull'impatto delle tecnologie ICT sulla nostra società e sul modo in cui la società è stata trasformata dalla rivoluzione informazionale (ribattezzata "quarta rivoluzione") cfr. FLORIDI L., *Information Ethics, Its Nature and Scope*, in VAN DEN HOVEN J., WECKERT J., *Moral Philosophy and Information Technology*, Cambridge University Press, 40-65. I contributi più originali di Floridi alla teoria dell'informazione sono analizzati da DURANTE M., *Ethics, Law and the Politics of Information: A guide to the Philosophy of Luciano Floridi*, Springer, 2017.

[3] Per riferimenti bibliografici incentrati sull'impatto dell'IoT sull'industria e sulla trasformazione della concorrenza nei mercati cfr. CIANI J., *A competition law oriented look at the application of data protection and IP law to the Internet of Things: towards a wider "holistic approach"*, in BAKHOUM M., CONDE GALLEGO B., MACKENORDT M.-O., SURBLYTE G., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and IP Law – Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018, 215-249.

[4] Microsoft e Facebook hanno recentemente completato la costruzione di Marea, il cavo sottomarino per trasmettere dati della massima capacità mai realizzata (6.400 km da Virginia Beach a Bilbao, in Spagna, con portata di 160 terabyte al secondo). Sull'infrastruttura tecnica del cyberspazio e come essa consenta la raccolta di dati personali si veda KANG J., *Information Privacy in Cyberspace Transactions,* Stan. L. Rev., 1998, 50, 1220-30.

nessi intelligenti (tra cui, a titolo esemplificativo, quelli registrati dai telefoni cellulari, dai file di log, dai cookies, dai termostati, dai sensori di produzione e così via) e di dati c.d. sociali (quali quelli desumibili dall'interazione degli individui su siti, blog e *social media platforms*), che possono essere estratti per ottenere informazioni utili sulle scelte, le esperienze e le caratteristiche individuali di clienti attuali e potenziali.

L'attività, o meglio la tecnica di ricerca ed estrazione automatizzata dei dati di interesse all'interno di grandi volumi di dati (c.d. Big Data) per mezzo di programmi per elaboratore viene genericamente indicata come *data analysis* o *text and data mining*[5].

L'analisi di queste informazioni è spesso preziosa sia sotto il profilo sociale, sia sotto quello economico, sia per il settore pubblico, che per i privati.

Sul piano sociale, la capacità di cercare dati ha implicazioni molto importanti per la partecipazione democratica e per il diritto all'informazione dei cittadini dell'UE[6]. Senza le tecniche di *text and data mining*, ad esempio, sarebbe stato impossibile per i giornalisti indagare i circa 11,5 milioni di documenti e l'enorme quantità di dati finanziari in essi contenuti, che hanno consentito di rivelare il più grande caso di whistleblower[7] al mondo, meglio noto come "Panama Papers"[8].

Governi e pubbliche amministrazioni possono sfruttare i dati per migliorare i propri servizi, a partire dal settore sanitario e dell'educazione[9], nonché prevedere (e possibilmente ridurre) gli effetti dannosi di epidemie, impatti climatici, sviluppo economico, perdita di posti di lavoro e persino corruzione governativa.

Aziende e consumatori beneficiano dell'analisi di preferenze, gusti di mercato e tendenze emergenti, per migliorare il posizionamento e la ricerca delle offerte, per rendere più efficace, immediata e targettizzata la comunicazione commerciale, per segmentare i mercati in modo sempre più sofisticato e persino per sviluppare nuovi prodotti e servizi che rispondano alle sempre rinnovate esigenze di una comunità dinamica[10]. Ciò vale non solo per le aziende che vendono direttamente i loro pro-

---

[5] Per un approfondimento sul concetto di *text and data mining* si veda HAN J., KAMBER M., PEI J., *Data Mining: Concept and Techniques*, 3ª ed., Morgan Kaufmann, Waltham, 2011. Sulla consonanza dei termini *data analysis* e *text and data mining* si veda TRIAILLE J.-P., DE MEEÛS D'ARGENTEUIL J., DE FRANCQUEN A., *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, marzo 2014, 8.

[6] GEIGER C., FROSIO G., BULAYENKO O., *Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU*, Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2019-08.

[7] La parola whistleblower, che deriva dalla frase "to blow the whistle", letteralmente «soffiare il fischietto», è riferita all'azione dell'arbitro nel segnalare un fallo o a quella di un poliziotto che tenta di fermare un'azione illegale. La normativa italiana utilizza l'espressione segnalatore o segnalante d'illeciti a partire dalla cosiddetta "legge anti corruzione" n. 190 del 6 novembre 2012.

[8] Per un approfondimento, si vedano O'DONOVAN J., WAGNER H.F., ZEUME S., *The Value of Offshore Secrets – Evidence from the Panama Papers*, The Review of Financial Studies, 2019, 32, 11, 4117-4155; TRAUTMAN L.J., *Following the Money: Lessons from the Panama Papers, Part 1: Tip of the Iceberg*, Penn St. L. Rev., 2017, 121, 807; GARCIA ALVARADO F., MANDEL A., *The Worldwide Network of Tax Evasion: Evidence from the Panama Papers*, 2019, https://ssrn.com/abstract=3527765 (ultimo accesso 31.3.2021).

[9] Cfr. MCDONALD D., KELLY U., *The Value and Benefit of Text Mining to UK Further and Higher Education*, JISC, 2012.

[10] PORTER M.E., HEPPELMANN J.E., *How smart, connected products are transforming competition*,

dotti o servizi agli utenti, ma anche per gli intermediari (fornitori di servizi della società dell'informazione, come motori di ricerca e social media) che sono coinvolti nel mercato pubblicitario o forniscono servizi di analisi dei dati agli inserzionisti online [11].

Tra il 2018 e il 2025 si calcola che il valore dell'economia europea dei dati triplicherà, raggiungendo 829 miliardi di euro, fino a rappresentare il 5,8% del PIL europeo nel 2025 [12].

I dati sono anche una componente fondamentale per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale (d'ora in avanti per brevità anche solo IA), che si basano su tecniche di apprendimento automatico (c.d. *machine learning*) [13] e utilizzano i dati per l'addestramento e la convalida dei risultati generati.

Questo scenario, in cui i dati diventano sempre più un assett commerciale chiave [14], un nuovo fattore produttivo [15], un catalizzatore per la crescita e l'innovazione in tutti i settori economici, fondamentale per la creazione di valore e vantaggio competitivo, viene comunemente definito nuova economia dei dati ("*new data economy*"). Rispetto al passato, l'elaborazione e i tempi di produzione vengono ridotti, la capacità di analisi delle prestazioni viene intensificata, la personalizzazione di prodotti e servizi aumentata, il processo decisionale ottimizzato e modelli di *business* completamente nuovi inventati grazie allo sfruttamento dei dati [16].

Il valore complessivo dell'economia dei dati, il suo tasso di crescita annuale e le

---

Harvard Business Review, 2014, 11; BRYNJOLFSSON E., HITT L.M., KIM H.H., *Strength in Numbers: How Does Data-Driven Decisionmaking Affect Firm Performance?*, 2011, http://ssrn.com/abstract=1819486 (ultimo accesso 31.3.2021), informa che le aziende che adottano processi decisionali basati sui dati hanno un output e una produttività superiori del 5-6% rispetto a quanto ci si aspetterebbe, dati gli altri investimenti effettuati e le ICT utilizzate; DAVENPORT T.H., BARTH P., BEAN R., *How 'Big Data' is Different*, MIT Sloan Management Rev., 2012; RAMIREZ E. et al., *Big Data A tool for Inclusion or Exclusion?, Understanding the issues*, FTC Report, 2016; STEEL E., LOCKE C., CADMAN E., FREESE B., *How much is your personal data worth?*, Financial Times, 12 giugno 2013, analizza quanto siano preziosi i dati, fornendo agli internauti un calcolatore interattivo.

[11] SIMONITE T., *What Facebook Knows*, MIT Technology Review, 13 giugno 2012.

[12] COMMISSIONE UE, *The European Data Strategy. Shaping Europe's digital future*, febbraio 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_20_283 (ultimo accesso 31.3.2021).

[13] WIPO, *Technology Trends 2019. Artificial Intelligence*, 2019, 146, definisce tale l'"*AI process that uses algorithms and statistical models to allow computers to make decisions without having to explicitly program it to perform the task. Machine learning algorithms build a model on sample data used as training data in order to identify and extract patterns from data, and therefore acquire their own knowledge*".

[14] WORLD ECONOMIC FORUM, *Big Data, Big Impact: new possibilities for international development*, 2012; OECD, *Supporting investment in knowledge capital, growth and innovation*, 2013, mostra che gli investimenti delle imprese in *asset* intangibili come i dati sono la chiave per la crescita della produttività e degli standard di vita futuri. RAND EUROPE, *Review of the European Data Protection Directive*, 2009, 12, descrive i dati come "*the lifeblood or basic currency of the information economy, being arguably a key asset, a central organising principle and a critical enabler for business competitiveness in today's world.*".

[15] WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: The Emergence of a New Assett Class*, 2011, 7; CUKIER K., *Data, Data Everywhere*, The Economist, 27 febbraio 2010, evidenzia come i dati di consumo stiano diventando "*the new raw material of business: an economic input almost on a par with capital and labor*".

[16] MANYIKA J. et al., *Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity,* McKinsey Global Institute, 2011.

previsioni per gli anni a venire, il numero di imprese che si servono di dati, la domanda e l'offerta di lavoratori con competenze specifiche nel settore sono stati monitorati e misurati nei risultati finali dello Studio sul mercato europeo dei dati pubblicato dalla Commissione Europea nel febbraio 2017 [17].

1. *L'economia dei dati e la questione relativa alla loro proprietà*

L'innovazione basata sui dati può richiedere tempi significativi e investimenti anticipati. Questi includono i costi relativi alla (i) creazione (c.d. *datafication*), (ii) raccolta, (iii) pulizia e (iv) cura dei dati. Oltre ai dati (quali materia prima), sovente si rende necessario dotarsi altresì di risorse complementari: modelli di dati, algoritmi, infrastrutture IT protette per l'archiviazione, l'elaborazione e l'accesso ai dati. In vista di questi costi, dal punto di vista aziendale, solo un'adeguata protezione giuridica degli *outputs* potrebbe giustificare l'investimento economico.

Poiché i dati sono in linea di principio beni non esclusivi e dunque soggetti ad un elevato tasso di *free riding* (ovvero di accesso alla risorsa da parte di terzi senza che questi ne sopportino i relativi costi), gli investitori possono trovare non poche difficoltà a recuperare i propri investimenti. Ciò determina un problema di incentivi [18]: imprese e individui non hanno tendenzialmente incentivi adeguati per condividere i dati che possiedono e controllano.

L'assenza di incentivi ad investire nell'economia dei dati e i limiti e le problematiche connesse alla proprietà ed al loro controllo sono sovente indicati come barriere chiave alla condivisione dei dati ed al loro libero accesso.

La movimentazione e trasferibilità dei dati è tuttavia cruciale nel contesto della nuova economia. In particolare, è necessario avere la possibilità di aggregare, riprodurre, filtrare, arricchire, unire, ripartire, condividere i dati e utilizzarli come fonte di informazione. È inoltre necessario garantire la possibilità di rendere i dati disponibili a terzi sulla base di accordi di trasferimento o di licenza, senza correre il rischio che l'acquirente debba fronteggiare le rivendicazioni di chi vanti presunti diritti di proprietà su di essi.

L'introduzione di diritti di privativa sui dati è spesso indicata come una possibile soluzione al problema degli incentivi e dell'incertezza. Si assume che potendo far valere diritti di proprietà sui dati e recuperare per via contrattuale alcuni dei costi sopportati in ricerca e sviluppo, gli operatori del settore potrebbero trovare i giusti incentivi per investire tempo, denaro ed energia nella creazione di nuovi dati.

Ci si è dunque interrogati se e in che modo i dati possano o debbano essere soggetti a diritti di proprietà, chi ne dovrebbe essere il titolare, quali possibilità esistano per proteggersi dall'uso non autorizzato dei propri dati da parte di terzi e se un ipotetico diritto di proprietà potrebbe coesistere con i diritti già esistenti sui dati personali.

Nel rispondere a tali quesiti, ben consci che non esista un modello unico, unita-

---

[17] IDC, OPEN EVIDENCE, *European data market Final Report*, SMART 2013/0063, 2017.

[18] FRISCHMANN B.M., *Infrastructure: The Social Value of Shared Resources*, Oxford University Press, 2012.

rio, monolitico e sempre identico di proprietà [19], dovrà necessariamente prendersene in considerazione una nozione per così dire "schematica" [20], denominata dalla dottrina civilistica con l'espressione "proprietà-quadro" [21], che condivida i caratteri essenziali delle singole, specifiche figure di proprietà offerte dal diritto positivo, ovvero le facoltà di godere e di disporre, restando invece irrilevanti eventuali mutamenti circa l'ampiezza di queste facoltà.

Sul fronte opposto, l'introduzione di diritti di privativa sui dati e quelli già esistenti nel quadro giuridico attuale (a partire dal diritto d'autore, dal diritto sulle banche dati, dalla normativa a tutela dei segreti commerciali) rischiano di ostacolare il più ampio accesso alle opere e alle informazioni in esse contenute e il pieno sfruttamento del potenziale dei dati per la ricerca e l'innovazione.

2. *L'avvento della questione relativa alla proprietà dei dati a livello europeo*

La questione della proprietà dei dati si presenta solo come una delle tante altre sfide legali che circondano la rivoluzione dei c.d. Big Data e concernono la scienza ora meglio nota come *data governance* [22]. Mentre la protezione dei dati personali ha una lunga tradizione giuridica, e già da tempo ci si è interrogati se il relativo regime di tutela conferisca diritti proprietari agli interessati (cfr. infra par. 3.4.8), la questione della protezione e della privatizzazione dei dati in quanto tali (ovvero non personali) [23] è emersa solo di recente.

---

[19] cfr. RODOTÀ S., *Intorno alla proprietà – Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi – Congresso dei civilisti italiani. Fondazione G. Cini, Isola S. Giorgio Maggiore*, Cedam, Padova, 1991, 451 ss.

[20] LOLLI A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, Dir. amm., 1996, 1, 51.

[21] BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, II, Torino, 1989, 50.

[22] Per un approfondimento su queste sfide cfr. PAGALLO U., *The Legal Challenges of Big Data: Putting Secondary Rules First in the Field of EU Data Protection*, Eur. Data Prot. L. R., 2017, 3, 1, 36-46. Lungi dall'essere solo una questione di diritto privato, la forma di gestione e controllo del ciclo di vita delle informazioni ha una grande rilevanza anche in termini di politiche pubbliche. Sul problema specifico dell'informazione nel settore pubblico cfr. RICOLFI M., *Public Sector Information as Open Data. Access, Re-Use and the Third Innovation Paradigm*, in RICOLFI M., SAPPA C. (eds.), *Extracting Value from Public Sector Information: Legal Framework and Regional Policies*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, nuova serie, 24, ESI, Napoli, 2013.

In secondo luogo, il controllo sulle informazioni (sia esso mediante regimi di proprietà o meno) è vitale per qualsiasi progetto o politica di sicurezza. Cfr. DURANTE M., *Trust and Security in the Digital Age. Algorithms, standards, and Risks*, in BERKICH D., D'ALFONSO M.V. (eds.), *On the Cognitive, Etical, and Scientific Dimensions of Artificial Intelligence*, Springer, 2019, 371-383. Di qui il problema di prevenire abusi delle tecnologie dell'informazione o dei sistemi di trasmissione dei dati. Cfr. PERRI P., *Un'introduzione alla information security*, Ciberspazio e diritto, 2001, 3-4, 337-345 e Id., *Privacy, diritto e sicurezza informatica*, Giuffrè, Milano, 2007. Gli aspetti di diritto internazionale vengono affrontati da ODDENINO A., *La violazione di sistemi informatici contenenti informazioni riservate come illecito internazionale: tra dimensione interstatuale e tutela dei diritti umani*, in DISTEFANO M. (ed.), *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale*, Napoli, 2017, 13-36.

[23] SURBLYTE G., *Data as digital resources*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Re-

Mentre la letteratura giuridica tedesca ha rivendicato il primato nel dibattito accademico sull'opportunità/necessità di introdurre un diritto di proprietà esclusiva sui dati [24], le istituzioni europee hanno affrontato la questione, per la prima volta, nell'ambito della strategia per il mercato unico digitale in Europa [25]. La comunicazione "*Verso una fiorente economia basata sui dati*" (*Towards a thriving data-driven economy*), pubblicata dalla Commissione Europea nel 2014, enunciava le varie sfide che l'UE sarà chiamata ad affrontare per poter cogliere le opportunità legate all'economia dei dati e preannunciava anche il lancio di una consultazione pubblica finalizzata a valutare la necessità di prendere posizione sulle specifiche questioni normative relative alla loro proprietà [26].

Nel 2015, il commissario Oettinger annunciava, non senza poi fare una brusca marcia indietro, che il primo passo di una strategia europea in materia di dati sarebbe stato quello di chiarire chi è titolare dei dati: "*We need a virtual and digital law of property that includes data*" [27].

A seguito della consultazione pubblica, la Commissione ha pubblicato una valutazione d'impatto iniziale, ribadendo che ulteriori "*ostacoli alla libera circolazione dei dati sono causati dall'incertezza giuridica che circonda le questioni emergenti sulla proprietà ed il controllo dei dati*".

Nella comunicazione del 2017 intitolata "*Costruire un'economia europea dei dati*" e nel documento di lavoro associato, la Commissione ribadiva il suo obiettivo "*di creare una politica e un quadro giuridico chiari ed adeguati per l'economia dei dati, rimuovendo gli ostacoli rimanenti alla circolazione dei dati e affrontando le incertezze legali create dalle nuove tecnologie dell'informazione*" [28].

---

search Paper No. 16-12, 4, suggerisce l'irrilevanza al riguardo di distinguere tra diversi tipi di dati, siano essi industriali, personali / semi-personali e/o non personali.

[24] KERBER W., *A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis*, Joint Discussion Paper Series in Economics no. 37/2016, 5, GRUR Int., 2016, 11; DREXL J., *Designing competitive markets for industrial data – between propertisation and access*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, 4, che spiega questa grande attenzione all'argomento in ragione della intuizione del governo tedesco di lanciare già a partire dal 2011 un programma "Industrie 4.0", per gestire e promuovere la quarta rivoluzione industriale.

[25] L'attuazione del mercato unico digitale è uno dei quattro "progetti prioritari" della Commissione. Cfr. Le priorità dichiarate dall'ex commissario Jean-Claude Juncker: COMMISSIONE EUROPEA, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015) 192 final, identifica 16 azioni chiave ai fini dell'implementazione del mercato unico digitale, tra cui "*building of a data economy*". Per un bilancio sull'attuazione del progetto e un'analisi dell'impatto positivo o negativo delle singole misure si veda ZOBOLI L., *Fueling the European Digital Economy: A Regulatory Assessment of B2B Data Sharing*, European Business Law Rev., 2020, 31, 4, 663-692.

[26] COMMISSIONE UE, *Towards a thriving data-driven economy*, Brussels, 2 luglio 2014, COM(2014) 442 final, 5, 12.

[27] COMMISSARIO OETTINGER, Speech at Hannover Fair, Aprile 2015, http://www.compliancedigital.de/.download/123622/zfc_20150202.pdf (ultimo accesso 31.3.2021). Il Commissario ha rilasciato dichiarazioni analoghe anche in altri discorsi pubblici. Cfr. DREXL J., *op. cit.*, 3. In un più recente intervento alla Conferenza "Building European Data Economy", 17 Ottobre 2016, tuttavia, egli non ha reiterato tale posizione.

[28] COMMISSIONE UE, *Building a European Data Economy*, Brussels, 10 gennaio 2017, COM(2017) 9 final, 4.

Anche la relazione finale dello Studio europeo sul mercato dei dati già menzionato indicava la questione della proprietà dei dati come "*un elemento chiave che influenza la disponibilità e l'utilizzo dei dati*". In effetti, identificare e fare chiarezza sulla portata di eventuali diritti a creare, modificare, condividere e limitare l'accesso ai dati, nonché sulle modalità in cui i dati possano essere resi disponibili lecitamente è considerato "*un fattore chiave che influenza un numero crescente di potenziali utenti di dati e una crescente gamma di attività correlate ai dati*" e svolge "*un ruolo fondamentale nel sostenere e sviluppare l'emergere di un'economia europea basata sui dati*" [29].

Nella Comunicazione sulla strategia europea per i dati [30], la Commissione ha preso atto che all'Europa compete una quota dell'economia globale dei dati (in termini di dati raccolti, trattati e utilizzati) molto inferiore al suo peso economico, cui corrisponde una carenza di dati disponibili per essere riutilizzati in modo innovativo, anche ai fini dello sviluppo dell'IA [31]. Ha tuttavia espresso fiducia circa la possibilità di recuperare posizioni attraverso una serie di linee di azione finalizzate a realizzare uno spazio unico europeo in cui:

(i) siano rimossi gli ostacoli ingiustificati alla circolazione dei dati all'interno dell'Unione europea e fra i diversi settori, a beneficio di cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni;

(ii) i valori europei, in particolare la tutela dei dati personali, la tutela dei consumatori e la tutela della concorrenza, siano pienamente rispettati;

(iii) vi siano chiare regole per l'accesso e l'utilizzo dei dati, che siano al tempo stesso eque e funzionali, con meccanismi di *governance* affidabili;

(iv) rispetto ai flussi internazionali di dati sia adottato un approccio aperto, ma al tempo stesso proattivo, che promuova i valori europei.

Secondo la Commissione, al conseguimento di tali obiettivi si frappone la permanente frammentazione degli approcci degli Stati membri riguardo ad alcuni aspetti rilevanti per l'economa dei dati, quali le condizioni di accesso ai dati privati e gli squilibri di potere di mercato in relazione all'accesso e all'utilizzo dei dati, che vedono protagoniste le piattaforme online.

Per affrontare i suddetti problemi, la strategia proposta dalla Commissione prevede in primo luogo la definizione di un quadro legislativo per la *governance* degli spazi comuni europei di dati, contenente misure orizzontali per l'accesso e l'utilizzo dei dati (vedi *sub* par. 6). La Commissione inoltre valuterà l'opportunità di introdurre nel 2021 un 'Data Act'nel quale dovrebbero essere affrontate alcune questioni, quali:

(i) sostenere la condivisione dei dati *Business-to-business* (d'ora in avanti per brevità anche solo "B2B"), risolvendo le incertezze relative ai diritti di utilizzo per i dati co-generati. In particolare, la Commissione indica come regola generale la condivisione volontaria dei dati, precisando che un obbligo di concedere l'accesso po-

---

[29] IDC, OPEN EVIDENCE, *European data market Final Report*, cit., 139.

[30] COMMISSIONE UE, *A European strategy for data*, Brussels, 19 febbraio 2020, COM(2020) 66 final.

[31] https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_it (ultimo accesso 31.3.2021).

trebbe essere giustificato solo in circostanze specifiche e a livello settoriale, in presenza di un fallimento di mercato in un determinato settore, tenendo comunque conto degli interessi legittimi del detentore dei dati;

(ii) valutare, ed eventualmente rivedere o chiarire, il quadro giuridico sui diritti di proprietà intellettuale, con particolare riguardo alle direttive Banche Dati e Trade Secrets, per favorire l'accesso e il riutilizzo dei dati.

3. *L'attuale quadro giuridico di riferimento*

Allo stato attuale, non esiste una legislazione Europea che regoli specificamente la questione della proprietà dei dati[32]. Non esiste nemmeno una legislazione specifica relativa ai dati che riconosca esplicitamente un diritto di proprietà su di essi nei vari Stati membri. Lo scenario non è diverso negli Stati Uniti d'America[33]. La dottrina è dunque convergente nel ritenere che manchi nel nostro ordinamento un principio generale tale da consentire ad un soggetto di affermare un proprio diritto esclusivo su di un'informazione, anche nell'ipotesi in cui sia stato lui stesso a crearla[34].

L'assenza di una legislazione specifica relativa alla proprietà dei dati[35] non esclude naturalmente che vi siano normative collaterali che possano avere un impatto quanto meno tangenziale sulla circolazione dei dati e persino conferire in alcuni casi un qualche tipo di protezione giuridica a determinati tipi di dati o insiemi di dati[36].

In effetti, la normativa vigente si è preoccupata finora unicamente di disciplinare alcune particolari categorie di dati[37], ovvero quelle dei dati personali (Reg. UE n.

---

[32] COMMISSIONE UE, *Building a European Data Economy*, cit., 10. Si vedano altresì le conclusioni concernenti il regime giuridico applicabile al trattamento dei dati a livello europeo in COMMISSIONE EU, *Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy accompanying the document Communication Building a European data economy*, SWD(2017) 2 final, 22.

[33] Con riferimento all'Italia, si veda ZENO ZENCOVICH V., *Cosa*, para. 13 "*Informazione*", Digesto disc. priv., sez. civ., Vol. III, 4ª ed., Torino, 1988, 438: "*manca nel nostro ordinamento positivo una norma o un principio generale che consentano ad un soggetto di affermare un proprio diritto esclusivo su ogni messaggio comunicabile ad altri attraverso un mezzo qualsiasi, anche quando egli ne sia l'autore*".

[34] Così ZENO-ZENCOVICH V., *Cosa*, Digesto disc. priv., sez. civ., Vol. IV, Torino, 1989, 454; ID., *Informazione (profili civilistici)*, ivi, IX, 423; BERTANI M., *Proprietà intellettuale*, cit., 11; INNOCENTE L., Sub artt. 98-99 c.p.i., in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit.; ROVATI A.M., *Prime note su proprietà intellettuale e riutilizzo dei dati pubblici*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 156-157.

[35] BANTERLE F., *Data ownership in the Data economy: a European dilemma,* in SYNODINOU T.-E., JOUGLEUX P., MARKOU C., PRASTITOU T., *EU Internet Law in the Digital Era*, Springer, 2020, 199-225.

[36] È invece fuori dalla portata del presente lavoro la rilevanza della proprietà intellettuale ai fini delle attività di preparazione e analisi dei dati. Un focus su questi aspetti è presente in MATTIOLI M., *Disclosing Big Data*, Minnesota Law Rev., 2014, 99, 549, secondo cui la maggior parte dei processi concernenti big data possono essere mantenuti confidenziali, essendo difficile ricavare qualcosa mediante tecniche di reverse-engineering. Sul punto si veda anche OHM P., *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, UCLA L. Rev., 2010, 57, 1711.

[37] ZENO ZENCOVICH V., *Informazione (Profili civilistici*), cit., 11, riconosce che "*gli ordinamenti giuridici offrono – per ragioni inerenti alla natura del bene e per la relativa novità del tema – soluzioni settoriali e marginali al problema dello sfruttamento in esclusiva delle informazioni*".

679/2016), delle informazioni confidenziali (Direttiva 2016/943/UE) delle banche di dati (Direttiva 96/9/CE) e dei dati del settore pubblico, ovvero di titolarità di enti pubblici (Direttiva 2019/1024/UE). I dati in quanto tali (a prescindere dalla loro natura, qualità o appartenenza) sono stati di recente oggetto di regolamentazione da parte del legislatore europeo solo al fine di rimuovere gli ostacoli alla loro libera circolazione all'interno del mercato unico europeo (Reg. UE n. 2018/1807, di cui più diffusamente si dirà *sub* par. 3.1.).

Nei paragrafi che seguono si esaminerà più nel dettaglio in che misura tali strumenti normativi incidano sul regime di circolazione dei dati, riservando diritti di privativa su di essi e dunque ostacolandone in qualche maniera la diffusione e l'accesso.

3.1. *Il quadro legislativo relativo ai dati non personali*

L'unico strumento normativo che tratta i dati non personali in quanto tali è il Regolamento (UE) 2018/1807 del 14 novembre 2018 relativo ad un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'UE (denominato "Free Flow Data Regulation", di seguito c.d. "Regolamento FFD") [38].

Esso non si preoccupa di disciplinarne le forme di tutela [39]. L'oggetto dello stesso, infatti, esplicitato all'art. 1, "*mira a garantire la libera circolazione dei dati diversi dai dati personali all'interno dell'Unione stabilendo disposizioni relative agli obblighi di localizzazione dei dati* [40]*, alla messa a disposizione dei dati alle autorità competenti* [41] *e alla portabilità dei dati per gli utenti professionali* [42]".

---

[38] Il Regolamento è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 28 novembre 2018, al termine di un iter iniziato con la proposta della Commissione Europea del 19 settembre 2017. Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_3191 e https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_3190 (ultimo accesso 31.3.2021).

[39] SURBLYTĖ S., *op. cit.*, 4; MEREL L., *Big Data Protection. How to make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*, Tilburg University, 2014, 21.

[40] L'art. 4, comma co. 1, Reg. FFD prescive che "*gli obblighi di localizzazione di dati sono vietati a meno che siano giustificati da motivi di sicurezza pubblica nel rispetto del principio di proporzionalità*". Il Considerando 19 specifica cosa s'intende per motivi di pubblica sicurezza che soddisfino il requisito di proporzionalità. Gli obblighi di localizzazione dei dati, che il Regolamento mira a limitare, al fine di favorirne la libera circolazione, sono definiti in maniera ampia nello stesso Regolamento come "*qualsiasi obbligo, divieto, condizione, limite o altro requisito previsto dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro o risultante da prassi amministrative generali e coerenti in uno Stato membro e negli organismi di diritto pubblico, anche nell'ambito degli appalti pubblici, fatta salva la Direttiva 2014/24/UE, che impone di effettuare il trattamento di dati nel territorio di un determinato Stato membro o che ostacola il trattamento di dati in un altro Stato membro*". La Commissione nelle proprie linee guida precisa che il divieto di obblighi di localizzazione riguarda sia misure dirette che indirette, ricomprendendo – ad esempio – tra le prime, disposizioni che prevedano l'obbligo di conservare i dati in una specifica posizione geografica o l'obbligo di conformarsi a requisiti tecnici nazionali e, tra le seconde, altre misure con la potenzialità di ostacolare il trattamento dei dati in altri Stati membri, tra cui l'obbligo di utilizzare dispositivi tecnologici certificati od omologati in un determinato Stato membro.

[41] Secondo quanto previsto dall'art. 5, rimane ferma la facoltà delle autorità competenti di chiedere ed ottenere l'accesso ai dati ai fini dell'esercizio delle loro funzioni ufficiali. L'accesso ai dati da parte delle autorità competenti non può essere rifiutato per il fatto che i dati sono siano trattati in un altro Stato membro.

L'obiettivo dichiarato del Regolamento FFD è quello di integrarsi con il Regolamento UE 679/2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ("GDPR") al fine di costituire un pacchetto unitario di disposizioni finalizzato a fornire "*un insieme coerente di norme che disciplinano la libera circolazione di diversi tipi di dati*" all'interno dello spazio comune europeo [43].

Nonostante tale obiettivo, si è osservato che i due regolamenti finiscono per istituire due regimi di dati distinti [44]. Con la difficoltà, talvolta di non poco conto, di capire a quale dei due si debba fare riferimento.

La prima criticità deriva dalla distinzione, non sempre netta, tra dato personale e non personale, dalla quale discende l'applicazione dell'uno o dell'altro regolamento.

Il Regolamento FFD definisce non personali i "*dati diversi dai dati personali definiti dall'art. 4 punto 1 del Regolamento UE n. 2016/679*" [45]. Ad integrare tale defini-

---

[42] Della c.d. "portabilità dei dati" il Regolamento si occupa all'art. 6, incoraggiandone la disciplina mediante autoregolamentazione, in forma di codici di condotta, che prevedano in particolare "*le migliori prassi per agevolare il cambio di fornitore di servizi e la portabilità dei dati in un formato strutturato, di uso comune e leggibile elettronicamente, anche in formati standard aperti ove necessario o richiesto dal fornitore di servizi che riceve i dati*" e "*gli obblighi d'informazione minimi per garantire che gli utenti professionali ricevano informazioni sufficientemente dettagliate, chiare e trasparenti prima della conclusione di un contratto di trattamento di dati, per quanto riguarda le procedure e i requisiti tecnici, i tempi e gli oneri applicati nel caso in cui un utente professionale intenda cambiare fornitore di servizi o ritrasferire i dati nei propri sistemi informatici*". È altresì previsto che i codici di condotta contemplino "*gli approcci in materia di sistemi di certificazione che agevolano il confronto di prodotti e servizi di trattamento dei dati per gli utenti professionali …*" e le "*tabelle di marcia in materia di comunicazione, con un approccio multidisciplinare volto a sensibilizzare a proposito dei codici di condotta*". A saltare immediatamente all'occhio sono le significative differenze rispetto alla portabilità di dati personali garantita dall'art. 20 del GDPR (v. par. 3.4). Mentre alla persona fisica viene riconosciuto un vero e proprio diritto alla portabilità del dato personale, l'utente professionale, che nel contesto della propria attività professionale decida di cambiare il fornitore di un servizio, potrà contare solo sulle condizioni contrattuali che dovrebbero essere definite dagli operatori del mercato mediante autoregolamentazione, in forma di codici di condotta. Questo approccio è stato oggetto di critica, per la disparità di trattamento introdotta tra dati personali e non, che rischia di aumentare l'incertezza giuridica. Cfr. Parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) sulla "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Linee guida sul regolamento relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea", 25 settembre 2019, 5.

[43] Considerando 10, Reg. FFD.

[44] TORREGIANI S., *Il dato non personale alla luce del Regolamento (UE) 2018/1807: tra anonimizzazione, ownership e Data by Design*, Federalismi.it., 2020, 18, 321.

[45] Analoga definzione è contenuta all'art. 1 n. 3 della proposta di regolamento relativo alla *governance* europea dei dati (vedi più nel dettaglio *sub* par. 6). Ai sensi di tale definizione, deve considerarsi dato personale "*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*". Il Considerando 17 del Regolamento FFD specifica che i trattamenti di dati devono essere intesi "*nell'accezione più ampia possibile, indipendentemente dal tipo di sistema della tecnologia dell'informazione utilizzato e sia che tali operazioni siano effettuate nei locali dell'utente o siano esternalizzate ad un fornitore di servizi. Esso dovrebbe contemplare il trattamento di dati a diversi livelli di intensità, dall'archiviazione (Infrastructure-as-a-Service – IaaS) al trattamento di dati su piattaforme (Platform-as-a-Service – PaaS) o in applicazioni (Software-as-a-Service – SaaS)*".

zione tautologica e in negativo [46], vengono in soccorso le "Linee guida sul regolamento relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea" [47], con cui la Commissione specifica che i dati non personali possono essere classificati come:

i. "*dati che in origine non si riferivano ad una persona fisica identificata o identificabile, come i dati sulle condizioni metereologiche prodotti da sensori installati sulle turbine eoliche o i dati sulle esigenze di manutenzione delle macchine industriali*" (c.d. dati industriali o a-personali) [48];

ii. "*dati che inizialmente erano personali ma che poi sono stati resi anonimi*" (c.d. dati anonimizzati), nel senso che non possono più essere attribuiti ad una persona fisica specifica, neppure ricorrendo a informazioni aggiuntive, non rendendosi in tal modo possibile alcuna re-identificazione.

Al di là dei rischi di re-identificazione dei dati anonimizzati che rendono di per sé mobile il confine tra dato personale e non personale (v. par. 3.4.1), un elemento di incertezza ulteriore è dato dal margine di discrezionalità di cui gli Stati Membri godono nello stabilire la natura di certi dati. Un caso esemplare è quello dei dati relativi alle persone fisiche decedute. Il GDPR esclude tali dati dal proprio campo di applicazione [49], ma prevede al contempo che "*gli Stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute*". Il legislatore italiano, tramite il d.lgs. n. 101/2018 recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679", si è avvalso di tale facoltà, inserendo nel Codice in materia di protezione dei dati personali l'articolo 2-terdecies, rubricato "Diritti riguardanti le persone decedute". Tuttavia è ben possibile che altri Stati membri abbiano preferito non ricorrere alla "clausola di salvaguardia" offerta dal legislatore europeo, con i conseguenti evidenti rischi di eterogeneità delle discipline nazionali in ordine alla nozione di dato personale e alla conseguente applicazione dell'uno o dell'altro regolamento in parola.

---

[46] Critico il Parere del CESE sulla «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea» (2018/C 227/12), che sottolinea la necessità che il regolamento definisca esplicitamente i dati non personali e che non vi sia soltanto una definizione generica o complementare a quella di cui al regolamento (UE) 2016/679, dal momento che molte giurisdizioni hanno interpretato in maniera diversa le nozioni di dati personali e non personali. V. MONTAGNANI M.L., *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, Mercato Concorrenza Regole, 2019, 2, 304-310.

[47] COMMISSIONE UE, *Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union*, Bruxelles, 29 maggio 2019, COM(2019) 250 final.

[48] MACKEY E., ELLIOT M., O'HARA K., TUDOR C., *The anonymisation decision-making framework*, UKAN, Manchester, 2016, 9. Cfr. anche il Considerando 9 Reg. FFD secondo cui "*Fra gli esempi specifici di dati non personali figurano gli insiemi di dati aggregati e anonimizzati usati per l'analisi dei megadati, i dati sull'agricoltura di precisione che possono contribuire a monitorare e ottimizzare l'uso di pesticidi e acqua, o i dati sulle esigenze di manutenzione delle macchine industriali*".

[49] Il Considerando n. 27 stabilisce che "*il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute*".

Le stesse Linee guida interpretative della Commissione si preoccupano di chiarire che, nella realtà operativa, la distinzione tra beni personali e non personali raramente si presenta netta, bensì si assiste per lo più ad "insiemi di dati misti", in cui coesistono "dati non personali" e "dati personali". Ne consegue una non trascurabile difficoltà nel comprendere se i rispettivi regimi giuridici operino in condizione di alternatività o di cumulatività [50].

A tale riguardo, il Regolamento sancisce che la compresenza sia di dati personali che di dati non personali comporta la applicazione congiunta del GDPR e del Regolamento FFD per la parte di rispettiva competenza. Tale soluzione costringe il titolare del trattamento a scindere l'insieme di dati in suo possesso in due corpi distinti, per poi procedere all'applicazione di regole differenti per ognuno di essi. Consapevole che vi siano situazioni in cui effettuare tale distinzione possa essere non solo economicamente sconveniente, ma anche tecnicamente impossibile, l'art. 2 par. 2 Reg FFD prevede una deroga espressa. Qualora i dati personali e non personali siano "*indissolubilmente legati*", "*il presente regolamento lascia impregiudicata l'applicazione del Regolamento UE 2016/679*". Vale a dire che la disciplina a tutela dei dati personali dettata dal Reg. UE 2016/679 prevale su quella concernente la libera circolazione dei dati non personali contenuta nel Reg. FFD. Si applicherà solamente il GDPR a tutti i dati dell'insieme, "*anche quando i dati personali rappresentano soltanto una piccola parte dell'insieme di dati*" [51]. Ciò suggerisce che l'ordinamento europeo pur afferamando di tutelare entrambi i valori (alla libera circolazione e alla tutela dei dati personali), non lo faccia però in modo paritario: l'interesse alla libera circolazione viene infatti necessariamente dopo la protezione del dato personale [52]. Non a caso il Comitato economico e sociale europeo (CESE) ha sollevato seri dubbi sulla reale necessità di tenere separati i due regolamenti [53].

Ne consegue una tendenza di base della disciplina europea in materia di dati (specialmente se personali) a restringerne le possibilità di circolazione, piuttosto che a liberalizzarle.

Questa sensazione ci pare possa essere avvalorata anche guardando al regolamento europeo relativo alla *governance* europea dei dati, attualmente ancora in stato di proposta (v. par. 6), che andrà ad integrare nel prossimo futuro il quadro giuridico di riferimento relativo ai dati non personali.

Benché la relazione di accompagnamento al testo affermi che il regolamento "*non mira … a concedere, modificare, o sopprimere i diritti sostanziali in materia di accesso ai dati e del loro utilizzo*", essendo riservate questo tipo di misure ad un'eventuale legge sui dati in previsione per il 2021 (c.d. Data Act, vedi *infra sub*

---

[50] Come evidenziato dalla Commissione, gli "insiemi di dati misti" "rappresentano la maggior parte degli insiemi di dati utilizzati nell'economia dei dati e sono comuni a causa degli sviluppi tecnologici, come l'Internet delle cose, l'intelligenza artificiale e le tecnologie che consentono l'analisi dei big data".

[51] COMMISSIONE UE, *Guidance on the Regulation*, cit., 9.

[52] TORREGIANI S., cit., 319.

[53] Parere del CESE, 25 settembre 2019, cit., 8 e 12 secondo cui nulla osta a che "*le norme del regolamento generale sulla protezione dei dati siano applicabili a tutti i dati e ai loro trasferimenti*", mentre eventuali eccezioni riguardino solamente "*i "veri" dati non personali*".

para. 2), l'effetto delle misure parrebbe essere quello di istituire quantomeno una forma di controllo esercitato dai titolari sui dati che essi generano. Infatti, il progetto di regolamento prevede che sia gli enti pubblici che detengono i dati, sia le persone fisiche o giuridiche ammesse al loro riutilizzo, sia i servizi di condivisione dei dati abbiano non solo il diritto, ma il dovere di "*adottare tutte le misure ragionevoli per impedire l'accesso ai sistemi in cui sono conservati dati non personali, a inclusione di cifratura dei dati e politiche aziendali*", allo scopo di prevenire l'"*accesso illecito ai dati non personali*". In questo scenario, dunque il progetto di regolamento, senza introdurre diritti proprietari sui dati non personali, pare tuttavia dare ingresso ad un potere di controllo su tali dati, simile a quello conferito al titolare di segreti commerciali dalla Direttiva (UE) 2016/943 (v. par. 7). Lo strumento di controllo pare ampio, in quanto può assumere la forma di "*tutte le misure ragionevoli*". Si potrà trattare dunque di misure giuridiche, quali l'accettazione obbligatoria di condizioni contrattuali che regolino l'accesso ai dati, ma anche di misure tecniche, sostanzialmente analoghe alle misure tecnologiche di protezione che la Direttiva Infosoc autorizza ad implementare al fine di impedire l'accesso non autorizzato alle opere dell'ingegno coperte da diritto d'autore[54]. Il titolare del dato non personale o il riutilizzatore autorizzato a farne uso, nonché l'intermediario che ne consente la condivisione sono dunque autorizzati ad adottare le misure che riterranno più opportune per impedire l'accesso ai dati, che non rispetti le condizioni definite dal progetto di regolamento e dalla eventuale normativa settoriale secondaria.

Per l'esame di tali condizioni si rinvia al cap. 3 par. 6., dove analizzeremo il regime di circolazione dei dati del settore pubblico. Il progetto di regolamento in parola, infatti, riguarda tale tipologia di dati e si pone dunque come naturale completamento della Direttiva 2019/1024/UE.

3.2. *La nozione giuridica di "dato" in quanto tale e di "informazione"*

Non v'è consenso assoluto in letteratura sopra una definizione univoca di "dato", poiché il termine assume connotazioni differenti a seconda della branca delle scienze presa in considerazione. Allo stato attuale, non si rinviene nel nostro ordinamento una definizione normativa di dato[55].

Una proposta di definizione è però contenuta nel progetto di regolamento europeo relativo alla *governance* europea dei dati, ai sensi del cui art. 3 n. 1 è tale "*qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali*

---

[54] Esse godono di tutela ai sensi dei Trattati WIPO (v. combinato disposto degli artt. 11 WCT e 18 WPPT) e dell'art. 6, par. 3, della Dir. 29/2001/CE, integrato dai considerando 47 e 48. Sulla genesi di tale tutela v. SPEDICATO G., *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nella normativa italiana e comunitaria*, Ciberspazio e diritto, 2006, 7, 4, 535-580 e in BISI S., DI COCCO C. (a cura di), *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, Gedit, Bologna, 2007, 171-244.

[55] *Rectius*, una definizione generale di informazione è contenuta all'art. 4 Comunicazione del 28 gennaio 2020,n. 164527 in materia di relazioni sindacali, ove si legge che "*l'informazione consiste nella trasmissione di dati ed elementi conoscitivi, da un soggetto ad un altro, al fine di consentire a questi di prendere conoscenza della questione trattata e di esaminarla*". Si tratta però, a ben vedere, di una definizione di informazione in senso economico e non tecnico.

atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva". Ponendo in correlazione tale definizione con quella di banca di dati come "*raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo*", fornita dall'art. 1, co. 2, della Dir. 96/9 (v. par. 3.7 e ss.), si ricava che il legislatore pare usare il concetto di "dato" in maniera interscambiabile rispetto al termine "opere". Ciò risulta ancor più evidente dal testo del Considerando 17 della stessa Dir. 96/9, che definisce con il termine "banca di dati" "*una raccolta di opere, siano esse letterarie, artistiche, musicali o di altro genere, oppure di materiale quali testi, suoni, immagini, numeri, fatti e dati*". Parrebbe ricavarsi, di qui, una nozione di "dato" quanto mai generica e generale, che include qualsiasi tipo di contenuto, sia esso testo, immagini, video ecc. [56].

In tale accezione useremo il termine anche in questo lavoro,che d'altronde si propone di analizzare la consistenza del pubblico dominio, avendo riguardo a tutti i contenuti passibili di essere conosciuti, a partire dal dato, quale contenuto minimo, unitario e generale, per arrivare alle opere, quali raccolte di dati specifici, aventi forma di testo, immagini, video, ecc.

Al di fuori del dato normativo, per meglio comprendere che cosa sia un dato occorre fare riferimento alla definizione accettata in informatica di dato come "*rappresentazione della più elementare quantità di informazione*", ovvero "*informazione elementare codificata o codificabile*" [57].

La definizione deve essere completata *per relationem* alla nozione di "informazione", intesa come "*insieme di dati, correlati tra loro, con cui un'idea (un fatto) prende forma ed è comunicata*" [58]. Tendenzialmente, dunque, l'informazione, in senso complessivo, comprende l'elaborazione di più dati, cioè di più "informazioni elementari" e i dati costituiscono l'elemento basilare dell'informazione.

Da questa correlazione per cui l'informazione rappresenta l'aspetto intellegibile del dato [59], si ricava che un dato, in quanto tale, ha poco significato. Il significato si acquista tramite la loro organizzazione, che "*consiste nel porli in un contesto più ampio, nel collegarli al mondo esterno in modo che ne facciano parte integrante ed, infine, nel dare loro un significato*" [60]. In altre parole, la combinazione di dati crea l'informazione, la quale può essere considerata il significato assegnato ai dati in via convenzionale [61].

A differenza del dato, che è ciò che si conosce prima che esso sia processato, "*l'informazione ha una connotazione in qualche maniera soggettiva in quanto è quello*

---

[56] In questo senso, TRIAILLE J.-P-, DE MEEÛS D'ARGENTEUIL J., DE FRANCQUEN A., cit., 8.

[57] Enc. Treccani, voce "dato", http://www.treccani.it/enciclopedia/dato/.

[58] VIGINI G., *Glossario di biblioteconomia e scienza dell'informazione*, Editrice Bibliografica, Milano, 1985, 62; CATALA P., *Ebauche d'une teorie juridique de l'information*, Informatica e dir., 1983, 1, 15, descrive l'informazione come "*un messaggio comunicabile ad altri attraverso un mezzo qualsiasi*".

[59] PENNAZIO R., ROSSI P., *Open Data e tutela della riservatezza tra uniformazione europea e approcci nazionali*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 85-103, 101.

[60] SCHAFF S., *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, Dir. inf., 1987, 446-447.

[61] PENNAZIO R., ROSSI P., cit., 101.

che l'utente di volta in volta ricava dall'aggregazione dei dati" [62]. Ne consegue che, mentre la raccolta di dati è attività demandabile (e anzi ormai quasi integralmente demandata) alle macchine, la creazione dell'informazione resta ancora appannaggio dell'uomo: solo la intelligenza naturale processa e identifica informazioni, mentre l'intelligenza artificiale processa e identifica solo dati.

Sulla base di queste premesse, conseguono alcuni corollari:

a) per sua natura l'informazione è necessariamente creata (a partire da dati o da altre informazioni) ed ha sempre un autore, cui almeno *de facto* (se non anche *de iure*) appartiene. La creazione può essere volontaria o involontaria e può altresì essere una conseguenza della legge [63]. Le opere dell'ingegno sono un tipico esempio di creazione volontaria di informazione, mentre i dati personali possono costituire informazione sia volontaria che involontaria e talvolta possono essere conseguenza di legge (si pensi al nome, allo status coniugale o al casellario giudiziario che vengono attribuiti per disposizione normativa).

b) per sua natura, l'informazione è comunicabile: è creata per qualcuno [64].

c) per sua natura, l'informazione è appartenente al *genus* delle *res incorporales* ed è priva di forma e di struttura, benché possa essere incorporata in un supporto. Essa diventa oggetto di attenzione da parte del diritto [65] nel momento in cui le si conferisce il requisito della corporalità [66], essendo fissata o registrata su di un supporto, ovvero nel momento in cui viene altrimenti esteriorizzata, anche solo mediante comunicazione all'esterno.

In quanto incorporale, l'informazione deve essere tenuta ben distinta dal suo supporto, le cui vicende di circolazione restano pienamente regolate dal diritto di proprietà sui beni mobili. Ciò non toglie, naturalmente, che il diritto di proprietà sul supporto non possa in qualche modo venire utile anche al fine di tutelare l'informazione in esso incorporata, ma deve essere ben chiaro che tale tutela resta limitata. Come chiarisce l'*Expert Group on Liability for New Technologies* istituito dalla Commissione UE, "*questo approccio non porta a risultati soddisfacenti laddove il proprietario del supporto non sia identico alla persona che ha un interesse legale protetto sui dati*" [67]. Occorre dunque discernere i diritti di privativa sul supporto, da quelli sulle informazioni in esso incorporate.

È stato a lungo dibattuto se l'informazione costituisca un bene giuridico rilevan-

---

[62] GALETTA D.U., *Accesso civico trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, Federalismi.it, 2016, 5, 9.

[63] CATALA P., *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, cit., 20-21.

[64] SCHAFF S., cit., 447.

[65] SAMMARCO P., *La revisione cinematografica e il controllo dell'audiovisivo*, Il Mulino, Bologna, 2014, 243.

[66] Anche il processo di digitalizzazione consente che l'informazione acquisti una sua consistenza grazie al processo di trasformazione del dato in linguaggio macchina, che le permette di risiedere nella memoria, temporanea o duratura che sia, dell'elaboratore elettronico.

[67] COMMISSIONE UE, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, 2019, 59.

te per l'ordinamento ai sensi dell'art. 822 c.c. [68] o meno. La dottrina italiana è stata a lungo divisa divisa. Qualcuno, pur riconoscendo che l'informazione possa costituire oggetto di rapporti contrattuali, esclude che essa possa assurgere al rango di bene. La tutela dell'informazione sarebbe solo indiretta: per tutelare interessi di più ampia portata (quali il segreto epistolare, professionale, industriale, la riservatezza, le opere dell'ingegno) si protegge anche l'interesse sull'informazione [69]. La principale ragione che induce ad escludere che l'informazione possa rappresentare un autonomo bene giuridico risiede nel convincimento che il concetto di bene sia strettamente, anzi strutturalmente, collegato al godimento in forma esclusiva [70]. Si assume, secondo questa tesi, che possano stimarsi "beni" quelle sole cose che siano suscettibili di appropriazione e dominabili con un titolo di proprietà, ovvero con uno *ius excludendi alios*. Sotto tale profilo, all'origine della difficoltà di considerare l'informazione in quanto tale come un bene sul piano giuridico, vi sarebbe "*lo stretto legame tra l'informazione e il suo autore*" ovvero il fatto che, anche a seguito della riproduzione o comunicazione ad altri, il detentore iniziale non se ne spossesserebbe [71].

Altri ritengono tale posizione problematica. In tal modo, infatti, si prospetta un collegamento necessario tra benee diritti su tale bene, tra bene e regime di appartenenza proprietaria, là dove la nozione di bene postula solo l'idoneità della cosa ad essere "oggetto di diritti" e non già necessariamente di diritti proprietari esclusivi [72]. Tale impostazione è stata sposata dalla giurisprudenza che ha riconosciuta la natura di bene in senso giuridico all'ambiente [73], benché non sia configurabile in godimento esclusivo e quale oggetto di diritti soggettivi individuali [74]. Secondo questa prospettiva più ampia, la categoria dei "beni" abbraccerebbe tutte le cose idonee a realizzare interessi meritevoli di tutela, anche qualora essi non siano assoggettabili ad appropriazione (e quindi a prescindere altresì dalla loro rilevanza patrimoniale).

Sulla base di questa seconda, più recente, impostazione, non sembra si possa escludere che l'informazione in sé "*abbia una utilità socialmente apprezzabile e ad un*

---

[68] L'art. 810 c.c. definisce i beni come "*le cose che possono formare oggetto di diritti*".

Rientra in tale nozione tutto ciò che è capace di arrecare utilità agli uomini ed è suscettibile di appropriazione.

Il concetto di bene come entità giuridica si differenzia da quello di "cosa", che può definirsi come entità meramente materiale corrispondente ad una parte separata della materia circostante. Esistono, infatti, cose che non sono beni (es.: aria, spazio, mare), in quanto insuscettibili di formare oggetto di diritti e beni che non sono cose come i beni immateriali o incorporali.

[69] ZENO ZENCOVICH V., *Cosa*, cit., 453.

[70] MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970, 36.

[71] Vedi SCHAFF S., cit., 447, che però obietta che lo spossessamento non sarebbe un requisito della nozione giuridica di bene.

[72] PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, ESI, Camerino-Napoli, 1971, 60.

[73] Cass. civ., sez. III, 17 aprile 2008, n. 10118, Foro amm., CDS, 2008, 4, II, 1061; Dir. economia assicur. (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.) 2009, 1, 241 con nota di DE STROBEL; Giust. civ., 2009, 12, I, 2781, secondo cui l'ambiente in sé e per sé considerato costituisce "*bene di natura pubblicistica, unitario ed immateriale*" il *vulnus* al quale integra una specifica voce di danno non patrimoniale, da sommarsi al pregiudizio prettamente patrimoniale arrecato a beni pubblici o privati.

[74] Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, Giur. cost., I, 1986.

tempo trovi nell'ordinamento, nella sua unitarietà una valutazione in termini di meritevolezza". L'utilità, d'altronde, non deve necessariamente essere economica e nel caso dell'informazione si sostanzia *de minimis* nella "*attitudine a soddisfare il bisogno umano della conoscenz*a" [75].

L'informazione risponderebbe inoltre ad entrambi i requisiti richiesti dalla nozione di bene giuridico: ha valore economico "*poiché è oggetto di operazioni economiche, di ammortamento, di commercializzazione*" ed è meritevole di tutela giuridica in quanto tale, ovvero indipendentemente dalle utilizzazioni delle quali può costituire oggetto [76].

Anche a voler aderire alla nozione più restrittiva di beni, si è osservato che l'informazione costituirebbe comunque "*un bene suscettibile di appropriazione. La sua destinazione naturale è acquisire, senza eccezioni, un valore patrimoniale*" [77]. I diritti di proprietà intellettuale costituirebbero lo strumento giuridico per eccellenza per realizzare tale appropriazione [78].

3.3. *Il dato come bene di consumo*

Molti beni che oggi circolano sul mercato in passato non erano considerati merci. Le nuove tecnologie, aprendo a nuovi scenari economici e di mercato, hanno attivato un processo di *commodification* che ha investito non più la terra, ma il sapere. Non a caso si è sostenuta l'esistenza di un massiccio secondo movimento di *enclosures* [79], dopo quello che ha smantello, tra il XV e il XVII secolo, il sistema feudale delle *tenures* inglesi [80] e portato, con la recinzione delle terre, alla nascita dei latifondi.

Che il dato, anche personale, costituisca un bene di consumo, avente valore economico e soggetto ad operazioni di scambio (e dunque pienamente commerciabile), è un dato di fatto, ormai riconosciuto sia dal formante legislativo, sia da quello giurisprudenziale [81].

---

[75] PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, Rassegna di dir. civ., 1990, 2, 329, 331-332.

[76] SCHAFF S., cit., 447.

[77] CATALA P., cit., 15.

[78] SCHAFF S., cit., 447, secondo cui "*tutto il diritto della proprietà intellettuale è fondato sulla nozione (forse implicita) che l'informazione è un bene*".

[79] BOYLE J., *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 2003, 33-74.

[80] La titolarità della proprietà fondiaria era raffigurabile mediante una concezione piramidale al cui vertice si collocava il re, unico proprietario assoluto di tutti i suoli. L'allocazione dei suoli avveniva sotto forma di concessione o di donazione, ossia sulla base di un rapporto di tenuta (*tenure*), in forza del quale il sovrano o i lord o, ancora, gli overlords (che erano i signori direttamente sottoposti al re), investivano qualcuno (*tenant*) del potere di sfruttamento e godimento di un feudo, conferendogli il relativo possesso in cambio di servigi e prestazioni da rendere al signore concedente. Nel 1660, il parlamento adottava il *Tenures Abolition Act*. Cfr. LUPOI M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1971, 47-48.

[81] Per una panoramica dei modelli di *business* che coinvolgono i dati si veda OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing, Parigi, 2013. In dottrina, a riguardo, si vedano DIX A., *Daten als Bezahlung – Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Datenschutzrecht*, Zeitschrift für europäi-

Da diversi anni, sono attive sul mercato piattaforme che permettono al consumatore di valorizzare economicamente la cessione dei propri dati personali [82].

Il riconoscimento di tale stato di fatto da parte delle istituzioni europee non è tardato ad arrivare. Nella decisione che ha autorizzato la acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook [83], la Commissione ha preso espressamente in considerazione la possibilità che WhatsApp, divenendo fonte di dati personali utilizzabili da Facebook al fine di migliorare la targettizzazione delle proprie attività pubblicitarie, potesse rafforzare la posizione del social network nel mercato della pubblicità digitale, con effetti anticoncorrenziali.

Negli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali" del 25 maggio 2016, la Commissione Europea ha affermato che "*i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto*" [84].

Secondo i risultati dell'"Analisi della propensione degli utenti online a consentire l'uso dei propri dati a fronte dell'erogazione di servizi", pubblicata dall'AGCM nel mese di giugno 2018, gli utenti sono consapevoli del valore commerciale dei dati, ma poco informati sul loro effettivo utilizzo [85].

In sintesi, è stato rilevato che circa 6 utenti su 10 non solo sono consapevoli di generare, con le loro attività *online*, dati utilizzabili per attività di profilazione, ma anche appaiono informati della possibilità di sfruttamento dei dati da parte delle imprese. Di questi, 4 utenti su 10 sono consci della stretta relazione esistente tra la concessione del consenso e la gratuità del servizio.

Il restante 40% degli utenti intervistati ha mostrato di non avere consapevolezza né del fatto che la navigazione in internet e l'utilizzo di app e servizi online comporti la raccolta di dati personali, né del fatto che tali dati possano essere ceduti dal fornitore del servizio a terzi. L'indagine ha anche messo in evidenza il grande apprezzamento, tra gli utenti intervistati, per i servizi gratuiti. Infatti, meno di un

---

sches Privatrecht (ZEuP), 2017, 1, 4; DELMASTRO M., NICITA A., *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, Bologna, 2019.

[82] Per citarne alcune, datacoup.com offre fino ad otto dollari al mese, dunque 96 dollari l'anno. Altre applicazioni, come wibson.org, consentono non soltanto di monetizzare, ma di negoziare a titolo oneroso, anche sulla piattaforma Facebook, le proprie informazioni personali e riservate.

Uno studente olandese, Shawn Buckles, nel 2014 ha venduto tutti i suoi dati personali per 350 euro al sito The Next Web. Cfr. https://www.wired.co.uk/article/shawn-buckles-is-worth-350-euros (ultimo accesso 31.3.2021).

[83] Commissione UE, decisione ai sensi dell'art. 6(1)(b) Regolamento n. 139/2004 nel caso n. COMP/M.7217del 3 ottobre 2014, pubblicata il 19 novembre 2014, punti 167, 180 ss.

[84] Cfr. il documento di lavoro dei servizi della COMMISSIONE UE, *Orientamenti per l'attuazione/a pplicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, SWD/2016/0163 final, Bruxelles, 25 maggio 2016, p. 28.

[85] AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data. Analisi della propensione degli utenti online a consentire l'uso dei propri dati a fronte dell'erogazione di servizi. Primi risultati*, 2018, disponibile al link https://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/IC53%20-%20Survey%20primi%20risultati.pdf (ultimo accesso 31.3.2021). Il sondaggio, condotto su un campione di utenti di servizi *online*, ha esaminato tre temi: i) il grado di consapevolezza degli utenti delle piattaforme digitali in relazione alla cessione e all'utilizzo dei propri dati individuali; ii) la disponibilità degli utenti a cedere i propri dati personali come forma di pagamento dei servizi *online*; iii) la portabilità dei dati da una piattaforma all'altra.

quarto di essi (circa il 23%) sarebbe disposto a rinunciare alla fruizione di servizi gratuiti e una percentuale ancora inferiore (circa il 10%) sarebbe disposta a pagare per evitare la raccolta dei dati personali[86].

Notevole rilievo nel dibattito sulla valorizzazione economica dei dati personali assumono le recenti sentenze[87] con cui il Tar Lazio prima, ed il Consiglio di Stato poi, hanno in parte confermato e in parte annullato il provvedimento dell'AGCM che aveva sanzionato Facebook per pratiche commerciali scorrette[88]. Il social network si era difeso dinanzi al giudice amministrativo affermando la carenza di potere dell'AGCM, poiché il servizio da lei fornito mancava di un corrispettivo patrimoniale e, quindi, di un interesse economico dei consumatori da tutelare. Il Tar ha respinto tale tesi, ritenendo che i dati personali "*possono costituire un asset disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di controprestazione in senso tecnico di un contratto*". "*A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio*", si legge nella sentenza "*sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un*

---

[86] L'asimmetria informativa tra venditori e consumatori genera distorsioni comportamentali che compromettono la capacità degli utenti di scegliere i servizi, tenendo conto del loro livello di tutela della privacy. Cfr. ACQUISTI A., BRANDIMARTE K., LOEWENSTEIN G., *Privacy and human behaviour in the age of information*, Science, 2015, 347. Anche laddove i consumatori esprimano un grande interesse per la tutela della privacy e la considerino un importante fattore di qualità di un servizio, gli stessi non sembrano effettuare scelte di consumo coerenti con tale preferenza. A riguardo si parla di c.d. *privacy paradox*, cfr. NORBERG P.A., HORNE D.R., HORNE D.A., *The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, The Journal of Consumer Affairs, 2007, 41, 1, 100-126. Cfr. sul punto anche la nota n.597.

[87] TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 e 261, confermata da Cons. Stato, 29 marzo 2021, che evidenzia come "*i servizi social promessi come gratuiti … evidentemente, gratuiti non sono, finendo per rappresentate il "corrispettivo" della messa a disposizione dei dati personali del singolo utente a fini commerciali*".

[88] AGCM, provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018, procedimento PS/11112, con il quale l'Autorità, conformemente al parere espresso dall'AGCom, sanzionava Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. con due distinte sanzioni amministrative, ciascuna pari a € 5.000.000,00, per avere adottato, nella fase di prima registrazione dell'utente nella piattaforma, un'informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento alla attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati degli utenti, ivi compresa la loro trasmissione ai siti "web/app" di terzi, senza preventivo consenso espresso dell'interessato, per l'uso degli stessi a fini di profilazione e commerciali. È stato accertato, infatti, che il social network induceva ingannevolmente gli utenti a registrarsi nella piattaforma Facebook, enfatizzandone la gratuità e mediante preselezione (o opt-out) della funzione "Piattaforma attiva", preimpostava il consenso alla condivisione di dati da Facebook a siti web/app di terzi, e viceversa, per finalità commerciali, esercitando un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati.

social network".Il nuovo codice europeo delle comunicazioni elettroniche di cui alla Direttiva UE 2018/1972 [89] specifica che il trattamento dei dati personali da parte dei servizi di comunicazione elettronica dovrebbe essere conforme al regolamento (UE) 2016/679 "*sia esso in forma di remunerazione o in altra forma*" (par. 15) e che "*i servizi di comunicazione elettronica sono spesso forniti all'utente finale non solo in cambio di denaro, ma in misura sempre maggiore e in particolare in cambio della comunicazione di dati personali o di altri dati*". Esso concludendo che il concetto di remunerazione dovrebbe pertanto ricomprendere anche "*le situazioni in cui l'utente finale è esposto a messaggi pubblicitari come condizione per l'accesso al servizio o le situazioni in cui il fornitore del servizio monetizza i dati personali raccolti in conformità del regolamento (UE) 2016/679*" (par. 16).

L'accettazione del valore di scambio intrinseco nel dato non è statoaccettato senza riserve, soprattutto per le interferenze che ciò implica a livello sistematico con la qualificazione del diritto sui dati personali come diritto fondamentale della persona. Esemplificativo, a riguardo, è il caso della nuova disciplina sulla vendita di beni e servizi digitali (Dir. UE 2019/770), che contiene norme in relazione agli aspetti contrattuali del rapporto tra consumatori e fornitori di contenuti digitali [90]. L'art. 3, co. 1, nel definire l'ambito di operatività della Direttiva, specifica che essa trova applicazione "*altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico*". Significativamente, la formulazione anteriore, contenuta nella proposta di Direttiva pubblicata dalla Commissione UE nel dicembre 2015 [91], chiariva ben più esplicitamente come il legi-

---

[89] Direttiva UE 2018/1972 dell'11 dicembre 2018 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche, G.U. L 32117.12.2018. L'iniziativa legislativa era stata avanzata dalla Commissione UE nel 2016, nel quadro di un pacchetto di misure (c.d. pacchetto connettività), comprensivo anche della proposta di regolamento (UE) 2018/1971 che modifica la disciplina dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), il piano d'azione per il 5G e il regolamento sulla promozione dell'offerta di connettività Wi-fi gratuita nelle comunità locali, volte a trasformare l'UE in una "società dei Gigabit". Il nuovo Codice modifica in maniera sostanziale e sostituisce, secondo il metodo della rifusione, le quattro direttive del 2002 (Accesso, Quadro, Autorizzazioni e Servizio universale) che finora avevano delineato a livello europeo il quadro regolatorio per le comunicazioni elettroniche. L'obiettivo di fondo della revisione è quello di creare un contesto normativo favorevole agli investimenti necessari per lo sviluppo di reti ad altissima capacità e per il conseguimento dei nuovi obiettivi di connettività al 2025, adeguando al contempo la disciplina ai nuovi scenari concorrenziali del mercato. In questa prospettiva, il Codice introduce una serie di novità in relazione, fra l'altro, all'ambito di applicazione del quadro regolatorio, alla regolamentazione dell'accesso, alla gestione dello spettro radio, al servizio universale e alla tutela dei consumatori.

[90] Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, G.U. L 136, 22.5.2019, p. 1–27. Sulla portata della Direttiva si vedano WENDLAND M., *Ein neues europäisches Vertragsrecht fuïr den Online-Handel? Die Richtlinien– vorschläge der Kommission zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und des Online-Warenhandels*, EuZW, 2016, 126; STAUDENMAYER D., *Digitale Verträge – Die Richtlinienvorschläge der Europaïschen Kommission*, ZEuP, 2016, 801, 807; METZGER A., *Data as Counter-Performance. What rights and Duties do Parties have?*, JIPITEC, 2017, 8, 2.

[91] COMMISSIONE UE, *Proposta per una direttiva del Parlameno Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale*, Bruxelles, 9.12.2015, COM(2015) 634 final.

slatore intendesse fare riferimento al caso in cui "*in cambio*" della fornitura di beni digitali "*il consumatore fornisca attivamente contromisure diverse dalla moneta sotto forma di dati personali o qualsiasi altro dato*". Il considerando 13 aggiungeva che "*le informazioni sugli individui sono spesso e sempre più viste dagli operatori del mercato come aventi un valore comparabile al denaro*" [92]. La lettera della norma aveva però attratto le critiche del Garante Europeo della protezione dei dati (European Data Protection Supervisor o EDPS), il quale, con parere n. 4/2017, aveva sollevato una serie di preoccupazioni in merito alla "mercificazione" dei dati personali [93]. Secondo il Garante "*i dati personali non possono essere comparati ad un prezzo o al denaro. I dati personali sono correlati a un diritto fondamentale e non possono essere considerati merce*". In particolare, l'EDPS evidenziava l'incoerenza insita nel diritto europeo nel trattare, da un lato, i dati personali come un semplice prodotto, dall'altro, nel proteggerli come un diritto fondamentale. Alla luce di tale contraddizione, il Garante europeo raccomandava "*di evitare l'uso nella proposta del concetto di dato come controprestazione*" [94], ritenendo, quantomeno, che la proposta di Direttiva dovesse confermare l'applicazione del quadro normativo a protezione dei dati personali nell'UE anche nel contesto della Direttiva [95].

---

[92] Per una ricostruzione della vicenda si v. il contributo di VERSACI G., *Personal data and Contract law: challenges and concerns about the economic exploitation of the right to data protection*, ERCL, 2018, 376 ss. Sulla precedente proposta di Direttiva si v. il contributo di FANELLI M.G., *Le nuove proposte di Direttiva sulla vendita on line e a distanza e sulla fornitura di contenuti digitali*, Contratto e impresa, 2016, 355 e 367.

[93] EDPS, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 marzo 2017, secondo cui "*There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation*". In termini analoghi si veda anche EDPS, *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 Settembre 2016, 7., dove si afferma che "*personal information cannot be conceived as a mere economic asset*".

[94] *Contra* METZGER A., EFRONI Z., MISCHAU L., METZGER J., *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, JIPITEC, 2018, 9, 90, 94, secondo cui "*it is important that the concept and ideally the specific wording of "data as counter-performance" is preserved*" sul presupposto però che "*excluding data as counter-performance (hereinafter "DACP") situations from the DCD would lead to discrimination between DACP-consumers and price-paying consumers*"; CAMARDI C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, Giust. civ., 2019, 3, 49, secondo cui "*non c'è dubbio che la definizione poi abbandonata aveva un duplice pregio, quello di fotografare senza veli la realtà dei modelli commerciali praticati dai fornitori di servizi digitali, e quello di configurare coraggiosamente e di conseguenza un contratto di scambio tra servizi e dati personali, nell'ambito del quali gli uni sono controprestazione degli altri*"; RESTA G., ZENO ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2018, 411 ss., secondo i quali, soltanto "*chiudendosi in una stanza buia*" si può sostenere la gratuità di tali transazioni, o credere come "*allochi*" che un certo servizio "is free and will always be", ripresi anche da RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, Dir. inf., 2018, 689, nt. 32. Nella stessa direzione anche DE FRANCESCHI A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, ESI, Napoli, 2017, e PERLINGERI C., *Profili civilistici dei social network*, ESI, Napoli, 2014.

[95] Sul dibattuto originato dall'intervento del Garante si vedano LANGHANKE C., SCHMIDT-KESSEL M., *Consumer Data as Consideration*, EuCML 2015, 218, 221; DRECHSLER L., *Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?*, in Datenschutz & LegalTech: Digitale Ausgabe zum Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions

A seguito dell'intervento dell'EDPS, il testo della Direttiva è stato modificato così da evitare ogni riferimento espresso alla mercificazione del dato personale come controprestazione contrattuale [96]. Anzi, il Considerando 24 oggi afferma esplicitamente che la Direttiva riconosce che anche se "*la fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico … tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali*" […] [97].

Questo scollamento tra i fondamenti del diritto alla protezione dei dati personali, ostili alla qualificazione del dato come merce suscettibile di scambio e l'attuale atteggiarsi dell'economia dei dati, che annovera la fornitura di moltissimi servizi online dietro controprestazione "in dati", è stato ribattezzato in dottrina "*reality gap*" [98]. A chi scrive, pare che la contrapposizione tra valore negoziale dei dati e loro tutela come diritto personale dell'individuo sia in realtà solo apparente. In sostanza, occorre ammettere che anche il diritto alla tutela del dato personale abbia, accanto ad una dimensione morale non negoziabile (corrispondente, in buona sostanza, con i diritti riconosciuti all'interessato), anche una dimensione patrimoniale (diritto di sfruttare i dati nell'attività economica) che discende direttamente dalle facoltà di controllo che l'interessato ha sulla circolazione dei propri dati. Questa frazione del diritto è invece alienabile e trasferibile, esattamente come avviene nel nostro ordinamento per altri diritti della personalità che ammettono uno sfruttamento economico del bene oggetto di tutela, quali il diritto sulla propria immagine (o *right of publicity*), sul ritratto o sulla voce, nonché naturalmente il diritto d'autore.

Chiarita, ad ogni buon conto, la possibilità astratta di considerare il dato quale bene giuridico meritevole di tutela, nonché passibile di appropriazione, non resta

---

IRIS2018, 2018, 35-43; STAUDENMAYER D., *Digitale Verträge*, cit., 801, 807; SPINDLER G., *Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content*, ERCL, 2016, 183, 194.

[96] CAMARDI C., cit., che rileva come "*la Direttiva fa ricadere nel suo ambito di applicazione ma non definisce "contratto" (come invece faceva nel comma 1), facendo piuttosto ricorso al generico termine "caso" in cui l'operatore economico fornisce contenuti o servizi digitali, ma il consumatore non paga un prezzo, bensì a sua volta "fornisce o si impegna a fornire" dati personali. Ciò che rende singolare questa definizione è la circostanza per cui le due forniture da parte dei due contraenti non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come "caso", per l'appunto, in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi digitali da parte dell'operatore economico, e in corrispondenza la fornitura di dati personali da parte del consumatore*".

[97] In sostanza, la Direttiva configura forniture contrattuali a struttura gratuita alle quali si affianca – ma non in funzione corrispettiva – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore suoi dati personali, suscettibili di trattamento in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali. Per questa via, il legislatore europeo ha inteso salvaguardare il doppio consenso da parte dell'utente del servizio: quello per la conclusione del contratto di fornitura, da un lato, quello per il trattamento dei dati, dall'altro. Cfr. CAMARDI C., cit.

[98] LAROUCHE P., PEIT M., PURTOVA N., *Consumer privacy in network industries. A CERRE (Centre on Regulation in Europe) Policy Report*, 26 gennaio 2016, https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/160125_CERRE_Privacy_Final.pdf.

che considerare i vari strumenti messi a disposizione dell'ordinamento per farlo. Non prima però di avere indagato il rapporto tra lo strumento proprietario e i dati personali.

3.4. *Il quadro legislativo rilevante in relazione ai dati personali*

Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali n. 2016/679 (GDPR) [99], nel sostituire la previgente Direttiva 95/46/CE [100], prevede una serie di diritti individuali progettati al fine di proteggere i soggetti (persone fisiche) [101] i cui dati personali siano raccolti, elaborati ed archiviati da terzi titolari o responsabili del trattamento.

3.4.1. *Il campo di applicazione oggettivo del Regolamento tra identificabilità e anonimizzazione*

Il campo di applicazione del Regolamento è delimitato in senso oggettivo con riferimento alla nozione di "dato personale". È tale "*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile("interessato")*" (art. 4(1) GDPR). Il concetto ha subito una progressiva espansione durante il ventennio di applicazione della Direttiva, cosicché vi si ricomprende una quantità estremamente ampia di informazioni relative all'individuo. Esso ricomprende non solo elementi che consentano di conoscere fatti o situazioni attinenti alla sfera privata della persona, ma anche dati contenuti in documenti, archivi o registri pubblici ovvero accessibili al pubblico, come il nome, l'indirizzo [102], il luogo di residenza o domicilio [103], l'importo dello stipendio [104] ovvero di un finanziamento [105]. Anche le informazioni relative

---

[99] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, G.U. L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

[100] Per una attenta panoramica sul contenuto della Direttiva cfr. BALDUCCI ROMANO F., *La protezione dei dati personali nell'Unione Europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2015, 6, 1619.

[101] Il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in origine attribuiva il diritto anche a persone giuridiche, enti o associazioni; le modifiche apportate con d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv. dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), ne hanno ridotto la portata alle sole persone fisiche. Anche la giurisprudenza europea ammetteva in origine che le persone giuridiche potessero invocare il diritto alla protezione dei dati personali, ove la denominazione dell'ente ovvero la ragione sociale identificassero una o più persone fisiche. Cfr. CGUE, 9 novembre 2010, cause riunite C-92 e 93/09, ECLI:EU:C:2010:662, p.to 53. Ma tale orientamento è stato superato dall'introduzione dell'art. 16 TFUE che costituisce anche la base giuridica utilizzata per l'azione normativa in materia di diritto alla protezione dei dati personali.

[102] CGUE, 7 maggio 2009, C-553/07, College van burgemeester en wethouders van Rotterdam, ECLI:EU:C:2009:293.

[103] Cfr. CGUE, 16 dicembre 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724.

[104] Cfr. CGUE, 20 maggio 2003, C-465/00, Österreichischer Rundfunk, ECLI:EU:C:2003:294.

[105] CGUE, 9 novembre 2010, cause riunite C-92 e 93/09, Schecke, ECLI:EU:C:2010:662; sulla sent. v. MASTROIANNI R., *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2010, 4, 21-25.

all'attività imprenditoriale o professionale di una persona fisica costituiscono dati personali, così come i registri contenenti l'orario di lavoro dei dipendenti [106]. Costituiscono dati personali anche l'immagine del volto dell'interessato e le sue impronte digitali [107]. Il GDPR ha apportato modifiche non trascurabili alla definizione. Oltre ai dati genetici [108] e biometrici [109], la nozione è stata estesa ai c.d. identificativi online forniti dai dispositivi, come indirizzi IP [110], marcatori temporanei (i cc.dd. *cookies*) [111] e *tag* di identificazione a radiofrequenza (RFID tags) [112], che pur non identificando una persona fisica, ne consentono l'identificabilità tramite l'incrocio con ulteriori informazioni eventualmente detenute da terzi [113].

Si trovano al di fuori dell'applicabilità del Regolamento le "informazioni anonime", ossia le informazioni che "*non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile*", e i "*dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato*" (Considerando 26). Questa scelta del

---

[106] CGUE, 20 maggio 2003, C-465/00, cit., p.to 73; Id., 9 novembre 2010, C-92 e 93/09, cit., p.to 59; Id., 30 giugno 2013, C-342/12, Worten, ECLI:EU:C:2013:355, p.to 22.

[107] V. CGUE, 17 ottobre 2013, C-291/12, Schwarz c. Stadt Bochum, ECLI:EU:C:2013:670, p.to 27; v. altresì Id., 11 dicembre 2014, causa C-212/13, Rynes, ECLI:EU:C:2014:2428, p.to 22.

[108] Nel considerando n. 34 GDPR, si precisa che per dati genetici si intendono quei dati personali relativi "*alle caratteristiche genetiche, ereditarie o acquisite, di una persona fisica, che risultino dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione, in particolare dall'analisi dei cromosomi, dell'acido desossiribonucleico (DNA) o dell'acido ribonucleico (RNA), ovvero dall'analisi di un altro elemento che consenta di ottenere informazioni equivalenti*".

[109] L'art. 4, par. 1, n. 14, GDPR, definisce i dati biometrici "*dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico, relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica e che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici*".

[110] Gli indirizzi IP dinamici sono utilizzati per identificare dispositivi non permanenti in una rete. Un server presente nella rete assegna dinamicamente e automaticamente l'indirizzo scegliendolo casualmente da un range preimpostato.

[111] I cookies sono stringhe di testo che i siti web visitati dall'utente possono inviare al suo dispositivo. L'attuale disciplina è contenuta nella Dir. 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, come integrata dalla Dir. 2009/136/CE. In merito si vedano anche i provv. 8 maggio 2014 e 26 novembre 2020 del nostro Garante per la protezione dei dati personali e le Linee guida 4 maggio 2020 dell'EDPB. La disciplina dei cookie è attualmente oggetto della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, COM/2017/010 final.

[112] In particolare, come rilevato da GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Documento sulla protezione dei dati relativo all´uso della tecnologia RFID*, 19 gennaio 2005, 10107/05/EN WP 105, l´impiego di tecniche di RFID, da parte sia di soggetti privati, sia di soggetti pubblici, può determinare forme di controllo sulle persone, limitandone le libertà. Attraverso l´impiego della RFID, potrebbero, ad esempio, raccogliersi innumerevoli dati sulle abitudini dell´interessato a fini di profilazione, tracciare i percorsi effettuati da quest´ultimo o verificare prodotti (vestiti, accessori, medicine, prodotti di valore) dallo stesso indossati o trasportati. Le garanzie per il loro uso sono individuate dal Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento 9 marzo 2005, n. 1109493.

[113] CGUE, 19 ottobre 2016, C-582/14, Breyer, ECLI:EU:C:2016:779, Dir. inf., 2017, 2, 370, con nota di MERLA F., *L'indirizzo IP dinamico quale dato personale*.

legislatore si fonda tradizionalmente sull'assunto che dalla diffusione di dati anonimi non possa derivare alcun pregiudizio per l'interessato, poiché i dati non possono (più) ricondurre alla persona fisica [114]. Individuare il confine tra "dati personali" e "dati anonimi" è dunque decisivo al fine di demarcare l'ambito di applicazione della normativa e degli obblighi da essa individuati in capo al titolare del trattamento, nonché fondamentale al fine di determinare la ricchezza dei dati disponibili in pubblico dominio e la possibilità stessa di utilizzarli. Il valore dell'anonimizzazione si estrinseca dunque nel generare set di dati che possano essere condivisi o riutilizzati al di fuori dell'applicazione delle norme del Regolamento [115].

Il *discrimen* tra quanto è soggetto alla normativa e i dati a cui, invece, la protezione non si applica è parametrato al concetto di identificabilità. Secondo l'art. 4(1) GDPR è identificabile la persona fisica che può essere identificata "*direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*" [116]. Il considerando 26 sottolinea che "[p]*er stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione* [*singling out*]*, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi*" [117]. In applicazione di tale criterio di ragionevolezza, occorre tener conto, *inter alia*, di fattori in costante evoluzione "*tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici*", nonché la crescente disponibilità di informazioni sugli individui [118] e le finalità a cui il trattamento dei dati anonimizzati mira [119]. La Corte di Giustizia ha sottolineato che non rilevano i mezzi astrattamente utilizzabili, ma unicamente quelli che possono essere ragionevolmente utilizzati, ivi escluse dunque le situazioni in cui "*l'identificazione della persona interessata fosse vietata dalla legge o praticamente irrealizzabile, per esempio a causa del fatto che implicherebbe un dispendio di tempo, di costo e di manodopera, facendo così apparire in realtà insignificante il rischio di identificazione*" [120]. Il

---

[114] FOGLIA C., *Il dilemma (ancora aperto) dell'anonimizzazione e il ruolo della pseudonimizzazione nel GDPR*, in PANETTA R., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato, Commentario al Regolamento UE n. 679/206 e al D.lgs. n. 101/2018*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 309-328.

[115] Non a caso, l'identificazione di politiche riguardo l'anonimizzazione che siano condivise nell'Unione Europea e negli Stati Uniti è uno dei "Privacy bridges" individuati nel 2015 da un gruppo di esperti al fine di colmare il divario tra l'approccio europeo e quello statunitense con riferimento alla protezione dei dati personali. CSAIL, IViR, *Privacy Bridges – EU and US Privacy Experts in Search of Transatlantic Privacy Solutions*, Amsterdam/Cambridge, Settembre 2015, 31-33.

[116] Si noti che l'art. 2(a) della Dir. 95/46/CE non menzionava i dati relativi all'ubicazione, né gli identificativi online.

[117] Si veda GELLMAN R., *The Deidentification Dilemma: A Legislative and Contractual Proposal*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 2011, 21, 33, 43.

[118] V. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione*, 10 aprile 2014, 0829/14/IT WP216, 9.

[119] GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, Parere 05/2014, cit., 26.

[120] CGUE, 19 ottobre 2016, C-582/14, *P. Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, punto 46.

Gruppo di Lavoro ex Art. 29 ha messo in guardia gli operatori circa il "*rischio intrinseco residuo di reidentificazione correlato a qualsiasi misura tecnico-organizzativa tesa a rendere «anonimi» i dati*" [121], precisando che "*nessuna tecnica è di per sé esente da carenze*" [122].

Allo stesso tempo, afferma però che ai fini dell'esenzione dall'applicazione del regolamento "*il risultato dell'anonimizzazione quale tecnica applicata ai dati personali dovrebbe essere, allo stato attuale della tecnologia, permanente come una cancellazione, vale a dire dovrebbe rendere impossibile il trattamento dei dati personali*" [123]. Sembra esservi dunque una tensione irrisolta fra il perseguimento di un simile risultato e lo standard di ragionevolezza su cui si basa il concetto di identificabilità [124], anche considerato che il rischio di re-identificazione nullo è standard che si è rivelato essenzialmente impraticabile [125].

Si è pertanto rilevato, in senso critico, che la linea di demarcazione tra dati personali e dati anonimi sarebbe soltanto teorica [126] e scarsamente aderente alla realtà multisfaccettata del trattamento dei dati personali ai nostri giorni: vi sarebbero infatti numerose sfumature di "identificabilità", collocate tra i due poli dei dati riferiti a soggetti identificati e dei dati anonimi. Al tempo stesso, gli studi sulla possibilità di re-identificazione di dati considerati anonimizzati hanno evidenziato la superficialità insita nel ritenere l'anonimizzazione una qualità assoluta del dato [127], sempre in grado di condurre i dati al di fuori dell'applicazione della normativa sulla protezione dei dati personali [128].

Non v'è dubbio, invece, che ricadano all'interno della definizione di dati personali i dati sottoposti a una procedura di pseudonimizzazione [129], in quanto il consi-

---

[121] GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, Parere 05/2014, cit., 7.

[122] GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, Parere 05/2014, cit., 12.

[123] GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, Parere 05/2014, cit., 6.

[124] RUBINSTEIN I.S., HARTZOG W., *Anonymization and Risk*, *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper No. 15-36, 2015, 43.

[125] STALLA-BOURDILLON S., KNIGHT A., *Anonymous Data v. Personal Data – A False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data*, Wisconsin Int. L. J., 2017, 34, 284.

[126] Tra le critiche più incisive alla "promessa infranta" dell'anonimizzazione vi è quella di OHM P., *Broken Promises of Privacy*, cit., 1701, che ha sottolineato l'impossibilità di farvi affidamento come fosse la panacea di tutti i mali, e la necessità di un radicale ripensamento del paradigma.

[127] Esso dipenderà sempre dal contesto e dalla disponibilità di ulteriori informazioni. Si tratta del c.d. *auxiliary information problem*, che consiste nel rischio che qualsiasi informazione possa essere potenzialmente identificabile, se combinata con altre. RUBINSTEIN, HARTZOG, cit., 10. Si veda anche ELLIOT M., MACKEY E., O'HARA K. TUDOR C., *op. cit.*

[128] Alcuni studi hanno mostrato la possibilità di reidentificare individui anche a partire da database sottoposti a tecniche di anonimizzazione. A titolo esemplificativo si veda BARTH-JONES D.C., *The "Re-Identification" of Governor William Weld's Medical Information: A Critical Re-examination of Health Data Identification Risks and Privacy Protections, Then and Now*, 2012, https://ssrn.com/abstract=2076397 (ultimo accesso 2.4.21); v. anche SCHWARTZ P., SOLOVE D., *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, NYU L. Rev., 2011, 86, 1814, 1841-43; NARAYANAN A., SHMATIKOV V., *Robust De-Anonymization of Large Sparse Datasets*, 2008 IEEE Symp. on Sec. and Privacy, Oakland, CA, 2008, 111.

[129] Considerando 26 GDPR: "[…] *I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero*

derando 26 sottolinea come essi siano da considerarsi riferiti ad una persona fisica identificabile. La pseudonimizzazione viene esplicitamente qualificata dal Regolamento come una misura di protezione [130]. L'applicazione di tale misura può, in base al contesto (ad esempio, a seconda che il titolare abbia conservato o meno le informazioni aggiuntive necessarie), generare dati collocabili a metà strada tra i dati identificabili e i dati anonimi, passibili cioè di re-identificazione [131]. Qualora "*il titolare […] possa dimostrare di non essere in grado di identificare l'interessato*", l'art. 11, par. 2 GDPR specifica che egli sarà sollevato dall'obbligo di garantire i diritti individuali di cui agli artt. 15-20, salvo che l'interessato stesso al fine di esercitare i propri diritti, fornisca ulteriori informazioni [132], che ne consentano l'identificazione (ivi inclusa l'identificazione "digitale" [133]).

3.4.2. *I trattamenti esclusi dall'ambito materiale di applicazione del Regolamento*

I trattamenti riguardanti informazioni che non sono o non sono più dati personali (v. par. 3.1), formano il c.d. pubblico dominio ontologico. Tali dati non sono di per sé suscettibili di cadere nel campo di applicazione della normativa a tutela dei dati personali e possono sempre essere liberamente riutilizzati salve restrizioni alla loro circolazione ammesse dal Reg. FFD (v. par. 3.1) e salvi eventuali altri diritti di privativa sui dati (v. par. 3.6 e ss.).

Occorre ora concentrarci sul pubblico dominio funzionale, comprendente quei dati personali la cui libertà di trattamento discende dall'impossibilità per l'interessato di impedirlo.

In premessa occorre chiarire che, al pari della nozione di dato personale, anche la nozione di "trattamento" appare particolarmente ampia e potenzialmente idonea a ricondurre al campo di applicazione del Regolamento qualsiasi utilizzo di dati personali. L'art. 4 GDPR definisce infatti il trattamento come "*qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali*". La norma contiene un elenco meramente esemplificativo di operazioni che costituiscono trattamento [134] e la giurisprudenza tende ad interpre-

---

essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile […]".

[130] Considerando 28 GDPR: "[…] *L'introduzione esplicita della "pseudonimizzazione» nel presente regolamento non è* […] *intesa a precludere altre misure di protezione dei dati*".

[131] Così HINTZE M., *Viewing the GDPR through a de-identification lens: a tool for compliance, clarification, and consistency,* Oxford University Press, 2017, 4.Già GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, Parere 05/2014, cit., 11, aveva precisato che "*i dati pseudonimizzati non possono essere equiparati a informazioni rese anonime, in quanto continuano a permettere l'identificazione delle singole persone*".

[132] Secondo il considerando 57 GDPR, il titolare "*non dovrebbe rifiutare le ulteriori informazioni fornite dall'interessato al fine di sostenere l'esercizio dei suoi diritti*".

[133] Ai fini dell'art. 11 GDPR, l'identificazione "*dovrebbe includere l'identificazione digitale di un interessato, ad esempio mediante un meccanismo di autenticazione quali le stesse credenziali, utilizzate dall'interessato per l'accesso (log in) al servizio on line offerto dal titolare*". Cfr. considerando 57.

[134] L'elenco comprende "*la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmis-*

tarla in senso estensivo [135]. È peraltro irrilevante che i dati siano o meno comunicati a terzi, perché costituisce trattamento anche la semplice registrazione o conservazione dei dati personali [136].

L'art. 2 GDPR individua una serie di ipotesi di trattamento che, pur astrattamente comprese nell'oggetto del Regolamento, riguardando i dati personali, ne sono escluse *ex lege*. Occorre principalmente fare riferimento all'art. 2 par. 2 lett. c), che esclude l'operatività della normativa in presenza di trattamenti:

a) "*effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto europeo*" (art. 2.2.a);

b) aventi speciale rilevanza pubblica, ovvero effettuati dalle autorità pubbliche al fine di prevenire, accertare o perseguire reati, per dare esecuzione a sanzioni penali ovvero per contrastare o prevenire le minacce alla sicurezza pubblica (art. 2.2b e d) [137];

c) irrilevanti perché "*effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico*" "*e quindi senza una connessione con un'attività commerciale o professionale*" (c.d. *household exemption*) (art. 2.2.c) [138].

La Corte di Giustizia UE ha evidenziato la necessità di interpretare in senso restrittivo le esenzioni dall'ambito di applicazione della normativa, sul presupposto che la tutela del diritto fondamentale alla vita privata, garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [139], impone che le deroghe alla tutela dei dati personali e le limitazioni di queste ultime debbano avvenire nei limiti dello stretto necessario [140] (sul punto si ritornerà nei paragrafi successivi). A tale riguardo,

---

sione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione".

[135] V. CGUE, 6 ottobre 2015, C-362/14, Schrems, ECLI:EU:C:2015:650, che vi ha ricompreso il trasferimento di dati personali da uno Stato membro verso un paese terzo.

[136] V. CGUE, 7 maggio 2009, C-553/07, Rijkeboer, ECLI:EU:C:2009:293, p.ti 43 s.; CGUE, 6 novembre 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, p.to 25. V. anche CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, Google Spain, ECLI:EU:C:2014:317, p.to 28, secondo cui l'attività di "esplorazione" della rete da parte di un motore di ricerca costituisce trattamento di dati personali autonomo e aggiuntivo rispetto a quello effettuato dagli editori dei singoli siti internet con la registrazione.

[137] Cfr. in particolare CGUE, 16 dicembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, punto 41; Id., 27 settembre 2017, C-73/16, Puškár, EU:C:2017:725, punti 36.

[138] In argomento si veda, ERDOS D., *Beyond 'Having a Domestic'? Regulatory Interpretation of European Data Protection Law and Individual Publication*, Computer Law and Security Rev., 2017, 33, 3, 275-297; SPANGARO, *L'ambito di riferimento materiale del nuovo regolamento*, in FINOCCHIARO G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017, 30.

[139] L'art. 8 della Carta, pur non contenendo una compiuta definizione del diritto in parola, stabilisce che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano; essa fissa altresì alcuni principi essenziali relativi al diritto in parola: i dati devono essere trattati secondo lealtà, ovvero in buona fede; le finalità del trattamento devono essere predeterminate e comunicate all'interessato prima dell'inizio del trattamento; l'interessato deve avere espresso il proprio consenso; in mancanza, il trattamento potrà avere luogo se ciò è previsto dalla legge; infine, l'interessato ha diritto di accedere ai propri dati presso il responsabile, e di ottenerne la rettifica. Come ben noto, il Trattato di Lisbona ha modificato l'art. 6 del TUE, attribuendo alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati.

[140] V., in tal senso, CGUE, 27 settembre 2017, Puškár, C-73/16, cit., punto 38; Id., 7 novembre

la Corte di Giustizia ha chiarito che "*detta eccezione si applica solo alle attività che vi sono espressamente menzionate*", ovvero "*quelle previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale*" o che possono essere ascritte alla stessa categoria [141]. In tutti i casi, si tratta di attività proprie degli Stati o delle autorità statali, estranee ai settori di attività dei singoli, delle società e dei soggetti privati, ivi compresi gli enti religiosi, le organizzazioni di volontariato [142] e gli editori di giornali [143]. Su queste basi, la Corte di Giustizia ha escluso che la raccolta di dati personali effettuata da Testimoni di Geova nel contesto della propria attività di predicazione porta a porta [144] potesse rientrare nell'esimente, non costituendo un'attività propria delle autorità statali, né potendo essere equiparata ad esse.

Con l'esenzione dell'uso domestico dei dati, invece, il legislatore europeo ha inteso liberare i privati dagli oneri del Regolamento, al fine di semplificare la condivisione dei dati personali, ove riferiti ad attività prettamente familiari o personali, e agevolare la libertà di esprimersi e comunicare delle persone fisiche. Un commentatore, utilizzando il rischio quale parametro interpretativo della disposizione [145], ha letto l'esenzione come uno strumento con cui il legislatore avrebbe deciso di escludere dall'ambito di applicazione della normativa attività connotate da un rischio decisamente basso per i diritti e le libertà delle persone fisiche, per le quali quindi sarebbe sicuramente sproporzionato applicare l'intero set di norme introdotte dal Regolamento [146]. Della disposizione la Corte di Giustizia aveva dato un'interpretazione

---

2013, IPI c. Geoffrey Englebert et al., C-473/12, ECLI:EU:C:2013:715 e Id., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

[141] CGUE, 6 novembre 2003, C-101/01, cit., punti 43 e 44; CGUE, 27 settembre 2017, Puškár, cit., punti 36 e 37.

[142] Cfr. CGUE, 6 novembre 2003, C-101/01, cit.

[143] CGUE, 16 dicembre 2008, C-73/07, cit., punto 41.

[144] CGUE, 10 luglio 2018, C-25/17, Tietosuojavaltuutettu v. Jehovan todistajat, EU:C:2018:551, Dir. inf., 2018, 4-5, 737, Resp. civ. e prev., 2019, 1, p. 0101C, con nota di PANETTA R., SARTORE F., *Proselitismo religioso e protezione dei dati personali: tra esigenze di tutela e particolarità della fattispecie*. La sentenza origina dal rinvio pregiudiziale operato dalla Korkein hallinto-oikeus (Corte suprema amministrativa finlandese) nel contesto di una controversia sorta tra il Tietosuojavaltuutettu (Garante per la protezione dei dati) e la Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta (Comunità religiosa dei Testimoni di Geova). La Commissione per la protezione dei dati riteneva che la comunità e i suoi membri fossero congiuntamente titolari dei trattamenti descritti. La comunità impugnava tale decisione dinanzi al Helsingin hallinto-oikeus (Tribunale amministrativo di Helsinki), il quale la annullava, non ritenendo la comunità dei Testimoni di Geova titolare del trattamento. Avverso tale sentenza, il Garante finlandese esperiva ricorso dinanzi al giudice alla Corte suprema amministrativa, la quale sottoponeva alla Corte di Giustizia UE quattro questioni pregiudiziali.

[145] L'approccio orientato al rischio pervade d'altronde l'intero impianto normativo del GDPR. Sul tema cfr. GELLERT, *We have always Managed Risks in Data Protection Law: Understanding the Similarities and Differences between the Rights-Based and the Risk-Based Approaches to Data Protection*, Eur. Data Prot. L. Rev., 2, 2016, 481-492.

[146] PANETTA R., SARTORE F., *Proselitismo religioso e protezione dei dati personali*, cit.

piuttosto restrittiva [147]. Nella sentenza *Lindqvist*, infatti, aveva escluso che il trattamento di dati personali operato sul web potesse essere ricondotto al perimetro di eccezione delineato per le attività esclusivamente personali e familiari, "*il che manifestamente non avviene nel caso del trattamento di dati personali consistente nella loro pubblicazione su Internet in modo da rendere tali dati accessibili ad un numero indefinito di persone*" [148]. Il legislatore del GDPR (e la stessa prassi decisionale del Garante) [149] – anche in ragione del mutato quadro tecnologico – pare aver superato l'orientamento della Corte. Infatti, il considerando 18 contempla la possibilità che l'uso dei social network rientri nell'ambito di esenzione. Esso prevede che rientrino tra le attività domestiche "*la corrispondenza e gli indirizzari, o l'uso dei social network e attività online intraprese nel quadro di tali attività*", mentre esclude che siano esonerati dall'applicazione del Regolamento "*i titolari del trattamento o i responsabili del trattamento che forniscono i mezzi per trattare dati personali nell'ambito di tali attività*" [150]. Quest'ultimo inciso pare profilare una del tutto peculiare [151] responsabilità del provider che fornisca i mezzi per trattare dati personali.

La Corte di Giustizia ha altresì escluso che costituisca un trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o dome-

---

[147] Posizione condivisa anche dal GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Opinion 5/2009 on online social networking*, 12 giugno 2009, 01189/09/EN WP 163.

[148] CGUE, 6 novembre 2003, C-101/01, cit., para. 47, Giur. it., 2004, p.1805-1809, con nota di CASSANO G., CIMINO I.P., *Qui, là, in nessun luogo … Come le frontiere dell'Europa si aprirono ad Internet: cronistoria di una crisi annunciata per le regole giuridiche fondate sul principio di territorialità*; Europa e diritto privato, 2004, 1002-1017, con nota di PANETTA R., *Trasferimento all'estero di dati personali e internet: storia breve di una difficile coabitazione*, Dir. pubbl. comp. ed europeo, 2004, 461-469, con nota di SIANO M., *La pagina internet non "esporta" dati all'estero: la Corte di giustizia definisce l'ambito di applicazione della direttiva sulla tutela dei dati personali e sulla loro libera circolazione*, Foro it., 2004, IV, Col. 59-64, con nota di PALMIERI A., PARDOLESI R., *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della "privacy" comunitaria*. La signora Lindqvist, catechista svedese, aveva pubblicato online i dati personali (tra cui alcuni dati sensibili) dei propri parrocchiani.

[149] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, provv. 18 dicembre 2010, docweb n. 1712776, ha stabilito che costituisce attività a carattere esclusivamente personale l'inserimento di contenuti per fini personali in un "profilo chiuso" di Facebook, visibile solo da un numero limitato di persone. Quanto ai profili aperti, ai quali trova regolarmente applicazione il GDPR, l'eliminazione tende ad essere disposta per le foto e i video in cui il segnalante risulta essere riconoscibile, ove questi non abbia prestato il consenso. Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2019*, 110.

[150] La disposizione presenta portata significativamente più ampia rispetto all'art. 5, co. 3, d.lgs. n. 196/2003 che sanciva l'applicazione del codice ai trattamenti per fini personali concernenti dati "*destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione*", con la conseguenza che la pubblicazione di dati nel web cadeva nel campo applicativo del codice.

[151] Sulle conseguenze della possibilità che le persone hanno d'immettere nell'infosfera dati e informazioni destinati a essere condivisi, selezionati, modificati e rivisti criticamente dagli altri e sugli obblighi e responsabilità dei prestatori di servizi nel campo della comunicazione elettronica e, più in dettaglio, dei prestatori dei servizi di social networking si veda PAGALLO U., *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, Dir. inf., 2009, 4-5, 705, secondo cui il principio di esenzione resta "*la condizione essenziale affinché le autostrade digitali siano disciplinate in accordo ai dettami di una società aperta e libera*".

stico l'installazione di un sistema di videosorveglianza [152] sulla propria abitazione familiare, che sia diretto verso la pubblica via e consenta dunque di registrare lo spazio pubblico [153]. Un'attività che sia diretta verso l'esterno della sfera privata della persona che procede al trattamento, non può essere considerata esclusivamente "personale o domestica", dovendosi intendere come tali solo attività strettamente e oggettivamente legate alla vita privata di una persona, che non incidano in modo sensibile sulla sfera personale altrui [154]. Così l'eccezione non troverà di regola applicazione al trattamento effettuato dalle tecnologie IoT [155] degli smart objects che, pur utilizzati in ambito domestico, prevedono il sistematico trasferimento di dati al produttore del bene o allo sviluppatore dell'applicativo informatico [156].

Nel caso concernente i Testimoni di Geova sopra menzionato [157], la Corte – pur tenendo in considerazione ancora il quadro normativo pre-Regolamento [158] – ha sottolineato che il carattere personale e domestico delle attività è da valutarsi con riferimento ai soggetti che effettuano il trattamento e non, al contrario, a coloro i cui dati sono trattati. Su queste basi, la Corte ha escluso la natura personale o domestica del trattamento effettuato nell'attività di proselitismo religioso [159]. Essendo tale

---

[152] Sul rapporto tra sorveglianza e tutela dei dati personali si veda PERRI P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 2020.

[153] CGUE, 11 dicembre 2014, Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428, punto 29, Dir. comunitario e scambi internaz., 2015, 1-2, 170. La fattispecie vedeva un cittadino ceco, vittima di un attacco alla propria abitazione, consegnare alla polizia registrazioni della propria videocamera di sorveglianza che consentivano di identificare due sospetti, a carico dei quali venivano promossi procedimenti penali. Essi contestavano la legalità del trattamento dei dati registrati dalla videocamera. L'Ufficio per la tutela dei dati personali ceco rilevava una violazione delle norme in materia di tutela dei dati personali per essere la registrazione avvenuta senza il consenso dell'interessato, mentre si trovava sulla pubblica via. Investita di un ricorso per cassazione, la corte suprema amministrativa chiedeva alla Corte di Giustizia se la registrazione costituisse un trattamento di dati non disciplinato dalla Direttiva. Cfr. anche EDPB, *Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*, 29 gennaio 2020, punto 12 e ss. secondo cui occorre effettuare una valutazione complessiva che tenga in considerazione i seguenti fattori "*the user of video surveillance at home needs to look at whether he has some kind of personal relationship with the data subject, whether the scale or frequency of the surveillance suggests some kind of professional activity on his side, and of the surveillance's potential adverse impact on the data subjects*".

[154] NOCERA I.L., *La telecamera di videosorveglianza installata sulla casa diretta sulla strada viola la privacy*, Dir. e giust., 2014, 1, 20.

[155] V. nota 189.

[156] GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 8/2014 sui recenti sviluppi nel campo dell'Internet degli oggetti*, 16 settembre 2014, 1471/14/IT WP 223.

[157] CGUE, 10 luglio 2018, C-25/17, cit.

[158] Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. Paolo Mengozzi, 1 febbraio 2018, C-25/17, p.to 18. Tuttavia, le questioni affrontate dai giudici di Lussemburgo vertevano su temi lasciati pressoché invariati dalla riforma.

[159] Una volta instaurato un dialogo con gli interlocutori e le loro famiglie, i predicatori si annotavano la conversazione avvenuta e i dati relativi a nome, cognome, credo religioso e desiderio di venire ricontattati in futuro. La comunità, pur non potendo avere accesso ai dati di dettaglio una volta raccolti, riceveva l'elenco dei soggetti che desideravano non essere più ricontattati, utilizzandolo per rendere più efficiente la propria azione.

attività rivolta all'esterno, ovvero a diffondere il credo presso persone non appartenenti alla sfera familiare degli accoliti, la medesima si sviluppa necessariamente al di fuori della sfera individuale dei singoli predicatori.

3.4.3. *Condizioni di liceità del trattamento e dati personali resi pubblici dall'interessato*

Nonostante, il regolamento fissi – a partire dalla sua epigrafe – la libera circolazione dei dati personali quale proprio obiettivo [160], la possibilità di trattare i dati personali, ivi compresa la loro comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, risulta all'atto pratico condizionata dalla necessità di "*assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche*" [161] (sul primato di essa v. par. 3.1). I limiti alla possibilità di trattare lecitamente i dati personali sono stringenti. L'art. 8 della Carta di Nizza impone che il trattamento avvenga in base al consenso dell'interessato o ad un altro fondamento legittimo previsto dalla legge [162]. L'art. 6 GDPR elenca sei "condizioni di liceità" che rendono possibile un trattamento di dati personali altrimenti illecito: i) consenso, ii) adempimento obblighi contrattuali, iii) interessi vitali della persona interessata o di terzi, iv) obblighi di legge cui è soggetto il titolare, interesse pubblico o esercizio di pubblici poteri, v) interesse legittimo prevalente del titolare o di terzi cui i dati vengono comunicati [163]. L'applicazione di una di queste sei basi deve essere stabilita e comunicata all'interessato prima di procedere al trattamento e in relazione ad una specifica finalità [164].

Per alcune "categorie particolari di dati personali", corrispondenti ai c.d. dati "sensibili", cioè quelli "*che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché… dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*" (considerando 51), il trattamento è vietato, a meno che il titolare possa dimostrare di soddisfare almeno una delle condizioni aggiuntive (c.d. "casi di inapplicabilità") fissate all'art. 9, par. 2 GDPR. Tra queste rileva, ad esempio, che a) l'interessato abbia prestato il proprio consenso esplicito al trattamento per una o più finalità specifiche; b) il trattamento sia effettuato da un organismo senza scopo di lucro che persegua finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali; c) il trattamento riguardi dati resi manife-

---

[160] Cfr. art. 1 e considerando 2, 3, 166 GDPR.

[161] Cfr. considerando 10 GDPR.

[162] La disposizone recita così: "*Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 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. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*".

[163] Per approfondire le singole basi giuridiche si rinvia a BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2016, 288 ss.

[164] Ai sensi dell'art. 13, par. 1, lett. c) e/o dell'art. 14, par. 1, lett. c) GDPR, il titolare del trattamento è tenuto ad informarne l'interessato.

stamente pubblici dall'interessato; d) il trattamento sia necessario per uno scopo di pubblico interesse, tra quelli elencati dalla disposizione [165]. Tra questi risulta senz'altro di particolare rilievo ai nostri fini l'ipotesi *sub* lett. c), volta a facilitare la libera diffusione del pensiero (sul bilanciamento con il diritto alla tutela dei dati personali si rinvia ai paragrafi che seguono). Non si tratta certamente di una autorizzazione generale ad utilizzare dati pubblicamente accessibili. Analogamente ad ogni altro trattamento di dati personali, anche per i dati resi pubblici è necessario che il titolare del trattamento rispetti i principi fissati all'art. 5 GDPR. Tra questi meritano particolare menzione i principi di:

– limitazione della finalità del trattamento [166], compreso l'obbligo di assicurare che eventuali trattamenti successivi non siano incompatibili con le finalità della raccolta dei dati (art. 5(1)(b) GDPR);

– minimizzazione dei dati: ossia, i dati devono essere "*adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati*" (art. 5(1)(c) GDPR) [167].

– limitazione della conservazione: ossia, è necessario provvedere alla conservazione dei dati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali è stato effettuato il trattamento (art. 5(1)(e) GDPR) [168].

Tali principi comportano la necessità di tenere conto dello specifico contesto nel

---

[165] i) per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale; ii) per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; iii) per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitino le loro funzioni giurisdizionali; iv) per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri; v) per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali; vi) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica; vii) per il perseguimento di fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici.

[166] Il principio di finalità è richiamato trasversalmente all'art. 8 CEDU, agli artt. 5, lett. b), e 9, Convenzione n. 108, e all'art. 8 Carta di Nizza, ed è considerato dal GRUPPO DI LAVORO ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 2 aprile 2013, 00569/13/EN WP 203 alla base della legittimità del trattamento. Per una analisi del parere si veda PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2016, 250.

[167] Il titolare deve perciò limitarsi a raccogliere quei soli dati che siano strettamente necessari al perseguimento delle finalità predeterminate. Peraltro il GRUPPO DI LAVORO ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Opinion 2/2013 on apps on smart devices*, 27 febbraio 2013, 00461/13/EN WP 202 ha chiarito che la minimizzazione si estende anche alla configurazione dei software, i quali devono essere configurati in modo da ridurre al minimo l'uso di dati, secondo una logica di *privacy by design*. Il principio di minimizzazione era già stato codificato all'interno dell'art. 6 Dir. 95/46, nonché nell'art. 3 d.lgs. n. 196/2003.

[168] Laddove il trattamento sia effettuato per archiviazione per ragioni di pubblico intetesse o per finalità statistiche o di ricerca scientifica o storica i dati personali potranno essere conservati più a lungo sempre che il responsabile adotti adeguate misure tecniche e organizzative a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato.

quale i dati siano stati resi pubblici. Infatti, per la legittimità dell'uso non basta la sua presenza su fonti liberamente accessibili, ma è necessario anche che le finalità di tale uso siano compatibili con quelle che ne giustificano la presenza su tale fonte. Pubblico, in altre parole, "*indica conoscibile, ma non necessariamente utilizzabile*" [169].

In proposito, il Garante, ancor prima dell'entrata in vigore del Regolamento, si è pronunciato più volte in materia, ribadendo che "*la circostanza che gli indirizzi di posta elettronica possano essere reperiti con una certa facilità in Internet non comporta il diritto di utilizzarli liberamente per inviare messaggi pubblicitari […]. In particolare, i dati dei singoli utenti che prendono parte a gruppi di discussione in Internet sono resi conoscibili in rete per le sole finalità di partecipazione ad una determinata discussione e non possono essere utilizzati per fini diversi qualora manchi un consenso specifico […]. Ad analoga conclusione deve pervenirsi per gli indirizzi di posta elettronica compresi nella lista "anagrafica" degli abbonati ad un Internet provider […] oppure pubblicati sui siti web di soggetti pubblici per fini istituzionali. Tali considerazioni valgono anche con riferimento ai messaggi pubblicitari inviati a gestori di siti web – anche di soggetti privati – utilizzando gli indirizzi pubblicati sugli stessi siti, o che sono reperibili consultando gli elenchi dei soggetti che hanno registrato i nomi a dominio. In quest'ultimo caso, infatti, la conoscibilità in rete degli indirizzi è volta ad identificare il soggetto che è o appare responsabile, sul piano tecnico o amministrativo, di un nome a dominio o di altre funzioni rispetto a servizi Internet […] e non anche a rendere l'interessato disponibile all'invio di messaggi pubblicitari*" [170].

Nemmeno è possibile fare affidamento sulla pubblicità del dato in caso di trattamento nel contesto della videosorveglianza. Il semplice fatto di entrare nel raggio d'azione della fotocamera non implica infatti che l'interessato intenda rendere pubbliche categorie speciali di dati che lo riguardano [171].

Alla luce di tale orientamento, il fatto che i dati personali pubblici siano per definizione conoscibili da chiunque non significa affatto che siano utilizzabili liberamente, cioè senza dover applicare le disposizioni del GDPR. Come vedremo anche nei paragrafi successivi, a proposito del diritto all'oblio, le disposizioni del Regolamento trovano applicazione anche quando ad essere trattati siano dati personali attinti da registri, a meno che non trovi applicazione una causa di esclusione dell'applicazione del GDPR, quale l'uso "*nell'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale e domestico*" (art. 2.2, lett. c, v. par. 3.4.2). In caso di trattamento illecito, la circostanza che i dati trattati illecitamente siano accessibili al pubblico rileva al più ai fini della liquidazione del danno risarcibile: infatti, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che "*è possibile prendere in considerazione il fatto che la gravità della violazione dei diritti fondamentali della persona interessata […] possa variare in funzione della circostanza se i dati di cui trattasi figurino già, o no, in fonti accessibili al pubblico*" [172].

---

[169] Cfr. sul punto BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il regolamento privacy europeo.* cit., 316.

[170] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, 29 maggio 2003, n. 29840, para. 2.

[171] EDPB, *Guidelines 3/2019*, cit., p.to 70.

[172] Cfr. CGUE, 24 novembre 2011, C-468 e 469/10, ASNEF, ECLI:EU:C:2011:777, p.to 44.

3.4.4. *I diritti di controllo dell'interessato: revoca del consenso e opposizione*

Una volta che la base giuridica su cui si fonda il trattamento si sia esaurita, il titolare del trattamento dovrà generalmente cancellare o anonimizzare i dati [173].

Dinanzi all'inadeguatezza mostrata da un approccio essenzialmente riparatorio, già posto al centro della Dir. 95/46, la nuova disciplina ha accolto un'impostazione fondata su una tutela anche preventiva, che – in omaggio al principio di *accountability* (cfr. art. 24 GDPR) [174] – utilizzi gli strumenti della valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali e della c.d. protezione *by design* e *by default* (cfr. art. 25 GDPR) [175]. La tutela, pertanto, è anticipata ad un momento anteriore al trattamento dei dati personali e prevede un impegno attivo dei titolari – in particolare quando si tratti di società di telecomunicazione – fin dalla progettazione dei prodotti e servizi il cui utilizzo incida sui dati degli utenti [176]. Ciò non esclude comunque strumenti di controllo e reazione *ex post* da parte del soggetto interessato, cui sono offerti rimedi per porre fine al trattamento ingiustificato. Tali strumenti di controllo sono logicamente preceduti da strumenti conoscitivi (il diritto all'informativa [177], il diritto di accesso [178] e il diritto a ricevere comunicazione di eventuali violazioni dei dati incorse durante il trattamento [179]), che consentono di ottenere informazioni utili a verificare la possibilità di attivare validamente i suddetti rimedi.

Sebbene il consenso sia posto dal Regolamento sul medesimo piano di ogni altra

---

[173] Cfr. GRUPPO DI LAVORO ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679,* WP259, 17/EN, 28 novembre 2017, 29.

[174] Sul legame tra *accountability* e *data protection by design* e *by default* si veda il considerando 78 GDPR che chiarisce come l'adozione di misure di protezione dei dati by design e by defalut ha anche lo scopo di mettere il titolare nelle condizioni di "*dimostare la conformità*" del trattamento al GDPR. Tale legame è poi ulteriormente sottolineato dall'art. 83, co. 2, lett. d) GDPR, il quale prevede che nel decidere se comminare una sanzione amministrativa e nel fissarne l'importo, l'autorità deve tenere conto anche del grado di responsabilità del titolare o responsabile del trattamento, considerate le misure tecnologiche ed organizzative da essi messe in atto ai sensi degli artt. 25 e 32 GDPR. Cfr. BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il regolamento privacy europeo.* cit., 340.

[175] Il principio della *data protection by-default* si sostanzia in quelle misure tecniche e organizzative, tra i quali la pseudonimizzazione e la minimizzazione, funzionali a garantire che vengano trattati solo i dati personali necessari alle finalità perseguite. La *data protection by design*, invece, richiede di creare prodotti e servizi che tengano conto, sin dalla progettazione, delle regole e dei principi della protezione dei dati. A riguardo si veda *ex multis* PAGALLO U., *Privacy e design*, Informatica e dir., 2009, 18, 1, 123-134 e Id., *On the Principle of Privacy by Design and its Limits: Technology, Ethics and the Rule of Law*, in GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P., POULLET, Y. (eds.), *European Data Protection: In Good Health?*, Springer, 2012, 331-346.

[176] STANZIONE M.G., *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, Europa e Dir. Priv., 2016, 4, 1249. Per un esempio pratico di applicazione della *privacy by design* ad un software di navigazione per droni si veda BASSI E., BLOISE N., DIRUTIGLIANO J., FICI G.P., PAGALLO U., PRIMATESTA S., QUAGLIOTTI F., *The Design of GDPR-Abiding Drones Through Flight Operation Maps: A Win–Win Approach to Data Protection, Aerospace Engineering, and Risk Management*, Minds and Machines, 2019, 29, 1, 579-601.

[177] Art. 13 e 14 GDPR.

[178] Art. 15 GDPR.

[179] Art. 34 GDPR.

base giuridica del trattamento [180], resta quella attraverso cui il potere di controllo sui propri dati esercitato dall'interessato si manifesta in maniera più intensa. Qualora la base giuridica del trattamento sia il consenso [181], l'art. 7, par. 3 GDPR, prescrive che il titolare del trattamento debba garantirne la revocabilità da parte dell'interessato in qualsiasi momento con la stessa facilità con cui lo ha espresso. Il titolare del trattamento deve informare l'interessato del diritto di revoca prima che quest'ultimo presti effettivamente il consenso. Di norma, se il consenso viene revocato, tutti i trattamenti dei dati basati su di esso avvenuti prima della revoca (e in conformità con il regolamento) rimangono leciti, tuttavia il titolare del trattamento deve interrompere le attività di trattamento interessate. Qualora non sussista un'altra base legittima per il trattamento, il titolare deve cancellare i dati trattati [182]. Se vuole continuare a trattare i dati in forza di un'altra base legittima, deve notificare all'interessato la modifica della base giuridica del trattamento, in conformità al principio generale di trasparenza e agli obblighi di informazione di cui agli artt. 13 e 14 GDPR. Inoltre, sempre nel contesto dell'obbligo di trasparenza, il titolare del trattamento deve informare l'interessato sulle modalità di esercizio dei suoi diritti, previsti dagli artt. da 16 a 20 GDPR, alla cancellazione, limitazione, rettifica e accesso.

Il diritto di revoca del consenso è particolarmente forte perché implica un duplice livello di controllo da parte dell'interessato, riassumibile nella formula del c.d. "*opt-in*": il titolare non può liberamente iniziare il trattamento senza il consenso dell'interessato e in più l'interessato può optare per farlo cessare. Quando la base del trattamento sia diversa dal consenso, all'interessato residua solo la seconda facoltà, c.d. di "*opt-out*", mediante l'esercizio del diritto di opposizione [183]. La facoltà di far cessare il trattamento mediante opposizione non ha tuttavia applicazione generale, ma limitata ad ipotesi di trattamento:

a) necessario per l'esecuzione di compiti di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri *ex* art. 6.1.a;

b) necessario per un interesse legittimo del titolare *ex* art. 6.1.f;

c) per finalità di marketing diretto *ex* art. 6.2;

---

[180] Si tratta di un aspetto di novità del GDPR rispetto all'impianto c.d. "verticale" precedentemente adottato dal Codice della Privacy e dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675, nel recepimento della Dir. 95/46. Ivi il consenso era trattato alla stregua di condizione di liceità dei trattamenti tra soggetti privati, sufficiente per i dati comuni o accompagnata da autorizzazione del Garante per i dati sensibili. Solo ricorrendo una serie di eccezioni (*rectius* clausole di esonero) poteva lecitamente procedersi al trattamento senza il consenso. Cfr. sul punto BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il regolamento privacy europeo.* cit., 278-279.

[181] Per una analisi approfondita della nozione di consenso cfr. GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, WP 259, 28 novembre 2017, come modificate e adottate da ultimo il 10 aprile 2018.

[182] Cfr. art. 17, par. 1, lett. b) e art. 17, par. 3 GDPR.

[183] Il diritto, seppur già previsto dall'art. 14 Dir. 95/46, è stato rivisto dal legislatore del Regolamento che ha invertito l'onere della prova, favorendone l'esercizio da parte dell'interessato. Mentre prima questi avrebbe dovuto provare la sussistenza di "*motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare*", ora i motivi legittimi sono presunti e la prova liberatoria è posta a carico del titolare del trattamento (cfr. art. 21, par. 1 GDPR).

d) per finalità di ricerca scientifica o storica o per finalità statistica *ex* art. 6.6.

L'elencazione ha carattere di tassatività. L'esercizio del diritto può essere più o meno gravoso a seconda che l'interessato sia tenuto a motivare l'opposizione [184] e il titolare del trattamento abbia la possibilità di rifiutarla *tout court* o in casi specifici [185]. Sia il diritto di revocare il consenso, sia il diritto di opposizione sono considerati indisponibili, ovvero non derogabili pattiziamente [186].

3.4.5. *Il diritto alla portabilità dei dati personali*

La novità di maggior rilievo [187] proposta dal legislatore europeo al fine di potenziare il controllo dell'interessato sulla circolazione delle informazioni è il riconoscimento di un diritto alla portabilità dei dati. Si tratta del "*diritto di ricevere in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti ad un titolare del trattamento*" (art. 20 GDPR) al fine di spostarli senza vincoli, facendoli circolare tra titolari. La portabilità è stata accolta come strumento volto a promuovere la concorrenza nei mercati basati sui dati [188], rendendo più contendibili i dati personali raccolti dagli operatori nei mercati digitali (social networks, servizi pubblicità online, piattaforme di vendita online, ecc.), così da superare il fenomeno del c.d. "*vendor lock in*". Specialmente in una società fortemente interconnessa come quella basata sulle tecnologie dell'*Internet of things* [189], il rischio di perdere i propri dati per l'impossibilità di spostarli, si poneva come barriera tecnica alla mobilità sul mercato e incentivo alla creazione di situazioni di dipendenza forzata da un determinato fornitore di servizi [190]. In questi termini si è espressa la Commissione Europea,nell'autorizzare la fusione *Microsoft/LinkedIn*. Essa ha escluso che la concentrazione di dati in un unico soggetto avrebbe avuto la

---

[184] Ciò accade nei trattamenti di cui agli artt. 6.1 e 6.6 GDPR.

[185] Nelle ipotesi di cui all'art. 6.1. l'opposizione può essere rifiutata a) in presenza di motivi legittimi cogenti e prevalenti, b) in caso di esercizio di diritto in sede giudiziaria. Nell'ipotesi di cui al para. 6, l'opposzione può essere rifiutata solo se il trattamento sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico.

[186] BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il regolamento privacy europeo*, cit., 236 e 241.

[187] Cfr. DE HERT P., PAPAKONSTANTINOU V., MALGIERI G., BASLAY L., SANCHEZ I., *The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services*, CLSR, 2018, 334, 193, 194. Gli Autori evidenziano come il precursore del diritto sia il meccanismo di portabilità dei numeri telefonici introdotto all'art. 30 Dir. 2002/22/EC relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

[188] Cfr. LYNSKEY O., *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability*, European Law Review, 2017, 793, 803. Si veda anche KATHURIA V., LAI J.C., *User Review Portability: Why and How?*, TILEC Discussion Paper No. 2018-023.

[189] Il concetto di Internet of Things (IoT) si riferisce a "*un'infrastruttura in cui miliardi di sensori incorporati in dispositivi comuni di uso quotidiano e domestico, c.d. "smart objects" collegati ad altri oggetti o individui sono progettati per registrare, elaborare, archiviare e trasferire dati e, in quanto associati a identificatori univoci, interagire con altri dispositivi o sistemi utilizzando le funzionalità di rete*" (traduzione dell'autore dall'inglese). Cfr. GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 8/2014*, cit., 4.

[190] Per una panoramica generale sul problema si rinvia a CIANI J., *A competition law oriented look at the application of data protection and IP law to the Internet of Things*, cit., 215-249.

capacità di falsare la concorrenza, anche sul presupposto che i diritti riconosciuti dal GDPR, e la portabilità dei dati in particolare,"*may further limit Microsoft's ability to have access and to process its users'personal data in the future*" [191].

Tuttavia, da più parti è stato rilevato che il diritto alla portabilità dei dati non sarebbe sufficiente a promuovere la concorrenza nei mercati basati sui dati. Anche a voler tacere delle difficoltà di dare effettiva implementazione al diritto, specialmente per la mancanza di disposizioni che vincolino all'adozione di *standards* di interoperabilità [192], ne sarebbe comunque sovradimensionata l'importanza [193].

Il Report degli Special Advisors della Commissione UE '*A Competition Policy for the Digital Era*' [194] ha rilevato come la portabilità dei dati non sarebbe stata concepita come un diritto all'accesso continuo ai dati o finalizzato a richiedere l'interoperabilità dei dati tra due o più servizi impiegati dall'interessato. Al contrario, essa opera come un diritto a ricevere una copia di alcuni dati accumulati in passato. Mentre può quindi agevolare il passaggio tra servizi, non è stata pensata per facilitare il *multi-homing* [195] o l'offerta di servizi complementari tra dispositivi interconnessi, che spesso si basano su un accesso continuo ed in tempo reale ai dati.

Nell'attuale accezione, dunque, il diritto di portabilità necessita di essere affiancato da altri strumenti che consentano un più penetrante accesso ai dati, identificato dal Rapporto come "*essential and justified step needed to unlock competition*" [196]. Tali ulteriori strumenti sono stati individuati in:

---

[191] COMMISSIONE UE, 6 dicembre 2016, Microsoft/LinkedIn, Case M. 8124 C(2016) 8404 final, para. 178.

[192] BORGOGNO O., *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.*, Dir. inf., 2019, 3, 689; BORGOGNO O., PONCIBÒ C., *The Day After Tomorrow of Banking – On FinTech, Data Control and Consumer Empowerment*, in AGGARWAL N., EIDENMULLER H., ENRIQUES L., PAYNE J., ZWIETEN K. (eds.), *Autonomous Systems and the Law*, Nomos, 2019, 55.

[193] EBU, *EBU Reply to the Commission's Consultation on A European Strategy for Data*, 2020. Osservazioni simili sono state presentate anche nel rapporto FURMAN, J., COYLE D., FLETCHER A., MCAULEY D., MARSDEN P., *Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019, 65, 68-69, che nota: "*Data portability typically just refers to consumers being able to themselves request access to and move data from one business to another. Currently, moving data from one business to another can be complex and time-consuming, often relying on a consumer to manually request and download their data, convert it into a format required by the business they want to move it to and to upload it again*".

[194] SCHWEITZER H., CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., *Competition olicy for the Digital Era*, 2019.

[195] Si tratta del fenomeno in forza del quale quando una nuova piattaforma succedanea a quella già utilizzata entra sul mercato, invece di abbandonare la vecchia per passare alla nuova (*single-homing*), si opta per mantenerle entrambe. Cfr. AMBRUS A., CALVANO E., REISINGER M., *Either or both competition: A "two-sided" theory of advertising with overlapping viewerships*, American Economic Journal: Microeconomics, 2016, 8, 3, 189-222; ARMSTRONG M., WRIGHT J., *Two-sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts*, Economic Theory, 2007, 32, 2, 353-380; CORTS K.S., LEDERMAN M., *Software exclusivity and the scope of indirect network effects in the U.S. home video game market*, International Journal of Industrial Organization, 2009, 27, 2, 121-136; LANDSMAN V., STREMERSCH S., *Multihoming in two-sided markets: An empirical inquiry in the video game console industry*, Journal of Marketing, 2011, 75, 6, 39-54.

[196] SCHWEITZER H., CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., *Competition Policy for the Digital Era*, cit., 9.

(i) una regolamentazione settoriale specifica che consenta di aprire l'accesso ai dati a mercati secondari per servizi complementari, come è avvenuto nel contesto della Dir. 2015/2366/UE sui servizi di pagamento [197] o come auspicato dalle autorità regolatorie italiane per l'"*accesso a taluni dati in possesso delle piattaforme digitali globali … necessario anche per i soggetti preposti alla rilevazione delle 'audience'*" [198];

(ii) un intenso contrasto agli abusi di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE (cfr. *sub* par. 4) [199].

3.4.6. *Il limite della necessità e proporzionalità delle misure limitative del diritto sui dati personali*

Altri limiti alla libera circolazione del dato sono posti al di fuori del Regolamento o comunque trovano specificazione decisiva, al fine di comprenderne l'effettiva portata applicativa, nel formante giurisprudenziale. A riguardo, si è scelto di collocare il Regolamento entro lo stesso alveo già occupato dalla Dir. 95/46 e quindi limitarne il contenuto precettivo alla sola disciplina generale, demandando viceversa agli Stati, nel rispetto della sensibilità, delle tradizioni e della struttura di ciascun ordinamento nazionale, il compito di trovare, con le leggi nazionali, il punto di equilibrio tra il diritto *de quo* e le altre istanze di tutela potenzialmente concorrenti [200], a partire dalle libertà fondamentali di espressione, di accesso all'informazione, dell'arte e delle scienze e dagli interesssi confliggenti in materia di sanità pubblica e ricerca scientifica.

La Corte di Giustizia UE ha riconosciuto che "*il diritto alla protezione dei dati personali non è un diritto assoluto, ma deve, come sottolinea il considerando 4 d[el] regolamento, essere considerato in relazione alla sua funzione sociale ed essere bilanciato con altri diritti fondamentali, conformemente al principio di proporzionalità*" [201].

---

[197] Dir. (EU) 2015/2366 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la Direttiva 2007/64/CE, [2015] OJ L337 (PSD2), artt. 64-68, entrata in vigore il 13 gennaio 2018, che ha introdotto una forma settoriale di portabilità dei dati nel settore dei servizi di pagamento (PSD2): i prestatori di servizi di radicamento di conti di pagamento, tra cui in primo luogo le banche, devono fornire alle parti terze accesso in tempo reale ai dati relativi ai conti di pagamento dei consumatori mediante interfacce digitali, previo consenso espresso del consumatore. In merito si veda BORGOGNO O., *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità*, cit., 689.

[198] AGCM, AGCOM, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020, 12, "*al fine di garantire lo sviluppo pro-concorrenziale dei mercati della pubblicità on-line – e del cosiddetto programmatic advertising basato sulla profilazione algoritmica degli utenti – e di assicurare un'equa ripartizione delle risorse idonea a promuovere un'offerta informativa di qualità*".

[199] Cfr. SCHWEITZER H., CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., *Competition Policy for the Digital Era*, cit.

[200] BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il regolamento privacy europeo*, cit., 536.

[201] CGUE, 9 novembre 2010, C-92/09 e C-93/09, Volker und Markus Schecke e Eifert, EU:C:2010:662, punto 48. Sulla sentenza v. il commento di DERO-BUGNY D., *Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, Journal droit int., 2011, 492-493. La Corte di giustizia, fin dalle sue pronunzie più risalenti, aveva individuato una formula generale di limitazione dei diritti fondamentali che è rimasta in seguito sostanzialmente invariata. Cfr. CGUE, 14 maggio 1974, C-4/73, Nold, punto 14 e Id., 13 dicembre 1979, C-44/79, Liselotte Hauer, punti 23 e 32, ove

Il tema del bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e altri diritti meriterebbe un saggio a sé e non può evidentemente trovare trattazione in questo lavoro che non sia per "brevi cenni". Il 12 aprile 2017, il Garante europeo della protezione dei dati (EDPS) ha pubblicato un "Necessity Toolkit", intitolato "*Valutare la necessità di misure che limitano i diritti fondamentali alla protezione dei dati personali*" [202], progettato per aiutare i responsabili politici a identificare l'impatto di nuove leggi restrittive del diritto fondamentale alla protezione dei dati e determinare i casi in cui la limitazione di questo diritto sia conforme all'art. 52, para. 1 della Carta di Nizza. Tale norma afferma – con clausola generale applicabile trasversamente a tutti i diritti previsti dalla Carta [203] – che qualsiasi limitazione all'esercizio del diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 della Carta) debba:

– essere prevista dalla legge,
– rispettare l'essenza dei diritti,
– raggiungere obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'UE o la necessità di proteggere i diritti e le libertà altrui,
– essere necessaria e proporzionale [204].

"*La necessità implica una valutazione combinata e basata sui fatti dell'efficacia della misura per l'obiettivo perseguito e se sia meno invasiva rispetto ad altre opzioni per raggiungere lo stesso obiettivo*" e costituisce condizione preliminare in assenza della quale una misura legislativa non dovrebbe essere proposta.

Una volta che questa sia ritenuta necessaria, dovrebbe essere esaminata in base alla proporzionalità, il cui contenuto è stato esaminato dal EDPS

---

la Corte, pronunciandosi sulla compatibilità di alcuni atti comunitari con il diritto di proprietà, aveva affermato che i diritti fondamentali non costituiscono "prerogative assolute" ma che, alla luce delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e della CEDU e del suo Protocollo n. 1, possono essere soggetti a restrizioni che perseguano obiettivi di interesse generale, che non costituiscano un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti e che, infine, non ledano la sostanza del diritto in questione (v. cap. 2, par. 8.2). In dottrina cfr. TESAURO G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, Riv. int. dir. uomo 1992, 426 ss. e LUGATO M., *Principio di proporzionalità e invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Dir. comunitario e scambi internaz., 1991, 67 ss.

[202] EDPS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, 11 aprile 2017.

[203] COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bruxelles, 13 settembre 2000, COM(2000) 559 def.

[204] Per un approfondimento su tale disposizione, la determinazione dell'ampiezza della discrezionalità del legislatore nel bilanciamento dei diritti e delle libertà e la valutazione del rispetto del principio di proporzionalità cfr. MANZINI P., *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, 127 ss.; MASTROIANNI R., *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, Il diritto dell'Unione Europea, 2011, 16, 2, 319 ss.; TANCREDI A., *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, Riv. dir. int., 2006, 644 ss., ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Per l'aspetto relativo allo strumento normativo con cui effettuare eventuali limitazioni dei diritti garantiti v. MORI P., *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Diritto dell'Unione Europea, 2014, 2, 243.

all'interno delle "Linee guida sulla proporzionalità" adottate nel dicembre 2019 [205]. Il relativo test implica la valutazione di quali "salvaguardie" dovrebbero accompagnare la misura al fine di ridurre ad un livello accettabile i rischi che questa pone per i diritti e le libertà fondamentali dei soggetti interessati. Ciò comporta la valutazione della efficacia, oltre che della misura proposta, anche di quelle già esistenti in vista di uno scopo simile o uguale. Ne consegue un test per così dire di adeguatezza della misura, sussistendo un legame logico ed equilibrato tra la stessa (il mezzo utilizzato) ed il (legittimo) obiettivo perseguito [206]. Con l'adozione di una *checklist*, le Linee guida mirano ad aiutare il legislatore a porsi la giusta serie di domande per valutare la proporzionalità delle nuove misure legislative, tenendo conto delle questioni più pertinenti e ricorrenti in materia di protezione dei dati:

a) valutare l'importanza dell'obiettivo e in che modo la misura possa raggiungerlo;
b) valutare lo scopo, l'estensione e l'intensità dell'interferenza ingenerata dalla misura;
c) procedere ad un equo bilanciamento della misura;
d) se la misura non è proporzionata, identificare ed introdurre le adeguate clausole di salvaguardia.

L'affinità del principio di proporzionalità rispetto al *Three Step Test* che opera in senso restrittivo della portata delle eccezioni al diritto d'autore (cfr. cap. 4, par. 3.3) mostra efficacemente come anche a livello di ordinamento europeo il bilanciamento tra diritti fondamentali operi trasversalmente in tutte le aree del diritto e costituisca dunque potenziale porta di accesso anche di quelle limitazioni che si rendano necessarie a garantire accesso e salvaguardia al pubblico dominio.

3.4.7. *Diritto all'oblio e bilanciamento tra informazione e tutela dei dati personali*

Non essendo possibile considerare in concreto ed in maniera comprensiva il modo di atteggiarsi del bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e altre libertà fondamentali, in questa sede ci si soffermerà, in particolare, sul rapporto con il diritto di cronaca ed informazione che, contribuendo a tracciare il confine tra ciò che può essere diffuso e ciò che deve restare nella sfera privata, incide significativamente sulla ricognizione degli spazi di pubblico dominio.

Le origini del contrastato rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della sfera personale dell'individuo sono antiche [207] e le riflessioni degli studiosi e della giurisprudenza sul corretto equilibrio tra i due valori precedono

---

[205] EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, 19 dicembre 2019.

[206] Corte EDU, 12 gennaio 2016, Szabo e Vissy c. Ungheria, para. 73.

[207] Del resto, lo stesso concetto di diritto alla *privacy* nasce negli Stati Uniti in reazione ad interferenze giornalistiche nella vita privata di un individuo. Ci si riferisce naturalmente al celebre saggio di WARREN S., BRANDEIS L., *The Right to privacy*, Harvard Law Rev., 1890, 4, 5, 193-220 su cui si veda BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974, nonché, ID., *Il diritto di privacy e la comunicazione elettronica*, Percorsi costituzionali, 2010, 1, 49 ss.

l'ingresso della disciplina sulla tutela dei dati personali nel nostro ordinamento [208]. In linea generale, il legislatore ha previsto deroghe alla disciplina a tutela dei dati personali a favore dell'attività giornalistica e di informazione [209]. Come risulta dal combinato disposto degli artt. 137, co. 3, e 136, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (così come integrato con le modifiche introdotte dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679, di seguito anche solo "Cod. Privacy"), infatti, possono essere trattati senza consenso e senza previa informativa i dati personali "*relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati o attraverso loro comportamenti in pubblico*", qualora il trattamento sia "*effettuato nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità*" o "*finalizzato esclusivamente alla pubblicazione o diffusione anche occasionale di articoli, saggi e altre manifestazioni del pensiero anche nell'espressione accademica, artistica e letteraria*". Questo regime (integrato con le norme deontologiche che interessano la professione) [210] agevolato di trattamento è temperato dal necessario rispetto dei "*limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti e delle libertà delle persone e, nello specifico, il limite dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico*" (art. 137 Codice Privacy).

In particolare, il diritto alla riservatezza richiede il rispetto del principio di essenzialità dell'informazione e l'adozione di accorgimenti atti a non svelare, neppure indirettamente, l'identità personale dei soggetti [211]. Tale bilanciamento si atteg-

---

[208] Il primo pronunciamento di una corte sul bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca si fa tradizionalmente risalire al celebre caso *Soraya Esfandiari*. Cfr. Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129, sulla quale si rinvia a CUNIBERTI M., *Riservatezza e identità personale*, in CUNIBERTI M., LAMARQUE E., TONOLETTI B., VIGEVANI G.E., VIVIANI SCHLEIN M.P., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 116 ss.; CARETTI P., CARDONE A., *Diritto alla riservatezza e diritto all'informazione: premesse normative e sviluppi giurisprudenziali*, Diritti umani e diritto internazionale, 2010, 1, 91 ss. e GARDINI G., *Le regole dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2014, 314.

[209] Il legislatore europeo ha, infatti, rimesso agli Stati membri l'introduzione nei rispettivi ordinamenti nazionali di eventuali correttivi alle disposizioni del GDPR al fine di adattare la regolazione ivi contenuta, valida nei confronti della generalità dei trattamenti, alele peculiarità riconosciute a questo ambito (cfr. art. 85 GDPR).

[210] In attuazione di quanto espressamente previsto dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, il 4 gennaio 2019 sono state pubblicate in G.U. le "*Regole deontologiche relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica*", tramite le quali si è provveduto ad individuare le disposizioni del preesistente "*Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica*" ritenute compatibili con il GDPR, aggiornando, nel contempo, i richiami ad atti normativi presenti all'interno di esso. Le disposizioni contenute nel testo indicato costituiscono condizioni essenziali di liceità del trattamento dei dati personali in ambito giornalistico (art. 2 *quater* del Codice). L'art. 8 del Codice afferma, in particolare, che "*salva l'essenzialità dell'informazione, il giornalista non fornisce notizie o pubblica immagini o fotografie di soggetti coinvolti in fatti di cronaca lesive della dignità della persona*" (co. 1), e specifica che "*le persone non possono essere presentate con ferri o manette ai polsi, salvo che ciò sia necessario per segnalare abusi*" (co. 3).

[211] Cass. civ., 4 aprile 2019, n. 9340; Trib. Belluno, 6 settembre 2018, Foro it., 2019, 4, I, 1466. In termini analoghi anche il Garante per la protezione dei dati personali, 11 luglio 2019, docweb n. 9128985, secondo cui "*al fine di contemperare i diritti della persona (in particolare il diritto alla riservatezza) con la libertà di manifestazione del pensiero, la disciplina in materia di protezione dei dati personali prevede specifiche garanzie e cautele nel caso di trattamenti effettuati per finalità giornalistiche, confermando la loro liceità, anche laddove essi si svolgano senza il consenso degli interessati, purché avvengano nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità delle persone alle quali si riferiscono i dati*

gia a sua volta in maniera peculiare a seconda della tipologia di dati che l'attività giornalistica coinvolga (ad es. dati giudiziari[212] e dati relativi a minori[213]) o del mezzo attraverso cui si esplica (ad es. social network o motori di ricerca).

Con particolare riferimento alla dignità, i limiti sono stati riassunti in due sentenze che costituiscono ancora oggi imprescindibile punto di riferimento ai fini dell'integrazione della c.d. diffamazione: le sentenze n. 8959 del 30 giugno 1984 delle Sezioni Unite Penali[214] e n. 5259 del 18 ottobre 1984 della Prima Sezione Civile della Cassazione.

In particolare, in quest'ultima è stato affermato che il diritto di cronaca "*è legittimo quando concorrono le seguenti tre condizioni:*

a) utilità sociale dell'informazione;

b) verità (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti, che non è rispettata quando, pur essendo veri i sin-

---

trattati (cfr. artt. 136 ss. e art. 102, co. 2, lett. a), del Codice) e sempreché si svolgano nel rispetto del principio dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico (art. 6 del "Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati nell'esercizio dell'attività giornalistica)".

[212] Una persona ha diritto a veder deindicizzati dai motori di ricerca gli articoli che riportano vicende giudiziarie risalenti nel tempo, alle quali sia poi risultata estranea. Il principio è stato affermato dal Garante per la privacy che ha ordinato a Google di rimuovere i link agli articoli reperibili a partire da una ricerca sui nominativi dei reclamanti. Cfr. provv. 15 ottobre 2020, n. 192 e 194. I limiti al trattamento già menzionati in narrativa devono essere integrati con le specifiche norme poste dall'ordinamento a tutela delle persone arrestate.L'art. 114, co. 6 *bis* c.p.p. espressamente vieta "*la pubblicazione dell'immagine di persona privata della libertà personale ripresa mentre la stessa si trova sottoposta all'uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di corcizione fisica, salvo che la persona vi consenta*". L'art. 42-bis L. 26 luglio 1975, n. 354 (legge sull'ordinamento penitenziario) prevede inoltre: "*nelle traduzioni (ossia le attività di accompagnamento coattivo da un luogo ad un altro di soggetti detenuti, internati, arrestati) sono adottate le opportune cautele per proteggere i soggetti tradotti dalla curiosità del pubblico e da ogni specie di pubblicità, nonché per evitare ad essi inutili disagi*". Su queste basi, il Garante ha adottato provvedimenti di limitazione del trattamento con riguardo alla diffusione in rete di un video ritraente le reazioni autolesionistiche di un uomo, in evidente stato di alterazione psico-fisica, all'interno dei locali di un commissariato di polizia (*ex multis* provv. 25 marzo 2019, n. 73, doc. web n. 9114416), nonché di immagini ritraenti due persone arrestate, riprese in stato di costrizione fisica. La pixellatura delle sole manette (peraltro collocate al centro dell'immagine) non è stata ritenuta sufficiente ad evitare conseguenze lesive della dignità dei soggetti ritratti (cfr. provv. 25 ottobre 2019, n. 198, doc. web n. 9199034; provv. 31 ottobre 2019, n. 199, doc. web n. 9199046). La persistenza in rete di informazioni giudiziarie non aggiornate è stata giudicata anche in contrasto con i principi alla base dell'istituto della riabilitazione che, pur non estinguendo il reato, comporta il venir meno delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna come misura premiale finalizzata al reinserimento sociale della persona (cfr. anche provv. 26 settembre 2019, n. 170, doc. web n. 9165117). L'Autorità, può disporre in via d'urgenza la limitazione provvisoria del trattamento (ulteriore diffusione delle immagini in questione) ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. f) GDPR.

[213] In tal caso, la tutela normalmente garantita alla dignità della persona viene rafforzata dalla circostanza della minore età dell'interessato, interpretandosi perciò il parametro dell'interesse pubblico alla diffusione della notizia in modo particolarmente rigoroso. Così il Garante ha accolto la richiesta di rimozione di un articolo di stampa che riportava generalità, fotografia e dati sanitari di una minore deceduta in ospedale a causa di una malattia. Cfr. provv. 4 aprile 2019, n. 90, doc. web n. 9113909. Nella stessa direzione, il Garante ha chiesto di provvedere all'eliminazione delle foto di minori "postate" sui social network da uno dei due genitori separati senza il consenso dell'altro. Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2019*, 2020, 110.

[214] CED Cass. pen., 1984.

goli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato;

c) forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti. La forma della critica non è civile quando non è improntata a leale chiarezza, quando cioè il giornalista ricorre al sottinteso sapiente, agli accostamenti suggestionanti, al tono sproporzionatamente scandalizzato e sdegnato o comunque all'artificiosa e sistematica drammatizzazione con cui si riferiscono notizie neutre, alle vere e proprie insinuazioni. In tali ipotesi l'esercizio del diritto di stampa può costituire illecito civile anche ove non costituisca reato" [215].

Giurisprudenza successiva [216] ha avuto modo di precisare che i requisiti della verità dei fatti narrati, della forma civile della loro esposizione e valutazione, nonché la sussistenza di un pubblico interesse alla conoscenza della notizia rilevano in misura variabile a seconda che si eserciti un diritto di cronaca o un diritto di critica giornalistica. Invero, nella cronaca, assume carattere determinante la verità dei fatti narrati, mentre, nella critica, è centrale la rilevanza sociale dell'argomento trattato e la correttezza delle espressioni utilizzate. Ciò in quanto il secondo si distingue dal primo per il fatto di consistere nell'espressione di un'opinione che ha, per sua natura, carattere congetturale e soggettivo (e non può dunque pretendersi rigorosamente asettica).

Sempre ai fini della maggior o minore rilevanza di tali requisiti, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito anche la necessità di distinguere tra cronaca e storiografia [217]. La prima presuppone la immediatezza della notizia e la tempestività dell'informazione. Riconoscendosi l'interesse pubblico ad una notizia tempestiva, non può non ammettersi anche che la velocità possa comportare un qualche sacrificio dell'accuratezza della verifica sulla veridicità della notizia e sulla bontà della fonte dalla quale si è appresa. La storia, invece, ha ad oggetto fatti o comportamenti distanti nel tempo e, quanto più sono lontani nel tempo i fatti narrati, tanto meno si giustifica il acrificio dell'accuratezza della verifica. In questo duplice contesto, i requisiti sopra menzionati assumono rilevanza non soltanto come fattori legittimanti l'iniziale diffusione della notizia, ma anche le successive rievocazioni (in quanto elementi persistenti nel tempo).

In coerenza con le suddette premesse concettuali, la Suprema Corte, nell'ormai lontano 1998, ha esplicitamente riconosciuto il diritto all'oblio, qualificandolo come "*… giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai dan-*

---

[215] Cass., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, Giur. it., 1985, I, 1, 1100, Giust. civ., 1985, I, 355, Dir. inf., 1985, 143, Foro it., 1984, I, 2711.

[216] Cfr., tra le tante, Cass., sez. III, 29 agosto 1990, n. 8963, Giust. civ. Mass., 1990, fasc. 8; Id., 15 dicembre 2004, n. 23366, Giust. civ., 2006, 7-8, I, 1590, Giur. it., 2005, 693, con nota di PONCIBÒ; Id., 4 febbraio 2005, n. 2271, Giust. civ., 2006, 7-8, I, 1590.

[217] Cass. pen., sez. I, 8 gennaio 2015, n. 13941, CED cass. pen. 2015; Cass. civ., sez. III, 7 aprile 2016, n. 6784, Giust. civ. Mass., 2016.

ni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata" [218].

In questa prima accezione, il diritto all'oblio si presentava strettamente collegato al diritto all'onore e alla reputazione, rappresentandone sostanzialmente l'estensione in chiave diacronica.

Il progressivo mutamento delle tecnologie [219], tuttavia, ha contribuito a modificare profondamente lo scenario del rapporto tra i diritti in contesa, tanto che in dottrina si è riferito di un vero e proprio "*smottamento nell'equilibrio tra informazione e privacy*" [220]. Infatti, mentre per anni ci si è preoccupati di delimitare il pubblico dominio nel senso di impedire la diffusione di informazioni a carattere diffamatorio [221], lesive dell'onore e della reputazione dell'interessato [222], o di natura sensibile, lesive della riservatezza e dell'intimità delle persone e della loro vita privata [223], la possibilità offerta dai motori di ricerca, muovendo dal nominativo di una persona, di accedere alla lista delle informazioni ad essa relative presenti in rete, ha fatto luce su un orizzonte del problema completamente nuovo. Più precisamente, si è assistito all'emersione di un'istanza di riconoscimento di un "diritto all'identità digitale" [224],

---

[218] Cass. civ., sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679, Giust. civ. Mass., 1998, 778; Foro it., 1998, I, 1834, con nota di LAGHEZZA. In detta pronuncia è stato precisato che, per il legittimo esercizio del diritto di cronaca, non è sufficiente la sussistenza del requisito dell'interesse pubblico circa il fatto narrato, ma è necessaria anche l'attualità della notizia.

[219] RODOTÀ S., *La privacy tra individuo e collettività*, Politica del diritto, 1974, 551, afferma che "*esiste una costante relazione tra mutamenti delle tecnologie delle informazioni e mutamenti del concetto di privacy che è, infatti, un concetto soggettivo e variabile in funzione dei soggetti, dei momenti storici, dei luoghi*". Il concetto è ribadito dallo stesso autore in ID., *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, Politica del diritto, 1991, 521.

[220] VIGEVANI G.E., *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento italiano*, cit., 473.

[221] POLLICINO O., BASSINI M., *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in PIZZETTI F. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, 186.

[222] A differenza di esso il diritto sui dati personali presenta portata più generale, in quanto tutela la personalità umana "a tutto tondo", vertendo su ogni informazione relativa ad un soggetto e non solo su quelle potenzialmente offensive. Cfr. VIGEVANI G.E., *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento*, cit., 473.

[223] Sia consentito rinviare a riguardo, anche per i riferimenti bibliografici, a CIANI J., *Cronaca rosa e diritto alla riservatezza della vita privata: non basta il carattere anonimo della notizia, se la persona offesa resta identificabile*, nota a Cass. civ., 27 gennaio 2014, n. 1608, Dir. inf., 2014, 3, 349-362.

[224] Intesa come la rappresentazione on line di un soggetto o di una organizzazione che emerge da un insieme di dati e di informazioni che recano le caratteristiche dell'interessato e permettono di identificarlo. In dottrina cfr. TAMPIERI M., *L'identità personale. Il nostro documento esistenziale*, Europa e dir. priv., 2019, 4, 1195; ALPA G., *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, Contratto e impresa, 2017, 723 s.; COCUCCIO M.F., *Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"*, Dir. fam. e persone, 2016, 949 s.; LANDINI S., *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, Riv. dir. ind., 2017, 180 s.; CRISTIANI F., *Il diritto alla protezione dei dati personali oltre la vita nell'era digitale*, Resp. civ. e prev., 2015, 2031 s.; DELFINI F., *Gli approcci di Unione europea, Stati Uniti d'America e Cina nella gestione dell'identità digitale*, Riv. dir. priv., 2015, 335 s. Non v'è dubbio che l'identità digitale sia bene giuridico protetto dall'ordinamento. Secondo Cass. pen., 22 giugno 2018, n. 42572, Cassazione Penale 2019, 5-06, 2081 e Id., 8 giugno 2018, n. 33862, integra il reato di sostituzione di persona ai sensi dell'art. 494 cod. pen. utilizzare l'identità digitale di un altro soggetto, o creare un profilo Facebook utilizzando abusivamente l'immagine di altra persona.

inteso come diritto dell'individuo a ottenere la contestualizzazione, l'aggiornamento, la deindicizzazione e, talvolta, la cancellazione dei propri dati personali da internet, al fine di assicurare una rappresentazione corretta e attuale della propria identità digitale [225]. In tale accezione, il diritto all'oblio [226] si smarca dal diritto alla reputazione, acquisendo portata autonoma. Esso si presenta come diritto [227] ad essere dimenticati (come ben reso dalla traduzione inglese *right to be forgotten*), a controllare la diffusione e propagazione dei propri dati e fare ritorno alla condizione di anonimato preesistente al trattamento pregiudizievole. Il contenuto essenziale del diritto all'oblio, così come concepito nella codificazione legislativa [228] e soprattutto nell'elaborazione giurisprudenziale, coincide con la reintegrazione in capo all'individuo del potere di "*disporre*" e "*riappropriarsi della propria storia personale, di recuperare il dominio sui fatti personali dopo che questi sono stati legittimamente divulgati*" [229]. In ciò il diritto all'oblio integra una forma di limitazione del pubblico dominio di nuova generazione, poiché figlia dell'impatto [230] dirompente delle nuove tecnologie sul nucleo fondante del diritto alla protezione dei dati personali e della sua trasformazione in un *"(nuovo) digital right to privacy"* [231]. Mentre per secoli "*dimenticare è stata la norma e ricordare l'eccezione*" e "*la cancellazione delle informazioni riguardanti la persona è stata considerata come massima pena per eliminare, con*

---

[225] La dottrina concorda circa la necessità di distinguere il diritto all'identità digitale dal diritto alla riservatezza: il primo è diretto a tutelare la rappresentazione della persona nelle relazioni sociali, mentre il secondo riguarda l'inviolabilità della sfera personale e della vita privata. Cfr. FINOCCHIARO G., *Identità personale (diritto alla)*, Dig. disc. priv., sez. civ., aggiornamento, V, Torino, 2010, 730 s., con relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

[226] Così è denominato anche nella rubrica dell'art. 17 GDPR. Sul tema si rinvia a FINOCCHIARO G., *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, Dir. inf., 2010, 391-404; PIZZETTI F. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, cit.; MARTINELLI S., *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e privacy nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2017; AMBROSOLI U., SIDERI M., *Diritto all'oblio, dvere della memoria. L'etica nella società interconnessa*, Bompiani, Milano, 2017; PAGALLO U., DURANTE M., *Legal memories and the right to be forgotten*, in FLORIDI L. (a cura di), *Protection of Information and the Right to Privacy. A new Equilibrium?*, Springer, Dordrecht, 2014, 17-30.

[227] Qualcuno ha però avanzato la possibilità di ricostruire l'oblio come interesse legittimo, poiché il soddisfacimento della pretesa dell'interessato non dipenderebbe dalla condotta del titolare ma dall'esercizio di un potere di natura privatistica da parte di un altro soggetto, ovvero da un comportamento improntato alla correttezza da parte dei gestori dei motori di ricerca. Cfr. VESTO A., *La tutela dell'oblio tra intimità e condivisione senza filtri*, Medialaws – Riv. dir. media, 2018, 2. Sull'interesse legittimo nel campo del diritto privato come situazione di vantaggio inattiva si veda BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967.

[228] Già l'art. 13 della L. n. 675/1996 in materia di "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali" annoverava, tra i diritti dell'interessato, quello di ottenere "*la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati*" (e la medesima formula compariva nell'art. 7, co. 3 del Codice della privacy).

[229] CHIOLA C., *Appunti sul c.d. diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, Percorsi cost., 2010, I, 39.

[230] A riguardo si veda BONAVITA S., *Le ragioni dell'oblio*, Ciberspazio e diritto, 2017, 1, 85-111.

[231] Così POLLICINO O., *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, Giur. cost., 2014, 3, 2946, 2949.

la damnatio memoriae, ogni possibile traccia del vissuto" [232], oggi, con l'avvento della tecnologia digitale e dei network globali, questo equilibrio si è ribaltato. "*Dimenticare è diventato l'eccezione e ricordare la norma*" [233] e l'oblio "*viene invece a configurarsi come un diritto, esercitando il quale l'individuo può ottenere il risultato di non rendere più conoscibili informazioni che lo riguardano*" [234]. Al di là dei blandi riscontri testuali che la considerazione del diritto all'oblio ha trovato nel dettato dell'art. 17 GDPR [235], la regolamentazione in concreto dell'istituto è stata affidata principalmente agli Stati e alla interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia.

Quest'ultima e la Corte EDU [236]sono state più volte chiamate a pronunciarsi in materia e a tracciare le direttrici del bilanciamento tra i due diritti fondamentali

---

[232] Già Aristotele disquisiva di oblio a proposito del "patto a non ricordare", il decreto dell'oblio voluto nel 403 a.C. da Trasibulo per porre fine alla guerra civile, dopo la cacciata da Atene dei Trenta Tiranni,in forza del quale "*nessuno ha più diritto di serbare rancore del passato contro un altro*". Cfr. RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, cit., 215.

[233] Si v. MAYER-SCHÖNBERGER V., *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, trad. Conversano P., Egea, Milano, 2010, 2.

[234] CUFFARO V., *Cancellare i dati personali: dalla damnatio memoriae al diritto all'oblio*, in ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2019, 226.

[235] La disposizione al para. 1 sancisce il diritto dell'interessato di "*ottenere la cancellazione dei dati … senza ingiustificato ritardo*" e, specularmente, a carico del titolare del trattamento "*l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali*", quando si verifichino alcune condizioni: a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per i quali sono stati raccolti; b) l'interessato abbia revocato il consenso, ma sempre che "*non sussista altro fondamento giuridico per il trattamento*"; c) l'interessato si oppone al trattamento, secondo la disciplina tracciata nel successivo art. 21 GDPR; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati in adempimento di un obbligo di legge; f) i dati personali sono stati raccolti da un minore relativamente "*all'offerta di servizi della società dell'informazione*". Il para. 3 precisa che quanto sopra non si applica nella misura in cui il trattamento in questione sia necessario per uno dei motivi ivi elencati, tra cui compare, alla lett. a), l'esercizio del diritto alla libertà di informazione. La disposizione riflette i motivi espressi nel considerando n. 53: "*Ogni persona deve avere il diritto di rettificare i dati personali che la riguardano e il 'diritto all'oblio', se la conservazione di tali dati non è conforme al presente regolamento. In particolare, l'interessato deve avere diritto di chiedere che siano cancellati e non più sottoposti a trattamento i propri dati personali che non siano più necessari per le finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati, quando abbia ritirato il consenso o si sia opposto al trattamento dei dati personali che lo riguardano o quando il trattamento dei suoi dati personali non sia altrimenti conforme al presente regolamento. Tale diritto è particolarmente rilevante se l'interessato ha dato il consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare questo tipo di dati personali, in particolare da Internet*".

[236] Corte EDU, 19 ottobre 2017, Fuschsmann c/o Germania, con riferimento ad una vicenda nella quale un cittadino tedesco, che rivestiva una posizione politica ed imprenditoriale di rilievo, aveva chiesto la cancellazione dal web di dati relativi ad un episodio di collusione con la criminalità risalente a diversi anni prima, ha ritenuto che l'interesse pubblico all'informazione prevalesse su quello del singolo all'oblio, sulla base di specifici e tassativi criteri: a) il contributo dell'articolo ad un "*dibattito di interesse pubblico*", in relazione al "*grado di notorietà del soggetto*"; b) le "*modalità impiegate per ottenere l'informazione*" ed il "*contenuto della pubblicazione*" devono, non soltanto riferirsi a notizie vere, accertate sulla base di "*fonti affidabili e verosimili*", ma devono essere altresì non eccedenti rispetto allo scopo informativo. Nel caso di specie, la Corte ha accertato che dette modalità erano "*prive di* […] *insinuazioni o considerazioni personali*", e che il giornale aveva informato l'interessato dell'imminente pubblicazione dell'articolo, per consentirgli di esercitare il suo diritto di replica prima della divulgazione della notizia.

suindicati. In una (ormai notissima) vicenda concernente il trattamento di dati personali da parte del motore di ricerca *Google Spain* [237], la Corte di Giustizia ha affermato che gli artt. 12, lett. b), e 14, co. 1, lett. a) Dir. 95/46 impongono di verificare se l'interessato abbia diritto a chiedere che l'informazione riguardante la sua persona, divenuta ormai, per il tempo decorso, non più di interesse apprezzabile per la collettività, non venga più messa a disposizione del grande pubblico e collegata al suo nome, a prescindere dal fatto che l'inclusione dell'informazione nell'elenco dei risultati di ricerca del motore gli arrechi un pregiudizio. Tale diritto, derivante dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza prevale sulla libertà di iniziativa economica del motore di ricerca, ma anche sull'interesse del pubblico ad accedere all'informazione [238]. L'unica eccezione è stata ravvisata nell'ipotesi in cui "*risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica* [239]*, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi*" [240].

Ne consegue che la Corte riconosce testualmente lo status di pubblico dominio dell'informazione quale diritto fondamentale del singolo e prevede che l'equilibrio tra tale diritto e la protezione dei dati personali possa "*dipendere, in casi particolari, dalla natura dell'informazione di cui trattasi e dal suo carattere sensibile per la vita privata della persona interessata, nonché dall'interesse del pubblico a disporre di tale informazione, il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica*" [241].

In presenza del trascorrere del tempo, individuato quale fatto costitutivo del diritto [242], la Corte prescrive direttamente al motore di ricerca il dovere di deindicizza-

---

[237] CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, Google Spain, ECLI:EU:C:2014:317. v. RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, Roma Tre Press, Roma, 2015.

[238] CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, cit., punto 99; Id., 24 settembre 2019, C-136/17, GC e a. c. CNIL, ECLI:EU:C:2019:773, punto 53.

[239] GRUPPO DI LAVORO ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on "Google Spain and Inc v. Agencia Espanõla de Proteccioń de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12*, 26 novembre 2014, fa invece riferimento alla Risoluzione 1165 (1998) del Consiglio d'Europa, che include nella nozione di "*public figure*" tutti i soggetti che rivestono un ruolo pubblico o utilizzano fondi pubblici, nonché tutti coloro che occupano un ruolo significativo nella politica, nell'economia, nell'arte e nello sport.

[240] CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, cit., punto 99; Id., 24 settembre 2019, C-136/17, cit., punto 53.

[241] CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, cit., punto 81, Id., 24 settembre 2019, C-136/17, cit., punto 66.

[242] In questi termini Trib. Roma, 3 dicembre 2015, n. 23771, Foro It., 2016, 3, I, 1040, con nota di PARDOLESI; Dir. inf., 2016, 2, 266, con nota di RICCIO G.M., *L'esordio del diritto all'oblio nella giurisprudenza italiana*; Resp. civ. e prev., 2016, 2, 567 e 571 con note rispettivamente di CITARELLA G., *"Diritto all'oblio" e rilevanza del tempo* e di BUGIOLACCHI L., *Quale responsabilità per il motore di ricerca in caso di mancata deindicizzazione su legittima richiesta dell'interessato?*, che rappresenta la prima pronuncia della giurisprudenza di merito italiana sul diritto all'oblio dopo la sentenza *Google Spain* della Corte di Giustizia. L'attore, avvocato romano, conveniva in giudizio Google per ottenere la deindicizzazione di alcuni risultati relativi ad un procedimento giudiziario, abbinati al proprio nome. I giudici rigettavano le domande, statuendo che non fosse trascorso un lasso temporale sufficiente.

zione (*right to request delisting*) [243], che questi è tenuto a soddisfare, anche nel caso in cui le informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellate dalle pagine web di cui trattasi. Non trova applicazione l'eccezione che consente il trattamento allorché necessario "*a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89, para. 1*" GDPR. La possibilità che la soppressione dei risultati possa condizionare gli scopi di ricerca o statistici perseguiti dagli utenti del motore di ricerca è già stata presa in considerazione a monte dal legislatore e non è rilevante ai fini della compressione del diritto alla deindicizzazione [244].

"*Il rapporto tra interessato e motore di ricerca è del tutto autonomo rispetto ai rapporti tra interessato e titolare del sito sorgente, ove l'informazione è contenuta*", con la conseguenza che "*il diritto in esame, piuttosto che un autonomo diritto della personalità, sub specie di diritto all'oblio, costituisce un aspetto del diritto all'identità personale, segnatamente il diritto alla disassociazione del proprio nome da un dato risultato di ricerca*" [245].

Attenta dottrina ha rilevato come il caso *Google Spain* non solo abbia "*di fatto conferito a Google una sorta di monopolio sull'amministrazione di un diritto*" [246], ma

---

[243] Esso implica l'esercizio cumulativo del diritto di opposizione e del diritto di cancellazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 17 e 21 GDPR (l'esercizio del diritto di opposizione è specificamente previsto quale ipotesi costitutiva del diritto di cancellazione). Al motore di ricerca è rimesso il primo vaglio di fondatezza dell'istanza. L'interessato, ove veda disattesa la propria istanza, può rivolgersi all'autorità di controllo nazionale (il Garante privacy) o, in alternativa, all'autorità giudiziaria, affinché queste – quasi a guisa di organi di secondo grado – verifichino la correttezza della posizione assunta dal responsabile del trattamento ed, eventualmente, ordinino allo stesso l'adozione di misure conseguenti. Cfr. CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, cit., punti 77 e 81. In merito all'individuazione dell'autorità di controllo nazionale competente giova ricordare che nei primi mesi del 2019 Google ha dato comunicazione alle autorità europee di aver mantenuto la gestione dei trattamenti effettuati in tale ambito presso la propria sede principale negli Stati Uniti. Non essendo stato individuato uno stabilimento principale nel territorio dell'Unione Europea, è pertanto venuto meno il presupposto di applicazione del meccanismo dello sportello unico (c.d. *One Stop Shop*). Di qui, il permanere in capo alle singole autorità di protezione dati della competenza a definire autonomamente i casi nazionali (che, nel caso del Garante, si è tradotto nell'adozione di circa 25 provvedimenti. Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2019*, cit., 111).

[244] EDPB, *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR*, parte I, 7 luglio 2020, punto 80.

[245] Trib. Milano, 28 settembre 2016, n. 10374. In questo senso anche Corte EDU, 28 giugno 2018, M.L. e W.W. c. Germania, che distingue (i) una richiesta di cancellazione presentata contro l'editore originale la cui attività è al centro di ciò che la libertà di espressione mira a proteggere da (ii) una richiesta presentata contro il motore di ricerca, il cui primo interesse non è quello di pubblicare le informazioni originali sull'interessato, ma di consentire l'identificazione di qualsiasi informazione disponibile su questa persona e quindi di stabilire il suo profilo. In dottrina, cfr. SICA S., D'ANTONIO V., *La procedura di de-indicizzazione*, in RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, cit., 148, che definisce il vero oggetto della sentenza "*quello che, al più, può essere considerato un 'frammento' particolare e marginale del diritto all'oblio: il diritto all'oscuramento di determinati risultati di ricerca associati al proprio nome dalle search engine technologies*".

[246] In particolare "*il gestore di un motore di ricerca, quando riceve una richiesta di deindicizzazione … deve – sulla base di tutte le circostanze pertinenti della fattispecie e tenuto conto della gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali della persona interessata al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta – verificare, alla luce dei motivi di interesse pubblico rilevanti di cui all'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 95/46 o dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera g), del regolamento 2016/679 e nel rispetto delle condizioni previste in tali disposizioni, se l'inserimento*

soprattutto abbia consegnato nelle sue mani "*il potere che deriva dalla formazione di un sapere*". Si tratta della massa critica di informazioni su "*quello che vogliamo dimenticare*" e "*come e quando vogliamo dimenticarlo*" [247] che il colosso statunitense è in grado di estrarre dal gigantesco database delle decisioni emesse sulle richieste di deindicizzazione (in costante aumento [248]). Un siffatto potere censorio contrasta con il principio, invalso nella nostra giurisprudenza, secondo cui non è possibile demandare "*a soggetti privati alcuna verifica in ordine alla liceità o meno dei contenuti di un sito web*", trattandosi di "*prerogativa esclusiva dell'autorità giudiziaria o amministrativa*" [249].

In Italia, il primo pronunciamento dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali in relazione al diritto all'oblio nell'ambito delle attività di indicizzazione svolte dai motori di ricerca si colloca nel 2004 [250]. Il caso interessava il titolare di un'impresa sanzionata dall'AGCM, il quale lamentava che, pur a notevole distanza di tempo dalla pronuncia di condanna, il collegamento alla pagina del sito dell'Antitrust contenente il provvedimento fosse ancora presente tra i risultati di ricerca [251]–. Accogliendo il ricorso, il Garante ordinava che il sito, pur potendo continuare a rendere disponibili le decisioni, procedesse a collocare il provvedimento in una pagina non soggetta a indicizzazione da parte dei motori di ricerca (bensì accessibile solo digitando il nome a dominio esatto). L'orientamento del Garante ammette che una volta esaurita la finalità di cronaca giornalistica, il trattamento possa proseguire per il diverso scopo storico-archivistico, legittimante la conservazione della notizia in un archivio online. In tal caso, tuttavia, la tutela del diritto all'oblio dell'interessato potrà trovare soddisfazione escludendo le notizie riportate nell'archivio

---

di detto link nell'elenco dei risultati, visualizzato in esito ad una ricerca effettuata a partire dal nome della persona in questione, si riveli strettamente necessario per proteggere la libertà di informazione degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a tale pagina web mediante una ricerca siffatta, libertà sancita all'articolo 11 della Carta". Cfr. CGUE, 24 settembre 2019, C-136/17, cit., para. 68.

[247] DURANTE M., *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Meltemi, Milano, 2019, 141-142, 148-149, che richiama a sua volta alcune espressioni usate da BALKIN J.M., *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School of Regulation*, UCDL Rev., 2017, 1149-1210. PARDOLESI R., *L'ombra del tempo (il diritto al) l'oblio*, Questione giustizia, 2017, 1, descrive tale scenario con l'espressione emblematica "*saga dell'amnesia forzosa in salsa digitale*". Critico anche CUFFARO V., cit., che giudica la posizione attribuita ai motori di ricerca "*assai discutibile, se non altro perché condizionata dall'interesse di pretta marca commerciale a conservare la affidabilità sul mercato degli utenti, rendendosi pienamente disponibile a consentire a ciascuno di costruire una propria agiografia personale col rendere inaccessibili le notizie 'scomode'*".

[248] Questo il trend osservato dalle autorità di sorveglianza secondo EDPB, *Guidelines 5/2019*, cit.

[249] In questi termini Trib. Milano, ord. 23 giugno 2020, in materia di responsabilità dell'ISP per contenuti in violazione di diritto d'autore.

[250] Autorità garante per la protezione dei dati personali, 10 novembre 2004 (doc. web n. 1116068).

[251] Il Garante ha precisato che non è necessario che la URL di cui si chiede la deindicizzazione risponda ad una *search query* coincidente con il nome della persona interessata. In taluni casi, la valenza identificativa insita in ulteriori termini utilizzabili in associazione al nome o finanche a prescindere da esso è stata ritenuta sufficiente a fondare il diritto alla rimozione dei corrispondenti risultati di ricerca. Cfr. provv. 10 gennaio 2019, n. 10, doc. web n. 9090292 e provv. 20 giugno 2019, n. 144, doc. web n. 9124401.

dall'indicizzazione compiuta dai motori di ricerca esterni al sito sorgente [252].

In questa accezione, il diritto all'oblio era considerato solo in senso negativo e passivo, come diritto (per così dire statico) alla cancellazione dei propri dati.

La Corte di Cassazione ne ha ampliato il concetto, riconoscendo che la diffusione delle notizie esiga anche che i dati siano integrati e aggiornati. Se la vicenda "*ha registrato una successiva evoluzione, dalla informazione in ordine a quest'ultima non può invero prescindersi, giacché altrimenti la notizia, originariamente completa e vera, diviene non aggiornata, risultando quindi parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera*" [253]. La Cassazione chiarisce che il Codice della privacy ha "*sancito il passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica della tutela della riservatezza, tesa al controllo dell'utilizzazione e del destino dei dati*", che impone di verificare la sussistenza dei requisiti di veridicità, interesse pubblico e aggiornamento del dato in una prospettiva diacronica e di riconoscere in capo al soggetto un vero e proprio "*diritto alla contestualizzazione e all'aggiornamento della notizia*" [254].

Pur aderendo all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia circa il primato del diritto alla protezione dei dati personali nel bilanciamento con il diritto antagonista all'informazione, la Cassazione ha ampliato il novero degli interessi che possono giustificare l'eccezionale compressione della privacy. Con particolare riferimento alla conservazione di dati in registri pubblici, finalizzati a consentire l'accesso della collettività a fatti e vicende concernenti gli operatori economici, la Corte ha precisato che essa è legittima e l'interessato non ha diritto ad ottenerne la cancellazione, "*ma ciò esclusivamente allorquando essa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*" [255]. Più in particolare, secondo la Cassazione, "*con l'istituzione del re-*

---

[252] Autorità garante per la protezione dei dati personali, 11 dicembre 2008 (doc. web n. 1582866 e doc. web n. 1583162). In senso analogo, si v. Autorità garante per la protezione dei dati personali, 19 dicembre 2008 (doc. web n. 1583152), 15 gennaio 2009 (doc. web n. 1589209), 8 aprile 2009 (doc. web n. 1617673), 25 giugno 2009 (doc. web n. 1635966), 22 maggio 2009 (doc. web n. 1635938), 18 febbraio 2010 (doc. web n. 1706475).

[253] Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, Nuova giur. civ. comm., 2012, X, 836, con nota di MANTELERO A., *Right to be forgotten ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio*. In senso favorevole alla decisione si v. FROSINI T.E., *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, Dir. inf., 2012, IV-V, 910. Il ricorrente contestava la persistente comparsa della notizia del suo arresto a sette anni di distanza. L'Autorità rigettava la richiesta di un intervento di natura ablatoria volto a sottrarre il sito sorgente a indicizzazione. Il Tribunale di Milano confermava il provvedimento del Garante, non ravvisando alcun fondamento normativo che imponesse all'editore un onere di aggiornamento degli articoli contenuti nel proprio archivio. Critici sulla decisione anche POLLICINO O., BASSINI M., *Diritto all'oblio*, cit., 202, secondo cui deve ritenersi preferibile l'orientamento dell'Autorità, volto a impedire l'indicizzazione delle notizie contenute negli archivi piuttosto che a imporne un'opera di aggiornamento.

[254] In questo senso anche Cass. civ., sez. III, 5 novembre 2018, n. 28084.

[255] Cass., 9 agosto 2017, n. 19761, Foro it., 2017, 10, I, 2989, con nota di PARDOLESI; Giur. comm. 2019, 4, II, 732, con nota di CAPIZZI M., *Diritto all'oblio, registro delle imprese e fallimento*; in Società, 2018, 279 ss., con commento di BONAVERA E.; in Foro It., 2017, I, 2989 ss., con commento di PARDOLESI R., e in Danno e resp., 201, 682 ss., con commento critico di MINA G. La sentenza ha riformato

gistro delle imprese e l'esclusione di una norma di eccezione, […] il legislatore italiano ha già operato […] un bilanciamento tra le esigenze individuali e quelle della collettività, cosicché la volontà del singolo di impedire la reperibilità dei dati afferenti la sua pregressa attività gestoria non finisca per contraddire gli interessi espressi dalla intera comunità di persone". La dimensione collettiva, in forza del principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost., è destinata infatti in linea di principio a prevalere su quella meramente individuale [256].

Le linee direttrici del delicato bilanciamento tra il diritto di cronaca e diritto all'oblio sono state di recente ripercorse in un importante arresto della Sezione Prima della Cassazione, che ha fissato specifici e determinati presupposti in presenza dei quali il diritto all'oblio può subire una compressione, a favore del primo [257]:

Trib. Lecce, 1 agosto 2011 che, in qualità di giudice del registro, aveva ordinato alla Camera di Commercio di trasformare in forma anonima i dati del ricorrente, legale rappresentante di una società dichiarata fallita nel 1992 e cancellata dal registro. Con ordinanza 17 luglio 2015, n. 15096, Giur. it., 2015, 2651 ss., con nota di MANTELERO A., *Diritto all'oblio e pubblicità del registro delle imprese*, nonché in Nuova giur. civ. comm., 2016, I, 75 ss., con nota sempre di MANTELERO A., *Right to be forgotten e pubblici registri. I giudici italiani chiedono lumi alla Corte di Giustizia, ma lasciano poche possibilità al diritto alla cancellazione dei dati*, la Cassazione ha sollevato una questione pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ravvisando un possibile contrasto tra le norme europee della c.d. Prima Direttiva 68/151/CEE in materia societaria (poi sostituita dalla Dir. 2009/101/CE e attualmente trasfusa nella Dir. 2017/1132), che impone senza limiti di tempo la pubblicazione nel registro delle imprese, tra gli altri, dei dati relativi ai legali rappresentanti della società, ed il principio di limitazione della conservazione *ex* art. 5, lett. e) GDPR. CGUE, 9 marzo 2017, C-398/15, Manni, ECLI:EU:C:2017:197, Notariato, 2017, 314 ss., con nota di ARCELLA G., *Il diritto all'oblio per i dati personali cede rispetto alle esigenze di pubblicità legale*; Nuova giur. civ. comm., 2017, 1020 ss., con nota adesiva di CARRARO G., *L'iscrizione nel registro delle imprese come lecita ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata*; in Foro it., 2017, IV, 65 ss., con nota di PARDOLESI R., *Non c'è diritto all'oblio per i dati personali nel registro delle imprese. O forse sì*; in Società, 2017, 820 ss., con commento critico di PAPPALARDO M.; in Giur. It., 2017, 1618 ss., con nota adesiva di MANTELERO A., *La Corte di giustizia su pubblici registri e c.d. right to be forgotten*. V. inoltre CARAVÀ E., *Personal Data Kept in Companies Registers: The Denial of the Right to Be Forgotten*, Eur. Data Prot. Law Rev., 2017, 28 ss.; FRENZEL E.M., *Facilitating the Flow of Public Information: The CJEU in Favour of Distinctive Rule/Exception*, ivi, 2017, 3, 2, 283. Condividendo le conclusioni dell'Avv. Gen. Bot (8 settembre 2016, C-398/15, ECLI:EU:C:2016:652), la Corte ha escluso che dal diritto europeo sia ricavabile un obbligo a caricodei legislatori nazionali di garantire alle persone fisiche, decorso un certo periodo di tempo dallo scioglimento della società in cui hanno ricoperto incarichi, la cancellazione o la resa in forma anonima o la restrizione all'accesso dei loro dati personali. Ciò in quanto, nel caso del registro delle imprese, ricorrerebbero tutti i presupposti necessari per ritenere legittima l'ingerenza da parte di una pubblica autorità nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata.

[256] CAPIZZI M., *Diritto all'oblio*, cit., 732. Su questi presupposti, potrebbe non contrastare con l'orientamento della Cassazione la decisione del Trib. Parma, 30 marzo 2018, che, in senso apparentemente contrario, aveva ritenuto che "*è possibile disporre l'oscuramento di dati o di documenti relativi all'accordo di ristrutturazione dei debiti qualora l'indiscriminato protratto libero accesso agli stessi da parte di chiunque possa condizionare l'attività liquidatoria, pregiudicando sin dall'inizio (in termini sfavorevoli per il ricorrente e, quindi, per il ceto creditorio) le trattative che il ricorrente medesimo instaurerà con i potenziali acquirenti di beni immobili dei quali nel piano sono stati indicati gli ipotetici valori di realizzo in scenari di pronta dismissione*". La decisione è infatti stata argomentata nel senso che, decorsi i termini di impugnazione dell'accordo omologato, è possibile ritenere che sia nell'interesse comune delle parti coinvolte alla buona riuscita del piano, e quindi anche dei creditori, che alcune informazioni sensibili possano essere oscurate.

[257] Cass., 20 marzo 2018, n. 6919, Resp. civ. e prev., 2018, 2, 631 e in Foro it., 2018, 4, I, 1145, con nota di PARDOLESI R., BONAVITA S. La Corte ha ritenuto assenti tali presupposti nel caso di un cantan-

1) il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico;

2) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), "*nel senso che quanto recentemente accaduto trovi diretto collegamento con quelle vicende stesse e ne rinnovi l'attualità*" [258]. Interesse da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine;

3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese;

4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili, e con un diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione;

5) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico.

In assenza di tali presupposti, la pubblicazione di una informazione concernente una persona determinata, a distanza di tempo da fatti ed avvenimenti che la riguardano, non può che integrare la violazione del fondamentale diritto all'oblio.

Significativo che per ravvisare il difetto di un interesse effettivo ed attuale alla notizia sia stato sufficiente il decorso di un lasso temporale di soli due anni dalla

---

te che aveva convenuto dinanzi al Tribunale di Roma, la RAI lamentando la messa in onda,da parte della trasmissione "La vita in diretta", di un servizio registrato circa cinque anni prima, che riproduceva il cantante, infastidito dalla presenza degli inviati, rifiutare in modo secco e perentorio l'intervista. L'episodio era inserito all'interno di una "classifica dei personaggi più antipatici e scorbutici del mondo dello spettacolo", come secondo classificato. Con decisione n. 529/2007, il Tribunale rigettava la domanda. App. Roma n. 124/2014 disattendeva il gravame, ritenendo inesistente il preteso diritto all'oblio. La Corte ha ritenuto per contro evidente che l'episodio "*costituisce un fatto del tutto inidoneo ad aprire un dibattito di pubblico interesse, e – men che mai – risponde a quelle ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, o di interesse scientifico o didattico, che sole possono giustificare una nuova diffusione della vicenda da parte di una trasmissione televisiva*". Irrilevante è stata ritenuta la natura di "*personaggio certamente molto noto a quella specifica parte di pubblico che lo segue e lo ammira, ma di certo non investito di un ruolo primario nella vita pubblica nazionale*". Anche i commenti posti a corredo delle immagini non rispondevano a quei criteri di continenza espressiva, scevra da "*allusioni o considerazioni personali*", che valgono a giustificare l'emersione, a distanza di anni, di un nuovo interesse pubblico obiettivo a conoscere una determinata vicenda del passato, senza finalità di denigrazione personale, al cospetto della quale il diritto all'oblio diviene recessivo.

[258] In questo senso, Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111, Dir. inf., 2013, 6, 829, secondo cui la diffusione di una foto-notizia relativa ad un episodio di cronaca giudiziariadi molti anni addietro costituisce violazione del diritto alla riservatezza, con conseguente diritto al risarcimento del danno in favore dell'offeso.

prima pubblicazione della notizia [259], a riprova, da un lato, di una certa *vis expansiva* del diritto in parola, dall'altro, della inevitabile soggettività e discrezionalità del relativo giudizio. Per altro verso, la sostanziale affinità dei summenzionati requisiti a quelli stessi che entrano in gioco nel delimitare il confine tra libertà di espressione e tutela dell'onore e della reputazione [260], evidenzia la difficoltà di operare una netta distinzione tra i due aspetti [261].

Con successivo arresto, la Sezione Terza della stessa Cassazione ha rilevato criticamente come dalla lettura della menzionata pronuncia e dalla giurisprudenza delle Corti Europee "*non è dato evincere se i presupposti indicati – peraltro di diversa natura, essendo i primi tre una specificazione del requisito della pertinenza, il quarto di carattere riepilogativo ed il quinto di ordine procedurale – siano richiesti in via concorrente ovvero, come sembra a questo Collegio, in via alternativa. Invero, ove mai si ritenesse che tutti gli indicati presupposti debbano essere compresenti, in considerazione dell'improbabilità della circostanza, il diritto all'oblio sarebbe destinato a prevalere sul diritto di cronaca soltanto in casi davvero residuali*" [262]. Anche in considerazione dell'entrata in vigore, nelle more, del GDPR, il Collegio ha ritenuto di rimettere alle Sezioni Unite Civili "*l'individuazione di univoci criteri di riferimento che consentano agli operatori del diritto (ed ai consociati) di conoscere preventivamente i presupposti in presenza dei quali un soggetto ha diritto di chiedere che una notizia, a sé relativa, pur legittimamente diffusa in passato, non resti esposta a tempo indeterminato alla possibilità di nuova divulgazione; e, in particolare, precisare in che termini sussiste l'interesse pubblico a che vicende personali siano oggetto di (ri)pubblicazione, facendo così recedere il diritto all'oblio dell'interessato in favore del diritto di cronaca*".

Le Sezioni Unite, nel giudizio di rinvio, hanno espresso il seguente principio di diritto: "*in tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito – ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. – ha il compito di valutare*

---

[259] Cass. civ, sez. I, 24 giugno 2016, n. 13161, Foro it., 2016, 9, I, 2729, con nota di PARDOLESI, che ha ritenuto illecito il mantenimento online di un articolo, pubblicato due anni prima, che dava conto di un procedimento penale non ancora concluso, dovendo "*reputarsi recessiva l'esigenza informativa e conoscitiva dei lettori cui la divulgazione presiedeva*".

[260] Critico verso la pronuncia CUFFARO V., cit., che definisce improprio il richiamo al diritto all'oblio "*in una controversia nella quale veniva piuttosto in discussione la mancanza di continenza espressiva della cronaca ovvero l'applicabilità o meno della scriminante della satira, e quindi la ridondanza dei criteri enunciati per fissare limiti al diritto di cronaca*".

[261] La commistione delle problematiche pone problemi principalmente sul piano della competenza a conoscerne, posto che la diffamazione sfugge alla censura del Garante e cade esclusivamente sotto la competenza del giudice ordinario. è quanto verificatosi in occasione della richiesta al Garante di ordinare la rimozione di commenti negativi espressi all'interno di un forum, concernenti l'esistenza di procedimenti penali a carico dell'interessato. Benché il Garante non potesse spingersi sino al punto di valutare la veridicità o meno di tali fatti – tuttavia, ha potuto constatarne l'inesattezza sulla base delle certificazioni prodotte dal ricorrente (provv. 24 gennaio 2019, n. 17, doc. web n. 9090795; provv. 26 settembre 2019, n. 175, doc. web n. 9168753).

[262] Cass. civ., sez. III, 5 novembre 2018, n. 28084.

l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva" [263].

3.4.8. *Lo statuto giuridico dei dati personali*

Qualcuno ha letto i diritti conferiti dal GDPR all'interessato, dalla portabilità all'oblio, come la volontà di configurare, da parte del legislatore europeo, un nuovo diritto proprietario sui dati [264]. È ampiamente dibattuto quale istituto sia più appropriato per qualificare la natura giuridica di questi diritti. La maggior parte dei commentatori concorda però sul fatto che il GDPR non riconosca all'interessato un diritto di "proprietà" sui propri dati personali [265]. Il motivo può storicamente ricondursi alla inconciliabilità di un diritto proprietario sui dati personali con la natura di diritto umano fondamentale del diritto alla riservatezza in Europa. Gli Stati Uniti, al contrario, hanno storicamente aderito ad un modello di regolamentazione basato sul presupposto che la privacy possa essere definita come proprietà personale dell'interessato [266].

---

[263] Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, Dir. e giust., 2019, con nota di MAZZARO A.

[264] DE HERT P., PAPAKONSTANTINOU V., MALGIERI G., BASLAY L., SANCHEZ I., *The right to data portability*, cit.

[265] Il diritto europeo prevede un sistema di c.d. *liability rules* che consentono all'interessato di opporsi e chiedere i danni in ipotesi in cui la riservatezza del dato sia stata compromessa, a seguito della violazione delle disposizioni normative che regolano il trattamento (c.d. "regulation model"). Cfr. REIDENBERG J.R., *E– Commerce and Trans-Atlantic Privacy*, Hous. L. Rev., 2001, 38, 730-32, che descrive come l'UE abbia generalmente trattato la "*privacy as a political imperative anchored in fundamental human rights*"; MAYER-SCHÖNBERGER V., *Beyond Privacy, Beyond Rights –Toward a "Systems" Theory of Information Governance*, California Law Rev., 2010, 98, 1862-1863: "*Propertizing these rights (…) would be contrary to the theory, history and practice of European information privacy*". Si veda anche RADIN M.J., *Incomplete Commodification in the Computerized World*, in ELKIN-KOREN N., WEINSTOCK NETANEL N. (eds.), *The Commodification of information*, Kluwer Law Int., The Hague, 2002, 3, 17: "*It makes a big difference whether privacy is thought of as a human right, attaching to persons by virtue of their personhood, or as a property right, something that can be owned and controlled by persons … Human rights are presumptively market– inalienable, whereas property rights are presumptively market-alienable.*"; GRAEF I., HUSOVEC M., PURTOVA N., *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in E.U. Law*, German Law J., 2018, 19, 1359, 1364.

[266] MURPHY R.S., *Property rights in personal information: an economic defence of privacy*, *Georgetown Law J.*, 1996, 84, 2381-2418. Questo modello, che non è attualmente facilmente compatibile con il dettato costituzionale, in particolare il c.d. *First Amendment*, è stato occasionalmente applicato in giurisprudenza. Si vedano tra le altre, *In re Nw. Airlines Privacy Litig.*, No. Civ. 04-126, 2004 WL 1278459, par. 4 (D. Minn. June 6, 2004), che afferma che la comunicazione volontaria dei propri dati personali ad una compagnia aerea e la loro trascrizione nei registry della compagnia comporta che tale trascrizione "*itself became Northwest's property*"; *U.S. News & World Report, Inc. v. Avrahami*, No. 95-1318, 1996 WL 1065557, par. 6 (Va. Cir. Ct. 13 giugno 1996), secondo cui la vendita di una mailing list non costituisce appropriazione indebita (c.d. tort of conversion) perché non sussiste un diritto proprietario del singolo sul proprio nome, mentre esiste un diritto proprietario del costitutore sulla raccolta dei nomi. Le filosofie regolatorie sottostanti il dibattito sulla protezione dei dati personali in Europa e Stati Uniti è

La tesi che configura il diritto alla protezione dei dati personali come uno *ius in personam* è stata recentemente posta in discussione. Alcuni autori hanno rilevato come i diritti e strumenti rimediali offerti dal GDPR ben si presterebbero ad un inquadramento all'interno dei diritti reali[267]. Il regolamento, creando un sistema di "quasi-licenza" in cui i dati personali possono essere liberamente trattati in presenza di basi giustificative e legittimanti il trattamento (art. 6) e nel rispetto dei diritti del soggetto interessato, tratterebbe implicitamente tali dati come merce di scambio, in grado di cambiare di mano (sulla mercificazione del dato v. par. 3.3). In senso contrario, è stata portata la revocabilità del consenso al trattamento dei dati personali e l'irrinunciabilità del diritto di revoca, ricavabile dall'art. 8 CEDU e dalla natura di diritto fondamentale della protezione dei dati personali. Sul punto sono anche intervenute le autorità europee e nazionali. Il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (Europea Data Protection Board, "EDPB")[268], con le Linee Guida n. 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'art. 6(1)(b) GDPR nel contesto della fornitura di servizi online ai soggetti interessati, afferma che "*considerando che la protezione dei dati è un diritto fondamentale garantito dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali e tenendo conto del fatto che uno degli scopi principali del GDPR è di fornire agli interessati il controllo sulle informazioni ad essi relative, i dati personali non possono essere considerati come merce negoziabile. Anche se l'interessato può acconsentire al trattamento dei dati personali, attraverso questo accordo, non può disporre dei propri diritti fondamentali*" [269].

---

esplorato da PAGALLO U., *La tutela della privacy tra Stati Uniti ed Europa: modelli giuridici a confronto*, Giuffrè, Milano, 2008 e ID., *Il diritto nell'età dell'informazione*, cit., 227; ZWICK D., DHOLAKIA N., *Contrasting European and American Approaches to Privacy in Electronic Markets: PropertyRight versus Civil Right*, Electronic Markets, 2001, 11, 116; LAROUCHE P., PEIT M., PURTOVA N., *Consumer privacy in network industries*, cit., 34 ss.

[267] Secondo VICTOR J.M., *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, Yale Law Journal, 2013, 123, 512, chi tratta il dato riceverebbe essenzialmente una licenza d'uso del dato, che il soggetto interessato può terminare in ogni momento, forzando chi tratta il dato a cessarne ogni forma di utilizzo, né può rinunciare ai propri diritti sul dato per via contrattuale. Perciò il nuovo regime istituirebbe un peso sul dato, che segue il dato stesso, specularmente a qunato avviene nei diritti reali. SCHWARTZ P.M., *Property, Privacy, and Personal Data*, Harvard Law Rev., 2004, 117, 7, 2098, sottolinea come il regolamento, piuttosto che concepire la protezioe del dato personale come un diritto puramente *in personam*, configura i diritti dell'interessato come diritti *in rem*. Anche il sistema rimediale stabilito dal Regolamento parrebbe rispecchiare lo schema sovente utilizzato al fine di proteggere i diritti proprietari. Un'altra linea di pensiero utilizza le teorie giustificative dei diritti di proprietà intellettuale per sostenere che il diritto alla riservatezza del dato abbia natura proprietaria. Si veda in generale WESTIN A.F., *Privacy and freedom*, Athenum, New York, 1968, 7; MOORE A.D., *Intangible Property: Privacy, Power, and Information Control*, Am. Phil. Q., 1988, 35, 2, che applica la teoria Lockiana. *Contra* LEMLEY M.A., *Private Property*, Stan. L. Rev., 2000, 52, 1547 e SAMUELSON P., *Privacy As Intellectual Property?*, Stan. L. Rev., 2000, 52, 1151-70.

[268] Il Comitato, istituito dal GDPR, è un organo europeo indipendente con sede a Bruxelles, composto da rappresentanti delle autorità nazionali per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati (EDPS). Il comitato ha tra le sue competenze quella di fornire orientamenti generali (fra cui linee guida, raccomandazioni e migliori prassi) per chiarire le disposizioni normative sulla protezione dei dati in tutta l'Unione Europea.

[269] EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, Versione 2.0, 8 ottobre 2019, p. 54, https://

Anche l'*Indagine conoscitiva sui Big Data,* avviata congiuntamente dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AGCOM") [270], l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("AGCM") [271] e il Garante per la protezione dei dati personali [272] ha ribadito il medesimo principio. Il "*consenso al trattamento […] non comporta alcuna "cessione" di dati personali, neanche quando acceda alla fruizione di servizi "gratuiti" … La prospettiva della commodification dei dati personali non trova spazi nella cornice normativa eurounitaria: e non solo muovendo dall'assunto (che pure da più parti si vorrebbe svalutare) della natura di diritto fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali, ma perché puntuali indici normativi escludono la logica puramente appropriativa in relazione allo statuto giuridico dei dati personali. In questa prospettiva depongono infatti la libera revocabilità del consenso da parte dell'interessato al trattamento dei dati che lo riguardano, così come i diritti riconosciuti all'interessato, ivi compreso il nuovo diritto alla portabilità dei dati*" [273].

---

edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf.

[270] Con delibera n. 217/17/CONS recante "*Avvio di un'indagine conoscitiva sui big data*"; cfr. https://www.agcom.it/documents/10179/7677581/Delibera+217-17-CONS/df59e087-8151-4874-a724-46f621d9ca38?version=1.3. L'avvio di tale indagine è successivo all'indagine conoscitiva avviata dall'AGCOM con la delibera n. 357/15/CONS, riguardante lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica. Una prima parte dell'indagine conoscitiva, dedicata ai cosiddetti "consumer communications services (le applicazioni che consentono lo scambio di contenuti vocali, messaggi, foto e video fra due o più utenti), si è conclusa con l'approvazione della delibera n. 165/16/CONS recante "Indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica di cui alla delibera n. 357/15/CONS: proroga dei termini e pubblicazione della parte relativa ai "consumer communications services". Una seconda parte, concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali, è confluita nella presente indagine, che si è conclusa con la Delibera n. 458/19/CONS del 27 novembre 2019; cfr. https://www.agcom.it/documents/10179/17633816/Allegato+10-2-2020/971f79d0-3093-4515-a72b-4152247e4aa5?version=1.0.

[271] Con provvedimento n. 26620 del 30 maggio 2017 "*IC53 – Big Data*"; cfr. https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12564CE0049D161/0/59255F62EC162CC1C1258137003BB842/$File/p26620.pdf. Il procedimento si è concluso con provvedimento n. 28051 del 20 dicembre 2019; cfr. https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12564CE0049D161/0/E16F9EB03852321DC125851F004F99C0/$File/p28051.pdf.

[272] sulla base delle determinazioni adottate nell'adunanza collegiale dell'11 maggio 2017.

[273] AGCM, AGCOM, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., 58-59. Cfr. al riguardo il testo dell'Audizione del Prof. Mantelero (21 novembre 2017), 6, il quale aggiunge che, "*stante la collocazione della tutela dei dati personali nell'alveo dei diritti della personalità, la crescente commercializzazione di tali attributi non può snaturarne l'essenza: essi permangono strettamente inerenti la persona e non si assiste ad una reificazione degli stessi, che rimangono tutelati attraverso un modello basato su diritti individuali e sulla responsabilità di chi gestisce tali attributi (i.e. il titolare del trattamento nel caso dei dati personali). Da qui l'impossibilità di applicare logiche meramente proprietarie ai dati personali o di seguire modelli d'oltreoceano favorevoli all'assimilazione delle informazioni personali all'ambito della proprietà intellettuale*".

3.5. Text and data mining *e diritto d'autore*

Il diritto d'autore, come si vedrà meglio nel capitolo ad esso dedicato, non protegge i dati in quanto tali[274]. Il dato in quanto tale, infatti, difetta di quell'apporto interpretativo da parte dell'autore che attribuisce significato al dato e lo trasforma in informazione(v. infra par. 3.2). Non si è nemmeno in presenza di una aggregazione di dati tutelabile come opera dell'ingegno o come semplice banca di dati non originale (v. par. 3.6 e ss.). Ne consegue che l'attività di *text and data mining*[275] (v. introduzione al cap. 3), in linea di massima, non dovrebbe essere ostacolata dal diritto d'autore. Lo chiarisce espressamente il cosiderando 9 della Dir. 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (v. cap. 4, par. 3.6): "*L'estrazione di testo e di dati può essere effettuata … in relazione a semplici fatti o dati non tutelati dal diritto d'autore, nel qual caso non è richiesta alcuna autorizzazione in base alla legislazione sul diritto d'autore*".

Il diritto d'autore viene invece in rilievo all'interno della filiera di analisi dei dati fondamentalmente in due circostanze:

a) qualora all'interno della massa di dati, ve ne siano alcuni che costituiscono opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore;

b) qualora il database oggetto di investigazione sia esso stesso protetto dal diritto d'autore o dal diritto *sui generis* sulle banche di dati (v. *sub* par. successivo).

In queste ipotesi, quasi ogni attività posta in essere sul dato grezzo, ovvero non-processato, a partire dalla sua conversione in formato macchina e dal suo caricamento sulla piattaforma che esegue l'analisi, fino ad arrivare all'estrazione del dato (c.d. *data mining* in senso stretto), integrerebbe, in linea di principio, una violazione del diritto esclusivo dell'autore di opporsi alla riproduzione non autorizzata dell'opera. Solo in circostanze eccezionali, in cui il software si limiti a scansionare i dati (c.d. *crawling*), elaborandoli uno ad uno (magari per contare il numero di occorrenze), senza copiare tutto il testo, ma solo – al più – un dato o pochi dati alla volta, si rientrerebbe in ipotesi "*di estrazione di testo e di dati che non comportano atti di riproduzione*" rilevanti in termini di violazione del diritto d'autore (cons. 9 Dir. 2019/790)[276]. In tutte le altre ipotesi, la liceità dell'attività di *text and data mining* dovrebbe necessariamente passare o attraverso il consenso dell'avente diritto sull'opera o dalla previsione di una eccezione legale al diritto d'autore.

Alcuni paesi tra cui il Giappone, la Gran Bretagna e l'Irlanda già prevedevano una siffatta eccezione. Negli Stati Uniti, invece, l'attività di *text and data mining* è giustificata come c.d. *trasformative use.* A partire dalla sentenza *Baker v. Selden*, le

---

[274] GEIGER C., FROSIO G., BULAYENKO O., *Text and Data Mining*, cit., 6, secondo cui "*One of the basic and fundamental principles of copyright law is that data is as such not protected; copyright only protects the creative form not the information incorporated in the protected work*". Si veda a riguardo HUGENHOLTZ P.B., *Auteursrecht op informatie*, Kluwer, Deventer, 1989.

[275] In base all'art. 1, 2) Dir. 2019/790 per "estrazione di testo e di dati" si intende: "*qualsiasi tecnica di analisi automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni*".

[276] TRIAILLE J.-P-, DE MEEUS D'ARGENTEUIL J., DE FRANCQUEN A., cit., 28.

corti americane hanno sostenuto che il materiale protetto possa essere utilizzato quando "[it] *must necessarily be used as an incident to*", ovvero quando tale utilizzo si pone come passaggio obbligato al fine di utilizzare materiali non protetti [277]. Tale principio di necessità è stato applicato al fine di giustificare l'attività di *software reverse engineering* [278], mentre il *text and data mining* operato dai motori di ricerca (Google nella specie) per restituire agli utenti opere librarie digitalizzate contenenti il testo oggetto di ricerca è stato giudicato lecito ai sensi del § 107 dello U.S. Copyright Act [279] (a riguardo si veda *sub* cap. 5, par. 8.2).

A livello europeo, le attività di *text and data mining* ricadono potenzialmente (e parzialmente) all'interno di diverse eccezioni già previste dalla Dir. 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (c.d. Direttiva Infosoc). Come chiarito dal considerando 9 Dir. 2019/790, "*vi possono essere … casi di estrazione di testo e di dati … in cui le riproduzioni effettuate rientrano nell'eccezione obbligatoria per gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE, che dovrebbe continuare ad applicarsi alle tecniche di estrazione di testo e di dati che non comportino la realizzazione di copie al di là dell'ambito di applicazione dell'eccezione stessa*".

Ai sensi dell'art. 5, par. 1, Direttiva Infosoc, un atto di riproduzione è esentato dal diritto di riproduzione a condizione che:

a) sia temporaneo [280];
b) sia transitorio o accessorio [281];

---

[277] *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 104 (1880).

[278] Cfr. SAMUELSON P., *The Story of Baker v. Selden: Sharpening the Distinction between Authorship and Invention*, in DREYFUSS R., GINSBURG J. (eds.), *Intellectual Property Stories*, Foundation Press, New York, 2006, 159-193.

[279] La norma rubricata "*Limitations on exclusive rights: Fair use*", stabilisce che "*the fair use of a copyrighted work, …, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship or research, is not an infringement of copyright*" e fissa i fattori da prendere in considerazione ai fini della relativa valutazione.

[280] Ciò si verifica quando le copie *cache* sono cancellate allorché l'utente esce dal sito Internet consultato o sono sovrascritte da altro materiale dopo un certo intervallo, che dipende dalla capacità della *cache*, nonché dal volume e dalla frequenza dell'utilizzo di Internet da parte dell'utente medesimo. Cfr. CGUE, 5 giugno 2014, C-360/13, Public Relations Consultants Association Ltd c. Newspaper Licensing Agency Ltd et al., ECLI:EU:C:2014:1195, punto 26. Per un commento v. JAMES S., *And Breathe .. You can Continue Browsing the Internet, as the CJEU Hands Down its Decision in PRCA v NLA (Meltwater)*, Computer and Telecomm. L. Rev., 2014, 169-171; CUSWORTH A., JOSEPH P., *Meltwater: liability for internet browsing*, JIPLP, 2014, 885-887; HART M., *The Legality of Internet Browsing in the Digital Age*, EIPR, 2014, 630-639.

[281] Si tratta di un requisito alternativo. L'atto di riproduzione deve infatti essere o transitorio o accessorio. Per quanto riguarda il primo dei due elementi, "*un atto può essere qualificato come «transitorio» esclusivamente qualora la sua durata sia limitata a quanto necessario per il buon funzionamento del procedimento tecnologico utilizzato, restando inteso che tale procedimento deve essere automatizzato in modo tale da cancellare detto atto in maniera automatica, senza intervento umano, nel momento in cui è esaurita la sua funzione tesa a consentire la realizzazione di un siffatto procedimento*". V., in tal senso, CGUE, 17 gennaio 2012, C-302/10, Infopaq International, EU:C:2012:16, punto 64. Un atto di riproduzione non perde il suo carattere transitorio per il solo fatto che la cancellazione da parte del sistema

c) costituisca parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico [282];

d) sia eseguito all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali, e

e) sia privo di rilievo economico proprio.

Sono stati espressi dubbi sul fatto che tutti questi requisiti siano soddisfatti da riproduzioni effettuate per scopi di *text and data mining*, soprattutto che si tratti di riproduzioni transitorie e prive di rilevanza economica indipendente [283]. Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge, inoltre, che i requisiti indicati *supra* devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, in quanto l'art. 5, para. 1, Direttiva Infosoc costituisce una deroga alla regola generale che impone che sia il titolare dei diritti d'autore ad autorizzare qualsiasi riproduzione delle sue opere protette (v. cap. 4, par. 3.4.1) [284]. Nel complesso, dunque, l'unica eccezione obbligatoria disponibile nella Direttiva 2001/29 ha un campo di applicazione residuale e limitato, che difficilmente coprirebbe la maggior parte delle attività di *text and data mining* e comunque offrirebbe scarsa certezza del diritto [285].

Negli Stati Membri in cui sia stata implemetata, potrebbe altresì trovare applicazione l'eccezione facoltativa prevista dall'art. 5(3)(a) Dir. Infosoc per gli usi aventi

---

della copia generata sia preceduta dall'intervento dell'utente finale, teso a porre fine al procedimento tecnologico di cui trattasi. V. CGUE, 5 giugno 2014, C-360/13, cit., 42. Per quanto concerne l'accessorietà, un atto di riproduzione potrà essere qualificato come accessorio "*se non ha né un'esistenza né una finalità autonome rispetto al procedimento tecnologico di cui fa parte*". Cfr. V. CGUE, 5 giugno 2014, C-360/13, cit., 42.

[282] Tale condizione richiede che siano soddisfatti cumulativamente due elementi, vale a dire che, da un lato, gli atti di riproduzione siano interamente compiuti nell'ambito dell'esecuzione di un procedimento tecnologico e, dall'altro, che la realizzazione di tali atti di riproduzione sia necessaria, nel senso che il procedimento tecnologico non potrebbe funzionare correttamente ed efficacemente senza i medesimi.v. CGUE, 16 luglio 2009, C-5/08, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening, EU:C:2009:465, punto 61, e Id., 17 gennaio 2012, C-302/10, cit., punto 30. Per quanto riguarda il primo di questi due elementi, l'art. 5, para. 1 Dir. 2001/29 non precisa in quale fase del procedimento tecnologico debbano intervenire gli atti di riproduzione temporanea, con la conseguenza che potrebbe indifferentemente dare avvio a tale procedimento oppure concluderlo. Cfr. CGUE, 17 gennaio 2012, C-302/10, cit., punto 31. Risulta inoltre dalla giurisprudenza europea che tale disposizione non osta a che il procedimento tecnologico implichi un intervento umano e, in particolare, che sia avviato o concluso manualmente. V., in tal senso, CGUE, 17 gennaio 2012, C-302/10, cit., punto 32.

Il requisito deve ritenersi rispettato allorché le copie *cache* siano create ed eliminate interamente nell'ambito del procedimento tecnologico utilizzato per la consultazione dei siti Internet. Cfr. CGUE, 5 giugno 2014, C-360/13, cit., punto 29. Per quanto concerne poi il secondo degli elementi, allo stato attuale, la tecnologia della visualizzazione di siti Internet sui computer presuppone la realizzazione di copie *cache* per poter funzionare in maniera corretta ed efficace. Internet, senza tali copie, non sarebbe in grado di far fronte agli attuali volumi di trasmissione di dati online. Cfr. CGUE, 5 giugno 2014, C-360/13, cit., punti 35-36.

[283] GEIGER C., FROSIO G., BULAYENKO O., *Text and Data Mining*, cit., 6

[284] CGUE, 16 luglio 2009, C-5/08, cit., punti 56 e 57, nonché Id., 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08, Football Association Premier League e a., EU:C:2011:631, punto 162.

[285] GEIGER C., FROSIO G., BULAYENKO O., *Text and Data Mining*, cit., 13.

"*esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica*" [286].

A dispetto delle notevoli differenze esistenti nella sua formulazione nei diversi Stati membri [287], l'eccezione è comunque idonea a coprire solo usi non commerciali, ciò escludendo tutte le applicazioni che, pur qualificandosi come ricerca scientifica, abbiano direttamente o indirettamente risvolti lucrativi [288]. A ciò si aggiunga che la trasposizione dell'eccezione nel nostro ordinamento, per mano dell'art. 70 L. 633/1941 (c.d. Legge sul diritto d'autore, anche solo "l.a.") ha ulteriormente irrigidito l'applicazione della scriminante, rendendo necessaria la "*menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta*". Indicazioni che la Direttiva Infosoc consente, con maggior flessibilità, di omettere "*in caso di impossibilità*" [289].

In caso di uso del *text and data mining* da parte di "*una persona fisica, per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali*" potrebbe altresì residuare un limitato spazio di applicazione per l'eccezione prevista dall'art. 5(2)(b) Direttiva 2001/29 (c.d. copia privata). A ben vedere, tuttavia, essa pone esattamente le stesse problematiche della precedente e a differenza di questa pone l'onere aggiuntivo di riconoscere un equo compenso ai titolari dei diritti [290].

Complessivamente, dunque, il quadro delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore (cui si va sommando quello delle eccezioni e limitazioni al diritto sulle banche di dati, che analizzeremo nel paragrafo seguente) non solo non consentiva di porre in essere attività di analisi di dati al riparo da possibili violazione delle privative altrui [291], ma poneva altresì – complice la frammentaria armonizzazione della normativa in materia – seri problemi di incertezza del diritto in ipotesi di progetti a portata territoriale transnazionale [292].

A modificare il quadro normativo sopra descritto è intervenuta la Dir. 2019/790 (cfr. cap. 4, par. 3.6), che ha introdotto due eccezioni a carattere obbligatorio, applicabili sia al diritto di riproduzione, sia al diritto *sui generis* di estrazione di dati da una banca di dati (cfr. par. 3.8), sia infine al diritto degli editori di giornali di utilizzare online le loro pubblicazioni di carattere giornalistico (introdotto dall'art. 15 della stessa Direttiva) [293].

---

[286] Un'eccezione analoga è prevista dagli artt. 6(2)(b) e 9(b) Dir. 1996/9 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, sia ai sensi del diritto d'autore, sia attraverso il diritto *sui generis*.

[287] STAMATOUDI I., *Text and Data Mining*, in ID. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Kluwer Law Int., Leiden, 2016, 272-273.

[288] *Ibid.*, 273.

[289] MONTAGNANI M., AIME G., *Il text and data mining e il diritto d'autore*, Quaderni di AIDA, 2017, § 3.

[290] Sulle modalità di quantificazione dell'equo compenso, si veda CGEU, 21 ottobre 2008, C-467/08, Padawan c. SGAE, ECLI:EU:C:2010:620.

[291] STAMATOUDI I., *Text and Data Mining*, cit., 252; MONTAGNANI M., AIME G., cit., 376.

[292] GEIGER C., FROSIO G., BULAYENKO O., *Text and Data Mining*, cit., 17, secondo cui "*The voluntary implementation makes even less predictable whether existing exceptions and limitations can be applied to TDM projects, especially those of cross border nature*".

[293] La norma sancisce che "*Gli Stati Membri riconoscono agli editori di giornali …i diritti di cui all'articolo 2*". Essa dispone il riconoscimento agli editori – per un periodo di due anni – del diritto di

Una prima eccezione, a carattere specifico e a finalità vincolata, consente "*le riproduzioni e le estrazioni effettuate da organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale ai fini dell'estrazione, per scopi di ricerca scientifica, di testo e di dati da opere o altri materiali cui essi hanno legalmente accesso*" (art. 3). Le nozioni di "organismi di ricerca" e "istituti di tutela del patrimonio culturale" sono definite in maniera alquanto restrittiva dall'art. 2 n. 1 e 3 Dir. 2019/790 [294]. Si tratta sostanzialmente di enti no profit e a controllo pubblico (perché finanziati da enti pubblici, istituiti con leggi nazionali o operanti su committenza pubblica). La possibilità che "*imprese commerciali abbiano, per ragioni strutturali quali la loro veste di azionisti o soci, un'influenza tanto determinante da consentire loro di esercitare un controllo da cui potrebbe derivare un accesso preferenziale ai risultati della ricerca*" [295] è sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'eccezione. Ne risultano pertanto significativamente scoraggiati i parternariati pubblico-privati, almeno laddove l'attività di ricerca sia finanziata da privati [296].

Una seconda eccezione legittimante l'estrazione di testo e dati in generale, cioè indipendentemente dalla specifica finalità per cui è posta in essere, è prevista, con limiti decisamente più angusti, a favore di altri utenti, diversi dagli organismi di ricerca (art. 4) [297]. L'applicazione dell'eccezione è però espressamente limitata alla "*condizione che l'utilizzo delle opere … non sia stato espressamente riservato dai titolari dei diritti in modo appropriato, ad esempio attraverso strumenti che consentano lettura automatizzata in caso di contenuti resi pubblicamente disponibili online*" (art. 4, comma 3). Inoltre, mentre l'eccezione di cui all'art. 3 costituisce norma imperati-

---

riproduzione e di comunicazione al pubblico delle proprie pubblicazioni giornalistiche nel caso di utilizzo on line da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione, facendo comunque salvi gli utilizzi privati o non commerciali, nonché i diritti degli autori e degli altri titolari di diritti sulle opere incluse nella pubblicazione, in primo luogo quello allo sfruttamento di esse in modo indipendente. La disposizione non si applica ai collegamenti ipertestuali, né all'utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi. In dottrina, v. BERTI C., *Tutela dei contenuti editoriali on line e problemi di enforcement*, Resp. Civ. e prev., 2019, 6, 2063 e PRIORA G., *Diritto d'autore e accesso all'informazione giornalistica: accanimento o lungimiranza del legislatore comunitario?*, Dir. inf., 2020, 4, 833.

[294] È organismo di ricerca "*un'università, comprese le relative biblioteche, un istituto di ricerca o qualsiasi altra entità il cui obiettivo primario sia condurre attività di ricerca scientifica oppure condurre attività didattiche che includano altresì attività di ricerca scientifica: a) senza scopo di lucro o reinvestendo tutti gli utili nella propria attività di ricerca scientifica, o b) con una finalità di interesse pubblico riconosciuta da uno Stato membro, in modo che non sia possibile l'accesso su base preferenziale ai risultati generati da detta ricerca scientifica da parte di un'impresa che esercita un'influenza determinante su tale organismo". È istituto di tutela del patrimonio culturale "una biblioteca accessibile al pubblico, un museo, un archivio o un istituto per il patrimonio cinematografico o sonoro*".

[295] Cfr. considerando 12.

[296] Il considerando 11, pur consentendo che le attività di ricerca siano svolte nel quadro di partenariati pubblico-privato, sembra infatti chiarire che l'unica forma di partnership che benificia dell'eccezione e quella in cui l'istituto di ricerca si serva del partner privato per svolgere le attività di *text and data mining*.

[297] "*Gli Stati membri dispongono un'eccezione o una limitazione ai diritti di cui all'art. 5, lett. a), e all'art. 7, para. 1, della dir. 96/9/CE, all'art. 2 della dir. 2001/29/CE, all'art. 4, para. 1, lett. a) e b), della dir. 2009/24/CE e all'art. 15, para. 1, della presente direttiva per le riproduzioni e le estrazioni effettuate da opere o altri materiali cui si abbia legalmente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati*".

va, sottratta alla disponibilità contrattuale, l'art. 4 è sempre derogabile, secondo un meccanismo c.d. di *opt-out*[298].

Conseguentemente, il raggio di operatività dell'eccezione appare sensibilmente ridotto allorché ad invocarla siano professionisti o imprese e la finalità dell'estrazione sia a carattere commerciale[299]. Posto che l'attività di ricerca e sviluppo in materia di intelligenza artificiale assume prevalentemente queste ultime caratteristiche[300], l'impatto della riforma – per quanto migliorativo rispetto allo scenario preesistente – appare piuttosto modesto. Si è evidenziato, in particolare, come la fattispecie si sarebbe prestata ad interventi di più ampio respiro, quali – su tutti – l'introduzione di un regime di equo compenso, che lasciasse all'utilizzatore il libero accesso ai dati, dietro prestazione di una remunerazione a favore dei titolari dei diritti.

Entrambe le eccezioni consentono l'estrazione solo allorché i testi e i dati siano tratti da opere e materiali cui i beneficiari abbiano già legalmente accesso. Ciò equivale sostanzialmente a consentire al titolare dei diritti di rifiutare la messa a disposizione dei dati[301], quale presupposto indifettibile per l'operatività dell'eccezione. La norma implica dunque, nella migliore delle ipotesi, che il contenuto sia stato messo a disposizione gratuitamente su Internet dall'avente diritto[302]. Nello scenario più realistico, invece, sarà necessario aver stipulato una licenza con il titolare del diritto, così condannando l'attività di ricerca alle logiche di mercato e discriminando i centri aventi minor potere di spesa. Non a caso, si è sostenuto che l'eccezione pare "*ampliare, invece di limitare, l'ambito della privativa dei titolari su banche-dati o su altre opere*" [303].

In attesa che le eccezioni trovino recepimento nell'ordinamento nazionale (entro il 7 giugno 2021), i diritti d'autore si presentano come un primo potenziale ostacolo all'accesso e all'estrazione di dati.

---

[298] L'art. 7 co. 1, Dir. 2019/790 prevede infatti che "*Qualsiasi disposizione contrattuale in contrasto con le eccezioni di cui agli artt. 3, 5 e 6 è inapplicabile*".

[299] Critica SAMUELSON P., *The EU's Controversial Digital Single Market Directive*, Communication of the ACM, 2018, 61, 11, 20.

[300] Cfr. WIPO, *Technology Trends 2019. Artificial Intelligence*, 2019, che evidenza come le università siano significativamente indietro rispetto ai privati nelle classifiche relative alla brevettazione di tecnologie innovative nel settore dell'IA.

[301] EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 gennaio 2017. ROSATI E., *Copyright as an Obstacle or an Enabler? A European Perspective on Text and Data Mining and its Role in the Development of AI Creativity*, Asia Pacific L. Rev., 2019, 27, 2, 198-217, secondo cui "*In this sense, copyright law has the potential to remain an obstacle, rather than enabler*",

[302] HUGENHOLTZ B., *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)*, Kluwer Copyright Blog, 24 luglio 2019.

[303] MUSSO A., *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella direttiva UE n. 790/2019*, Dir. Inf., 2020, 3, 411.

3.6. *Tutela dei dati vs tutela del dato*

Oltre che dal diritto d'autore, l'accesso e l'estrazione di dati è condizionato dalle norme che regolano la protezione delle banche di dati, a livello internazionale, regionale e nazionale [304]. Anzi, tali norme rivestono probabilmente importanza ancora maggiore, se si considera che il più delle volte l'interese all'estrazione non investe singole unità, ma piuttosto una universalità di dati.

L'art. 10, par. 2TRIPs e l'art. 5 del World Copyright Treaty (WCT) [305] estendono la tutela di diritto d'autore alle "*compilazioni di dati o altro materiale … che, a causa della selezione o della disposizione dei loro contenuti, costituiscano creazioni intellettuali*". Sia i TRIPs che il WCT stabiliscono che la protezione del database copra esclusivamente la sua struttura e l'investimento sostenuto per la sua creazione, mentre non si estenda ai contenuti o al materiale del database (dati individuali). Analoghe conclusioni discendono dalla lettura del combinato disposto dell'art. 3, par. 2 e del considerando 15 Dir. 96/9 relativa alla tutela giuridica delle banche dei dati [306], nonché dell'art. 2, n. 9 l.a. [307], che ne costituisce la trasposizione nell'ordinamento interno.

---

[304] Già prima dell'adozione di una legislazione specifica in materia, nei paesi di *civil law*, le banche dati venivano ricondotte alle opere collettive o compilative, che si caratterizzano per il fatto di essere costituite dalla riunione di opere o parti di opere e di presentare al contempo un carattere di creazione autonoma. In giurisprudenza, si veda Trib. Pavia, 21 aprile 1997, Giur. comm., 1997, 4, 426, con nota di LUCCHINI GUASTALLA E., *Duplicazione abusiva degli elenchi del telefono e tutela giuridica delle banche dati*. In sede di reclamo cautelare, il tribunale accertava sommariamente l'illiceità della produzione e distribuzione di un cd-rom contenente l'elenco generale degli abbonati alla rete telefonica nazionale per "*illecita appropriazione di informazioni contenute nella banca dati di esclusiva titolarità della Telecom*", nonostante che la Direttiva, decorso il termine per la sua attuazione, non fosse ancora stata compiutamente recepita dallo Stato. Per una ricostruzione della disciplina nazionale, vedi GRECO P., VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XI, Utet, Torino, 1974, 57 e UBERTAZZI L.C., *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in ALPA G. (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984, 59. In giurisprudenza, cfr. Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953, Quaderni di AIDA, 1994, 258, con nota di RICOLFI M. e in Riv. dir. ind., 1994, II, 157 con nota di FRASSI P., *La tutela delle compilazioni di informazioni attraverso il diritto d'autore*. Per un'ampia analisi, v. anche FRASSI P., *Creazioni utili e diritto d'autore. Programmi per elaboratore e raccolte di dati*, Giuffrè, Milano, 1997, 182.

[305] Adottato nel dicembre 1996 dal WIPO, il WCT s'inserisce come un accordo particolare tra Stati ex art. 20 della Convenzione di Berna, nel cui sistema si inserisce. Con esso le parti contraenti si accordarono per un adeguamento delle proprie leggi nazionali in materia di diritto d'autore ai nuovi rischi della società dell'informazione e di Internet. La Direttiva Infosoc ne costituisce implementazione in Europa.

[306] Direttiva 96/9/CE del Parlamento europea e del Consiglio dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche dei dati, in G.U. L 77 27.03.1996, 20. Per una ricostruzione sulle origini ed evoluzioni della tutela sulle "raccolte" creative si rinvia a MASTROIANNI R., *Diritto internazionale d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997; CHIMIENTI L., *Banche di dati e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1999, 6. Per un bilancio a posteriori sulla Direttiva si veda in particolare FALCE V., *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, Riv. dir. ind., 2006, 6, 227.

[307] Così come modificata dall'art. 2, d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169, che ha introdotto gli artt. 64 *quinquies* e *sexies* e gli artt. 102 *bis* e *ter*. La norma prevede che la tutela della banca di dati "*non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati i diritti esistenti su tale contenuto*".

Conseguentemente, la normativa internazionale, europea e nazionale sulle banche dati è concorde nello stabilire che destinataria della tutela sia solo la struttura della banca di dati, e non già il suo contenuto, né gli elementi costitutivi di quest'ultimo [308].

A riprova di ciò, ben può trovare tutela una raccolta antologica contenente opere dell'ingegno cadute in pubblico dominio e dunque liberamente utilizzabili da chiunque, oppure i cui dati contenuti abbiano natura pubblica e siano messi a disposizione da un ente pubblico [309]. Quando, viceversa, se la tutela si appuntasse sul contenuto, in questi casi la banca dati dovrebbe necessariamente considerarsi anche non tutelabile [310].

Tale aspetto costituisce un primo evidente ostacolo alla tutela dei dati non personali in sé e per sé. A differenza del GDPR che riconosce tutela a qualsiasi dato personale, anche considerato individualmente ed isolatamente, non esistono norme che tutelino i dati non personali nella loro dimensione unitaria [311].

Ciò premesso, conviene esaminare più nel dettaglio la normativa sulle banche di dati, per meglio comprendere i limiti di tale tutela.

3.7. *La tutela delle banche di dati ai sensi della normativa sul diritto d'autore*

Il diritto europeo prevede una protezione specifica delle banche di dati grazie alla Dir. 96/9/CE. L'art. 1(2) Dir. sancisce che "*ai fini della presente direttiva per*

---

[308] Cfr. in giurisprudenza Trib. Genova, sez. I, 11 febbraio 2014, che ha escluso che l'estrazione da un sito di una singola fotografia relativa ad un evento sportivo rappresenti una lesione dell'opera dell'ingegno rappresentata dalla creazione della banca dati. Infatti "*il legislatore ha inteso distinguere la banca dati quale opera intellettuale dagli elementi che concorrono a costituirla e che, nel riconoscere autonoma tutela alla banca dati – vale a dire al modo in cui determinati materiali sono stati selezionati, organizzati, disposti e presentati al pubblico – non ha voluto incidere sulla tutela riconosciuta ai materiali che ne costituiscono il contenuto*"; Trib. Bologna, 10 agosto 2011, n. 2317, che ha escluso la violazione del diritto d'autore sull'opera "La Vendetta" del Po., da parte della agenda COMIX 2007 che aveva scelto e riprodotto 9 dei 1500 "sms" di cui la prima opera costituiva raccolta.

[309] Cfr. Trib. Firenze, 21 marzo 2016, che ha ritenuto tutelabile una banca dati di aste giudiziarie.

[310] Si veda CGUE, 9 ottobre 2008, C-304/07, Directmedia Publishing GmbH v Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, ECLI:EU:C:2008:552, in Dir. inf., 2008, 6, 780, con nota di SAMMARCO P., *Sull'ampiezza del diritto sui generis in relazione all'attività di estrazione del contenuto di una banca di dati non avente carattere creativo*.

[311] DREXL J., HILTY R.M., DESAUNETTES L., GREINER F., KIM D., RICHTER H., SURBLYTĖ G., WIEDEMANN K., *Data Ownership and Access to Data, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the current European Debate*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-10, punto 11, riferisce che nel corso dei lavori preparatori l'adozione della Direttiva, si era concordato che i singoli contenuti della banca dati non avrebbero ricevuto protezione. Si veda anche ZECH H., *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data,* JIPLP, 2016, 11, 466; DORNER M., *Big Data und "Dateneigentum", Grundfragen des modernen Daten– und Informationshandels*, Computer und Recht, 2014, 617, 621; DREXL J., *op. cit.*, 17, che critica il ruolo della Direttiva; ZDANOWIECKI K., *Recht an Daten*, in BRÄUTIGAM P., KLINDT T. (eds.), *Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0*, Studio commissionato da BDI (the Bundesverband der Deutschen Industrie, German Industry Association) a Noerr LLP, 21 Novembre 2015, che, *inter alia*, si schiera contro l'introduzione di un nuovo diritto di proprietà sui dati.

"*banca di dati*" *si intende una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo*".

La Direttiva stabilisce una protezione a due livelli: mentre la struttura "originale" di un database è protetta (i) dal diritto d'autore; i database "non originali" godono di un diritto (ii) c.d. *sui generis*, a condizione che sia stato effettuato un investimento sostanziale nella loro creazione.

I due livelli di tutela sono reciprocamente indipendenti e possono essere applicati separatamente o cumulativamente, laddove le condizioni per l'applicazione di ambedue i regimi risultino soddisfatte contemporaneamente.

L'art. 3 Dir. definisce l'"[o]ggetto della tutela" di diritto d'autore: "*a norma della presente direttiva, le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore sono tutelate in quanto tali dal diritto d'autore. Per stabilire se alle banche dati possa essere riconosciuta tale tutela non si applicano altri criteri … diversi da quello di originalità, nel senso di creazione intellettuale … e in particolare non dovrà essere effettuata alcuna valutazione della qualità o del valore estetico della banca di dati*" (Considerando 15 e 16).

Secondo la Corte di Giustizia[312] "*tale criterio di originalità è soddisfatto quando, mediante la scelta o la disposizione dei dati in essa contenuti, il suo autore esprima la sua capacità creativa con originalità effettuando scelte libere e creative*[313] *ed imprime quindi il suo "tocco personale"*[314]*; al contrario, il criterio de quo non è soddisfatto quando la costituzione della banca di dati sia dettata da considerazioni di carattere tecnico, da regole o vincoli che non lasciano margine per la libertà creativa*"[315].

Pertanto, l'unico requisito imposto dal legislatore è la "*originalità nella scelta o nella disposizione dei dati*".

Le nozioni di "*scelta*" e di "*disposizione*" riguardano, rispettivamente, la selezione e la sistematizzazione dei dati con cui l'autore della base conferisce a quest'ultima la sua struttura; non comprendono, invece, la creazione dei dati contenuti in tale base.Di conseguenza, le valutazioni relative "*all'impegno intellettuale nonché al know-how destinati alla creazione di dati non possono essere prese in considerazione per valutare se la banca di dati che li contiene possa godere della tutela*

---

[312] CGUE, 1 marzo 2012, C-604/10 *Football Dataco e altri contro Yahoo! UK Ltd e altri*, ECLI:EU:C:2012:115, punti 38-39. Per un commento v. ADOBATI E., *La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati*, Dir. com. e degli scambi internaz., 2012, 269-271 e O'SULLIVAN N., ROSE D., *Football Dataco v Yahoo! Implications of the ECJ judgment*, JIPLP, 2012, 792-800.

[313] V., per analogia, le citate sentenze della CGUE, 16 luglio 2009, C-5/08, cit., punto 45; Id, 22 dicembre 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury, ECLI:EU:C:2010:816, punto 50, e Id, 1 dicembre 2011, C-145/10, Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri, ECLI:EU:C:2011:798, punto 89.

[314] CGUE, 1 dicembre 2011, C-145/10, cit., punto 92.

[315] V., per analogia, le citate sentenze CGUE, 22 dicembre 2010, C-393/09, cit., punti 48 e 49, nonché Id, 4 ottobre 2011, C-403/08, cit. e Id., C-429/08, Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd, ECLI:EU:C:2011:631, punto 98.

in base al diritto d'autore prevista dalla direttiva 96/9" [316].

Sulla base di tale sostrato normativo, è particolarmente difficile ravvisare nella scelta e disposizione di dati l'espressione di una libertà creativa, come richiesto dalla normativa [317].

Anche se la soglia di originalità per beneficiare della protezione di diritto d'autore è piuttosto bassa, questo requisito può comportare difficoltà, specialmente nella attuale economia dei dati, poiché richiede, in ogni caso, un intervento umano nel processo di creazione, che imprima nel risultato finale la personalità del suo autore. La maggior parte dei dati raccolti ed elaborati nel contesto dei progetti Big Data sono dati grezzi e non strutturati (come numeri e altre informazioni puramente quantitative, misurazioni, prezzi o simili dati di mercato) o comunque derivanti da processi automatizzati, ove i *dataset* sono creati da software senza il coinvolgimento umano (si pensi alla raccolta di dati per mezzo di registrazioni video da telecamere di sicurezza) [318]. In tali situazioni sembra ben più probabile conseguire qualche forma di tutela per il software sottostante (algoritmo scritto in modo da consentire la selezione di dati/tipi di dati specifici), piuttosto che non per il database in sé e per sé, benché oggi la giurisprudenza tenda a mettere insieme le due cose e a creare una figura ibrida di "*banche dati, implementate in forma di programma per elaboratore*" [319].

La difficoltà di riscontrare l'originalità dell'opera è d'altronde problema di ampio respiro che coinvolge in generale tutte le opere create da agenti artificiali (c.d. *machine generated works*) o con il loro ausilio (c.d. *machine aided works*) [320] (v. cap.

---

[316] CGUE, 1 marzo 2012, C-604/10, cit., punti 42 e 46.

[317] Si veda a titolo esemplificativo, Trib. Milano, 30 settembre 2014, n. 11458, secondo cui il glossario video di termini tecnici ai quali risulta associata una breve definizione di ciascuno *"non rientra nella tutela delle banche dati prevista dall'art. 1, co. 2 della L. 22 aprile 1941, n. 633, qualora la scelta strutturale di tale glossario si fondi sul criterio, non particolarmente originale, della mera elencazione alfabetica dei termini propri del settore audio/video"*. App. Milano, 21 novembre 2011, AIDA, 2013, Rep. I.13bis, secondo cui l'appartenenza di un'opera/banca dati al genere araldico rende normale e consueto per non dire banale il suo ricorso (per l'organizzazione del contenuto costituito dalla menzione e dalla ripartizione delle famiglie nobili), ad un criterio fondato sulla presenza, l'assenza e la natura dei titoli formali che attestino la nobiltà delle famiglie. V. anche Trib. Milano, 16 febbraio 2012, AIDA, 2013, Rep. I.13bis.

[318] WIEBE A., *Protection of industrial data: a new property right for the digital economy?*, JIPLP, 2016, 12, 1, 62-77 e in *GRURInt.*, 2016, 882; NUNZIANTE E., *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, Law and Media Working Paper Series n. 06/2017, 2.

[319] Si veda Trib. Milano, 10 marzo 2016, Soc. Business Competence c. Soc. Facebook e altro, Foro It., 2016, 12, I, 3989, che ha così definito un'applicazione "*per la geolocalizzazione, che consente di identificare la posizione geografica di un dispositivo mobile, utilizzando le informazioni contenute nel network Facebook, segnalando gli esercizi commerciali presenti entro una certa distanza dalla posizione dell'utente e mettendo in evidenza i commenti degli altri utenti*".

[320] La distinzione si fonda sul livello di autonomia della macchina, ovvero, da un punto di vista ingegneristico, sulla "*capacità della macchina di operare in un ambiente reale senza qualsivoglia forma di controllo dall'esterno per un esteso periodo di tempo*". Cfr. LIN P., ABNEY K., BEKEY G., *Robot ethics: Mapping the issues for a mechanized world*, Artificial Intelligence, 2011, 175, 5-6, 942-949. Quando la macchina è utilizzata nel processo creativo, il quale continua a far capo all'essero umano, non v'è dubbio che i diritti d'autore spettino a quest'ultimo, non diversamente da quanto avviene per l'utilizzo di una

4, par. 1.1). È probabile che nel medio breve periodo, l'aumento sempre più significativo di opere integralmente create da intelligenza artificiale costringerà a ripensare le fondamenta del diritto d'autore[321], proprio a partire dal requisito dell'originalità, che resta concetto strettamente correlato alla paternità umana dell'opera[322].

3.8. *La tutela* sui generis *ai sensi dell'art. 102 bis l.a.*

Una volta esclusa la tutela autoriale *ex* artt. 1 e 2 l.a., resta ancora da valutare se possa invocarsi la tutela *sui generis ex* art. 102 *bis* l.a.

Ai sensi del considerando 39 Dir. 96/9 CE, l'obiettivo di tale tutela è salvaguardare, al di là del diritto d'autore, i costitutori[323] delle banche dati dall'indebita appropriazione dei risultati dell'investimento finanziario e professionale effettuato per ottenere e raccogliere il contenuto. A tal fine, è loro attribuito il potere esclusivo di vietare, con efficacia *erga omnes*, tutte le operazioni di estrazione o reimpiego della

---

macchina fotografica. Cfr. PAGALLO U., *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, 2013, 390. I problemi sorgono invece laddove si sia in presenza di una "*non human authorship*", ovvero il processo creativo sia lasciato interamente alla macchina, con la presenza umana "out of the loop". Cfr. PAGALLO U., *Even Angels Need the Rules: AI, Roboethics, and the Law,* in *ECAI 2016 22nd European Conference on Artificial Intelligence 29 August–2 September 2016, The Hague, The Netherlands Proceedings*, IOS Press, 2016, 209. In questi casi si pone non solo la problematica di valutare la originalità dell'opera, quanto più quella preliminare di stabilire se una macchina possa essere titolare di diritti d'autore o a quale altro soggetto tali diritti possano essere assegnati. Per una panoramica su tale problema, sia consentito rinviare a CIANI J., *Learning from Monkeys: Authorship Issues Arising From AI Technology*, in MOURA OLIVEIRA P., NOVAIS P., REIS L. (eds.), *Progress in Artificial Intelligence*, Springer, 2019, 275-286.

[321] In questo senso, cfr. SPEDICATO G., *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, Riv. dir. ind., 2019, 4, 253, che suggerisce "*un più alto (invece che un più basso) gradiente creativo per l'accesso alla tutela dei prodotti dell'intelligenza artificiale, così da prevenire il rischio che l'affollamento dei domini di cui all'art. 1 l.a. arrivi a una vera e propria saturazione, in cui risulterebbe esclusa tout court la possibilità di accedere alla protezione per qualunque ulteriore risultato creativo (umano o artificiale)*".

[322] La circostanza che un agente artificiale non sia in grado di imprimere la propria personalità nella creazione artistica potrebbe valere come argomento per escludere l'attività creativa non umana dalla protezione di diritto d'autore. In effetti, esiste un ampio consenso sul fatto che l'IA oggi sia "debole": può agire in modo intelligente, ma non può capire il vero significato di ciò che dice o fa. Cfr. LIM A., *Robots Aren't as Smart as You Think*, MIT Technology Review, 2 novembre 2017. Tuttavia, si è osservato che la mancanza di personalità dell'IA non sembra essere un argomento decisivo. La maggior parte degli autori concorda sul fatto che la volontà dell'atto creativo non è richiesta per una corretta attribuzione della paternità, come proverebbe il riconoscimento della qualità di autori in capo a minori e persone incapaci. Cfr. DE SANCTIS V.M., *I soggetti del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2000, 19 e GRECO P., VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 213. Come afferma TEUBNER G., *Rights of Non Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors*, Politics and Law, Journal of Law and Society, 2006, 33, 4, 497-521, nulla impedirebbe al legislatore di riconoscere personalità giuridica all'agente artificiale (e perché no, anche l'attribuzione di diritti d'autore) benché privo di proprietà ontologiacmente umane come la capacità riflessiva o l'empatia.

[323] Il diritto *sui generis* è riservato a persone fisiche che siano cittadini UE o che abbiano nel territorio della UE la loro residenza abituale, ovvero ad imprese/società costituite secondo la normativa di uno Stato membro dell'UE che abbiano la sede legale o amministrativa all'interno dell'UE o che nel territorio UE abbiano una sede sociale (in questo caso, è necessario che sussista un legame effettivo e continuo tra l'attività della medesima e l'economia di uno Stato membro).

totalità o di una parte sostanziale del contenuto della raccolta [324]. Tale diritto incontra le limitazioni previste dall'art. 9 Dir. che consente l'estrazione o il reimpiego per fini privati, per finalità didattiche o di ricerca scientifica, per fini di sicurezza pubblica o per una procedura amministrativa o giurisdizionale.

Le differenze con la tutela di diritto d'autore [325] concernono, oltre ai requisiti e all'oggetto della protezione (che viene ad identificarsi con il puro investimento economico) [326], anche il termine di durata, che è limitato a 15 anni a decorrere dall'anno successivo alla data di completamento del database [327].

L'introduzione della Direttiva è stata accompagnata da severe critiche in ordine alla eccessiva genericità con cui il legislatore unitario avrebbe delineato l'ambito e l'estensione della protezione [328]. Ciò ha promosso un largo ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE [329].

---

[324] V. CGUE, 9 novembre 2004, C-203/02, The British Horseracing Board e a., ECLI:EU:C:2004:695, punti 32 e 46; Id., 9 novembre 2004, C-338/02, Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB, ECLI:EU:C:2004:696, punto 35, nonché Id., 9 ottobre 2008, C-304/07, cit., punto 33, secondo cui la tutela *sui generis* è "*preordinata a garantire alla persona che ha preso l'iniziativa ed ha assunto il rischio di destinare un investimento rilevante, in termini di risorse umane, tecniche e/o finanziarie, alla costituzione e al funzionamento di una banca dati, la remunerazione del suo investimento, tutelandola contro l'appropriazione non autorizzata dei risultati conseguiti da detto investimento*".

[325] In dottrina, si è rilevato che i contorni essenziali della tutela *sui generis* ne rendono difficile la riconducibilità al paradigma classico del diritto d'autore (che presuppone uno sforzo creativo e poggia sulla originalità del risultato raggiunto). Parte della dottrina riconduce sistematicamente l'esclusiva sulle banche dati non creative ai diritti connessi. Cfr. LAVAGNINI S., *Sub artt. 102-bis e ter, l.a.*, in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit., 1816 ss.; SPOLIDORO M.S., *Il contenuto del diritto connesso sulle banche di dati*, Quaderni di AIDA, 1997, 4. *Contra*, in quanto l'esistenza del diritto non è ausiliare, né collegata alla creazione, diffusione e/o pubblicazione di un'opera dell'ingegno, FALCE V., cit., 6; ZOPPINI A., *Nota alla Direttiva 96/9/CE*, Dir, Inf., 1996, 491; MELI V., *Le "utilizzazioni libere" nella direttiva 96/9 sulla protezione giuridica delle banche dati*, Quaderni di AIDA, 1997, 108, secondo cui la Direttiva voleva espressamente evitare quest'assimilazione. Più in generale, sulla natura del diritto *sui generis* si rinvia a SPADA P., *Creazione ed esclusiva trent'anni dopo*, Riv. dir. civ., 1997, 215; MAYR C.E., *Banche dati e musei*, Quaderni di AIDA, 1997, 119; IBBA C., *Banche dati e sanzioni civili*, Quaderni di AIDA, 1997, 175. Per una analitica ricostruzione delle diverse posizioni, GUGLIELMETTI G., *Art. 5, Attuazione della Direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati*, Nuove leggi civ. comm., 2003, 1234.

[326] DI CATALDO V., *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, Quaderni di AIDA,1997, 21; FALCE V., cit.; IBBA C., cit., 176.

[327] Venendo così a coesistere col diritto dell'autore della raccolta, eventualmente creativa, sin dalla sua nascita. La durata della protezione potrebbe in pratica essere molto più lunga, poiché qualsiasi modifica sostanziale al contenuto del database, potrebbe essere considerata un nuovo investimento, meritevole di nuova tutela.

[328] Cfr. FALCE V., cit., che rileva come la Direttiva abbia omesso di specificare le caratteristiche essenziali del concetto stesso di banca dati, di delineare se ed in che limiti l'effettuazione di investimenti rilevanti costituisca la *condicio iuris* per accedere ai benefici della tutela ed infine quando ed al ricorrere di quali presupposti ricorra una "parte sostanziale".

[329] In arg., vedi VITI V., *Diritto sui generis al guado*, Diritto dell'Internet, 2005, 456; MANAVELLO C., *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*, Riv. dir. ind., 2005, 420; LUCIONI C., *L'oggetto e l'estensione del diritto sui generis a favore del costitutore di banche dati compilative nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, Dir. pub. comp. ed europeo, 2005, 97; APLIN T., *The ECJ Elucidates the Database Right*, IPQ, 2005, 2, 204-221.

La Corte ha adottato una interpretazine estensiva della nozione di banca dati. Essa ricorre in presenza di una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti, ossia dotati di autonomo valore informativo e separabili gli uni dagli altri "*senza che venga per questo intaccato il valore del loro contenuto*", disposti con un metodo o sistema tale da renderli individuamente accessibili e consentire di ritrovare ciascuno di essi [330].

Passando ai presupposti di applicabilità della disciplina, la Corte ha specificato in cosa si articolano le attività di a) conseguimento, b) verifica e c) presentazione del contenuto della banca di dati, su cui deve concentrarsi l'investimento:

a) il conseguimento *"indica i mezzi destinati alla ricerca di elementi indipendenti esistenti e alla loro riunione nella detta banca di dati, ad esclusione dei mezzi impiegati per la creazione stessa di elementi indipendenti; il fine della tutela conferita dal diritto sui generis introdotta dalla direttiva è infatti di incentivare la creazione di sistemi di memorizzazione e di gestione di informazioni esistenti, e non la creazione di elementi che possano essere successivamente raccolti in una banca di dati*" (c.d. *"spin-off" doctrine*) [331];

b) la verifica *"riguarda i mezzi destinati, al fine di assicurare l'affidabilità dell'informazione contenuta nella detta banca di dati, al controllo dell'esattezza degli elementi ricercati, all'atto della costituzione di questa banca di dati così come durante il periodo di funzionamento della stessa"* [332];

c) la presentazione *"riguarda, dal canto suo, i mezzi intesi a conferire alla detta banca di dati la sua funzione di gestione dell'informazione, ossia quelli destinati alla disposizione sistematica o metodica degli elementi contenuti in questa banca di dati nonché all'organizzazione della loro accessibilità individuale*" [333].

---

[330] Cfr. CGUE, 9 novembre 2004, C-338/02, cit., punto 29. Per una critica si rinvia a DERCLAYE E., *What is a database? A critical analysis of the definition of a database in the European Directive and Suggestions for an international definition*, JWIP, 2002, 1005. Per un commento, si vedano anche MASSON A., *Creation of Database or Creation of Data: Crucial Choices in the Matter of Database Protection*, EIPR, 2006, 261-267; DERCLAYE E., *The Court of Justice Interprets the Database sui generis Right for the First Time*, European Law Rev., 2005, 420-430; APLIN T., cit., 204-221. Sul requisito dell'indipendenza, v. Trib. Milano, 8 settembre 2014, AIDA, 2015, 1691/2, secondo cui gli aggiornamenti e le correzioni apportate ad un testo normativo non costituiscono una banca dati, mancando il requisito dell'indipendenza degli elementi contenuti nella raccolta e Trib. Milano, 10 agosto 2009, AIDA, 2011, 1398/2, secondo cui non possono essere considerate opere di compilazione, tutelabili ai sensi dell'art. 64-*quinquies* l.a., le opere didattiche nelle quali i contributi preesistenti siano integrati fra loro in maniera indissolubile, e conseguentemente non siano più individuabili e accessibili nella loro specifica individualità.

[331] In arg., v. HUGENHOLTZ P.B., *Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive – The "Spin-Off" Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe*, Fordham University School of Law, Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 14-25 Aprile 2003; VISSER D.J.G., *The database right and the spin-off theory*, in SNIJDERS H.J., WEATHERILL S., *Ecommerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Kluwer Law Int., L'Aia/Londra/New York, 2003, 105-110; DERCLAYE E., *Databases sui generis right: should we adopt the spin-off theory?*, EIPR, 2004, 402-413.

[332] CGUE, 9 novembre 2004, cit., punto 27.

[333] CGUE, 9 novembre 2004, cit., punto 37.

Laddove la costituzione della banca dati sia un sottoprodotto dell'attività principale del costitutore, l'investimento deve essere considerato in sé, tenendolo ben distinto da quelli sostenuti per la creazione dei dati stessi. "*In tale contesto, il fatto che la costituzione di una banca di dati sia collegata all'esercizio di un'attività principale nell'ambito della quale il costitutore della banca di dati è anche colui che ha creato gli elementi contenuti in tale banca di dati non esclude, in quanto tale, che costui possa rivendicare il beneficio della tutela conferita dal diritto sui generis, a condizione che dimostri che il conseguimento dei detti elementi, la loro verifica o la loro presentazione … hanno dato luogo ad un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo, autonomo rispetto ai mezzi impiegati per la creazione di questi elementi*" [334].

La valutazione quantitativa fa riferimento a "*mezzi quantificabili numericamente*" e la valutazione qualitativa a "*sforzi non quantificabili, quali uno sforzo intellettuale o un dispendio di energie*" [335].

Ai fini della valutazione della rilevanza dell'investimento dovrebbe quindi potersi discernere tra gli investimenti necessari alla creazione dei dati, cioè alla generazione dell'informazione sulla base di determinati parametri (data, disponibilità di posti, anche in offerta, ecc.) e quelli necessari alla sola loro raccolta e presentazione: i soli, questi ultimi, rilevanti ai fini della tutela [336].

Il sottile confine tra le due nozioni ha portato parte della dottrina ad evidenziare il pericolo che il raggio della protezione *sui generis* possa estendersi dal contenuto della banca dati complessivamente considerato alle singole informazioni di cui la stessa si compone [337].

Per quanto concerne la portata del diritto, il legislatore attribuisce al costitutore il diritto di vietare l'estrazione o il reimpiego [338] della totalità o di una parte sostanziale dei dati su un altro supporto, con qualsiasi mezzo o qualsiasi forma (art. 7, n. 2, lett. a) Dir. 96/9) [339].

---

[334] CGUE, 9 novembre 2004, cit.

[335] CGUE, 9 novembre 2004, cit., punto 38.

[336] Critica su tale distinzione FALCE V., cit., alla nota 86. Sulle implicazioni della distinzione tra ottenimento e creazione, vedi anche MCGEE A., SCANLAN G., *The Database Directive – sui generis and copyright: a practicable distinction?*, The Journal of Business Law, 2005, 422; HUGENHOLTZ B., DAVISON M.J., *Football fixtures, horseraces and spinoffs: the ECJ domesticates the database right*, EIPR, 2005-3, 113-118.

[337] FAUCEGLIA G., *Le banche dati relative a brevetti*, Quaderni di AIDA, 1997, 137, secondo cui "*quanto più la creazione tende ad identificarsi con un insieme di dati puri, ordinati secondo criteri comuni, tanto più l'oggetto della tutela, mancando una vera e propria forma espressiva ed autonoma, si avvicinerà a forme di protezione del contenuto della raccolta*".

[338] Per "reimpiego" si intende "*qualsiasi forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca di dati mediante distribuzione di copie, noleggio, trasmissione in linea o in altre forme*" [art 7(2) let. b) Dir.].

[339] "*Gli Stati membri attribuiscono al costitutore di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo*".

Come emerge dal disposto della norma, il legislatore europeo ha inglobato nella nozione di "estrazione", non solo gli atti di "trasferimento permanente", ma anche quelli di "trasferimento temporaneo", inteso come conservazione dei dati per una durata limitata su un altro supporto, ad esempio nella memoria operativa di un computer [340]. Alla natura permanente o temporanea dell'estrazione non sono collegate conseguenze giuridiche differenti, salva ovviamente la valutazione dei danni conseguenti in caso di illiceità.

Come ha chiarito la Corte di Giustizia UE [341], la nozione di estrazione deve essere intesa in un significato ampio: essa si riferisce a qualsiasi operazione non autorizzata di appropriazione di tutto il contenuto di una banca di dati o di una parte di esso, senza che rilevino la natura e la forma della modalità operativa utilizzata [342].

Il momento in cui si è verificata, corrisponde al momento della fissazione degli elementi interessati dall'atto di trasferimento su un supporto diverso da quello della banca di dati di partenza. La nozione di estrazione è indipendente dall'obiettivo perseguito dall'autore dell'atto, dalle modifiche eventualmente apportate agli elementi trasferiti, nonché dalle eventuali differenze relative all'organizzazione strutturale delle banche di dati interessate dal trasferimento [343].

I limiti dei poteri concessi al costitutore della banca dati sono evidenti. In primo luogo, egli non può impedire a terzi di consultare il database e utilizzare i suoi dati senza copiarne i contenuti [344]. Poiché i processi di *data mining* non richiedono necessariamente la riproduzione dei dati per eseguirne l'analisi o la consultazione, i costitutori di database si vedono costretti ad adottare (i) misure tecniche specifiche

---

[340] Per "estrazione" si intende "*il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma*" [art 7(2) lett. a) Dir.]. In relazione a tale nozione, si veda in particolare CGUE, 9 ottobre 2008, C-304/07, cit., punto 36: "*Il criterio decisivo a tale proposito risiede nell'esistenza di un'operazione di "trasferimento" di tutto il contenuto della banca di dati in questione o di parte dello stesso verso un altro supporto, dello stesso tipo del supporto della detta banca o di tipo diverso*". Per un commento, si vedano SAMMARCO P., *Sull'ampiezza del diritto sui generis in relazione all'attività di estrazione del contenuto di una banca di dati non avente carattere creativo*, Dir. inf., 2008, 780-787; BROGI E., *La Corte di giustizia interpreta il concetto di "estrazione" dei contenuti di una banca dati*, Dir. pubbl. comp. ed europeo, 2009, 348-353; AREZZO E., *L'estrazione non autorizzata del contenuto di una banca dati*, Riv. dir. ind., 2009, 192-197.

[341] V., a tal riguardo, CGUE, 9 novembre 2004, C-203/02, cit., punti 45, 46 e 51, nonché Id., 9 ottobre 2008, C-304/07, cit., punti 31-33. Per un commento sulle decisioni, si vedano LUCIONI C., *L'oggetto e l'estensione del diritto sui generis*, cit., 97-103; MANAVELLO C., *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*, cit., 420-424; GASTER J., *"Obtinere" of Data in the Eyes of the ECJ – How to interprete the Database Directive after British Horseracing Board Ltd et al. v. William Hill Organisation Ltd*, Computer und Recht: Int., 2005, 129-135; BERTANI M., *Banche dati ed appropriazione delle informazioni*, Europa e dir. priv., 2006, 319-332; MASSON A., *Creation of Database or Creation of Data*, cit., 261-267.

[342] CGUE, 5 marzo 2009, C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD*, ECLI:EU:C:2009:132. Per un commento sulla decisione si veda EICKEMEIER D., *Relevanter Zeitpunkt und Umfang einer Datenentnahme*, GRUR, 2009, 578-579.

[343] CGUE, 5 marzo 2009, C-545/07, cit.

[344] Sul punto, vedi MANAVELLO C., cit., 422.

per bloccare l'accesso al contenuto del database, (ii) o ad impostare termini contrattuali rigorosi che comportino limitazioni significative alla possibilità di utilizzo.

Un secondo limite consiste nella entità dell'estrazione e/o reimpiego che è fissata nella "*totalità o parte sostanziale del contenuto della banca dati*". Una estrazione di un quantitativo meno rilevante di dati resta invece consentita.

La definizione di "*parte sostanziale*" impone la considerazione di criteri sia i) quantitativi, sia ii) qualitativi.

i) Sotto il primo profilo, il riferimento è al volume dei dati estratti e/o reimpiegati, da valutarsi in relazione al volume del contenuto totale della stessa. Se un utente estrae e/o reimpiega una parte quantitativamente rilevante del contenuto di una banca di dati la cui costituzione ha richiesto l'impiego di mezzi rilevanti, l'investimento relativo alla parte estratta e/o reimpiegata sarà, proporzionalmente, parimenti rilevante [345].

ii) Dal punto di vista qualitativo, la nozione di parte sostanziale si riferisce alla rilevanza dell'investimento collegato al conseguimento, alla verifica o alla presentazione del contenuto oggetto di estrazione e/o di reimpiego, indipendentemente dal fatto che rappresenti una parte quantitativamente sostanziale del contenuto generale della banca di dati. Una parte quantitativamente trascurabile del contenuto di una banca di dati può infatti rappresentare, in termini di conseguimento, di verifica o di presentazione, un considerevole investimento umano, tecnico o finanziario.

Attraverso i predetti interventi, la Corte di Giustizia ha fornito un'interpretazione restrittiva dei contorni della disciplina, che raramente soccorre alle esigenze di protezione del titolare dei dati.

Nel Rapporto pubblicato il 12 dicembre 2005 sull'attuazione della Direttiva a quasi dieci anni dalla sua adozione [346], la Commissione Europea non ha mancato di rilevare come la situazione di incertezza giuridica in relazione ai requisiti di accesso e all'ambito di protezione della tutela *sui generis* abbia ingenerato indirizzi delle giurisprudenze nazionali ondivaghi e non uniformi [347] e non abbia consentito di registrare alcun apprezzabile impulso allo sviluppo del settore delle tecnologie dell'informazione, né agli investimenti destinati alla produzione di banche dati. Conseguentemente, tra le varie proposte finalizzate a superare l'*empasse*, la Commissione ha suggerito persino l'abrogazione *tout court* dell'istituto e della Direttiva [348].

---

[345] CGUE, 9 novembre 2004, C-203/02, cit. e Id., 5 marzo 2009, C-545/07, cit.

[346] Cfr. COMMISIONE UE, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of database*, DG Internal Market and Services Working Paper, Bruxelles, 12 dicembre 2005.

[347] Per alcuni casi esemplificativi si veda FALCE V., cit.

[348] Tra le altre opzioni, si segnalava il mantenimento della Direttiva *telle quelle* e la ridefinizione, in chiave riformatrice, dei lineamenti della tutela. FALCE V., cit., si schiera in favore dell'abrogazione del diritto *sui generis*, anche per coerenza con il diverso indirizzo seguito dagli USA che continuano a tutelare solo le banche dati originali. In senso ugualmente critico BERTANI M., *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 339; GHIDINI G., *Prospettive "protezionistiche" nel diritto industriale*, Riv. dir. ind., 1995, I, 75 e soprattutto ID., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2001, 108; MANSANI L., *La protezione dei database in internet*, Quaderni di AIDA, 1996, 149.

3.9. *Il fenomeno dello* screen scraping *e la difficoltà di riservare a sé lo sfruttamento dei dati resi pubblicamente disponibili in rete*

La difficoltà di tutelare le banche dati in forza della attuale normativa è emersa nitidamente in alcuni casi giurisprudenziali aventi ad oggetto lo sfruttamento non autorizzato di dati pubblicamente disponibili in rete, mediante *screen scraping*[349] (letteralmente "raschiamento del video"). Si tratta di una tecnica informatica di estrazione di dati da un sito web per mezzo di programmi software (anche detti *webbots*, *spiders* o *crawlers*) che simulano la navigazione umana in rete. Grazie a queste tecniche è possibile raccogliere dati per la loro analisi, ed in particolare per effettuare ricerche, monitorare dati meteorologici o finanziari, rilevare modifiche in un sito internet, controllare il comportamento di un concorrente[350] o semplicemente per ricerca scientifica[351]. Tali strumenti sono molto utilizzati, in particolare, dai c.d. meta-motori di ricerca che, in risposta alla *query* sottoposta dall'utente, interrogano più motori di ricerca contemporaneamente (Google, Yahoo, Bing, ecc.), i quali inviano una risposta che può essere direttamente presentata all'utente, oppure filtrata secondo alcuni criteri (in primis l'eliminazione delle ripetizioni).

Tra i meta-motori più conosciuti rientrano i c.d. comparatori di prezzi online che, operando nei più svariati settori, dall'energia elettrica al gas, dai servizi bancari a quelli assicurativi, dal noleggio veicoli ai servizi turistici, svolgono la loro insostituibile funzione pro-concorrenziale, estraendo i dati di prezzo che trovano sul web: Kayak, Skyscanner, Momondo, Lilingo, Trivago, sono solo tra i più conosciuti.

Il *business model* dei meta-motori di ricerca si basa, da un lato, sugli addebiti gravanti sugli utenti o, il più delle volte, sui fornitori (ad es. le compagnie aeree), dall'altro, sulla vendita di spazi pubblicitari o delle informazioni raccolte sul comportamento dei loro utenti[352].

---

[349] Anche detto *web scraping* o *web harvesting* o *web data extraction*, si tratta di una tecnica informatica di "*raccolta attiva di materiale presente in rete*". Cfr. la definzione fornita da COMMISSIONE UE, *Il patrimonio culturale europeo: basta un clic. Progressi in materia di digitalizzazione e accessibilità on line del materiale culturale e della conservazione digitale nell'UE*, Bruxelles, 11 agosto 2008 COM(2008) 513 def. Sulla compatibilità di tale pratica con il diritto d'autore si veda KAHLER J., HELBIG K., *Umfang und Grenzen des Datenschutzes bei dem Screen Scraping von Online-datenbanken durch Online-reiseportale*, WRP, 2012, 48; LORENZ S., *Ist "Screen Scraping" in Deutschland zulässig? – Nur auf den ersten Blick*, jurisPR-ITR, 2014, 16, 3; VON SCHÖNFELD M., *Screen Scraping und Informationsfreiheit*, Nomos, Baden-Baden, 2018; O'REILLY S., *Nominative Fair Use and Internet Aggregators: Copyright and Trademark Challenges Posed by Bots, Web Crawlers and Screen-Scraping Technologies*, Loy. Consumer L. Rev. 2006-2007, 19, 273.

[350] Ahrefs, SiteExplorer, Moz sono siti per analisi seo (*search engine oriented*) che leggono il sito del concorrente, simulando il comportamento del crawler di un motore di ricerca, per capire quali parole chiave usa, come e chi lancia link a tali pagine, ecc. in modo da aggregare i dati e comunicare al proprio cliente i punti di forza della concorrenza soggetta a monitoraggio.

[351] Si veda, a titolo esemplificativo, AGRRAWAL P., *An automation algorithm for harvesting capital market information from the web*, Managerial Finance, 2009, 35, 5, 427-438, che mostra come controllare, per via di questa tecnica, le continue evoluzioni dei mercati finanziari ed assumere conseguentemente accurate strategie di investimento.

[352] Kayak, ad esempio, è un servizio gratuito per i suoi utenti. Ifornitori corrispondono una royalty per ogni transazione conclusa dal consumatore accedendo al sito del fornitore tramite collegamento diretto dal meta-motore (segnalazioni di biglietti aerei – 27%, segnalazioni di hotel – 14% e noleggio

L'attività dei meta-motori di ricerca ha portato ad una costante erosione dei ricavi dei fornitori, stante il sempre crescente numero di consumatori che si avvale dei servizi dei comparatori, piuttosto che rivolgersi direttamente al sito del fornitore. Tanto più, da quando diversi meta-motori hanno integrato nella propria infrastruttura di rete meccanismi di *direct booking*, ovvero di acquisto diretto del servizio dalla propria piattaforma, invece che tramite collegamento al sito del fornitore (che si vede sottrarre il controllo del processo di acquisto).

L'attività di *data screeping* non è ben vista dai legittimi titolari delle informazioni, che si riscoprono privati del diritto di decidere autonomamente a chi concederne lo sfruttamento (o eventualmente di non concederlo proprio). Non di rado subiscono anche un decremento delle prestazioni dei propri siti web, a causa dell'incremento del traffico generato dalle operazioni dei software di *scraping*[353]. Non stupisce, pertanto, che il fenomeno sia giunto all'attenzione delle corti nazionali ed europee, che ne hanno valutato la conformità sia rispetto alla normativa a tutela dei dati personali[354], sia – per quanto più di interesse in questa sede – in relazione al diritto sulle banche dati.

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale se il gestore di un metamotore di ricerca specializzato svolga un'attività che configuri reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca dati ai sensi dell'art. 7 della Dir. 96/9 e se, conseguentemente, il costitutore possa opporsi a che la propria banca dati sia inserita, senza alcun corrispettivo, nell'ambito del servizio di ricerca. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia in merito al metamotore www.gaspedaal.nl, con l'ausilio del quale è possibile effettuare simultaneamente ricerche su diverse raccolte di annunci di auto in vendita. Tra i siti di terzi investigati dal metamotore compariva anche il portale AutoTrack della ricorrente.

---

auto e segnalazioni di crociere – 3% delle sue entrate totali). Il restante 58% dei ricavi deriva dalla vendita di spazi pubblicitari sui propri siti Web e applicazioni mobili. Cfr. *How Kayak's Business Model Creates Value*, http://www.trefis.com/stock/kyak/articles/162414/how-kayaks-business-model-creates-value/2013-01-11 (ultimo accesso 9.8.2021).

[353] Gli spider dei motori di ricerca possono consumare risorse del sito soggetto a *scraping*, sia in termini di *bandwith* (traffico dati in entrata ed in uscita), sia per quanto riguarda il carico del server. Gli stessi motori di ricerca sono consapevoli di tale effetto: Google, ad esempio, attraverso il Google Webmaster Tool (o Search Console) permette di ridurre la frequenza delle scansioni da parte del loro bot. La coincidenza di più bot contemporaneamente, in alcuni casi, può provocare rallentamenti al sito per "high cpu usage", fino a mandarlo in crash.Cfr. *Come sapere quali bots/spider rallentano il server (e come bloccarli)*, tuttoblog.com, 26 aprile 2017, accessibile al link https://www.tuttoblog.com/sapere-quali-bots-spider-rallentano-server-bloccarli/ (ultimo accesso 9.8.2021).

[354] A riguardo si segnala che il Garante Privacy ha sancito l'illiceità dell'attività di scraping che interessi la raccolta di dati personali. Nella specie, con provvedimento del 14 gennaio 2016, doc. web n. 6053915, ha vietato ad una società la formazione e la diffusione on line di un elenco telefonico contenente dati liberamente accessibili di oltre 12.500.000 persone raccolti da siti web attraverso script impostati in modo tale da raccogliere qualsiasi informazione pubblicata su fonti web accessibili a tutti, per poi metterla a disposizione della società, senza il consenso degli utenti. Il Garante ha confermato che per creare elenchi telefonici, anche online, occorre utilizzare il database unico che raccoglie numeri di telefono e altri dati dei clienti di tutti gli operatori nazionali di telefonia fissa e mobile (c.d. d.b.u.) o in alternativa, acquisire il consenso libero, informato, specifico da parte degli utenti.

La Corte ha risposto affermativamente: il metamotore di ricerca effettua un reimpiego del contenuto di una banca dati. Dal momento che consente di esplorare l'intero contenuto della banca dati altrui, analogamente a quanto avviene in caso di *search query* introdotta direttamente nel motore di ricerca originario, titolare di detta banca dati, il metamotore pone in essere un reimpiego di parte sostanziale del contenuto della banca dati interessata, se non la sua totalità. Il fatto che, in funzione dei criteri di ricerca impostati dall'utente, soltanto una parte della banca dati sia effettivamente consultata e visualizzata, è privo di rilevanza [355]. Infatti, ciò non toglie che il metamotore "*consiste nel fornire a qualsiasi utente finale un dispositivo idoneo a esplorare tutti i dati contenuti in una banca dati protetta e, pertanto, nel fornire un accesso all'intero contenuto di tale banca dati, seguendo un percorso diverso rispetto a quello previsto dal costitutore di essa*". A riprova, "*per consultare la banca dati interessata, l'utente finale che cerca determinate informazioni non ha più la necessità di aprire il sito Internet di tale banca dati, né la sua homepage o il suo modulo di ricerca, dal momento che può consultarne il contenuto "in tempo reale" mediante il sito Internet del metamotore di ricerca specializzato*" [356].

Ad avviso della Corte, la suddetta attività "*rischia di far perdere al costitutore della banca dati introiti, in particolare quelli derivanti dalla pubblicità sul suo sito Internet … che dovrebbero consentirgli di ammortizzare il costo del suo investimento nella costituzione e nel funzionamento della banca dati*" [357]. Di conseguenza, l'attività di un metamotore "*si presenta analoga alla creazione di un prodotto concorrente parassita*" [358].

La decisione è stata aspramente criticata per il suo approccio protettivo nei confronti di operatori del mercato che, in ultima analisi, ben più che lamentare un reale danno, dimostrano in realtà di temere il confronto comparativo con i concorrenti, consentito dai metamotori [359].

Non a caso, anche in considerazione del fatto che la Corte di Giustizia aveva dato per presupposto (senza svolgere alcun accertamento in merito) che la banca dati oggetto di reimpiego fosse tutelabile ai sensi della Direttiva, la sentenza ha avuto poco seguito e si registrano, almeno in Italia, diversi casi decisi in maniera opposta.

---

[355] CGUE, 19 dicembre 2013, C-202/12, Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV et al., ECLI:EU:C:2013:850, punti 52-53. Per un commento, si vedano BONADIO E., ROVATI A.M., *Use of dedicated meta-search engine infringes database right: the CJEU's stance in Innoweb v Wegener*, JIPLP, 2014, 458-460; WALTER M.M., *Metasuchmaschine – Eingriff in Datenbankschutzrecht*, MR-Int: Internationale Rundschau zum Medienrecht, IP– & IT– Recht, 2014, 72-73.

[356] *Ibid.*, punto 40.

[357] *Ibid.*, punto 41.

[358] *Ibid.*, punto 48.

[359] HUSOVEC M., *The End of (meta)Search engines in Europe?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-15, commenta così: "*it really seems that the owner of a database de facto objects only to objective comparison per se, and not to any detriment to his investment due to the decline in the advertising revenue. The objection of a deep-linking then appears as 'parasitical mask' of a more deeper 'anti-transparency' motifs*"; MYS KA M., HARAS TA J., *Less Is More? Protecting databases in the EU after Ryanair*, Masaryk Un. J. of L. and Tech. (MUJLT), 2016, 10,2, 170-198, 192, secondo cui "*the database managers are now able to "lock-up" their databases and potentially "abuse" the contract law to protect synthetic data*".

Il primo di questi che merita menzione vedeva contrapposte le agenzie turistiche online (OTA *online travel agencies*), Viaggiare e Last Minute Tour, alla nota compagnia aerea Ryanair [360].La controversia – diffusa in diversi paesi d'Europa [361] – trovava origine nella decisione assunta dalla compagnia di escludere ogni intermediario dai rapporti con la propria clientela, al fine di concentrare tutto il traffico internet sul proprio portale. L'obiettivo era favorire quest'ultimo che, nel frattempo, era diventato uno spazio *multi-services* in grado di offrire, oltre alle prenotazioni aeree, dalle prenotazioni alberghiere, al noleggio auto in concorrenza con l'offerta tradizionalmente appannaggio delle agenzie di viaggio,. A salvaguardia di tale scelta imprenditoriale, Ryanair aveva predisposto delle Condizioni Generali d'Uso del sito che, tra l'altro, ne vietavano l'utilizzo per scopi meramente commerciali. Le OTA che avessero inteso accedere alle informazioni ivi presenti, potevano stipulare un contratto di licenza che, a prezzo simbolico, avrebbe consentito loro di accedere al database della compagnia, per verificare orario dei voli, prezzi dei biglietti e loro disponibilità. Il licenziatario era però tenuto a non usare tali informazioni per finalità commerciali, ovvero per vendere i biglietti.

L'aggressiva politica di Ryanair pregiudicava di fatto il *business* delle OTA, impedendogli di fornire agli utenti informazioni comparative su offerte turistiche e voli, nonché l'accesso al relativo acquisto con modalità che non imponessero di passare obbligatoriamente dall'*home page* del sito della compagnia aerea.

Per aggirare tale ostacolo e accedere ai dati sulle rotte e sugli orari dei voli (di per sé pubblici e comunicati da ENAC), nonché a quelli relativi alla disponibilità di posti e ai prezzi praticati dalla compagnia (questi sì privati e fortemente dinamici, dipendendo dalla situazione minuto per minuto risultante dall sito della compagnia), Viaggiare poneva in essere una attività di *screen scraping*. I dati ottenuti (una volta elaborati e quindi non più riconducibili alla loro fonte originale) venivano riproposti sulle pagine web dell'agenzia al fine di mettere in vendita i voli Ryanair. Secondo la compagnia, siffatta attività avrebbe comportato un pesante aggravio di lavoro a carico del software gestionale del sito Ryanair e quindi un rallentamento delle sue funzionalità.

In risposta, Ryanair aveva avviato una massiccia campagna stampa ai danni delle OTA, accusandole di ledere i propri diritti di privativa industriale sui database e sui marchi, di violare le Condizioni generali d'uso del portale e pregiudicare i passegge-

---

[360] Rispettivamente Cass., 18 dicembre 2018, n. 2290 che ha cassato parzialmente la sentenza di App. Milano, 12 ottobre 2015, n. 3900, Riv. it. dir. turismo, 2018, 120 ss., con nota di CORIGLIANO A., *Web scraping e diritti di proprietà intellettuale nell'intermediazione di biglietti aerei low cost* e Cass., 18 dicembre 2018, n. 2289, che ha cassato parzialmente la sentenza di App. Milano, 17 settembre 2015, n. 3585. Entrambe le sentenze di appello avevano riformato la decisione del Trib. Milano, 4 giugno 2013, n. 7808 e 7825.

[361] Per un elenco esaustivo di tutte le controversie nazionali occorse in Irlanda, Francia, Spagna, Danimarca, Germania e Paesi Bassi si veda HUSOVEC M., *The End of (meta)Search engines in Europe?*, cit. Cfr. CGUE, 15 gennaio 2015, nella causa C-30/14, Ryanair, Ann. it. dir. aut., 2015, 440 ss., con nota di COGO A., commentata anche da SYNODINOU T., *Databases and screen scraping: lawful user's rights and contractual restrictions do not fly together*, EIPR, 2016, 312 ss., che ha ritenuto che la banca dati del vettore, seppur non protetta dal diritto d'autore (né dal diritto *sui generis*) possa ricevere tutela in forza delle condizioni generali di contratto.

ri, cui non veniva consentito di conoscere diritti ed obblighi nascenti dal contratto di trasporto, né di apprendere l'esatto corrispettivo dovuto alla compagnia aerea per il biglietto.

Lo scontro era culminato nel rifiuto da parte di Ryanair di imbarcare i passeggeri presentatisi con biglietti elettronici acquistati dai siti delle OTA.

Viaggiare aveva dunque chiamato in giudizio la compagnia avanti al Tribunale di Milano per sentire accertare, tra le altre cose, l'illiceità della pretesa di Ryanair di escludere qualsiasi intermediario professionale dalle informazioni sui voli e dalle attività commerciali relative.

Il Tribunale di Milano, con le sentenze gemelle 4 giugno 2013, n. 7825 e 7808 ha concluso che l'estrazione di dati non comportasse alcuna attività illecità, né sotto il profilo contrattuale, né dal punto di vista extracontrattuale. Ha dunque sancito che l'ordinamento non garantisce alcun diritto di esclusiva all'imprenditore sui propri dati commerciali resi pubblici mediante divulgazione sul web e che tali dati possono pertanto considerarsi di pubblico dominio.

In particolare, sotto il profilo contrattuale, il Tribunale ha ricordato che "*requisito del contratto è lo scambio di volontà effettive per una regolamentazione concreta degli interessi in un rapporto*". Viste le concrete modalità di estrazione dei dati adottate con lo specifico fine di sfuggire agli impegni pattizi imposti dalla compagnia, tale incontro di consensi non poteva certamente considerarsi avvenuto.

Sotto il profilo dell'illecito aquiliano, il Tribunale ha chiarito che "*in astratto, l'attività di costante interrogazione dei sistemi di organizzazione dei dati presenti in rete non appare di per sé illecita, laddove si tratti di dati destinati alla pubblica consultazione, salva la violazione di diritti di proprietà intellettuale*". Occorre in particolare considerare se i dati realizzati dal software di Ryanair ai fini della offerta all'utente che lo interroga in un preciso momento storico, possano trovare tutela grazie alla normativa specifica sulle banche dati.

Il Tribunale ha concluso che scelta e disposizione di tali dati parevano "*dettate esclusivamente e necessariamente da considerazioni di carattere tecnico e funzionale, che non lasciano margine per l'espressione di una libertà creativa*" [362].

Oltre ad invocare senza successo la tutela autoriale, Ryanair aveva azionato anche la tutela *sui generis*, producendo i costi di funzionamento del sito a riprova del proprio investimento [363].

---

[362] Sia la Corte d'Appello che la Cassazione hanno confermato tale valutazione. La prima, in particolare, ha rilevato che la finalità della banca dati Ryanair di rendere possibile al cliente l'accesso a vari dati relativi ai voli ed ai connessi servizi offerti dalla compagnia fosse "*eminentemente pratica ed operativa*", ispirata "*a finalità gestionali e necessariamente funzionali*". Essa difetta pertanto di un apprezzabile gradiente di apporto intellettuale creativo, "*che non può essere riconosciuto ad un normale sito internet con funzioni di informazioni sui prodotti della azienda, che gestisce il sito medesimo*". V. App. Milano, 17 settembre 2015, n. 3390.

[363] Il Tribunale, pur rilevando che tale dato nella sua genericità non consentisse di distinguere gli investimenti afferenti alla generazione dei dati, da quelli relativi alla loro presentazione all'esterno, aveva ritenuto che questi ultimi fossero provati in via presuntiva *ex* art. 2727 c.c., senza necessità di un approfondimento istruttorio, anche considerato che la soglia di protezione non deve essere fissata ad un livello così elevato da frustrare le finalità protettive della norma.

Riconosciuta in astratto la possibilità di tutelare la banca dati Ryanair ai sensi del diritto *sui generis*, il Tribunale era chiamato a verificare in concreto se l'estrazione del contenuto integrasse il requisito della sostanzialità. È questione dibattuta che, non a caso, ha portato le varie corti nazionali chiamate a conoscere della vertenza ad assumere posizioni differenti.

Un primo orientamento considera l'estrazione in chiave sincronica, ovvero come attività simultanea che si esaurisce nello spazio di un accesso, funzionale a richiamare ed utilizzare solo i dati relativi alla richiesta dell'utente, i quali vengono immediatamente cancellati dopo la conclusione dell'operazione[364]. In tale ipotesi, l'estrazione non sarebbe sanzionabile perché si riferirebbe ad una parte quantitativamente e qualitativamente infinitesimale delle informazioni organizzate da Ryanair.

Per evitare estrazioni o reimpieghi abusivi, ripetuti e sistematici, di parti non sostanziali, il legislatore europeo ha tuttavia inserito una clausola di salvaguardia all'art. 7, par. 5 Dir.[365]. Tale disposizione vieta l'estrazione ed il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali della banca dati, qualora presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della stessa e arrechino un pregiudizio ingiustificato al suo costitutore (in senso analogo art. 102 *bis* l.a.)[366].

In applicazione di tale disposizione, potrebbe opinarsi quindi che, attraverso molteplici atti di estrazione diacronici (ovvero ripetuti nel tempo), l'OTA, pur operando su singoli dati quantitativamente e qualitativamente irrilevanti, di fatto reimpieghi la totalità della banca dati della compagnia aerea.

Volendo accedere a tale ipotesi, resterebbe comunque da definire se tale condotta arrechi un pregiudizio ingiustificato all'investimento di Ryanair, consentendo a quest'ultima di opporvisi.Il Tribunale ha fornito una risposta negativa. Dal fatto che Ryanair avesse messo a disposizione delle agenzie una licenza per accedere ed estrarre tutti i dati al prezzo simbolico di euro 100 all'anno, dietro l'impegno a non svolgere attività di intermediazione nell'acquisto dei voli, il Tribunale ha dedotto che la compagnia non considerasse l'estrazione e reimpiego dei dati sui voli da parte della OTA di per sé tale da pregiudicare gli sforzi di investimento ed innovazione posti in essere per la costituzione della banca dati.

Alla luce del comportamento concreto del costitutore, il Tribunale ha giudicato pertanto che "*la condotta di estrazione/reimpiego attuata da Viaggiare sulla banca dati della convenuta non appare di per sé inammissibilmente invasiva e come tale illecita, considerato che lo jus excludendi sembra essere stato attivato da Ryanair al fine preminente di tutelare la propria scelta di politica commerciale di vendita esclusiva attraverso i propri canali*".

Anche tale valutazione è stata confermata sia in sede di appello, sia in sede di giudizio di legittimità. La Corte d'appello, in particolare, ha rilevato come Ryanair

---

[364] In tal senso ha deciso la Corte d'Appello Anseatica, 24 ottobre 2012.

[365] "*Non sono consentiti l'estrazione e/o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca di dati che presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca dati o che arrechino un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del costitutore della banca di dati*".

[366] Tali operazioni finirebbero, infatti, col ricostituire, senza l'autorizzazione del costitutore, la base di dati nel suo insieme o, quantomeno, una parte sostanziale della stessa.

abusasse delle norme istitutive del diritto *sui generis*, per finalità diverse da quelle che ne giustificano l'applicazione [367].

Conferma di tale orientamento giurisprudenziale è arrivata anche dal Tribunale di Roma che, in sede di giudizio cautelare (e precisamente di convalida di decreto *inaudita altera parte*), ha revocato l'ordinanza che aveva accordato a Trenitalia un ordine di inibizione dell'attività di estrazione, riproduzione e diffusione delle informazioni contenute nella banca dati del vettore, posta in essere dall'applicazione denominata TRENIT [368]. Il giudice di prima istanza aveva ritenuto che l'elevato numero di accessi effettuati giornalmente (circa 800.000) qualificasse il prelievo di dati come "sostanziale", senza necessità di ricorrere alla prova del "*pregiudizio ingiustificato al costitutore della banca di dati*" richiesto dall'art. 102 *bis*, co. 9, per l'estrazione c.d. diacronica. Il collegio ha censurato tale valutazione, ritenendo che i numeri forniti dal vettore (secondo cui gli accessi della resistente corrispondevano al 30% del totale di accessi giornalieri nelle ventiquattrore) non fossero compatibili con una acquisizione massiccia e pressoché totale dei dati presenti sul portale di Trenitalia. Al contrario, spiegazione più verosimile doveva ravvisarsi in una acquisizione parcellizzata e non massiva dei dati,sintomatica di un'estrazionecontingente (ogniqualvolta l'utente ne avesse fatto richiesta). Una volta qualificato il prelievo di dati come "parziale" e non sostanziale, il collegio ha negato che vi fossero elementi a suffragio del "pregiudizio ingiustificato" richiesto dall'art. 102 *bis*, co. 9 l.a. A riguardo, il Collegio ha chiarito che "*non può essere pregiudizievole l'attività di comparazione … con i prezzi dei maggiori competitori*".

Da ultimo, il Tribunale ha escluso che il pregiudizio richiesto dall'art. 102 *bis*, co. 9 l.a. possa consistere nella mancata percezione, da parte di Trenitalia, delle *royalties* asseritamente dovute per lo sfruttamento della banca dati. Ad avviso del giudicante, tale pregiudizio "*deve manifestarsi in un danno che si matura nella sfera giuridica del titolare della banca dati e … non può essere qualificato come il danno economico che derivi dal mancato pagamento della licenza relativa all'uso dei dati*". Il danno corrispondente al c.d. prezzo del consenso, infatti, presuppone il previo accertamento che "*vi sia la necessità di una licenza di sfruttamento*". La normativa europea e nazionale, tuttavia, ruota attorno al principio secondo cui "*la scelta da parte del titolare della banca dati di aprire la stessa all'accesso del pubblico, anche per lo svolgimento delle proprie specifiche attività imprenditoriali…comporta la possibilità per qualsiasi utente di estrarre legittimamente tali dati in misura non sostanziale…e nell'ulteriore limite dell'ingiustificato pregiudizio al costitutore della banca dati*". Essendo rispettato tale duplice limite, il principio di libera concorrenza ritrova la sua piena espansione e tutti i dati già pubblicizzati possono essere liberamente estratti e reimpiegati.

---

[367] Cfr. App. Milano, 17 settembre 2015, cit., secondo cui la compagnia infatti non mira ad "*una protezione dei suoi sforzi di investimento dalla possibilità di riutilizzarli in ogni modo, poiché in questo caso il costo della licenza non sarebbe stato di euro 100 all'anno ma di molto maggiore, ma … vuole invece tutelarsi dalla possibilità che terzi facciano commercializzazione dei suoi biglietti di volo, poiché detta possibilità danneggerebbe la sua politica di vendita e pregiudicherebbe anche in modo considerevole i suoi ricavi ancillari*".

[368] Trib. Roma, sez. XVII, 5 settembre 2019, Dir. inf., 2020, 2, 219, con nota di SAMMARCO P., *L'attività di web scraping nelle banche dati ed il riuso delle informazioni.*

Nonostante la possibilità che un rifiuto di consentire l'accesso ai dati possa integrare un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 TFUE, da più parti si è levata la voce che tale strumento non sarebbe di per sé sufficiente a risolvere il problema dell'accesso ai dati. Si renderebbe piuttosto necessario uno strumento normativo *ad hoc* che affronti il problema *ex ante* piuttosto che in fase rimediale [369].

4. *L'abuso di posizione dominante come limite alla costituzione di diritti di esclusiva sui dati:* essential facilities *e* monopoly leveraging

La possibilità di fare valere diritti di privativa sui dati deve inoltre fare i conti con la normativa antitrust, che si propone di contrastare la formazione di diritti di monopolio nocivi alla concorrenza e riequilibrare l'ambito di esclusiva garantito dall'art. 102 l.a. [370]. Non va infatti dimenticato che anche un diritto assoluto di proprietà intellettuale deve essere esercitato per le finalità per cui l'ordinamento lo riconosce, a premio degli sforzi di investimento ed innovazione compiuti dal titolare, e non per creare artificiali ripartizioni del mercato o pregiudicare la concorrenza nell'Unione.

Tale principio si inserisce, a livello generale (cioè non limitato alle sole banche dati), nel dettato dell'art. 8.2 TRIPs, il quale, da un lato, stabilisce che misure appropriate possono essere necessarie per impedire l'abuso dei diritti di proprietà intellettuale da parte dei titolari, dall'altro, prevede, limitatamente ai brevetti per invenzione [371], la licenza obbligatoria "*per correggere un comportamento risultato, in seguito a procedimento giudiziario o amministrativo, anticoncorrenziale*" (art. 31 lett. k).

In questo senso, con specifico riferimento al diritto sulle banche dati, il considerando 47 Dir. 96/9/CE prevede che "*al fine di favorire la concorrenza tra fornitore di prodotti e servizi nel settore del mercato dell'informazione, la protezione del diritto sui generis non deve essere esercitata in modo da favorire gli abusi di posizione dominante, con particolare riguardo alla creazione e diffusione di nuovi prodotti e servizi a valore*

---

[369] EBU, *EBU Reply to the Commission's Consultation on A European Strategy for Data*, cit., secondo cui "*we find that antitrust enforcement is not sufficient to ensure access to data; relevant investigations are lengthy and expensive and, where an infringement decision is adopted, it would only bind the company under scrutiny (i.e., it would not set an industry-wide standard). Though merger control could prevent 'data concentration', relevant assessments do not seem to have adequately considered how the accumulation of vast amounts of data in the hands of the merging platforms could lead to distortions of competition*".

[370] La posizione comune del Parlamento e del Consiglio sulle banche dati del 10 luglio 1995, In G.U.C.E. n. C 288/14 del 30 ottobre 1995, rimetteva alla Commissione il compito di esaminare periodicamente "*se l'applicazione del diritto sui generis … ha comportato abusi di posizione dominante o altri pregiudizi alla libera concorrenza tali da giustificare misure adeguate, in particolare l'istituzione di un regime di licenze non volontarie*" (art. 16). La proposta modificata di Direttiva del Consiglio relativa alla tutela giuridica delle basi di dati, Bruxelles, 4 ottobre 1993, COM(93) 464 def., prevedeva direttamente, all'art. 11, la possibilità di ottenere, in determinate circostanze, licenze non volontarie per fini commerciali.

[371] Per la precisione, analoga licenza non volontaria è prevista sulle topografie dei prodotti a semiconduttori (art. 37.2 TRIPs nonché sulla tecnologia dei semiconduttori (art. 31 lett. c TRIPs).

aggiunto di ordine intellettuale, documentale, tecnico, economico e commerciale", mentre l'art. 16 istituisce un obbligo di verifica *ex* post da parte della Commissione circa l'eventuale avveramento delle suddette situazioni anticoncorrenziali[372].

In proposito giova ricordare che l'art. 102, par. 1. Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (*ex* art. 82 del TCE) stabilisce il principio secondo il quale "*È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo*". Non è fornita una definizione né di "posizione dominante", né di "abuso", ma è previsto un elenco, non tassativo né esaustivo, di pratiche qualificate *ex lege* come "abusive". Tra queste, sono collocate le condotte escludenti che consistono "*… b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori…*".

In maniera del tutto paritetica è strutturato l'art. 3 (rubricato "Abuso di posizione dominante") della legge 10 ottobre 1990, n. 287, contenente "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

La definizione di posizione dominante è stata ricavata dalla giurisprudenza in termini di situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti e clienti e, in ultima analisi, dai consumatori finali dei suoi prodotti o servizi[373]. Il concetto di indipendenza è correlato al grado di pressione concorrenziale subita e sussiste laddove le decisioni dell'impresa siano tendenzialmente insensibili alle azioni e reazioni della concorrenza e dei consumatori. Le quote di mercato forniscono una prima indicazione utile a tal fine. "*Normalmente si ha una posizione dominante quando un'impresa o un gruppo di imprese controllano una larga quota dell'offerta su un determinato mercato e gli altri fattori analizzati in sede di valutazione del caso (quali gli ostacoli all'entrata, la capacità di reazione dei consumatori ecc.) inducono anch'essi a concludere in questo senso*" [374]. Deve dunque valutarsi la particolarità del mercato di riferimento, con un accertamento di fatto che, per la molteplicità degli elementi da esaminare, va effettuato caso per caso. I fattori da prendere in considerazione sono quelli enunciati nei "Principi basilari per la definizione del mercato" contenuti nella Comunicazione della Commissione UE sulla "definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza". Tali prin-

---

[372] "*Non oltre la fine del terzo anno successivo alla data di cui al paragrafo 1 e, in seguito, ogni tre anni, la Commissione trasmette al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione della presente direttiva in cui, sulla scorta delle informazioni specifiche fornite dagli Stati membri, esamina segnatamente se l'applicazione del diritto sui generis, compresi gli articoli 8 e 9, ha comportato abusi di posizione dominante o altri pregiudizi alla libera concorrenza tali da giustificare misure adeguate, in particolare l'istituzione di un regime di licenze non volontarie. Essa presenta eventualmente proposte volte ad adeguare la direttiva agli sviluppi nel settore delle banche dati*".

[373] Secondo la nota definizione di CGUE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36.

[374] COMMISSIONE UE, *Comunicazione sulla "definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza"*, 12 settembre 1997, 97/C 372/03, p. 10.

cipi informano l'interpretazione anche delle norme nazionali e sono stati applicati dalla nostra giurisprudenza.

Tra i vari fattori da prendere in considerazione nella determinazione del mercato rilevante, merita menzione, per quanto maggiormente ci interessa in questa sede, la segmentazione del mercato. L'elevato numero di concorrenti e la frammentazione delle quote da questi detenute contribuiscono infatti a far scendere il valore percentuale della quota di mercato da detenere per aversi una posizione dominante. Questa potrebbe infatti ben essere riconosciuta ai detentori di quote non percentualmente rilevanti, in ragione della atomizzazione della concorrenza.

Deve altresì considerarsi la prospettiva dinamica dell'impresa, in termini di tenuta ed aumento progressivo della posizione assunta. Può così accadere che il mercato direttamente interessato dall'abuso non sia quello principale (e in ipotesi soggetto a dominio) su cui opera l'impresa, ma un mercato collegato (normalmente a valle), nel quale non è necessario che la stessa occupi un segmento rilevante, ma su cui incidono i suoi comportamenti con effetti impeditivi della concorrenza. In questa prospettiva, non rileva tanto il potere assoluto che un'impresa detiene nel suo complesso e nei confronti di tutte le imprese operanti o che vorrebbero entrare sul mercato "a monte", quanto il potere relativo esercitabile nei confronti di imprese in relazione verticale, che si trovano in posizione di dipendenza (in particolare, laddove la partnership sia necessaria per la stessa sopravvivenza dell'impresa dipendente) [375].

In proposito, è stata elaborata negli Stati Uniti [376], e fatta propria dalla Commissione Europea, a partire dal celebre caso *Magyll* [377], la teoria del "partner obbligato"

---

[375] V., in tal senso, CGUE, 14 novembre 1996, C-333/94, P Tetra Pak c. Commissione, ECLI:EU:C:1996:436, punto 27 e Id., 3 ottobre 1985, C-311/84, CBEM, ECLI:EU:C:1985:394, punto 26, secondo cui "*circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art.* [102 TFUE] *ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non dominato, e produttivo di effetti su questo stesso mercato*". In particolare, CGUE, 17 febbraio 2011, C-52/09, Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:83, p.ti 85-88, ha puntualizzato che "*Siffatte circostanze possono sussistere allorché i comportamenti di un'impresa verticalmente integrata in posizione dominante su un mercato a monte consistono nel tentare di escludere concorrenti almeno altrettanto efficienti sul mercato a valle, segnatamente mediante la compressione dei margini di cui essi dispongono. Tali comportamenti sono infatti idonei, in particolare a causa degli stretti nessi che legano i due mercati rilevanti, a produrre l'effetto di affievolire la concorrenza sul mercato a valle.*". Si è altresì rimarcato che "*in tale situazione, in assenza di qualsiasi altra giustificazione economica obiettiva, tali comportamenti possono essere spiegati soltanto con l'intenzione dell'impresa dominante di impedire lo sviluppo della concorrenza sul mercato a valle e di rafforzare la propria posizione, o anche di conquistare una posizione dominante su quest'ultimo con mezzi diversi dai propri meriti*". Cfr. COLANGELO G., *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, Mercato concorrenza regole, 2011, 367-377, in tema di abuso di posizione dominante in riferimento a comportamenti destinati a riverberarsi sul mercato a valle, CGUE, 19 aprile 2018, C-525/16, MEO – Servigos de Comunicagoes e Multimédia SA c. Autoridade da Concorrència, ECLI:EU:C:2018:270.

[376] Conosciuta anche come 'bottleneck doctrine', la dottrina in esame viene fatta risalire al caso United States v. Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383, deciso dalla Corte Suprema degli Stati uniti nel 1912, dove un certo numero di imprese, che avevano acquisito il controllo dell'importante giuntura ferroviaria di St. Louis, erano state condannate ad ammettere l'accesso alle varie *facilities* alle imprese che lo avessero richiesto, le quali, a causa della situazione topografica, erano impossibilitate a transitare dalla città, senza utilizzare la linea controllata dalla Terminal Railroad. La maggior parte delle situazioni che le corti hanno ritenuto costituire *essential facilities* rientrava in ipotesi di monopoli naturali (casi in cui la domanda non giustifica i costi ingentissimi di una duplice infrastruttura, come storicamente nel

o delle "*essential facilities*" [378], secondo cui una impresa detentrice di una infrastruttura essenziale, il cui accesso da parte di imprese terze sia necessario per lo svolgimento di un'attività economica nel mercato a valle, può commettere un abuso, qualora neghi o imponga ai suoi concorrenti sul mercato a valle condizioni inique di accesso.

Pur partendo dal presupposto che, in linea generale, qualsiasi impresa dovrebbe avere diritto a scegliere i propri partner commerciali e disporre liberamente dei propri beni, un'impresa non può utilizzare la propria posizione monopolistica su un mercato come una leva ('lever') per creare o mantenere (o tentare di creare o di mantenere) un monopolio su un altro mercato (c.d. *monopoly leveraging* o divieto di acquisire o mantenere il monopolio sul mercato a valle) [379].

Sotto tale profilo, la Commissione UE ha fatto oggetto di attenzione, come forme di abuso *ex* art. 102 TFUE, quelle pratiche di rifiuto che soddisfino tre condizioni cumulative: a) il rifiuto si riferisce ad un prodotto o servizio obiettivamente necessario (indispensabile) per l'esercizio dell'attività del terzo richiedente per poter competere in maniera effettiva sul mercato a valle (nel senso che non esiste alcun prodotto sostituibile, in termini attuali o potenziali); b) il rifiuto di rifornire o di mettere a disposizione un prodotto o servizio consente al titolare del diritto di riservarsi un mercato derivato, determinando l'eliminazione di una concorrenza effettiva

---

caso dei servizi pubblici di gas, elettricità, telefonia, acqua), o strutture create nell'ambito di "regulated industries" (operanti dietro concessioni pubbliche) o di proprietà governativa e la cui origine o manutenzione godono di finanziamenti pubblici. Cfr. sul punto HOVENKAMP H., *Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice*, St. Paul, Minnesota, 1994, 273, 274.

[377] La casa editrice Magill TV Guide Ltd aveva presentato denuncia alla Commissione affinché accertasse che le reti televisive ricevibili in Irlanda (RTE, BBC e ITP), rifiutandosi di concedere licenze per la pubblicazione dei loro palinsesti settimanali, abusavano della loro posizione dominante. La Commisione accoglieva l'istanza e con decisione 21 dicembre 1988 in G.U.C.E. n. L 78/43 del 21 marzo 1989, disponeva che le reti fornissero l'uno all'altra, nonché a terzi su richiesta (anche tramite la concessione di licenze), i loro palinsesti e ne consentissero la riproduzione. La decisione veniva confermata sia dal Trib. UE, 10 luglio1991,T-69/89, ECLI:EU:T:1991:39, sia da CGUE, 6 aprile 1995, C-241/91 e C-242/91, ECLI:EU:C:1995:98, Dir. ind., 1995, 710, con nota DI GRIPPIOTTI G.A., ZANETTI G.C. Per un approfondimento del caso, si veda IEVI A., *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'"essential facility" e "monopoly leveraging" nel diritto antitrust*, Riv. dir. ind., 1996, 2, 189. Il caso *Magill* è stato oggetto di numerosi articoli, soprattutto all'estero, alcuni critici, altri (la maggioranza di quelli esaminati) favorevoli. Tra questi si segnalano VINJE T.C., *The final word on Magill*, EIPR, 1995, 6, 297 e in Riv. dir. ind., 1995, I, 239, 250; GREAVES R., *Magill est arrivé … RTE and ITP v. Commission of the European Communities*, ECLR, 1995, 4, 244. Tra i critici, si segnalano invece MASTRORILLI A., *Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust*, Foro it., 1995, IV, 270 (favorevole peraltro nelle conclusioni); VAN BAEL I., BELLIS J.F., *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Giappichelli, Torino, 1995, 669; MYRICK R.E., *Will intellectual property on technology still be viable in a unitary market*, EIPR, 1992, 9, 298; SUBIOTTO R., *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, ECLR, 1992, 6, 234.

[378] In argomento cfr. SIRAGUSA M., BERETTA M., *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, Contratto e impresa Europa, 1999, 260; DURANTE D., MOGLIA G.G., NICITA A., *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust*, *ibid.*, 2001, 257.

[379] Si veda, sempre negli Stati Uniti, il caso *Berkey Photo v. Eastman Kokak*, 603 F. 2d 263 (2d Circ., 1979), cert. denied. 444 U.S. 1093 (1980), in cui Berkey sosteneva che Kodak avesse fatto leva sul proprio potere di mercato nei settori delle pellicole e delle macchine fotografiche per conseguire vantaggi concorrenziali sull'altro mercato dei servizi e prodotti per lo sviluppo e la stampa.

sul mercato a valle; c) è probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori [380].

Per integrare la fattispecie di abuso, inoltre, il rifiuto non deve fondarsi su alcuna adeguata ed obiettiva giustificazione.

Nel nostro ordinamento, l'obbligo a contrarre è disciplinato dall'art. 2597 c.c. solo in relazione al c.d. monopolista legale [381]. Tale norma, infatti, prende in considerazione l'ipotesi dell'impresa che goda dell'offerta esclusiva di beni o servizi, o in virtù di legge, o in base ad una concessione amministrativa. In armonia con il principio dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost., la norma fissa, a tutela del consumatore, l'obbligo del monopolista di contrattare con chiunque faccia richiesta del servizio, usando parità di trattamento a tutti i contraenti, secondo le condizioni generali all'uopo previste dalla legge o dall'atto di concessione ovvero predisposte dal monopolista stesso ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. In caso di inadempimento dell'obbligo di contrarre, la norma consente all'autorità giudiziaria di sostituirsi alla parte inadempiente e costituire fra le parti il rapporto giuridico mancante, mediante sentenza che produce gli effetti stessi del contratto non concluso ex art. 2932 c.c. [382]. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno avuto modo di precisare che la posizione giuridica soggettiva del privato che aspiri ad ottenere la stipula del contratto di fornitura ha natura di "*diritto soggettivo, tutelabile davanti al giudice ordinario*" [383]. Comportando un limite all'autonomia negoziale del privato ed una deroga al principio generale della liberta contrattuale, la giurisprudenza ha rimarcato che una tale disciplina è eccezionale e di stretta interpretazione e "*non può essere applicata analogicamente all'ipotesi del monopolista di fatto*" [384].

Per questa ragione, principi analoghi a quelli della *essential facility doctrine* sono stati sviluppati nel nostro ordinamento dal formante giurisprudenziale. Merita menzione, a tal proposito, il caso SIGN-STET/SIP [385], nel quale l'AGCM ha ritenuto abusivo di posizione dominante, il rifiuto di cedere i dati sugli abbonati telefonici a

---

[380] V. COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, 2009/C 45/02. Il primo caso di applicazione implicita dell'*essential facility doctrine* è considerato CGUE, 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, Commercial Solvents c. Commissione, Racc. Corte 1974, 223, dove un'impresa dominante sul mercato delle materie prime (nitropropano e aminobutanolo) aveva rifiutato di rifornire un fabbricante del prodotto finito etambutolo, impiegato per la produzione di determinati farmaci contro la tubercolosi, venendo così condannata per sfruttamento abusivo di posizione dominante. Dopo il caso Commercial Solvents numerose sono state le pronunzie che hanno ritenuto abusivo il rifiuto di fornitura o di trattare da parte di un'impresa dominante. Per una rassegna giurisprudenziale accurata, si veda VAN BAEL, BELLIS, *op. cit.*, 647 e 654 ss.

[381] Secondo cui "*Chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento*". Sulla norma si veda GHIDINI G., *I limiti negoziali alla concorrenza*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1981, 89.

[382] Cass. n. 3914/1968.

[383] Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 1985, n. 353, Giust. civ., 1985, I, 1042.

[384] Cass. civ., sez. I, 7 maggio 1997, n. 3980, Giust. civ. Mass., 1997, 692.

[385] Provv. 27 aprile 1995, n. 2970, in Boll. Autorità Garante n. 17/1995, 5.

delle imprese che intendevano operare sui mercati a valle della telefonia, dell'annuaristica e dei prodotti e servizi on-line, per le quali era indispensabile disporre di tali dati.

Lo schema del *monopoly leveraging* ben si applica alle privative industrialistiche che, costituendo un monopolio legale su un determinato mercato, possono essere sfruttate dai titolari per estenderlo sui mercati a valle. Si è parlato, a riguardo, specialmente negli Stati Uniti, di *patent* [386] e *copyright misuse* [387], ma il principio vale per ogni privativa industrialistica. Per quanto più ci interessa in questa sede, tale principio ben può essere invocato al fine di prevenire la condotta del detentore di una banca dati contenente informazioni essenziali per l'operatività di mercati a valle, che agisca con l'intento di precludere o ostacolare l'accesso a tali dati.

Così è avvenuto nel caso *Ryanair* (v. par. 3). Il Tribunale [388], con motivazione prima sconfessata in appello, poi definitivamente avallata dalla corte di legittimità [389], ha riconosciuto che la posizione dominante non si estrinsecasse sul mercato principale (quello del trasporto aereo), bensì sul sottomercato dell'informazione ed intermediazione concernente i voli aerei. La scelta commerciale di Ryanair di escludere qualunque intermediario nella commercializzazione dei propri voli determinava l'impossibilità dell'OTA a svolgere compiutamente la propria attività di agenzia di viaggi ed essere per questo remunerata dall'utente [390]. Neppure la licenza sulla banca dati, accompagnata dalla possibilità di realizzare un collegamento al sito Ryanair, poteva dirsi sufficiente a contemperare gli interessi in conflitto. Essa si limitava infatti a fornire informazioni, precludendo comunque alle OTA la possibilità di competere effettivamente sul mercato "a valle" [391].

Risultavano pertanto integrate tutte le condizioni di legge necessarie ad accertare un abuso di posizione dominante. Nemmeno il rifiuto poteva considerarsi giustifica-

---

[386] Sul *patent misuse* cfr. MANGINI V., *Il concetto di abuso di brevetto nelle esperienze nord-americana ed europea*, Riv. dir. ind., 1984, I, 255.

[387] Sul *copyright misuse*, che costituisce un'estensione al diritto d'autore del *patent misuse*, si veda *Lasercomb America Inc. v. Reynolds*, 911 F. 2 970 (4th Circ. 1990); *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing Inc.*, 933 F. 2d 952 (1 1th Circ. 1991), nonché *M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F. Supp. 843 (1948), appeal dismissed 177 F. 2d 515 (8th Cir., 1949). In dottrina, si veda MASTRORILLI A., *Abuso di diritto d'autore*, cit., 270.

[388] Trib. Milano, 4 giugno 2013, n. 7825 e 7808, cit.

[389] Cass., 18 dicembre 2018, n. 2289 e 2290, cit.

[390] La politica commerciale di Ryanair di fatto impediva ad ogni tipo di agenzia (*on* ed *off line*) di proporre viaggi e pacchetti aventi come destinazione le tratte in cui la compagnia operava in monopolio (in totale, 49 tratte intracomunitarie).In relazione alle altre destinazioni (di cui almeno altre 19 con quota di mercato in favore di Ryanair superiore al 50%) ed alle modalità operative delle OTA, il rifiuto di Ryanair impediva loro di offrire al consumatore una gamma di servizi sui quali orientare consapevolmente la sua scelta, poiché la piena fungibilità delle offerte risulta solo da un esame comparativo, in quel particolare momento storico in cui avviene l'interrogazione.

[391] Non va in proposito dimenticato che la stessa ENAC nella sua "carta dei diritti dei passeggeri" impone alle agenzie di viaggi di mettere il passeggero in condizione di prendere visione di tutte le compagnie aeree che effettuano la tratta prescelta, direttamente o attraverso uno scalo intermedio, e di tutte le tariffe ad esse applicate e le relative regole.

to dagli effetti positivi (in termini di abbassamento) sui prezzi dei voli, generati dai ricavi ancillari maturati dalla compagnia.

Secondo il Tribunale "*deve essere ritenuto illegittimo il rifiuto che, pur ponendosi ragionevoli obiettivi economici, sia dettato da un movente anticoncorrenziale*" [392].

La circostanza che Ryanair ritenesse la propria condotta giustificata dal diritto di privativa sulla banca dati ha inoltre offerto al Tribunale lo spunto per chiarire il rapporto tra norme a tutela della concorrenza e diritti di privativa industrialistica. A riguardo, va considerato che la Corte di Giustizia ha ritenuto l'esercizio del diritto esclusivo non di ostacolo alla configurabilità di un comportamento abusivo, laddove il rifiuto impedisca la comparsa di un nuovo prodotto o servizio, per il quale esista una potenziale domanda dei consumatori [393].

Il principio asseconda le regole del bilanciamento tra diritti di proprietà intellettuale e pubblico dominio indagate nel capitolo precedente e mostra un caso concreto di applicazione pratica del limite dell'"utilità sociale", posto dalla nostra carta costituzionale quale baluardo del pubblico dominio e limite dei diritti patrimoniali di proprietà e libera iniziativa economica (cap. 1, par. 8 e 8.3).

---

[392] Il rifiuto di fornire la possibilità di intermediazione riservava a Ryanair tutto il mercato derivato dei servizi aggiuntivi (assicurazioni, trasporti da e per gli aeroporti, noleggio autovetture, prenotazione alberghi, mostre, tour di visita, ecc.) relativi alla organizzazione di un viaggio con volo della compagnia convenuta, ad esclusione di qualsiasi concorrenza sullo stesso.

[393] CGUE, 29 aprile 2004, C-418/01 *IMS Healt*, ECLI:EU:C:2004:257, Foro it., 2004, IV, 359-361, con nota di GRANIERI M. Per un commento della decisione, si vedano BASTIANON S., *Il caso "IMS": abuso di posizione dominante o legittimo esercizio del diritto d'autore?*, Foro it., 2004, IV, 361-364; PARDOLESI R., *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, Riv. dir. ind., 2004, II, 323-336; OSTI C., *Il caso IMS: rifiuto di contrarre e diritti di proprietà intellettuale*, Europa e diritto privato 2005, 455-464; NATOLI R., *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*, Europa e diritto privato, 2005, 465-478; SARACINO C.M., *Il caso IMS Health: proprietà intellettuale e diritto antitrust*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2005, 676-695. I suddetti principi sono stati confermati e rafforzati nelle decisioni della Commissione 24 marzo 2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft* – confermate appieno dal Tribunale di I grado, Grande Sezione, con sent. 17 settembre 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, in cui si è affermato che il rifiuto da parte di Microsoft di divulgare ai suoi concorrenti nel mercato dei sistemi operativi per work group servers informazioni sui codici di interfaccia necessari per poter sviluppare prodotti che possano raggiungere la piena interoperabilità con il sistema operativo per PC Windows, costituiva un abuso di posizione dominante, anche se le informazioni in questione erano asseritamente protette da diritti di PI. Per un commento sulla decisione si vedano COPPO G., *Article 82 CE et refus de licence des droits de propriété intellectuelle: nouvelles perspectives après l'arrêt "Microsoft"*, Revue du droit de l'Union européenne, 2008, 4, 783-805; MEZZETTI C.E., *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, Riv. dir. ind., 2008, 246-251; PARDOLESI R., *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, Foro it., 2008, IV, 114-120; PERITZ R.J.R., *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, Mercato concorrenza regole, 2007, 523-533; ANDERMAN S.D., *Microsoft e il problema dell'interoperabilità*, Mercato concorrenza regole, 2007, 569-574; SOLDA-KUTZMANN D., *Abuso di posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi*, Giur. it., 2007, 2145-2146.

5. *La disciplina applicabile all'informazione del settore pubblico*

Un ulteriore limite alla possibilità per il costitutore della banca dati di restringerne l'accesso può derivare dalla natura di organismo di diritto pubblico del costitutore stesso [394]. Infatti, gli enti pubblici [395] sono soggetti alle norme dettate dalla Dir. 2019/1024/UE (c.d. "Direttiva Open Data o PSI-*public sector information*") relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico [396], finalizzata a "*promuovere l'utilizzo di dati aperti*" (art. 1, co. 1) [397]. La Direttiva Open Data obbliga gli Stati Membri a provvedere "*affinché i documenti cui si applica la direttiva … siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali*" (art. 3).

Si tratta di un evidente passo avanti rispetto a dove può spingersi il diritto antitrust. Quest'ultimo, infatti, può imporre un obbligo di *disclosure* del dato solo agli enti pubblici che possano effettivamente qualificarsi come imprese [398] in posizione dominante e una volta che sia dimostrata la sussistenza di un rifiuto a contrarre o a concedere beni in licenza [399].

---

[394] Per una prima lettura del rapporto tra disciplina del riutilizzo posta nella Dir. 98/2003 e quella delle banche dati non creative di cui alla Dir. 9/1996 v. DERCLAYE E., *Does the Directive on the Re-use of Public Sector Information Affect the State's Database Sui Generis Right?*, in GASTER J., SCHWEIGHOFER E., SINT P., *Knowledge Rights – Legal, Societal and Related Technological Aspects*, Austrian Computer Society, 2008, 3 ss.; e RICOLFI M., VAN EECHOUD M., MORANDO F., TZIAVOSZ P., FERRAO L., *The "Licensing" of Public Sector Information*, Inf. dir., 2011, 1-2, 129 ss.

[395] All'interno dell'ampio genus "ente pubblico", la Dir. 2019/1024 ricomprende "*le autorità statali, regionali e locali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni formate da una o più di tali autorità oppure da uno o più di tali organismi di diritto pubblico*" (cfr. art. 2 n. 1). Sono tuttavia esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina le emittenti di servizio pubblico e gli enti culturali diversi da biblioteche, musei e archivi [cfr. art. 1, co. 2, lett. i) e j), Dir. 2019/1024].

[396] Dir. 2019/1024 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, GU L 172, 26.6.2019, 56-83. La Direttiva sostituisce la precedente Dir. 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, GU L 345, 31.12.2003, 90-96, così come modificata dalla Dir. 2013/37/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, che modifica la Dir. 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, GU L 175, 27.6.2013, 1-8. Per maggiori informazioni sul procedimento che ha condotto all'adozione della Direttiva si veda la pagina web https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-legislation-reuse-public-sector-information (ultimo accesso 10.4.2021).

[397] Si veda in particolare il Considerando 4, secondo cui obiettivo della Direttiva è "*poter sfruttare appieno il potenziale dell'informazione del settore pubblico a vantaggio dell'economia e della società europee*", nonché "*l'aumento dell'offerta di dati pubblici preziosi a fini di riutilizzo, anche provenienti da imprese pubbliche*".

[398] Per una più ampia discussione della nozione di "impresa" riferita agli enti pubblici detentori di informazioni, ai fini dell'applicazione della normativa antitrust si veda MEZZETTI G., *Dati pubblici e abuso di posizione dominante*, Giur. it., 2006, 548; LUNDQVIST B., *"Turning Government Data Into Gold". The Interface between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive – with some comments on the Compass-case*, IIC, 2013, 44, 79-95; DREXL J., *The competition dimension of the European regulation of public sector information and the concept of an undertaking*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-03.

[399] In altri termini, il diritto antitrust non condurrebbe a imporre un tale obbligo a degli enti pubblici che operassero in un mercato primario concorrenziale. Qualora gli enti pubblici operassero in posizione dominante, è necessario distinguere ulteriormente a seconda che tra l'impresa in posizione dominante e il

Le disposizioni introdotte dalla Direttiva Open Data riducono pertanto il rischio che gli enti pubblici interessati dalla disciplina possano con le loro condotte ledere la concorrenza [400].

Il primo approccio delle istituzioni europee alla diffusione dei dati pubblici si deve alla Dir. 90/313/CEE, concernente la libertà di accesso all'informazione in materia ambientale [401]. Antesignana di una vera e propria politica dell'informazione pubblica, questa Direttiva ha stabilito prime misure per l'esercizio del "*diritto di accesso del pubblico all'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche o per conto di esse*", riconoscendo di fatto il carattere di "bene comune" dell'informazione ambientale.

Questa Direttiva è stata sostituita dalla Direttiva 2003/4/CE [402], che ha ampliato l'accesso all'informazione, al fine di assicurare la compatibilità delle disposizioni di diritto comunitario con la Convenzione di Aarhus del 1998 sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale [403].

L'abbandono di una politica solo settorale di gestione dei dati pubblici, si deve alla Dir. 2003/98/CE del 17 novembre 2003, sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, che s'inserisce nel solco della strategia di Lisbona sull'*e-government* [404], come pre-condizione dello sviluppo dei servizi pubblici on-line [405].

---

soggetto che richieda la risorsa esista già una relazione contrattuale o meno. Ne primo caso, il diritto antitrust non consentirebbe di censurare il rifiuto opposto giustificatamente e comunque incapace di avere un effetto negativo sulla concorrenza. Nel caso, invece, il rifiuto fosse intervenuto a impedire il sorgere di una nuova relazione contrattuale, il diritto antitrust non permette di sanzionare il rifiuto non indispensabile all'esercizio dell'attività del futuro concorrente, poiché comunque altrimenti reperibile sul mercato. Quando la risorsa rifiutata sia oggetto di un diritto di proprietà intellettuale, il diritto antitrust non considera illecito nemmeno il rifiuto non indispensabile allo sviluppo tecnico del concorrente.

[400] In questo senso, MAGGIOLINO M., *Il riutilizzo dell'informazione detenuta dal settore pubblico. Alcune riflessioni di politica e diritto della concorrenza*, Concorrenza e mercato, 2012, 765.

[401] Il d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 39, in attuazione della Dir. 90/313/CEE, riconosceva i dati pubblici in materia ambientale come bene pubblico da rendere disponibile a tutti.

[402] Il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, di recepimento della Dir. 2003/4/CE, rafforza l'obbligo della pubblica amministrazione a mettere in atto le misure necessarie a "*garantire il diritto d'accesso all'informazione ambientale detenuta dalle autorità pubbliche*", e a "*garantire, ai fini della più ampia trasparenza, che l'informazione ambientale sia sistematicamente e progressivamente messa a disposizione del pubblico e diffusa, anche attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici, in forme o formati facilmente consultabili, promuovendo a tale fine, in particolare, l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*".

[403] PELOSI E., *Rafforzamento dell'accesso all'informazione ambientale alla luce della direttiva 2003/4/CE*, Riv. giur. ambiente, 2004, 1, 23; FRANZOSO F., *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali*, Riv. giur. ambiente, 2004, 5, 631; CIAMMOLA M., *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente al d.lg.n. 195 del 2005*, Foro amm., CDS, 2007, 2, 657.

[404] A partire dal 2011, la Commissione Europea ha predisposto per gli Stati membri un Piano di Azione per l'*e-government*, individuando le misure da attuare al fine di rendere le pubbliche amministrazioni (di seguito anche solo "P.A.") aperte, accessibili e trasparenti nei confronti dei cittadini: prima fra tutte, la loro responsabilizzazione, intesa come capacità di questi ultimi di accedere ai servizi digitali. Cfr. http://qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/relazioni-con-i-cittadini/open-government/e-government/index.html (ultimo accesso 10 aprile 2021).

La Direttiva è stata da ultimo riformata nel 2019, al fine di tener conto dei profondi cambiamenti tecnologici e sociali e contemplare le novità normative in materia di dati personali e non personali [406].

In attesa del recepimento, che dovrà avvenire nel nostro ordinamento entro il termine del 17 luglio 2021, la normativa attualmente in vigore in Italia è quella risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 102/2015 al testo del d.lgs. n. 36/2006 [407]. Quest'ultimo ha stabilito che, nei casi e con le modalità previste dal decreto, i documenti contenenti dati pubblici devono essere resi riutilizzabili. Pur essendo di titolarità di una amministrazione o di un organismo pubblico [408], essi possono essere usati anche da altri soggetti, persone fisiche o giuridiche, anche per fini non attinenti all'interesse pubblico per il quale il documento contente il dato viene prodotto [409] – e dunque anche per fini commerciali [410]. Il riutilizzo deve avvenire assicurando la parità di trattamento fra tutti i riutilizzatori.

Le modalità di messa a disposizione dei dati differiscono a seconda che il dato sia già stato reso disponibile o meno. Nel primo caso, le amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico sono chiamati ad adottare licenze aperte standard o predisporre licenze personalizzate standard [411], rendendole disponibili sul proprio sito

---

[405] La Commissione ha avviato i lavori propedeutici alla Direttiva con la pubblicazione, il 1 gennaio 1999, di *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale. Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione una risorsa fondamentale per l'Europa*, COM(1998)585 che si collega esplicitamente alla Dir. 90/313/CEE "*concernente la libertà d'accesso all'informazione ambientale*". Successivamente, ha fatto seguito la Comunicazione *e-Europe 2002: un quadro normativo comunitario per la valorizzazione delle informazioni del settore pubblico*, 23 ottobre 2001, COM (2001) 607 e la proposta di Direttiva, del 5 giugno 2002, COM (2002) 207 def., sfociata infine nella Direttiva in esame.

[406] https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2019/02/04/il-percorso-revisione-direttiva-sul-riutilizzo-dellinformazione-del-settore (ultimo accesso 10 aprile 2021).

[407] ROSSA S., *Open data e amministrazioni regionali e locali. Riflessioni sul processo di digitalizzazione partendo dall'esperienza della Regione piemonte*, Dir. inf., 2019, 4, 1121. Per maggiori informazioni circa le norme di recepimento della Direttiva nei singoli Stati Membri si veda https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/implementation-public-sector-information-directive-member-states (ultimo accesso 10.4.2021). Cfr. anche PENNAZIO R., ROSSI P., *Open Data e tutela della riservatezza tra uniformazione europea e approcci nazionali*, Informatica e dir., 2011, 37, 20, n. 1-2, 85-103, 93-95, che analizzano alcuni dei differenti approcci nazionali.

[408] In base all'art. 2 lett. i) d.lgs. n. 36/2006, la pubblica amministrazione o l'organismo di diritto pubblico è titolare del dato qualora "*ha originariamente formato per uso proprio o commissionato ad altro soggetto pubblico o privato il documento che rappresenta il dato, o che ne ha la disponibilità*".

[409] Cfr. art. 2 lett. e) d.lgs. n. 36/2006, ai sensi del quale per riutilizzo deve intendersi "*l'uso del dato di cui è titolare una pubblica amministrazione o un organismo di diritto pubblico, da parte di persone fisiche o giuridiche, a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale per il quale il documento che lo rappresenta è stato prodotto nell'ambito dei fini istituzionali*".

[410] In proposito, l'art. 11, co. 1, d.lgs. n. 36/2006: "*i documenti delle pubbliche amministrazioni e degli organismi di diritto pubblico possono essere riutilizzati da tutti gli operatori potenziali sul mercato, anche qualora uno o più soggetti stiano già procedendo allo sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti. I contratti o gli altri accordi tra il titolare del dato in possesso dei documenti e terzi non stabiliscono diritti esclusivi, salvo che ciò non risulti necessario per l'erogazione di un servizio di interesse pubblico*".

[411] In proposito, l'art. 8 d.lgs. n. 36/2006, che ha attuato nel nostro ordinamento l'art. 8 Dir. 2003/98/CE, prevede che: "*Gli schemi di licenze standard di cui all'articolo 5, comma 1, contengono*

istituzionale di modo tale che chi procederà al riutilizzo sappia a quali condizioni possa farlo (ad esempio prevedendo la garanzia di non alterazione e la citazione della fonte)[412]. Qualora, invece, il dato non sia stato ancora reso disponibile, è il riutilizzatore a dover presentare una apposita richiesta finalizzata al riutilizzo[413]. Il titolare esaminerà la richiesta:

a) se questa dà esito positivo, il titolare deve rendere disponibili i documenti e, ove possibile e opportuno, anche i relativi metadati (secondo le modalità e i formati previsti dal d.lgs. n. 82/2005, Codice dell'amministrazione digitale-CAD)[414];

b) se l'esito è invece negativo, il titolare è tenuto a comunicare le ragioni del rifiuto, nonché, qualora il rifiuto attenga a questioni di diritti di proprietà intellettuale, a comunicare il titolare del diritto o il licenziante dal quale il titolare del dato ha ottenuto il materiale[415].

Sia che il dato sia già disponibile, sia che sia rilasciato dietro richiesta, il riutilizzo deve avvenire in modo tendenzialmente gratuito o, al limite, al costo della loro riproduzione e/o rilascio[416]. In ogni caso, le amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico titolari del dato devono concretamente attivarsi per rendere a) agile la ricerca dei documenti disponibili per il riutilizzo, oltre che i relativi metadati (se possibile e opportuno) e b) disponibili in formato leggibile meccanicamente[417] i dati oggetto del riuso[418].

Le misure introdotte dal legislatore europeo e nazionale sono state criticate per le eccessive condizioni e restrizioni (dalla necessità di una licenza, alla previ-

---

eventuali limitazioni o condizioni all'utilizzo dei documenti, in considerazione delle loro peculiari caratteristiche … Le condizioni e le limitazioni poste dal titolare del dato … sono individuate per categorie di documenti secondo criteri di proporzionalità e nel rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali e non possono costituire ostacolo alla concorrenza". Sull'argomento si vedano, *ex multis*, RICOLFI M., VAN EECHOUD M., MORANDO F., TZIAVOSZ P., FERRAO L., *The "Licensing" of Public Sector Information*, cit. Sulla corretta qualificazione giuridica delle licenze relative a PSI si veda ROVATI A.M., *Prime note su proprietà intellettuale e riutilizzo dei dati pubblici*, cit., 173-174.

[412] Così l'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 36/2006 e il considerando 44 Dir. 2024/2019.

[413] Cfr. art. 5, co. 2, d.lgs. n. 36/2006.

[414] Così l'art. 6 d.lgs. n. 36/2006.

[415] Cfr. art. 5, co. 3, d.lgs. n. 36/2006.

[416] Così l'art. 7 d.lgs. n. 36/2006, il quale al co. 3, prevede espressamente che "*nei casi di riutilizzo a fini non commerciali è prevista una tariffa differenziata da determinarsi … secondo il criterio della copertura dei soli costi effettivi sostenuti dalle Amministrazioni interessate*". La norma contiene anche alcune eccezioni in cui vige il sistema tariffario. In particolare, il principio di gratuità non si applica "*a) alle biblioteche, comprese quelle universitarie, i musei e gli archivi; b) alle pubbliche amministrazioni e agli organismi di diritto pubblico che devono generare utili per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico; c) ai casi eccezionali relativi a documenti per i quali le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico sono tenuti a generare utili sufficienti per coprire una parte sostanziale dei costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione*". Cfr. anche considerando 36 e art. 6, co. 5, Dir. 1024/2019.

[417] In base all'art. 2 co. 1, lett. c) *bis*), d.lgs. n. 36/2006, per *machine-readable* si intende "*un formato di file strutturato in modo tale da consentire alle applicazioni software di individuare, riconoscere ed estrarre facilmente dati specifici, comprese dichiarazioni individuali di fatto e la loro struttura interna*".

[418] Cfr. art. 9 d.lgs. n. 36/2006.

sione di un costo) che impongono al riutilizzo dell'informazione pubblica. Si è persino paventato che tali restrizioni, in particolare la previsione della necessità di una licenza per procedere al riutilizzo, sembrerebbero fondare un diritto proprietario dell'ente pubblico sul dato di pertinenza [419]. La previsione all'interno della licenza di condizioni d'uso quali l'accreditamento della paternità del dato e il divieto di alterare i dati ricorderebbero i diritti morali riconosciuti dal diritto d'autore e di fatto, non vi sarebbe alcuna differenza tra utilizzare il dato in forza di licenza garantita dal costitutore della banca dati, piuttosto che dall'ente pubblico in forza della normativa sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico [420].

5.1. *Riutilizzo di dati pubblici e diritti di proprietà intellettuale*

L'apertura dei dati pubblici trova necessario limite nel coordinamento con i diritti di proprietà intellettuale e con il GDPR (v. par. 3.4 e ss.) [421].

Sotto il primo profilo, la tutelabilità del dato pubblico attraverso diritti di proprietà intellettuale, può avere implicazioni sulla libera circolazione del dato.

Occorre però delimitare la nozione di proprietà intellettuale al solo "*diritto d'autore e diritti connessi, comprese le forme di protezione sui generis*" [422]. Risultano invece esclusi dalla disciplina sul riutilizzo dell'informazione pubblica sia i dati coperti da "segreto statistico o commerciale" (potenzialmente rientranti nell'ambito di applicazione della Dir. 2016/943 sulle informazioni commerciali riservate) [423], sia i "logotipi, stemmi e distintivi" (potenzialmente proteggibili come marchi) [424], sia i

---

[419] DE FILIPPI P., MAUREL L., *The paradoxes of open data and how to get rid of it? Analysing the interplay between open data and sui-generis rights on databases*, International Journal of Law and Information Technology, 2015, 23, 1-22, 7, secondo cui "*these conditions could considerably restrain the right enjoyed by every European citizen to re-use public sector in– formation, and may–in practice–eventually drift into some sort of proprietary rights*".

[420] *Ibid.*, 11, secondo cui "*even though, legally speaking, there is no exclusive right on public sector information, in practice, the results are pretty much the same … even though citizens have been granted a right to re– use public sector information, this right appears to be, in fact, more like a trompe l'oeil (an illusion, a deceiving technique that fools the eye). In practice, very few citizens can actually appreciate the existence of such 'right', whereas the others only experience restrictions which are very similar to an exclusive right*".

[421] Sulla tensione dialettica tra l'esigenza di tutelare i dati personali dei cittadini e l'interesse confliggente al riutilizzo dei dati si veda ALOVISIO M., *Criticità Privacy nel riuso dei dati pubblici*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 46; RICCI S., *Note in tema di "riutilizzo dell'informazione pubblica" e diritto alla privacy*, Federalismi.it., 28 luglio 2005.

[422] Cfr. Considerando 54 Dir. 1024/2019.

[423] Art. 1, co. 2, lett. d), num. ii) e iii), Dir. 1024/2019. Tale esclusione si potrebbe spiegare sul presupposto che le informazioni pubbliche sarebbero pretermesse dall'ambito di applicazione degli artt. 98-99 c.p.i. Sul punto, si veda ROVATI A.M., cit., 165-167, che presenta diversi argomenti *pro* e *contra* questa tesi e si schiera a favore dell'inclusione. Secondo l'autore, inoltre, alla nozione di "segreto statico o commerciale" sarebbero riconducibili anche le informazioni protette dalla disciplina generale della concorrenza sleale *ex* art. 2598 n. 3 c.c.

[424] Art. 1, co. 2, lett. g), Dir. 1024/2019.

"documenti soggetti a diritti di proprietà industriale, quali brevetti, disegni e modelli registrati" [425].

Fatte tali premesse, all'interno dei dati pubblici interessati dai diritti di proprietà intellettuale c.d. interferenti, è necessario distinguere tra:

a) i dati pubblici sui quali institono diritti di terzi diversi dall'ente pubblico che li detiene;

b) i dati pubblici sui quali insistono diritti dell'ente pubblico stesso. Tale possibilità è espressamente codificata all'art. 11 l.a., a norma del quale "*alle amministrazioni dello stato, alle province ed ai comuni spetta il diritto d'autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome e a loro conto e spese*". La norma indica chiaramente, quindi, che la natura pubblica del soggetto titolare del diritto d'autore non è di ostacolo ala costituzione di detta privativa [426]. Fanno eccezione solo i testi degli "*atti ufficiali dello Stato e delle amministrazioni pubbliche*", tra cui gli atti normativi, che ai sensi dell'art. 5 l.a., non godono della tutela conferita dal diritto d'autore e sono liberamente utilizzabili da parte di terzi [427]. Anche l'art. 102 *bis* l.a., per quanto maggiormente di interesse in questa sede, è stato interpretato, sia in dottrina che in giurisprudenza, nel senso di coprire anche le raccolte di dati pubbliche [428].

La distinzione tra dati pubblici coperti da diritti di privativa privati o pubblici è importante perché solo la seconda categoria (*sub* b) rientra nell'ambito di applicazione della disciplina sul riutilizzo dell'informazione pubblica, mentre la prima, ne è espressamente esclusa in forza rispettivamente degli artt. 2, lett. c), Dir. 2019/1024 e 3, lett. h), d.lgs. n. 36/2006. Si tratta di una conseguenza non di poco, specialmente se si considera che la categoria *sub* a) appare di gran lunga più consistente numeri-

---

[425] Cfr. Considerando 54 Dir. 1024/2019.

[426] Cfr. Cass. civ., sez. I, 10 agosto 2016, n. 16940, Riv. dir. ind., 2017, 4-5, II, 548, che ha confermato come all'Azienda autonoma provinciale del turismo di Palermo e Monreale spettasse il diritto di sfruttamento economico *ex* art. 11 l.a. dell'opera "Isola Trinacria", la quale era stata oggetto di una riproduzione non autorizzata impiegata, nella campagna elettorale delle elezioni provinciali di Messina del 1991, da un candidato della Democrazia Cristiana. Nello stesso senso di cui alla pronuncia che precede, cfr. C. conti, sez. contr., 9 giugno 2005, n. 8, Riv. C. conti, 2005, n. 3, 10, secondo cui ai sensi dell'art. 11 l.a., alle amministrazioni dello Stato spetta il diritto d'autore su di un cd-rom avente quale scopo quello di divulgare l'attività svolta dall'amministrazione e Trib. Venezia, 14 maggio 2012, che ha riconosciuto in favore di una comunità montana i diritti d'autore su un libro fotografico tendente a valorizzare il patrimonio storico, artistico e culturale del territorio.

[427] Cfr. Trib. Milano, 8 settembre 2014, n. 10824, Foro it., 2015, 11, I, 3699 e App. Milano, 7 febbraio e 3 marzo 1995, rispettivamente in Dir. ind., 1996, 157, con nota di MINA e in Giust. civ., 1996, I, 203, con nota di BUCCINI, che ha sancito la libera riproducibilità delle norme tecniche del CEI – Comitato Elettronico Italiano. Si veda anche Trib. Pisa, 28 ottobre 2010, n. 1165, che ha escluso che una tesi di laurea rientri nella portata dell'esclusione *ex* art. 5 l.a., per il sol fatto di produrre effetti amministrativi. Secondo GALLI P., Sub art. 5, l.a., in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit., che vi ricomprende anche le massime ufficiali e le decisioni rese dall'autorità giudiziaria.

[428] SAPPA C., *IP e banche dati pubbliche*, nota a Trib. Roma, ord. 5 giugno 2008, Quaderni di AIDA, 2010, 19, 692-702; DELIA I., *La diffusione e il riutilizzo dei dati pubblici. Quadro normativo comunitario e nazionale: problemi e prospettive*, Informatica e dir., 2006, 32, 15, 1, 7-46, 37.

camente[429], anche in ragione del fatto che le regole di attribuzione del diritto d'autore favoriscono la cristallizzazione del diritto in capo alla persona fisica, piuttosto che non all'ente pubblico[430].

Ciò non di meno, entrambe le categorie, sebbene in misura diversa, possono limitare il riutilizzo di informazioni: la categoria *sub* a) perché non soggiace ad alcun obbligo concernente la messa a disposizione dei dati; quella *sub* b) perché la sussistenza di diritti di privativa in capo all'ente pubblico restringe ulteriormente la portata di tale obbligo. Vediamo come.

Sia la Dir. 2003/98[431] che di riflesso il d.lgs. n. 36/2006[432], da un lato affermano che la disciplina non incide e non pregiudica l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale di cui sono titolari le varie Pubbliche Amministrazioni (P.A.), poi – appena

---

[429] In questo senso SAPPA C., *Diritti di proprietà intellettuale e dati pubblici nell'ordinamento italiano*, Informatica e dir., 2011, 37, 20, 1-2, 185-197, 195, secondo cui "*questi dati non sono numerosi principalmente perché le regole di attribuzione del diritto d'autore in particolare, ma anche dei diritti connessi, non favoriscono necessariamente una centralizzazione delle privative presso l'ente pubblico o la P.A. che detiene i dati stessi*". Anche in ragione di ciò, secondo DERCLAYE E., *Does the Directive on the Re-use of Public Sector Information Affect the State's Database Sui Generis Right?*, cit., 10, l'esclusione dei dati di cui alla lett. a) dalla portata della disciplina sul riutilizzo è la più rilevante eccezione prevista dalla Direttiva.

[430] Tali regole sono in particolare la minor durata del diritto di privativa in capo all'ente pubblico (vent'anni dalla prima pubblicazione rispetto al termine generale di 70 anni *post mortem auctoris*, cfr. art. 29 l.a.), nonché la circostanza che, secondo l'opinione prevalente, il diritto di autore riconosciuto all'ente committente si acquista a titolo derivativo ed è circoscritto ai soli diritti patrimoniali ricavabili dal contratto tra l'ente e l'autore. In questo senso, Trib. Bologna, 9 maggio 2007, Sez. spec. P.I. 2008, 1, 53, c*ontra* Trib. Milano, 17 ottobre 1994, Quaderni di AIDA, 1994, 281, con nota di AMMENDOLA M., *Il diritto acquisito dagli enti indicati dall'art. 11 l.a. sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome e a loro conto e spese*, secondo cui l'art. 11 l.a. va letto nel senso che gli enti acquistano, a titolo originario, non solo i diritti patrimoniali, ma anche i diritti morali di autore. Tale secondo orientamento pare contrastare, tuttavia, con i principi secondo cui: a) il diritto *ex* art. 11 l.a. si affianca e non si sostituisce al diritto spettante al creatore dell'opera ai sensi dell'art. 3 della stessa legge, che fa salvi i diritti morali degli autori delle singole opere raccolte in opere collettive (cfr. Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2016, n. 2197); b) i diritti patrimoniali ritornerebbero alla persona fisica che ha creato l'opera, una volta decorsi i vent'anni della tutela riservata all'ente pubblico (in questo senso v. GALLI P., Sub art. 29, l.a., in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit.).

[431] Il considerando 22 sanciva che "*La direttiva lascia impregiudicate l'esistenza o la titolarità di diritti di proprietà intellettuale da parte degli enti pubblici e non limita in alcun modo l'esercizio dei diritti al di là di quanto da essa stabilito. Gli obblighi di cui alla presente direttiva si dovrebbero applicare soltanto nella misura in cui siano compatibili con le disposizioni degli accordi internazionali sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare la convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (la 'convenzione di Berna') e l'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (l''accordo TRIPS'). Gli enti pubblici dovrebbero comunque esercitare il proprio diritto di autore in maniera tale da agevolare il riutilizzo dei documenti*". Il considerando 24 aggiungeva che "*La presente direttiva lascia impregiudicate la 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 e la direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche dati. Essa definisce le condizioni di esercizio dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno dell'informazione da parte degli enti pubblici, laddove permettano il riutilizzo di documenti*".

[432] L'art. 4 fa salve sia "*la disciplina sulla protezione del diritto d'autore di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633*", sia "*le disposizioni in materia di proprietà industriale di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30*".

dopo – prevedono che esse devono esercitare i propri diritti d'autore e connessi in modo da agevolare il riutilizzo. In dottrina, tale approccio è stato giudicato contraddittorio [433]. Nella prassi, ne risultava un sostanziale primato dei diritti di proprietà intellettuale eventualmente insistenti sui dati pubblici, con conseguente possibilità per l'ente pubblico titolare del dato di eccepire la sussistenza del diritto di privativa, al fine di precludere l'accesso ai dati [434]. In questa direzione, ad esempio, il Tribunale di Firenze confermava in sede di reclamo l'ordinanza con cui era stata ingiunta l'immediata rimozione dal portale Immobiliare.it delle immagini e di ogni altro documento proveniente dalla banca dati di Aste Giudiziarie Inlinea S.p.A., per violazione del diritto *sui generis* sulla banca dati [435], precisando, al contempo, che "*il D.Lgs. n. 36/2006, disciplinante il diritto di riutilizzo della documentazione posseduta dalle pubbliche amministrazioni al fine di favorire lo sviluppo dei mercati dell'informazione, fa espressamente salvi i diritti di proprietà intellettuale (cfr. artt. 3, comma 1, lett. h, e 4, comma 1, lett. b)*".

La Dir. 2019/1024 pare mutare questo quadro [436]. Pur lasciando "*impregiudicate l'esistenza o la titolarità di diritti di proprietà intellettuale da parte degli enti pubblici*", esercita la facoltà di limitarne l'esercizio, come previsto dal Considerando 54, nei limiti "*di quanto da essa stabilito*" [437]. A tale proposito, l'art. 1, para. 6, rubricato "Oggetto e ambito di applicazione", circoscrive espressamente l'esercizio del diritto del costitutore di una banca di dati di cui all'art. 7, par. 1,Dir. 96/9/CE. Questo "*non è esercitato dagli enti pubblici al fine di impedire il riutilizzo di documenti o di limitare il riutilizzo oltre i limiti stabiliti dalla presente direttiva*" [438].

---

[433] ROVATI A.M., *Prime note su proprietà intellettuale e riutilizzo dei dati pubblici*, cit., 154. DERCLAYE E., *Does the Directive on the Re-use of Public Sector Information Affect the State's Database Sui Generis Right?*, cit., 10, spiega come queste contraddizioni siano frutto di un compromesso politico tra Stati membri che volevano estendere il più possibile la disciplina del riutilizzo e quelli che invece desideravano continuare a ricavare introiti con l'utilizzazione economica delle informazioni pubbliche.

[434] SAPPA C., *Diritti di proprietà intellettuale*, cit., 185-197.

[435] Trib. Firenze, 21 marzo 2016. In termini analoghi si veda anche Trib. Roma, sez. IX civ., 24 dicembre 2013, avente ad oggetto una fattispecie identica, nonché Trib. Firenze, 23 ottobre 2017, n. 3367, che ha ritenuto illecita la pubblicazione nella rivista TuttoRally+ di percorsi e tappe del WRC rally mondiale di Italia Sardegna 2012 su cartografie dell'istituto Geografico Militare di Firenze, in quanto avvenuta in assenza di autorizzazione e corresponsione dei diritti d'autore, senza che il giudice abbia fatto applicazione della disciplina prevista dal d.lgs. n. 36/2006. Per altri casi, all'interno degli Stati Membri, in cui il diritto *sui generis* è utilizzato da enti pubblici per prevenire il riutilizzo di dati si veda DE FILIPPI P., MAUREL L., *The paradoxes of open data and how to get rid of it?* cit., 1-22, 6-7.

[436] Il Considerando 4 dichiara che "*le modifiche sostanziali introdotte al testo giuridico per poter sfruttare appieno il potenziale dell'informazione del settore pubblico a vantaggio dell'economia e della società europee dovrebbero essere incentrate in particolare …* [sul]*la relazione tra la presente direttiva e alcuni strumenti giuridici correlati, tra cui il regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 96/9/CE, 2003/4/CE e 2007/2/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*".

[437] Il considerando 54, chiarisce espressamente che "*la direttiva lascia impregiudicate l'esistenza o la titolarità di diritti di proprietà intellettuale da parte degli enti pubblici e non limita in alcun modo l'esercizio dei diritti al di là di quanto da essa stabilito*". Invita inoltre gli enti pubblici ad "*esercitare il proprio diritto di autore in maniera tale da agevolare il riutilizzo dei documenti*".

[438] Si veda anche il Considerando 61 che "*nel caso in cui sia accordato agli enti pubblici il diritto di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE, essi non dovrebbero esercitare tale diritto per impedire o limitare il riutilizzo dei documenti esistenti oltre i limiti stabiliti dalla presente direttiva*".

Il Tribunale di Roma ha fatto applicazione di tale disposizione nel caso Trenitalia (v. par. 3.9), al fine di escludere che il reimpiego di una parte non sostanziale di banca dati possa considerarsi "ingiustificato". La Direttiva, infatti, "*all'art. 1, promuove la diffusione ed il riutilizzo dei documenti e dei dati in possesso delle imprese pubbliche, in particolare di quelle che agiscono in qualità di operatori di servizio pubblico ai sensi dell'art. 2 del Regolamento 1370/07*" [439]. In questa nuova direzione, il raccordo tra disciplina delle informazioni del settore pubblico e proprietà intellettuale pare più coerente con gli interessi e obiettivi che entrambe le discipline (la prima direttamente, la seconda almeno indirettamente) sembrano perseguire: favorire, in ultima analisi, l'accesso e la libera circolazione delle informazioni [440].

5.2. *Gli accordi di esclusiva tra amministrazione e soggetti privati per la digitalizzazione di risorse culturali*

Oltre a far salvi i diritti di proprietà intellettuale, la Direttiva Open Data ammette anche la concessione di diritti di esclusiva da parte di biblioteche, anche universitarie, musei e archivi in favore dei partner privati con cui abbiano stretto accordi di digitalizzazione di risorse culturali. Pur riconoscendo come principio generale che "*i documenti possono essere riutilizzati da tutti gli operatori potenziali sul mercato, anche qualora uno o più operatori stiano già procedendo allo sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti*" e che "*i contratti o gli altri accordi tra gli enti pubblici o le imprese pubbliche in possesso dei documenti e terzi non stabiliscono diritti esclusivi*", il legislatore europeo ammette la possibilità di derogare a tale schema. L'art. 12 par. 2 Dir. Open Data, infatti, riconosce la possibilità di concludere accordi di esclusiva "*se per l'erogazione di un servizio d'interesse pubblico è necessario un diritto esclusivo*". La necessità si giustifica "*per dare al partner privato la possibilità di recuperare il suo investimento"* e "*la fondatezza del motivo per l'attribuzione di tale diritto è soggetta a riesame periodico, comunque con scadenza triennale*". Il periodo di durata del diritto *"dovrebbe tuttavia essere limitato nel tempo ed essere il più breve possibile, al fine di rispettare il principio secondo cui i materiali di dominio pubblico dovrebbero rimanere tali una volta digitalizzati*" (considerando 49). Il legislatore europeo riconosce dunque alla salvaguardia del pubblico dominio lo status di principio generale del diritto, ovvero di fonte del diritto dell'Unione non scritta e complementare [441] rispetto alle fonti primarie [442] e derivate [443].

---

[439] Trib. Roma, 5 settembre 2019, secondo cui "*Trenitalia può ben essere qualificato organismo di diritto pubblico essendo società interamente finanziata dallo Stato e soggetta al controllo dello Stato mediante il ministero dei trasporti, che ne nomina anche gli amministratori*".

[440] In questo senso, ROVATI A.M., cit., 159.

[441] Cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al14533 (ultimo accesso 11.4.2021). È pacifico che i principi generali del diritto dell'UE non appartengano ad un unico tipo. Una classificazione classica distingue tra a) i principi strutturali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, nel suo rapporto con gli ordinamenti degli Stati membri, e b) i principi che caratterizzano l'azione delle istituzioni dell'Unione nei confronti dei destinatari di essa. Tra questi ultimi si ricomprende anche il diritto di accesso, nella sua duplice accezione di *acces to information* e *access to documents*.

Le conseguenze di tale qualificazione non paiono di scarso rilievo, anche sul fronte delle ricadute sugli ordinamenti interni. La Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire, infatti, che un giudice nazionale "*è tenuto…ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione…e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria*" [444].

Non si tratta di un principio assoluto o inderogabile. La necessità di sottrarre temporaneamente le risorse culturali digitalizzate dal pubblico dominio rende necessario derogare a tale principio, ma ciò non toglie che la salvaguardia del pubblico dominio debba restare il principio guida e la regola d'azione della pubblica amministrazione.

"*Il periodo di esclusiva non eccede di norma i dieci anni*". In caso contrario, "*la sua durata è soggetta a riesame nel corso dell'undicesimo anno e, se del caso, successivamente ogni sette anni*" (art. 12 par. 3) [445].

Gli accordi sono resi pubblici in rete almeno due mesi prima che abbiano effetto.

Parallelamente, il legislatore ammette che gli accordi con i partner privati possano prevedere "*disposizioni giuridiche o pratiche che, pur non concedendo espressamente un diritto esclusivo, mirano a limitare, o possono fare ragionevolmente prevedere che avranno l'esito di limitare, la disponibilità di riutilizzo di documenti da parte di soggetti diversi dal terzo che partecipa all'accordo*". Anche per tali forme di limitazione all'accesso e al riutilizzo delle risorse, vige il regime di pubblicità sopra descritto.

Nell'esercizio di questa facoltà, ad esempio, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, Direzione generale Musei, ha ceduto a Bridgeman Images

---

Cfr. GALETTA D.U., HOFMANN H.C.H., MIR PUIGPELAT O., ZILLER J., *The General Principles of EU Administrative Procedural Law*, Bruxelles, 2015; FALCON G., *Qualche sottolineatura in tema di principi generali del diritto dell'Unione Europea*, Riv. It. Dir. Pub. Com., 2017, 2, 363. A sua volta tale principio pare declinabile nei termini proposti dalla Direttiva Open Data, come diritto di salvaguardia del pubblico dominio.

[442] Il diritto primario dell'UE deriva principalmente dai trattati istitutivi, modificativi, di adesione, complementari e dalla carta dei diritti fondamentali dell'UE. Esso definisce la ripartizione dei poteri e delle responsabilità tra l'Unione europea e gli Stati membri e indica il contesto entro il quale le istituzioni dell'Unione europea formulano e attuano le politiche euro-unitarie. Cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:l14530 (ultimo accesso 11.4.2021).

[443] Si tratta degli atti giuridici vincolanti e non vincolanti delle istituzioni europee elencati dall'art. 288 TFUE, nonché degli atti non legislativi delegati che la Commissione può adottare, su mandato del parlamento o del Consiglio, ai sensi dell'art. 290 TFUE, al fine di integrare o modificare determinati elementi non essenziali degli atti legislativi. Cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:ai0032 (ultimo accesso 11.4.2021).

[444] CGUE, grande sezione, 11 settembre 2018, C-68/17, IR c. JQ, ECLI:EU:C:2018:696, Foro it. 2018, 11, IV, 509.

[445] Critici sulla durata, WALLACE A., EULER E., *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, IIC, 2020, 51, 844, secondo cui "*Ten years is also a long time in terms of technological advancement … the primary materials subject to Art. 12 agreements may be outdated for contemporary innovation purposes in ten years.*"

s.r.l., operatore specializzato nella distribuzione e commercializzazione di immagini artistiche tramite propria banca dati online (www.bridgemanimages.com), in via temporanea (per 5 anni) e non esclusiva, le immagini di beni contenute negli archivi di musei statali, nonché i diritti di riproduzione, distribuzione e cessione in uso a terzi, per finalità editoriali (libri, riviste, cataloghi, periodici, giornali, progetti espositivi, culturali), cartacee o digitali, nonché per la produzione di articoli di cartoleria (stampati, fotografie, adesivi, materiale per l'istruzione o l'insegnamento e giocattoli), per documentari e allestimenti per il cinema. Tutte le suddette immagini dovranno essere poste in consultazione online a bassa risoluzione e con marchiatura digitale visibile e invisibile e con espresso divieto di riproduzione, salvo previa autorizzazione dell'amministrazione che ha in consegna il bene, e di duplicazione con qualsiasi mezzo. L'utilizzazione da parte di Bridgeman e di terzi dovrà inoltre essere compatibile con la destinazione culturale delle immagini, con il loro carattere artistico e/o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale riprodotto. Il corrispettivo dovuto al Ministero corrisponde ad una royalty del 50%, da calcolarsi sull'importo fatturato da Bridgeman in riferimento alla commercializzazione delle immagini [446]. L'accordo non distingue tra immagini coperte da diritto d'autore o in pubblico dominio, con la conseguenza che il Ministero dispone di tutti i beni nello stesso modo, riservando a sé ogni diritto di riproduzione e commercializzazione. Un siffatto accordo poggia evidentemente sul presupposto che in assenza di una licenza a titolo oneroso il riutilizzo delle immagini d'archivio delle istituzioni museali non sia consentito. Ciò si pone in contrasto con le recenti novità normative introdotte dalla Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, che – tra le altre cose – reca disposizioni dirette proprio a liberare l'utilizzo del materiale derivante da un atto di riproduzione di un'opera delle arte visive, alla scadenza della durata di protezione autoriale (cfr. cap. IV, par. 5.3. I diritti d'autore su opere riproduttive di beni in pubblico dominio).

5.3. *Riutilizzo di dati pubblici e normativa a tutela dei dati personali*

Le interazioni e il grado di compatibilità tra la normativa in materia di riutilizzo dell'informazione pubblica e quella in materia di protezione dei dati personali [447] erano già state regolate dalla Dir. 2003/98, come emendata nel 2013 [448], la quale af-

---

[446] L'accordo contrattuale è consultabile al link http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2018/04/Accordo-quadro-Direzione-generale-Musei-e-Bridgeman-Images-Srl.pdf (ultimoaccesso 11. 4. 2021).

[447] In argomento, si vedano RICCI S., *Note in tema di "riutilizzo dell'informazione pubblica",* cit., 10-15; ZENO ZENCOVICH V., *Uso a fini privati di dati personali in mano pubblica*, Dir. inf., 2003, 2, 197-203, 198 ss., RAAB C.D., *Privacy Issues as Limits to Access*, in AICHHOLZER G., BURKERT H. (eds.), *Public Sector Information in the Digital Age*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2004, 38; MENICHETTI E., *Accessibilità e tutela della riservatezza*, in PONTI B. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienza europee e ordinamento nazionale*, Maggioli, Rimini, 2008, 181-211, 206 ss.

[448] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (G.U. L 175 27.06.2013, pp. 1-8). La necessità di una tutela della sfera privata per il caso in cui archivi e pubblici registri contengano dati personali era già stata presa in considerazione dal CONSIGLIO D'EUROPA, *Raccomandazione R (91) 10 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla Comunicazione a terzi di dati personali detenuti da organismi pubblici*,

fermava di non pregiudicare in alcun modo il livello di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali[449]. La materia è stata oggetto di studio da parte del Gruppo di lavoro ex Art. 29, che ha adottato il parere n. 7 del 2003, finalizzato ad "*illustrare il significato della piena applicabilità della direttiva sulla protezione dei dati in questo contesto e a fornire linee guida per trovare un giusto equilibrio tra tutela dei dati e riutilizzo delle informazioni del settore pubblico*" [450].

L'art. 4 del d.lgs. n. 36/2006, che ha recipito le disposizioni europee, con il parere favorevole del Garante per la protezione dei dati personali[451], contiene analoga clausola di salvaguardia[452].

L'esigenza di una migliore articolazione del rapporto tra le due normative, a più riprese definita come una delle chiavi del successo delle politiche di apertura dell'informazione del settore pubblico[453], è uno degli aspetti che ha indotto il legi-

---

1991 e dalla COMMISSIONE UE, *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale,* cit. Per una ricostruzione del dibattito e degli studi che hanno condotto alla Dir. 2003/98/CE, si rinvia a AICHHOLZER G., BURKERT H. (eds.), *Public Sector Information,* cit., 2004.

[449] Cfr. l'art. 1, co. 2, lett. c) *quater*) che esclude l'applicabilità della Direttiva "*ai documenti il cui accesso è escluso o limitato in virtù dei regimi di accesso per motivi di protezione dei dati personali, e a parti di documenti accessibili in virtù di tali regimi che contengono dati personali il cui riutilizzo è stato definito per legge incompatibile con la normativa in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*"; l'art. 1, co. 4, a norma del quale "*La presente direttiva non pregiudica in alcun modo il livello di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ai sensi delle disposizioni di diritto unionale e nazionale e non modifica, in particolare, i diritti e gli obblighi previsti dalla direttiva 95/46/CE*", nonché il considerando 21, secondo cui "*La presente direttiva dovrebbe essere attuata ed applicata nel pieno rispetto dei principi relativi alla protezione dei dati personali ai sensi della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*". In tema v. PAGALLO U., BASSI E., *Open Data Protection: Challenges, Perspectives, and Tools for the Reuse of PSI*, in HILDEBRAND M., O'HARA K., WAIDNER M. (a cura di), *Digital Enlightenment Yearbook 2013*, IOS Press, Amsterdam, 179-189.

[450] GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA TUTELA DEI DATI PERSONALI, *Parere n. 7/2003 sul riutilizzo delle informazioni del settore pubblico e la tutela dei dati personali*, 12 dicembre 2003, 10936/03/EN WP 83, 18, sez. 2, lett. cc).

[451] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, provv. 27 ottobre 2005, doc. web n. 1185170. Il Garante raccomandava (a) il rispetto del principio di finalità: la "*riutilizzazione dei dati provenienti da soggetti pubblici* (. . .) *può avere luogo solo in termini compatibili con gli scopi per i quali i dati sono stati in precedenza utilizzati, anche quando il riutilizzatore non persegue una finalità commerciale*"; (b) la necessità di adeguata informazione pubblica circa le "*possibilità e modalità*" di riutilizzo; (c) la necessità di adottare cautele ed accorgimenti particolari per le "*interrogazioni di massa di banche dati, interconnessioni ed associazioni di dati provenienti da più archivi*"; (d) l'adozione di adeguate garanzie per il caso di un "*eventuale trasferimento all'estero dei dati*". Inoltre, chiariva che la disciplina sulla protezione dei dati personali dovesse essere applicata anche dai soggetti terzi riutilizzatori.

[452] "*Sono fatte salve: a) la disciplina sulla protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 …*".

[453] GROUPEMENT FRANÇAIS DE L'INDUSTRIE DE L'INFORMATION, *Key Issues for Successful PSI Policies in Europe: Improve the Articulation with GDPR and Enhance Data Quality*, Parigi, 8 ottobre 2018; EDPS, *Parere sul "pacchetto dati aperti" della Commissione europea, costituito da una proposta di direttiva che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, da una comunicazione sui dati aperti e dalla decisione 2011/833/UE della Commissione relativa al riutilizzo dei documenti della Commissione*, Bruxelles, 18 aprile 2012.

slatore europeo ad emanare la nuova Dir. 2019/1024 [454]. Ivi si chiarisce che la tensione dialettica tra l'esigenza di tutelare i dati personali dei cittadini e l'interesse confliggente [455] al riutilizzo dei dati deve essere bilanciata secondo un approccio "*il più aperto possibile, chiuso il tanto necessario*" [456].

L'applicazione della Direttiva, in particolare, è esclusa in relazione a) a quei documenti il cui accesso non sia ammesso o sia limitato per motivi di protezione dei dati personali, e b) a parti di documenti accessibili ma contenenti dati personali il cui riutilizzo sia stato definito per legge incompatibile con la normativa in materia di tutela dei dati personali [457].

Considerata l'interpretazione ampia ed estensiva di dato personale [458] e stato ipotizzato che, nella maggior parte dei casi, l'informazione pubblica possa qualificarsi come personale, specialmente quando diversi dataset siano posti in relazione tra loro, anche per il tramite di programmi o algoritmi o si verta su set di dati misti, che ricomprendono cioè una combinazione di dati personali e non personali. Ben si comprende, dunque, che l'ambito di applicazione della normativa a tutela del dato

---

[454] La riforma della Dir. 2003/98/CE era un elemento chiave della c.d. Agenda Digitale per l'Europa. Cfr. la comunicazione della COMMISSIONE UE, *Un'agenda digitale europea*, 19 maggio 2010, COM(2010) 245 def. Questa iniziativa si situa, a sua volta, all'interno della c.d. strategia "Europa 2020" la quale, a seguito della crisi economica e finanziaria globale, riformula gli obiettivi della strategia di Lisbona. Diffusamente sul progetto economico-culturale sotteso alla agenda digitale si veda MONTAGNANI M.L., *Il diritto d'autore nell'era digitale: la distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 2012, cap. 2 e ALBERTI C., *E-society e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2005, 5, 1237. La nuova Direttiva è stata preceduta da una consultazione pubblica, avviata in data 9 settembre 2010 e conclusasi in data 30 novembre 2010.

[455] CASCIONE C.M., *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, Dir. inf., 2005, 1, 1-26, 19-20 e ALOVISIO M., *Criticità prvacy*, cit., 45-64, sottolineano che, sebbene entrambe le direttive disciplinino la circolazione delle informazioni, le stesse hanno genesi e *ratio* differenti: la Direttiva sulla protezione dei dati personali ha come scopo la tutela della persona, mentre la Direttiva sul riutilizzo è volta all'incentivo e allo sviluppo del mercato delle informazioni e dunque è ispirata da un interesse economico alla promozione delle attività commerciali a vantaggio delle imprese.

[456] Il Considerando 28 recita: "*Nell'ambito delle politiche nazionali di accesso aperto, i dati della ricerca finanziata con fondi pubblici dovrebbero essere resi aperti come opzione predefinita. In questo contesto è tuttavia opportuno prendere debitamente in considerazione alcune preoccupazioni in materia di vita privata, protezione dei dati personali, riservatezza, sicurezza nazionale, legittimi interessi commerciali, come i segreti commerciali, e diritti di proprietà intellettuale di terzi, in conformità del principio' il più aperto possibile, chiuso il tanto necessario'*". Tale principio è poi ripreso dall'art. 10 Dir. 2019/1024.

[457] Art. 1(2)h Dir. 2019/1024.

[458] Confermano tale interpretazione ampia di dato personale sia GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, 20 giugno 2007, 01248/07/IT WP 136, para. 2; sia la giurisprudenza della CGUE, 20 dicembre 2017, C-434/16, Peter Nowak c. Data Protection Commissioner, ECLI:EU:C:2017:994; Id., 19 ottobre 2016, C-582/14, Breyer c. Repubblica Federale di Germania, ECLI:EU:C:2016:779; Id., 30 maggio 2013, C-342/12, Worten c. Autorità per le condizioni del lavoro, ECLI:EU:C:2013:355. È stato chiarito, in particolare, che la personalità del dato può essere attribuita anche in modo indiretto laddove "*le informazioni trasmesse dai dati concernono in primo luogo oggetti e non persone*", o "*quando i dati riguardano in primo luogo processi o eventi*" riconducibili ad una persona, in base a inferenze che concernano il "contenuto", la "finalità" e il "risultato" del trattamento.

personale possa ridurre notevolmente lo spazio per il riutilizzo dell'informazione pubblica [459].

Si chiarisce, ad esempio, che il riutilizzo dei dati personali è ammesso soltanto se sia rispettato il principio della limitazione della finalità di cui agli artt. 5.1(b) e 6 del GDPR [460]. Inoltre, si precisa che gli Stati Membri possono ricomprendere, tra le ipotesi in cui è obbligo procedere a valutazioni d'impatto sulla protezione dei dati a norma dell'art. 35 GDPR [461], anche il caso in cui siano da prendersi decisioni sulla portata e sulle condizioni del riutilizzo di documenti del settore pubblico contenenti dati personali.

I casi in cui la pubblicazione del dato personale dovrà considerarsi ammessa coincideranno pertanto con le ipotesi in cui il responsabile del trattamento disponga di idonea base giuridica per tale tipologia e finalità di trattamento. A rilevare, in particolare, saranno quelle basi giuridiche che dipendano direttamente dalla volontà e disponibilità del titolare del trattamento, quale, *in primis*, l'interesse legittimo.

Tendenzialmente risolutivo è invece l'utilizzo del procedimento di anonimizzazione, che la Direttiva indica quale mezzo per eccellenza per consentire il riutilizzo dell'informazione pubblica che contenga dati personali [462]. Tale procedura, infatti, facendo venire meno il "principio di permanenza della personalità del dato" [463], espunge il dato personale dall'ambito di applicazione del GDPR, eliminando all'origine la stessa necessità di un coordinamento tra le discipline. Si è tuttavia già osservato (v. par. 3.4.1) che l'efficacia delle misure di anonimizzazione è tecnologicamente condizionata all'evoluzione delle contrapposte tecniche di de-anonimizzazione, con la conseguenza che anche l'apertura dell'informazione pubblica soffre della mobilità ed indeterminatezza del concetto di dato personale [464].

A causa dei costi connessi all'anonimizzazione, l'amministrazione pubblica può essere autorizzata a recuperare i costi marginali sostenuti per tale procedimento, imponendo il c.d. costo ammissibile per l'accesso al dato [465].

Alla luce di questo quadro, si è sottolineata l'importanza che le amministrazioni adottino *ex ante* e cioè già in fase di raccolta del dato personale e indipendentemente dalla possibilità di un futuro riuso, misure tecniche e organizzative adeguate e pensate specificamente per il riutilizzo dell'informazione pubblica, secondo una lo-

---

[459] BASSI E., cit., 69, secondo cui "*gli spazi di compatibilità … sono, in effetti, angusti, e capaci di scoraggiare anche le amministrazioni più virtuose dall'apertura dei propri dati*".

[460] Considerando 52 Dir. 2019/1024.

[461] Considerando 53 Dir. 2019/1024.

[462] Il ricorso all'anonimizzazione è raccomandato anche dal GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 7/2003*, cit.

[463] Si tratta del principio per cui, una volta reso pubblico, il dato personale resta a tutti gli effetti tale. Cfr. GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Raccomandazione 3/1999. La conservazione dei dati sulle comunicazioni da parte dei fornitori di servizi Internet a fini giudiziari*, WP25, 7 settembre 1999.

[464] BASSI E., *PSI, protezione dei dati personali, anonimizzazione,* Informatica e dir., 1-2, 2011, 75.

[465] Considerando 36 e 38 e Art. 6 Dir. 2019/1024.

gica di "privacy by design" [466]. In questa direzione, potrebbe riacquistare particolare valore il consenso quale base giuridica del riutilizzo dell'informazione pubblica, all'interno di un sistema di "personal privacy settings" in cui l'interessato sia chiamato a registrare le proprie impostazioni predefinite di consenso al trattamento, ove siano specificate le informazioni, le finalità, i titolari del trattamento, l'ambito territoriale e altre variabili rispetto alle quali autorizzare il riuso. Un sistema di notifica automatico dovrebbe informare l'interessato ogni qual volta un nuovo soggetto inizi a riutilizzare i suoi dati personali, così da consentire all'interessato non solo di esercitare il diritto di revoca del consenso o di chiedere la cessazione del riuso, ma anche di restare informato sugli attori che dispongono dei propri dati e sui relativi scopi [467].

6. *La proposta di Regolamento europeo sulla governance dei dati*

Facendo fede agli obiettivi fissati nella strategia europea per i dati del 2020 (v. *supra* par. 2), il 25 novembre 2020 la Commissione UE ha pubblicato la proposta di regolamento europeo sulla *governance* dei dati (c.d. "Data Governance Act") [468]. Si tratta del primo tassello di un pacchetto di misure più ampio, che nel 2021 dovrebbe essere completato dal "Data Act", finalizzato a regolare la circolazione dei dati nei comparti *business to business and business to government*, nonché dall'istituzione di spazi comuni europei dei dati specifici per settore.

La proposta di regolamento mira ad istituire un regime orizzontale per:

a) il riutilizzo di talune categorie di dati protetti detenuti da enti pubblici;
b) la fornitura di servizi di condivisione dei dati nell'Unione;

---

[466] In linea con quanto affermato dal PARLAMENTO UE, *Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the re-use of public sector information (recast)* A8-0438/2018, 2018, 50, dove si legge: "*Member States should make all reasonable efforts to design policies governing the creation of data so that their publication is already foreseen. Making public sector information accessible and re-usable creates cost for public administration. Already today, the benefits outweigh the costs. By giving thought to the subsequent possibility of publication at the stage of data production, costs could be further reduced, and publication streamlined. The principle should be called open by design and by default*". Sulla nozione di *privacy by design* si vedano CAVOUKIAN A., *Privacy by Design*, Ottawa, IPC Publications, 2009; SCHAAR P., *Privacy by design*, in CAVOUKIAN A. (ed.), *Privacy by Design: The Next Generation in the Evolution of Privacy*, fascicolo monografico di Identity in the Information Society, 2010, 3, 2, 267-274. Si veda, inoltre, PAGALLO U., *Privacy e Design*, in PIETRANGELO M. (a cura di), *Diritti di libertà nel mondo virtuale della rete*, Informatica e dir., 2009, 1, 123-134, 127 ss.; PAGALLO U., *Designing Data Protection Safeguards Ethically*, Information, 2011, 2, 2, 247-265.

[467] VAN DER SLOOT B., *Public Sector Information & Data Protection: A Plea for Personal Privacy Settings for the Re-Use of PSI*, Informatica e dir., 1-2, 2011, 219-236, par. 3.3. Sistemi di questo genere risultano già esistenti in alcuni Stati Membri, cfr. DOS SANTOS C., BASSI E., DE TERWANGNE C., SALMERON M., TEPINA P., *Policy Recommendation on Privacy and Personal Data Protection as Regards Re-Use of Public Sector Information (PSI)*, MUJLT, 2012, 6, 3.

[468] Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla *governance* europea dei dati (Atto sulla governance dei dati), Bruxelles, 25 novembre 2020, COM(2020) 767 final.

c) la raccolta e il trattamento dei dati messi a disposizione a fini altruistici da persone fisiche e giuridiche (cfr. art. 1, co. 1).

Si tratta di un livello di armonizzazione minimo destinato ad essere completato da norme specifiche per ciascun settore, che potranno prevedere requisiti tecnici, amministrativi o organizzativi aggiuntivi e anche imporre regimi di autorizzazione o certificazione più stringenti (considerando 3 e art. 1, co. 2).

Il regolamento si propone di agevolare l'accesso ai dati del settore pubblico, senza tuttavia istituire "*per gli enti pubblici, alcun obbligo di consentire il riutilizzo dei dati*" (art. 3, co. 3). In ciò, esso si pone come strumento complementare alla Direttiva Open Data, occupandosi dei dati detenuti da enti pubblici che non possono essere resi disponibili in forza di essa, perché soggetti alla legislazione sulla protezione dei dati personali, a regimi di proprietà intellettuale o contenenti segreti commerciali o altre informazioni commercialmente sensibili. I dati coperti dalla proposta di regolamento sono quelli "*la cui fornitura è parte dei compiti di servizio pubblico degli enti pubblici coinvolti, quali definiti dal diritto o da altre norme vincolanti negli Stati membri*" o, in mancanza "*definiti in linea con le comuni prassi amministrative degli stati Membri, a condizione che la portata di detti compiti sia trasparente e soggetta a revisione*" (considerando 8). Sono esclusi dalla applicazione del regolamento in fieri:

a) i dati delle imprese pubbliche (che non rientrano nella definizione di ente pubblico);
b) "*i dati detenuti da istituti culturali e di istruzione per i quali i diritti di proprietà intellettuale non sono accessori, ma che sono contenuti prevalentemente in opere e altri documenti protetti da tali diritti di proprietà intellettuale*".

Le disposizioni del capo II mirano a sopperire al sottoutilizzo dei dati (considerando 5). A tal fine, non creano un diritto di riutilizzo, ma istituiscono una serie di condizioni armonizzate di base atte a creare "*un ambiente di trattamento sicuro, predisposto e controllato dal settore pubblico*" (considerando 6), utili a consentirlo.

Tali condizioni devono essere: a) non discriminatorie, b) proporzionate e oggettivamente giustificate, c) non dovrebbero limitare la concorrenza, d) tali da garantire la protezione dei diritti e degli interessi di terzi.

Con riferimento ai punti a) e c), è fatto divieto all'ente pubblico di concludere accordi di riutilizzo di taluni dati in esclusiva (art. 4, co. 1), a meno che ciò sia giustificato *"nella misura necessaria alla fornitura di un servizio o di un prodotto di interesse generale*" (art. 4, co. 2). La necessità, in particolare, potrebbe presentarsi quando l'utilizzo esclusivo dei dati rappresenti "*l'unico modo per massimizzare i benefici sociali dei dati in questione*" ed esista "*un'unica entità (che si è specializzata nel trattamento di uno specifico set di dati) in grado di fornire il servizio o il prodotto che consente all'ente pubblico di fornire a sua volta un servizio digitale avanzato di interesse generale*" (considerando 9). Simili accordi dovrebbero comunque essere conclusi nel rispetto delle norme in materia di diritto della concorrenza, appalti pubblici ed aiuti di Stato ed essere:

a) conclusi per un periodo limitato che non dovrebbe essere superiore a tre anni (art. 4, co. 5);

b) soggetti a un riesame periodico basato su un'analisi di mercato al fine di accertare che l'esclusività continui ad essere necessaria,

c) pubblicati online per finalità di trasparenza (art. 4, co. 6).

Gli accordi già esistenti che non rispettino tali limiti non dovrebbero essere rinnovati o portati a scadenza anticipata entro i 3 anni dall'entrata in vigore del regolamento, se conclusi a tempo indeterminato (considerando 10 e art. 4, co. 7).

Con riferimento al requisito di proporzionalità (punto b), le condizioni cui è subordinato il riutilizzo dei dati devono essere limitate "*a quanto necessario per tutelare i diritti e gli interessi di terzi nei dati e l'integrità dei sistemi informatici e di comunicazione degli enti pubblici. Gli enti pubblici dovrebbero applicare le condizioni che meglio rispondono agli interessi del riutilizzatore senza comportare uno sforzo sproporzionato per il settore pubblico*" (considerando 11).

In relazione ai diritti o interessi concorrenti di terzi (profilo *sub* lett. d), il progetto di regolamento richiede che i singoli enti pubblici che consentono il riutilizzo siano tecnicamente attrezzati per garantire la piena tutela della protezione dei dati, della privacy e della riservatezza. Le condizioni per accedere ai dati variano in funzione dei diritti e degli interessi di terzi da garantire:

i) se i dati ammessi al riutilizzo sono dati personali, essi devono essere pretrattati al fine di renderli completamente anonimizzati o pseudonimizzati, affinché non sia in nessun caso consentita l'identificazione degli interessati;

ii) se i dati da riutilizzare contengono informazioni commerciali riservate, essi devono essere modificati in modo tale da cancellare e non divulgare alcuna informazione riservata (art. 5, co. 8);

iii) se i dati da riutilizzare contengono dati protetti da diritti di proprietà intellettuale, la trasmissione al riutilizzatore dovrebbe avvenire unicamente 1) "*con il consenso del titolare dei diritti*", oppure 2) se "*lecita in virtù del diritto dell'Unione o nazionale*" (considerando 13). Gli enti pubblici devono astenersi dal far valere il diritto *sui generis* sulle banche dati per impedire il riutilizzo (art. 5, co. 7).

È tuttavia possibile che la fornitura di dati anonimizzati o modificati non risponda alle esigenze del riutilizzatore. In tal caso, il giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi dei terzi e l'obiettivo di facilitare la riutilizzazione dei dati è individuato nella possibilità di consentire il riutilizzo in loco o da remoto dei dati in un ambiente di trattamento sicuro, fornito e controllato dell'ente pubblico (art. 5, co. 4). Il controllo consiste nella possibilità per l'ente pubblico di "*verificare i risultati del trattamento dei dati effettuato dal riutilizzatore e riservarsi il diritto di vietare l'uso dei risultati che contengono informazioni che compromettono i diritti e gli interessi di terzi*" (art. 5, co. 5).

Sotto il profilo della tutela dei dati personali, che torna a trovare applicazione in quanto il riutilizzo non concerne più dati anonimizzati, il trattamento deve essere effettuato sotto la responsabilità dell'ente pubblico, in qualità di titolare del trattamento ai sensi del GDPR. Il trattamento dei dati personali, a partire dalla loro trasmissione dall'ente pubblico al terzo riutilizzatore deve avvenire soltanto ove sussista una base giuridica ai sensi dell'art. 6 GDPR. Tra queste, la richiesta del consenso degli interessati o dell'autorizzazione delle persone giuridiche i cui diritti o interessi sono implicati dal riutilizzo è vista come *extrema ratio*, in mancanza di altra base

giuridica. Gli enti pubblici sono chiamati ad agevolare la raccolta del consenso degli interessati al riutilizzo, predisponendo mezzi tecnici adeguati a trasmettere agli interessati le richieste di consenso formulate dai riutilizzatori, senza che questi entrino in possesso delle informazioni utili a contattare direttamente gli interessati. Lo stesso meccanismo dovrebbe applicarsi anche ai dati in titolarità di persone giuridiche, esclusi dall'ambito di applicazione del GDPR.

Sotto il profilo della normativa a tutela dei segreti commerciali, l'ente pubblico ha facoltà di subordinare l'uso alla firma da parte del riutilizzatore di un accordo di riservatezza, che vieti la divulgazione di qualsiasi informazione che comprometta i diritti e gli interessi di terzi e che il riutilizzatore possa aver acquisito malgrado le misure di tutela adottate.

Tutele supplementari possono essere previste nel caso in cui il riutilizzo avvenga al di fuori del settore pubblico. Qualora il riutilizzo preveda il trasferimento dei dati a paesi terzi, si prevede una piena riespansione dei diritti e degli interessi delle persone fisiche e giuridiche titolari dei dati (considerando 14). Si prevede inoltre che il trasferimento possa avvenire solo verso paesi terzi in cui siano previste misure equivalenti ed un livello di protezione analogo a quello previsto dal diritto europeo e nazionale, individuabili mediante atto di esecuzione della Commissione (considerando 15)[469]. Qualora il paese terzo non figuri nella lista redatta dalla Commissione, il trasferimento potrà avvenire solo dietro espressa garanzia da parte del riutilizzatore:

– di impegnarsi a rispettare gli obblighi sanciti dal regolamento anche dopo l'avvenuto trasferimento dei dati al paese terzo;

– di accettare la giurisdizione dello Stato membro dell'ente pubblico che ha consentito il riutilizzo ai fini della risoluzione giudiziale di eventuali controversie (considerando 16 e art. 5, co. 10).

Condizioni ulteriori potranno essere stabilite dalla Commissione con atti delegati per particolari categorie di dati altamente sensibili (art. 5, co. 11).

È inoltre previsto l'obbligo per gli Stati membri di istituire almeno un punto di contatto / sportello unico (art. 8) che costituisca l'interfaccia principale cui possano rivolgersi i riutilizzatori, ad esempio ricercatori e imprese innovative, che intendano riutilizzare dati detenuti da enti pubblici. Lo sportello dovrà offrire sostegno nell'identificazione dei dati idonei e nella trasmissione delle domande di accesso ad essi, senza che sia determinata la forma istituzionale e amministrativa esatta. Tale opzione è stata preferita per i minori costi e la maggior flessibilità rispetto all'istituzione di un organismo unico incaricato dell'autorizzazione dei dati per ogni Stato membro. Gli Stati sono inoltre tenuti a creare strutture per sostenere gli enti pubblici con mezzi tecnici e assistenza giudiziaria.

Gli enti pubblici potranno imporre tariffe ragionevoli, trasparenti e non discriminatorie per il riutilizzo dei dati, favorendo al contempo il riutilizzo a fini non commerciali (considerando 20 e art. 6).

---

[469] Il considerando individua i criteri che la Commissione deve tenere in considerazione al fine di valutare il livello di protezione conseguito nel paese terzo.

La sfida è consentire l'estrazione di conoscenza da tali dati, preservando al contempo la privacy o gli altri diritti che possono essere collegati ai dati.

Il capo III mira ad accrescere la fiducia nella condivisione dei dati personali e non personali, come pure a ridurre i costi di transazione relativi alla condivisione dei dati tra imprese (B2B) e da consumatore a impresa (C2B), grazie alla creazione di un regime di notifica per i fornitori di servizi di condivisione dei dati. Sono considerati fornitori ai fini del progetto di regolamento i provider il cui "*obiettivo principale è la creazione di un rapporto commerciale, giuridico e potenzialmente anche tecnico tra i titolari dei dati, compresi gli interessati, da un lato, e i potenziali utenti, dall'altro, e la prestazione di assistenza a entrambe le parti nelle transazioni reciproche di asset di dati*" (considerando 22). Sono esclusi da tale nozione:

a) i servizi destinati a essere utilizzati da un gruppo chiuso di titolari e utenti;

b) i fornitori di servizi cloud;

c) i fornitori di dati a valore aggiunto, che non si limitano ad intermediare la circolazione dei dati stabilendo un rapporto diretto tra i titolari dei dati e gli utenti, bensì, una volta ottenuti i dati dai titolari, li aggregano, arricchiscono o trasformano [470] e concedono licenze per l'utilizzo dei dati risultanti.;

d) i servizi il cui obiettivo principale è l'intermediazione di contenuti protetti da diritto d'autore;

e) le piattaforme di scambio dei dati utilizzate esclusivamente dai titolari di dati;

f) le piattaforme sviluppate per garantire la funzionalità di oggetti e dispositivi connessi all'internet delle cose.

I fornitori di servizi di condivisione dei dati soggetti al regolamento dovranno soddisfare una serie di requisiti relativi alla fornitura affidabile di tali servizi, in particolare quello di rimanere neutrali in merito ai dati scambiati (considerando 26 e art. 11). Ciò implica che i fornitori di servizi di condivisione dei dati agiscano solo in qualità di intermediari nelle transazioni e non utilizzino per nessun altro fine i dati scambiati (art. 11, co. 1). Dovrà necessariamente sussistere una separazione strutturale e giuridica tra l'entità giuridica che fornisce il servizio di condivisione dei dati e qualsiasi altro servizio fornito, in modo tale da evitare conflitti di interessi. I fornitori di servizi di condivisione dei dati che offrano i loro servizi a titolari di dati persone fisiche dovranno inoltre soddisfare il criterio aggiuntivo di assumere l'obbligo fiduciario di garantire che agiscono nel migliore interesse dei titolari dei dati (art. 11, co. 10).

Il fornitore di servizi di condivisione dei dati dovrà notificare all'autorità competente designata dello Stato membro in cui è situato il suo stabilimento principale (sede dell'amministrazione centrale del fornitore nell'Unione) (art. 10, co. 2) o, in assenza, si trova il suo rappresentante legale (art. 10, co. 3) [471], l'intenzione di fornire

[470] Non è considerata attività di trasformazione, il mero adattamento dei dati scambiati e la conversione in formati specifici, finalizzata al miglioramento dell'utilizzabilità dei dati (art. 11, co. 4).

[471] Quest'ultimo deve essere designato mediante mandato scritto del fornitore di servizi di condivisione dei dati, affinché agisca a suo nome con riguardo agli obblighi che a quest'ultimo derivano dal progetto di regolamento (considerando 27).

tali servizi, unitamente alla comunicazione delle informazioni richieste dall'art. 10, co. 6 del progetto di regolamento [472]. Diversamente, egli non potrà avviare l'attività (art. 10, co. 4 e 5). Tale meccanismo impedisce ai fornitori di servizi che non abbiano almeno un rappresentante legale nell'Unione di operare sul mercato eurounitario e allo stesso tempo garantisce che tutti coloro che vi operino siano soggetti all'applicazione del regolamento in fieri.

La Commissione, informata di ciascuna notifica dalle autorità nazionali competenti, tiene un registro dei fornitori (art. 10, co. 9).

L'autorità competente, in ipotesi anche coincidente con lo sportello unico istituito per il migliore riutilizzo dei dati del settore pubblico, sarà responsabile del monitoraggio *ex post* della conformità ai requisiti connessi alla fornitura di tali servizi (art. 13). A tal uopo, l'autorità avrà il potere di:

a) chiedere informazioni ai fornitori di servizi (co. 2);
b) imporre la cessazione della violazione dei requisiti (co. 4);
c) imporre sanzioni pecuniarie, anche periodiche (co. 4, lett. a);
d) chiedere la cessazione del servizio (co. 4, lett. b).

La previsione dovrebbe accrescere notevolmente la fiducia nel funzionamento degli intermediari di dati e avrebbe il merito di definire norme chiare su come tali intermediari dovrebbero operare all'interno del mercato europeo dei dati. Il regime di notifica è stato preferito ad un regime facoltativo o obbligatorio di certificazione o marchiatura, ritenuto penalizzante per piccole e medie imprese e start-up, a causa dei costi correlati [473].

Il capo IV agevola la messa a disposizione di dati su base volontaria (c.d. altruismo dei dati), istituendo la possibilità per le organizzazioni che lo facciano di domandare la registrazione [474] nel registro nazionale ed europeo delle "organizzazioni per l'altruismo dei dati riconosciute nell'UE" (art. 17, co. 1). Potranno accedere alla misura le entità giuridiche che:

a) abbiano luogo di stabilimento all'interno dell'Unione o, in mancanza, abbiano nominato un rappresentante legale in uno degli Stati membri (art. 17 co. 2 e 3);
b) non abbiano scopo di lucro a norma del diritto nazionale (art. 16 lett. a);

---

[472] Si tratta delle seguenti informazioni: "*a) il nome del fornitore di servizi di condivisione dei dati;*
b) lo status giuridico, la forma giuridica e il numero di registrazione del fornitore, qualora esso sia registrato nel registro delle imprese o in un altro registro pubblico analogo;
c) l'indirizzo dell'eventuale stabilimento principale del fornitore nell'Unione e, se opportuno, di eventuali succursali secondarie in un altro Stato membro o l'indirizzo del rappresentante legale designato a norma del paragrafo 3;
d) se opportuno, un sito web in cui sono reperibili informazioni sul fornitore e sulle sue attività;
e) le persone di contatto e i recapiti del fornitore;
f) una descrizione del servizio che il fornitore intende fornire;
g) la data prevista di inizio dell'attività;
h) gli Stati membri in cui il fornitore intende fornire i servizi."

[473] Per la verità anche la notifica può essere soggetta a tariffe a discrezionalità dell'autorità competente (art. 10, co. 10).

[474] La domanda dovrà contenere le osservazioni specificate nell'art. 17, co. 4.

c) siano state costituite per conseguire obiettivi di interesse generale (art. 16 lett. b).

Al contempo tali organizzazioni saranno sottratte all'applicazione del regime previsto dal capo III per i fornitori di servizi di condivisione di dati (art. 14), essendo invece soggette agli obblighi:

i) di tenere un registro dei trattamenti (art. 18, co. 1) [475];
ii) elaborare e trasmettere all'autorità nazionale competente una relazione annuale dell'attività svolta (art. 18, co. 2) [476].

Esse sono inoltre soggette al monitoraggio dell'autorità competente e all'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 21 in caso di mancato rispetto dei vincoli imposti dal regolamento.

La condivisione dei dati dovrà essere basata sul consenso degli interessati ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a) e 9, par. 2, lett. a) GDPR. Per i dati in titolarità di persone giuridiche il consenso potrà essere fornito per una serie di finalità non definite (considerando 36). In ogni caso, il riutilizzo è consentito solo per finalità di interesse generale (art. 19, co. 2). Il meccanismo di registrazione volontaria è stato preferito sia ad un quadro di certificazione volontaria, sia ad un regime di autorizzazione obbligatoria, in ragione dei minori oneri amministrativi a carico delle organizzazioni. La spendita del titolo di "organizzazione per l'altruismo dei dati", autorizzata dall'art. 15, co. 3, "*nelle proprie comunicazioni scritte e orali*", dovrebbe accrescere la fiducia nelle loro attività. Sarà inoltre sviluppato dalla Commissione [477] un modulo europeo comune di consenso all'altruismo dei dati (art. 22) per ridurre i costi della raccolta dei consensi e facilitare la portabilità dei dati.

Il capo V (artt. 26-27) stabilisce i requisiti per il funzionamento delle autorità competenti incaricate del monitoraggio e dell'attuazione del quadro di notifica per i fornitori di servizi di condivisione dei dati e per gli enti che praticano l'altruismo dei dati. Contiene inoltre disposizioni sul diritto di presentare reclami contro le decisioni di tali enti e sui mezzi di ricorso giurisdizionale.

Il progetto di regolamento prevede, al capo VI (artt. 28-29), la creazione di un gruppo di esperti, il "Comitato europeo per l'innovazione dei dati", costituito da rappresentanti degli Stati membri, della Commissione e degli spazi di dati pertinenti, nonché di settori specifici (quali sanità, agricoltura, trasporti e statistica), con il compito di coordinare le pratiche e le politiche nazionali sui temi contemplati dal regolamento in fieri. In particolare, il Comitato sarà chiamato ad agevolare lo sviluppo e la condivisione di *best practices* da parte delle autorità degli Stati membri [478].

---

[475] La norma indica le informazioni che è necessario registrare.

[476] La norma specifica il contenuto della relazione.

[477] Il capo VII consente alla Commissione di adottare atti di esecuzione riguardanti il modulo europeo di consenso all'altruismo dei dati.

[478] Specialmente per quanto riguarda il trattamento delle domande di riutilizzo di dati oggetto di diritti di terzi, la garanzia di una prassi coerente in merito al quadro di notifica per i fornitori di servizi di condivisione dei dati e l'altruismo dei dati e fornire consulenza alla Commissione sul fronte della normazione intersettoriale e della definizione delle priorità degli standard di interoperabilità intersettoriale.

7. *La tutela dell'informazione confidenziale*

Altra disciplina che incide sul regime di circolazione dei dati e può frapporsi al loro libero godimento è quella concernente la protezione delle informazioni segrete o confidenziali, che il legislatore qualifica, con terminologia del tutto intercambiabile, anche come know how o segreto industriale (o aziendale). Si tratta di una serie di informazioni di varia natura [479], potendo trattarsi di esperienze tecnico-industriali o di informazioni commerciali, finanziarie, di marketing o relative alla organizzazione aziendale o ad un processo tecnico produttivo o distributivo o organizzativo di attività economica [480], il cui valore economico è dato dal fatto di rimanere soggette al legittimo controllo del detentore e da permanere segrete, atteso che la loro rivelazione si tradurrebbe in una perdita di vantaggio competitivo rispetto al concorrente che non le possiede.

7.1. *La normativa sul segreto industriale*

La tutela delle informazioni segrete è riconosciuta a livello internazionale dall'art. 39 TRIPs, che inquadra l'appropriazione indebita di "informazioni non divulgate" all'interno del più vasto illecito di concorrenza sleale [481]. A differenza che per gli altri istituti trattati dai TRIPs (marchi, brevetti, ecc.), non esisteva nel nostro ordinamento una legislazione interna che si occupasse della materia delle informazioni segrete. Il problema di dove collocare la relativa disciplina fu risolto con l'introduzione dell'art. 6 *bis* Legge Invenzioni [482], che qualificava la rivelazione, acquisizione o utilizzazione di "informazioni aziendali" destinate a rimanere segrete, come atto di concorrenza sleale [483]. Qualche hanno più tardi, il legislatore del Codice della proprietà industriale [484] attrasse a sé la norma in oggetto, staccandola dal contesto brevettuale e dalla disciplina della concorrenza sleale, per darle veste

---

[479] La natura deve considerarsi indifferente ai fini della tutela. Cfr. Trib. Bologna, 17 maggio 2017.

[480] In questo senso, Trib. Bologna, 16 maggio 2006, Il merito, 2006, 11, 45.

[481] "*1. Nell'assicurare un'efficace protezione contro la concorrenza sleale ai sensi dell'art. 10-bis della Convenzione di Parigi (1967), i Membri assicurano la protezione delle informazioni segrete conformemente al paragrafo 2 […]. 2. Le persone fisiche e giuridiche hanno la facoltà di vietare che, salvo proprio consenso, le informazioni sottoposte al loro legittimo controllo siano rivelate a terzi oppure acquisite o utilizzate da parte di terzi in un modo contrario a leali pratiche commerciali nella misura in cui tali informazioni: a) siano segrete nel senso che non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione; b) abbiano valore commerciale in quanto segrete; e c) siano state sottoposte, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a misure adeguate nel caso in questione intesa a mantenerle segrete*".

[482] R.d. 29 giugno 1939, n. 1127, c.d. Legge-Invenzioni. In seguito, la disciplina del segreto commerciale è confluita negli artt. 98-99 C.p.i.

[483] Critico VANZETTI A., *La tutela "corretta" delle informazioni segrete*, Riv. dir. ind., 2011, I, 95, che vedeva "*la collocazione più ovvia e corretta della nuova disciplina … nel Codice Civile*", a seguito delle norme sulla concorrenza sleale.

[484] D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, G.U. 04/03/2005.

"proprietaria" [485]. L'art. 99 c.p.i., infatti, faceva divieto di "*rivelare a terzi oppure acquisire od utilizzare le informazioni e le esperienze aziendali di cui all'art. 98*", rendendo, di fatto, proteggibile il segreto contro qualsiasi acquisizione o uso di esso da parte di terzi, anche non sleale, né scorretto. Addirittura, rendeva proteggibile il segreto nei confronti di chi giungesse alla scoperta delle informazioni in modo del tutto indipendente [486].

Complici le severe critiche ricevute all'articolato, nient'affatto conforme alla disciplina introdotta dai TRIPs, il legislatore ne modificava il testo con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131 [487], nel senso di attribuire al legittimo detentore delle informazioni il diritto di vietarne ai terzi l'acquisizione, la rivelazione o l'utilizzazione solo "*in modo abusivo*" [488] e "*salvo il caso in cui esse siano state conseguite in modo indipendente dal terzo*".

A livello europeo, la controversa natura della protezione del segreto, apparentemente definito dai TRIPS come diritto di proprietà intellettuale, ma poi regolato mediante una protezione di tipo concorrenziale, portava all'adozione di modelli di tutela fortemente disarmonizzati tra i vari Stati Membri [489].

Nel tentativo di armonizzare [490] le legislazioni nazionali, conformemente alle norme vincolanti a livello internazionale, è stata introdotta una base giuridica speci-

---

[485] Si leggeva nella Relazione ministeriale alla prima edizione del Codice "*che un'informazione riservata costituisce oggetto di proprietà industriale non diversamente di come lo è una invenzione brevettata*". Critica tale qualificazione come "inaccettabile", VANZETTI A., cit., 97.

[486] GHIDINI G., *La tutela del segreto: critica di una "riforma"*, Riv. dir. ind., 2008, 2, 169; BERTANI M., *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, Quaderni di AIDA, 2005, 319; VANZETTI A., cit., 98-99.

[487] Recante "Modifiche al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30".

[488] Critico VANZETTI A., cit., 101, secondo cui il legislatore, per unità sistematica, avrebbe dovuto rinviare alle clausole tipiche della disciplina della concorrenza sleale ("in modo contrario a leali pratiche commerciali" o agli "usi onesti in materia industriale o commerciale" o "alla correttezza professionale"), invece che usare atecnicamente l'aggettivo abusivo, che presupporrebbe l'esistenza di un diritto.

[489] Cfr. BANTERLE F., BLEI M., *Alcune novità introdotte dalla direttiva trade secrets*, Riv. dir. ind., 2017, 4-5, 202. In alcuni Paesi dell'Unione (Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca, Germania, Danimarca, Estonia, Grecia, Spagna, Finlandia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovenia e Slovacchia) la disciplina del segreto commerciale rientrava espressamente nelle regole riguardanti la concorrenza sleale, secondo il paradigma fatto proprio dagli accordi TRIPs. In un gruppo più ristretto di Stati membri, la tutela trova fondamento direttamente nei principi della responsabilità aquiliana (Belgio, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi) o nell'elaborazione giurisprudenziale in materia di *breach of confidence* (Irlanda e Regno Unito). In Svezia, Italia e Portogallo, il legislatore aveva già conferito una protezione giuridica più forte al segreto commerciale, prevedendo norme specifiche in atti normativi *ad hoc*. Sul punto v. i due studi commissionati dalla COMMISSIONE UE, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Publication Office of the European Union*, 2013; ID., *Report on Trade Secrets for the European Commission, Publication Office of the European Union*, 2013; e cfr. in dottrina TORREMANS P., *The Road Towards the Harmonisation of Trade Secrets Law in the European Union*, Revista de la Propiedad Immaterial, 2015, 20; COOK T., *The Proposal for a Directive on the Protection of Trade Secrets in EU Legislation*, Journal of Intellectual Property Rights, 2014, 19, 54.

[490] Si vedano i considerando 6 ss. Dir. L'obiettivo è stato quello di raggiungere un'armonizzazione "parziale" attraverso l'individuazione di standard minimi di protezione in relazione a: (i) misure protettive; (ii) rimedi; ed (iii) eccezioni. Per il resto, la Direttiva lascia gli Stati Membri liberi di adottare mo-

fica per la protezione dei segreti commerciali anche a livello di Unione Europea: la Direttiva 2016/943 [491].

Il recepimento della Direttiva nel diritto interno, avvenuto con d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63 [492], non ha provocato stravolgimenti significativi [493].

La moltiplicazione di informazioni aziendali e, accanto ad essa, dei pericoli di loro appropriazione abusiva ha prodotto una domanda diffusa di rafforzamento della protezione giuridica dei segreti [494] e una crescente importanza della relativa disciplina. Parte della dottrina si è espressa a favore di questa tendenza espansiva sul presupposto che la differenziazione del patrimonio informativo fra le imprese favorirebbe la diversificazione dell'offerta e la spinta verso il miglioramento della stessa [495]. Le caratteristiche del fenomeno meglio noto come Big data (enormi volumi, grande velocità di evoluzione, variabilità estrema di struttura e contenuti) farebbero sì che la protezione basata sulla disciplina dei segreti, appaia preferibile rispetto ai tentativi di protezione mediante la disciplina del diritto d'autore o delle banche dati [496].

Si è discusso lungamente sulla natura giuridica della protezione del segreto. Se esso cioè debba essere protetto su base assoluta o relativa, se abbia natura di diritto dominicale o sia da assoggettare ai principi in materia di concorrenza sleale. L'interpretazione dominante è comunque concorde nel ritenere che tale protezione non sia tecnicamente da considerare un diritto di proprietà intellettuale [497] (poiché

---

delli di protezione più avanzati. L'obiettivo di una armonizzazione solamente parziale è stato criticato da KNAAK R., KUR ., HILTY R., *Comments of the Max Planck Institution for Innovation and Competition of 14 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) Against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, COM(2013) 813 Final*, IIC, 2014, 953; FALCE V., *Trade Secrets – Looking for (Full) Harmonization in the Innovation Union*, ivi, 2015, 46, 940-964.

[491] Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, G.U. L 157, 15.6.2016, p. 1–18.

[492] Di "Attuazione della direttiva (UE) 2016/943", G.U. Serie Generale n.130 del 07.06.2018.

[493] Per una panoramica delle novità si vedano BANTERLE F., BLEI M., cit.

[494] LINTON V.K., *The Importance of Trade Secrets. New Directions in International Trade Polocy Making and Empirical Reearch*, Journal of International Commerce and Economics, 2016, 1 ss., sostiene la necessità di maggiore protezione dei segreti a fini di sostegno dell'innovazione e denunzia l'insufficiente protezione degli stessi, soprattutto nei paesi emergenti.

[495] *Ibid.*

[496] LIBERTINI M., *Le informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) come oggetto di diritti di proprietà industriale*, Riv. dir. ind., 2017, 6, 572.

[497] Come dichiarato dal Considerando 10: "*nell'interesse dell'innovazione e della concorrenza, le disposizioni della presente Direttiva non dovrebbero creare alcun diritto esclusivo sul know-how o sulle informazioni che godono di protezione in quanto segreti commerciali. Pertanto, la scoperta indipendente di know-how e di informazioni resta lecita e i concorrenti del detentore del segreto commerciale sono altresì liberi di cercare il segreto di fabbricazione (reverse engineering) per qualsiasi prodotto acquisito lecitamente*". In giurisprudenza, si veda da ultimo, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2019, n. 18772, secondo cui le informazioni aziendali non costituiscono "*oggetto di un vero e proprio diritto di proprietà industriale quali informazioni riservate o segreti commerciali*". Sul punto cfr. APLIN T., *Right to Property and Trade Secrets*, in GEIGER C. (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar, 2015, 421-437, a favore della impostazione di stampo concorrenziale adottata dalla Direttiva; in

non conferisce diritti proprietari, bensì fonda regole di responsabilità riguardanti l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti delle informazioni segrete) [498].

Il diritto può essere fatto valere solo nei confronti di chi ha posto in essere comportamenti abusivi relativi a tale oggetto, essendo esclusa qualsiasi tutela nei confronti di chi abbia conseguito le informazioni e le esperienze aziendali di cui si tratta in modo indipendente o legittimamente [499].

La *ratio* della protezione d'altronde si pone in contrasto con la logica che sottende la materia della proprietà intellettuale a tutela della innovazione e cioè la comunicazione alla collettività dell'apporto innovativo a fronte della concessione di un monopolio temporaneo sullo stesso. Il segreto protegge, infatti, qualcosa che non viene reso pubblico, anzi, a condizione che non divenga tale e che, conseguentemente, arricchisce la collettività solo indirettamente, nella misura in cui il contenuto innovativo venga introdotto nel mercato [500]. Da questo punto di vista, la normativa sul segreto è incompatibile con la tutela di quelle informazioni che siano già state oggetto di protezione per mezzo di diritto di proprietà intellettuale titolati. Ciò si-

---

maniera non dissimile si era espressa parte della dottrina italiana, v. SENA G., *Efficienza e inefficienza della macchina normativa (note sui c.d. diritti non titolati)*, Riv. dir. ind., 2012, I, 83; VANZETTI A., *La tutela "corretta" delle informazioni segrete*, cit., 96; GHIDINI G., *La tutela del segreto,* cit., 167. *Contra*, cfr. BRONCKERS M., MCNELIS N., *Is the EU obliged to improve the protection of trade secrets? An inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights*, EIPR, 2012, 673; BENTLY L., *Trade Secrets: 'Intellectual Property' But Not 'Property'?*, in HOWE H., GRIFFITHS J. (a cura di), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, CUP, 2013, 60-93; LIBERTINI M., *Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale*, Riv. It. Sc. giur., 2011, 137 ss.; TRAVERSO M., *La direttiva europea sui segreti commerciali e il diritto italiano: alcuni spunti*, Riv. dir. ind., 2017, 6, 578, secondo cui "*Al pari degli altri diritti di proprietà intellettuale i segreti costituiscono, ove ne ricorrano le condizioni, diritti di esclusiva che vengono riconosciuti in capo al titolare, con le peculiarità ad essi pertinenti, che ne rendono appunto particolare sia la definizione, sia l'ambito di tutela. In alcuni casi, come si vedrà, si potrebbe parlare di esclusiva attenuata, o temporanea*". Contro la necessità di una armonizzazione dei profili sostanziali v. SURBLYTE G., *Enhancing TRIPS: Trade Secrets and Reverse Engineering*, in ULLRICH H., HILTY R., LAMPING M., DREXL J. (a cura di), *TRIPS plus 20 – From Trade Rules to Market Principles*, Springer, 2016, 725 ss.

[498] Cfr. VANZETTI A., *La tutela "corretta" delle informazioni segrete*, cit., 95. Non sono tuttavia mancate altrettanto illustri opinioni divergenti. Si v. oltre a Floridia, nella relazione al Codice, LIBERTINI M., *Le informazioni aziendali segrete*, cit., 167 ss., secondo il quale "*La tesi che considera l'informazione come oggetto di property right, accolta dal legislatore nel codice della proprietà industriale, è storicamente sorta proprio per assolutizzare la tutela sul piano soggettivo, estendendola erga omnes, anche nei confronti dei terzi detentori di buona fede … Questa conclusione non deve essere cambiata, a mio avviso, sol perché la nuova versione dell'art. 99 c.p.i. ha inserito una nuova locuzione, per cui sono vietati i comportamenti dei terzi che utilizzano "in modo abusivo" l'informazione segreta altrui di cui siano venuti a conoscenza*". Secondo FALCE V., *Tecniche di protezione delle informazioni riservate. Dagli accordi Trips alla direttiva sul segreto industriale*, Riv. dir. ind., 2016, 129, la tutela giuridica del segreto commerciale dà origine a un potere di fatto sulle informazioni segrete, equiparabile al concetto civilistico di possesso. BANTERLE F., BLEI M., cit., 202, spiegano come la collocazione sistematica voluta dal legislatore del Codice di proprietà industriale (dopo la modifica apportata dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131), tra i diritti di proprietà intellettuale risulti finalizzata a permettere ai segreti commerciali l'applicazione di tutte le misure di tutela introdotte dalla Direttiva Enforcement (Dir. 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale).

[499] Trib. Milano, 14 febbraio 2012, GADI, 2012, n. 5859.

[500] MAGELLI S., *Il know-how nell'esperienza giurisprudenziale italiana tra esclusiva e concorrenza sleale*, Riv. dir. ind., 2016, 2, 190.

gnifica, ad esempio, che la tutela del segreto industriale non potrà essere invocata per posticipare la caduta in pubblico dominio di informazioni contenute in brevetti scaduti, le quali sono liberamente appropriabili e non possono integrare un "know-how" tutelabile [501].

Analoga incompatibilità si verifica rispetto a quei diritti di proprietà intellettuale che, pur non prevedendo formalità costitutive come la registrazione, prescrivano la divulgazione dell'opera. Così la tutela delle banche dati è "*fattispecie incompatibile con qualsiasi profilo di segretezza*", posto che l'art. 102 *ter* l.a. fa espresso riferimento ad una banca dati "*messa a disposizione del pubblico*" [502].

La Direttiva non mira specificamente a regolare l'economia basata sui dati. Tuttavia, il considerando 14 richiede l'adozione di una definizione ampia e flessibile [503] di "segreto commerciale" "*senza restringere l'oggetto da proteggere dall'appropriazione indebita*". Pertanto, in linea di principio, la Direttiva non pone ostacoli alla protezione dei dati, anche singolarmente considerati, come oggetto di segreto commerciale [504].

Tuttavia, affinché tale tutela trovi applicazione, la Direttiva pone una serie di condizioni da soddisfare, a) alcune di carattere soggettivo, b) altre di natura oggettiva.

Dal punto di vista soggettivo, la dottrina sembra orientata ad escludere la possibilità di tutela delle informazioni segrete in capo a soggetti che non svolgano attività imprenditoriale.

Con riferimento all'oggetto della tutela, cioè alle informazioni riservate, secondo la definizione di cui all'art. 2 della Direttiva (che segue quella fornita dall'art. 39 del TRIPs), le informazioni possono essere protette come segreto commerciale purché:

---

[501] Trib. Torino, Sez. IP, 29 giugno 2009, Le sezioni specializzate italiane della proprieta' industriale e intellettuale 2010, 1, 460.

[502] Trib. Bologna, 4 luglio 2017.

[503] Trib. Venezia, 16 luglio 2015, cit. In dottrina, si segnala l'opinione favorevole a tale ampia interpretazione di LIBERTINI M., cit.

[504] La giurisprudenza italiana ha affermato che possono essere ricomprese nella nozione di informazioni commerciali segrete le liste clienti, esistenti o potenziali (Trib. Bologna, 8 marzo 2011); le tecniche di *marketing* e di profilazione della clientela (Trib. Torino, 6 luglio 2012, in GADI, 2013, 591); le politiche di prezzi e sconti (Trib. Venezia, 16 luglio 2015, cit.; Trib. Perugia, 23 gennaio 2008, in GADI, 2008, 675; Trib. Modena, 20 aprile 2005, in GADI, 2005, 861) o più in generale la prassi con i clienti (Trib. Brescia, 29 aprile 2004); nonché i dati relativi ai fornitori (App. Bologna, 5 giugno 1993, in GADI, 1994, 359). Sono stati invece esclusi i documenti consistenti nei bilanci, nel libro giornale e nelle schede contabili dei clienti (Trib. Firenze, 12 luglio 2010, n. 2909, Sez. spec. P.I. 2010, 1, 125), le mere liste clienti o fornitori che chiunque potrebbe ricostruire facilmente (per es. in quanto coincidenti con informazioni pubblicamente accessibili). Più dibattuto è stata la tutelabilità delle mailing list. Parte della giurisprudenza le ha assimilate a semplici liste clienti prive di valore economico in difetto di dati aggiuntivi, per es. sulle preferenze dei singoli clienti (Cass., ord., 19 giugno 2008, n. 16774). In altre decisioni invece i giudici hanno riconosciuto anche alle mailing list la capacità di esprimere un vantaggio apprezzabile e quindi un valore commerciale (App. Firenze, 9 maggio 2011, Trib. Milano, 13 dicembre 2016, inedita; Trib. Venezia, 16 luglio 2015, cit.; Trib. Firenze, 26 novembre 2008, GADI, 2008, 1167).

"a) *sono segrete nel senso che non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili*[505] *a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione;*

b) *hanno valore commerciale in quanto segrete;*

c) *sono state sottoposte a misure ragionevoli, secondo le circostanze, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a mantenerle segrete*" [506].

La giurisprudenza italiana sembra essere molto rigorosa nell'interpretare ed applicare gli artt. 98 e 99 c.p.i. ai fini di verificare la sussistenza sia dell'oggetto delle informazioni aziendali e sia delle condizioni/requisiti essenziali per la loro protezione. Ha innanzitutto affermato che chi invoca l'applicazione dell'art. 98 c.p.i., ha "*l'onere, trattandosi di diritto non titolato, di allegare e provare tutti i presupposti richiesti dalla norma ed inoltre, in generale, di indicare e descrivere dettagliatamente le informazioni segrete per le quali si chiede tutela, posto che, in difetto di tale descrizione, il convenuto*

---

[505] La protezione offerta dall'art. 98 c.p.i. non riguarda i segreti "assoluti", ma si estende anche alle informazioni non generalmente note e non facilmente accessibili. "*Il fatto che una pluralità di operatori sia in possesso di tali nozioni non toglie loro il carattere riservato*"; cfr. Trib. Bologna, 4 luglio 2007, Sez. spec. P.I. 2008, 1, 55. Secondo Trib. Milano, 5 giugno 2012, Le sezioni specializzate italiane della proprieta' industriale e intellettuale, 2012, 1, 345, l'accessibilità "*deve ritenersi quella condizione che consente la percezione della soluzione tecnica senza la necessità di costose e lunghe operazioni di reverse engineering, o anche la conoscenza comunque ottenibile in maniera indipendente dall'esame del dispositivo per il quale si reclama la tutela in questione*". In applicazione di questi principi, Trib. Bologna, 12 marzo 2012, n. 741, GADI, 2012, 1, 731 ha ritenuto che "*le formule relative ai preparati cosmetici possono essere tutelate ai sensi dell'art. 98 c.p.i. anche quando i componenti del prodotto siano riportati sulla confezione, ma non sia nota la percentuale in cui ciascun componente è impiegato*", posto che conoscere l'ordine di presenza "quantitativa" degli ingredienti non permette, per comune esperienza, di accedere facilmente alla conoscenza esatta della miscela degli ingredienti o del procedimento necessario per ottenere una specialità avente gli stessi effetti "qualitativi" di quella di cui si tratta.

[506] Le misure di segregazione devono essere intese sia come protezione fisica, assicurata da sistemi di protezione adeguati, sia come protezione giuridica, assicurata da una informazione adeguata, data ai terzi che vengono in contatto con le informazioni, sul carattere riservato e sulla necessità che venga mantenuto tale. Cfr. Trib. Bologna, 25 ottobre 2017. Secondo Trib. Bologna, 13 ottobre 2017, "*integra il requisito di adeguata protezione l'adozione di un sistema di videosorveglianza, la ripartizione delle cartelle per aree di competenza con la fornitura di accesso, mediante credenziali riservate, ai documenti della solo propria area, senza poter quindi accedere ai documenti di settori diversi da quelli di propria competenza*". Secondo Trib. Milano, 5 luglio 2010, Sez. spec. P.I. 2010, 1, 231, "*qualora le informazioni siano ad accessibilità controllata e limitata, mediante limiti imposti al personale (user name e password) tali da rendere le informazioni protette verso l'esterno e quindi inaccessibili ai terzi, corredate dalla tracciabilità degli accessi ai medesimi, risulta soddisfatto l'ultimo requisito indicato dall'art. 98 c.p.i.*". Invece, l'avere unicamente dotato i dipendenti di una semplice password e login, in assenza di misure ulteriori, non integra il requisito delle misure idonee a garantire la segretezza delle informazioni. Cfr. Trib. Milano, 14 febbraio 2012, GADI, 2012, 1, 665; Trib. Venezia, 20 novembre 2009, citata in GALLI C., GAMBINO A.M. (a cura di), *Codice commentato della proprietà industriale ed intellettuale*, Utet, Torino, 2011, 908; *contra* Trib. Bologna, 4 luglio 2008, GADI, 5298 e Trib. Firenze, 26 novembre 2008, GADI, 5316. Oltre alla astratta prefigurazione di una serie di misure tecniche e di condotta deve valutarsi se "*il titolare delle stesse abbia altresì vigilato ed imposto in concreto l'effettiva applicazione ed osservanza delle stesse. La mancata (o non provata) osservanza e vigilanza sulle misure di sicurezza astrattamente predisposte impedisce di poter applicare la tutela di cui agli artt. 98 e 99 c.p.i*"; Cfr. Trib. Milano, 10 maggio 2016.

non sarebbe in grado di svolgere le sue difese e il Giudice non avrebbe la possibilità di valutare la sussistenza o meno dei requisiti previsti dalle norme richiamate" [507].

Dai requisiti di "segretezza" [508] e "valore commerciale" [509] molti commentatori hanno dedotto che i singoli dati, in sé e per sé considerati, difficilmente potranno accedere alla tutela propria dei segreti commerciali [510].

Sotto il profilo della segretezza, le informazioni coperte dal segreto godono della protezione in quanto e finché siano accessibili solo al ristretto numero di persone che ne hanno il legittimo controllo. La tutela si estingue e le informazioni rientrano nel pubblico dominio non appena esse siano divulgate. Si parla a riguardo di una

---

[507] Trib. Bologna, 5 gennaio 2015. Così è stato affermato che la domanda (cautelare) non poteva essere accolta perché appariva di fatto carente della individuazione dell'effettivo contenuto delle informazioni tecniche costituenti il nucleo del know-how tutelabile. Né poteva supplire a tal fine una CTU risolvendosi in tal caso in una indagine puramente esplorativa e, quindi, inammissibile. Cfr. Trib. Milano, 20 luglio 2011, GADI, 2012, n. 5826; Trib. Milano, 10 marzo 2011. Un supporto materiale per definire l'oggetto del diritto immateriale risulta, pertanto, particolarmente prezioso per il riconoscimento della tutela delle informazioni segrete di cui all'art. 98 c.p.i. Cfr. MAGELLI S., cit., 192.

[508] La norma fa riferimento ad una conoscenza qualificata e a una non facilità di accesso da parte degli operatori del settore, cfr. Trib. Bologna, 23 novembre 2017. Secondo Trib. Torino, 15 novembre 2018, "*affinché un'informazione possa definirsi segreta non è necessario che essa sia inaccessibile, ma è sufficiente che la sua acquisizione sia soggetta a sforzi superiori rispetto a quelli che occorrono per effettuare un'accurata ricerca*". In applicazione di questo principio, secondo Trib. Milano, 28 ottobre 2010, Sez. spec. P.I. 2010, 1, 256, non sono tutelabili *ex* artt. 98 e 99 c.p.i. "*le conoscenze per realizzare un antifurto non tutelato con brevetto",* in quanto "*tecnologia accessibile all'esperto del settore, pur se frutto di studi e adattamenti specifici*".

[509] Il Considerando 14 della Direttiva chiarisce che il valore economico può essere anche solo potenziale ed esclude dalla definizione di segreto commerciale le informazioni trascurabili o facilmente accessibili; mentre individua come criterio per riconoscere il valore commerciale il fatto che l'utilizzo abusivo dell'informazione segreta rischi di pregiudicarne il potenziale scientifico o tecnico, oppure gli interessi commerciali o finanziari, le posizioni strategiche o la capacità competitiva dell'impresa. Nell'esperienza giurisprudenziale italiana, il requisito deve essere valutato tenuto conto del tempo e delle risorse umane ed economiche necessarie per la acquisizione delle informazioni e del vantaggio sul mercato che la disponibilità immediata di un così rilevante patrimonio di informazioni concreta. Cfr. Trib. Milano, 14 febbraio 2012, GADI, 2012, 1, 665. "*Le informazioni segrete hanno valore economico in quanto sia stato necessario uno sforzo economico per ottenerle e nella misura in cui l'imprenditore realizzi un risparmio con la loro utilizzazione*" (Cfr. Trib. Torino, 15 novembre 2018). Il requisito deve essere inteso nel senso non che le informazioni abbiano un certo prezzo di mercato, quanto che rappresenterebbero per un terzo soggetto un vantaggio competitivo (vale a dire una situazione positiva derivante da un particolare merito tecnico dell'informazione segreta). È il caso, ad esempio, delle liste clienti che consentano di rivolgersi a clienti già predisposti all'acquisto conoscendone i dati e potendo formulargli una proposta competitiva (Cfr. Trib. Venezia, 2 marzo 2011, in materia di agenzie assicurative). In altre parole, l'esistenza del valore economico è parametrata anche al risparmio di tempo e/o denaro che la disponibilità delle informazioni in questione permette. Cfr. Trib. Milano, 14 febbraio 2012, GADI, 2012, 5859; Trib. Bologna, 16 maggio 2006, in GALLI C., GAMBINO A.M. (a cura di), *Codice Commentato*, cit., 906. È opinione della prevalente dottrina che il possesso esclusivo (o quasi esclusivo) delle informazioni riservate debba essere inteso nel senso che assicuri al soggetto che le detiene un vantaggio concorrenziale: si vedano AUTERI P., Commento all'art. 14, *Commentario al Decreto legislativo 19 marzo 1996*, n. 198, *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 124 ss., in part. 129; MANSANI L., *La nozione di segreto di cui all'art. 6-bis l.i.*, Riv. dir. ind., 2002, 216 ss., in part. 218; GUGLIELMETTI G., *La tutela del segreto*, in GALLI C. (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dei brevetti*, Giappichelli, Torino, 2003, 128.

[510] DREXL J., HILTY R., DESAUNETTES L., GREINER F., KIM D., RICHTER H., SURBLYTĖ G., WIEDEMANN K., *op. cit.*, punto 23.

protezione di carattere relativo[511], dato che dipende soprattutto da "*technical, organizational, as well as contractual measures sufficient to preserve the confidential nature of the information*"[512]. Tale protezione non può pertanto operare su dati che siano raccolti dall'esterno (e non prodotti internamente) mediante sensori, come tipicamente avviene nell'Internet delle cose[513].

Sotto il profilo del valore commerciale, i dati in sé considerati, se non fanno parte di un set di dati più grande, hanno spesso un valore trascurabile[514]. Ciò che dà valore ai dati è la loro analisi, che consente di trasformare bit e byte non strutturati in informazioni ed inferire conoscenze nuove e inedite da dati noti[515].

Una volta assolto l'onere di provare i requisiti costituitivi della tutela, dimostrare la sottrazione dei segreti risulta più agevole, posto che la giurisprudenza è concorde nell'ammettere la possibilità di farlo per via indiziaria, attraverso la prova di comportamenti del convenuto non ragionevolmente spiegabili se non assumendo il possesso delle informazioni della cui abusiva sottrazione e utilizzazione è accusato[516].

7.2. *La normativa sulla concorrenza sleale e l'obbligo di riservatezza del lavoratore*

Secondo la prevalente dottrina e la giurisprudenza, le informazioni segrete *ex* art. 98 c.p.i. non esauriscono l'ambito di tutela delle informazioni riservate in ambito industriale[517]. La precisazione "*Ferma la disciplina della concorrenza sleale*" con la quale esordisce l'art. 99 c.p.i. è stata interpretata nel senso che la tutela delle informazioni riservate resta pur sempre esperibile, in via residuale, anche attraverso la disciplina della concorrenza sleale contro gli atti contrari alla correttezza professionale *ex* art. 2598 c.c. n. 3[518]. In dottrina, si ritiene che la concorrenza sleale configu-

---

[511] Una tutela di stampo assoluto – di tipo proprietario – è stata tradizionalmente avversata sul presupposto che la tutela dell'informazione in sé porta a rischi di sovraprotezionismo e di distorsioni concorrenziali. Cfr. BANTERLE F., BLEI M., cit., 202.

[512] SURBLYTE G., *Data Mobility at the Intersection of Data, Trade Secret Protection and the Mobility of Employees in the Digital Economy*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper n. 16-03, 9. LIBERTINI M., cit., ritiene "*che si debba accogliere una interpretazione, anche qui, molto elastica, poiché quello di segretezza è un concetto necessariamente relativo*".

[513] Cfr. DREXL J., *op. cit.*, "*while the secrecy could be confirmed for data that is produced by the machines inside a factory, data collected by smart cars on freely accessible roads could be collected by the cars of many manufacturers and, hence, will not fulfil this requirement*".

[514] In questo senso, Trib. Bologna, 17 maggio 2017, secondo cui "*Tali informazioni potranno pure essere singolarmente accessibili al pubblico con una attività non inventiva, giacché è la loro combinazione ad attribuire loro valore e renderle appetibili ai terzi*". ZECH H., *Data As a Tradeable Commodity*, cit., 63.

[515] SURBLYTE G., *Data As a Digital Resource*, *op. loc. cit.*

[516] Trib. Bologna, 28 settembre 2010; Trib. Brescia, 29 aprile 2004; Trib. Milano, 2 febbraio 2000; Trib. Torino, 6 luglio 2012, GADI, 2013, 1, 591.

[517] Cass. pen., sez. V, 20 settembre 2018, n. 48895, Riv. dir. ind., 2019, 4-05, II, 437.

[518] V. per tutte Trib. Torino, 5 luglio 2010, GADI, 5569/4; Trib. Bologna, 22 giugno 2010, GADI 5565/7; Trib. Bologna, 4 luglio 2008, GADI, 5298/2; App. Milano, 13 giugno 2007, GADI, 5153/1; Trib. Brescia, 29 aprile 2004, GADI, 4744/2; Trib. Bologna, Sez. spec. imp., 6 marzo 2018, n. 733. Sul rapporto tra la tutela offerta dagli artt. 98 e 99 c.p.i. e la figura della concorrenza sleale per violazione o

ri "*una apertura a una tutela delle notizie riservate più ampia di quella prospettata*" nelle specifiche norme del codice della proprietà industriale[519]. Tale disposizione, infatti, può essere invocata nei confronti della scorretta acquisizione di informazioni riservate, ancorché: i)non sia ipotizzata la sussistenza di privative o altri diritti di proprietà intellettuale, ii) non risultino caratterizzate dai requisiti di segretezza e segretazione di cui all'art. 98 c.p.i.[520]. Così si è affermato che "*anche informazioni che, singolarmente prese, siano di pubblico dominio o facilmente accessibili, possono avere carattere riservato nel loro insieme, perché relative alla politica aziendale-commerciale, alla lista clienti, ai contratti stipulati, e alle condizioni applicate alla clientela, e quindi appartengano nel loro insieme al know-how aziendale*" [521].

Il rimedio di cui agli artt. 98 e 99 C.p.i e quello apprestato dalla disciplina della concorrenza sleale si modulano pertanto in un rapporto di complementarietà[522].

La distinzione tra le due fattispecie si riverbera sulla regolazione della competenza giudiziale a decidere le relative questioni, posto che, secondo giurisprudenza consolidata, appartiene al tribunale ordinario, e non alle sezioni specializzate in materia di impresa, la competenza ad accertare un'ipotesi di concorrenza sleale per appropriazione di informazioni aziendali, allorché "*non sia ipotizzata la sussistenza di privative o altri diritti di proprietà intellettuale, direttamente o indirettamente risultanti quali elementi costitutivi, o relativi all'accertamento, dell'illecito concorrenziale*" [523].

Tale fattispecie si verifica frequentemente in caso di concorrenza di *ex* dipendenti ed in collegamento con il c.d. storno di dipendenti[524], che consente all'impren-

---

illecito sfruttamento dei segreti aziendali altrui, v. in particolare, VANZETTI A., *La tutela "corretta" delle informazioni segrete*, cit., 95; SENA G., *Efficienza e inefficienza della macchina normativa*, cit., 83; PASCHI C., *La tutela concorrenziale per le informazioni non qualificate*, Riv. dir. ind., 2012, I, 95.

[519] AUTERI P., Commento all'art.14, in *Commentario al d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198*, in Le nuove leggi civ. comm., 1998, 131; FLORIDIA G., *Il riassetto della Proprietà Industriale*, Giuffrè, Milano, 2006, 385.

[520] Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2019, n. 18772, secondo cui "*un complesso di informazioni aziendali (nel caso commerciali) non costituenti oggetto di un vero e proprio diritto di proprietà industriale come "informazioni riservate" o ed ora come "segreti commerciali" ex art. 2 e 98 c.p.i., perché privo dell'uno o dell'altro dei tre requisiti prescritti ex lege, può comunque essere tutelato contro l'abuso concorrenziale a fronte di atti contrari alla correttezza professionale del concorrente*". Su queste basi, ad esempio, Trib. Bologna, 12 aprile 2010, ha ritenuto tutelabili ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c. moduli contrattuali predisposti dal concorrente in funzione della conclusione dei contratti di affiliazione, "*essendo tali moduli configurabili quali elementi di "know how" che, pur non possedendo tutti i requisiti previsti specificamente dagli artt. 98 e 99 c.p.i., possono essere tutelati ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c.*".

[521] Trib. Milano, 26 febbraio 2018.

[522] Trib. Milano, 23 febbraio 2017.

[523] Cass. civ., sez. VI, 9 maggio 2017, n. 11309, Riv. dir. ind., 2017, 6, II, 669.

[524] Trib. Milano, 16 aprile 2015, chiarisce che "*il discrimen tra natura fisiologica e lecita dello storno di dipendenti e condotta sleale va individuato, sul piano oggettivo, nell'intensità lesiva del comportamento. Lo storno è illecito ove il concorrente sleale si appropri di risorse umane altrui con modalità che mettano potenzialmente a rischio la continuità aziendale dell'imprenditore nella sua capacità competitiva, ovvero provochino alterazioni oltre la soglia di quanto possa essere ragionevolmente previsto, non suscettibili di essere assorbite ed elise attraverso un'adeguata organizzazione dell'impresa*". Sul piano soggettivo si aggiunge l'elemento dell'*animus nocendi*, del quale è discussa la qualificazione quale requisito autonomo e imprescindibile dello storno illecito ovvero quale mero indice, al pari degli altri, della condotta illecita.

ditore stornante di appropriarsi di know how aziendale previamente detenuto dal precedente datore di lavoro [525].

La giurisprudenza ha tuttavia fissato precisi limiti a tale ipotesi. "*È comunque necessario che si sia in presenza di un complesso organizzato e strutturato di dati cognitivi, seppur non segretati e protetti, che superino la capacità mnemonica e l'esperienza del singolo normale individuo e che configurino così una banca dati che, arricchendo la conoscenza del concorrente, sia capace di fornirgli un vantaggio competitivo che trascenda la capacità e le esperienze del lavoratore acquisito*".

In sostanza, anche la normativa sulla concorrenza sleale non consente di tutelare singoli dati, ma richiede prova dell'esistenza di un "*complesso organizzato e strutturato di informazioni, eccedente la normale umana memoria*". Si vuole, in sostanza, evitare una duplicazione delle tutele, escludendo la configurabilità di una autonoma fattispecie di concorrenza sleale per sottrazione abusiva di dati, quando tali dati coincidano con il bagaglio personale di conoscenze del lavoratore stornato [526] ed il disvalore della sottrazione sia già integralmente assorbito dalla repressione della fattispecie di storno (laddove giuridicamente rilevante). "*Diversamente opinando, attraverso la disciplina dell'illecito concorrenziale si finirebbe con l'attribuire un monopolio all'ex datore di lavoro sulle conoscenze e sull'esperienza dell'ex dipendente, in assenza di diritti di proprietà industriale su informazioni segrete e soprattutto mortificando i diritti costituzionalmente tutelati del lavoratore ex artt. 4, 35 e 36 Cost. a reperire sul mercato la miglior valorizzazione e remunerazione delle sue capacità professionali*" [527].

Su queste basi, la giurisprudenza ha escluso la possibilità di tutelare autonomamente (cioè a prescindere da diritti previsti *ex lege* o convenzionalmente) i singoli dati della clientela [528]. La "concezione proprietaria" del rapporto con la clientela è

---

[525] GUGLIELMETTI G., *La tutela del segreto*, cit., 131.

[526] Trib. Torino, 12 novembre 2018, afferma che "*possono rientrare in tale bagaglio le esperienze di tecnica costruttiva e di tecnica commerciale ma non un determinato e specifico complesso di dati aziendali dell'impresa concorrente*".

[527] Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2019, n. 18772, Riv. dir. ind., 2020, 1, II, 101.

[528] *Ibid.* Varie volte la giurisprudenza si è pronunciata sulla tutelabilità *ex* art. 98 c.p.i. delle liste della clientela, per lo più affermandola. Cfr. i riferimenti giurisprudenziali contenuti in GADI, 2016, 1, 1031. Si veda, inoltre, Trib. Milano, 5 luglio 2010, che ha riconosciuto tutela *ex* art. 98 c.p.i. ai dati di una compagnia di assicurazioni che non comprendono un semplice elenco di nomi e cognomi, "*ma una configurazione di elementi aggiuntivi per ciascun nominativo, che riguardano la professione, l'età, i tascorsi rapporti assicurativi e quelli in corso e ciò non solo per un elevato numero di persone fisiche, ma anche per società, gruppi societari e persone giuridiche di vario genere … Si tratta all'evidenza di dati che rivestono un sicuro valore economico, dipendente dall'interesse che un simile bagaglio di informazioni può presentare per chi debba operare nel settore assicurativo e dalla segretezza che dette informazioni rivestono*". In senso analogo, Trib Milano, 17 dicembre 2010; Trib. Venezia, 2 marzo 2011; Trib. Milano, 21 marzo 2014; Trib. Venezia, 21 agosto 2014. La tutela è invece stata negata ove esse si sostanzino in un semplice elenco di nomi di clienti, senza informazioni aggiuntive, ad esempio sulle condizioni contrattuali ad essi applicate, sui prodotti o servizi che acquistano, sui referenti interni all'azienda, ecc. Cfr. Trib. Torino, 22 settembre 2004, Le Sez. spec., 2004, II-III, 466; Trib. Vicenza, 3 settembre 1998, GADI 3944/2; Trib. Verona, 28 dicembre 1985, GADI 2011/2; Trib. Torino, 2 marzo 1972, GADI 82/2. La tutelabilità delle liste della clientela deve dunque essere fatta dipendere da un accertamento caso per caso.

stata giudicata "*incompatibile con la dimensione concorrenziale del mercato, dovendosi invece ritenere, alla luce dei principi del Codice del Consumo, che il cliente consumatore possa essere liberamente contattato da chiunque, purché egli lo consenta liberamente*".

L'imprenditore commerciale deve tollerare la concorrenza che "*altro non è che contesa della clientela*" [529], favorita dall'ordinamento allo scopo di offrire vantaggi al consumatore. L'imprenditore deve dunque accettare la possibile aggressione del suo avviamento commerciale (e con esso del suo rapporto con la clientela): "*il cliente conteso può essere contattato dal concorrente purché in modo corretto*", *rectius* astenendosi dal ricorso a pratiche commerciali scorrette e dalla violazione di specifiche regole deontologiche che disciplinano la concorrenza ai sensi dell'art. 2598 c.c. n. 3 e senza che il consenso sia indebitamente estorto [530]. Scorretto non è, di per sé, l'utilizzo delle conoscenze e dei rapporti commerciali di un ex dipendente o di un ex agente, salvo che questi non sia stato vincolato da legittimo patto di non concorrenza. Nei limiti consentiti dalla legge, per il contemperamento delle contrapposte esigenze, il datore di lavoro può infatti sempre tutelarsi con la stipulazione di un patto *ex* artt. 2125 e 2596 c.c. per la "fidelizzazione ultrattiva" del dipendente, assumendosene i relativi costi.

Ad ulteriore protezione dell'interesse del datore di lavoro a preservare il segreto sul patrimonio immateriale dell'impresa e ad evitare l'abuso di elementi di tale patrimonio da parte del lavoratore, a vantaggio proprio o di terzi, il legislatore ha previsto espressamente il divieto, a carico del lavoratore, di divulgazione (anche non pregiudizievole) ed uso (potenzialmente pregiudizievole) delle notizie inerenti all'organizzazione aziendale. A norma dell'art. 2105 c.c. [531], infatti, il dipendente infedele può essere chiamato a rispondere, a titolo di responsabilità contrattuale [532], delle notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, che abbia divulgato o di cui abbia fatto uso in modo tale da recare ad essa pregiudizio. La norma specifica le generali direttive di correttezza e buona fede applicabili ai

---

[529] Cass. civ., sez. I, 29 febbraio 2008, n. 5437, GADI, 2008, 1, 96; Giust. civ. Mass. 2008, 2, I, 323; Riv. dir. ind. 2008, 3, II, 151 con nota di PERON S.; ivi, 2009, 1, 2, 60, con nota di DALLE VEDOVE; Giust. civ. 2009, 2, I, 469, con osservazione di LAMORGESE.

[530] Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2019, n. 18772, cit., secondo cui "*Il tentativo di sviare la clientela (che non "appartiene" all'imprenditore) di per sé rientra nel gioco della concorrenza (che altro non è che contesa della clientela) sicché per apprezzare nel caso concreto i requisiti della fattispecie di cui all'art. 2598 c.c., n. 3, e ritenere illecito lo sviamento occorre che esso sia provocato, direttamente o indirettamente, con un mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale (intesa come il complesso di regole desunte dalla coscienza collettiva imprenditoriale di una certa epoca, socialmente condivise dalla categoria). Non è quindi sufficiente il tentativo di accaparrarsi la clientela del concorrente sul mercato nelle sue componenti oggettive e soggettive, ma è imprescindibile il ricorso ad un mezzo illecito secondo lo statuto deontologico degli imprenditori*".

[531] "*Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*".

[532] Per la qualifica dell'illecito come contrattuale si veda SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1983,185.

rapporti obbligatori, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.[533]. Tali disposizioni, a loro volta, integrano e ampliano l'obbligo risultante dall'art. 2105 c.c., garantendo l'operatività dei principi di correttezza e buona fede anche nei comportamenti extralavorativi[534]. La dottrina è divisa circa la durata del divieto in oggetto. Una parte ritiene che esso venga meno all'atto della cessazione del rapporto[535]; altra parte ritiene invece che esso permanga finché persista l'esigenza cui è finalizzato e, dunque, anche dopo l'estinzione del rapporto[536]. La giurisprudenza pare propendere, implicitamente, nel primo senso[537]. Nel giudizio di risarcimento dei danni proposto nei confronti del dipendente, grava sul datore di lavoro l'onere di dimostrare sia la condotta illecita del dipendente, sia il pregiudizio almeno potenziale derivato dal suo comportamento[538].

7.3. *La tutela penalistica dell'informazione confidenziale*

La responsabilità contrattuale del lavoratore, o comunque – a prescindere dal rapporto di subordinazione – di qualsiasi prestatore di attività lavorative intellettuali e manuali in forma professionale, conseguente alla inosservanza del divieto di divulgazione posto dall'art. 2105 c.c., può coesistere con la responsabilità penale per il delitto di rivelazione di segreto professionale (art. 622 c.p.) e quello di rivelazione di segreti scientifici o industriali (art. 623 c.p.)[539]. Trova dunque conferma anche sul versante penalistico la circostanza, esaminata nel paragrafo precedente, che le informazioni segrete *ex* art. 98 c.p.i. non esauriscono l'ambito di tutela delle informazioni riservate.

---

[533] Cass. civ., sez. lav., 18 giugno 2009, n. 14176, Giust. civ. Mass., 2009, 6, 941. La dottrina precisa che gli obblighi in questione (di contenuto negativo) sono ascrivibili alla categoria dei c.d. obblighi di protezione, vale a dire a quelli che gravano sulle parti dei rapporti obbligatori per la tutela di interessi della controparte (nella fattispecie: quello alla capacità di concorrenza dell'impresa e alla sua posizione di mercato) distinti, ma correlati, con l'esecuzione delle prestazioni principali. Cfr. CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2011, 172; GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 86; GRANDI M., voce "*Rapporto di lavoro*", Enc. dir., XXXVIII, Milano, 1987, 313, 343.

[534] Cass. civ., sez. lav., 10 febbraio 2015, n. 2550, Giust. Civ. Mass. 2015, secondo cui "*il lavoratore deve astenersi dal porre in essere … qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con gli obblighi connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, dovendosi integrare l'art. 2105 cod. civ. con gli artt. 1175 e 1375 cod. civ., che impongono l'osservanza dei doveri di correttezza e di buona fede anche nei comportamenti extralavorativi, sì da non danneggiare il datore di lavoro*". In senso analogo, Cass. civ., sez. lav., 26 novembre 2014, n. 25161, Giust. Civ. Mass. 2014 e Id., 18 giugno 2009, n. 14176, cit.

[535] MAGRINI S., *Lavoro (contratto individuale)*, Enc. dir., XXIII, Milano, 1973, 369, 412.

[536] SANTORO-PASSARELLI F., cit.,185.

[537] Cass. civ., sez. I, 30 maggio 2007, n. 12681, Riv. dir. ind., 2008, 2, 2, 133 e Id., 20 marzo 1991 n. 3011, Foro it., 1992, I, 3154, con nota di DI PAOLA S., *Concorrenza sleale per l'utilizzo di notizie "segrete": quale avvenire fu per l'ex dipendente?.*

[538] Cass. civ., sez. lav., 10 giugno 1993, n. 6473, Giust. civ. Mass., 1993, 1019. Invece il lavoratore è onerato della prova di fatti escludenti la sua responsabilità. Cfr. Cass. civ., sez. lav., 9 ottobre 1991, n. 10591, Riv. giur. lav. 1992, II, 483.

[539] MAGRINI S., cit., 412.

L'art. 623 c.p. in tema di rivelazione di segreti scientifici o industriali, così come modificato dall'art. 9, co. 2, d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63 di attuazione della Dir. 2016/943 [540], sanziona, a querela della persona offesa [541], con la reclusione fino a due anni il fatto di colui che, "*venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di segreti commerciali o di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche, li rivela o li impiega a proprio o altrui profitto*".

La giurisprudenza ha chiarito che "*non vi è necessaria coincidenza fra la nozione di informazioni segrete aziendali ex art. 98 C.p.i. e le notizie di rilevanza industriale destinate a rimanere segrete ex art. 623 c.p.*" [542]. Del resto, la norma del codice penale è significativamente anteriore rispetto all'introduzione nel nostro ordinamento della tutela del know-how da parte del Codice della proprietà industriale. Nemmeno, i requisiti di tutela previsti dall'art. 98 c.p.i. possono essere considerati fonte integrativa per l'individuazione dell'ambito applicativo dell'art. 623 c.p., in assenza di un rinvio in tal senso da parte di tale norma [543].

Secondo la giurisprudenza più recente, il concetto di notizia destinata al segreto va elaborato da un duplice punto di vista:

a) sotto l'aspetto soggettivo, la destinazione alla segretezza, impressa con manifestazione di volontà espressa o tacita dall'avente diritto (il titolare dell'azienda), non deve essere frutto di un mero arbitrio. Al contrario, deve essere funzionale alla tutela del bene protetto dalla norma, costituito dal diritto dell'imprenditore ad organizzare l'attività economica nel rispetto dell'obbligo di fedeltà e correttezza dei propri dipendenti.

b) sotto l'aspetto oggettivo, rilevano quelle notizie attinenti ai metodi (di progettazione, produzione e messa a punto dei beni prodotti) che caratterizzano la struttura industriale e, pertanto, il c.d. know-how, vale a dire quel patrimonio cognitivo ed organizzativo necessario per la costruzione, l'esercizio, la manutenzione di un apparato industriale, che si ha interesse a che non venga divulgato.

Ne consegue che non è richiesto ai fini della configurabilità del reato che le notizie

---

[540] V. nota 492. Con la novella sono stati inseriti i "segreti commerciali" di cui all'art. 98 c.p.i. tra quelle informazioni la cui rilevazione o impiego integra l'illecito penale.

[541] Il codice Rocco colloca il delitto di rivelazione di segreto industriale tra i delitti contro la libertà individuale e subordina la sua punibilità alla presentazione della querela da parte della persona offesa, differenziandosi dal codice Zanardelli che lo inseriva tra i reati contro la fede pubblica e lo perseguiva d'ufficio. Cfr. COCCO G., *Reati contro la inviolabilità dei segreti. Il segreto e la sua violazione. Inviolabilità dei segreti privati (621, 622, 623)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale parte speciale, vol. I. I reati contro le persone. Vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali,* Cedam, Padova, 2019, 485-505, 434. Il mutamento di collocazione viene ascritto nella Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale (in Lav. prep., II, Roma, 1929, 432) all'individuazione dell'interesse tutelato in quello dello scopritore o inventore ad esigere la conservazione del segreto, dunque in un interesse relativo alla libertà individuale e, più genericamente, alla persona. Cfr. ALBAMONTE A., *L'oggetto della tutela penale del reato di rivelazione di segreti scientifici o industriali*, Giust. pen., 1974, II, 267; BRIGNONE P., *Un tema giurisprudenziale raro: l'art. 623 c.p. in particolare sull'industrialità e sulla novità dell'idea inventiva e sul fondamento del segreto*, Cass. pen. Mass., 1980, 100.

[542] Cass. pen., sez. V, 20 settembre 2018, n. 48895, Riv. dir. ind., 2019, 4-05, II, 437.

[543] Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2020, n. 16975.

siano originali o nuove [544], né tanto meno la sussistenza dei presupposti per la brevettabilità *ex* art. 2585 c.c. della scoperta o dell'applicazione rivelata [545]. Piuttosto "*oggetto della tutela penale del reato in questione deve ritenersi il segreto industriale in senso lato*", intendendosi come tale l'intero patrimonio cognitivo e organizzativo, composto di conoscenze riservate e di particolari *modus operandi*, necessari per la costruzione, l'esercizio e la manutenzione di un apparato industriale o di un impianto [546] o "*in grado di garantire la riduzione al minimo degli errori di progettazione e realizzazione e dunque la compressione dei tempi di produzione*" [547]. Tale nozione ampia di segreto industriale ricomprende nell'oggetto di tutela anche il software [548].

È necessario però che si tratti di notizie non notorie [549]: non debbono, cioè, fare parte del bagaglio culturale di base, seppur raffinato, dell'esperto del ramo oppure dell'operatore medio. In tale bagaglio, devono considerarsi ricomprese anche le informazioni non ancora comuni e diffuse, ma effettivamente accessibili mediante indagini e ricerche ordinarie [550] o individuabili dall'esame dell'oggetto prodotto (c.d. *reverse engineering*) [551]. Devono inoltre escludersi dalla tutela le informazioni già precedentemente divulgate dal soggetto interessato.

Non è invece necessario che ogni singolo dato cognitivo che compone il patrimonio di conoscenze sottratto all'azienda non sia noto, essendo sufficiente che "*il loro insieme organico sia frutto di un'elaborazione dell'azienda*", di modo che "*detta sequenza sia invece non conosciuta e sia considerata segreta in modo fattivo dall'azienda*". Anche in questo caso, dunque, il dato pare ricevere più agevolmente tutela nella sua dimensione colletiva (non unitaria), come universalità di beni, poiché è in questa configurazione che esso assume più facilmente valore economico.

8. *La giurisprudenza sulla configurabilità di un diritto di proprietà sui dati*

Chiarito sin qui il quadro normativo esistente capace di condizionare la circolazione e l'accesso ai dati, occorre ora guardare al formante giurisprudenziale.

La giurisprudenza non riconosce esplicitamente un diritto di proprietà sui dati. O meglio, tende ad escludere che la acquisizione di dati altrui, che non siano protet-

---

[544] Cass. pen., sez. V, 18 maggio 2001, n. 25008, Riv. pen. 2001, 725.

[545] Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 2010, n. 11965, Riv. dir. ind., 2010, 6, II, 478; Id., 23 giugno 2000, n. 8944, Cass. pen., 2001, 2714; Id., 7 giugno 2005, n. 25174, Foro it., 2006, 2, II, 104.

[546] Cass. pen., sez. V, 18 maggio 2001, n. 25008, cit.; Id., 7 giugno 2005, n. 25174, Foro it., 2006, 2, II, 104; Id., sez. II, 4 novembrte 2003, n. 2882.

[547] Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2020, n. 16975.

[548] Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio 2003, n. 6567; Id., 8 gennaio 2003, n. 6567, cit.

[549] Cass. pen., sez. V, 3 giugno 1977, Foro it., 1979, II, 304. MANTOVANI F., *Diritto Penale Parte Speciale I*, Cedam, Padova, 2016, 643, che osserva come, in tal senso, le notizie ben possono ritenersi originali.

[550] MANTOVANI F., cit.; ALESSANDRI A., *Riflessi penalistici della innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1984, 162.

[551] App. Milano, 5 maggio 1972; Trib. Bologna, 23 luglio 1980.

ti come segreto o che non costituiscano una banca dati, possa integrare di per sé una condotta di concorrenza illecita, perpetrata, ad esempio, tramite storno di dipendenti. Tuttavia, secondo alcuni autori, la Corte di Giustizia avrebbe aperto alla configurabilità di una "proprietà" sui beni immateriali nel caso *UsedSoft*[552]. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi su di una questione pregiudiziale attinente all'interpretazione degli artt. 4, par. 1, e 5, par. 2, Dir. 2009/24/CE relativa alla tutela giuridica del software, sollevata dal Bundesgerichtshof tedesco[553]. La questione si poneva nell'ambito di una controversia tra la software house Oracle e la società UsedSoft riguardante la possibilità per quest'ultima di commercializzare software Oracle "usati", ovvero "licenze" acquisite presso soggetti a loro volta già licenziatari. Secondo il Giudice rimettente per stabilire la liceità della condotta di UsedSoft sarebbe stato necessario chiarire "*se il diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore si esaurisca, ai sensi dell'art. 4, para. 2 Direttiva 2009/24/CE*[554]*, qualora l'acquirente abbia realizzato la copia su di un supporto informatico per mezzo di "download" (scaricamento) del programma da Internet con l'autorizzazione del titolare del diritto*"[555]. La Corte ha risposto che la distribuzione commerciale di software tramite download da Internet integra una vendita di beni, produttiva dell'esaurimento del relativo diritto di distribuzione ai sensi dell'art. 4, par. 2, Dir. 2009/24/CE e non la licenza di un diritto su un bene immateriale. Pertanto, il titolare del diritto d'autore sul software non può impedire all'acquirente di rivendere il software (inteso come file scaricato)[556].

---

[552] CGUE, 3 luglio 2012, C-128/11, UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp., ECLI:EU:C:2012:407. Per un commento sulla decisione si vedano HARN LEE Y., *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of "Used" Software and the Principle of Exhaustion*, IIC, 2012, 846-853; STOTHERS C., *When is copyright exhausted by a software licence?: UsedSoft v Oracle*, EIPR, 2012, 787-791; HILTY R.M., *Die Rechtsnatur des Softwarevertrages*, CR, 2012, 625-637; ROSATI E., *Exhaustion also applies to first sale of downloaded software*, JIPLP, 2012, 786-788; HAFENBRÄDL F., HILTY R.M., KÖKLÜ K., *Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective*, IIC, 2013, 263-292; LINDSKOUG M., *The legal position of sellers and buyers of used licences*, EIPR, 2014, 289-297; SAVIĆ M., *The legality of resale of digital content after UsedSoft in subsequent German and CJEU case law*, EIPR, 2015, 414-429.

[553] BGH, 3 febbraio 2011 – I ZR 129/08, in GRUR, 2011, 418, con nota di SCHOLZ e in MMR, 2011, con osservazioni di HEYDN; in proposito si veda inoltre HEYDN T.J., *Vermarktung von gebrauchtsoftware*, in KILIAN W., HEUSSEN B., *Computerrecht*, C.H. Beck, Monaco di Baviera, 2011, 67g-m.

[554] La disposizione stabilisce che "*La prima vendita della copia di un programma nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso*".

[555] Sul dibattito giurisprudenziale e dottrinale in essere in Germania su tale questione si veda RIVARO R., *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti*, Giur. comm., 2014, 6, 1149.

[556] Muovendo dalla constatazione che l'art. 4 Dir. 2009/24/CE non contiene un espresso rinvio alle legislazioni nazionali per quanto riguarda il significato da attribuire alla nozione di vendita e che pertanto questo deve essere determinato alla luce del criterio di interpretazione autonoma e uniforme del diritto comunitario, nulla osta a che essa possa riguardare anche un software privo di supporto materiale. La disposizione in oggetto, d'altronde, subordina il verificarsi dell'esaurimento dell'esclusiva alla "prima vendita della copia di un programma", senza distinguere a seconda della natura tangibile o meno di questa. Cfr. CGUE, 3 luglio 2012, cit., para. 40, 42, 48 e 59.

La decisione parrebbe implicare l'esistenza di una proprietà specifica su beni immateriali, come un software scaricato via Internet. L'applicabilità di questo modello ad altri beni immateriali, come i dati, resta da valutare.

Anche alcuni tribunali nazionali si sono occupati di questioni tangenzialmente collegate al tema della proprietà dei dati. I tribunali e la maggior parte degli accademici tedeschi[557] si sono opposti alla possibilità di configurare una proprietà sui dati in quanto tali, poiché questi difetterebbero del requisito essenziale della materialità[558], né rientrerebbero nella nozione giuridica di "bene" ai sensi del codice civile tedesco[559].

La dottrina italiana, debitrice della tradizione tedesca, ha adottato una impostazione analoga[560].

Anche le corti britanniche hanno concluso che i dati non possono essere oggetto di proprietà e hanno fatto discendere da ciò diverse conseguenze: a) la loro sottrazione non può integrare il reato di furto che la presuppone[561]; b) i dati non sono idonei a divenire oggetto di pegno[562]; c) né può essere dato alcun diritto proprietario sul contenuto di una e-mail[563].

---

[557] Cfr. DORNER M., *Big Data und "Dateneigentum"*, CR, 2014, 9, 617; GRÜTZMACHER M., *Dateneigentum – ein Flickenteppich*, CR, 2016, 8, 485.

[558] LG Konstanz, 10 maggio 1996 – 1 S 292/95, in NJW 1996, 2662.

[559] OLG Dresden, 5 settembre 2012 – 4 W 961/12, in ZD 2013, 232.

[560] TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2009, 98; ZENO ZENCOVICH V., *Informazione (profili civilistici)*, Digesto disc. priv., sez. dir. civ., Vol. IX, Torino, 1993, 421: "*Sembra da escludere recisamente la possibilità di vantare sui dati che riguardano se stessi un diritto reale, difettando l'essenziale requisito della corporalità*". Anche i diritti di proprietà intellettuale, pur stabilendo obblighi *erga omnes* esattamente come diritti reali, non sarebbero diritti reali e il loro oggetto non sarebbe una "cosa" in quanto tale, ma alcune modalità di utilizzo dell'attività immateriale. Cfr. AUTERI P., *Le tutele reali*, in NIVARRA L. (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*. Profili sostanziali e processuali, Giuffrè, Milano, 2005, 8; ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza*, cit., 766; RICOLFI M., *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 1051.

[561] *Oxford v Moss* [1979] 68 Cr App Rep 183. Cfr. HARVEY D.J., *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule Making in the Internet Age*, Hart Publishing, 2017, 125. *Contra* REES C., *Who Owns our Data?*, Computer Law & Security Review, 2014, 30, 1, 75, che conclude che i dati possano essere oggetto di proprietà.

[562] *Your Response v Datateam Business Media* [2014] EWCA Civ 281.

[563] *Fairstar Heavy Industries v Adkin*, [2013] EWCA Civ 886, è stata chiamata ad accertare se una società avesse diritto alle informazioni contenute nelle e-mail inviate e ricevute per conto della società da un amministratore delegato che non era impiegato sulla base di un contratto di lavoro subordinato, ma prestava la sua attività attraverso una società di servizi terza. Il giudice ha concluso che non vi fossero "*compelling practical reasons that support the existence of a proprietary right*", tuttavia, egli avverte l'esistenza di una lacuna che il diritto dovrebbe essere in grado di coprire. Per un commento si vedano ANDERSON M., *Emails (and other pure information) are not property*, JIPLP, 2013, 8, 5, 357-358; GRIGGS L.D., *The consumer and virtual or digital property – is this an oxymoron?*, Property Law Review, 2014, 4, 1, 35-38. In appello ([2013] EWCA Civ886) Lord Justice Mummery ha riformato la decisione di Mr. Edwards-Stuart, escludendo l'opportunità di decidere la vertenza ricorrendo all'applicazione del diritto di proprietà: "*the claim to property in intangible information presents obvious definitional difficulties having regard to the criteria of certainty, exclusivity, control and assignability that normally characterise property rights and distinguish them from personal rights*". Cfr. MUMMERY J., *Property in the Information Age*, in BARR W. (ed), *Modern Studies in Property Law*, Vol. 8, Hart Publishing, Bloomsbury, 2015, 3; REES C., cit., 75, critica l'approccio della Corte, evidenziando come "*the English courts through*

Maggiori aperture verso la possibilità di considerare i dati come oggetto di proprietà si sono registrati sul fronte della disciplina penalistica.

La Cour de Cassation francese ha ritenuto che il downloading di dati informatici possa integrare gli estremi del reato di furto, pur non essendovi sottrazione di un supporto materiale, riconoscendo quindi, implicitamente, che tali dati potrebbero essere oggetto di proprietà [564].

In un caso concernente un dipendente che aveva eliminato dati senza previa autorizzazione del datore di lavoro, il Tribunale di Norimberga ha ammesso che il reato di furto possa configurarsi solo qualora i dati siano stati creati su commissione del datore di lavoro. In tal caso, troverebbero infatti applicazione analogica le norme sulla c.d. invenzione "di servizio", che attribuiscono automaticamente al committente il diritto di sfruttamento economico del brevetto sull'invenzione realizzata dal prestatore di lavoro nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro o d'impiego, in cui l'attività inventiva (studio, ricerca, sperimentazione, progettazione, ecc.) sia prevista come oggetto del contratto o del rapporto [565]. In caso contrario, invece, la valutazione potrebbe essere diversa [566], rimanendo la titolarità del dato in capo al lavoratore [567], con conseguente facoltà di cancellarlo [568].

---

their inbuilt caution and pragmatism are content to sit on the fence of this debate for the time being, but do not rule out the possibility of change in the future". PALKA P., *Redefining "property" in the Digital Era. When online, do as the Romans did,* EUI Working Paper Law 2016/08, 7, sostiene che il problema stia nel fatto che le email contengono informazioni e allo stesso tempo siano informazione. In altre parole, il termine informazione è oggi diventato ambiguo, nella misura in cui esso identifica sia il contenitore che il contenuto.

[564] Decisione 20 maggio 2015 (No14-81336). Cfr. BERLIOZ P., *Consécration du vol de données informatiques. Peut-on encore douter de la propriété de l'information?,* Revue des contrats, 2015, 4, 951. Altri commentatori concludono che i dati non sarebbero appropriabili *tout court*: cfr. MENDOZA-CAMINADE A., *La protection pénale des biens incorporels de l'entreprise: vers l'achévement de la dématérialisation du délit*, Recueil Dalloz, 2015, 7, 415; CASTETS-RENARD C., *Les opportunités et risques pour les utilisateurs dans l'ouverture des données de santé: big data et open data*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 2014, 108, 38.

[565] Cfr. l'art. 64, co. 1, c.p.i. che deroga all'art. 2595 c.c. secondo cui "*Il prestatore di lavoro ha diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione fatta nello svolgimento del rapporto di lavoro*". Il contratto di lavoro deve prevedere nell'oggetto della prestazione "*non solo l'attività prodromica e funzionale all'invenzione, ma anche la eventuale invenzione e conseguentemente l'utilità che da essa potrà essere tratta*" (Cass. civ. 5 novembre 1997, n. 10851, Riv. dir. ind. 1998, II, 181, con nota di CALISSE) e contestualmente stabilire la retribuzione assegnata per l'attività inventiva, a compenso dello "*sforzo di ricerca di un* quid novi *assunto contrattualmente*" (Cass. civ. 19 luglio 2003, n. 11305, Foro it. 2004, I, 2478). Se nel corso del rapporto di lavoro, o di impiego, senza che sia prevista o stabilita alcuna retribuzione per l'attività inventiva (c.d. invenzione d'azienda), il dipendente realizza un'invenzione (Cass. civ. 24 gennaio 2006, n. 1285, Riv. dir. ind. 2007, 2, II, 93, con nota di FRANCHINI STUFLER), i diritti derivanti dalla stessa appartengono sempre al datore di lavoro, ma all'autore spetta un "equo premio" (co. 2), consistente in "*un trattamento economico straordinario a carattere indennitario*" (Cass. civ.16 gennaio 1979, n. 329, Riv. dir. ind. 1980, II,268), derivante dal fatto che la tecnologia brevettata conferisce "*al datore di lavoro un effettivo vantaggio competitivo rispetto alle imprese concorrenti dando origine ad un quid pluris di redditività aziendale alla quale è giusto che partecipi il dipendente*" (Relazione illustrativa del testo del "Codice della proprietà industriale", 11.3).

[566] OLG Nürnberg 1. Strafsenat, 23 gennaio 2013, 1 Ws 445/12.

[567] Le invenzioni realizzate dal dipendente al di fuori del rapporto lavorativo (c.d. invenzioni occasionali) – quindi al di fuori dello stesso orario di lavoro – (Cass. 6 marzo 1992, n. 2732, Giust. civ. 1992,

8.1. *L'appropriazione indebita di beni immateriali e la qualificabilità dei dati informatici come cose mobili ai sensi della legge penale*

La questione se i dati informatici, in particolare singoli files, possano essere qualicati come cose mobili, ai sensi delle disposizioni della legge penale ha formato oggetto di cognizione anche dei giudici italiani.

Con alcune pronunce è stato escluso che i files possano formare oggetto del reato di furto, di cui all'art. 624 c.p., osservando che la particolare natura dei documenti informatici rappresenta un ostacolo logico alla realizzazione dell'elemento oggettivo della fattispecie incriminatrice, ovvero la condotta tipica della "sottrazione" e dell'"impossessamento" della cosa mobile altrui. Nell'ipotesi di semplice copiatura non autorizzata di "files" contenuti in un supporto informatico altrui, infatti, non si realizza la perdita del possesso della *res* da parte del legittimo detentore, che resta comunque nella disponibilità materiale e giuridica del titolare[569]. La fattispecie di furto trova dunque applicazione solo nel caso in cui la sottrazione si estenda ai supporti materiali su cui i dati sono impressi.

I limiti di applicazione del furto sono suppliti dal delitto di appropriazione indebita *ex* art. 646 c.p.[570], che – a differenza del primo – presuppone l'effetto di definitiva sottrazione del bene al titolare del diritto di godimento[571]. Ciononostante, la

---

I,2400 e Id. 19 luglio 2003, n. 11305, cit.), comporteranno per il datore di lavoro un diritto di opzione – da esercitare entro tre mesi dalla data di ricevimento della comunicazione dell'avvenuto deposito della domanda di brevetto – per l'uso, esclusivo o non esclusivo dell'invenzione o per l'acquisto del brevetto, nonché per la facoltà di chiedere od acquisire, per la medesima invenzione, brevetti all'estero. In caso di esercizio dell'opzione, il dipendente avrà diritto ad vedersi corrisposto un canone di licenza o il prezzo di cessione dell'invenzione, da fissare con eventuale deduzione di una somma corrispondente agli aiuti che l'inventore abbia comunque ricevuti dal datore di lavoro.

[568] HOEREN T., *Big Data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, EIPR, 2014, 36, 12, 751.

[569] Cass., sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 44840, Petrosino, Rv. 249067; Id., sez. IV, 13 novembre 2003, n. 3449, Grimoldi, Rv. 229785.

[570] La norma così come modificata dall'art. 1, co. 1, lett. u), L. 9 gennaio 2019, n. 3, contenente "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" (c.d. legge anticorruzione), in vigore dal 31 gennaio 2019, recita "*Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 1.000 a euro 3.000*".

[571] PEDRAZZI C., *Appropriazione indebita*, Enc. dir., II, Milano, 1958, 833, ha precisato, al riguardo, la necessita di "un risultato irreversibile" che viene inteso come l'instaurazione di un rapporto *animo domino*, idoneo ad attestare in modo univoco l'avvenuta interversione del possesso. Nella giurisprudenza di legittimità si afferma da tempo che è configurabile il reato di furto e non quello di appropriazione indebita ove l'agente abbia la detenzione della cosa ma non un autonomo potere dispositivo sul bene (Cass. pen., sez. IV, 25 ottobre 2018, n. 54014, Veccari, Rv. 274749; Id., sez. V, 5 marzo 2018, n. 31993, Franceschino, Rv. 273639; Id., sez. IV, 2 febbraio 2013, n. 10638, Santoro, Rv. 255289). Il reato di cui all'art. 646 c.p., infatti, si distingue da quello di furto proprio per la situazione di possesso della cosa altrui, là dove la nozione di possesso cui allude la fattispecie incriminatrice coinvolge ogni situazione giuridica che si concretizza nel potere di disporre della cosa in modo autonomo al di fuori della sfera di vigilanza del proprietario, riferendosi, dunque, in tal senso, anche alla detenzione. Quando, invece, l'agente non ha alcuna facoltà idonea ad esercitare il possesso, deve ravvisarsi il delitto di furto e non di appropriazione indebita. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 23091, Esposito, Rv. 240295; Id.,

giurisprudenza era solita negare comunque l'applicazione di tale disposizione alla sottrazione di files e dati informatici, sul presupposto che oggetto materiale della condotta di appropriazione non potesse comunque essere un bene immateriale[572]. Anche in questo caso, cadeva sotto la portata applicativa della norma solo la condotta avente ad oggetto i documenti fisici che contenessero i beni immateriali[573]. Per mezzo di tale espediente, la Cassazione aveva ritenuto indebitamente appropriati i dati bancari di una società – in sé bene immateriale – in quanto trasfusi ed incorporati nella stampa del contenuto del sito di *home banking*[574]; nonché disegni e progetti industriali coperti da segreto, riprodotti su documenti di cui l'imputato si era indebitamente appropriato[575]. Analogo principio era stato affermato in relazione al delitto di ricettazione di supporti contenenti dati informatici[576].

L'esclusione si giustificava in ragione del tenore testuale della norma incriminatrice ed in particolare nell'individuazione di "*denaro od altra cosa mobile*" quale oggetto materiale della condotta punibile. La nozione di "cosa mobile" nella materia penale si caratterizzava infatti in funzione della necessità che la cosa appropriata fosse suscettibile di "*fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione, e che a sua volta possa spostarsi da un luogo ad un altro*" [577]. Le pronunce menzionate facevano conseguire da tale definizione l'esclusione delle entità immateriali

---

sez. V, 17 dicembre 2014, n. 7304, dep. 2015, Sorio, Rv. 262743; Id., sez. IV, 24 novembre 2016, n. 6617, dep. 2017, Frontino, Rv. 269224. Ciò che è decisiva, quindi, è l'indagine circa il potere di disponibilità sul bene da parte dell'agente: se questo sussiste, il mancato rispetto dei limiti in ordine alla utilizzabilità del bene integra il reato di appropriazione indebita; in caso contrario, è configurabile il reato di furto. Cfr. Cass. pen., 15 gennaio 1997, n. 2032, Flosci, Rv. 208668. In applicazione di questi orientamenti, la Cassazione ha confermato confermato la qualificazione del reato in quello previsto dall'art. 624 c.p., allorché l'imputata aveva avuto l'autorizzazione ad aprire la cassaforte per motivi ben precisi e secondo un'operatività molto limitata e specifica. Una posizione individuale, dunque, ben lontana da quella disponibilità autonoma di un bene evocata dalla nozione di possesso contenuta nella disposizione di cui all'art. 649 c.p. Cfr. Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2020, n. 33105.

[572] Cass., sez. II, 12 luglio 2011, n. 33839, Simone, Rv. 251179, Riv. pen., 2012, 3, 300, relativa all'ipotesi dell'agente assicurativo che non versi alla società di assicurazioni, per conto della quale operi, la somma di denaro corrispondente ai premi assicurativi riscossi dai subagenti ma a lui non versati, trattandosi di crediti di cui si abbia disponibilità per conto d'altri. E così si è ritenuto costituire un bene immateriale, che non rientra nel concetto di cosa mobile e che quindi non può formare oggetto di appropriazione indebita, le quote di una società, di cui l'intestatario fiduciario si sia appropriato, non avendo ottemperato all'obbligo di restituirle alla scadenza convenuta al fiduciante (Cass. pen., sez. II, 26 settembre 2007, n. 36592, Riv. pen. 2008, 2, 161).

[573] Nell'ipotesi di appropriazione di documentazione industriale e commerciale sia pure rappresentativa di un'idea immateriale si è ritenuto ravvisabile il reato di cui all'art. 646 c.p. Cfr. Cass., sez III, 25 gennaio 2012, n. 8011, Cass. Pen., 2013, 4, 1499.

[574] Cass., sez. V, 30 settembre 2014, n. 47105, Capuzzimati, Rv. 261917, Riv. Pen., 2015, 1, 34 e in Foro it., 2015, 6, II, 352.

[575] Cass., sez. II, 11 maggio 2010, n. 20647, Corniani, Rv. 247270.

[576] Cass., sez. II, 18 febbraio 2016, n. 21596, Tronchetti Provera, Rv. 267162 Cass. pen., 2017, 1, 236 e in Riv. Pen., 2016, 7-8, 645.

[577] Cass., sez. II, 11 maggio 2010, n. 20647, cit., secondo cui la capacità di spostarsi deriva alla *res* "*o perché ha l'attitudine a muoversi da sé oppure perché può essere trasportata da un luogo ad un altro o, ancorché non mobile ab origine, resa tale da attività di mobilizzazione ad opera dello stesso autore del fatto, mediante sua avulsione od enucleazione*".

(le opere dell'ingegno, le idee, le informazioni in senso lato) dal novero delle cose mobili suscettibili di appropriazione. L'equiparazione alle cose mobili di un bene sostanzialmente immateriale come l'energia, stabilita dall'art. 624, co. 2, c.p. in relazione alla fattispecie di furto[578], veniva considerata di stretta interpretazione in conformità al divieto di analogia in materia penale.

Solo di recente, in una fattispecie concernente la condotta di un avvocato che, dopo aver comunicato la propria volontà di recedere da uno studio associato, si era impossessato di alcuni fascicoli, cancellandoli dal server dello studio, è stata affermata la possibilità che oggetto della condotta di furto potessero essere anche i files[579]. Difettava, tuttavia, in tale pronuncia, uno specifico approfondimento della questione, per il quale si è dovuto attendere una recentissima decisione della Corte di Cassazione[580]. La vicenda concerneva un ex dipendente che, prima di presentare le dimissioni al proprio datore di lavoro per legarsi a compagine societaria concorrente, restituiva il notebook aziendale con l'hard disk formattato, senza traccia dei dati informatici originariamente presenti, che venivano ritrovati, in parte, nella disponibilità di computer personali.

La Corte contesta l'assunto da cui muoveva giurisprudenza e dottrina prevalente secondo cui il dato informatico non possieda i caratteri della materialità, propri della "cosa mobile". Al contrario, una più accorta analisi della nozione scientifica di dato informatico e della struttura di un file[581], conduce a ritenere l'opposto. I files presentano almeno due delle caratteristiche tipiche delle cose mobili: a) la materialità e b) la trasferibilità tra dispositivi che li contengono, oltre che nell'ambiente informatico rappresentato dalla rete Internet.

Sotto il primo profilo, un file rappresenta la "*struttura principale con cui si archiviano i dati su un determinato supporto di memorizzazione digitale*". Questa struttura non è una entità astratta, ma possiede una propria dimensione fisica. I files occupano una porzione di memoria quantificabile, costituita da celle denominate convenzionalmente byte[582]. Queste rappresentano lo spazio in cui vengono collocati i bit o cifre binarie (0 oppure 1)[583]. Dall'acronimo inglese corrispondente all'espressione binary digit, i bit sono l'unità fondamentale di misura attraverso cui qualsiasi dispo-

---

[578] "*Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico*".

[579] Cass., sez. V, 19 febbraio 2015, n. 32383, Castagna, Rv. 264349, Cass. pen., 2016, 3, 1020. Per una nota, v. CAPITANI F., *La vendetta dell'ex associato: sottrae dati ed atti dall'ex studio professionale. La proprietà è comune, si tratta di furto*, Dir. e giust., 2015, 30, 72.

[580] Cass. pen., 10 aprile 2020, n. 11959, Dir. e giust., 74, 2020, 4, con nota di GRILLO P., *I file informatici sono suscettibili di appropriazione: la Suprema Corte ci spiega perché.*

[581] La definizione informatica comunemente accolta dalla normativa tecnica (ISO/IEC 2382 – 1:1993) di file lo descrive come "*insieme di dati, archiviati o elaborati, cui sia stata attribuita una denominazione secondo le regole tecniche uniformi*". BORRUSO R., RUSSO S., TIBERI C., *L'informatica per il giurista. Dal BIT ad Internet*, Giuffrè, Milano, 2009, 25 s., definiscono "file" un archivio, cioè un insieme di record logici omogenei, costituiti da dati dello stesso tipo e della stessa struttura, collegati tra loro per il soggetto e l'oggetto.

[582] ISO/IEC 2382:2015 – 2121333.

[583] ISO/IEC 2382:2015 – 2121573.

sitivo informatico è in grado di elaborare, archiviare, leggere, classificare i dati informatici inseriti nel file. La dimensione della memoria dipende dalla quantità di dati che in essa possono esser contenuti. Ne consegue che "*il file, pur non potendo essere materialmente percepito dal punto di vista sensoriale, possiede una dimensione fisica costituita dalla grandezza dei dati che lo compongono, come dimostrano l'esistenza di unità di misurazione della capacità di un file di contenere dati e la differente grandezza dei supporti fisici in cui i files possono essere conservati e elaborati*".

Avendo riguardo al profilo *sub* lett. b), invece, i dati possono subire operazioni (ad esempio, la creazione, la copiatura e l'eliminazione) tecnicamente registrate o registrabili dal sistema operativo.

Resta, invece, assente nel file, la possibilità di materiale apprensione del dato informatico, che normalmente caratterizza le cose mobili. La Cassazione ha negato tuttavia la necessità di dover riscontrare tale caratteristica. Oltre a non essere desumibile dai testi di legge, che, nella materia penalistica, non contengono definizione alcuna di "cosa mobile", è giunto comunque il momento di "*prendersi atto che il mutato panorama delle attività che l'uomo è in grado di svolgere mediante le apparecchiature informatiche determina la necessità di considerare in modo più appropriato i criteri classificatori utilizzati per la definizione di nozioni che non possono rimanere immutabili nel tempo*". Occorre pertanto adottare una interpretazione evolutiva di "cosa mobile" che consenta di qualificare come tale anche il file suscettibile di divenire l'oggetto materiale delle condotte di appropriazione. In questa prospettiva, è corretto rilevare che l'elemento della tangibilità, della quale l'entità digitale è sprovvista, perde notevolmente peso alla luce di tutte le altre caratteristiche (trasferibilità e custodibilità in ambienti virtuali) che ben consentono al dato di formare oggetto di condotte di sottrazione e appropriazione. Perciò, il difetto del requisito della "fisicità" della detenzione "*non costituisce elemento in grado di ostacolare la riconducibilità del dato informatico alla categoria della cosa mobile*". Anche il denaro è suscettibile di operazioni contabili e di trasferimenti giuridicamente efficaci, eseguiti attraverso disposizioni effettuate in via telematica, in assenza di una materiale apprensione delle unità fisiche di denaro oggetto delle singole disposizioni. Eppure è pacifico che le condotte dirette alla sottrazione o all'impossessamento del denaro, possono integrare le ipotesi di reato corrispondenti, anche se realizzate senza alcun contatto fisico con il denaro.

In conclusione, "*pur se difetta il requisito della apprensione materialmente percepibile del file in sé considerato (se non quando esso sia fissato su un supporto digitale che lo contenga), di certo il file rappresenta una cosa mobile, definibile quanto alla sua struttura, alla possibilità di misurarne l'estensione e la capacità di contenere dati, suscettibile di esser trasferito da un luogo ad un altro, anche senza l'intervento di strutture fisiche direttamente apprensibili dall'uomo*".

Tale interpretazione risulta in sintonia con l'unico dato testuale che la legge penale riproduce nella definizione della categoria dei beni suscettibili di costituire l'oggetto delle condotte tipiche dei delitti contro il patrimonio e non si pone in contrasto con i principi di legalità, tassatività e determinatezza[584]. Nell'interpretazione

[584] Si tratta dei principi volti a garantire l'intervento della legge penale quale *extrema ratio*, subordi-

della nozione di "cosa mobile" in relazione alle caratteristiche del dato informatico (file), ricorre infatti quello che la Corte costituzionale definisce il "*fenomeno della descrizione della fattispecie penale mediante ricorso ad elementi (scientifici, etici, di fatto o di linguaggio comune), nonché a nozioni proprie di discipline giuridiche non penali*". In tali situazione, "*il rinvio, anche implicito, ad altre fonti o ad esterni contrassegni naturalistici non viol[a] il principio di legalità della norma penale – ancorché si sia verificato mutamento di quelle fonti e di quei contrassegni rispetto al momento in cui la legge penale fu emanata – una volta che la reale situazione non si sia alterata sostanzialmente, essendo invece rimasto fermo lo stesso contenuto significativo dell'espressione usata per indicare gli estremi costitutivi delle fattispecie ed il disvalore della figura criminosa. In tal caso l'evolversi delle fonti di rinvio viene utilizzato mediante interpretazione logico-sistematica, assiologica e per il principio dell'unità dell'ordinamento, non in via analogica*" [585].

In linea con questi presupposti, l'abbandono del requisito della fisicità risulta del tutto coerente con la *ratio* sottesa alla selezione dei beni suscettibili di formare oggetto delle condotte di reato di aggressione all'altrui patrimonio. Questa è infatti individuabile nella correlazione delle condotte penalmente rilevanti all'attività diretta a spogliare il titolare del bene dalla possibilità di esercitare i diritti connessi

---

nando l'applicazione della sanzione penale alla necessità che "*nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili*", non potendosi "*concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili*". Cfr. Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96, Giust. pen., 1981, I, 226; Giur. cost., 1981, I, 806; Cass. pen., 1981, 1924; Foro it., 1981, I, 1815; Riv. it. dir. e proc. pen., 1981, 1147; Giust. pen. 1981, I, 226. Ancora di recente la Corte costituzionale ha ricordato che "*l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo*". Cfr. Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25, Foro it., 2019, 5, I, 1516; Giur. cost., 2019, 1, 363, che riprende, a sua volta, le enunciazioni delle precedenti decisioni Id, 11 giugno 2014, n. 172, Foro it., 2014, 9, I, 2283, Cass. pen., 2014, 10, 3270, Resp. civ. e prev., 2014, 5, 1541 e in Giur. cost., 2014, 3, 2729; Id., 23 luglio 2010, n. 282, Giur. cost., 2010, 4, 3535 e Cass. pen., 2011, 6, 2187; Id., 30 gennaio 2009, n. 21, Cass. pen., 2009, 7-8, 2804, Giur. cost., 2009, 1, 144 e *Ibid.*, 2, 1215, Foro it., 2009, 4, I, 959 e Id., 13 gennaio 2004, n. 5 Giur. cost., 2004, 1, 80, Cass. pen., 2004, 1541, Riv. dir. int., 2004, 515 e in Foro it., 2004, I, 1678. Ciò che rileva, come insegna il Giudice delle leggi, è che "*la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce*". Cfr. Corte cost. 1 agosto 2008, n. 327, Cass. pen., 2009, 3, 995, Giur. cost., 2008, 4, 3529 e in Riv. giur. ambiente 2009, 2, 335, con nota di CILIA D. Un quadro generale della giurisprudenza costituzionale relativa al principio di determinatezza è offerto da PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità dellaregula iuris*, in VASSALLI G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 49.

[585] Corte cost., 27 luglio 1995, n. 414, Giust. pen., 1995, I, 321, Cass. pen., 1996, 28, Giur. it., 1996, I, 26.

all'utilizzazione del bene. Da questo punto di vista, è chiaro che il presupposto logico indefettibile della sottrazione (violenta o mediante attività fraudolente o, comunque, dirette ad abusare della cooperazione della vittima) è la disponibilità, da parte dei soggetti titolari, dei beni su cui cade la condotta penalmente rilevante. Non certo la sua fisicità.

8.2. *Le resistenze all'applicazione estensiva della nozione civilistica di proprietà ai beni immateriali*

Sulla base della giurisprudenza penalistica, eminenti studiosi hanno suggerito la possibilità di ravvisare un diritto di proprietà sui dati anche in termini civilistici. Il beneficiario del diritto sarebbe il creatore dei dati, anziché il proprietario del supporto[586]. La forte connotazione penalistica della giurisprudenza a supporto di questa ipotesi e la nota separazione ermeneutica tra le due branche del diritto sconsigliavano tuttavia ogni tentativo di interpretazione analogica[587]. La nozione penalistica di cosa mobile non coincideva infatti con quella civilistica, rivelandosi per certi aspetti più ridotta (laddove non considerava cose mobili le entità immateriali), per altri più ampia (laddove comprende beni che, originariamente immobili o costituenti pertinenze di un complesso immobiliare, siano mobilizzati, divenendo potenzialmente oggetto di appropriazione).

Queste posizioni riflettono come gli attuali dibattiti siano ancora permeati dalla *summa divisio* materiale/immateriale. I nuovi beni digitali (informazioni, dati personali, oggetti virtuali, acquisti in-app, criptovalute ecc.), oggetto di relazioni di diritto privato, tendono tuttavia a sfuggire a tale dicotomia[588]. La giurisprudenza d'altronde mostra una significativa tendenza verso il superamento di tale dicotomia, unitamente alla presa di coscienza che "*talune categorie giuridiche…, coniate in epoche in cui erano del tutto sconosciute le attuali tecnologie informatiche, devono necessariamente esser nuovamente considerate, al fine di render effettiva la tutela cui mirano le disposizioni incriminatrici dei delitti contro il patrimonio*".

Tra queste pare dover rientrare anche la nozione di proprietà in senso civilistico, la quale, seppur concepita come diritto sui beni materiali, non ha motivo di non dover trovare applicazione anche ai beni immateriali, almeno fintanto che l'ordinamento non preveda già specifici diritti di privativa su di essi, come nel caso dei diritti di proprietà intellettuale o dei diritti riservati al soggetto interessato sui propri dati personali, la cui applicazione deve ritenersi prioritaria in forza del principio di specialità. Nel momento in cui la nozione penalistica di proprietà e di cosa mobile apre alla inclusione dei beni immateriali, nonostante i rigidi vincoli imposti dal principio costituzionale di stretta legalità, non v'è d'altronde ragione perché si-

---

[586] HOEREN T., *Dateneigentum – Versuch der Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht*, MMR, 2013, 8, 486.

[587] WIEBE A., *op. cit.*, 66, secondo cui "*specific criminal law protection cannot be transferred one to one into civil law*".

[588] PALKA P., cit., che suggerisce una nuova classificazione dei beni tripartite: corporali, digitali e incorporali.

mile percorso non debba essere accettato in relazione alle corrispettive nozioni civilistiche, che non conoscono vincoli analoghi.

La dottrina civilistica si è tuttavia mostrata scettica ad applicare il diritto di proprietà come norma residuale capace di offrire un'*extrema ratio* di tutela avverso l'appropriazione non autorizzata di beni immateriali che non trovi ristoro alla luce della *lex specialis* contenuta nel Codice di proprietà industriale, nella legge sul diritto d'autore o nel Codice della Privacy. La smaterializzazione dei beni sembra comportare la scomparsa della proprietà privata e non a caso alcuni hanno suggerito di parlare di "non proprietà" in abmiente digitale[589].

Anche la giurisprudenza parrebbe seguire questa impostazione. Esclusa l'applicazione di diritti di proprietà intellettuale, l'utilizzo da parte di terzi di dati e informazioni altrui "*non può essere considerato illecito in quanto non si pone in violazione di alcuna norma giuridica ritualmente azionata in questo giudizio*".Tanto è emerso da una recente pronuncia del Tribunale di Torino del 1 febbraio 2019, concernente la possibilità di opporsi alla circolazione non autorizzata di un modello di Duvri[590], ideato dall'attore a favore degli amministratori di condomini, al fine di coordinare i rischi e le misure di sicurezza da adottare nel caso di presenza di più imprese operanti all'interno del medesimo condominio. La difesa di parte attrice aveva specificato in atti che oggetto della doglianza non era "*l'autorialità del modello di Duvri, ma l'utilizzo non autorizzato di un bene di sua proprietà in numerosissime occasioni e con un indebito guadagno da parte di terzi*". In particolare, tale bene doveva considerarsi di natura immateriale, essendo allegata solo la sottrazione del *corpus mysticum*, ovvero dell'ideazione intellettiva del modello (non del supporto fisico che lo conteneva).

A riguardo, il Tribunale ha chiarito che "*I beni immateriali giuridicamente rilevanti in ambito aziendale … sono solo quelli previsti dall'ordinamento, costituendo essi quindi un numero chiuso, dovendosi pertanto verificare in questa sede se l'utilizzo del modello di Duvri da parte del convenuto costituisce o meno violazione di un diritto su un bene immateriale giuridicamente rilevante come disciplinato dalla normativa di riferimento, ovvero il codice di proprietà industriale (c.p.i.)*".

Su queste basi, il Tribunale ha passato in rassegna tutte le privative astrattamente applicabili, escludendone una ad una la rilevanza[591] e ha concluso che il modello

---

[589] QUARTA A., SMORTO G., *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier Università, 2020.

[590] Documento unico di valutazione dei rischi da interferenze nelle attività condominiali imposto dal d.lgs. n. 81/2008 di "Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro".

[591] Esclusa l'applicazione della tutela autoriale in quanto parte attrice espressamente aveva negato di aver ricercato in giudizio una siffatta tipologia di tutela, il giudice ha pure escluso l'applicabilità del c.p.i. Al riguardo ha premesso che il Duvri oggetto di causa non rientra in nessuno dei beni immateriali di cui all'elenco contenuto nell'art. 1 del c.p.i.: "*non è palesemente un marchio, un segno distintivo, un'indicazione geografica, una denominazione d'origine, un'invenzione brevettabile, una topografia dei prodotti a semiconduttori, un segreto commerciale (essendo di pubblico dominio) o una nuova varietà vegetale. Il Duvri non è neppure un modello rilevante ai fini della tutela industriale (per quanto parte attrice definisca "modello" il proprio elaborato)*" secondo la definizione offerta dall'art. 31 del c.p.i. "*E neppure il Duvri può essere qualificato come modello di utilità*" ai sensi dell'art. 82 c.p.i.

Duvri "*non può godere della protezione che il c.p.i. riserva ai beni immateriali giuridicamente rilevanti in ambito commerciale ed aziendale*". Di conseguenza "*l'utilizzo da parte del convenuto di un modello di Duvri identico … non può essere considerato illecito in quanto non si pone in violazione di alcuna norma giuridica ritualmente azionata in questo giudizio*".

Sussisterebbe, in altre parole, un numero chiuso di beni immateriali giuridicamente rilevanti e di diritti proprietari azionabili a tutela di questi, non estensibile per via interpretativa ed in assenza di una previsione legislativa ad hoc. Tale numero chiuso impedirebbe pertanto di restringere il pubblico dominio oltre la portata delle privative industrialistiche istituite dal legislatore.

La difficoltà di ricondurre la tutela dei dati sotto l'ombrello dei diritti di proprietà riconosciuti dall'ordinamento è emersa chiaramente andando ad analizzarne partitamente la portata.

9. *L'assenza di un quadro normativo idoneo a tutelare il dato in sé, la creazione di monopoli di fatto ed il problema del libero accesso ai dati*

L'analisi dei regimi di tutela dei beni immateriali esistenti e della giurisprudenza impegnata nella riqualificazione di categorie giuridiche coniate in epoche in cui erano del tutto sconosciute le attuali tecnologie informatiche, evidenzia come difettino nel nostro ordinamento strumenti di protezione dei dati non personali in sé e per sé[592].

I titolari dei dati possono ricorrere alle normative a tutela delle banche dati, del segreto industriale e a contrasto della concorrenza sleale, e beneficiare – negli angusti limiti sopra evidenziati – di una tutela contro i comportamenti di appropriazione indebita che mettano in pericolo la conservazione e l'uso dei propri dati[593], senza tuttavia ottenere diritti di proprietà esclusiva su di essi. In questo quadro, la discussione si è concentrata sulla questione se questi strumenti giuridici siano sufficienti a rispondere alle esigenze di tutela poste dal mercato dei dati o se un nuovo diritto sui dati debba essere introdotto come strumento giuridico supplementare.

Qualcuno ha concluso che l'attuale quadro giuridico nell'UE non sia ottimale, non faciliti le operazioni sui dati e crei incertezza giuridica in questo mercato in rapida crescita. Ciò disincentiverebbe le iniziative di condivisione dei dati e costringerebbe gli operatori a ricorrere allo strumento contrattuale quale unico mezzo di creazione e gestione di diritti sui dati.

Altri mostrano come, senza una iniziativa legislativa che allochi diritti di proprietà sui dati, questi tenderanno naturalmente ad essere appropriati per via contrattuale dagli attori dotati di maggior potere economico. In questo contesto, il tema della sus-

---

[592] Cfr. ZENO ZENCOVICH V., voce "*Cosa*", cit., 438: "[gli istituti di privativa industriale ed intellettuale] *non si applicano praticamente mai ad una informazione tout court richiedendo un quid pluris che la qualifichi come bene assai più complesso*". VAN ASBROECK B., DEBUSSCHE J., CÉSAR J., *Bird & Bird White Paper on Building the European Data Economy. Data Ownership*, 1 gennaio 2017, 112.

[593] Cfr. ZECH H., *"Industrie 4.0" – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt*, GRUR, 2015, 1158-1159; HOEREN T., *Dateneigentum*, cit., 486.

sistenza di diritti sui dati risulta strettamente correlato al problema dell'accesso ai dati stessi. Posto che lo *status quo* caratterizzato dall'assenza di diritti sui dati crea monopoli di fatto che ne ostacolano l'accesso, l'introduzione di diritti *ad hoc* sui dati consentirebbe al contempo di regolarne i limiti e prevedere ipotesi di libera fruizione.

In questa direzione, ad esempio, l'Unione europea di radiodiffusione (in inglese European Broadcasting Union, abbreviato EBU), l'ente associativo degli operatori pubblici e privati del settore della teleradiodiffusione, ha denunciato la difficoltà con cui i propri associati riescono ad accedere ai dati relativi all'*audience* dei programmi trasmessi su piattaforme online, a causa del rifiuto di queste di comunicarli e dell'assenza di formati standard per la condivisione. L'associazione, nell'evidenziare come tali dati siano essenziali al fine di consentire agli operatori di proporre ed investire in contenuti che riflettano le necessità e le preferenze dei radio e telespettatori, supporta l'introduzione di "*additional rights in law … that goes beyond what [existing] rules are capable of achieving*", ponendo un obbligo *ex ante* di consentire l'accesso a tali dati[594].

Analoghe istanze provengono dalle *collecting societies* che evidenziano l'importanza dell'acquisizione dei dati degli "utilizzatori" di musica, al fine di una migliore ripartizione analitica dei proventi e di una giusta retribuzione degli artisti. Più del 65% della fruizione di musica avviene ormai a mezzo streaming.

La Commissione Europea nella Comunicazione "Una Strategia Europea per i dati" ha espressamente evidenziato i rischi anti-concorrenziali dello scarso accesso ai dati: "*data sharing between companies has not taken off at sufficient scale. This is due to a lack of economic incentives (including the fear of losing a competitive edge) [and] imbalances in negotiating power. […] A case in point comes from large online platforms, where a small number of players may accumulate large amounts of data, gathering important insights and competitive advantages from the richness and variety of the data they hold. The high degree of market power resulting from the "data advantage" can enable large players to set the rules on the platform and unilaterally impose conditions for access and use of data or, indeed, allow leveraging of such "power advantage" when developing new services and expanding towards new markets*" [595].

Sostenere che i dati siano *res nullius*, sottratti a schemi proprietari, sarebbe di fatto una utopia ed equivarrebbe ad assegnare la proprietà sui dati ai grandi *player* dell'industria dell'informazione[596]. Il comportamento degli utenti, restii a farsi condizionare nelle proprie scelte da propositi di tutela dei propri dati personali (c.d.

---

[594] EBU, *EBU Reply to the Commission's Consultation on A European Strategy for Data*, cit.

[595] COMMISSIONE UE, *A European strategy for data*, Bruxelles, 19 febbraio 2020, COM(2020) 66 final, 7-8.

[596] PURTOVA N., *The Illusion of Personal Data as No One's Property*, Law, Innovation, and Technology, 2015, 7, 1, 83-111. Preoccupazioni a riguardo sono state sollevate anche dalla Commissaria Verstager. Cfr. PRAGER A., *Vestager calls for more access to data for smaller platforms*, Euractiv, 10 Maggio 2019, https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/vestager-calls-for-more-access-to-data-for-small-platforms/ (ultimo accesso 13.4.2021); DETRIXHE J., *Instead of breaking up Facebook, the EU may force it to share its data*, Quartz, 17 Maggio 2019, https://qz.com/1622036/break-up-facebook-eus-margrethe-vestager-favors-making-it-share-data-instead/(ultimo accesso 13.4.2021).

privacy paradox)[597], la concentrazione del potere di mercato nel settore dell'industria informativa, strettamente connesso all'incidenza dei c.d. effetti di rete[598] e le asimmetrie informative tra utenti e piattaforme[599] sono fallimenti di mercato che facilitano la concentrazione dei dati in capo a pochi operatori, agevolando la costituzioni di posizioni dominanti ed incentivando le piattaforme a porre in essere pratiche commerciali ingannevoli e / o aggressive a danno dei consumatori[600].

In questo contesto, la Communicazione della Commissione su "Una Strategia Europea per i dati" ammette che tali fallimenti di mercato possono giustificare l'introduzione di diritti di accesso ai dati: "*where specific circumstances so dictate, access to data should be made compulsory under fair, transparent, reasonable, propor-*

---

[597] Il termine viene utilizzato per descrivere il fenomeno per cui, mentre la maggior parte degli utenti afferma di preoccuparsi della protezione dei propri dati, ciò non si riflette nel loro comportamento online. Gli utenti infatti di solito acconsentono alle condizioni d'uso delle piattaforme senza leggerli o dopo averli letti solo parzialmente. Ciò solleva significativi dubbi sul fatto che il consenso prestato dall'interessato sia effettivamente "specifico", "informato" e "non ambiguo" come richiesto dall'art. 4(11) GDPR. Cfr. BARTH S., DE JONG M.J.T., *The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review*, Telematics and Informatics, 2017, 34, 7, 1038-1058; COMMISSIONE UE, *Data Protection Report. Special Eurobarometer 431*, 2015; PEW RESEARCH CENTER, *What Internet Users Know About Technology and the Web*, 2014, 3, disponibile al link https://www.pewresearch.org/internet/2014/11/25/web-iq/ (ultimo accesso 13.4.2021). Cfr. sul punto anche la nota n. 85.

[598] Gli effetti di rete tendono a "inclinare" il mercato verso alcune piattaforme. Gli utenti che le intendono utilizzare devono spesso fare i conti con un'offerta "take it or leave it" (accetta o lascia), che li costringe ad acconsentire ai termini di utilizzo o di servizio stabiliti dalle piattaforme, che spesso comportano l'adesione al trattamento di grandi quantità di dati. L'incentivo a cambiare piattaforma è tuttavia basso. Se la rete di amici e connessioni professionali continua ad utilizzare quella particolare piattaforma, gli utenti sono scoraggiati nel passare alla concorrente, le cui condizioni d'uso sono magari più rispettose della privacy. Conseguentemente le piattaforme non affrontano una competizione efficace e non hanno incentivi ad adottare politiche di trattamento e accesso ai dati più rispettose. Cfr. SCHWEITZER H., CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., *Competition Policy for the Digital Era*, cit., 15; FURMAN J., COYLE D., FLETCHER A., MCAULEY D., MARSDEN P., *Unlocking Digital Competition*, cit.

[599] Nella maggior parte dei casi, le informative sulla privacy sono così (deliberatamente) lunghe e difficili da comprendere da disincentivarne del tutto la lettura. Cfr. MCDONALD A.M., CRANOR L.F., *The Cost of Reading Privacy Policies*, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, 2008, 4, 3, 543-568. Anche quando le leggono, molti utenti potrebbero comunque non essere in grado di capire come vengono elaborati i loro dati, mancando le conoscenze di base necessarie per assumere una decisione informata sul trattamento dei dati a cui acconsentono. Cfr. SOLOVE D., *Privacy Self-Management and the Consent Paradox*, Harvard L. Rev., 2013, 126, 1888.

[600] VAN EIJK N., HOOFNAGLE C.J., KANNEKENS E., *Unfair commercial practices. A complementary approach to privacy protection*, European Data Protection L. Rev., 2017, 3, 1-12. L'AGCM, nella riunione del 29 novembre 2018 (PS11112), ha irrogato nei confronti di Facebook Ireland Ltd. e della sua controllante Facebook Inc. due sanzioni per complessivi 10 milioni di euro, per violazione degli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo. V. par. 3.3. e note 87 e 88.Con provvedimento dell'11 maggio 2017 (PS10601), sempre l'AGCM ha comminato a WhatsApp Inc. una sanzione di 3 milioni di euro, per aver la società indotto gli utenti ad accettare integralmente i nuovi Termini di Utilizzo, in particolare la condivisione dei propri dati con Facebook, facendo loro credere la necessità di tale accettazione, a pena di dover interrompere la fruizione del servizio. Un secondo procedimento istruttorio (CV154), sempre nei confronti di WhatsApp Inc., si è concluso in pari dati con l'accertamento della vessatorietà di diverse clausole del modello contrattuale sottoposto all'accettazione dei consumatori.

tionate and/or non-discriminatory conditions" [601]. In senso analogo, la Competition & Market Authority inglese ritiene ormai indifferibili interventi atti a riequilibrare le asimmetrie informative tra piattaforme e consumatori e rigenerare per questa via un circolo virtuoso pro-concorrenziale nell'offerta di servizi della società dell'informazione [602].

10. *Implicazioni giuridiche dell'introduzione di un diritto proprietario sui dati*

Secondo alcuni commentatori, il legislatore dovrebbe garantire ai consociati un diritto di proprietà sui propri dati che consenta loro di negoziare quali dati rivelare, a quali interlocutori e per quali finalità [603]. In un'economia dell'informazione – osservano – in cui si assiste alla crescente mercificazione delle informazioni (v. par. 3.3), la creazione di nuovi diritti di proprietà sui dati sembra quasi inevitabile [604].

Questi commentatori non ravvisano indicazioni contrarie a proteggere informazioni aventi valore economico allo stesso modo in cui ciò avviene per la terra, i beni mobili e la proprietà intellettuale. Se il mercato funziona bene nel consentire transazioni su altri beni, presumibilmente funzionerebbe anche per quelle aventi ad oggetto dati. Alla privatizzazione dei dati potrebbe altresì seguire un maggior incentivo alle imprese ad internalizzare i costi associati alla raccolta e al trattamento dei dati, nell'auspicio che ciò possa condurre ad un incremento anche dei livelli di tutela dei dati personali [605].

Allo stato, in ogni caso, non esistono molte suggestioni specifiche e dettagliate [606] in ordine alla progettazione di un nuovo diritto di proprietà sui dati. Zech ha pro-

---

[601] COMMISSIONE UE, *A European strategy for data*, cit., 13 e nota 39.

[602] COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Online platforms and digital advertising. Market study final report*, 1 luglio 2020. Il rapporto in particolare suggerisce due misure a tal proposito: a) "*The choice requirement remedy: requiring platforms to give consumers the choice not to share their data for personalised advertising, but instead to receive adverts that are not personalised*"; b) "*Fairness by Design duty: placing a duty on platforms to take steps to ensure that they are promoting consumers' awareness and their ability to make informed choices about the use of their personal data*".

[603] Cfr. BARTLETT R., *Developments in the Law-The Law of Cyberspace*, Harv. L. Rev., 1999, 112, 1634-49; LAUDON K.C., *Markets and Privacy*, Communications of the ACM, 1996, 39, 9, 92-104; LESSIG L., *The Architecture of Privacy*, Vand. J. Ent. L. & Prac., 1999, 63-65; LESSIG L., *Code and other laws of cyberspace*, New York, 1999, 122-35; MELL P., *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness,* Berkeley Tech. L., 1996, 11, 1, 26-41; MURPHY R.S., *op. cit.*, 2383; REES C., *op. cit.*, 75-79.

[604] DREYFUSS R.C., *Information Products: A Challenge to Intellectual Property Theory,* N.Y.U. Int'l L. & Pol., 1988, 20, 925-927; REICHMAN J.H., *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms,* Colum. L. Rev., 1994, 94, 2434-2442.

[605] WIEBE A., *op. cit.*, 67, afferma che "*the allocation of a right could bring some order into a market that now looks more like the wild west*".

[606] Una serie di questioni dovrebbero essere affrontate al fine di formulare una proposta comprensiva: l'oggetto della protezione (cosa si intende per "dati"), l'ambito della protezione (che tipo di interessi

posto di condizionare la protezione alla "codifica" dei dati (che si riferisce alla generazione o alla prima archiviazione o registrazione) e di limitarne la portata attraverso i requisiti del valore aggiunto ("added value") e della novità [607]. Tra le principali ulteriori caratteristiche, il diritto proposto dovrebbe avere una durata limitata (e piuttosto breve), ad esempio due o cinque anni (in ipotesi, con possibilità di proroga) e dovrebbe essere integralmente negoziabile [608]. Dovrebbe proteggere solo avverso l'uso non autorizzato dei dati per finalità commerciali ed essere temperato dalla previsione di eccezioni per uso privato e per scopi scientifici e di ricerca. Sembra inoltre esservi consenso sul fatto che la tutela dovrebbe riguardare la copia di dati già esistenti, mentre la generazione di dati identici *ex novo* dovrebbe essere consentita [609], in analogia alla norma che scrimina il *reverse engineering* in materia di tutela del segreto industriale. Anche la registrazione di tali diritti su Internet dovrebbe essere favorita.

Il modello proprietario di protezione dei dati presenta, tuttavia, anche alcuni svantaggi, che hanno indotto la dottrina dominante a raccomandare un approccio diverso, per così dire "minimalista", fondato sulla mera tutela contrattuale del dato [610].

Il rapporto dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD) sull'innovazione basata sui dati spiega che sebbene la concessione di diritti di proprietà privata sia spesso suggerita come soluzione ai problemi di incentivazione derivanti dall'elevato coefficiente di *free riding*, "*there are many reasons why this may not be valid in the case of data*" [611].

In primo luogo, possono sorgere problemi con l'identificazione, tra i diversi soggetti che prendono parte alla catena di produzione dei dati, di chi debba essere deputato a godere dei diritti di proprietà.

Si è discusso in dottrina quale potrebbe essere il miglior criterio per l'attribuzione dei diritti di proprietà sui dati. Una possibilità è che essi siano assegnati all'imprenditore economicamente responsabile della loro produzione, sebbene ciò non coincida con l'entità effettivamente impegnata nella raccolta o presentazione.

Il problema con questi e altri criteri è che in una catena di dati che ha un certo numero di operatori che entrano tutti, in un modo o nell'altro, in contatto con i dati

---

e usi sono protetti e se ci siano eccezioni e limitazioni che tengano conto degli opposti interessi) e, infine, quali rimedi debbano essere messi a disposizione del titolare dei diritti.

[607] Il primo richiederebbe una valutazione sostanziale, mentre, per quanto riguarda la novità, l'analisi potrebbe incentrarsi sulla domanda se i dati siano già stati creati o archiviati in precedenza. ZECH H., *Information als Schutzgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

[608] ZECH H., *Daten als Wirtschaftsgut– Uberlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers",* CR, 2015, 146; ZECH H., *A legal framework for a data economy,* cit., 468-470, WIEBE A., *op. cit.*, 882.

[609] ZECH H., *Daten als Wirtschaftsgut*, cit., 142-144; WIEBE A., *op. cit.*, 882.

[610] Cfr. BIBAS S.A., *A Contractual Approach to Data Privacy,* Harv. J.L. & Pub. Pol'y, 1994, 17, 592; MARTIN C., *Mailing Lists, Mailboxes, and the Invasion of Privacy: Finding a Contractual Solution to a Transnational Problem,* Hous. L. Rev., 1998, 35, 850; SHORR S., *Personal Information Contracts: How to Protect Privacy Without Violating the First Amendment,* Cornell L. Rev., 1995, 80, 1759.

[611] OECD, *Data-Driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being*, 2015, 195-196.

(e senza dubbio vogliono sfruttarli)[612], identificare il beneficiario del diritto di proprietà si presenta come un compito particolarmente arduo[613].

Concedere una comproprietà sugli stessi dati comporterebbe notevoli effetti negativi sull'accesso agli stessi[614], complice l'applicazione del processo decisionale dell'unanimità previsto dalle norme del codice civile che regolano la comunione[615].

Il dibattito finora non ha raggiunto un consenso attorno ad una soluzione convincente[616]. Pertanto, diversi autori hanno sostenuto che i criteri per l'assegnazione di tali diritti non dovrebbero essere definiti a priori *ex lege*, ma piuttosto lasciati alla libera contrattazione tra le imprese[617].

Tra gli altri potenziali svantaggi del modello proprietario, si può obiettare che:

a) i diritti reali nel nostro ordinamento sono a numero chiuso (il cosiddetto "numerus clausus"), il che significa che il legislatore ha previsto tassativamente ed *ex ante* limitati schemi di protezione[618], non suscettibili di ammettere una nuova categoria di *res* entro la classe di beni predicati di cadere in proprietà[619];

b) un approccio basato sui diritti di proprietà potrebbe richiedere la creazione di un'infrastruttura istituzionale per far funzionare il mercato dell'informazione[620], così come già avviene in altri settori regolamentati.

Uno dei principali argomenti avanzati per giustificare l'assenza di diritti di proprietà sui dati concerne l'impossibilità di osservare o prevedere alcun fallimento del mercato dei dati. Di conseguenza, non sarebbero necessari incentivi legislativi che

---

[612] ITU, *Big Data – Cloud computing based requirements and capabilities*, Recommendation ITU-T Y.3600, 2015, 5, descrive l'ecosistema dei big data.

[613] DREXL J. et al., *Data Ownership*, cit., punto 8. WIEBE A., *op. cit.*, 68, sottolinea che "*One basic decision would be whether to limit such a right to entrepreneurs or commercial entities or also to include consumers as possible rightholders*". Si veda anche ZECH H., *Daten als Wirtschaftsgut*, cit., 142-144; ZECH H., *A legal framework for a data economy*, cit., 469; ZDANOWIECKI K., *op. cit.*, 23-29; KERBER W., *op. cit.*, 6.

[614] DREXL J., *op. cit.*, 6, osserva che potrebbe versarsi in una situazione di tragedia degli anticomuni, in cui troppi diritti di proprietà sulla stessa attività comporterebbero un inutilizzo inefficiente di tale *asset*.

[615] Per la disposizione della cosa comune, ivi compresa la sua alienazione, vale la regola posta dall'art. 1108, co. 3 c.c. che prescrive la necessità del consenso unanime dei partecipanti alla comunione quando venga in considerazione l'intero diritto comune.

[616] WIEBE A., *op. cit.*, 883, e, con particolare riguardo al caso delle macchine connesse, HORNUNG GH., HOEBLE T., *"Data Ownership" im vernetzten Automobil*, CR, 2015, 270-272. Per una panoramica ancora più ampia dei soggetti coinvolti, che potrebbero rivendicare diritti proprietari OECD, *Data-Driven Innovation*, cit., 195-196.

[617] KERBER W., *op. cit.*, 16.

[618] MERRIL T.W., SMITH H.E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus*, Yale L.J., 2000, 110, 1, 8.

[619] WIEBE A., *op. cit.*, 62-77; NUNZIANTE E., *op. cit.*, 2.

[620] A questo proposito, LAUDON K.C., *op. cit.*, propone l'istituzione di un mercato regolamentato nazionale (National Information Market) dove gli individui "*establish information accounts and deposit their information assets and informational rights in a local information bank*", che poi raggrupperebbe e venderebbe pacchetti di dati dietro corrispettivo.

favoriscano o creino le condizioni perché siano redditizie le attività di raccolta e creazione di dati [621]. In effetti, i dati non risultano essere risorse scarse [622] e non parrebbe necessario regolarne l'allocazione sul mercato [623]. I dati non sono nemmeno beni rivali [624] o inesauribili: un numero illimitato di attori può operare utilizzando i medesimi dati, senza interferire con le attività altrui e senza che questo "godimento plurimo e solidale" [625] ne esaurisca il potenziale economico [626].

Poiché i costi marginali dell'utilizzo dei dati da parte di un utente aggiuntivo sono pari a zero, la soluzione ottimale per il benessere, da un punto di vista di analisi economica del diritto, sarebbe quella di garantire l'accesso generale a questi dati gratuitamente, senza introdurre diritti di proprietà che si pongano come barriere all'accesso [627]. Ciò suggerisce che, in relazione ai dati, da un punto di vista regolatorio, istituzioni diverse dalla proprietà potrebbero essere più efficaci [628] e parrebbe preferibile incentivare il pubblico dominio di informazioni gratuite piuttosto che la creazione di monopoli informativi [629].

Anche allorché non sia necessario preservare una risorsa, perché non affetta da scarsità, l'introduzione di diritti proprietari potrebbe ancora giustificarsi al fine di creare le condizioni di mercato idonee a far sì che tale risorsa continui ad essere

---

[621] KERBER W., *Governance of Data: exclusive Propert vs. Access*, IIC, 2016, 47, 759-762.

[622] RADIN M.J., *Property Evolving in Cyberspace,* J.L. & Com., 1996, 15, 514-16. Gli economisti dell'informazione considerano i beni informazionali in generale come beni pubblici perché l'esclusione è spesso troppo costosa e le informazioni sono intrinsecamente non rivali a causa dei bassi costi di riproduzione. Cfr. VARIAN H., *Markets for Information Goods*, Institute for Monetary and Economic Studies Discussion Paper No. 99-E-9; STIGLITZ J.E., *The Contribution of the Economics of Information to Twentieth Century Economics,* Quarterly Journal of Economics, 2000, 115, 1448.

[623] Poiché l'uso di beni materiali quasi sempre ne impedisce l'uso da parte di terzi, questa rivalità nell'uso costituisce l'argomento principale per cui il legislatore concede un diritto di proprietà per allocare l'uso esclusivo di tali beni ad un singolo proprietario.

[624] Sulla non rivalità dei dati, si vedano RICOLFI M., cit., 27; ZECH H*., Daten als Wirtschaftsgut*, *op. cit.*, 139; OECD, *Data-Driven Innovation*, cit., 179; DEWENTER R., LÜTH H., *Big Data: Eine ökonomische Perspektive*, in KÖRBER T., IMMENGA U., *Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie: Dateneigentum, Datenschutz, Datenmacht*, Nomos, 2016, 10.

[625] Per quest'espressione, con riferimento generale ai diritti di proprietà intellettuale, v. OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, Riv. dir. comm., 1964, I, 192.

[626] PURTOVA N., *op. cit.*, 100-105, suggerisce che stiamo andando verso uno scenario diverso in cui poche multinazionali dell'informazione (ad esempio Google, Facebook, Twitter) hanno raggiunto una posizione dominante sul mercato e quindi contribuiscono alla strutturazione di un mercato dell'informazione sempre più basato sulla rivalità e sulla scarsità dei dati personali. Si veda anche MALGIERI G., *op. cit.* e ZUKUNFTSRAT DER BAYERISCHEN WIRTSCHAFT, *Zukunft digital – Big Data: Analyse und Handlungsempfehlungen*, 2016, 99, secondo cui la proprietà di singoli dati e piccoli set di dati potrebbe portare a una scarsità di dati.

[627] SAMUELSON P., *op. cit.*, 1138; RADIN M.J., *Property evolving*, cit., 515; VAN DIJK N., *Intellectual Rights as Obstacles for Transparency in Data Protection*, in DEUKER A. (ed.), *Mobile Marketing in the Perspective of Identity, Privacy and Transparency,* Fidis Report D.11.12., 2009.

[628] FRISCHMANN B.M., MADISON M.J., STRANDBURG K.J., *Governing Knowledge Commons*, Oxford University Press, 2014; OECD, *Data-Driven Innovation*, cit., 179.

[629] DREXL J. et al., *op. cit.*, nega recisamente ogni giustificazione giuridico-economico o necessità di creare diritti di privativa sui dati.

prodotta. Tuttavia, questo non sembra essere un problema per i dati [630]. Al contrario, la creazione di un diritto esclusivo sui dati potrebbe portare ad un eccesso di tutela controproducente. A ben vedere, la protezione dei dati influenzerebbe almeno indirettamente l'accesso e l'uso delle informazioni, nello stesso modo in cui il diritto d'autore o di brevetto creano barriere rispetto alla fruizione di opere creative ed invenzioni [631]. Inoltre, il rafforzamento del potere di mercato derivante dai dati comporterebbe – come chiaramente esemplificato dal caso Ryanair – il rischio di ostacolare le operazioni commerciali di altri attori del mercato che dipendono dall'accesso ai dati e genererebbe effetti negativi sullo sviluppo dei mercati a valle, promuovendo in definitiva ostacoli all'accesso al mercato e interferenze con la libertà di iniziativa economica e concorrenza [632].

Come via mediana tra le diverse posizioni sin qui presentate, lo studio legale internazionale Bird & Bird ha pubblicato un Libro Bianco [633] che suggerisce la creazione di un diritto di proprietà sui dati a carattere non esclusivo [634], al fine di consentire un uso condiviso dei dati da parte di diversi attori. Ogni singolo dato sarebbe in astratto idoneo a beneficiare della tutela proposta, ma al fine di rivendicarla con successo, il proprietario dei dati dovrebbe essere gravato dell'onere di dimostrare la provenienza e il trattamento effettuato. Tale obbligo potrebbe essere assolto mantenendo il file di log di tracciabilità aggiornato ogni volta che i dati vengano elaborati o trasferiti [635]. Il nuovo diritto sarebbe gravato da licenze obbligatorie a

---

[630] KERBER W., *A New (Intellectual) Property Right*, cit. Si veda anche WIEBE A., *op. cit.*, 67, secondo cui "*evidence seems to suggest that no such right is needed as data is created in huge volumes even without such a right*".

[631] WIEBE A., *op. cit.*, 68.

[632] OECD, *Data-Driven Innovation*, cit., 7, conclude che i mercati basati sui big data sono sovente soggetti a concentrazione (e dunque all'istituzione di oligopoli) e a scenari in cui "*the winner takes it all*". STUCKE M.E., GRUNES A.P., *Big data and competition policy*, OUP, Oxford, 2016, 337, riconosce che "*[t]he economics of data …. favor market concentration and dominance.*"; SHELANSKI H.A., *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, U. Pa. L. Rev., 2013, 161, 1679, conferma che "[C]*ustomer data can be a strategic asset that allows a platform to maintain a lead over rivals and to limit entry into its market.*"; GERADIN D., KUSCHEWSKY M., *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, Discussion Paper Tilburg Law and Economic Center, 2013; GHIDINI G., GHIGLIONI M., *Big Data e potere di mercato. Appunto sul controllo delle informazioni*, Diritto Mercato e tecnologia, 2016, 1, 108. *Contra* TUCKER D.S., WELLFORD H.B*., Big Mistakes Regarding Big Data,* Antitrust Source, 2014, 14, 6. Per ulteriori riferimenti si veda RUBINFELD D.L., GAL M.S., *Access Barriers to Big Data*, Arizona Law Rev., 2017, 59, p. 339, che analizzano le caratteristiche economiche del mercato dei big data.

[633] VAN ASBROECK B., DEBUSSCHE J., CESAR J., *White Paper on "Data Ownership"*, Bird & Bird, 1 gennaio 2017, https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/data-ownership-in-the-context-of-the-european-data-economy (ultimo accesso 14.4.2021), arricchito da un Supplementary Paper pubblicato il 31 marzo 2017, https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/data-ownership-a-new-eu-right-in-data (ultimo accesso 14.4.2021).

[634] Di conseguenza, il nuovo diritto non dovrebbe essere costruito come un dititto di proprietà intellettuale, né pensato quale incentivo e ricompensa per un qualche tipo di sforzo intellettuale, bensì quale strumento di tutela di una risorsa preziosa in sé e per sé. Cfr. BANTERLE F., *op. cit.*

[635] I registri di tracciabilità consentirebbero la mappatura dei flussi di dati, che a loro volta mostrerebbero l'uso legittimo degli stessi. Inoltre, faciliterebbero il responsabile del trattamento a rispondere alle richieste di accesso avanzate dagli interessati e ad ottemperare all'obbligo di notifica di eventuali

termini e condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie ("FRAND"), analogamente a quanto già avviene in relazione agli *standard essential patent*[636]. Il titolare dei diritti sarebbe autorizzato a rifiutare la licenza solo se l'utilizzo dei dati richiesti dal licenziatario si ponesse in conflitto con il normale sfruttamento dei dati o pregiudicasse irragionevolmente gli interessi legittimi del titolare dei diritti[637]. Il diritto in oggetto coesisterebbe con i diritti degli interessati sui propri dati personali e gli obblighi previsti dalla normativa in materia rimarrebbero inalterati.

Un sistema di diritti di proprietà solleva difficoltà anche in relazione al principio di libera alienabilità, tipico dei diritti di proprietà. Tale principio contrasta con l'interesse del detentore dei dati a vietare il ritrasferimento dei suoi dati a terzi. Alcuni commentatori hanno perciò suggerito che un diverso approccio alla protezione dei dati potrebbe risultare più soddisfacente di un diritto di proprietà. In particolare, si vede con maggior favore l'introduzione di regimi c.d. di *liability rules*, con norme che forniscano agli individui diritti di controllo o proibiscano determinate attività in relazione ai dati, quali ad esempio il divieto di ritrasferimento dei dati a meno che non sia negoziato un autonomo e separato consenso[638]. Samuelson, ad esempio, ha suggerito di adattare le regole sviluppate dalla normativa sul segreto commerciale[639], la quale risponde al medesimo interesse di dare alle imprese e ai privati forme di controllo sullo sfruttamento commerciale delle informazioni, nonché il potere di limitarne l'accesso e gli usi non autorizzati.

Anche l'impatto economico favorevole di un diritto di proprietà sui dati è stato messo in discussione. Correlazioni possono essere tratte in rapporto alla Direttiva sulle banche di dati, introdotta per stimolarne sviluppo e creazione in Europa. All'esito della sua prima valutazione d'impatto nel 2005, la Commissione europea ha pubblicato un rapporto nel quale ha identificato gravi carenze nelle sue disposizioni normative[640]. Ha concluso, inoltre, che essa avesse fallito il suo obiettivo, dal

---

violazioni o incidenti di sicurezza, come previsto rispettivamente dal GDPR e della Direttiva sulla sicurezza della rete e dei sistemi di informazione.

[636] Si tratta di quei brevetti la cui utilizzazione è necessaria per realizzare un prodotto che risponda a certe caratteristiche di uno standard di fatto o di diritto. Questi brevetti sono disponibili alla licenza contro il pagamento di royalty a condizioni ragionevoli e non discriminatorie (RAND), o a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (FRAND).

[637] Questa eccezione sarebbe mutuata dal c.d. *three-step test* del diritto d'autore, sulla portata del quale si rinvia al cap. 4, par. 3.3.

[638] Alcuni commentatori hanno riconosciuto l'opportunità di introdurre limitazioni al diritto di rivendita. Si vedano VARIAN H.R., *Economic Aspects of Personal Privacy*, in LEHR W.H., PUPILLO L.M. (eds.), *Cyber Policy and Economics in an Internet Age,* Topics in Regulatory Economics and Policy Series, vol 43., Springer, Boston, 2002, 127-137; LITMAN J., *Information Privacy Information Property*, Stan. L. Rev., 2000, 52, 1283, che sollevano entrambi criticità in relazione alla alienabilità, derivanti dalla normativa a tutela dei dati personali.

[639] SAMUELSON P., *op. cit.*, 1125.

[640] La Commissione Europea ha passato in rassegna la prassi che si è andata sviluppando nei vari Stati membri, concludendo che la Direttiva ha sì favorito l'armonizzazione dei regimi nazionali, determinando la convergenza verso una comune nozione di originalità, ma ha altresì ingenerato una situazione di incertezza giuridica in relazione ai requisiti di accesso e all'ambito di protezione della tutela *sui generis*. In particolare, l'indeterminatezza della nozione di "investimento sostanziale" da valutare in termini "quantitativi e qualitativi" si è tradotta in un indirizzo della prassi nazionale ondivago e

momento che la sua introduzione non aveva avuto alcun impatto comprovato sul tasso di crescita dell'industria europea dei database [641]. Difficile sostenere che l'introduzione di un diritto di proprietà sul dato possa portare a risultati differenti.

11. *La posizione delle istituzioni internazionali ed europee*

Ad eccezione del parere dell'OECD sull'innovazione basata sui dati [642] e del Rapporto del World economic forum (WEF) del 2011 che sollevano la questione della proprietà in relazione alle persone e ai loro dati personali, difettano prese di posizione da parte di altre organizzazioni internazionali sul tema della tutelabilità dei dati [643].

L'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI), pur riconoscendo la crucialità del tema [644], in un primo tempo ha assunto una posizione piuttosto defilata. Il suo ex direttore Francis Gurry [645] in un'intervista rilasciata nel settembre 2017 [646] sul futuro della proprietà intellettuale, osservava che il problema della proprietà dei dati ha molteplici sfaccettature e "*much of it falls outside the traditional categories of the IP system*". Pertanto, pur considerando inevitabile "*some redefinition of property rights in relation to classes of data that fall outside classical IP categories*", egli esprimeva dubbi sul fatto che il forum più appropriato per gestire questi problemi debba essere l'OMPI. Secondo Gurry, l'architettura esistente delle organizzazioni internazionali "*was not designed to handle the multidimensional question we face*", la quale tocca questioni sì di proprietà intellettuale, ma anche di etica, privacy, sicurezza e così via. Pertanto, seguendo la tendenza ormai consolidata delle organizzazioni internazionali verso la specializzazione in uno specifico settore di mercato, "*it may be that a new organization is required to address them or it may be that we need to enhance cooperation between existing organizations*". Successivamente l'organizzazione ha inserito la questione "*whether IP policy should go further than the classical system and create new rights in data in response to the new signifi-*

---

tutt'altro che uniforme. Parimenti la genericità con cui sono definite le attività di "conseguimento", "verifica" e "presentazione" della banca dati ed in particolare il sottile confine tra "creazione" ed "ottenimento" di un'informazione, ha reso esplicito il pericolo che il raggio della protezione *sui generis* possa estendersi dal contenuto della banca dati complessivamente considerato, alle singole informazioni di cui la stessa si compone. Sulla portata di tali requisiti si rinvia al par. 3.8. Sul Rapporto della Commissione si veda, in particolare, FALCE V., *La disciplina comunitaria sulle banche dati*, cit., 227.

[641] COMMISSIONE UE, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, DG Internal market and services working paper, Bruxelles, 12 dicembre, 2005.

[642] V. nota 611.

[643] WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data*, cit.,

[644] WIPO, *WIPO Technology Trends 2019*, cit., 20, secondo cui "*Data ownership is clearly a central concern, along with issues around data access, privacy and bias*".

[645] Eletto il 1 Ottobre 2008, il suo mandato è stato prorogato nel maggio 2014 per ulteriori sei anni. Attualmente la carica di direttore del WIPO è stata assunta da Daren Tang.

[646] *Francis Gurry on the future of intellectual property: opportunities and challenges*, *WIPO Magazine*, Settembre 2017, http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0001.html (ultimo accesso 14.4.2021).

cance that data have assumed as a critical component of AI" tra le domande che l'avvento dell'intelligenza pone al diritto della proprietà intellettuale [647]. Sebbene manchino, allo stato, le risposte, il WIPO riconosce tre principali ragioni per intraprendere tale direzione:

a) "*l'incentivo allo sviluppo di nuove classi di dati;*

b) *una adeguata allocazione del valore tra i vari attori della filiera (data subjects, data producers e data users);*

c) *la garanzia di una concorrenza leale sul mercato*" [648].

Maggiore è stata la risonanza del dibattito a livello europeo.

La Commissione, dopo alcune esitazioni, ha preso una posizione piuttosto netta. La consultazione pubblica su piattaforme e intermediari online [649] ha mostrato che la maggioranza degli intervistati, incluso un numero significativo di fornitori di prodotti e servizi tecnologici, ritiene che non sia necessario regolamentare l'accesso, il trasferimento e l'uso di dati non personali a livello europeo [650]. In effetti, essi prediligono mantenere la propria libertà contrattuale, a causa della complessità e dell'unicità di ciascuna situazione di trattamento, nonché per il timore che una possibile regolamentazione possa reprimere l'innovazione e ostacolare lo sviluppo del mercato.

Risultati analoghi sono stati raggiunti dallo studio europeo sul mercato dei dati che ha fornito una prima valutazione dell'impatto socio-economico del mercato emergente dei dati in Europa [651]. La maggior parte degli stakeholders che hanno partecipato allo studio non ha manifestato alcuna esigenza di veder introdotti nuovi regimi regolamentari specificamente orientati alla gestione della proprietà dei dati e si accontentano delle forme contrattuali in uso.

Lo studio ammette, tuttavia, che le aziende che abbiano un'alta concentrazione o che accedano a enormi quantità di dati potrebbero facilmente determinare distorsioni del mercato, meritevoli dell'intervento riequilibratore della normativa antitrust [652]. Anche se gli studi in materia non hanno sinora dato conto di gravi

---

[647] WIPO, *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI). Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence*, WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 Rev., 21 maggio 2020, 10.

[648] Ibidem, 10, punto 34.

[649] COMMISSIONE UE, *Synopsis Report on the Contributions to the Public Consultation Regulatory Environment for Data and Cloud Computing*, 2016.

[650] Il medesimo scetticismo è stato espresso dai rappresentanti dell'Industria 4.0, invitati in audizione da DG CONNECT sul tema se l'attuale "*legal regime fit for an efficient and fair access to and usage and exchange of data*" a Lussemburgo il 17 Marzo 2016. I participanti hanno sottolineato la possibilità di sviluppare modelli di *business* che coinvolgano i dati anche facendo affidamento unicamente sullo strumento contrattuale. Cfr. DREXL J., cit., 5.

[651] IDC, OPEN EVIDENCE, *European data market Final Report*, cit.

[652] UMBECK J., *A Theory of Property Rights: With Application to the California Gold Rush*, Iowa State University Press, 1981; PURTOVA N., *op. cit.*, 89. Come la proprietà dei dati ed il suo impatto sul potere di mercato possano potenzialmente creare preoccupazioni anticoncorrenziali creando o rafforzando posizioni dominanti sul mercato è indagato da CIANI J., *op. cit.*

abusi di mercato [653], l'assenza totale di regolamentazione potrebbe non garantire risultati equi e favorevoli all'innovazione, facilitare l'accesso al mercato di *new comers* ed evitare situazioni di *lock-in* [654]. Tali situazioni dovranno essere attentamente monitorate, come recentemente fatto dalle autorità regolatorie italiane attraverso la conclusione di un'indagine congiunta sui Big Data [655]. All'esito, le autorità hanno ritenuto l'attuale assetto istituzionale "*sostanzialmente adeguato a tutelare i diritti fondamentali, e in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, e la concorrenza*", ma hanno rilevato l'opportunità di istituire un "coordinamento permanente" tra le autorità, quale primo passo concreto verso un approccio olistico [656] alle sfide poste dallo sviluppo dell'economia digitale e dai Big Data, fondato sullo "*sfruttamento pieno delle sinergie esistenti tra strumentazione ex ante ed ex post, a tutela della privacy, della concorrenza, del consumatore e del pluralismo*". Per quanto specificamente concerne il tema dell'accesso ai dati, le autorità suggeriscono che l'intervento più appropriato debba essere modulato in funzione delle relative finalità:

a) qualora l'obiettivo da conseguire sia promuovere o salvaguardare la concorrenza in un determinato mercato, dovrà ricorrersi all'obbligo di fornire accesso ai dati indispensabili e non agevolmente duplicabili, a carico delle imprese in posizione dominante. A tal fine "*la definizione del mercato rilevante … potrebbe essere ripensata, talvolta tenendo significativamente in considerazione anche altri elementi*" di natura non più meramente quantitativa, ma qualitativa [657];

b) se invece l'obiettivo sociale è quello di tutelare interessi pubblici e l'accesso ai dati vada garantito nell'interesse generale o l'intervento antitrust si riveli insufficiente, "*regolazioni settoriali che consentano allo Stato di accedere a banche dati raccolte da imprese private e utili per ragioni di salute pubblica, ambientali, di sicurezza o di mobilità, sembrano lo strumento più appropriato*" [658].

Anche il Rapporto su *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, redatto dal Gruppo di Esperti su Responsabilità e Nuove Tecnologie, sottogruppo sulle Formazioni di Nuove Tecnologie, istituito dalla Commissione Europea, ha toccato tangenziamente il tema [659]. Nell'interrogarsi sulle condizioni in presenza delle quali è configurabile una responsabilità per danni cagionati ai dati, il Gruppo afferma che "*Data being sufficiently akin to property is just one of the justifications for recognising tort liability where data has been damaged*". Il Gruppo dunque riconosce che possa

---

[653] IDC, OPEN EVIDENCE, *European data market Final Report*, cit., 139.

[654] COMMISSIONE UE, *Building a European Data Economy*, cit., 10.

[655] AGCM, AGCOM, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Big Data. Indagine conoscitiva congiunta. Linee guida e raccomandazioni di policy*, 2019.

[656] Al significato di tale approccio è dedicato l'intero volume di BAKHOUM M., CONDE GALLEGO B., MACKENORDT M.-O., SURBLYTE G., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and IP Law – Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018.

[657] AGCM, AGCOM, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Big Data. Indagine conoscitiva congiunta*, cit., 9.

[658] *Ibidem*, 11.

[659] EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES NEW TECHNOLOGIES FORMATION, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, Bruxelles, 2019.

ammettersi un qualche regime proprietario sui dati e che da questo possa scaturire una tutela risarcitoria sul modello dell'art. 82, co. 2 GDPR[660]. Il Gruppo suggerisce l'adozione di un regime di *liability rules* che consenta un limitato controllo sui dati, che tenga in debita considerazione il loro carattere ubiquitario e la loro rilevanza come asset aziendali. Tali norme dovrebbero comunque avere portata relativa, senza offrire un diritto di esclusiva assoluto o generalizzato sui dati: "*In defining such conduct-related rules the law should give due consideration, in particular, to the ubiquity of data and its significance as an asset. While it would theoretically be possible to introduce, for example, a standard stating very broadly that it is generally prohibited to access, modify etc. any data controlled by another person and to attach liability if this standard is breached, this might result in excessive liability risks because all of us are, in one way or an-other, constantly accessing and modifying data controlled by others*" [661].

Gli esperti non sembrano persuasi, invece, che tale tutela possa promanare da diritti di proprietà intellettuale: "*it does not seem to make sense to focus on IP protection, because the reasons the legislator introduces IP rights for intellectual achievement have little to do with the reasons a particular copy on a particular medium should be protected*".

Una domanda di responsabilità extracontrattuale per danni cagionati ai dati può invece trovare fondamento nelle norme incriminatrici che considerano penalmente rilevante la condotta del danneggiante o nelle norme, come ad esempio quelle afferenti alle normative sulla sicurezza dei prodotti, finalizzate a prevenire tale danno [662].

Da ultimo, è stata pubblicata l'opinione del Comitato per gli affari legali del Parlamento Europeo concernente la strategia europea per i dati [663]. Il Comitato, pur sottolineando "*the key importance of fostering access to data for EU businesses*", dubita che ciò richieda un intervento legislativo, al di là della già prevista revisione delle direttive sulle banche dati e i segreti commerciali. Al contrario, sostiene l'importanza di distinguere i regimi legali applicabili ai dati personali e non personali e definire l'impatto della normativa antitrust sulle concentrazioni di dati.

Il Data Act previsto per la fine dell'anno potrà fornire ulteriori risposte (v. par. 2, 3.1 e 6).

A conclusione di questo *excursus*, appare chiaro che, in assenza di normative specifiche istitutive di diritti proprietari sui dati in quanto tali, il quadro delle disposizioni che possono incidere sull'accesso e la libera circolazione dei dati è estremamente vario e frammentato. Occorre in primo luogo distinguere il regime di circolazione dei dati personali da quelli non personali, consapevoli che il discrimine tra le suddette categorie non può dirsi netto. La tutela del dato personale prevale sull'interesse alla libera circolazione dello stesso, rendendo l'accesso e il riutilizzo del dato personale significa-

---

[660] "*Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento*".

[661] COMMISSIONE UE, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, 2019, 60.

[662] *Ibidem*, 59-60.

[663] PARLAMENTO UE, *Draft Opinion of the Committee on Legal Affairs for the Committee on Industry, Research and Energy on a European strategy for data*, 2020/2217(INI), 29 ottobre 2020.

tivamente più complicato. Infatti, i dati personali, benché formalmente non siano coperti da diritti proprietari, sottostanno ai poteri di controllo conferiti dalla legge al soggetto interessato, che obiettivamente assumono forme ed invasività non dissimili dalla proprietà. Il soggetto interessato può infatti opporsi alla circolazione non autorizzata del dato, nonché revocare il consenso previamente accordato e richiamare il dato a sé in qualunque momento. Egli può persino ottenere la cancellazione di dati a distanza di anni dalla loro pubblicazione, allorché sussistano le condizioni per esercitare il diritto all'oblio. In generale, la disponibilità pubblica di tali dati non è in nessun caso indicativa di uno status di pubblico dominio.

Al contrario, i dati non personali possono considerarsi tendenzialmente in pubblico dominio, posto che solo in casi specifici sussistono limiti legali alla loro accessibilità. È questo il caso qualora sui dati insistano diritti di proprietà intellettuale (specialmente i diritti sulle banche dati), segreti industriali o salvo che siano azionabili le norme civilistiche e penalistiche che reprimono l'accesso abusivo ai dati altrui. Sfuggono al pubblico dominio anche i dati pubblici, cui trovano applicazione le regole sul riutilizzo delle informazioni di tale settore. Queste regole, benché formalmente finalizzate ad ampliare l'accesso ai dati, ammettono, in determinate circostanze, anche la possibilità di costituire diritti d'uso esclusivi sui dati. In generale, la pubblica amministrazione pare vantare poteri di controllo avverso l'accesso abusivo ai propri dati, quali l'adozione di misure tecnologiche di protezione. L'accesso ai dati pubblici sottostà dunque ad una sorta di regime autorizzatorio o concessorio.

Infine, il pubblico dominio sui dati può essere ristretto per via contrattuale. In tal caso, gli unici strumenti di salvaguardia del pubblico dominio sono apprestati dal diritto antitrust, il quale tuttavia interviene solo in casi limite di costituzione di posizioni di dominanza sul mercato o di rifiuto di contrarre, in presenza di dati essenziali per lo sviluppo di mercati a valle.

4.
Diritto d'autore e pubblico dominio

L'accesso a quella parte di conoscenza costituita dai contenuti informativi che rappresentino un'originale espressione di creatività è regolato dalle norme sul diritto d'autore [1]. Su queste norme, parzialmente armonizzate e recentemente riformate a livello europeo (v. par. 3.6), si fondano sia le condizioni affinché la circolazione della conoscenza risulti conforme alla legge, sia gli incentivi affinché la sua creazione risulti sostenibile economicamente – soprattutto quando inclusa nell'alveo di un'attività imprenditoriale. Di conseguenza, oggigiorno il diritto d'autore svolge un ruolo cruciale siasul piano sociale – laddove si pone quale limite alle libertà fondamentali di espressione e di opinione – sia sul piano economico – nella misura in cui la sua corretta definizione è pre-condizione per abilitare l'innovazione e, quindi, la crescita di un paese.

Il diritto d'autore acquisisce dunque assoluta centralità nella nostra analisi sul pubblico dominio, ponendosi quale normativa di riferimento per il controllo sul flusso di un massa critica di capitale intellettuale e semantico [2].

Il pubblico dominio in materia di diritto d'autore è definito nel Glossario della *Guide to Copyright and Related Rights* del WIPO come "*L'insieme delle opere che possono essere utilizzate e sfruttate da tutti senza autorizzazione e senza l'obbligo di pagare un compenso ai titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi interessati – di norma a causa della scadenza del loro termine di protezione, o per l'assenza di un trattato internazionale che garantisca loro protezione nel paese in questione*" [3].

Tale definizione evidenzia, da un lato, la fonte del pubblico dominio, individuandola nell'assenza *ab origine* o nella scadenza del diritto di privativa, dall'altro, gli effetti che ad esso conseguono, in termini di libertà e gratuità di utilizzo e sfruttamento da parte di chiunque ne sia interessato.

---

[1] Si veda MADISON M.J., *Beyond Creativity: Copright as Knowledge Law*, Vanderbilt J. Of Ent. and Tech. Law, 2010, 12, 4, 817.

[2] PAGALLO U., *Il diritto nell'età dell'informazione*, cit., 28, osserva come "*Tutto ad un tratto, la vecchia normativa è infatti rimasta spiazzata dalla diffusione di una tecnologia, quella digitale, che tra le tante cose cancella la stessa distinzione ontologica tra originale e copia, rendendo il vecchio diritto d'autore, o copyright, una questione di accesso, disponibilità e controllo sul flusso di informazioni in 0 e 1*".

[3] Traduzione italiana dell'originale inglese: "*The scope of those works and objects of related rights that can be used and exploited by everyone without authorization, and without the obligation to pay remuneration to the owners of copyright and related rights concerned – as a rule because of the expiry of their term of protection, or due to the absence of an international treaty ensuring protection for them in the given country*".

Anche lo *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*[4] definisce il pubblico dominio in termini negativi, come l'insieme delle opere dell'ingegno che non siano coperte dal diritto d'autore per difetto dei requisiti previsti dalla legge o la cui protezione sia estinta per decorrenza del termine di durata[5] (c.d. pubblico dominio strutturale, cfr. in questo cap., par. 3).

Alla luce di queste definizioni, dunque, il pubblico dominio è inteso come concetto opposto ed antitetico rispetto al diritto d'autore[6]: se il diritto d'autore richiede il consenso dell'avente diritto al fine di poter utilizzare lecitamente l'opera, al contrario l'opera in pubblico dominio può essere utilizzata liberamente senza bisogno dell'autorizzazione altrui.

L'"assenza di autorizzazione", come ben chiarisce la definizione strutturalmente più ampia adottata da Communia nel Manifesto del Pubblico Dominio[7], comprende anche le opere coperte da diritto d'autore, ma:

a) disponibili all'utilizzo in forza di eccezioni o limitazioni al diritto di esclusiva, che ne riducono il potere di controllo (cfr. in questo cap., par. 3)[8];

b) in libera condivisione, per rinuncia da parte dei legittimi titolari a mantenerle in regime di esclusività, a seguito dell'adozione di modelli di circolazione c.d. *open access*, come le licenze creative commons (c.d. pubblico dominio volontario, cfr. par. 4.).

In questi casi, l'"assenza di autorizzazione" all'utilizzo dell'opera discende dal fatto che:

a) il consenso è dato *ex lege* a priori dal legislatore, che ha ritenuto una volta per tutte di dover ammettere certe modalità di utilizzo dell'opera, per ragioni di utilità sociale o di interesse pubblico sottostanti alle finalità per cui è posto in essere (in tal caso si parla anche di "*public domain by law*" [9]);

---

[4] WIPO, *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*, 4 marzo 2011, WIPO/CDIP/7/INF/2. V. cap. 2, par. 7.9.

[5] Questa è la nozione di pubblico dominio accolta dall'art. 18(1) della Convenzione di Berna secondo cui "*La presente Convenzione si applica a tutte le opere che al momento della sua entrata in vigore non siano ancora cadute in pubblico dominio nel loro Paese d'origine per effetto della scadenza della durata di protezione*".

[6] Cfr. KRASILOVSKY M.W., *Observations on Public Domain*, cit., 205, secondo cui "*Public Domain in the fields of literature, drama, music, and art, is the other side of the coin of copyright. It is best defined in negative terms*".

[7] "*Il pubblico dominio, nella sua accezione più ampia, è la preziosa risorsa di informazioni che è libera da quelle barriere all'accesso o al riuso generalmente associate alla tutela del copyright, sia in quanto libera da ogni tutela sul diritto d'autore oppure perché i detentori dei diritti hanno volontariamente deciso di rimuovere tali barriere*". Cfr. https://publicdomainmanifesto.org/manifesto/#it (ultimo accesso 15.4.2021).

[8] In questo senso LITMAN J., *The Public Domain*, cit., 965; HAWKINS C., *Technological Measures: Saviour or Saboteur of the Public Domain?*, Jornal of Law and Information Science, 1998, 45; UHLIR P., *Draft Policy Guidelines for the Development and Promotion of Public Domain Information*, cit.; BENKLER Y., *Free as the air to common use: First Amendment constraints on enclosure of the Public Domain*, New York University Law Rev., 1999, 74, 354. *Contra* SAMUELS E., *The Public Domain in Copyright Law*, Journal of the Copyright Society of the USA, 1993, 41, 137, 166.

[9] Questa espressione è usata da ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali, oltre la proprietà intellettuale*, Archeologia e Calcolatori, 2017, 9, 95.

b) il consenso può considerarsi dato in via generale e preventiva dallo stesso avente diritto, proprio nel momento in cui egli ha scelto di rinunciare ad esercitare il proprio diritto, in favore dell'adozione di licenze libere e aperte.

La condizione della "assenza di autorizzazione", come si vedrà nei paragrafi che seguono, non è tuttavia di per sé sufficiente a delineare con esattezza e completezza la nozione di pubblico dominio.

La libertà di utilizzare l'opera senza autorizzazione attiene ad un piano diverso rispetto a quello della pubblica accessibilità dell'opera. Condizione essenziale perché un'opera sia ascrivibile, almeno in potenza, al pubblico dominio è che faccia il suo ingresso nello spazio culturale pubblico (anche chiamato "*intellectual commons*"). Ciò non toglie che essa possa essere ancora coperta da diritto d'autore (e qui si pone il tema di soddisfare la condizione che prevede il venir meno della posizione di potere autorizzativo esercitabile dall'avente diritto sull'uso dell'opera) o meno. Fintanto che l'opera non fa il suo ingresso nello spazio intellettuale pubblico e resta dunque non divulgata ("*undisclosed*"), essa si pone al di fuori del pubblico dominio, indipendentemente dalla sussistenza di diritti (e conseguenti poteri autorizzativi) su di essa.

La tesi che vuole il pubblico dominio come concetto antagonista rispetto al diritto d'autore è dunque solo parzialmente corretta, perché al pubblico dominio fa altresì da contraltare un dominio privato, di opere non divulgate ("*undisclosed domain*"), o "*difficili da individuare e trovare*" [10], indipendentemente dal fatto che su di esse insista un diritto d'autore. All'assenza di autorizzazione all'utilizzo dell'opera si aggiunge dunque una seconda condizione di accessibilità dell'opera.

1. *Il pubblico dominio ontologico o strutturale*

Per iniziare l'analisi degli spazi di pubblico dominio e individuare l'insieme delle opere dell'ingegno che non siano coperte dal diritto d'autore per difetto dei requisiti previsti dalla legge è necessario distinguere tra:

a) requisiti soggettivi, afferenti al soggetto beneficiario della protezione e

b) requisiti oggettivi, relativi all'oggetto della stessa.

La prima categoria risulta sovente ignorata dalla trattatistica perché fondamentalmente data per scontata o presupposta. A beneficiare della protezione è l'autore, persona fisica, responsabile dell'atto creativo. A complicare l'analisi e a rendere necessario e anzi preliminare l'esame dei requisiti soggettivi ha contribuito significativamente l'evoluzione tecnologica. Questa dapprima ha spostato l'oggetto della tutela autoriale dalle opere delle arti liberali alle creazioni della tecnica (si pensi alla tutela tramite diritto d'autore del software e delle banche di dati), poi ha aperto alla possibilità di rimuovere o comunque marginalizzare l'essere umano dal processo creativo, sostituendolo con l'autore-macchina.

---

[10] Secondo al terminologia utilizzata da COMMISSIONE UE, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, Bruxelles, 9 dicembre 2015, COM(2015) 626 final, 4.

1.1. *Le opere create da intelligenza artificiale*

Fino a pochi anni orsono, gli studiosi che hanno affrontato l'argomento della paternità (o autorialità) delle opere dell'ingegno si sono concentrati principalmente sulla possibilità di considerare "autore" una persona giuridica [11], o sui problemi derivanti dai casi in cui più autori fossero coinvolti nel processo creativo [12]. La Commissione nazionale degli Stati Uniti sui nuovi usi tecnologici delle opere protette da copyright (CONTU) che si occupò pionieristicamente della "paternità non umana" nel 1978, aveva concluso, nella sua relazione finale, che lo sviluppo di un'intelligenza artificiale [13], in grado di creare opere in modo indipendente, era "*troppo speculativo da considerare*" poiché "*non esiste una base ragionevole per ritenere che un computer contribuisca in qualche modo alla paternità di un'opera prodotta attraverso il suo utilizzo*" [14].

Oggi è facile riconsiderare la situazione con il senno di poi e notare che le conclusioni della CONTU erano sbagliate [15].

Il tema si è riaffacciato all'attenzione degli studiosi e delle istituzioni internazionali [16] solo allorché l'evidenza empirica ha mostrato come forme avanzate di intelligenza artificiale [17] siano in grado di generare (*rectius* abbiano appreso ad imitare il processo generativo [18]) nuove opere d'arte, apprendendo da input (opere

---

[11] Le persone giuridiche non possono essere titolari ab origine di diritti morali d'autore. Mentre possono essere titolari ab origine dei diritti patrimoniali. Cfr. Trib. Roma, 18 marzo 2002, AIDA, 2003, 909/1; Trib. Milano, 17 marzo 1994, AIDA, 1994, 268/1.

[12] UBERTAZZI L.C., *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, 2ª ed., Quaderni di AIDA, n. 5, Giuffrè, Milano, 2003, 21-34; VERSTEEG R., *Defining "author" for purposes of copyright*, Am. U.L. Rev., 1996, 45, 1323.

[13] In questo lavoro, si farà riferimento ad una intelligenza artificiale c.d. debole (o "*narrowAI*", in opposizione alla intelligenza artificiale c.d. forte o "superintelligence"), definibile, secondo la definizione proposta dal WIPO, come "*techniques and applications programmed to perform individual tasks*". Cfr. WIPO, *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)*, cit., 4.

[14] COMMISSION ON NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS (CONTU), *Final report on the national commission on new technological uses of copyrighted works*, Computer L.J., 1981, 3, 53.

[15] MILLER A.R., *Copyright protection for computer programs, databases, and computer– generated works: is anything new since CONTU?*, Harv. L. Rev., 1993, 977, 1056-1072.

[16] Il WIPO ha organizzato a Ginevra il 27 settembre 2019 una giornata di studio e discussione interamente dedicata al tema "Conversation on Intellectual Property and Artificial Intelligence". La relativa documentazione è disponibile al link https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=51767 (ultimo accesso 15.4.2021).

[17] Per approfondire il significato del termine con particolare riferimento alle applicazioni al settore della proprietà intellettuale si veda lo studio condotto dal Research Group on the Regulation of the Digital Economy del Max Planck Institut for Innovation and Competition: DREXL J., HILTY R. et al., *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-13. Per un approfondimento sull'evoluzione dell'IA, i periodi di sviluppo ed un confronto tra i contesti di sviluppo attuali e passati, cfr. il Report tecnico del Joint Research Centre della Commissione UE: DELIPETREV B., TSINARAKLI C., KOSTIC U., *Historical Evolution of Artificial Intelligence*, EUR 30221EN, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2020.

[18] Se dal punto di vista del diritto d'autore, probabilmente, non c'è differenza tra generare e imitare il processo di generazione, dal momento che si ottiene sempre un'opera dell'ingegno, dal punto di vista

d'arte, musiche, opere letterarie, ecc.) forniti dai programmatori e assumendo decisioni indipendenti, in un processo simile al ragionamento umano [19]. I programmi Racter [20] e Brutus [21] sono autori di libri basati su grammatica, regole sintattiche e vocabolario forniti dai loro sviluppatori. Aaron genera disegni e dipinti in modo autonomo [22], mentre il progetto Flow Machines di Sony ha creato con successo canzoni pop scritte da IA [23]. Altri progetti hanno visto programmi di intelligenza artificiale scrivere poesie e articoli di notizie, modificare fotografie e comporre musica [24].

Sul valore artistico e sulla riconducibilità a forme d'arte di queste opere paiono esservi pochi dubbi, se è vero che opere artificiali sono state acquistate da gallerie ed esposte in musei [25]. Apparentemente, tali opere d'arte hanno anche un valore economico significativo [26]. Il ritratto di Edmond de Belamy, creato utilizzando una rete generativa avversaria (dall'inglese *generative adversarial network* GAN) [27], è sta-

---

cognitivo la seconda espressione pare più corretta, visto che la prima presuppone la comprensione del momento "creativo", che però nella macchina difetta.

[19] In tema si vedano DAVIES C., *An evolutionary step in Intellectual Property Rights – artificial intelligence and intellectual property*, CLSR, 2011, 27, 601; DICKENSON J., *Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications*, EIPR, 2017, 39, 8, 457; DOROTHEOU E., *Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?*, Computer and Telecom. L. Rev., 2015, 21, 4, 85; PERRY M., MARGONI T., *From music tracks to Google Maps: Who owns computer-generated works?*, CLSR, 2010, 26, 621; ZATARAIN J., *The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence*, International Review of Law, Computers & Technology, 2017, 31, 1; GLASSER D., *Copyrights in Computer-Generated Works: Whom, if Anyone, do we Reward?*, Duke L. & Tech. Rev., 2001, 24-42; CLIFFORD R.D., *Intellectual property in the era of the creative computer program: Will the true creator please stand up*, Tul. L. Rev., 1996, 71, 1675; SAMUELSON P., *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, U. Pitt. L. Rev., 1985, 1185; WU J., *From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs*, AIPLA Q.J., 1997, 25, 131.

[20] BUTLER T., *Can a computer be an author? Copyright aspects of artificial intelligence*, Comm/Ent L.S, 1981, 4, 707-715.

[21] Il programma è stato sviluppato da Selmer Bringsjord e dai suoi collaboratori. Cfr. LEVY D., *Robots Unlimited: Life in a Virtual Age*, Taylor & Francis, 2005, 160.

[22] BODEN M., *The Creative Mind: Myths and Mechanisms*, Routledge, Londra, 2004, 159. Si vedano anche i casi dei robots "e-David" e "Paul" capaci di estrarre dipinti da un'immagine fotografica previamente scattata. YANISKY-RAVID S., *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3d Era. The Human-Like Authors Are Already Here*, Mich. St. L. Rev., 2017, 90, 659, 669.

[23] http://www.flow-machines.com (ultimo accesso 15.4.2021).

[24] DE COCK BUNING M., *Artificial Intelligence and the creative industry: new challenges for the EU paradigm for art and technology by autonomous creation*, in BARFIELD W., PAGALLO U. (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Camberley, 2018, 511, 515.

[25] AJANI G., *Contemporary Artificial Art and the Law. Searching for an Author*, Art and Law, 2019, 3.4, 1-84, 20, secondo cui "*The existence of these works, and in particular, their appearance in the art world, force us to understand their place within the space of copyright regulation, as well as within the art world*".

[26] GASKIN S., *When Art Created by Artificial Intelligence Sells, Who Gets Paid?*, Art Market, 17 settembre 2018, riferisce che la direttrice della mostra *Gradient Descent* tenutasi presso la galleria *Nature Morte* di New Dehli, ha attribuito alle opere artificiali esposte un valore fino a 40.000 dollari.

[27] Una rete generativa avversaria è composta da due componenti: un modello generativo, o generatore, e un modello discriminativo, o discriminatore, entrambi realizzati tramite reti neurali. Lo scopo del modello generativo è quello di produrre nuovi dati, aventi la stessa distribuzione dei dati usati in

to venduto all'asta da Christie's ad un offerente anonimo per $ 435.000 (partendo da una base d'asta di $ 7.000) [28].

In astratto, dunque, non vi sarebbe ragione per non tutelare queste forme di creatività. In tutte queste situazioni, tuttavia, difetta il requisito soggettivo di tutela: l'algoritmo agisce, effettivamente, al posto di un creatore umano. In ciò risiede la differenza rispetto all'interazione uomo-macchina conosciuta sin d'ora. Mentre tradizionalmente le macchine sono state utilizzate come strumento per la creazione di un'opera (le c.d. "opere assistite da computer") e l'individuo che le utilizzava manteneva senz'altro il ruolo di autore della stessa [29]; ora abbiamo progressivamente a che fare con agenti, piuttosto che semplici strumenti [30]. Le opere creative sono, infatti, il risultato di processi creativi non umani, essendo stati interamente [31] demandati a sistemi intelligenti (le c.d. "opere generate da computer" o *machine-generated artworks*) [32].

Chiaramente qualificare un'opera come appartenente all'una piuttosto che all'altra categoria può non essere affatto semplice, posto che è necessario comprendere il livello di autonomia di una macchina, ovvero la capacità del sistema intelligente di "*operare nell'ambiente del mondo reale senza alcuna forma di controllo esterno per lunghi periodi di tempo*" [33]. A complicare il quadro, i sistemi automatizzati operano su diversi gradi di automazione (interazione tra uomo e macchina), a seconda del livello di controllo demandato all'operatore umano [34]. I termini "human in the loop", "on the loop" o "out of the loop" sono sovente usati per distinguere tra diversi livelli di automazione. Non è nemmeno raro trovare diversi gradi di automazione all'interno dello stesso processo creativo, a seconda del tipo di attività svolta dalla macchina [35].

---

fase di addestramento, mentre il modello discriminativo individua le differenze tra la copia e l'originale e scarta le versioni non adeguate.

[28] JEE C., *A controversial artwork created by AI has hauled in $435,000 at auction*, 26 ottobre 2018, MIT Technol. Rev..

[29] In effetti, l'assistenza meccanica non squalifica l'agente umano dall'essere considerato l'autore. Un esempio è il trattamento dei diritti d'autore delle fotografie. Cfr. LAMBERT P., *Computer generated works and copyright: selfies, traps, robots, AI and machine learning*, EIPR, 2017, 39, 1, 14.

[30] PAGALLO U., *The Laws of Robots*, cit.

[31] PAGALLO U., *Even angels need the rules: AI, roboethics, and the law*, in *ECAI 2016 22nd European Conference on Artificial Intelligence L'Aia, 29 Agosto – 2 Settembre 2016 Proceeding*s, IOS Press, 2016, 209.

[32] Il termine *generative art*, coniato per identificare opere create con il contributo di una macchina dotata di un certo grado di autonomia, non pare riflettere tale distinzione e risulta comprendere potenzialmente sia le une che le altre. Cfr. GALANTER P., *XEPA: Intelligent Sculptures as Experimental Platforms for Computational Aesthetic Evaluation*, www.philipgalanter.com, 2013, che la definisce come "*any art practice where the artist uses a system, such as a set of natural language rules, a computer program, a machine, or other procedural invention, which is set into motion with some degree of autonomy contributing to or resulting in a completed work of art*".

[33] LIN P., ABNEY K., BEKEY G., *Robot ethics*, cit., 5-6.

[34] Una tassonomia di vari gradi di automazione è già stata adottata nel campo dei veicoli a guida assistita. Sia la National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) che la Society of Automobile Engineers hanno identificato 5 livelli di automazione, tra "No-Automation, Level 0", in cui il sistema aiuta automaticamente il conducente a riprendere il controllo del veicolo perso e "Full Self-Driving Automation, livello 4", in cui non si prevede che il conducente venga coinvolto per tutta la durata del viaggio.

[35] Ad esempio, un robot-artist può dipendere da un operatore umano per l'acquisizione dei contenuti (input) da cui apprendere ed essere supervisionato durante la fase di lavorazione manuale (ad

Alcuni studiosi hanno bollato la questione della autorialità delle macchinecome "*a bad penny of a question*", per evidenziare come il problema di fondo dell'interazione uomo-macchina all'interno del processo creativo sia noto sin dalle opere create con il contributo di carta e penna[36]. Lo studio recentissimamente condotto per la Commissione UE dal Joint Institute for Innovation Policy e da IViR – University of Amsterdam, dal titolo "*Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework*" si pone, in parte, proprio in questi termini, rilevando come la distinzione tra opere assistite o generate da IA esisterebbe solo sulla carta. Secondo il Report, infatti, "*fully autonomous creation or invention by AI does not exist, and will not exist for the foreseeable future*". I sistemi di inteligenza artificiale devono dunque essere trattati "*primarily as sophisticated tools in the hands of human operators*" [37].

Tale approccio pragmatico pare senz'altro coerente con l'invito, avanzato dall'High Level Expert Group on AI, istituito dalla stessa Commissione UE per valutarne l'impatto etico, a lasciare poco spazio all'autonomia dell'IA[38]. Tuttavia non pare così difficile immaginare – ed i veicoli a guida autonoma ne sono la prova – che il progresso tecnico porterà sempre più nella direzione di un riposizionamento dell'uomo-autore *out-of-the loop*. La nostra analisi del pubblico dominio non può pertanto prescindere dal considerare il problema della tutelabilità, anche solo futuribile, delle opere generate da computer.

Il diritto d'autore ha fatto da sempre della posizione centrale dell'umanità nell'universo creativo[39] e dell'idea che la tecnologia non rappresenti nient'altro che uno strumento nelle mani dell'autore due pilastri fondamentali. E infatti, la maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali, sia di *common law* che di civil *law*, concorda sul fatto che "autore" ai fini della attribuzione dei diritti autoriali debba essere un essere umano[40].

Uno sguardo più attento alle convenzioni internazionali, alle direttive europee ed anche alla nostra legge di diritto d'autore consente di confermare questo assunto.

---

esempio quando si tiene il pennello a contatto con la tela). Da questo punto di vista il Report del JOINT INSTITUTE FOR INNOVATION POLICY (JIIP) (ed.), *Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework*, 2020, 79, distingue principalmente tre fasi del progetto creativo interessate dalla relazione uomo-macchina: *conception*, *execution* e *redaction phase*. Ed evidenzia come l'apporto umano sia ancora essenziale almeno nella prima.

[36] BRIDY A., *Coding creativity: copyright and the artificially intelligent author*, Stan. Tech. L. Rev., 2012, 5, 1, 52; GRIMMELMANN J., *There's no such thing as a computer-authored work-and it's a good thing, too*, Colum. J.L. Arts, 2016, 39, 403, secondo cui "*Old-fashioned pen-and-paper works raise all the same issues; there is nothing new under the sun*".

[37] JOINT INSTITUTE FOR INNOVATION POLICY (JIIP) (ed.), *Trends and Developments in Artificial Intelligence*, cit., 116.

[38] HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 2019, 12. Per altri studi di impatto etico si veda FLORIDI L., COWLS J., BELTRAMETTI M., CHATILA R., CHAZERAND P., DIGNUM V., LUETGE C., MADELIN R., PAGALLO U., ROSSI F., SCHAFER B., VALCKE P., VAYENA E., *AI4People – an ethical framework for a good AI society: opportunities, risks, principles, and recommendations*, Minds Mach., 2018, 28 4, 689-707, 698.

[39] GINSBURG J.C., *The concept of authorship in comparative copyright law*, DePaul L. Rev. 52, 2003, 1063.

[40] Questo è il risultato dell'indagine condotta da GINSBURG J.C., *The concept of authorship*, cit., 1063, esplorando il concetto di paternità negli Stati Uniti, nel Regno Unito, in Canada e in Australia, nonché nei paesi di diritto civile di Francia, Belgio e Paesi Bassi.

La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche non definisce la paternità [41], né fornisce indicazioni sul significato del termine "autore". Stabilisce solo che perché un autore sia ritenuto tale ed ammesso all'esercizio dei diritti garantiti dalla Convenzione "*è sufficiente che il nome dell'autore sia indicato sull'opera nei modi d'uso*" (art. 15). Quindi autore è di regola colui che dice di esserlo, se il suo nome compare sull'opera come di consueto [42]. Non viene chiarito, invece, se la persona il cui nome appaia debba necessariamente essere un essere umano. Nondimeno, i più autorevoli commentatori convengono che ciò parrebbe doversi ritenere implicito [43]. Sia l'art. 6 *bis* che l'art. 7 della Convenzione, facendo riferimento alla vita e alla morte dell'autore ai fini del computo del termine di durata del diritto, implicano necessariamente che l'autore debba essere una persona fisica [44]. Allo stesso modo, sia l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sia l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali riconoscono a "*ogni individuo*" il "*diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore*". Il preambolo chiarisce che come "individui" devono intendersi "*tutti i membri della famiglia umana*".

Anche a livello europeo, la Direttiva Infosoc [45] non contiene alcuna definizione di "autore" e tace sulle caratteristiche richieste dal legislatore per esercitare le prerogative del titolare del diritto. Questo silenzio, tuttavia, deve essere interpretato in linea proprio con la Convenzione di Berna: sebbene non sia parte firmataria, l'Unione è infatti obbligata a conformarsi ad essa ai sensi dell'art. 1, par. 4 WCT, di cui è parte e di cui la Direttiva costituisce attuazione [46].

Altre fonti normative europei supportano tale conclusione. In particolare, il Considerando 13 Dir. 93/98/CEE che armonizza la durata di protezione del diritto d'autore e l'art. 4 Direttiva 96/9 sulla protezione giuridica delle banche dati, identi-

---

[41] RICKETSON S., *Reflections on authorship and the meaning of a "work" in Australian and Singapore copyright law*, Sing. Acad. Law J., 2012, 24, 792, 820; GINSBURG J., *People not machines: authorship and what it means in the Berne Convention*, IIC, 2018, 49, 2, 131.

[42] Tale presunzione è prevista anche nel nostro ordinamento dall'art. 8 l.a. In giurisprudenza, si è ritenuto, ad esempio, che fondi tale presunzione l'indicazione del nome dell'autore su un libro (v. Trib. Monza, ord. 15 maggio 2000, AIDA, 2001, 765/6; App. Milano, 11 gennaio 2000, AIDA, 2000, 713/1), su un software (Trib. Roma, 17 maggio 1993, AIDA, 1995, 309/4) o sulle testate giornalistiche in cui l'opera fotografica sia stata pubblicata (Trib. Milano, 17 settembre 2010, AIDA, 2012, Rep. I.3.1). Non sempre però esistono forme d'uso di enunciazione dell'autore rilevanti ex art. 8 l.a. V. Trib. Milano, 6 aprile 2012, AIDA, 2012, Rep. I.3.1, che ne ha escluso l'esistenza per pupazzi destinati ad essere utilizzati come mascotte.

[43] RICKETSON S., *People or machines? The Berne Convention and the changing concept of authorship*, Colum. VLA J.L. Arts, 1991, 16, 1; DIETZ A., *The concept of authorship under the Berne Convention*, RIDA, 1993, 155, 3.

[44] Disposizioni simili sono contenute negli artt. 23 e 25 l.a.. Cfr. DE SANCTIS V.M., *I Soggetti del Diritto D'autore*, cit.; KEREVER A., *La determinazione dell'autore dell'opera*, Dir. autore, 1992, 4.

[45] Dir. 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, G.U. L 167, 22.6.2001, p. 10–19.

[46] V. in tal senso CGUE, 9 febbraio 2012, C-277/10, Luksan, EU:C:2012:65, punto 59 e giurisprudenza citata.

ficano come autori rispettivamente "*una o più persone fisiche*" o "*la persona fisica o il gruppo di persone fisiche*".

L'adozione della Dir. 2019/790 sul diritto d'autore e diritti connessi nel mercato unico digitale, sebbene includa disposizioni pertinenti per lo sviluppo e la crescita dell'IA nell'UE (come l'eccezione obbligatoria al diritto d'autore per l'estrazione di testo e dati cfr. cap. 3, par. 3.5), non aggiunge nulla di nuovo in argomento.

Il legislatore nazionale ha seguito principalmente gli sviluppi del diritto internazionale e dell'UE[47]. L'art. 6 l.a. stabilisce che "*il diritto d'autore si acquisisce sulla creazione di un'opera che costituisce l'espressione particolare di uno sforzo intellettuale*", fondando così un forte legame tra la paternità e la sussistenza del carattere creativo necessario a beneficiare della tutela (cfr. sul punto il par. 1.3.1)[48]. Un'opera per essere originale deve "*recare l'impronta della personalità dell'autore*"[49]. Da questo punto di vista, la mancanza della volizione intellettiva di imprimere il timbro della propria *innere Anschauung* nello sforzo artistico è sovente spesa come argomento per escludere l'attività creativa non umana dalla protezione del diritto d'autore[50]. In effetti, v'è ampio consenso sul fatto che l'IA oggi sia "debole"[51], ovvero possa agire in modo intelligente, ma non comprendere il vero significato del proprio agire[52]. Tuttavia, la maggior parte degli autori concorda sul fatto che l'intenzionalità dell'atto creativo non sia richiesta per una corretta attribuzione della paternità[53], come d'altronde è comprovato dalla possibilità di riconoscerla anche in capo ai soggetti minori d'età e alle persone incapaci[54]. Su questo fronte, il possesso di proprietà ontologicamente umane, come la capacità riflessiva o l'empatia, non parrebbero ergersi ad ostacolo insormontabile all'attribuzione di diritti d'autore ad un soggetto-macchina.

Al di là del dato strettamente positivo, è chiaro che il riconoscimento ad una macchina della capacità di essere autore implicherebbe sul piano strettamente so-

---

[47] UBERTAZZI L.C., *I diritti d'autore e connessi*, cit., 21-34.

[48] In questo senso, la giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'UE, in particolare la sua storica decisione Infopaq, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465. In dottrina, per tutti, FRANZOSI M., *Copyright: chi è l'autore delle opere generate a computer?*, Dir. autore, 2018, 3, 168.

[49] Cass., 12 gennaio 2018, n. 658, Riv. dir. ind., 2018, 6, II, 419 e Foro it. 2018, 3, I, 943, con nota di CASABURI G.

[50] Cfr. ROSSI G., *L'intelligenza artificiale e la definizione di "opera dell'ingegno"*, Quaderni di AIDA, 2018, 268, secondo cui la creatività non si trova nel risultato ma nell'allestimento del processo cui il risultato consegue: "*l'effettivo atto creativo non è la mera rielaborazione algoritmica del materiale di partenza, ma proprio l'individuazione, umana, dei dati di partenza, allo scopo di far conseguire alla macchina un risultato le cui linee fondamentali sono, comunque, determinate dall'uomo*". In senso analogo si vedano anche IHALAINEN J., *Computer creativity: Artificial Intelligence and Copyright*, JIPLP, 2018, 13, 724 e GRIMMELMANN J., *There's no such thing as a computer-authored work*, cit., 403 ss., 412.

[51] DURANTE M., PAGALLO U. (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Utet, Torino, 2012, 94.

[52] LIM A., *Robots aren't as smart as you think*, MIT Technol. Rev. 2017.

[53] DE SANCTIS V.M., *I Soggetti del Diritto D'autore*, cit.

[54] GRECO P., VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 213.

ciologico considerazioni non propriamente irrilevanti, posto che significherebbe attribuire eguale valore alla creatività umana e a quella artificiale[55].

Al netto di queste riflessioni, il dato giuridico positivo esistente a tutti i livelli non consente di conferire diritti d'autore su un'opera generata da una macchina. E ciò pare destinato a rimanere tale almeno fintanto che le macchine intelligenti non siano riconosciute dall'ordinamento quali soggetti di diritto, dotati di capacità giuridica e dunque della possibilità astratta di essere titolari di situazioni giuridiche soggettive, quali diritti ed obblighi[56]. La proposta del Parlamento Europeo di introdurre uno status giuridico specifico per i robot[57] è stata fortemente criticata e allo stato pare destinata a rimanere tale.

In mancanza, l'IA e i robot possono essere concepiti come agenti nel diritto contrattuale e commerciale[58], possono anche essere inclusi nella classe degli agenti moralmente responsabili[59], ma non possono in nessun caso essere trattati come persone giuridiche, nonostante la diffusa confusione esistente sulle nozioni di personalità e capacità giuridica[60].

Pertanto, l'eventuale attribuzione ad agenti software di diritti sulle opere dai medesimi create non pare nemmeno astrattamente concepibile, in assenza di un previo intervento legislativo *ad hoc* volto ad introdurre una "e-personality", ossia una qualificazione giuridica autonoma e specifica per tali agenti[61]. Prima di questo sviluppo,

---

[55] Cfr. WIPO, *WIPO Conversation*, cit., 7. Al contrario, "*If AI-generated works were excluded from eligibility for copyright protection, the copyright system would be seen as an instrument for encouraging and favoring the dignity of human creativity over machine creativity*".

[56] In argomento, si veda ČERKA P., GRIGIENÉ J., SIRBIKYTÉ G., *It is possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?*, CLSR, 33, 5, 2017, 685-699.

[57] PARLAMENTO UE, *Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, 2015/2103(INL), punto 59 lett. f), laddove invita la Commissione a considerare le implicazioni di possibili misure legislative volte a "*creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently*". La risoluzione a sua volta si basa sull'omonimo studio commissionato dal Policy Department for Citizens'Rights and Constitutional Affairs. Cfr. NEVEJANS N., *European Civil Law Rules in Robotics*, Study for the JURI Committee, PE 571.379, 2016. Anche in altri ordinamenti si è discusso di tale possibilità: si è sentito parlare, ad esempio, della concessione da parte dell'Arabia Saudita del diritto di cittadinanza ad un robot denominato Sophie, ovvero del riconoscimento della residenza da parte della città di Tokio al robot Shibuya Mirai. Cfr. GRIFFIN A., *Saudi Arabia grants citizenship to a robot for the firts time ever*, Indipendent, 26 ottobre 2017; BEST S., *AI 'boy' Shibuya Mirai becomes the first machine to be granted residency in central Tokyo*, Dailymail online, 4 novembre 2017.

[58] PAGALLO U., *Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today's debate on the legal status of AI systems*, Phil. Trans. R. Soc. A376, 20180168, 2018.

[59] DURANTE M., *Ethics, Law and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi. The International Library of Ethics*, Law and Technology, Springer, Amsterdam, 2017, 224; PAGALLO U., *What robots want: autonomous machines, codes and new frontiers of legal responsibility*, in HILDEBRANDT M., GAAKEER J. (eds.), *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Vol. 25, Springer, Dordrecht, 2013, 47-65.

[60] PAGALLO U., *Apples, oranges, robots*, cit.

[61] Tale questione risale nella letteratura giuridica agli anni '80. Si vedano, in particolare, LEHMAN-

qualsiasi altra questione logicamente successiva [62], quale la possibilità che un'opera d'arte generata da IA possa soddisfare i requisiti oggettivi per accedere alla tutela del *copyright* [63], pare prematura. L'unica altra domanda che ha senso porsi è piuttosto se vi siano altri soggetti, diversi dalla macchina-autore, che possano essere fittiziamente considerati autori dalla legge e cui possano essere conferiti i diritti conseguenti.

Alcune giurisdizioni, prevalentemente di *common law*, hanno risposto affermativamente e conferito il diritto d'autore sulle opere "*generated by a computer in circumstances such that there is no human author*" alla persona "*by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken*" [64]. L'art. 12, para. 3, della legge britannica del 1988 inoltre ha risolto il problema della durata della tutela, facendo decorrere i 70 anni canonici dalla fine dell'anno di creazione dell'opera.

Tuttavia, un tale approccio è stato criticato nella misura in cui non chiarisce in cosa consistano effettivamente gli "arrangiamenti", generando dubbi ed incertezze nell'individuazione del soggetto che li abbia realizzati e risulti conseguentemente beneficiario della tutela autoriale [65]. Secondo il Report *Trends and Developments in AI* la scelta dovrebbe ricadere preferibilmente sull'utilizzatore del software, ovvero sul soggetto che abbia contribuito creativamente alla produzione del prodotto artistico [66].

Queste disposizioni poggiano su una *fictio iuris* in forza della quale il diritto d'autore è posto *ex lege* in capo ad un soggetto che autore non è, secondo un meccanismo ben noto anche ai sistemi di *civil law*. Ne è un esempio la regolamentazione delle opere su commissione, in cui i diritti d'autore sull'opera sono conferiti al committente *ab origine* (a titolo originario), benché egli non sia l'autore effettivo dell'opera (c.d. *work for hire doctrine*) [67]. Questo meccanismo opera già nel nostro or-

---

WILZIG S.N., *Frankenstein unbound: towards a legal definition of artificial intelligence*, Futures, 1981, 13, 6, 442; SOLUM L.B., *Legal personhood for artificial intelligences*, N.C. Law Rev., 1992, 70, 1231.

[62] Per un elenco di tali domande si veda WIPO, *WIPO Conversation*, cit., 7-8. Significativamente la maggior parte delle domande sono precedute dalla condizionale "*If copyright can be attributed to AI-generated works …*", a conferma che allo stato si tratta di domande astratte.

[63] In argomento si veda JIIP (ed.), *Trends and Developments in Artificial Intelligence*, cit., 116, che ammette che l'opera possa essere il frutto di un atto creativo umano, nella misura in cui questi partecipa alla fase c.d. concettuale (*conception stage*), dove vengono prese le decisioni concernenti la sostanza dell'opera da creare, a partire dal genere, dallo stile, dalla tecnica, dai materiali e dal formato. GUADAMUZ A., *Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works*, IPQ, 2017, 2 169; LEE E., *Digital Originality*, Vanderbilt J. of Ent. and Tech L., 2012, 14, 4, 919, che sostiene la necessità di adattare il test di originalità in vigore per meglio assecondare la specificità delle opere create da macchine; RAMALHO A., *Originality redux: an analysis of the originality requirement in AI-generated works*, Quaderni di AIDA, 2018, 23.

[64] Si tratta in particolare dello UK Copyright, Designs and Patents Act, 1988 [§ 9 (3)], del Irish Copyright and Related Rights Act No. 28/2000 [§2 (1)] e del New Zealand's Copyright Act del 1994 (§ 2).

[65] Che potrebbe essere la persona che ha costruito il sistema di intelligenza artificiale centrale, o la persona che lo ha addestrato. Non è chiaro peraltro come ci si debba regolare qualora più contributori siano coinvolti nel processo creativo. Cfr. LAMBERT P., *Computer generated works and copyright*, cit., 14.

[66] JIIP (ed.), *Trends and Developments in Artificial Intelligence*, cit. 116.

[67] In questo senso Cass., sez. I, 24 giugno 2016, n. 13171, Dir. & Giust., 27 giugno 2016, con nota di IEVOLELLA A., secondo cui non vi è stato un trasferimento dei diritti di utilizzazione economica del-

dinamento per conferire diritti di utilizzazione economica agli editori di opere collettive (art. 38 l.a.)[68], ai produttori di opere cinematografiche (art. 45 l.a.)[69], al committente di opere fotografiche (art. 88 co. 2 l.a.)[70] anche se la paternità delle stesse spetta all'autore o ai co-autori[71]. La sua *ratio* di offrire un incentivo ed una aspettativa di remunerazione ai soggetti che più sono direttamente interessati a investire in opere artistiche, ben si addice al prevedibile interesse di premiare gli investimenti in ricerca e sviluppo nel settore dell'IA[72].

È prevedibile, dunque, che anche nel nostro ordinamento possa giungersi ad una soluzione di questo tipo[73], senza la necessità di particolari riforme strutturali[74].

---

l'opera, quando il committente abbia acquistato, a titolo originario, i diritti di utilizzazione economica dell'opera, per effetto ed in esecuzione di un contratto di prestazione d'opera intellettuale concluso con l'autore, che ha consentito all'opera di venire alla luce, con la sua originalità e proteggibilità, e di essere acquisita in via originaria al patrimonio del committente. In senso analogo, Cass. sez. civ. 11 novembre 2003, n. 16919, AIDA, 2005, 1017/2, che esclude che il contratto d'opera intellettuale abbia effetto traslativo a favore del committente delle opere realizzate in sua esecuzione. Non manca, tuttavia, giurisprudenza, specialmente di merito, che ritiene che l'acquisto avvenga a titolo derivativo. Cfr. Trib. Roma, 25 gennaio 2002, AIDA 2003, 905/4, a proposito della commissione di disegni ed immagini sacre; Trib. Torino, ord. 24 febbraio 2010, AIDA, 2011, 1411/1, a proposito di progetto di architettura e Trib. Milano, 29 aprile 2015, AIDA, 2015, II.89/5, a proposito di opera letteraria.

[68] "*Nell'opera collettiva, salvo patto in contrario, il diritto di utilizzazione economica spetta all'editore dell'opera stessa, senza pregiudizio derivante dall'applicazione dell'art. 7*". In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 19 marzo 2012, AIDA, 2013, 1554/2I, secondo cui i diritti patrimoniali di sfruttamento dell'opera collettiva creata nell'esecuzione di un contratto di prestazione d'opera tra l'autore e l'editore appartengono all'editore ex art. 38 l.a. in virtù del contratto di lavoro autonomo ed indipendentemente da qualunque stipulazione di un contratto di edizione.

[69] "*L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica spetta a chi ha organizzato la produzione dell'opera stessa, nei limiti indicati dai successivi articoli*". In giurisprudenza, v. Trib. Roma, 1 febbraio 1996, AIDA, 1996, 421/1, secondo cui i diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica vengono acquistati direttamente ed a titolo originario dal produttore, che di conseguenza è l'unico soggetto legittimato a disporne. V. anche Trib. Roma, ord. 8 ottobre 1999, AIDA, 2001, 753/2; Trib. Roma, ord. 7 giugno 2012, AIDA, 2013, 1560/3, sull'acquisto delle foto di scena in capo al produttore.

[70] "*Spetta al fotografo il diritto esclusivo di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia…Tuttavia se l'opera è stata ottenuta nel corso e nell'adempimento di un contratto di impiego o di lavoro, entro i limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto, il diritto esclusivo compete al datore di lavoro. La stessa norma si applica, salvo patto contrario, a favore del committente quando si tratti di fotografia di cose in possesso del committente medesimo e salvo pagamento a favore del fotografo, da parte di chi utilizza commercialmente la riproduzione, di un equo corrispettivo*". In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 2 novembre 2005, AIDA, 2006, 1103/1, secondo cui, in caso di commissione di un servizio fotografico, i diritti sulle relative fotografie sorgono in capo al committente sin dal momento in cui le stesse vengono scattate, secondo i principi in tema di vendita di cosa futura.

[71] L'art. 7 l.a. considera quale autore dell'opera collettiva chi organizza e dirige la creazione dell'opera stessa. L'art. 44 l.a., invece, considera autori delle opere cinematografiche l'autore del soggetto, della sceneggiatura, della musica (solo se creata in occasione e per il film) e il direttore artistico.

[72] CUBERT J.A., BONE R.G.A., *The law of intellectual property created by artificial intelligence*, in BARFIELD W., PAGALLO U. (eds.), *Research Handbook*, cit., 411.

[73] A sostegno di tale soluzione anche in altri ordinamenti si sono espressi DENICOLA R.C., *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, Rutgers University L. Rev., 2016, 69, 251, secondo cui è irragionevole distinguere il regime di opere meramente assistite o totalmente generate da macchine; ANTIKAINEN M., *Copyright Protection and AI-Generated Works – A Fight We Have Already Lost?*, Quaderni di AIDA, 2018, 243; GUIZZARDI S., *La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno crea-*

L'applicazione del modello dell'opera su commissione avrebbe altresì il pregio di risolvere il problema dell'individuazione del soggetto meritevole di beneficiare dei diritti di sfruttamento economico[75], assegnandoli alla persona fisica o giuridica che si serva e tragga beneficio dall'attività dell'agente software, esattamente come se si trattasse dell'attività di un prestatore d'opera professionale all'interno di un rapporto di committenza[76].

Per intanto, in assenza di sviluppi normativi, si assiste ad una sostanziale mancanza di armonizzazione[77] e disparità di trattamento tra paesi che risolvono il problema dell'attribuzione della paternità di opere artificiali e paesi, come il nostro, in cui la lacuna normativa obbliga a considerarle sguarnite da tutela autoriale ed in pubblico dominio[78].

A questa ultima conclusione è giunta la corte distrettuale californiana in una controversia di larga risonanza mediatica in cui ha negato la tutela autoriale a Naruto. Non si trattava di un robot, bensì di una scimmia (precisamente un macaco indonesiano) di sei anni, che aveva scattato diversi *selfies* utilizzando la fotocamera del reporter David John Slater[79]. Il giudice W.H. Orrick ha respinto il ricorso promosso da due associazioni animaliste che contestavano a Slater la violazione dei diritti d'autore della scimmia, per aver pubblicato i *selfies* all'interno di un libro, senza

---

ta da Intelligenza Artificiale, Quaderni di AIDA, 2018, 42, secondo cui la concessione della tutela potrebbe essere limitata alle sole opere che rappresentino un risultato non prevedibile, né condizionato dall'intervento umano; LAVAGNINI S., *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, Dir. aut., 2018, 3, 360, secondo cui "*l'intelligenza artificiale ha ormai raggiunto un livello di sviluppo ed un'importanza tale da rendere necessario un intervento normativo che governi il settore anche dal punto di vista della proprietà intellettuale*".

[74] In questo senso, JIIP, *Trends and Developments in AI*, cit., 118, secondo cui "*Current EU copyright rules are generally sufficiently flexible to deal with the challenges posed by AI-assisted outputs*".

[75] Le difficoltà derivano principalmente dal cosiddetto "modello multiplayer", che descrive le molteplici parti interessate che sono coinvolte nel processo attraverso il quale le opere d'arte sono create dai sistemi di IA (inclusi programmatori di software, fornitori di dati e feedback, formatori, proprietari e operatori di sistema, datori di lavoro, ecc.). Cfr. YANISKY RAVID S., LIU X., *When artificial intelligence systems produce inventions: the 3A era and an alternative model for patent law*, Cardozo Law Rev., 2018, 39, 2215.

[76] In questo senso, YANISKY RAVID S., *Generating Rembrandt*, cit., 659. *Contra* ATTOLICO L., *Profili giuridici delle opere dell'ingegno create da intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Attualità del diritto d'autore, Studi in onore di Giorgio Assumma*, Roma, 2018, secondo cui la titolarità dei diritti patrimoniali sull'opera creata dalla macchina intelligente dovrebbe essere attribuita al proprietario della stessa, nonostante questi non svolga alcuna attività creativa.

[77] Cfr. il Report del JIIP, *Trends and Development in AI*, cit., 118, secondo cui "*The absence of (fully) harmonised rules of authorship and copyright ownership has led to divergent solutions in national law of distinct Member States in respect of AI-assisted works, which might justify a harmonisation initiative*".

[78] AJANI G., cit., 76, secondo cui "*This would determine an unfortunate diversity between the continental and the common law jurisdictions on the treatment of AI-made works*". In questo senso anche GUIZZARDI S., *op. cit.*, 42.

[79] n. 15-CV-04324. In data 20 marzo 2016 è stato depositato ricorso alla Corte d'Appello del Nono Circuito (n. 16-15469). Anche se è stato raggiunto un accordo transattivo tra le parti, il tribunale ha ritenuto sussistesse l'interesse a giudicare comunque nel merito la questione. Il 23 aprile 2018 il Nono Circuito ha confermato la sentenza di prime cure. Per un commento della sentenza, si veda O'CONNELL A., *Monkeys do not have standing under US Copyright Act*, JIPLP, 2018, 13, 8, 607-608.

consenso, né riconoscimento economico [80]. Nel concludere che il Copyright Act "*does not confer standing upon animals like Naruto*", il giudice americano ha implicitamente assunto che le opere create da soggetti diversi dagli esseri umani non beneficiano di tutela autoriale e possono dunque essere liberamente utilizzate da chiunque [81]. Gli esiti del giudizio si prestano dunque all'applicazione in via analogica anche al caso dei robot-artist che ci occupa.

Ad analoghe conclusioni è giunta la Internet Court di Pechino che nel valutare la tutelabilità di un report legale generato da un software, ha chiarito, in *obiter dictum*, che per accedere alla tutela autoriale un'opera deve necessariamente essere il risultato dell'atto creativo posto in essere da una persona fisica. La Corte ha non di meno evidenziato la necessità di riconoscere diritti sull'opera, onde evitare che il libero sfruttamento della stessa non privi gli operatori degli incentivi necessari a progredire nell'attività di sviluppo di siffatte tecnologie [82].

Come ho già rimarcato in un altro lavoro [83], mi pare che, da questo punto di vista, l'opzione più interessante e forse maggiormente coerente con le politiche passate e le scelte normative degli Stati membri dell'UE [84], non sia tanto l'estensione del diritto d'autore alle opere create da IA, bensì l'introduzione di un diritto connesso (o *sui generis*), che tenga in miglior conto le peculiarità di questo tipo di creatività [85].

---

[80] Argomenti a sostegno sono stati addotti dal precedente *Cetacean Cmty v. Bush* [386 F.3d 1169, 1175 (2004)], in cui il Nono Circuito aveva negato che il linguaggio del Copyright Act mostrasse l'intenzione del Congresso di conferire capacità giuridica agli animali. Inoltre, il Compendium of US Copyright Offices Practices, pubblicato nel dicembre 2014, fa ripetutamente riferimento a "persone" o "esseri umani" e stabilisce al § 313.2, intitolato "*Works That Lack Human Authorship*" che "*to qualify as a work of authorship a work must be created by a human being. Works that do not satisfy this requirement are not copyrightable*".

[81] Una conclusione analoga parrebbe poter essere agevomente estesa, almeno negli Stati Uniti, anche alle opere d'arte realizzate da IA. Infatti, il Compendium dello US Copyright Office Practices (3ª ed. 2014) al § 313.2 afferma chiaramente che "*the Office will not register works produced by a machine or mere mechanical process that operates randomly or automatically without any creative input or intervention from a human author*".

[82] KAN HE, *Feilin v. Baidu: Beijing Internet Court tackles protection of AI/software-generated work and holds that copyright only vests in works by human authors*, The IpKat, 9 novembre 2019.

[83] CIANI J., *Learning from Monkeys*, cit.

[84] In particolare, gli Stati membri dell'UE dovrebbero considerare due esperienze passate: (a) il diritto *sui generis* sulla protezione delle banche dati (v. cap. 3, par. 3.8) e b) i diritti connessi a favore di produttori ed emittenti. Entrambi i regimi sono stati utilizzati per proteggere diversi tipi di investimenti. L'obiettivo di conferire diritti sulle opere create da macchine sarebbe analogo. Viceversa, questa logica non coincide con quella della legge sul diritto d'autore, il cui obiettivo non è tutelare l'investimento, bensì premiare la paternità (v. Cass. Sez. I civ., 19 ottobre 2012, n. 18037, AIDA, 2013, 1527/1). Tuttavia, la paternità non è un elemento centrale quando si tratta di opere d'arte generate dall'intelligenza artificiale. In questo senso si veda anche RAMALHO A., *Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems*, J. Internet L., 2017, 21, 1, 1-25.

[85] In questo senso, LEROUX C., LABRUTO R. (eds.), *Suggestion for a Green Paper on Legal Issues in Robotics*, euRobotics The European Robotics Coordination Action, 2012; nonché il Rapporto *Intelligence Artificielle Enjeux Juridiques* del Gruppo di lavoro 3.2, sottogruppo 3.2.B Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle, secondo il quale "*Il résulte des échanges du Sous-groupe que l'exclusion des créations générées par une intelligence artificielle autonome pourrait avoir un impact sur la valorisation des actifs immatériels au sein de l'entreprise notamment et nécessiterait de*

1.2. *Le opere eleggibili alla tutela autoriale e la dicotomia idee/espressione*

Al di là delle opere create da agenti software, che difettano dei requisiti soggettivi di tutela, la maggior parte delle opere in pubblico dominio non soddisfa i requisiti oggettivi di protezione autoriale. Si tratta, in particolare, delle opere che non rientrano nell'oggetto di tutela perché:

a) non rientrano tra le opere astrattamente eleggibili per la tutela;
b) pur rientrando tra le opere tutelabili, non presentano il carattere creativo necessario (v. sub par. 1.3.1.);
c) trattandosi di opere dell'*industrial design*, pur dotate di carattere creativo, difettano però di valore artistico (v. sub par. 1.3.4).

In questo paragrafo ci occuperemo della categoria di opere sub a). La Convenzione di Berna (e i successivi trattati internazionali che ad essa rinviano) [86] all'art. 1 individua l'oggetto della protezione autoriale nelle "*opere letterarie ed artistiche*". Il successivo art. 2, co. 1, ricomprende in tale nozione "*tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*". Le opere astrattamente eleggibili per la tutela sono poi individuate in una elencazione, recepita anche nel nostro ordinamento rispettivamente all'art. 2575 c.c. e 2 l.a. [87]. Univocamente la giurisprudenza afferma che tale elencazione "*va intesa in senso non tassativo, ma esemplificativo*" [88] e ben "*consente di ricondurre in tale categoria anche opere ivi non elencate*" [89]. Non a caso, nel tempo, tale catalogo aperto si è andato via via ampliando sia per intervento legislativo, integrando alle tradizionali

---

s'interroger sur une stratégie de valorisation adéquate. Toutefois, une telle stratégie de valorisation ne passerait pas obligatoirement par une refonte du droit d'auteur en niant le lien entre l'œuvre et l'humain, mais pourrait le cas échéant donner lieu à un régime de protection distinct". Tale raccomandazione è confluita nel *Rapporte de synthèse* del Gruppo di lavoro France Intelligence Artificielle, disponibile al link https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/Conclusions_Groupes_Travail_France_IA.pdf (ultimo accesso 15.4.2021).

[86] Sia l'art. 1, punto 4), WCT, sia l'art. 9, para. 1, prima parte, dei TRIPs stabiliscono che le parti contraenti "*si conformano agli articoli da 1 a 21 e all'annesso della Convenzione di Berna*". L'art. 2, lett. a), l'art. 3 par. 1 e l'art. 4, par. 1, Dir. 29/2001 non forniscono la definizione di "opera".

[87] "*In particolare sono comprese nella protezione: 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale; 2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale; 3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti; 4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia; 5) i disegni e le opere dell'architettura; 6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo; 7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II; 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. […] Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso; 9) le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1 […]; 10) le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico*".

[88] *Ex multis* Cass. civ., sez. I, 26 marzo 1984, n. 1988; Id., Cass. civ., sez. I, 19 luglio 1990, n. 7397.

[89] *Ex multis* Trib. Roma, 10 novembre 2010.

opere artistiche anche veri e propri prodotti della tecnica come le fotografie [90], i programmi per elaboratore [91] e le banche dati (cfr. cap. 3, par. 3.7), sia per via giurisprudenziale, ove le corti hanno riconosciuto tutela ad un nutrito novero di opere c.d. "atipiche" o "innominate", come i personaggi dei cartoni animati [92], i format televisivi [93], le creazioni pubblicitarie [94], i siti web [95].

Esiste poi una limitata categoria di opere che non possono accedere alla tutela di diritto d'autore per espressa previsione legislativa. Si parla a riguardo di un pubblico dominio di diritto (*public domain by law*) [96]. In questo caso, l'opera è in pubblico

---

[90] La loro inclusione si deve al d.p.r. n. 19/1979.

[91] Introdotti dal d.lgs. n. 518/1992, che ha attuato la Dir. CEE 91/250, sul presupposto della equiparazione del codice ad un'opera letteraria.

[92] Trib. Bologna, 1 febbraio 2013, AIDA, 2014, 1620/1, secondo cui può essere protetto come opera dell'ingegno un personaggio di fantasia che abbia atteggiamenti e modalità espressive originali, idonee a conferirgli una individualità caratteristica; Trib. Milano, 8 novembre 2012, AIDA, 2013, Repertorio I.13.2, che ha riconosciuto tutela al personaggio di fantasia Polly il Pollo; Trib. Milano, ord. 21 gennaio 2008, AIDA, 2009, Rep. I.2.13.2.; Trib. Bologna, 2 maggio 2011, II.24/1, ha riconosciuto tutela alle fatine Winx.

[93] Trib. Roma, 9 novembre 2007, AIDA, 2009, Rep. I.2.13.5, secondo cui per poter essere qualificato come opera dell'ingegno un format relativo ad un gioco televisivo deve necessariamente contenere, oltre all'idea originale, anche una rappresentazione con dettagliata successione dei comportamenti predeterminati di tutti i soggetti previsti dallo svolgimento del gioco; Trib. Roma, 31 maggio 2007, AIDA, 2008, 1221/1, secondo cui il format deve concretizzarsi nell'illustrazione della struttura narrativa, con l'articolazione delle varie scene, dell'apparato scenico e dei personaggi fissi, ma anche di altri elementi di rilievo (le dinamiche di svolgimento, il ruolo di ciascun protagonista, il carattere, il contenuto e la durata di ogni suo intervento), così da ridurre al minimo il grado di improvvisazione; Trib. Roma, ord. 5 maggio 2005, AIDA, 2006, 1089/1, richiede invece che lo schema di programma televisivo contenga una indicazione compiuta dei criteri di selezione dei giocatori/concorrenti, senza lasciare aperta una molteplice possibilità di alternative nello svolgimento del gioco. In sostanza lo schema di programma non deve necessitare di ulteriori processi di elaborazione e di integrazione con altri contributi integrativi per raggiungere individualità e compiutezza di rappresentazione, v. Trib. Roma, 27 gennaio 2000, AIDA, 2000, 714/1 e Trib. Roma, 23 maggio 2008, AIDA, 2009, Rep. I.2.13.5.

[94] Cass. Sez. I civ., 7 marzo 2003, n. 3390, AIDA, 2004, 955/2, secondo cui l'art. 2 l.a. protegge anche i bozzetti pubblicitari; Trib. Genova, 27 marzo 2000, AIDA, 2000, Rep. I 2.13.4, secondo cui l'opera pubblicitaria deve in linea di principio ritenersi tutelabile nel nostro ordinamento, anche se la sua realizzazione non sia completa, ma sia ancora in itinere; Trib. Torino, 11 giugno 2010, AIDA, 2011, Rep. I.2.13.4, che ha ritenuto proteggibile la tag line «You are. We car» per pubblicizzare automobili; Trib. Roma, 23 marzo 2011, AIDA, 2014, Rep. I.2.13.4, che ha riconosciuto carattere creativo ad un progetto pubblicitario basato sulla connessione tra la campagna di prevenzione di una malattia e la dieta mediterranea; Trib. Bologna, 11 giugno 2015, AIDA, 2015, II.99/1, che ha ritenuto proteggibile un post pubblicato all'interno di un blog o di una pagina internet; Trib. Torino, ord. 31 marzo 2015, AIDA, 2015, 1705/3, secondo cui è proteggibile uno script contenente l'idea–guida della reclame, comprensiva di tutti i suoi elementi caratteristici (destinatari del messaggio, modalità di presentazione del prodotto, ambientazione, voce narrante, svolgimento della storia e battuta finale); Trib. Catania, ord. 22 febbraio 2007, AIDA, 2009, Rep. I.2.13.4; Trib. Roma, 12 ottobre 2005, AIDA, 2006, 1100/1, secondo cui possono essere protetti i promo, cioè i messaggi promozionali di un palinsesto televisivo diretti a promuovere l'ascolto di film; Trib. Bari, ord. 14 settembre 1999, AIDA, 2000, 702/3; Trib. Roma, 28 marzo 1995, AIDA, 1996, 390/1, secondo cui può essere tutelato il bozzetto predisposto da un pittore per un poster pubblicitario di un film.

[95] Trib. Milano, 4 novembre 2008, AIDA, 2009, Rep. I.2.13, secondo cui un sito web può essere protetto come opera dell'ingegno innominata soltanto quando possegga il necessario requisito della creatività (che nella specie è stata negata).

[96] ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali*, cit., 95.

dominio fin dalla sua creazione e pubblicazione. Si tratta ad esempio:

i) dei "*testi degli atti ufficiali, dello stato e delle amministrazioni pubbliche, sia italiane che straniere*", cioè di quegli atti emessi da un ente pubblico nell'esercizio delle loro funzioni amministrative e giurisdizionali (leggi, regolamenti, delibere, verbali, sentenze, ordinanze, ecc.). L'art. 5 l.a., infatti, prevede che "*le disposizioni di questa legge non si applicano*" loro [97];

ii) le "*fotografie di scritti, documenti, carte di affari, oggetti materiali, disegni tecnici e prodotti simili*", che non integrano né un intento creativo in senso pieno, né un intento di documentazione e l'art. 87 l.a. precisa che non sono soggette ad alcun tipo di protezione [98].

A parte siffatte esclusioni, dall'applicazione pratica residuale, l'elencazione delle opere astrattamente eleggibili in sé non opera alcun reale sbarramento rispetto alla tipologia di beni proteggibili. Il discrimine è invece affidato alla c.d. "*idea/expression dichotomy*", secondo cui le idee, intese come concetto antitetico di creatività, sono di per sé insuscettibili di protezione autoriale. Esse rappresentano il nucleo centrale del pubblico dominio [99].

Tale principio presenta, per usare l'espressione adottata dal Tribunale di Firenze, due "estremi concettuali". Il primo "estremo" è enucleato nel principio secondo cui costituisce opera dell'ingegno meritevole di tutela secondo il diritto d'autore ogni opera, in qualsiasi modo espressa, purché espressa. "*Oggetto della tutela autoriale, infatti, è l'opera in quanto espressione in una forma in qualche modo concreta, e non l'idea in essa contenuta. Nel caso dunque in cui un'idea, pur con caratteri innova-*

---

[97] Secondo Trib. Milano, 5 marzo 1992, AIDA, 1992, 94/1, l'ampia formulazione «atti ufficiali» vale ad individuare non soltanto le manifestazioni che esprimono la funzione legislativa o regolamentare dello stato e della pubblica amministrazione, attraverso l'emanazione di leggi, regolamenti e di ogni altra disposizione che abbia carattere obbligatorio, ma tutti gli atti che siano assunti dall'amministrazione pubblica, attinenti all'attività istituzionale della stessa e che, per loro natura, siano destinati alla pubblica conoscenza. Vi rientrano pertanto anche le sentenze (Cass. 16 gennaio 2015, n. 642, AIDA, 2015, 1655/1) e i testi (anche se provenienti da soggetti privati) richiamati dagli atti ufficiali, che concorrano ad integrarne il contenuto normativo, ponendo obblighi, divieti, oneri o anche soltanto definizioni. V. App. Milano, 3 marzo 1995, AIDA, 1995, 350/1. Rientrano in quest'ultimo caso le norme del CEI Comitato Elettrotecnico Italiano, dotate di uno specifico riconoscimento legislativo, ed elaborate da un'associazione privata riconosciuta, cui il legislatore demanda istituzionalmente il compito di individuare regole di sicurezza aventi portata di carattere generale e rilevanza ai fini della determinazione della responsabilità in campo civile e penale. Cfr. Trib. Milano, 5 marzo 1992, AIDA, 1992, 94/2. Sono soggette all'art. 5 l.a. anche le traduzioni non ufficiali di testi normativi. V. Trib. Milano, 8 settembre 2014, AIDA, 2015, 1691/3.

[98] "*Per tali intendendosi non ogni fotografia riproducente un oggetto materiale, bensì solo quelle aventi mera finalità riproduttivo – documentale e perciò non destinate a funzioni ulteriori, quali, ad esempio, la commercializzazione o promozione di un prodotto*". Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2000, n. 8425, Riv. dir. ind., 2002, II, 136, con nota di SERPIERI.

[99] Si veda l'art. 2 WCT e l'art 9(2) TRIPs, secondo cui "*La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali*". Nell'ordinamento europeo, il principio è contenuto nel considerando 11 Dir. 2009/24/CE relativa alla tutela dei programmi per elaboratore. Per quanto concerne l'ordinamento italiano cfr. l'art. 2 n. 8 e 9 l.a. In giurisprudenza, *ex multis* cfr. Cass. n. 190/1962 e Cass. n. 143/1954. Per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si veda UBERTAZZI L.C. (ed.), *Commentario breve*, cit., 2012, 1326.

tivi ed originali, non si sia mai tradotta in un'espressione concreta che permetta di considerarla come un'opera in senso stretto, restando una mera intuizione o traducendosi in una mera prestazione di lavoro intellettuale, non può evidentemente ricevere tutela autoriale" [100]. D'altronde i diritti conferiti all'autore hanno quale comune denominatore l'utilizzo dell'opera, sotto forma di riproduzione, comunicazione e distribuzione, con la logica conseguenza che l'opera stessa deve manifestarsi nella sua concretezza, al fine di poter costituire l'oggetto dei predetti diritti. Tale manifestazione deve avvenire in maniera "chiara" e "precisa" così da essere identificabile, nel rispetto del principio di certezza del diritto, dalle autorità competenti e dai terzi. In applicazione di tale principio, già ricordato in altri ambiti della proprietà intellettuale [101], la Corte di giustizia UE ha escluso la tutelabilità del sapore di un alimento [102], posto che le proprietà organolettiche del sapore sono connesse al carattere soggettivo della percezione di ogni singola persona [103], e non possono essere trasfuse in formule tali da identificarlo con sufficiente precisione e chiarezza e distinguerlo dai sapori di altri prodotti [104]. Conseguentemente, la protezione delle creatività culinarie si configura come limitata alla sola ricetta, intesa come opera letteraria, mentre non copre il contenuto, né le proprietà olfattive e gustative della stessa [105].

In applicazione di tale estremo, la giurisprudenza ritiene "*non consentito in linea generale ottenere la tutela autoriale per l'ideazione di applicazioni o processi produttivi eventualmente tutelabili in via esclusiva ai sensi della legge sui brevetti industriali*", quale, ad esempio, l'invenzione della formula di un farmaco [106]. Del pari, si è escluso

---

[100] Trib. Firenze, 24 dicembre 2018, n. 3563, che richiama a sua volta Trib. Milano, 24 febbraio 2015, n. 2463, secondo cui "*pacificamente la tutela del diritto d'autore non si estende alla semplice idea, vale a dire alle mere informazioni contenute nella ritenuta opera, essendo necessario che la stessa venga espressa in una forma concreta …. per il diritto d'autore occorre la presenza di un'opera dell'ingegno, costituita da un'idea che in essa si sia tradotta, e la tutela riguarda l'opera e non l'idea …*".

[101] Si veda in particolare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di marchio olfattivo: CGUE, 12 dicembre 2002, C-273/00, Sieckmann, ECLI:EU:C:2002:748.

[102] Nella specie si trattava dell'"Heksenkaas" o "Heks'nkaas", un formaggio spalmabile con panna e erbe aromatiche, creato nel 2007 da un commerciante olandese.

[103] In funzione di variabili quali la persona che assapora il prodotto, la sua età, le preferenze alimentari e le abitudini di consumo, unitamente all'ambiente o al contesto nel quale l'alimento viene consumato.

[104] CGUE, Grande Sezione, 13 novembre 2018, C-310/17, Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV, ECLI:EU:C:2018:899, Riv. dir. ind., 2019, 3, 241, con nota di BOTTARINI M., VENTURELLO M., *I sensi e la proprietà intellettuale: il sapore di un alimento quale opera proteggibile con il diritto d'autore*, che analizzano diverse metodologie e strumentazioni esistenti, che potrebbero garantire la certezza del diritto, come richiesto dalla Corte. La Corte ha aderito alle Conclusioni dell'Avv. Gen. Wathelet, 25 luglio 2018, C-310/17. Per un commento, si vedano anche DIJKMAN L., *CJEU rules that taste of a food product is not protectable by copyright*, JIPLP, 2019, 2; COCHE E., *Heks'nkaas or the 'Fifty Shades of Taste' Explained by the CJEU through EU Copyright Law*, EIPR, 2019, 41, 3; POLLAUD-DULIAN F., *Saveur ou fragrance d'un produit et droit d'auteur: le goût du "Haksenkaas" n'ensorcelle pas la Cour de justice*, Recueil Dalloz, 2018, 44.

[105] Sulla protezione delle ricette ai sensi della normativa sul diritto d'autore sia consentito rinviare a CIANI J., *Intellectual property rights and the growing interest in legal protection for culinary creations*, in NOBILE M. (ed.), *World Food Trends and the Future of Food*, Ledizioni, Milano, 2015, 15, con vari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

[106] Trib. Firenze, 24 dicembre 2018, cit.

che possa costituire oggetto di protezione l'idea di tracciare un itinerario turistico escursionistico precedentemente inesistente e di denominarlo «selvaggio blu» [107] o l'idea editoriale di creare un periodico di inserzioni promozionali dedicate alle armi e di raffigurarne alcune in copertina [108].

Il secondo "estremo" deriva dal primo ed enuncia che il diritto d'autore non "*tutela l'idea in sé, ma la forma della sua espressione*" [109]. Se è da considerare la forma e non l'idea di un'opera, il criterio della creatività richiesto dall'art. 1 della l.a. (cfr. paragrafo successivo), "*dovrà essere valutato proprio in relazione alla predetta forma: costituisce quindi opera dell'ingegno qualsiasi opera espressa, purché creativa*" [110].

Ne discende il corollario per cui "*la stessa idea può essere alla base di diverse opere che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende e che, in quanto tale, rileva ai fini della protezione*" [111]. Il plagio (cfr. art. 171 l.a.), quale "*attività di riproduzione*" o "*appropriazione totale o parziale degli elementi creativi di un'opera altrui*", non trova il proprio presupposto nell'identità di idea, bensì di espressione, intesa come forma attraverso la quale si estrinseca il contenuto del prodotto intellettuale [112] (c.d. forma esterna di rappresentazione) [113], ovvero nel modo di rappresentare la realtà e di comunicare idee e sentimenti sulla scorta di una ben determinata idea e di una precisa operazione materiale. È solo a questa che deve farsi riferimento, "*di talché non assumono rilievo le interessanti e, peraltro, controverse discussioni sui significati* [volta a volta soggettivamente attribuiti] *e sui messaggi comunicati dagli artisti nelle loro opere*" [114]. Posto che "*va offerta*

---

[107] Trib. Cagliari, 28 novembre 2003, AIDA, 2005, 1029/1.

[108] Trib. Milano, 27 febbraio 2007, AIDA, 2008, 1214/2, secondo cui tale idea non è monopolizzabile e può essere utilizzata anche da altre riviste concorrenti.

[109] In applicazione di tale principio, Trib. Torino, 6 aprile 1992, AIDA, 1992, 101/1, ha escluso la proteggibilità come opera dell'ingegno di un'operazione promozionale, per la quale non sia stata proposta alcuna forma espressiva, ma tutte le possibili forme espressive. Trib. Milano, 12 gennaio 2012, AIDA 2012, Rep. I.2.13.1, ha escluso che il diritto d'autore tuteli l'idea alla base della creazione di un'opera d'arte, nella specie consistente nella riproduzione di immagini naturalistiche su superfici di alluminio.

[110] Trib. Firenze, 24 dicembre 2018, cit. In questo senso, Trib. Torino, 14 marzo 2014, secondo cui "*Il concetto giuridico di creatività, quindi, deve essere riferito non al contenuto esposto, ma alla forma interna ed esterna della esposizione e, di conseguenza…può costituire oggetto di un'opera tutelabile con il diritto d'autore quando essa sia espressa in una forma che rechi, in qualsiasi modo, l'impronta di elaborazione personale dell'autore*".

[111] Cass., 28 novembre 2011, n. 25173, Foro it., 2012, 1, I, 74.

[112] Cass. civ., sez. I, 26 giugno 2018, n. 2039, Dir. aut., 2018, 1, 68, che ha ravvisato il plagio tra due dipinti, per essere l'uno "quasi del tutto sovrapponibile" all'altro, con ampia identità di posizione dei piani, masse cromatiche, proporzioni.

[113] Cfr. Trib. Torino, 4 aprile 2008, Sez. spec. P.I. 2008, 1, 363, che la distingue dalla forma c.d. interna: "*La forma esterna è l'elemento di un'opera immediatamente percepibile ai sensi ed esteriorizzato attraverso uno dei mezzi espressivi elencati a titolo esemplificativo dagli artt. 1 e 2 L.a. La forma interna consiste invece nel modo personale e particolare dell'autore di raggruppare, sviluppare e intrecciare le idee, i concetti e le immagini espresse in un'opera. Il supporto materiale è l'elemento attraverso il quale si esteriorizza la forma esterna dell'opera*". In dottrina, v. l'insuperata riflessione di ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza*, cit., 699.

[114] Trib. Milano, 25 luglio 2017, resa nella controversia che ha visto contrapposti l'artista concettuale Emilio Isgrò e la casa discografica Sony per le rappresentazioni grafiche che accompagnano l'opera

tutela all'espressione concreta dell'idea (e non al contenuto dell'idea come tale)", il plagio si configura soltanto nel caso in cui vi sia "*identità di essenza rappresentativa tra le opere, e resta escluso nel caso di spunto* (o motivo ispiratore) *comune tratto dal patrimonio di idee proprio di tutti*" [115] (sul plagio si veda ulteriormente sub par. 5).

Insieme a concetti [116], principi, leggi, metodi [117], le idee costituiscono materia astratta [118] e formano il c.d. "pubblico dominio ontologico" [119], perché anche quando acquistano la forma di espressione creativa dell'autore, non abbandonano mai il pubblico dominio e possono sempre essere riutilizzate da altri, purché declinate in forme creative differenti [120]. Per converso, "*anche notizie già di dominio pubblico*

---

musicale di Roger Waters intitolata "Is this the life we really want?", ritenute una illecita riproduzione dell'opera di Isgrò intitolata "Cancellatura" e risalente al 1964.

[115] *Ibidem*. Su queste basi Trib. Torino, 10 novembre 2014, Foro it., 2015, 6, I, 2231, ha chiarito che non può essere tutelata l'idea fondante (script) di uno spot pubblicitario, successivamente rielaborato e realizzato da altri. V. anche Trib. Milano, 27 giugno 2002, AIDA, 2001, V.13, secondo cui non costituisce plagio mutuare da un altrui progetto editoriale per un'enciclopedia del vino spunti quali la pubblicazione a fascicoli settimanali, l'allegazione di flaconcini di essenze, l'utilizzazione dell'opera per commercializzare vino; Trib. Milano, 17 giugno 2005, AIDA, 2005, Rep. I.2.13.1, secondo cui non costituisce contraffazione di un gioco da tavola la realizzazione e commercializzazione di altro gioco, diverso dal primo per la struttura degli schemi regolamentari che lo caratterizzano, anche se identico nell'idea di fondo che vi sta alla base (nella specie nell'idea di realizzare una sfida tra proprietari di squadre di calcio, in cui le partite si giocano a dadi ed i risultati sono influenzati da alcune carte).

[116] Cfr. Trib. Milano, 20 ottobre 2007, Sez. spec. P.I. 2008, 1, 141, che con riferimento ad una dispensa di appunti e materiali per esercitazioni ad uso studenti ha chiarito che la tutela d'autore non può essere applicata a mere elencazioni ed a concetti definitori di uso tecnico-giuridico entrati ormai nel patrimonio comune del settore.

[117] La giurisprudenza è invece concorde nel ritenere che sia proteggibile il sistema di insegnamento caratterizzato da originalità quanto alla forma e al metodo didattico (vedi ad es. Trib. Roma, 14 novembre 1989, Dir. aut., 1990, 407 e Id., 4 giugno 2004, Sez. spec. P.I. 2004, 2-3, 323, che ha tutelato il c.d. "metodo Shenker" di insegnamento della lingua inglese). App. Roma, 8 luglio 2013, ha escluso la tutelabilità di un corso di storia dell'arte italiana, caratterizzato dall'idea di abbinare all'esposizione teorica, la visita di siti di interesse storico ed artistico, scelti in coerenza con gli argomenti esposti nel corso delle lezioni.

[118] ROSE M., *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, Law and Contemporary Probs., 2003, 66, 80, ne giustifica l'esclusione proprio sulla base della loro immaterialità, dell'assenza di confini netti e dell'impossibilità di possederle materialmente: "*How could ideas, which have no bounds or marks or anything that is capable of visible possession, give rise to a common law right of property?*"; mentre HUGHES J., *Size Matters (or Should) in Copyright Law*, Fordham L. Rev., 2005, 74, 575, per una questione di "dimensioni", dovendosi escludere dalla proteggibilità contenuti originali ma "*too small in grain size*".

[119] SAMUELSON P., *Enriching Discourse on Public Domain*, cit., 791, lo qualifica invece come "*public domain of IP-free information resources*", mentre ZIMMERMANN D.L., *Is There a Right to Have Something to Say?,* cit., 326, parla di un "*First Amendment public domain*", in quanto idee, informazioni, teorie e principi scietifici sono così strettamente interconnessi con il diritto alla libertà di espressione, da esserne inevitabilmente ricompresi.

[120] Per quanto concerne il nostro paese, si veda in giurisprudenza *ex multis* Cass., 13 febbraio 1987, n. 1558, Foro it., 1987, I, 2154, Giust. civ., 1988, I, 1290, Giur. it., 1988, I, 1, 644, e in Dir. aut., 1988, 43, che ha rigettato la domanda di tutela dell'idea di deviare le acque del fiume Biferno per soddisfare il bisogno idrico della Campagna; Pret. Roma, 2 aprile 1975, Dir. aut., 1975, 419; Trib. Monza, 26 maggio 1994, Quaderni di AIDA, 1994, 595; Trib. Milano, 29 gennaio 1996, Quaderni di AIDA, 1997, 695 "*… l'idea, elemento primo del pensiero umano e principio di ogni attività intellettuale, anche se manifestata, non comporta la creazione di un'opera intellettuale; ma allorché prende forma in una personale costruzione*

possono costituire l'oggetto di un opera tutelabile con il diritto di autore quando esse siano espresse in una forma che rechi, in qualsiasi modo, l'impronta di una elaborazione personale dell'autore" [121]. Utilizzando tali criteri, la giurisprudenza ha riconosciuto il carattere creativo ad una svariata tipologia di opere "atipiche", non rientranti nell'elenco, meramente esemplificativo e non tassativo, di cui all'art. 2 l.a., quali cartine geografiche [122], articoli o saggi ad alto tasso di tecnicismo [123], pagine tratte da siti web [124], *concept store* [125].

L'esclusione delle idee dalla tutela di diritto d'autore ha piena cittadinanza tanto nei sistemi di *Civil Law*, quanto in quelli di *Common Law* [126] e prende forma dalla necessità di contemperare i diritti di sfruttamento esclusivo in capo all'autore con i diritti della collettività ad un diffuso ed elevato progresso culturale, sociale e scientifico, ciò che sarebbe affatto ostacolato dalla possibilità di costituire monopoli sulle idee [127].

Nonostante la dicotomia idea/espressione sia stata considerata da qualcuno "nominalistica e fittizia" [128], un "mito" [129], di scarsa utilità pratica [130], essa opera in

---

ed organizzazione espressiva, si concreta in un'entità che, rispecchiando la personalità dell'autore, è per ciò creativa … La normativa vigente accorda la protezione non al contenuto della creazione o alle idee che sono a base dell'opera, bensì alla forma attraverso cui si esteriorizza il contenuto del prodotto intellettuale …"; Cass., sez. VI, 23 aprile 2013, n. 9757, Dir. e giust., 2013, 24 aprile, con nota FERRETTI, *Via libera alla commercializzazione di riproduzioni creative di beni culturali*, che aggiunge: "*La creatività, nell'ambito delle opere dell'ingegno, non è costituita dall'idea in sé, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende e che in quanto tale rileva per l'ottenimento della protezione*".

[121] Cass., sez. I, 19 luglio 1990, n. 7397, Giust. civ. Mass., 1990, fasc. 7, secondo cui "*la protezione propria del diritto di autore va riconosciuta anche ad un catalogo di merci (come, del resto, ad un calendario od una lista di vario genere), quando l'esposizione presenti elementi apprezzabili di creatività consistenti nella sistemazione ed organizzazione delle notizie in base a criteri dotati di una certa originalità, e non in base a semplici criteri alfabetici e cronologici, (nella specie, trattavasi di un catalogo della produzione militare italiana)*".

[122] Tra le molte, Trib. Torino, 23 maggio 2013, n. 3505.

[123] Trib. Milano, 12 maggio 2014, n. 6057; Trib. Milano, 29 settembre 2014, n. 11388.

[124] Trib. Milano, 17 marzo 2014.

[125] Trib. Milano, 13 ottobre 2015, n. 11416.

[126] Nell'ordinamento statunitense la sec. 17 U.S.C. § 102 (b) prevede che "*In no case does copyright protection for an original work of autorship extend to any idea, … concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work*". La c.d. "*idea/expression dichotomy*" aveva però già trovato piena espressione giurisprudenziale a partire dal caso *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 25 L.Ed. 841 (1880).

[127] BORGHI M., *Owning Form, Sharing Content: Natural-Right Copyright and Digital Environment*, in MACMILLAN F. (a cura di), *New Directions in Copyright Law*, Vol. 6, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2007, 222, secondo cui la dicotomia idea/espressione "*in Anglo-American copyright, … appears … to have an utilitarian justification – specifically, that of "balancing" authors'private interest (in claiming property in their work) and the public interest (in being free to make use of the work and to build upon it)*".

[128] FRASSI P., *Creazioni utili e diritto d'autore*, cit., 29.

[129] Cfr. JONES R.H., *The Myth of the Idea/Expression Dicothomy in Copyright Law*, Pace L.R., 1990, 3, 554.

realtà quale baluardo avverso l'estensione dell'area dei beni immateriali suscettibili di appropriazione [131] ed è da considerarsi decisiva al fine del sostentamento dello stesso processo creativo [132], che si caratterizza per essere fondamentalmente derivativo, ovvero per muovere i propri passi a partire dall'ispirazione dallo stato dell'arte che precede [133]. Anche per tale ragione, si è sostenuto che, tra i sistemi di proprietà intellettuale, il diritto d'autore sarebbe quello che meno incide sui rapporti di concorrenza. Infatti, la protezione autoriale, con il suo focus sull'espressione individuale dell'opera, faciliterebbe la costituzione di mercati caratterizzati dalla presenza di un numero elevato di concorrenti che vendono beni e servizi sostituibili (vale a dire quella che gli economisti hanno definito concorrenza monopolistica) [134], dove ciascun concorrente è in grado di acquisire un vantaggio concorrenziale senza dover apportare significative modifiche allo stato dell'arte pre-esistente [135].

1.3. *I requisiti di tutela*

In aggiunta alle idee, nemmeno astrattamente eleggibili per la tutela di diritto d'autore, compongono il pubblico dominio tutte le opere che mancano dei requisiti

---

[130] Le critiche si sono appuntate specialmente alla sua applicazione alla tutela del software dove i due concetti sarebbero di fatto inscindibili e l'interprete non sarebbe in grado di tracciare una sicura linea di demarcazione tra l'idea contenuta nell'algoritmo e la sua espressione. Cfr. RISTUCCIA R., ZENO ZENCOVICH V., *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel d.lgs. 518/1992. Con 65 decisioni di giudici italiani*, Cedam, Padova, 1993, 29; GHIDINI G., *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, Giur. comm., 1984, 270 s.; FLORIDIA G., *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, Dir. inf., 1989, 89 s.; CAVANI G., *L'oggetto della tutela*, in UBERTAZZI L.C. (a cura di), *La legge sul software – commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 1994, 5; MASIYAKURIMA P., *The Futility of the Idea/Expression Dichotomy in UK Copyright Law*, IIC, 2007, 5, 548 s.; RICOLFI M., *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, Riv. dir. ind., 2002, 1, 511 s.

[131] NOTO LA DIEGA G., *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, Europa e dir. priv., 2013, 2, 573-574.

[132] Sul rapporto col principio concorrenziale, v. ROMANO R., *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, Riv. dir. civ., 2008, 6, 665, 666-667, il quale rileva che la protezione limitata alla sola modalità espressiva, permette la coesistenza di una pluralità di espressioni contenutisticamente simili, parzialmente sostituibili l'una all'altra, di talché, in ragione anche del significato meno forte rispetto al passato assunto dal requisito di accesso del carattere creativo, è possibile rinvenire molteplici varianti espressive della stessa idea. Riconoscere la protezione a tutte le opere ispirate alla medesima idea (purché naturalmente dotate dei requisiti per l'accesso alla tutela) rende particolarmente ampie le possibilità di creare e realizzare opere sempre nuove, riducendo fortemente i rischi di effetti anticoncorrenziali.

[133] LADDIE H., *Copyright: Over-strengh, over-regulated, over-rated?*, EIPR, 1996, 253, 259, secondo cui "*the whole of human development is derivative*"; LITMAN J., *The Public Domain*, cit., 1011-12, secondo cui "*All works of authorship, even the most creative, include some elements adapted from raw material that the author first encountered in someone else's works…Because we have a public domain, we can permit authors to avoid the harsh light of a genuine search of provenance, and thus maintain the illusion that their works are indeed their own creation*".

[134] V. HARRISON J.L., *Rationalizing the Allocative and Distributive Relationship in Copyright*, Hofstra L. Rev., 2003-2004, 32, 853.

[135] CISTARO M., *I limiti della tutela autoriale del software: individualità dell'opera e policy su concorrenza e innovazione nel mercato del software*, Riv. dir. ind., 2017, 4, 344.

essenziali previsti dal legislatore per accedervi. Così come si dirà per le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, l'incidenza di tali requisiti discende solo in parte dal formante legislativo, essendone la portata pratica fortemente condizionata dall'interpretazione che di essi è data dal formante giurisprudenziale.

1.3.1. *ll carattere creativo (o originalità)*

A norma dell'art. 1, co. 1, l.a., "*sono protette (…) le opere dell'ingegno a carattere creativo*". L'art. 6 l.a. aggiunge che "*il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale*". Di qui, si ricava che elementi costitutivi necessari del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno sono il carattere creativo e la novità dell'opera [136].In termini identici si esprime, altresì, l'art. 2576 c.c.

Ad essi si aggiungono poi alcuni elementi costitutivi variabili (specialmente il valore artistico, v. sub par. 1.3.2, e la compiutezza espressiva, v. sub par. 1.3.2), richiesti a seconda della specifica tipologia di opera dell'ingegno per cui si domanda tutela.

Il carattere creativo, sovente indicato anche come "originalità", è definito come l'estrinsecazione nell'opera dell'impronta dell'autore, della sua personalità e del suo modo personale e peculiare di rappresentare, esprimere e trattare la materia [137]. Così una forma che non veicoli alcun "senso" o alcun "significato sarà pur sempre forma, ma non forma espressiva [138], e dunque non potrà ricevere alcuna tutela di diritto d'autore [139]. Per restare ad esempi noti, un barattolo di zuppa Campbell's fintanto che resti sullo scaffale di un supermercato, non sarà veicolo di alcun significato. La forma diventa forma espressiva all'atto dell'autore di conferirle significato e renderla veicolo dello stesso (il riferimento è ovviamente alla nota opera di Warhol "Campbell's Soup Cans"). Il carattere creativo "*non risponde a indici di bellezza o di artisticità, soggettivi e, per alcune tipologia di opere, difficilmente riscontrabili, ma è integrato da un atto creativo dell'autore … in grado di personalizzare e/o di rilevare il personale apporto di quest'ultimo sull'opera*" [140]. Va dunque ricercato nel percorso che conduce dalla realtà fenomenica alla personale espressione di tale realtà da parte dell'autore. Non può dunque mai essere inteso come una mera imitazione o ripro-

---

[136] La necessità implica che prima di verificare se un'opera costituisce plagio di un'altra il giudice di merito deve verificare anche d'ufficio se quest'ultima abbia i due requisiti ora detti. Cass. Sez. VI, ord. 2 marzo 2015 n. 4216, AIDA, 2015, II.9/1; Id., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14635, Foro It., 2018, 10, I, 3111, con nota di CASABURI G., Riv. dir. ind., 2018, 6, II, 422 e ivi, 2019, 2, II, 57, con nota di TORTI V., *Personaggi di fantasia tra plagio e contraffazione. Riflessioni sull'orientamento della Suprema Corte di Cassazione*

[137] PIOLA CASELLI E., *Codice del diritto d'autore: commentario della nuova Legge 22 aprile 1941-XIX, n. 633*, Utet, Torino, 1943.

[138] SPEDICATO G., *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, Dir. aut., 2011, 572.

[139] In questo senso v. ARE M., *L'oggetto del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1963, 90, secondo cui "*l'elemento tutelabile dell'opera dell'ingegno si identific*[a] *con l'elemento espressivo dell'opera stessa, ossia con quanto trov*[a] *la sua diretta utilità nella comunicazione di conoscenza e godimento intellettuale agli altri soggetti*".

[140] Trib. Firenze, 24 dicembre 2018, cit.

duzione passiva della natura, richiedendo piuttosto una mediazione di tipo intellettuale da parte della personalità dell'autore (che può però anche risolversi nella rinuncia a qualsiasi artifizio) [141]. In questo senso, può dirsi che non basta che il gesto dell'autore riproduca un elemento della realtà esterna, essendo piuttosto necessario che lo "*produca",* ovvero che ponga in essere delle scelte nell'arco del processo creativo. Il carattere creativo si annida, in altre parole, nello scarto esistente tra l'aspetto reale del bene tutelato e l'opera realizzata, nella mediazione dell'autore, nel modo individuale in cui decide di rappresentarla, nell'autonoma aggiunta (*quid pluris*) rispetto ad un oggetto che già esiste fenomenicamente [142]. Questo scarto è ben evidenziato dalla giurisprudenza in materia di fotografia [143] o di opere documentarie [144], che individua la creatività nell'attività di interpretazione del dato reale, esplicitata dalle scelte, che hanno l'obiettivo di trasmettere allo spettatore il nucleo comunicativo ed emotivo racchiuso nell'interpretazione e testimoniano la prevalenza del profilo artistico e creativo su quello tecnico.

I maggiori problemi sorgono quando gli aspetti meramente tecnici non solo prevalgano, ma arrivino addirittura a comprimere anche totalmente l'apporto creativo umano [145], come nel caso delle opere create da intelligenza artificiale o, in generale, dei c.d. *machine generated works* [146], ove il ruolo dell'autore appare sempre più defilato (v. par. 1.1).

---

[141] BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, Quaderni di AIDA, n. 21, Giappichelli, Torino, 2011, 125.

[142] In questa direzione, Trib. Bologna, 24 giugno 2014, AIDA, 2015, II.60/1, ha negato la tutela d'autore al progetto per uno stand fieristico, non essendo stata individuata una elaborazione originale e personale del progettista rispetto al progetto di massima fornito dal committente.

[143] Cfr. Trib. Catania, 11 settembre 2001, secondo cui la creatività emerge "*quando l'attimo fotografato coglie il momento significativo di un evento, ricorrendo ad un linguaggio connotativo che crea una composizione di prospetti, luci, ombre e colori del tutto peculiari*".

[144] Cfr. Trib. Roma, 5 ottobre 2011, Foro it., 2012, 4, I, 1272, secondo cui "*posto che le opere audiovisive a contenuto documentaristico sono quelle che riproducono persone, cose ed eventi della realtà nel tempo e nei modi in cui accadono, le stesse godono della tutela prevista per le opere dell'ingegno solo se costituiscono – per la forma creativa adottata, attraverso le modalità di ripresa e di montaggio, tenuto conto anche del commento sonoro e musicale – una rappresentazione personale e creativa della realtà*". Nella specie, il Tribunale, pur riconoscendo carattere creativo a un documentario sulla vita e l'opera di Gustave Eiffel, ha escluso che questo fosse stato plagiato da un successivo programma sullo stesso argomento, che si limitava a riprendere talune idee, di per sé non tutelabili. Si veda anche Trib. Bari, 7 febbraio 2011, che distingue tra documentario e mera documentazione: il primo "*è, pur sempre, l'espressione di un'idea dell'autore, che tende alla partecipazione agli spettatori di un proprio sguardo, più o meno critico, su beni, luoghi o soggetti*", mentre si ha documentazione "*ove ricorra la raccolta di immagini pure e semplici, quasi una mera elencazione di dati, senza che alcun punto di vista sia espresso nelle immagini*".

[145] Cfr. Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2020, n. 10300, Riv. dir. ind., 2020, 4-05, II, 345, che ha confermato la pronuncia di merito che aveva escluso il carattere dell'originalità e creatività in un regolamento disciplinante un servizio anticontraffazione, poiché si trattava di un testo giuridico standard di uso tecnico-professionale, che non conteneva alcuna peculiare e creativa elaborazione di nozioni giuridiche, prassi del settore, esperienze del professionista, ma solo indicazioni pratiche e funzionali.

[146] Sulla difficoltà di attribuire significato al requisito di originalità in tali circostanze e su tutte le incertezze concernenti la tutela di queste opere sia consentito rinviare a CIANI J., *Learning from Monkeys*, cit., 275-286.

Proprio in ragione delle difficoltà applicative del requisito di originalità nel nuovo panorama tecnologico, tale criterio è diventato negli anni sempre meno selettivo nel distinguere tra opere tutelabili e non. La giurisprudenza è univoca nell'applicare un approccio minimalista o "verso il basso" [147], secondo cui per accedere alla protezione autoriale è sufficiente un "*atto creativo…minimo*" [148]. Mancano di originalità, ad esempio, le opere che si basano su *clichés* tipici, familiari, banali o scontati [149] o che sono forme necessitate, indispensabili per esternare un'idea [150]. Su queste basi, ad esempio, la Corte di Appello di Torino ha escluso la protezione di una mappa stradale, perché "*frutto di pura e semplice rivelazione dello stato dei luoghi per come essi si presentano*" e priva di "*alcuna originalità di lettura o di ricerca che non dipenda dalla pura riproduzione dell'esistente*" [151].

---

[147] BERTANI, cit., 128 e 134, che spiega come la ragione di questa impostazione politico-giuridica discenda "*dal grado (elevato) di sostituibilità delle risorse proteggibili dal diritto d'autore*".

[148] *Ex multis*, Cass., 12 marzo 2004, n. 5089, Foro It., 2004, I, 2441; Riv. giur. Sarda, 2006, 1, 1, con nota di CADONI; Dir. ind., 2005, 237, con nota di BONELLI; Riv. dir. ind., 2005, 6, II, 327, con nota di DALLE VEDOVE, CHIAVEGATTI. Cass., 28 novembre 2011, n. 25173, Giust. civ. Mass., 2011, 11, 1685 e Foro It., 2012, 1, I, 74.

[149] Ad esempio, Trib. Bari, 16 aprile 2019, n. 1701 ha escluso la proteggibilità di uno slogan pubblicitario "*frutto di un mero anagramma, ovvero di una operazione meccanica facilmente eseguibile da chiunque e notoriamente riproducibile con numerosi programmi informatici di scomposizione delle parole*". Trib. Roma, 13 gennaio 2009, AIDA, 2009, Rep. I.2.13.5 ha invece escluso la proteggibilità di un gioco televisivo costituito da una mera ripetizione dello schema dei cruciverba, che il pubblico a casa realizza rispondendo mediante telefonate alle conduttrici del programma. Trib. Roma, 22 dicembre 2010, AIDA, 2012, 1498/2, ha ritenuto privo di carattere creativo un progetto di collaborazione culturale tra istituzioni, associazioni ed operatori di cultura tra due "regioni" dell'Italia e rispettivamente dell'Austria, poiché l'interscambio culturale è un modello ormai diffuso in tutti i settori. Cfr. anche Trib. Milano, ord. 11 gennaio 2018, ha affermato che il semicerchio del "Superenalotto" non è idoneo a integrare alcuna contraffazione o plagio dell'opera di F.B., in quanto consistente in "*un banale segno grafico evocante, per il contesto in cui è inserito, un sorriso, al quale per la sua semplicità e banalità, non può essere attribuito alcun gradiente di creatività*".Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali concernenti opere banali o standardizzate si veda UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve*, cit., 2019, 1642.

[150] Si parla, a riguardo di necessaria discrezionalità della forma espressiva. Cfr. BERTANI, cit., 111, secondo cui "*l'opera è dunque proteggibile … soltanto se rappresenta il proprio contenuto ideativo o informativo in modo discrezionale, secondo forme non necessitate rispetto al messaggio che essa vuole trasmettere*". La giurisprudenza ha coniato, quale concetto opposto di forma necessitata, l'espressione "gratuità espressiva". Cfr. App. Torino, 7 aprile 2006, Dir. aut., 2006, 565, che, in una fattispecie in cui si è esclusa dalla tutela di diritto d'autore la trasposizione in mappa delle strade di Torino, la definisce "*libera modalità esteriore dell'oggettività (reale o immaginaria) rappresentata*". Per questa via è stata esclusa la tutelabilità di creazioni come le formule genetiche, gli algoritmi matematici, i manuali di istruzioni d'uso, le grafiche generate da un software. La giurisprudenza americana, con riferimento alle c.d. *scènes à faire* (espressione adottata da giudice Yankwich in *Schwarz v. Universal Pictures Co.*, 85 F. Supp. 270, 278, S.D. Cal. 1945), sembra adottare un principio di necessità che certe espressioni restino non appropriabili per mezzo della privativa autoriale. Cfr. *Alexander v. Haley*, 460 F. Supp. 40, 46 (S.D.N.Y. 1978) secondo cui "*Words and metaphors are not subject to copyright protection; nor are phrases and expressions conveying an idea that can only be, or is typically, expressed in a limited number of stereotyped fashions*".

[151] Cfr. App. Torino, 7 aprile 2006. È pacifico in giurisprudenza che, benché non menzionata tra le opere proteggibili elencate in via esemplificativa, "*è opera proteggibile ex artt. 2, n. 4 l.aut. e 2.1, Convenzione di Berna l'opera cartografica che costituisca un'originale elaborazione degli elementi geografici presenti sul territorio … caratterizzata da un adeguato grado di creatività che la differenzia rispetto alle*

L'operatività di tali limitazioni alla tutela di diritto d'autore è comunque modesta. È granitico, infatti, in giurisprudenza il principio per cui la creatività "*non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia*" [152]. Anzi, può ben dirsi che nel corso degli ultimi quarant'anni si sia assistito ad un "*progressivo abbassamento della soglia di tutela, giunta a ricomprendere opere caratterizzate da un gradiente di creatività estremamente basso (Kleine Münze)* [153]*, fino all'estremo di tutelare non tanto (o non solo) l'apporto creativo, quanto il mero investimento imprenditoriale*" [154], per il tramite di una serie quanto mai ampia di diritti connessi o *sui generis* che hanno esteso la disciplina autoriale a beni, come le banche dati e i software, che costituiscono soluzioni tecniche originariamente estranee al dominio tipico del diritto d'autore [155].

---

altre carte presenti in commercio". Cfr. Trib. Milano, 30 giugno 2004, Quaderni di AIDA, 2005, 506.Il carattere creativo è stato ritenuto assente nel caso di mero utilizzo, sulla mappa, di simboli o forme di rappresentazione delle aree territoriali standardizzati (quali la rappresentazione ingrandita delle strade rispetto agli edifici e l'utilizzo di colori standard quali l'azzurro per il mare e il verde per le aree collinari). Cfr. ad es., Trib. Bologna, n. 2393/2012, "*l'esame di detta piantina evidenzia che essa non si differenzia minimamente da quelle normalmente in circolazione utilizzate per la consultazione e la ricerca di esercizi commerciali e strade. In particolare la scelta dei colori (bianco per le strade, verde per gli spazi circostanti; color sabbia per la spiaggia e azzurro per il mare), quella dei caratteri e delle proporzioni è del tutto impersonale mentre il disegno di un ombrellone molto piccolo accanto ai nomi degli stabilimenti non è sufficiente ad integrare quel minimum di apporto tale da poter leggere l'opera come una rielaborazione individuale di dati oggettivi e comuni*". Al contrario, Trib. Milano, n. 4116/2014 ha ritenuto il carattere creativo "*evincibile dai caratteri e dai luoghi rappresentati, diversi da quelli presenti nelle mappe anteriori*". Sono invece state ammesse alla tutela carte geografiche connotate da originali rielaborazioni degli elementi presenti sul territorio o indicazioni peculiari tali da differenziare le stesse dalle altre carte rinvenibili in commercio. Cfr. Trib. Catania, n. 3426/2007: "*Nella fattispecie che occupa tali caratteri devono certamente essere riconosciuti alla cartografia realizzata dalla società attrice in quanto la stessa costituisce certamente una originale elaborazione degli elementi geografici presenti sul territorio, destinata ad un uso prevalentemente turistico, e connotata da indicazioni peculiari che la differenziano dalle altre carte rinvenibili in commercio*"; cfr. anche Trib. Bari, n. 5728/2016. Anche l'omissione di determinate porzioni di territorio o elementi architettonici esistenti nella realtà può valere il riconoscimento di carattere creativo. Cfr. ad es., Trib. Firenze, n. 5962/2015: "*Nella fattispecie in esame, deve riconoscersi che il carattere di originalità conferito dall'omessa raffigurazione dello svincolo autostradale e dalla rappresentazione del serpentone sia meritevole di protezione giuridica ai sensi dell'art. 1, l.d.a*".

[152] *Ex multis* Cass., 28 novembre 2011, n. 25173, cit..

[153] L'espressione adottata dalla giurisprudenza tedesca, al pari della formula "*petite monnaie*" della tradizione francese, traduce nel nostro ordinamento il c.d. test della non banalità della forma espressiva rispetto alle opere dello stesso genere. Cfr. BERTANI, cit., 128 e MUSSO A., *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, *Commentario agli artt. 2575-2583 c.c.*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2008, 24, che ne parafrasa così il significato: "*non si possono esigere certamente realizzazioni geniali … ma dall'altro non è nemmeno condivisibile un'indiscriminata protezione in favore di ogni spicciolo cretivo*". Sulla nozione di "*kleine Münze*" e sul ruolo della medesima nell'evoluzione del diritto d'autore tedesco, v. LOEWENHEIM U., *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, GRUR, 1987, 761 ss. e SCHULZE G., *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, *ibid.*, 769 ss. Sulla (ormai affermata) tendenza del diritto d'autore a proteggere anche la "*kleine Münze*", per tutti, UBERTAZZI L.C., *Prima introduzione*, in ID., *I diritti d'autore e connessi*, cit., 7 e RICOLFI M., *Diritto d'autore*, in ABRIANI N., COTTINO G., RICOLFI M., *Diritto industriale*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Cedam, Padova, 2001, 365 ss.

[154] SPEDICATO A., *La forma impertinente*, cit., 566.

[155] GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 2008, 193, secondo cui la disciplina giuridica dei programmi per elaboratore e delle banche dati costituisce la "*più dirompente espressione dello "sconfi-*

1.3.2. *La compiutezza espressiva e il criterio della scindibilità*

La giurisprudenza europea, nel pronunciarsi sul requisito dell'originalità, non ha fatto distinzioni sulla base della tipologia di opera dell'ingegno in questione, presupponendo dunque che ai fini della tutela sia richiesto, indifferentemente, lo stesso livello di carattere creativo [156]. Tuttavia, l'art. 17 Dir. 98/71, sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, rubricato "Relazioni con il diritto d'autore" dispone che "*ciascuno Stato membro determina l'estensione della protezione e le condizioni alle quali essa è concessa, compreso il grado di originalità che il disegno o modello deve possedere*". Ciò implica, chiaramente, un certo margine di discrezionalità degli Stati Membri nel determinare il grado di originalità richiesto [157]. Sfruttando tale margine di discrezionalità, laddove la valutazione circa la tutelabilità dell'opera sia resa problematica o dal difficoltoso inquadramento della stessa in una determinata categoria/genere d'appartenenza, o dalla non agevole divisione fra l'idea in sé e la sua relativa espressione formale, la giurisprudenza ha elaborato un test di originalità con caratteristiche sue proprie (come nel caso dei programmi per elaboratore) [158], o persino espresso criteri suppletivi, come nel caso delle creazioni d'arte applicate all'industria. A tale ultimo proposito, la nostra giurisprudenza ha fatto talvolta riferimento alla c.d. "*compiutezza espressiva*", quale "*presupposto necessario affinché l'opera possa ritenersi dotata di carattere creativo*" [159]. Tale requisito, in adesione al c.d. criterio della "scindibilità" [160] della forma dal prodotto (vedi infra para. successivo), deve intendersi "*quale idoneità dell'opera ad essere oggetto di un autonoma valutazione, a prescindere dal supporto materiale sul quale essa possa essere apposta*" [161], ovvero quale "*separabilità della creazione dal prodotto nella sua dimensione utilitaria*" [162]. Essa richiede che l'opera sia "*concepibile in maniera indipendente rispetto*

---

namento" del diritto d'autore contemporaneo". Si vedano anche AUTERI P., *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA, 2007, 155 s. e NIVARRA L., RICCIUTO V., *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche,* Giappichelli, Torino, 2002, XI, che identificano nel diritto d'autore "*l'agnello sacrificale dell'impetuoso sviluppo della rete e delle sue infinite applicazioni*".

[156] DERCLAYE E., GRIFFITHS J., METZGER A., RICOLFI M., ROGNSTAD O.A., STROWEL A.M., *Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference Before the CJEU in Cofemel v G-Star, C-683/17*, 23 ottobre 2018.

[157] Cfr. CGUE, 27 gennaio 2001, C-168/09, Flos, ECLI:EU:C:2011:29, punto 35.

[158] Cfr. Conclusioni Avv. Gen. Yves Bot, C-406/10, ECLI:EU:C:2011:787, punti 47-48, secondo cui "*L'autore di un programma per elaboratore, al pari dell'autore di un libro, sceglie le operazioni da compiere e la maniera di esprimere tali operazioni conferisce al programma le sue particolari caratteristiche di rapidità, efficienza e perfino di stile […] la tutela di un programma per elaboratore è concepibile soltanto a partire dal punto in cui la selezione e la compilazione di questi elementi dimostrano la creatività e l'abilità dell'autore e distinguono la sua opera da quella degli altri autori*".

[159] Cfr. Cass. civ.23 novembre 2005, n. 24594, Dir. aut., 2006, 2, 213, con nota di MARI; Giust. civ., 2006, 12, I, 2763; Trib. Torino, 28 luglio 2011.

[160] Tale criterio è stato utilizzato a più riprese dalla giurisprudenza di merito e legittimità. Cfr. Trib. Milano, 11 giugno 1968; App. Milano, 18 ottobre 1984; Trib. Bari, 14 settembre 1999, nonché incidentalmente Cass. civ., 7 marzo 2003, n. 3390, Dir. aut., 2004, 220 e Giust. civ., 2003, I, 2093, con nota di VIDIRI G., *Diritto d'autore e tutela del disegno industriale tra passato e presente*.

[161] Trib. Bari, 16 aprile 2019, n. 1701.

[162] Trib. Firenze, 18 settembre 2006, Sez. spec. P.I., 2006, 1-2, 108.

alla sua funzione" [163]. Su queste basi, ad esempio, è stata negata la compiutezza espressiva degli slogan "Peroni per noi" e "500% Fiat", perché privi di autonomia letteraria rispetto al marchio sponsorizzato e dunque incapaci di "*emanciparsi*" e "*sopravvivere senza recare con sé la promozione pubblicitaria*" [164]. In forza di tale criterio, è usualmente ristretta la tutelabilità di format televisivi [165], di titoli di opere [166] e di jingle musicali [167].

Anche a livello europeo, la Corte di Giustizia si è espressa nel senso che il giudizio di originalità debba prendere in considerazione il carattere utilitario di un'opera, al fine di assicurarsi che non siano concessi diritti di monopolio su forme funzionali. In questa direzione, la Corte di Giustizia ha escluso che possano essere considerate quali creazioni intellettuali le opere "*che non lasciano margine per la libertà creativa*", quali gli incontri sportivi [168]. "*Ciò si verifica se l'autore ha potuto esprimere le sue capacità creative nella realizzazione dell'opera effettuando scelte libere e creative*",

---

[163] App. Torino, 9 febbraio 2018, n. 343 che ha giudicato di per sé non tutelabile lo slogan "500% Fiat" poiché "*la presenza tanto del nome del modello/prodotto quanto e soprattutto di quello relativo alla casa produttrice, rende lo slogan in esame assolutamente non concepibile in maniera indipendente rispetto alla sua funzione di promozione commerciale*".

[164] Si vedano rispettivamente Trib. Bari, 16 aprile 2019, n. 1701 e App. Torino, 9 febbraio 2018, n. 343, che in tema di slogan pubblicitari, ha ritenuto che "*la compiutezza espressiva sussiste laddove l'opera sia idonea a comunicare con sufficiente organicità, idee e sentimenti e veicolare un determinato messaggio e non faccia utilizzo del nome del prodotto o produttore*".

[165] V. nota 93. Con particolare riferimento al format di un programma televisivo, ai fini della sua qualificazione quale opera dell'ingegno è necessario che si tratti di un'opera caratterizzata da uno sviluppo narrativo diacronico, articolata in una successione di episodi, che vi sia una struttura programmatica dotata di un grado minimo di elaborazione creativa, la quale sia caratterizzata dall'individuazione iniziale almeno degli elementi strutturali della vicenda, quali l'ambientazione nel tempo e nello spazio, i personaggi principali, il loro carattere e il filo conduttore della narrazione (Cass., 13 ottobre 2011, n. 21172; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3817, Riv. dir. ind., 2010, 6, II, 475 e in Dir. aut., 2011, 1, 107, con nota di TASSONE, BIFERALI) e che sia idonea a consentire lo sviluppo della rappresentazione secondo articolazioni sequenziali e tematiche individuate inizialmente, in modo tale da dar vita ad uno spettacolo dalla struttura esplicativa ripetibile (cfr. Cass., 27 luglio 2017, n. 18633, Riv. dir. ind., 2018, 2, II, 234). Su queste basi, Trib. Roma, sez. IX, 18 gennaio 2017, n. 775 ha escluso la proteggibilità del "TG della felicità", perché l'articolazione dell'evento nella trasmissione di notizie liete – intervista di gente comune e raccolta di auguri e felicitazioni – non evidenziano un sufficiente grado di originalità rispetto alla tradizionale struttura dei telegiornali. In dottrina, sulla tutela del format si veda RAGGI V., *Il format package e la tutela autoriale del format*, Dir. inf., 2007, 539; GIUDICI S., *Appunti sulla protezione del format*, Riv. dir. ind., 2011, 6, 401; ALVISI C., *Spunti in tema di tutela del cosiddetto schema di trasmissione televisiva*, Riv. dir. ind., 1995, 218.

[166] Cfr. App. Milano, 12 novembre 1976, GADI, 1976, 867, caso "Tarzan" e Trib. Roma, 29 dicembre 1981, ivi, 1981, 1455, caso "Biancaneve".

[167] Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2005, n. 24594 ha cassato la sentenza della corte di merito che aveva omesso di accertare la compiutezza espressiva di quattro battute costituenti il motivo base della canzone "Nelle mie notti", composta nel 1973 da Sergio Endrigo, ovvero la loro "attitudine ad essere considerata autonomo apporto creativo".

[168] CGUE, 4 ottobre 2011, C-403/08 e C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, Football Association Premier League (FAPL) e a., punti 98-99. Per un commento si vedano BONADIO E., SANTO M., *"Communication to the public" in FAPL v QC Leisure and Murphy v Mediaprotection services (C-403/08 and C-429/08)*, EIPR, 2012, 277-279.

attraverso cui "*è quindi in grado di imprimere il suo "tocco personale" nell'opera creata*" [169]. Ove, al contrario, "*l'espressione … fosse dettata dalla loro funzione tecnica, il criterio dell'originalità non sarebbe soddisfatto, in quanto i vari modi di realizzare un'idea sono così limitati che l'idea e l'espressione si confondono*" [170]. Una forma meramente funzionale e utilitaristica non permette dunque di essere espressa in forma originale e finisce per coincidere con una mera idea non proteggibile dal diritto d'autore (vedi *supra* par. 1.2).

Sulla base di tali considerazioni, la Corte di Giustizia ha escluso ad esempio che costituiscano una forma di espressione di un applicativo software "*né la funzionalità di tale programma né il linguaggio di programmazione* [171] *né il formato dei file* [172] *di dati utilizzati nell'ambito di un programma*" per interpretare ed eseguire programmi d'applicazione scritti dagli utenti, nonché per leggere e scrivere dati in un formato di dati specifico. Si tratta, infatti, degli elementi mediante i quali gli utenti sfruttano talune funzioni del programma stesso e "*ammettere che la funzionalità di un programma per elaboratore possa essere tutelata dal diritto d'autore equivarrebbe ad offrire la possibilità di monopolizzare le idee, a scapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale*" [173]. Autorevole dottrina [174] ha inoltre evidenziato che alla tutela del

---

[169] CGUE, 1 dicembre 2011, C-145/10, Painer, ECLI:EU:C:2013:138, punto 89 ss., secondo cui nel caso di un ritratto fotografico le scelte creative spaziano dalla scelta dello "*sfondo, la messa in posa della persona da fotogarfare o l'illuminazione*", alla scelta dell'"*inquadratura, l'angolo di ripresa o ancora l'atmosfera creata. Infine, al momento dello sviluppo, l'autore potrà scegliere tra diverse tecniche esistenti quella da adottare, o ancora procedere, eventualmente, all'impiego di programmi informatici*"..

[170] Cfr. CGUE, 22 dicembre 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury, EU:C:2010:816, punti 48-50, a proposito di una interfaccia utente grafica. La Corte ha confermato sul punto le conclusioni dell'avv. Gen. Yves Bot, 14 ottobre 2010, ECLI:EU:C:2010:611, punti 75 e 76, secondo cui "*la maggior parte degli elementi che la compongono ha uno scopo pratico, poiché sono intesi ad agevolare l'utilizzo del programma per elaboratore. Pertanto, le modalità di espressione di tali elementi non possono che essere limitate, dato che … l'espressione è dettata dalla funzione tecnica di tali elementi. … In questi casi, mi sembra che il criterio dell'originalità non sia soddisfatto, in quanto i vari modi di realizzare un'idea sono così limitati che l'idea e l'espressione si confondono. Se fosse offerta tale possibilità, ciò avrebbe l'effetto di conferire un monopolio a talune società del mercato dei programmi per elaboratore, intralciando gravemente la creazione e l'innovazione su tale mercato, il che sarebbe in contrasto con l'obiettivo della direttiva 2001/29*". Per un commento della sentenza, si vedano BASSINI M., *Diritto d'autore e tutelabilità dell'interfaccia grafica utente del software: alcuni importanti rilievi della Corte di giustizia*, Dir. pub. comp. ed europeo, 2011, 508-514; LINDHORST H., *EuGH: Grafische Benutzeroberfläche genießt keinen Urheberrechtsschutz als Computerprogramm*, GRUR, 2011, 61; MARLY J., *Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogramm*en, GRUR, 2011, 204-208; SMITH L.J., *Whether Copyright Protects the Graphic User Interface of a Computer Program: Bezpečnostní softwarová asociace – Svazsoftwarové ochrany contre Ministerstvo kultury (C-393/09)*, Computer and Telecommunications Law Rev., 2011, 17, 3, 70-72; BITAN H., *L'interface graphique d'un logiciel constitue une oeuvre autonome distincte du logiciel*, Droit de l'immatériel, 2011, 70, 13-19.

[171] Il linguaggio di programmazione è costituito da un insieme di parole e di simboli convenzionali, ciascuno dei quali corrisponde a una o più istruzioni in codice macchina. Cfr. BORRUSO R., RUSSO S., TIBERI C., *L'informatica per il giurista*, cit., 175 s.

[172] Per una definzione di file si veda cap. 3, par. 8.1..

[173] CGUE, 2 maggio 2012, C-406/10, SAS Institute, ECLI:EU:C:2012:259, punti 39-42. pronunciatasi sul rinvio pregiudiziale proposto dalla England and Wales High Court of Justice nell'ambito di un'azione di contraffazione promossa dalla software house SAS avverso World Programming Ltd., per

design industriale per mezzo del diritto d'autore dovrebbero trovare *a fortiori* applicazione le limitazioni previste dall'art. 7(1) e (2) Dir. 98/71/CE sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, le quali escludono dalla relativa tutela "*le caratteristiche dell'aspetto del prodotto determinate unicamente dalla sua funzione tecnica*" [175] o "*che devono essere necessariamente riprodotte nelle loro esatte forme e dimensioni*

---

lamentata violazione del diritto d'autore sui programmi per elaboratore e sui manuali d'uso relativi al suo sistema informatico. Per un commento si vedano NOTO LA DIEGA G., *Le idee e il muro del suono*, cit., 543-596; ID., *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore. La Corte di Giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati*, Riv. dir. dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, 2013, 11, 69-96; JAMAL I., ONSLOW R., *Copyright Infringement and Software Emulation: SAS Inc. v World Programming Ltd*, EIPR, 2013, 352-356; NICKLESS D., *Functionality of a computer program and programming language cannot be protected by copyright under the Software Directive*, JIPLP, 2012, 709-711; HARDING I., *Copyright, the ideas/expression dichotomy and harmonization: digging deeper into SAS*, JIPLP, 2012, 673-679; GERACI A., *Copia di un software e violazione del diritto d'autore: la Corte di giustizia sul caso SAS c. WP*, Riv. dir. ind., 2012, 457-459; MARLY J., *Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes*, GRUR, 2012, 773-779; SPINDLER G., *Grenzen des Softwareschutzes*, CR, 2012, 417-422; HEYMANN T., *EuGH: Kein Urheberrechtsschutz für Programmiersprache und Funktionalitäten eines Computerprogramms*, CR, 2012, 431-433; TRÉZÉGUET M., *Absence de protection des fonctionnalités et du langage de programmation d'un logiciel*, Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication, 2012, 78, 21-22; COSTES L., *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur: les précisions de la CJUE*, Droit de l'immatériel, 2012, 82, 20-21; CASTETS-RENARD C., *Limitations du droit d'auteur européen portant sur les logiciels*, Droit de l'immatériel, 2012, 83, 6-10.

[174] DERCLAYE E. et al., *Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference Before the CJEU in Cofemel v G-Star, C-683/17*, cit., secondo cui "*the application of such doctrines would not only avoid monopolies on technical solutions (which should be left to patent law), but would also ensure convergence between the field of copyright and design law*". Si veda anche COMMISSIONE UE, *Legal Review on Industrial Design Protection in Europe*, 6 giugno 2016, Final report, MARKT2014/083/D, 140, che raccomanda un allineamento tra i regimi del diritto di design e d'autore.

[175] Né l'art. 8(1) Reg. n. 6/2002, né la Dir. 98/71/CE precisano cosa si debba intendere con questa espressione, né stabiliscono alcun criterio per valutare se le caratteristiche dell'aspetto di un prodotto siano determinate unicamente dalla funzione tecnica di quest'ultimo, né operano alcun rinvio ai diritti nazionali per quanto riguarda il significato da attribuire a detti termini. Nell'interpretarla, CGUE, 8 marzo 2018, C-395/16, Doceram, ECLI:EU:C:2018:172, ha chiarito che tale disposizione esclude la protezione nel caso in cui l'esigenza di realizzare una funzione tecnica del prodotto "*sia l'unico fattore che abbia dettato la scelta fatta dal creatore di una caratteristica dell'aspetto di tale prodotto, mentre le considerazioni di altra natura, in particolare quelle connesse all'aspetto visivo di detto prodotto, non abbiano svolto alcun ruolo al momento della scelta di tale caratteristica*" (punto 26). Una simile interpretazione è confermata dalla finalità dell'art. 8, par. 1, del Reg. n. 6/2002, letto alla luce del considerando 10, che "*mira ad impedire che l'innovazione tecnologica sia intralciata attraverso la protezione delle caratteristiche dell'aspetto determinate unicamente dalla funzione tecnica di un prodotto*" (punto 29). La Corte nega, invece, "*che l'esistenza di disegni o modelli alternativi in grado di eseguire la medesima funzione tecnica di quella del prodotto in esame costituisca l'unico criterio per determinare l'applicazione del suddetto articolo*" (punto 22). Se la sola esistenza di disegni o modelli alternativi fosse sufficiente per escludere l'applicazione della disposizione, "*non si potrebbe evitare che un operatore economico faccia registrare, a titolo di disegno o modello comunitario, più … forme di un prodotto che incorporano caratteristiche del suo aspetto determinate unicamente dalla sua funzione tecnica. Ciò permetterebbe a un operatore economico di godere … di una protezione in pratica esclusiva ed equivalente a quella offerta dal brevetto, senza essere sottoposto alle condizioni applicabili al rilascio di quest'ultimo*". Tale protezione "*sarebbe tale da impedire ai concorrenti di offrire un prodotto che incorpori alcune caratteristiche funzionali o limiterebbe le soluzioni tecniche possibili e priverebbe pertanto detto articolo 8, paragrafo 1, del suo effetto utile*" (punto 30). Nella stessa direzione, si vedano anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Saugmandsgaard Øe, 19 ottobre 2017, ECLI:EU:C:2017:779, punti 40-41.

per poter consentire al prodotto in cui il disegno o modello è incorporato o cui è applicato di essere unito o connesso meccanicamente con altro prodotto, ovvero di essere collocato in esso, intorno ad esso o in contatto con esso, in modo che ciascun prodotto possa svolgere la propria funzione".

1.3.4. *Il valore artistico*

Le opere del disegno industriale, ricomprese nella protezione autoriale ai sensi dell'art. 2, n. 10, l.a.[176] dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 95 che ha dato attuazione nel nostro paese alla Dir. 98/71/CE[177], sono soggette ad un requisito ulteriore ed eccezionale[178], che non è richiesto per le altre ipotesi di opere dell'ingegno di cui alla medesima disposizione. Esse devono presentare oltre ad un carattere creativo[179], anche un *quid pluris*, definito "valore artistico", che "*si risolve in una originalità più spiccata di quella delle forme simili presenti sul mercato, con una prevalenza del valore artistico sull'utilità pratica dell'opera*" [180]. Con la sua previsione, si è voluto limitare l'accesso alla tutela di diritto d'autore, collocando la soglia di tale tutela ad un livello più elevato rispetto a quello richiesto per la registrazione del disegno o del modello[181]. Mentre la tutela di diritto d'autore del design riguardava tradizionamente

---

[176] L'art. 2 n. 10 è stato aggiunto con il d.lgs. n. 95/2001.

[177] Prima della riforma del 2001, l'art. 5, co. 2, della vecchia legge modelli vietava espressamente il cumulo tra la tutela come modello ornamentale e quella di diritto d'autore. Il design poteva pertanto essere tutelato solo alternativamente o come modello ornamentale oppure attraverso il diritto d'autore. Ciò per impedire che la tutela più favorevole del diritto d'autore, ottenibile senza alcuna formalità di registrazione e per un tempo più lungo, prevalesse sulla tutela meno favorevole ottenibile mediante la registrazione e per un tempo inferiore. Le opere "applicate all'industria" erano ricomprese nell'art. 2 n. 4 l.a., che ne subordinava la tutela a condizione che il loro "*valore artistico*" fosse "*scindibile dal carattere industriale del prodotto al quale sono associate*". L'opinione prevalente riteneva un'opera scindibile quando poteva essere idealmente e concettualmente distaccata dal prodotto, ovvero poteva essere oggetto di valutazione estetica autonoma. Cfr. in giurisprudenza Cass. civ., 7 dicembre 1994, n. 10516; Cass. civ., 5 luglio 1990, n. 7077. Con il d.lgs. n. 95/2001, il legislatore italiano ha eliminato il criterio della "scindibilità" di cui all'art. 2 n. 4 l.a. Cfr. Trib. Firenze, 6 agosto 2003, AIDA, 2004, 987/1; Trib. Torino, ord. 17 dicembre 2004, AIDA, 2005, 1055/1; Trib. Belluno, ord. 3 ottobre 1997, AIDA, 1999, 598/3; Trib. Milano, ord. 11 luglio 1997, AIDA, 1999, 595/1. La giurisprudenza è assolutamente concorde nel ritenere che la tutela d'autore dell'art. 2 n. 10 l.a. non sia subordinata ad alcun onere di preventiva registrazione come disegno e modello, essendo le due tutele del tutto indipendenti. V. Trib. Milano, ord. 18 maggio 2015, AIDA, 2015, II.91/2.

[178] La giurisprudenza precisa che "*la previsione del valore artistico quale requisito di tutela ex art. 2 n.10 l.a. deroga alle regole generali del diritto d'autore, secondo cui la tutela è concessa ad ogni opera quale che ne sia il livello artistico*". V. Trib. Roma, 5 gennaio 2015, AIDA, 2015, II.77/1 e Id., 5 agosto 2015, ivi, 2015, II.107/1.

[179] Esso dovrà essere parametrato al c.d. "margine di libertà dell'autore", che – in un settore al contempo affollato e condizionato da esigenze tecniche – è minimo. V. Trib. Venezia, ord. 29 dicembre 2014, AIDA, 2015, II.76/2.

[180] Trib. Torino, 31 febbraio 2019, n. 482.

[181] Cfr. in tal senso Trib. Milano, 13 settembre 2012, GADI, 2012, 5903/1 (caso Panton Chair); Trib. Milano, 12 settembre 2012, ivi, 2012, 5902/1 (caso lampada Arco); Trib. Milano, 2 agosto 2012, ivi, 2012, 5895/1. Prevale infatti l'orientamento secondo cui la tutela d'autore è accordata solo alla c.d. "fascia alta" dei modelli e dunque a opere del disegno industriale ritenute di particolare prestigio. Cfr. Trib. Catania, 25 febbraio 2013, GADI, 2013, 6021/1, in cui è stata esclusa la tutela di diritto d'autore con riferimento ad una serie di gioielli, per mancanza di prova circa la loro appartenenza alla "fascia

per lo più mobili, oggetti d'arredo [182] ed architetture di interni [183], il riconoscimento che il valore artistico "*non può essere escluso dalla serialità della produzione degli articoli concepiti progettualmente, che è connotazione propria di tutte le opere di tale natura*" [184], ha spalancato le porte della tutela anche ad oggetti del quotidiano come le calzature [185] ed i tessuti [186]. Il valore artistico deve però essere scindibile dal carattere industriale del prodotto al quale è in concreto associato: la scindibilità indica l'"*idoneità dell'opera ad essere oggetto di un'autonoma valutazione a prescindere dal supporto materiale sul quale essa possa essere stata apposta*" [187]. La giurisprudenza ha chiarito che per qualificare correttamente tale presupposto è necessario tenere conto della *ratio* della norma stessa: "*Il maggiore rigore del Legislatore appare giustificato dal fatto che il design industriale, a differenza delle opere d'arte in genere, attiene direttamente al mercato ed il mercato non può sopportare un monopolio così duraturo nel tempo quale quello assicurato dalla tutela autoriale, se ciò non sia giustificato da*

---

alta" delle opere di design; Trib. Venezia, 13 aprile 2015, Riv. dir. ind., II, 2016, 57, con nota di FABBIO P., che, dopo avere escluso la tutela autoriale della libreria Book creata nel 1969 da Titti Fabiani per mancanza del requisito del valore artistico, osservava che "(c)*on lo stabilire il requisito del valore artistico per l'accesso alla tutela autoriale il legislatore ha voluto, da un lato, evitare uno svuotamento di fatto dell'istituto del disegno o modello, dall'altro, contenere l'effetto monopolistico di una protezione autoriale che incide sulla produzione industriale di oggetti d'uso*".

[182] Cfr. Trib. Siena, 30 ottobre 1985, Riv. dir. ind., 1989, II, 267 ss., con nota di GIUDICI S., che costituisce la prima decisione in cui è stata applicata ad un'opera di design (la poltrona *chaise longue* di Le Corbusier) la disciplina del diritto d'autore. Per l'irrilevanza del carattere industriale, cfr. Trib. Milano, 24 ottobre 2013, GADI, 2014, 6109/1 (caso sedie Kartell di Philippe Starck) e Trib. Milano, 29 dicembre 2006, Riv. dir. ind., 2007, II, 52 ss. (caso lampada Arco), con nota di SENA G. Per l'irrilevanza della riproduzione seriale e su larga scala, cfr. Trib. Venezia, 13 aprile 2015, cit., 48 ss. (caso libreria Book); Trib. Milano, 7 febbraio 2013, GADI, 2013, 6018, in cui si evidenzia che il valore creativo ed artistico ben può realizzarsi anche attraverso forme semplici e ripetibili. Diversamente si finirebbe per negare in radice la tutelabilità con il diritto d'autore del design industriale.

[183] Cfr. Trib. Roma, ord. 5 settembre 2012, AIDA, 2014, Rep. I.2.7, secondo cui un concept store, quale sintesi degli aspetti estetici e funzionali dell'allestimento di un punto vendita, rientra nella categoria del disegno industriale e non in quella delle opere dell'architettura, con la conseguenza che la tutela d'autore resta subordinata alla presenza di un effettivo valore artistico.

[184] Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2017, n. 7477, Foro it., 2017, 5, I, 1589, che in riforma di App. Venezia, 22 novembre 2012, ha cassato la sentenza impugnata che non aveva riconosciuto valore artistico alle creazioni di "industrial design" della ditta Thun.

[185] Trib. Milano, 12 luglio 2006, n. 8628, Riv. dir. ind., 2017, 2, 333, con nota di CASELLI S., *Le ultime tendenze sulla tutela autoriale del design e sul requisito del "valore artistico"*, ha riconosciuto al famoso modello di doposci denominato "Moon Boots", realizzato negli anni '70 dalla società Tecnica Group S.p.A., il carattere di opera creativa dotata di "valore artistico" "*in considerazione del loro particolare impatto estetico, che alla sua comparsa sul mercato, ha profondamente mutato la stessa concezione estetica dello stivale doposci, divenendo vera e propria icona del design italiano e della sua capacità di fare evolvere in modo irreversibile il gusto di un'intera epoca storica in relazione agli oggetti d'uso quotidiano*". A conferma di tale pronuncia, Trib. Milano, 25 gennaio 2001, ha ritenuto che gli "Snow Boots" di Chiara Ferragni fossero in violazione del diritto d'autore sui Moon Boots di Tecnica.

[186] Cfr. Trib. Milano, ord. 18 maggio 2015, AIDA, 2015, II.91/4, secondo cui i disegni di tessuti presentano valore artistico quando coniugano la non comune originalità con messaggi comunicazionali aggiuntivi, capaci di modificare la percezione dell'utente, rispetto all'usuale gradevolezza dei disegni tessili.

[187] Cass. civ., sez. I, 7 dcembre 1994, n. 10516, Dir. aut., 1996, 410, con nota di FABIANI; Foro It., 1995, I, 810; Giust. civ. 1995, I, 2169, con nota di SCHERMI.

una particolare meritevolezza dell'opera. Di conseguenza, non può bastare ad attribuire una tutela prolungata quale quella autoriale la mera gravedolezza estetica, ma è al contrario necessaria una spiccata valenza estetica dell'opera di cui si discute" [188]. Ciò significa che dette forme "*devono essere oggetto di un giudizio di valore che verifichi la sussistenza ed eventualmente il grado di "artisticità", tale cioè da poter essere classificate fra le espressioni dell'arte*" [189]. Per effettuare il predetto giudizio di valore "*è necessario rilevare nella maniera più oggettiva possibile la percezione di quell'opera consolidata nella collettività ed in particolare negli ambienti culturali in senso lato, estranei cioè ai soggetti più immediatamente coinvolti nella produzione e commercializzazione per un verso e nell'acquisto di un bene economico dall'altro*" [190]. Ne consegue che il concetto di "valore artistico" non è suscettibile di essere "*perimetrato*" in una "*definizione omnicomprensiva*" [191], bensì può essere ricavato da una serie di parametri oggettivi, alternativi (non necessariamente tutti compresenti in concreto) [192], quali:

a) il riconoscimento, da parte degli ambienti culturali ed istituzionali, circa la sussistenza di qualità estetiche ed artistiche;

b l'esposizione in mostre o musei;

c) la pubblicazione su riviste specializzate [193];

---

[188] Trib. Venezia, 5 ottobre 2007, Sez. spec. P.I., 2008, 1, 410, che ha ritenuto che "*l'opera di Lene Thun, per quanto senz'altro gradevole e di pregevole fattura non presenti quell'elevato pregio artistico che giustifichi l'attribuzione della tutela autoriale*".

[189] Cfr. Trib. Milano, 7 febbraio 2013, GADI, 2013, 6018/1, che ha ritenuto tutelabile un'opera di design dell'Arch. Angelo Mangiarotti, costituita da anelli in vetro concatenati fra loro in modo da formare una maglia-tessuto con la quale dare forma e decorare apparecchi di illuminazione di vario genere. Nello stesso senso cfr. Trib. Milano, 22 maggio 2015, Quaderni di AIDA, 2015, II.95/1; Trib. Milano, 23 maggio 2013, ivi, 2014, 1624/2.

[190] Cfr. in tal senso Trib. Milano, 17 febbraio 2014, GADI, 2014, 6135/7 (pubblicata anche in Quaderni di AIDA, 2015, 1678/3); Trib. Milano, 24 ottobre 2013, ivi, 6109/2; Trib. Milano, 13 settembre 2012, ivi, 2012, 5903/2 (caso Panton Chair); Trib. Milano, 12 settembre 2012, ivi, 2012, 5902/2 (caso lampada Arco); Trib. Milano, 2 agosto 2012, ivi, 2012, 5895/2; Trib. Torino, 14 marzo 2012, ivi, 2014, 6073/2 (caso lampade Catellani); Trib. Bologna, 12 giugno 2012, Quaderni di AIDA, 2015, 1665/1; Trib. Milano, 18 gennaio 2007, GADI, 2007, I, 620 e Riv. dir. ind., 2007, II, 56 ss., con nota di SENA G. (caso Panton Chair); Trib. Milano, 28 novembre 2006, ivi, p. 49 ss. (caso sedie Le Corbusier); Trib. Milano, 29 dicembre 2006, cit. (caso lampada Arco).

[191] Cfr. Cass. civ., 13 novembre 2015, n. 23292, Foro It., 2016, 2, I, 562.

[192] Cass. civ., sez. I, 12 gennaio 2018, n. 658, Foro it., 2018, 3, I, 943, con nota di CASABURI G., Cass., sez. 1, 23 marzo 2017, n. 7477, cit.; Id., 29 ottobre 2015, n. 21108; Trib. Bologna, 20 febbraio 2019, n. 457; Trib. Torino, 31 febbraio 2019, n. 482.

[193] La sola esposizione ad una fiera internazionale a carattere commerciale non è stata ritenuta sufficiente per il riconoscimento della qualità artistica dell'opera. Trib. Venezia, 13 aprile 2015, cit. (caso libreria Book), in cui il Tribunale non ha ritenuto idonei a conferire valore artistico l'inclusione dell'opera in libri di design di settore, riviste d'arredamento, in un articolo del New York Times ed in alcune scene di film; Trib. Milano, 6 dicembre 2013, GADI, 2014, 6115/1, in cui una poltrona del celebre arch. prof. Marco Zanuso è stata ritenuta tutelabile a fronte del fatto che "*a) essa è stata esposta in importantissime esposizioni internazionali, quali la IX Triennale di Milano, ottenendo la medaglia d'oro; b) essa è stata ed è tuttora esposta nei musei più noti al mondo, quali il Metropolitan Museum of Art di New York; c) il modello in questione è considerato ancora oggi un oggetto "vintage" di culto, e come tale, ad esempio, venduto alle aste; d) sul territorio nazionale tale poltrona è considerata una pietra miliare nel de-*

d) l'attribuzione di premi;

e) l'acquisto di un valore di mercato così elevato da trascendere quello legato soltanto alla sua funzionalità [194];

f) la creazione da parte di un noto artista [195].

In altre parole, "*è necessario che l'opera sia apprezzata non nel contesto ordinario in cui essa è abitualmente commercializzata o semplicemente esposta (fiere di settore, concorsi per designer), ma generi interesse e apprezzamento da parte degli ambienti culturali in senso lato, come ad esempio, i critici d'arte, le riviste d'arte, i musei e le esposizioni artistiche*" [196]. La corrispondente documentazione probatoria deve essere quantitativamente proporzionale alla rilevanza dell'arco temporale in relazione al quale si chiede il riconoscimento del diritto d'esclusiva [197].

La valutazione deve essere compiuta *ex ante* rispetto al momento storico ed al contesto culturale nel quale l'opera è stata realizzata, avendo la sedimentazione critica e culturale successiva dell'opera la sola funzione di confermare un apprezzamento che deve già sussistere fin dall'origine [198]. A differenza di quanto avviene per

---

sign mondiale, formando oggetto, ad esempio, delle "lezioni di design" trasmesse da RAI Educational"; Trib. Milano, 7 febbraio 2013, ivi, 2013, 6018/2, in cui sono stati ritenute determinanti le pubblicazioni su riviste di interni italiane ed internazionali, l'esposizione in fiere e cataloghi di famose aziende del settore, l'esposizione in musei, l'ìnclusione per completare l'arredamento in spot pubblicitari, stand fieristici e show rooms di famosi stilisti della moda, il riconoscimento nel 2003 nell'ambito dell'esposizione Euroluce di Milano come prodotto per l'illuminazione maggiormente rappresentativo del design italiano; Trib. Bologna, 11 giugno 2012, ivi, 5884/2, in cui l'appartenenza ad un certo movimento artistico è stata ritenuta indice della obiettiva artisticità; Trib. Milano, 12 luglio 2016, cit. che ha riconosciuto tutela ai Moon Boots a fronte dei premi nazionali e internazionali ottenuti dal prodotto, del suo inserimento in monografie sul design contemporaneo italiano ed internazionale e soprattutto del riconoscimento conseguito nel 2000 dal Museo del Louvre come uno dei 100 più significativi simboli del design del XX secolo a livello internazionale; Trib. Torino, 6 aprile 2017, n. 1900, che tra i numerosi ed importanti riconoscimenti in forza dei quali è stato attribuito alla "Vespa" il "valore artistico" richiesto dalla l.a., oltre ai premi ed alla presenza in pubblicazioni, mostre, film pubblicità e fotografie, ha attribuito particolare rilievo all'esposizione presso le collezioni permanenti di prestigiosi musei del mondo, quali, in particolare, la Triennale di Milano e il Moma di New York. In senso opposto, cfr. Trib. Roma, 29 gennaio 2015, Quaderni di AIDA, 2015, II.82/1, che ha escluso la sussistenza del "valore artistico" per abiti da ballo utilizzati in programmi televisivi in quanto non assistiti da riconoscimenti culturali ulteriori.

[194] Tale valore deve rispondere ad un criterio artistico di valutazione e non di mercato, quale ad esempio il criterio della sproporzione tra l'ampiezza della domanda e la ristrettezza dell'offerta. Cfr. Trib. Torino, 31 febbraio 2019, n. 482, che ha escluso la tutelabilità delle vetture "Lancia D24" e della "Giulietta SZ", di cui erano rimaste pochissimi esemplari originali.

[195] La circostanza che l'opera sia stata creata da un "noto artista" dev'essere valutata con prudenza. cfr. in tal senso Cass. civ., sez. I, 13 novembre 2015, n. 23292, cit., secondo cui, per avere valore artistico, l'opera del design dev'essere commercializzata nel mercato artistico e non in quello puramente commerciale.

[196] Trib. Milano, 22 novembre 2017, n. 11766.

[197] Trib. Milano, 24 luglio 2017, n. 8219 che ha negato valore artistico ad un modello di calzatura con "tacco a vite", asseritamente imitato da Prada, essendo insufficiente a provarlo "*un premio ricevuto nel corso di una fiera di calzature in Russia o la pubblicazione del modello su alcune riviste di carattere commerciale*".

[198] Trib. Milano, 12 luglio 2016, cit., secondo cui "*non si tratta di acquisizione del "valore artistico" ex post, bensì della sua valutazione, che in qualche modo richiede un apprezzamento che contestualizzi l'opera nel momento storico e culturale in cui è stata creata, di cui assurge in qualche modo a valore iconico, che*

la capacità distintiva del marchio, il "valore artistico" non è acquisibile attraverso il decorso del tempo ed il progressivo apprezzamento, anche in termini di successo commerciale del prodotto, posto che ciò frustrerebbe le intenzioni del legislatore nazionale di riservare l'accesso alla tutela di diritto d'autore ai soli disegni e modelli di fascia alta [199].

L'introduzione di un requisito ulteriore per le sole opere del design industriale è stato tacciato di generare illegittime disparità di trattamento all'interno della disciplina di diritto d'autore. La nostra giurisprudenza ha sempre giustificato tale scelta quale legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore, "*attesa la peculiarità delle dette opere, nelle quali l'aspetto creativo può coniugarsi con il possibile pregio commerciale ed avere ripercussioni sotto il profilo strettamente concorrenziale*" [200].

Il 12 settembre 2019, tuttavia, la Corte di Giustizia UE ha emesso una storica sentenza sui requisiti per la tutela come opere dell'ingegno delle creazioni del design industriale, che ha sollevato seri dubbi circa la legittimità del requisito del valore artistico [201]. Il giudizio sorgeva da una controversia in corso in Portogallo per asserita violazione di diritti d'autore su capi di abbigliamento. La Corte Suprema portoghese aveva sollevato questione pregiudiziale se l'art. 2, lett. a), Dir. 2001/29 impedisse alla normativa nazionale di esigere che una determinata opera del design industriale, per godere della tutela autoriale, debba produrre anche un rilevante effetto estetico, o se più in generale debba essere riconosciuta come "creazione artistica" dall'ambiente culturale circostante.

La Corte ha affermato che "*la circostanza che un modello generi un effetto estetico non consente, di per sé, di determinare se tale modello costituisca una creazione intellettuale che riflette la libertà di scelta e la personalità del suo autore*" (punto 54), in ragione della natura soggettiva di tale effetto. Di conseguenza, non è necessario che una creazione del design industriale debba essere anche riconosciuta come opera

---

può richiedere (come per tutti i fenomeni artistici) una qualche sedimentazione critica e culturale". Critico l'annotatore di Trib. Milano, 24 ottobre 2013, GADI, 2014, 6109 (caso sedie Kartell di Philippe Starck) secondo cui "*qualsiasi operazione di "contestualizzazione" riferita ad un momento storico anteriore avviene per definizione ex post, così che le affermazioni […] paiono puramente retoriche*".

[199] Cfr. MORRI F., *Le opere dell'industrial design tra diritto d'autore e tutela come modelli industriali: deve cambiare tutto perché (quasi) nulla cambi?*, Riv. dir. ind., 2013, I, 203 ss., secondo la quale il criterio del riconoscimento del "valore artistico" da parte degli ambienti interessati produce nella pratica un "effetto reotroattivo costitutivo" con il rischio di fare diventare illecita una attività imitativa che quando era iniziata non lo era e di escludere dalla tutela le opere più recenti di design che difficilmente raggiungono il consenso di critica necessario. Per stabilire se un'opera è dotata o meno di "valore artistico" con riferimento ad una situazione cristallizzata al momento della sua creazione, l'Autrice propone allora di ricorrere al criterio dell'esistenza di "*un forte scostamento rispetto all'arte nota, in altre parole…una rottura rispetto al panorama culturale esistente nel settore del design considerato al momento della creazione*". Sul problema della portata limitata del criterio del riconoscimento da parte degli ambienti interessati alle opere "storiche" del design cfr. anche GIUDICI S., *Ancora in tema di design*, Riv. dir. ind., 2012, II, 459.

[200] Trib. Roma, 14 gennaio 2004, Sez. spec. P.I., 2004, 1, 221.

[201] CGUE, 12 settembre 2019, C-683/17, Cofemel, ECLI:EU:C:2019:721, Dir. aut., 2019, 4, 774; Riv. dir. ind., 2020, 1, I, 51, con nota di GALLI C., *La tutela "Europea" di diritto d'autore per le opere dell'Industrial design e la necessità di un approccio realistico*, che prevede – a seguito della pronuncia – un aumento del contenzioso e una maggiore incertezza. La decisione aderisce all'orientamento già fatto proprio dall'Avv. gen. Szpunar nelle sue conclusioni del 2 maggio 2019, ECLI:EU:C:2019:363.

artistica in seno ai circoli culturali e istituzionali per accedere alla tutela come "opera dell'ingegno" ai sensi del diritto europeo. In pratica, viene recepita la teoria della c.d. "*unitè de l'art*", codificata in Francia sin dall'inizio del XX secolo, che protegge le opere dell'arte applicata allo stesso modo di tutte le altre [202].

La sentenza pare destinata ad incidere in modo significativo sui diritti nazionali di quei paesi membri, quali Portogallo e Italia, che attualmente riconoscono tutela alle creazioni del design industriale solo qualora soddisfino il requisito del "valore artistico". Secondo l'interpretazione della Corte, infatti, il diritto europeo richiede solo ed esclusivamente che l'opera corrisponda ad un "*oggetto originale*", che "*rifletta la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere e creative di quest'ultimo*" (punti 29-30). Tale condizione non è realizzata da un'identificazione che "*si fondi essenzialmente su sensazioni, intrinsecamente soggettive, della persona che percepisce l'oggetto*" (punto 34).

Se la Decisione della Corte di Giustizia porterà l'Italia ad abrogare il "valore artistico" non è ancora chiaro, benché, per adesso, la strada seguita dalla giurisprudenza nazionale, successiva al pronunciamento della Corte di Giustizia, pare in continuità con il passato, nel senso della piena applicazione del requisito [203].

1.4. *Il pubblico dominio come limite alla portata della privativa autoriale*

In quanto connotati da un elevato grado di discrezionalità e soggettività, i requisiti di proteggibilità delle opere dell'ingegno sono considerati un ostacolo, più che un baluardo del pubblico dominio. Secondo alcuni, considerato che la creatività autoriale si configurerebbe piuttosto come creatività derivata, che come capacità di essere veramente originali, il requisito dell'originalità sconterebbe una visione del diritto d'autore per così dire "romantica", anacronistica e non corrispondente alla realtà (che autore sia solo colui che crea dal nulla [204]) e si risolverebbe in una finzione giuridica. L'ormai consolidata tendenza della giurisprudenza a considerare proteggibili anche opere che ne siano dotate in minima parte (v. par. 1.3.1) [205] contri-

---

[202] La teoria risale all'opera di POUILLET E., *Traitè théorique et pratique des dessins et modelés*, Marchal, Billard et C., Parigi, 1884 e agli interventi legislativi del 1902 e del 1909 che precisarono come la tutela di diritto d'autore dovesse essere concessa a qualsiasi creazione, prescindendo dalla meritevolezza e dalla destinazione di esse. Sul punto si veda SANNA F., *Il messaggio estetico del prodotto. La tutela d'autore della forma industriale*, Quaderni di AIDA n. 29, Giappichelli, Torino, 2018, 31 e ss. e GAUBIAC Y., *La théorie de l'unitè de l'art*, RIDA, 1982, 2 e ss.

[203] V. Trib. Milano, 25 gennaio 2001, n. 491 (caso Moon Boot).

[204] LITMAN J., *The Public domain*, cit., 965: "*our copyright law is based on the charming notion that authors create something from nothing*".

[205] V. note 152 e 153. Cass., 5 luglio 1990, n. 7077, Giur. it., 1991, I, 1, 47; Riv. dir. ind., 1991, II, 25 e in Dir. Aut., 1991, 63; Cass., 27 ottobre 2005, n. 20925, Foro it., 2006, I, 2080; Cass., 12 marzo 2004, n. 5089, Foro it., 2004, I, 2441; Cass., 2 dic. 1993, n. 11953, Foro it., 1994, I, 2416; Riv. dir. ind., 1994, II, 157 e in Dir. Aut., 1994, 599.Negli USA si parla in proposito di "*sweat of the brow criteria*", per cui "*the requisite level of creativity is extremely low, even a slight amount will suffice*", cfr. *Feist Pubblication, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991), punti 347-50, in cui la Suprema Corte ha negato protezione alle pagine bianche, sul presupposto che i fatti, traendo origine piuttosto da una scoperta, che non da un atto di creatività, difettano anche di tale livello minimo di originalità:

buirebbe in maniera decisiva a svuotarlo di significato. Tale correttivo adottato dalla giurisprudenza, d'altronde, risponde alla necessità di evitare che un'interpretazione stretta del requisito produca effetti distorsivi. Si è osservato come sia difficilissimo tracciare l'origine e lo sviluppo di idee, temi, trame ricorrenti, ovvero risalire alla loro fonte originaria e darne dimostrazione. Non è infatti possibile entrare nella mente dell'autore al fine di risalire alla genesi di un'opera e anzi non di rado è l'autore stesso a inquadrare a fatica la fonte della propria ispirazione. Inoltre, ciascun autore impara dal mondo in cui vive e dalle esperienze che matura nel suo percorso e le incorpora nella sua attività artistica. Perciò, è di fatto inevitabile che alcuni aspetti di un'opera vengano assorbiti e fatti propri da altri, perdendone di vista le loro origini.

La tendenza della giurisprudenza ad ampliare l'accesso alla tutela autoriale, la notevole riduzione del perimetro delle opere escluse dalla tutela[206], e la crescente incertezza circa quali opere debbano considerarsi protette e quali no, condizionano negativamente la portata del pubblico dominio.

Proprio sulla base di queste preoccupazioni, si è osservato come il riconoscimento di un diritto costituzionalmente garantito al pubblico dominio sarebbe in grado di porre rimedio alle deficienze del requisito dell'originalità, costituendo un valido strumento nelle mani del giudice per valutare fino a che punto possa spingersi la pretesa di esclusività del titolare del diritto[207].

L'interprete chiamato a decidere di questioni di plagio o contraffazione rintraccerebbe nel pubblico dominio un alleato decisivo al fine di escludere la violazione in quelle ipotesi ove ad essere sfruttati siano particolari dell'opera protetta che, per natura, assenza di originalità o altre ragioni, possano ricondursi appunto al pubblico dominio, anche laddove l'opera nel suo complesso meriti invece protezione.

Lange, due decenni dopo il suo primo scritto sul tema, "reimmagina" il suo pubblico dominio ed approda proprio a questo risultato, definendolo come uno "*status che sorge dall'esercizio dell'immaginazione creativa dell'autore e conferisce a questi il titolo, il privilegio o l'immunità di fare propri elementi di altre opere, nell'atto di crearne di nuove*". Egli sostiene l'opportunità che tale status ottenga un riconoscimento giuridico espresso[208].

"*raw facts may be copied at will … this result is neither unfair nor unfortunate. It is the means by which copyright advances the progress of science and art*".

[206] Sullo sconfinamento del diritto d'autore in alcuni settori tecnologici, tradizionalmente terreno della privativa brevettuale, con conseguente superamento della *summa divisio* tra tecnica ed estetica si veda FALCE V., *La modernizzazione del diritto d'autore*, cit., 8 ss.

[207] LITMAN J., *op. cit.*,1023, che conclude così "*the public domain thus permits the law of copyright to avoid a confrontation with the poverty of some assumptions on which it is based*". In questa accezione si veda anche LANGE D., *Reimagining the Public Domain,* Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 463, 476, che intravede nel pubblico dominio "*an affirmative source of entitlements capable of deployment, as, when and where required, against the encroachments upon the creative imagination threatened by intellectual property*".

[208] LANGE D., *Reimagining the Public Domain,* cit., 474, intravede la funzione del pubblico dominio proprio "*in securing protection for exercises of the creative imagination against the claims otherwise to be made under rights now sounding in intellectual property or its successors*". In questo senso, RUBENFELD J., *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality,* Yale L.J., 2002, 112, 1, 4, 48, seppur non

In questa direzione, alcune corti hanno invocato il pubblico dominio in ipotesi in cui l'ampiezza del diritto d'autore vantato dal titolare appariva minacciare la capacità creativa dei terzi generalmente intesa, limitando di fatto la capacità del presunto autore in contraffazione di perseguire la propria libera espressione artistica. Su questo solco, ad esempio, si pone la giurisprudenza che ha negato che il diritto d'autore su manuali tecnico-scientifici si estenda alle istruzioni, "*al contenuto ed agli insegnamenti che, attraverso l'opera, possono essere impartiti*" e, più ad ampio spettro, "*sul contenuto intellettuale intrinseco dell'opera, o sull'insegnamento che da esso può trarsene, dovendo questo invece rimanere a disposizione di tutti, per il progresso delle scienze e della cultura generale*" [209]. Parimenti, sono tutelate le opere biografiche di personaggi noti, "*non però con riferimento ai fatti e alle vicende che li hanno riguardati, di per sé non monopolizzabili*" [210]. O ancora sono sottratte alla tutela autoriale trame, motivi, sceneggiature, battute ricorrenti nelle opere letterarie o cinematografiche [211]. In questa misura, il pubblico dominio proteggerebbe una vasta schiera di potenziali contraffattori dall'incorrere in responsabilità in ipotesi in cui la copia di aspetti dell'opera altrui risulterebbe praticamente inevitabile.

La giurisprudenza riconosce, dunque, almeno implicitamente, che il diritto d'autore debba essere protetto e garantito nella misura in cui assolva alla sua funzione di stimolo della creatività e che questo obiettivo possa anche impedire il riconoscimento della tutela al singolo autore [212].

Per quanto siano risultate estremamente rare, non mancano nemmeno pronunce che riconoscano espressamente un diritto di sfruttamento dell'opera caduta in pubblico dominio, da parte di soggetti diversi dall'originario titolare. È il caso di Cassazione penale 24 settembre 2009, n. 49783, che, pronunciandosi in materia di effetti dell'aumento del termine di durata di protezione del diritto d'autore da parte del legislatore, esclude che possa rinascere "*automaticamente quel diritto esclusivo di sfruttamento che ormai si era già esaurito e contemporaneamente siano automaticamente caducati i diritti di sfruttamento economico ormai già sorti in capo a tutti gli altri soggetti*".

---

occupandosi direttamente di pubblico dominio, giunge a sostenere l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito all'immaginazione (c.d. "*freedom of imagination*"), sulla base del quale "*no one can be penalized for imagining or communicating what he imagines*", con l'avvertenza che ciò non equivale in alcun modo a giustificare gli atti di pirateria: "*When copyright law bars simple piracy, it does not punish infringers for exercising their imagination. It punishes them for failing to exercise their imagination–for failing to add any new imaginative content to the copied material.*".

[209] Trib. Bari, sez. V, 11 marzo 2014, n. 1304; Trib. Mantova, ord. 11 aprile 2002, AIDA, 2003, Rep. I.2, che ha escluso dalle opere tutelabili uno scritto contenente "manualistica", "procedure" e "modulistica" relative al sistema di qualità aziendale di un'impresa munita di certificazione EN ISO 9001. Trib. Milano, Sez. IP, 15 dicembre 2010, ha invece ritenuto originale una dispensa universitaria, nonché "*la schematizzazione di argomenti noti ma complessi*".

[210] Trib. Milano, Sez. spec. imp., 3 febbraio 2017, n. 1401, Foro it., 2017, 11, I, 3488.

[211] In *Nichols v. Universal Picture Corp.*, 282 U.S. 902 (1930), sia il Tribunale (34 F.2d 145 S.D.N.Y. 1929), sia la Corte d'Appello (45 F.2d 119 2d Cir.), pur ravvisando che Universal si fosse ispirata alla trama di una popolare commedia di Anne Nichols, ritenevano che le linee generali della trama e le idee che questa esprimeva fossero comunque da ritenersi di pubblico dominio.

[212] LITMAN J., cit., 992.

Nell'argomentare tale principio, la Corte afferma più volte e con convinzione che la caduta in pubblico dominio determina la nascita di un "*diritto di continuare ad utilizzare l'opera in una posizione di libera concorrenza*" in capo a tutti i consociati, ivi compreso l'originario titolare del diritto di esclusiva. Anzi nega espressamente la validità dell'impostazione contraria: "*è inesatto comunque affermare che con la caduta in pubblico dominio dell'opera vi sarebbe solo una limitazione del diritto di sfruttamento da parte del proprietario senza l'acquisizione di analogo diritto da parte di chicchessia. Con la caduta in pubblico dominio dell'opera, infatti, sorge automaticamente in capo a tutti i consociati il diritto di sfruttamento economico della stessa, sicchè ognuno acquista il diritto di sfruttarla come meglio crede, diritto che peraltro trova anche un fondamento costituzionale nel principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. nonchè nell'interesse pubblico di consentire, dopo un determinato periodo di tempo, una divulgazione delle opere anche nel caso in cui gli eredi del titolare dei diritti non intendessero, per i più diversi motivi, riprodurle e distribuirle*". E ancora, più avanti, il concetto viene ulteriormente ribadito: "*D'altra parte, non si vede come la caduta in pubblico dominio di un film possa non comportare l'esaurimento della situazione giuridica relativa al diritto esclusivo di sfruttamento da parte del produttore con la nascita di nuove situazioni giuridiche costituite dal diritto di sfruttamento economico da parte di tutti i consociati*" [213]. Si tratta, a ben vedere, di un orientamento che, lungi dal rimanere confinato negli effetti al solo diritto d'autore, può estendersi anche agli altri diritti immateriali. La portata precettiva del pubblico dominio, infatti, invece di essere vista come una mera limitazione della portata del diritto di privativa azionato dall'attore in contraffazione, deve piuttosto essere vista come espressione di un diritto positivo e contrario del terzo al libero godimento di ciò che è pubblico dominio.

In questi termini, è chiaro che il pubblico dominio non viene in rilievo più come eccezione o limitazione al diritto d'autore o come dimensione particolare della c.d. "*fair use doctrine*", ma come autonomo diritto che, in quanto tale, non viene a concorrere con (e quindi limitare) il solo diritto d'autore, ma ogni altro diritto immateriale titolato o non titolato [214].

Anzi, ribaltando completamente la suddetta prospettiva, può dirsi che siano piuttosto le eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e la "*fair use doctrine*" ad essere un aspetto non più del diritto d'autore, ma del pubblico dominio, così da ricoprire un ruolo ben più ampio di quello giocato nel singolo campo di applicazione [215].

---

[213] L'espressione è utilizzata da Cass. pen. sez. un., 24 settembre 2009, n. 49783, Dir. aut., 2010, 2, 207.

[214] LANGE D., *Reimagining the Public Domain*, cit., 479, secondo cui "*so viewed, fair use would not be limited in the protection it confers merely to those instances in which copyright infringement is alleged. It would extend as well, and as fully, to species of infringement recognized under other doctrines, including the right of publicity, trademarks, misappropriation in unfair competition, trade secrets, ideas, and even patents*". A livello giurisprudeziale, tale tesi trova conforto in *SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1260 n. 3 (11th Cir. 2001), ove Judge Birch suggerisce che il "fair use" propriamente inteso, è un diritto positivo, piuttosto che una eccezione all'altrui diritto.

[215] Ibidem, che aggiunge "*one can reimage fair use as an aspect of the public domain than copyright itself, and envision a role for fair use well beyond the one it now plays in that field*".

2. *Il pubblico dominio temporale*

Accanto al pubblico dominio "ontologico", si staglia quello c.d. "temporale" (altrimenti detto "pubblico dominio per scadenza dei termini" [216)], che accoglie tutte le opere il cui termine di tutela sia ormai decorso.

Sin dalla sua concezione originaria, il diritto d'autore nasce come diritto limitato nel tempo. Lo Statuto della Regina Anna del 1709, primo atto legislativo a regolamentare il diritto d'autore in Inghilterra, garantiva agli autori una tutela sulle proprie opere di soli 14 anni, rinnovabili solo una volta, per un eguale lasso di tempo. In Italia, la durata dei diritti era quella dei privilegi che venivano concessi dal sovrano, per periodi normalmente compresi tra 6 e 20 anni decorrenti dal giorno del rilascio [217].

Lo spirito era quello di consentire al creatore dell'opera lo sfruttamento in esclusiva dell'opera per il lasso di tempo sufficiente a remunerarsi o quantomeno ristorare l'investimento di tempo e fatica impiegato per realizzare l'opera (v. cap. 2, par. 2). Trascorso quel periodo, l'opera diventava liberamente fruibile da tutti. In questo modo si raggiungeva il duplice obiettivo di incentivare la produzione intellettuale e di riflesso garantire alla comunità sempre maggiore disponibilità di contenuti creativi.

Questo equilibrio risente dell'aspettativa di vita delle generazioni e delle stesse opere, ed è dunque mutevole in funzione dell'ambiente sociale e culturale.

Nel corso dei secoli, dunque, l'evoluzione tecnologica ed il conseguente abbassamento dei costi di riproduzione e stampa hanno suggerito un repentino e costante innalzamento dei termini di durata.

La Convenzione di Berna, in particolare, ha previsto all'art. 7(1) che la durata minima del diritto d'autore nei paesi aderenti sia di 50 anni dalla morte dell'autore. Termini scollegati dalla durata della vita dell'autore sono invece previsti per le opere cinematografiche, le opere anonime e pseudonime e per le opere fotografiche e delle arti applicate.

A giustificazione dell'innalzamento, si evidenziava la minor carica monopolistica dei diritti d'autore, che tutelano solo la forma dell'opera e non il suo contenuto [218].

Si trattava, tuttavia, di uno standard minimo, passibile di essere superato in crescendo dagli stati aderenti, con la conseguenza che la durata del diritto è di fatto diventata questione di diritto interno, variabile da paese a paese.

Sono assai numerosi gli Stati [219] che hanno optato per un termine di durata maggiore. Tra questi anche l'Italia che, in esecuzione della Dir. 2011/77/UE [220], concer-

---

[216] In questo senso ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali*, cit., 96.

[217] UBERTAZZI L.C., *I savoia e gli autori*, Quaderni di AIDA, n. 3, Giuffrè, Milano, 2000, 23 ss.

[218] ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza*, cit., 354.

[219] Tra i paesi extraeuropei, vi rientrano a titolo esemplificativo Australia, Brasile, Cile, Costa Rica e Stati Uniti, i quali ultimi hanno visto compiersi nel 1998 con lo US Copyright Extension Act, anche conosciuto come Sony Bono Act, il medesimo processo di estensione della durata a 70 anni p.m.a.. Sulla storia dei limiti temporali del brevetto e del diritto d'autore negli Stati Uniti, cfr. OCHOA T.T., *Patent and Copyright Term Extension and the Constitution*, J. Copy. Socy., 2002, 49, 19, 29-46, 49-58.

nente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, ha modificato l'art. 25 l.a., elevando a 70 anni *post mortem auctoris* il precedente termine cinquantennale[221].

Siamo ben lontani dai 14 anni delle origini: se pensiamo alla durata media della vita di oggi, di fatto si può arrivare ad un'estensione della tutela di quasi un secolo e mezzo. In un mercato veloce e frenetico, nel quale un'opera è di fatto obsoleta e di poco interesse dopo pochi anni (o a volte mesi), molti si interrogano sulla reale opportunità di una durata di questa entità[222].

Il mutamento della durata della tutela ha storicamente offerto il fianco alle corti, per pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di interventi legislativi atti ad estendere la portata temporale dell'esclusiva su materiale già caduto in pubblico dominio (v. con particolare riguardo agli USA, cap. 2, par. 8.4), nonché sulle gerarchie tra gli interessi in contesa. Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, in Italia, la Cassazione ha riconosciuto il primato del diritto di pubblico dominio sul diritto esclusivo dell'autore, prevedendo che, una volta esauritosi, il diritto d'autore non possa essere portato a riviviscenza per mano del legislatore[223]. Fermo restando che il nostro ordinamento ammette, di regola, la possibilità di emanare, in ambito civilistico, norme con efficacia retroattiva[224], non può che concludersi che la Corte di legittimità abbia inteso escludere tale possibilità, in presenza di una legge estensiva della portata temporale del diritto d'autore, perché in contrasto con l'interesse sovraordinato dei consociati al libero sfruttamento del capitale intellettuale già caduto in pubblico dominio[225]. Quest'ultimo si connota, pertanto, nel nostro ordinamento,

---

[220] Proprio in attuazione di quest'ultima, l'Italia ha recentemente emanato il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 22, che modifica, estendendo l'arco temporale della protezione, le disposizioni di cui agli artt. 75 e 85 l.a., in materia di fissazioni di esecuzioni e fonogrammi.

[221] La novella è stata introdotta dall'art. 17, co. 1, legge 6 febbraio 1996, n. 52. La legge n. 633/1941 aveva ricalcato sul punto la disciplina dei termini di protezione contenuta nel D.L. 7 novembre 1925 che aveva elevato il precedente termine di 40 anni p.m.a. (o 80 dalla pubblicazione), previsto con l'unificazione dalla legge 25 giugno 1865, n. 2337. Si veda per una panoramica completa UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit., 2019, 1789.

[222] Particolarmente critico MUSSO A., *Diritto d'autore*, cit., 424.

[223] Cass. pen. sez. un., 24 settembre 2009, n. 49783, cit

[224] C. Cost., 26 giugno 2002, n. 263, Giur. cost. 2002, 1925; 17 maggio 2001, n. 136, Foro It., 2002, I, 1653; 27 luglio 2000, n. 374, Foro It., 2000, I, 3410 e 11 giugno 1999, n. 229, Giur. cost., 1999, 2071, secondo cui "*il legislatore ordinario, nel rispetto del limite previsto dall'art. 25 cost. relativamente alla legge penale, può emanare norme con efficacia retroattiva, interpretative o innovative che esse siano, a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti*".

[225] In linea, v. anche Cass. Sez. I civ., 29 dicembre 2011, n. 30036, AIDA, 2012, Rep. I.7.2, secondo cui il termine di durata di protezione del diritto di utilizzazione economica delle opere cinematografiche, portato a 50 anni dal dpr 19/1979, non si applica alle opere cinematografiche già cadute in pubblico dominio alla data di entrata in vigore di questo decreto. Per completezza occorre chiarire che la giurisprudenza non è però sempre stata concorde sul punto. Cass. Sez. I civ., 25 novembre 2011 n. 24972, AIDA, 2012, 1474/2, ha stabilito che la legge 52/1996 ha esteso a 70 anni p.m.a. la durata della protezione anche per le opere ed i diritti già caduti in pubblico dominio, purché alla data del 30.6.1995 opere e diritti rientrassero nel termine di 70 anni decorrente dal momento in cui iniziava la loro protezione. Nello stesso senso, App. Milano, 14 luglio 2011, AIDA, 2013, Rep. I.7.2I, secondo cui i diritti patrimoniali d'autore relativi ad un film caduti in pubblico dominio rivivono a seguito del dpr 19/1979.

come diritto quesito (o acquisito)[226], nel senso che, una volta che il diritto di utilizzare liberamente il capitale intellettuale in pubblico dominio sia entrato nella sfera giuridica dei consociati, esso resta immutabile, anche di fronte a eventuali cambiamenti della portata temporale del diritto di esclusiva, decisi dal legislatore.

Alla durata imposta dalla legge, si sovrappongono svariate eccezioni, alcune di carattere storico e transitorio, come la proroga per guerra[227], altre previste dalla legge, come la regola della protezione per 25 anni delle opere inedite, a favore di chi le pubblichi per la prima volta dopo la scadenza della normale protezione autoriale[228] o per 30 anni, ridotti in Italia a 20, a favore di chi pubblichi edizioni critiche o scientifiche di opere di pubblico dominio[229]. Mentre la prima ha l'effetto di rimuovere dal pubblico dominio le opere che beneficino del regime speciale, così ripristinando un diritto d'autore, seppur limitato, su di esse, la seconda lascia in pubblico dominio le opere originali, mentre costituisce un nuovo diritto *ad hoc* sulle edizioni critiche[230].

La categoria del pubblico dominio temporale sfugge in definitiva a confini ben definiti o automatici: mentre può dirsi con certezza che prima o poi ogni opera vi cadrà, molto meno prevedibile è l'esatto momento temporale in cui ciò accada.

Per porre rimedio a tale incertezza, ricercatori e sviluppatori hanno dato vita a veri e propri "calcolatori di pubblico dominio": queste applicazioni disponibili sul web sono progettate per consentire al pubblico, anche sprovvisto di *background* giuridico, di valutare se un'opera sia di pubblico dominio[231]. Il limite di tali stru-

---

[226] V. NIVARRA L., *La retroattività della legge civile*, Europa e Dir. Priv., 4, 1 dicembre 2017, 1219.

[227] Il d.lgs.lgt. 20 luglio 1945, n. 440 prorogò di 6 anni i diritti per tutte le opere pubblicate e non ancora cadute in pubblico dominio alla data della sua entrata in vigore, per effetto della stasi economica e culturale causata dagli anni di guerra. Una seconda proroga di 5 anni, 10 mesi e 8 giorni derivò dal Trattato di Pace del 10 febbraio 1947 tra l'Italia e le potenze alleate e associate, recepito dal d.lgs. CPS 28 novembre 1947, n. 1430. Cfr. sul punto UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit., 2019, 1789.

[228] Art. 4 Dir. 93/98/CEE e art. 85 *ter* l.a., introdotto dal d.lgs. n. 154/1997, in attuazione della Direttiva stessa. Nel regime previgente, la materia era regolata dall'art. 31 l.a., che subordinava il riconoscimento dei diritti patrimoniali alla condizione di pubblicare l'inedito entro venti anni dalla morte dell'autore, con l'obiettivo di incentivare l'impresa culturale a divulgare l'opera entro un periodo relativamente breve. Nella Dir. 93/98/CE, il legislatore europeo ritenne, al contrario, che sottoporre a limitazione temporale la nascita dei diritti di sfruttamento economico contrastasse con la realizzazione dello stesso interesse pubblico, dal momento che nessun soggetto avrebbe investito per far rinvenire, studiare e promuovere opere, senza che fosse loro garantito il corrispettivo dell'esclusiva. Cfr. in materia, ASCANI F., *La pubblicazione dell'opera postuma inedita e i diritti degli eredi*, nota a Trib. Ferrara, 5 giugno 2000, Dir. aut., 2001, 489 e BERTANI M., *La prima pubblicazione delle opere di 'dominio pubblico'*, Quaderni di AIDA, 1999, 148.

[229] Art. 5 Dir. 93/98/CEE e art. 85 *quater* l.a..

[230] Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2001, n. 559, Soc. BMG Ricordi c. Ente auton. Teatro Regio Torino, Giust. civ. Mass., 2001, 95; Dir. aut., 2001, 459; Giust. civ., 2001, I, 1219; Corr. giur., 2001, 638, con nota di FITTIPALDI; Foro it., 2001, I, 1182 e in Giur. it., 2001, 7, 1421, con nota di CROSIGNANI M., *Edizione critica e diritto d'autore: un'antitesi superata?*, ha inteso per "edizione critica" "*una risistemazione dell'opera stessa avente indubbio carattere creativo autonomo*".

[231] Nell'ambito del progetto Europeana Connect, Knowledgeland e l'Institute for Information Law dell'Università di Amsterdam hanno sviluppato un calcolatore funzionante per 30 paesi (l'Unione Europea più Svizzera, Islanda e Norvegia).

menti è che essi scontano la carenza di informazione in ordine all'effettivo autore dell'opera.

3. *Il pubblico dominio funzionale*

Alcuni autori rigettano la concezione tradizionale, suffragata anche dalla giurisprudenza di legittimità [232], che vorrebbe il pubblico dominio autoriale composto dai soli contenuti liberi da diritti di esclusiva.

Questi autori vi includono non solo le opera di per sé non proteggibili, ma anche gli usi o semplicemente gli aspetti o gli elementi di opere protette che siano, singolarmente considerati, liberamente sfruttabili [233].

Limitarsi a considerare il pubblico dominio nella prima accezione, infatti, impedirebbe di coglierne la reale portata. Se è vero che la creatività dell'autore è essenzialmente una creatività derivata, ovvero intesa come capacità di ricombinare e reinterpretare idee, stilemi, spunti già visti da altri autori (c.d. "*raw material*") [234], ecco allora che solo un pubblico dominio che accolga al suo interno tali contenuti può assolvere alla sua funzione fondamentale di promuovere l'"impresa autoriale" (*the enterprise of authorship*), quale luogo d'elezione dove la creatività si alimenta [235].

In questa misura, il pubblico dominio non è più considerato quale spazio separato e distinto da quello riservato alle opere protette, ma piuttosto un contenitore di risorse, capace di contribuire anch'esso allo sviluppo della cultura artistica [236].

In questo senso, si è distinto all'interno del pubblico dominio, tra un "*core public domain*" a carattere strutturale, costituito dal materiale non coperto da copyright ed una serie di "*contiguous terrains*" o "*murky areas*" comprendenti le eccezioni e limi-

---

[232] Cfr. Cass. civ., sez. I, 7 marzo 1997, n. 2089, Giur. it., 1998, 1191, con nota di GELATO e in Riv. dir. ind., 1997, 812, con nota di MORRETTA, Foro it., 1997, I, 1053, Dir. aut., 1997, 362, secondo cui l'accertamento che un'opera sia caduta in pubblico dominio è diverso e relativo ad una "causa petendi" nuova rispetto all'accertamento che la riproduzione dell'opera integri gli estremi di un'utilizzazione libera.

[233] LITMAN J., cit., 968, la quale vede specificamente la funzione del pubblico dominio nel consentire la c.d. "*additive and interstitial creation*", ovvero la creatività derivata: "*The public domain rescues us from this dilemma. It permits us to continue to exalt originality without acknowledging that our claims to take originality seriously are mostly pretense. It furnishes a crucial device to an otherwise unworkable system by reserving the raw material of authorship to the commons, thus leaving that raw material available for other authors to use*". BENKLER Y., *Free as the Air to Common use*, cit., 361-362: "*the range of uses of information that any person is privileged to make absent individualized facts that make a particular use by a particular person unprivileged*". Anche MERGES R.P., *A New Dynamism in the Public Domain*, U. Chi. L. Rev., 2004, 71, 183, 184, usa il termine pubblico dominio in una accezione altrettanto ampia.

[234] GOLDSTEIN P., *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, J. Copyright Soc'y U.S.A., 1983, 30, 209, 218; LANDES W.M., POSNER A.R., *An Economic Analysis of Copyright Law*, J. Legal Stud., 1989, 18, 325, 332; LANGE D., *Recognizing the Public Domain*, cit., 171-173.

[235] LITMAN J., cit., 968, afferma che "*the public domain should be understood not as the realm of material that is underserving of protection, but as a device that permits the rest of the system to work by leaving the raw material of authorship available for authors to use*".

[236] COHEN J., *Copyright, Commodification, and Culture,* cit.

tazioni [237] al diritto d'autore e gli usi legittimi delle opere altrui, che non rientrano tecnicamente nel pubblico dominio, ma vi sono estremamente vicini in quanto ad effetti [238]. Con riferimento a quest'ultimo si parla di "pubblico dominio funzionale".

Mentre nel caso del pubblico dominio *stricto sensu*, la libertà d'uso e la piena accessibilità trovano fondamento nell'assenza di diritti d'autore, in quello funzionale, discendono dall'impossibilità di avvalersi di rimedi giurisdizionali per dare esecuzione al proprio diritto.

Il pubblico dominio si arricchisce dunque delle opere che – mentre sarebbero astrattamente eleggibili per la protezione autoriale –.

a) ne sono escluse espressamente dal legislatore per ragioni di politica del diritto (in questo senso si parla anche di "*policy public domain*") [239];

b) oppure dalle corti, che in via interpretativa restringono la portata del diritto di privativa o colmano le eventuali lacune legislative, introducendo usi consentiti atipici.

Tale seconda categoria risulta particolarmente sviluppata nei paesi di *common law* che a fianco delle limitazioni ed eccezioni previste da norme di legge (*statutorily defined "acts permitted in relation to copyright works"*), prevede eccezioni e limitazioni che operano al di fuori dei confini statutari e operano nella direzione di proteggere utilizzi rispondenti a finalità o esigenze di "public policy" o "public interest" [240].

Analizzeremo entrambe le categorie nei paragrafi seguenti.

3.1. *La portata dei diritti di utilizzazione economica in capo all'autore*

Il diritto esclusivo dei titolari, previsto all'art. 2, lett. c), Dir. 2001/29 riconosce agli autori tre diritti di utilizzazione economica in esclusiva delle proprie opere:

---

[237] Seguendo il suggerimento di BERTANI P., *Diritto d'autore europeo*, cit., 228, i due termini sono utilizzati senza distinzione concettuale.

[238] SAMUELSON P., *Digital Information, Digital Networks, and the Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 148; MERGES R.P., *A New Dynamism in the Public Domain*, cit., 186.

[239] SAMUELSON P., *Challenges in the mapping of the public domain* e COHEN J., *Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain*, entrambi in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain,* cit., 9 e 121; CHANDER A., SUNDER M., *The Romance of the Public Domain*, cit., 1340; BOYLE J., *The Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 38; BENABOU V.L., DUSOLLIER S., *Draw me a public domain*, in TORREMANS P. (ed.), *Copyright law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 2007, 161.

[240] In *Burnet v Chetwood* (1721) 2 Mer. 441, ad esempio, la corte rigettava i rimedi di diritto d'autore sul presupposto che l'opera per cui si chiedeva protezione presentasse contenuti osceni, immorali e blasfemi. In *Ashdown v Telegraph Group* [2002] Ch 149, Phillips MR ha opposto la libertà di espressione al titolare di diritto d'autore che lamentava la pubblicazione delle esatte parole contenute nella propria opera precedente, rilevando come "*There will be occasions when it is in the public interest not merely that information should be published, but that the public should be told the very words used by a person, notwithstanding that the author enjoys copyright in them. On occasions, indeed, it is the form and not the content of a document which is of interest*". La libertà di espressione operava dunque nel caso in parola come "common law public interest defence".

a) "*il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto in parte dell'opera, in qualunque modo o forma"* (c.d. diritto di riproduzione *ex* art. 2 Dir. e 13 l.a.) [241];

b) "*il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente*" (c.d. diritto di comunicazione al pubblico *ex* art. 3 Dir. e 16 l.a.) [242];

c) "*il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al*

---

[241] Segue un elenco esemplificativo di possibili modalità *"come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione*". Su tale definizione si veda MUSSO A., *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno*, cit., 193 ss.

[242] La norma non chiarisce che cosa si intenda per "comunicazione al pubblico". Il senso e la portata del diritto è stato precisato dalla Corte di Giustizia a partire dalle sentenze del 16 marzo 2017, AKM, C-138/16, EU:C:2017:218, punto 22, e del 14 giugno 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punto 24. Per un commento sulla decisione v. VIGLIAR S., *Pirate Bay: evoluzione del concetto di comunicazione al pubblico o nuova frontiera della responsabilità delle piattaforme telematiche?*, Dir. inf., 1, 2018, 108. La nozione di "comunicazione al pubblico" consta di due elementi cumulativi: a) un "atto di comunicazione" di un'opera e b) della comunicazione di quest'ultima a un "pubblico". Perché vi sia un siffatto atto è sufficiente, in particolare, che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso, senza che sia determinante che utilizzino o meno tale possibilità (CGUE, 13 febbraio 2014, Svensson e a., C-466/12, EU:C:2017:76, punto 19). La nozione di "pubblico" si riferisce ad un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole (CGUE, 13 febbraio 2014, Svensson e a., C-466/12, EU:C:2017:76, punto 21; Id., 28 ottobre 2020, C-637/19, cit.). È inoltre necessario che la comunicazione dell'opera protetta a) sia effettuata secondo modalità tecniche specifiche, diverse da quelle fino ad allora utilizzate o, in mancanza, b) sia rivolta ad un "pubblico nuovo", vale a dire a un pubblico che non sia già stato preso in considerazione dal titolare del diritto d'autore nel momento in cui ha autorizzato la comunicazione iniziale della sua opera al pubblico (CGUE, 13 febbraio 2014, Svensson e a., C-466/12, EU:C:2014:76, punto 24). Sulla scorta di tali premesse, è stato quindi stabilito che l'utilizzo di un link ad un'opera lecitamente e liberamente accessibile in un sito Internet non sarebbe da ricomprendersi nella nozione di cui all'art. 3, dal momento che mancherebbe un pubblico non tenuto in considerazione dall'autore nel momento in cui ha prestato il proprio consenso all'iniziale comunicazione del contenuto. In altri termini, si presuppone che il titolare del diritto, mettendo a disposizione la propria opera liberamente acconsenta a che questa sia fruita da chiunque utilizzi Internet. Diverso, però, è il caso in cui il contenuto sia messo a disposizione solo di determinati soggetti. CGUE, 8 settembre 2016, C-160/15, GS Media, punto 41, ha precisato che qualora il link dovesse indirizzare l'utente a un contenuto alla cui pubblicazione l'autore non ha acconsentito, si sarebbe senz'altro in presenza di una comunicazione al pubblico. Inoltre, in questa sede, la Corte ha poi chiarito che per poter parlare di "comunicazione al pubblico" si deve tener conto di taluni criteri, ulteriori e complementari a quelli finora riportati, quali quello del carattere intenzionale della condotta, e cioè la piena cognizione delle conseguenze del consentire ai propri utenti l'accesso ad un'opera soggetta a copyright, di cui gli stessi non potrebbero, in via di principio fruire, e dell'eventuale scopo di lucro. Per le ultime evoluzioni giurisprudenziali in materia, si v. il caso Renckhoff sub. par. 3.4.1, con cui la Corte ha ritenuto integrare una comunicazione al pubbico la messa in rete su un sito Internet di una fotografia precedentemente pubblicata, senza restrizioni atte a impedire che venisse scaricata e con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, su un altro sito Internet. Ivi la Corte distingue nettamente la messa a disposizione di opere protette mediante linking, dalla messa a disposizione su un sito diverso da quello originario. Infatti, nel caso di collegamento ipertestuale, se il titolare dell'opera volesse porre fine all'utilizzo delle opere, sarebbe sufficiente eliminare il contenuto dall'indirizzo Internet su cui questo era stato inizialmente caricato. Nel caso di ricondivisione dell'opera, invece, ciò non sarebbe sufficiente e questa risulterebbe ancora accessibile sul secondo sito, su cui sia stata messa in rete senza consenso.

pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo" (c.d diritto di distribuzione *ex* art. 4 Dir. e 17 l.a.).

A differenza delle eccezioni e limitazioni a tali diritti, di cui si dirà nei paragrafi seguenti, queste norme costituiscono "*una misura di armonizzazione completa del contenuto sostanziale del diritto ivi menzionato*" [243], nel senso che esse non lasciano agli Stati membri un margine di discrezionalità nel loro recepimento. La portata di tali diritti è dunque integralmente soggetta all'interpretazione data di essi dalla Corte di Giustizia. In assenza di definizioni espresse contenute nella Direttiva, la Corte ne determina significato e portata "*sulla base del senso abituale dei termini stessi nel linguaggio corrente, tenendo conto allo stesso tempo del contesto in cui essi sono utilizzati e degli obiettivi perseguiti dalla normativa in cui sono inseriti*" [244]. Tali obiettivi hanno storicamente consentito alla Corte di dare un'intepretazione estensiva dei diritti del titolare. Infatti, come emerge dai considerando 4, 9 e 10 Dir., l'obiettivo generale del legislatore eurounitario "*è quello di instaurare un elevato livello di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi*" [245].

Allo stesso tempo, però, dai considerando 3 e 31 Dir. [246] emerge che l'armonizzazione compiuta da questa mira a garantire, in special modo nell'ambiente elettronico, "*un giusto equilibrio tra, da un lato, l'interesse dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi alla protezione del loro diritto di proprietà intellettuale, ora sancito all'articolo 17, paragrafo 2, della Carta, e, dall'altro, la tutela degli interessi e dei diritti fondamentali degli utenti dei materiali protetti nonché dell'interesse generale*" [247]. I meccanismi che consentono di trovare un giusto equilibrio tra questi diversi diritti e interessi sono contenuti nella Direttiva stessa, all'art. 5, e sono le eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi dei titolari di cui agli artt. da 2 a 4. Tali meccanismi devono comunque trovare concretizzazione da un lato, nelle misure nazionali di recepimento della Direttiva, dall'altro nell'applicazione di queste ultime da parte delle autorità nazionali [248].

Su queste basi, la Corte di Giustizia ha escluso "*che il diritto di proprietà intellet-*

---

[243] CGUE, 29 luglio 2019, C-476/17, Pelham, ECLI:EU:C:2019:624, punto 85, con particolare riferimento al diritto di riproduzione. V., per analogia, con riferimento al diritto esclusivo del titolare di un marchio dell'UE, CGUE, 20 novembre 2001, da C-414/99 a C-416/99, Zino Davidoff e Levi Strauss, EU:C:2001:617, punto 39, nonché Id., 12 novembre 2002, C-206/01, Arsenal Football Club, EU:C:2002:651, punto 43.

[244] CGUE, 3 settembre 2014, C-201/13, Deckmyn e Vrijheidsfonds, EU:C:2014:2132, punto 19 e giurisprudenza ivi citata.

[245] CGUE, 29 luglio 2019, cit., punto 30.

[246] Il considerando 31 richiama la necessità di garantire "*un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti*". Tale equilibrio impone all'interprete "*il rispetto dei principi fondamentali del diritto*" scanditi dal considerando 3 Dir. "*e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale*".

[247] V., in tal senso, CGUE, 7 agosto 2018, C-161/17, Renckhoff, EU:C:2018:634, punto 41 e Id., 29 luglio 2019, cit., punto 30.

[248] V., in tal senso, CGUE, 29 gennaio 2008, C-275/06, Promusicae, EU:C:2008:54, punto 66 e giurisprudenza ivi citata.

tuale … sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto". Piuttosto, *"occorre effettuare un bilanciamento tra tale diritto e gli altri diritti fondamentali*" [249].

3.2. *L'ingresso dell'"interesse generale" nel "giusto equilibrio" tra interessi dei titolari e degli utenti delle opere protette: i casi della libertà di espressione e di difesa*

Tra i diritti fondamentali che concorrono a limitare la portata del diritto d'autore l'esempio più studiato è senz'altro quello della libertà di espressione, garantita dall'art. 10 Carta Europea dei diritti dell'Uomo e dall'art. 11 della Carta di Nizza. Mentre negli Stati Uniti, il Primo Emendamento alla Costituzione ("*Congress shall make no law … abridging the freedom of speech, or of the press.*") [250] è stato costantemente e vigorosamente interpretato come attributivo di un regime privilegiato ai mezzi di comunicazione di massa (*in primis* stampa e televisione), laddove diffondano notizie di interesse pubblico [251], al contrario, in Europa, sia continentale che insulare, la libertà di espressione è stata costruita come diritto individuale, appartenente ai cittadini e ai propri enti esponenziali (partiti, sindacati, associazioni, ecc.). Di conseguenza, la tradizione giuridica e politica europea è sempre stata tiepida verso il tentativo di affermare che le imprese di comunicazione di massa godrebbero degli stessi (o persino più ampi) diritti costituzionali conferiti ai cittadini.

Il conflitto tra diritto d'autore e libertà di espressione viene dunque risolto all'esito di un esame caso per caso del contenuto e dei modi con i quali è diffuso, per stabilire se esso abbia una rilevanza notiziale, contribuendo al dibattito di interesse generale, e se l'obiettivo informativo sia stato perseguito in buona fede. Anzi, autorevole dottrina ritiene che tali questioni non dovrebbero nemmeno collocarsi nel campo della libertà di espressione, la quale, in contese fra imprese le quali operano con finalità di lucro (e si confrontano dunque ad armi pari in controversie di natura economica), "*non è utile allo scopo*" e anzi rischia di "*determinare distorsioni non desiderabili*" [252].

Facendo applicazione della libertà di espressione, quale limite esterno al diritto d'autore, la Corte di Giustizia ha circoscritto la portata del diritto di riproduzione, escludendo che ne costituisse violazione il prelievo di un campione sonoro da un

---

[249] V., in tal senso, CGUE, 24 novembre 2011, C-70/10, Scarlet Extended, EU:C:2011:771, punto 43; Id., 16 febbraio 2012, C-360/10, SABAM, EU:C:2012:85, punto 41; Id., 27 marzo 2014, C-314/12, UPC Telekabel Wien, EU:C:2014:192, punto 61; Id., 29 luglio 2019, cit., punti 33 e 34.

[250] Nella sua interezza la norma prevede che "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*"

[251] La letteratura sul rapporto tra diritto d'autore e "free speech" è sterminata. Si vedano per tutti GOLDSTEIN P., *Copyright and the First Amendment*, Colum. L. Rev., 1970, 70, 983; NIMMER M.B., *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, UCLA L. Rev., 1970, 17, 1180.

[252] ZENO-ZENCOVICH V., *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, Quaderni di AIDA, 2005, 155.

fonogramma, al fine di utilizzarlo, in una forma modificata e non riconoscibile all'ascolto, in una nuova opera [253]. Il caso è significativo perché l'uso in questione non poteva dirsi giustificato dall'art. 5, par. 3, lett. d) Dir. che consente le citazioni delle opere altrui, posto che difettava qualsivoglia interazione con l'opera da cui il campione era prelevato (cfr. par. 5.1). In tale contesto, la Corte, senza poter appigliarsi ad una eccezione codificata nella Direttiva, ha rilevato che "*la tecnica del «campionamento» (sampling), che consiste nel prelievo da parte di un utente, il più delle volte con l'ausilio di attrezzature elettroniche, di un campione di un fonogramma e nel suo utilizzo ai fini della creazione di una nuova opera, costituisce una forma di espressione artistica che rientra nell'ambito della libertà delle arti, tutelata dall'articolo 13 della Carta*". Nell'esercizio di tale libertà, l'utente, può prelevare un campione dal fonogramma e utilizzarlo in una nuova opera in forma modificata e non riconoscibile all'ascolto, senza che ciò costituisca una «riproduzione» vietata di tale fonogramma, ai sensi dell'art. 2, lett. c) Dir.

Diversamente, infatti, resterebbe violato il "giusto equilibrio" sopra richiamato (v. par. 3.1).

In particolare, hai fini della valutazione di tale equilibrio la Corte ha ritenuto decisiva la circostanza che "*un tale prelievo non pregiudicasse la possibilità per detto produttore di ottenere un soddisfacente rendimento del suo investimento*" e dunque facesse salvo l'obiettivo specifico del diritto esclusivo del produttore di fonogrammi, enunciato dal considerando 10 Dir., di tutelare l'investimento realizzato da quest'ultimo.

In sostanza, la giurisprudenza europea sembra affermare che il diritto di esclusiva può essere esercitato nei limiti della funzione sociale essenziale per cui esso è stato conferito. Mentre tale diritto non può dirsi in nessun caso violato laddove la condotta del terzo non pregiudichi la funzione e l'obiettivo insito nel diritto stesso. Significativamente, a riguardo, il giusto equilibrio viene indicato dalla Corte di Giustizia come un "requisito" per il corretto esercizio del diritto. Laddove tale equilibrio venga a mancare, il diritto viene meno alla sua funzione essenziale e tradisce i suoi obiettivi statutari, e non può dunque essere validamente azionato in giudizio.

Per questa via, la Corte di Giustizia pare allineare la propria giurisprudenza in materia di diritto d'autore, ai principi già consolidati in materia di marchi d'impresa. Per affermare il diritto del titolare a vietare l'uso non autorizzato del proprio segno distintivo, occorre infatti accertare che esso "*pregiudichi o possa pregiudicare le*

---

[253] CGUE, 29 luglio 2019, C-476/17, cit., punto 31 e 39. La pronuncia verteva sull'utilizzo, nell'ambito della registrazione del brano musicale «Nur mir», composto dai sigg. Pelham e Haas, di una sequenza ritmica di circa due secondi prelevata dal brano musicale «Metall auf Metall» del gruppo musicale Kraftwerk. Il gruppo ha proposto un ricorso dinanzi al Landgericht Hamburg per violazione del diritto connesso previsto in favore dei produttori di fonogrammi. Il giudice ha accolto il ricorso e l'appello proposto dinanzi all'Oberlandesgericht Hamburg veniva respinto. A seguito di un ricorso per *Revision* proposto dinanzi al Bundesgerichtshof, la sentenza d'appello è stata invalidata e la causa è stata rinviata dinanzi al secondo giudice per un nuovo esame. Ancora una volta, detto giudice ha respinto l'appello. Con sentenza del 13 dicembre 2012, il Bundesgerichtshof respingeva il nuovo ricorso proposto da Pelham, ma la sentenza veniva annullata dal Bundesverfassungsgericht, che rimetteva nuovamente la causa al giudice del rinvio.

Quest'ultimo rilevava che l'esito del procedimento dipendeva dall'interpretazione dell'art. 2 Dir.

funzioni del marchio e, in particolare, la sua funzione essenziale di garantire ai consumatori la provenienza del prodotto" [254].

La libertà delle arti non è l'unica ad entrare in bilanciamento con il diritto d'autore.

Un bilanciamento deve avvenire anche con il diritto ad un ricorso effettivo, garantito dall'art. 47 della Carta di Nizza. Lo ha chiarito la Corte di Giustizia nell'ambito di un contenzioso sollevato dal titolare di un sito internet che lamentava l'illecita produzione in giudizio di una fotografia pubblicata su tale portale come elemento di prova all'interno di un procedimento. Il giudice *a quo* chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire se la trasmissione di un documento ad un organo giurisdizionale mediante posta elettronica integrasse un atto di "comunicazione al pubblico" e se l'organo giurisdizionale rientrasse nella nozione di «pubblico» ai sensi dell'art. 3, par. 1 Dir. [255]. La Corte ha risposto negativamente al quesito, trattandosi di comunicazione "*a professionisti individuali e determinati*". Si è soffermata, in particolare, sul fatto che una diversa interpretazione non permetterebbe di garantire il "*giusto equilibrio tra l'interesse dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi … e la protezione degli interessi e dei diritti fondamentali degli utilizzatori dei materiali protetti nonché dell'interesse generale*" [256].

Infatti, il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice "*sarebbe seriamente compromesso se il titolare di un diritto fosse in grado di opporsi alla comunicazione di elementi di prova ad un organo giurisdizionale per il solo motivo che tali elementi di prova contengono un oggetto protetto a norma del diritto d'autore*". Ne consegue che il solo fatto che ci si trovi in presenza della comunicazione al pubblico di un oggetto protetto a norma del diritto d'autore non è sufficiente ad integrare una violazione dello stesso, laddove una siffatta interpretazione provocherebbe la compressione di un altro diritto, al di fuori del "giusto equilibrio" predicato dalla Direttiva Infosoc. In tali circostanze, ci si troverebbe di fatto in presenza di un esercizio abusivo del diritto d'autore, perché irrispettoso dei limiti interni ("utilità sociale" o "interesse

---

[254] CGUE, 12 novembre 2002, C-206/1, Arsenal Football Club p.l.c. e Matthew Reed, cit., punto 42 e 51.

[255] Secondo la giurisprudenza costante della Corte, la nozione di «comunicazione al pubblico» consta di due elementi cumulativi, vale a dire a) un atto di comunicazione di un'opera e b) la comunicazione di quest'ultima al pubblico. Cfr. CGUE, 31 maggio 2016, C-117/15, Reha Training, EU:C:2016:379, punto 37 e Id., 19 dicembre 2019, C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers, EU:C:2019:1111, punto 61 e giurisprudenza ivi citata. Come risulta altresì da tale giurisprudenza, in primo luogo, è idoneo a costituire un atto di comunicazione "*qualsiasi atto con il quale un utilizzatore, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, dia accesso a opere protette*". Cfr. CGUE, 14 giugno 2017, C-610/15, Stichting Brein, EU:C:2017:456, punto 26. La nozione di «pubblico» riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole: cfr. CGUE, 15 marzo 2012, C-135/10, SCF, EU:C:2012:140, punto 84; Id., 31 maggio 2016, cit., punto 41, e Id., 29 novembre 2017, C-265/16, VCAST, EU:C:2017:913, punto 45. La Corte ha sottolineato, riguardo al carattere indeterminato dei destinatari potenziali, che si tratta di rendere un'opera percepibile in modo adeguato dalla gente in generale, vale a dire senza limitazioni ad individui specifici appartenenti ad un gruppo privato. Cfr. CGUE, 15 marzo 2012, cit., punto 85, Id., 31 maggio 2016, cit., punto 42.

[256] CGUE, 28 ottobre 2020, C-637/19, BY (Preuve photographique), ECLI:EU:C:2020:863, punto 31.

generale") ed esterni (convivenza con altri diritti fondamentali) ad esso posti dall'ordinamento.

Viene dunque a delinearsi un *fil rouge* tra la giurisprudenza europea e quella nazionale, in forza del quale entrambe, in continuità, richiamano l'importanza del bilanciamento tra diritti, quale strumento per limitare applicazioni distorte dei diritto d'autore a danno degli utenti delle opere protette.

I "*principi fondamentali del diritto europeo*", come i diritti costituzionali nell'ordinamento interno, e l'"*interesse generale*" come l'"*utilità sociale*" dell'art. 42 Cost. si ergono a limiti esterni del diritto d'autore.

3.3. *Il* three-step-test *come porta di ingresso del "pubblico interesse" al pubblico dominio*

Esaminati i limiti al diritto d'autore derivanti dall'interpretazione costituzionalmente orientata delle facoltà concesse al titolare del diritto, ci soffermeremo ora sulle eccezioni e limitazioni previste espressamente dalla legge.

I casi di esclusione dalla tutela di diritto d'autore riconosciuti dalla Convenzione di Berna sono due. Uno di carattere obbligatorio concerne le "*notizie del giorno*" o i "*fatti di cronaca che abbiano carattere di semplici informazioni di stampa*" (art. 2 n. 8). L'altro, facoltativo, è lasciato alla libera determinazione degli Stati aderenti e riguarda i "*testi ufficiali d'ordine legislativo, amministrativo e giudiziario, come anche le traduzioni ufficiali di questi testi*" (art. 2 n. 4).

La Convenzione di Berna individua però il regime di protezione cui i Paesi dell'Unione sottopongono gli autori stranieri (art. 5 della convenzione) e non trova quindi applicazione in relazione a fattispecie che non presentino elementi di estraneità e si esauriscono sul piano del mero diritto interno [257].Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore stabilite dal legislatore europeo possono essere classificate in quattro differenti categorie a seconda della natura, ovvero del tipo di interesse che proteggono [258]:

a) diritti fondamentali (come, ad esempio, l'eccezione per fini di critica e citazione (v. par. 5.1);

b) diritto della concorrenza (come, ad esempio, l'eccezione di decompilazione [259] o la *essential facility doctrine*, a riguardo si rinvia al cap. 3 par. 4);

---

[257] TAR Lazio, 12 aprile 2021, n. 4260. La non applicabilità al diritto interno della Convenzione di Berna è stata affermata anche da App. Roma, 12 giugno 2019, n. 3931.

[258] GUIBAULT L., *Copyright limitations and contracts – An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Kluwer Law International, L'Aia, 2002.

[259] L'art. 64 *ter*, co. 3, l.a., prevede che "*Chi ha il diritto di usare una copia del programma per elaboratore può, senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, osservare, studiare o sottoporre a prova il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee ed i princìpi su cui è basato ogni elemento del programma stesso, qualora egli compia tali atti durante operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che egli ha il diritto di eseguire*". Ai sensi del successivo art. 64 *quater*, l'attività di analisi è altresì consentita quando sia indispensabile ad ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità con altri programmi, sempre che le informazioni

c) l'interesse generale alla diffusione del sapere e della conoscenza (come la riproduzione per finalità illustrative per fini di insegnamento e ricerca [260)];

d) fallimenti di mercato (come, per esempio, la copia privata [261)].

Tra queste, la categoria *sub* lett. b), a differenza delle altre, integra un limite esterno, ovvero posto da una disciplina altra rispetto al diritto d'autore stesso (nella specie, quella antitrust).

Le eccezioni al diritto d'autore [262], a livello internazionale, sono inquadrate all'interno del c.d. *three step test*, formulato per la prima volta nella Convenzione di Berna [263], art. 9(2), e successivamente adottato da tutti i maggiori trattati internazionali in materia, dai TRIPs (art. 13) [264] al WCT (art. 10) al WPPT (Wipo Performances and Phonograms Treaty –, all'art. 16.2) [265].

---

non vengano utilizzate per "*fini diversi dal conseguimento dell'interoperabilità del programma creato autonomamente*" e che esse non vengano sfruttate "*per lo sviluppo, la produzione o la commercializzazione di un programma sostanzialmente simile nella sua forma espressiva*". Cfr. Trib. Milano, 1 agosto 2016, confermata da App. Milano, 16 aprile 2018, Dir. inf., 2018, 2, 295, che ha escluso l'applicazione della scriminante all'applicazione Nearby, realizzata dal gruppo Facebook a mezzo di una attività di analisi del programma anteriore altrui Faround, il cui prototipo era stato messo a disposizione di Facebook nell'ambito di un accordo tra le parti.

[260] In questo caso trova applicazione l'art. 70 l.a.. V. par. 5.1.

[261] In alcuni casi è previsto un diritto a compenso, disciplinato dagli art. 71 *sexies* e 71 *octies* l.a.. Ad esempio, l'art. 71 *sexies* consente la libera riproduzione privata per uso personale e senza scopo di lucro di una copia di un'opera audiovisiva senza necessità di versare alcun ulteriore prezzo. La legge prevede – con gli artt. 71 *septies* e 71 *octies* – il versamento di un compenso, da parte della SIAE e per il tramite delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative, con valenza indennitaria in favore del titolare dei diritti, in ragione della mancata possibilità di pieno sfruttamento dei diritti esclusivi ad esso spettanti. Cfr. Cass. civ., sez. I, 19 giugno 2013, n. 15402, Dir. aut., 2014, 1, 185. L'uso dello strumento è legittimato dalla Dir. 2001/29 e, su di esso, si è pronunziata la CGUE, 21 ottobre 2010, C-467/08, Padawan SL v. SGAE, ECLI:EU:C:2010:620, che ha sancito un limite di proporzionalità alla discrezionalità del regolatore nazionale (la tassa deve essere ragionevolmente commisurata al probabile uso tipico dello strumento venduto, al fine di realizzare copie private)), ribadita da CGUE, 16 giugno 2011, C-462/09, Stichting de Thuiskopie, ECLI:EU:C:2011:397, Giur. comm., 2011, II, 1284, con nota di COLANGELO G., *Copia privata ed equo compenso per gli autori alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*. Sul tema si veda in dottrina SARTI D., *Copia privata e diritto d'autore*, Quaderni di AIDA, 1992, 52 e ID., *Copia privata e apprendisti stregoni*, Quaderni di AIDA, I, 2014, 410; SPADA P., *Copia privata ed opere sotto chiave*, Riv. dir. ind., 2002, 591 ss.; DE SANCTIS V.M., *La copia privata nel d.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, Dir. aut., 2004, 127 ss.; SPOLIDORO M.S., *Le eccezioni e le limitazioni*, Quaderni di AIDA, 2007, 206; BONELLI G., *Diritto di riproduzione, misure tecniche di protezione e copia privata*, Dir. aut., 2010, 183; ALVANINI S., *Misure tecnologiche di protezione e copia privata*, Dir. aut., 2009, 586 ss.

[262] Per una ricostruzione di dettaglio del sistema legislativo rilevante per la disciplina delle libere utilizzazioni al diritto d'autore UE si veda MEZZANOTTE F., *Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE*, Quaderni di AIDA, 2016, 480 ss.

[263] In particolare, esso è stato formulato, limitatamente al diritto di riproduzione, nell'ambito delle revizioni introdotte dalla Conferenza di Stoccolma del 1967. Per un approfondimento sulle varie proposte di *wording* che hanno preceduto il testo attuale si veda SENFTLEBEN M., *Copyright, limitations and the Three Step-Test, An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law Int., L'Aia, 2004, 50 ss.

[264] "*Contracting parties shall confine any limitations or exceptions to exclusive rights […] to clearly and carefully define special cases which do not impair an actual or potential market for or the value of a protected work*".

[265] Cfr. RICKETSON S., *Wipo Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights*, 5 aprile 2003, SCCR/9/7, 65. Mentre però nella Convenzione di Berna il Test trovava applicazione solo

Alcuni paesi, tra cui l'Italia, ne hanno trasposto il contenuto nel diritto interno [266] e così ha fatto anche la Direttiva Infosoc all'art. 5.5 [267].

Il *three step test* si configura come uno standard che definisce i criteri di legittimità delle libere utilizzazioni di materiale coperto da diritto d'autore [268]. In particolare, prevede che un utilizzo di opera altrui, protetta da diritto d'autore, sia legittimo qualora sussistano le seguenti condizioni cumulative:

i) le limitazioni ed eccezioni applicate riguardino casi specifici e circoscritti [269];
ii) non confliggano con il normale sfruttamento dell'opera [270] e
iii) non generino un pregiudizio ai danni dei legittimi interessi dell'autore [271].

Il terzo step è stato interpretato nel senso di dare ingresso a valutazioni di pubblico interesse che possano costituire "giustificazioni" per l'operare dell'eccezione. I diritti umani offrono il quadro teleologico entro cui si deve muovere la valutazione del pubblico interesse e quindi l'interpretazione delle eccezioni al diritto d'autore. I

---

nel caso di diritto di riproduzione, col WCT esso viene a riguardare anche i diritti di distribuzione, noleggio, comunicazione e messa a disposizione del pubblico, fino a venir esteso dai TRIPs a tutti i diritti di esclusiva previsti. Cfr. XALABARDER R., *Study on copyright limitations and exceptions for educational activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia, and Israel*, 5 novembre 2009, SCCR/19/8.

[266] Si veda in particolare l'art. 71 *nonies* l.a., a norma della quale "*Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari*". I limiti imposti dal *Three-step test* confuiscono inoltre nell'art. 71 *sexies*, co. 4, in materia di eccezione per copia privata: "*Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti.*"

[267] "*Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare*".

[268] Per un'analisi approfondita di tale strumento a livello europeo ed internazionale si veda SENFTLEBEN M., *Copyright, Limitations, and the Three-Step Test*, cit.; COHEN JEHORAM H., *Restrictions on Copyright and their Abuse*, EIPR, 2005, 359; GINSBURG J., *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions*, RIDA, 2001, 17.

[269] La previsione impone un requisito di certezza ed uno di specialità. Con il primo, si chiede che i casi di libera utilizzazione abbiano confini quanto più definiti possibile. Con il secondo, invece, si intende, in senso quantitativo, che in ciascuna eccezione possano essere ricomprese solo un numero limitato di ipotesi speciali e, in senso qualitativo, che ciascuna ipotesi abbia un carattere individuale ed indiviadualizzante, con caratteristiche speciali sue proprie. Cfr. SENFTLEBEN M., *op. cit.*, 137.

[270] Come tale si intende un utilizzo naturale dell'opera, non deviante rispetto allo standard comune. Cfr. SENFTLEBEN M., *op. cit.*, 168.

[271] Si inserisce nell'ottica del generale principio di proporzionalità che prevede che un diritto possa essere compresso solo nel limite di quanto strettamente necessario e solo per finalità meritevoli di tutela. Cfr. DI LAZZARO, *Fenomenologia del Three-Step Test: evoluzione sistematic dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le limitazioni ed eccezioni nei sistemi "chiusi", cenni comparativi con il fair use e valutazioni sull'applicazione di sistemi complementari*, Riv. dir. ind., 2019, 57.

principi desumibili dai diritti umani informano pertanto la determinazione della corretta portata di tali eccezioni.

Il riconoscimento del pubblico dominio come interesse pubblico e la sua copertura costituzionale come diritto fondamentale (v. cap. 2, par. 8 ss.), da bilanciarsi con i diritti di proprietà intellettuale, impone dunque l'operare di eccezioni che aumentino le possibilità di accesso/godimento e riutilizzo, finalizzato alla partecipazione alla vita culturale della comunità.

Il *Three Step Test* si configura, pertanto, come un giudizio di bilanciamento e proporzionalità tra diritto d'esclusiva da un lato ed eccezioni fondate sul pubblico interesse dall'altro, che il legislatore è chiamato a porre in essere nel vagliare l'introduzione di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.

3.4. *Il sistema europeo delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore: il principio di tassatività*

Mentre i sistemi di *common law* hanno sviluppato un proprio standard aperto indipendente [272], che delinea l'area entro la quale ogni singolo individuo può utilizzare liberamente un'opera (il c.d. "Fair use") [273], nei sistemi di *civil law*, il *three step test* è stato affiancato da un sistema chiuso di limitazioni ed eccezioni tassative.

La Direttiva Infosoc, che elenca tra i propri obiettivi quello di armonizzare le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore con particolare attenzione all'ambiente elettronico (considerando 31) [274], pone all'art. 5 una lista tassativa [275] di ventuno possibili eccezioni e limitazioni al diritto d'autore. In tale contesto, non è consentito agli Stati membri di introdurre deroghe ai diritti esclusivi dell'autore, al di fuori delle

---

[272] In questi termini si è espressa la camera arbitrale del WTO su ricorso promosso dalla Francia, che chiedeva l'applicazione del *three step* test anche agli Stati Uniti. Il lodo ha ritenuto implicito nel drafting dei TRIPs, in forza del principio di irretroattività della legge, che l'istituto non trovi applicazione agli Stati Uniti (oltre che a Canada e Australia).

[273] Esso si compone di quattro condizioni non necessariamente cumulative, bensì liberamente bilanciabili e valutabili dal giudice, stabilite in sede giurisprudenziale nel celebre caso *Folsom c. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass.), 1841 e poi codificate dallo US Copyright Act sec. 107: a) il fine e la tipologia di utilizzo, compreso il fatto che si tratti di fine commerciale o educativo; b) la natura dell'opera protetta da copyright; c) la quantità e la consistenza della porzione utilizzata, valutata in relazione all'opera nella sua interezza; d) gli effetti del suo utilizzo sul potenziale mercato dell'opera protetta o sul suo valore.

[274] "*Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno*".

[275] V. CGUE, 16 novembre 2016, C-301/15, Soulier e Doke, EU:C:2016:878, punto 34, e Id., 7 agosto 2018, C-161/17, Renckhoff, EU:C:2018:634, punto 16.

suddette eccezioni[276]. Ciò "*minaccerebbe l'effettività dell'armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi realizzata da detta direttiva, nonché l'obiettivo di certezza del diritto perseguito da quest'ultima*" [277].

Salva una sola previsione riguardante le copie temporanee (art. 5, co. 1)[278], a carattere obbligatorio, essa demanda agli Stati Membri la libertà di stabilire a quali dare ingresso nel proprio ordinamento interno. Il legislatore italiano ha mostrato una tendenza a restringerne il recepimento a differenza di altri ordinamenti europei (tra cui Germania e Francia)[279], che hanno manifestano una maggiore propensione all'estensione delle eccezioni. Ciò ha comportato il sorgere di trattamenti normativi divergenti tra i vari Stati membri, alla base della recente riforma del diritto d'autore europeo promosso dalla Dir. 2019/790 (v. par. 3.6).

Dalla tassatività dell'elencazione deriva che, fatte salve tali eccezioni e limitazioni previste, "*qualsivoglia utilizzazione di un'opera effettuata da un terzo in assenza di un previo consenso deve essere considerata lesiva dei diritti dell'autore di detta opera*" [280].

L'elenco è il risultato di uno studio volto a recepire a livello europeo tutte le tradizioni socio-culturali degli Stati in materia di libere utilizzazioni e comprende, in relazione al diritto di riproduzione (art. 2), cinque ipotesi facoltative (art. 5.2):

a) riproduzione su carta o su supporto simile, mediante l'uso di qualsivoglia tipo di tecnica fotografica o altro procedimento analogo, nel caso in cui ai titolari venga corriposto un equo compenso;

---

[276] CGUE, 29 luglio 2019, C-476/17, Pelham, cit., punto 65, secondo cui "*uno Stato membro non può prevedere, nel proprio diritto nazionale, un'eccezione o una limitazione … diversa da quelle previste dall'articolo 5 di tale direttiva*".

[277] Cfr. CGUE, 13 febbraio 2014, C-466/12, Svensson e a., EU:C:2014:76, punti 34 e 35. Infatti, dal considerando 31 Dir. risulta espressamente che le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti avevano effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi, e che l'elenco delle eccezioni e delle limitazioni di cui all'art. 5 Dir. mirava quindi a garantire tale funzionamento. Inoltre, come emerge dal considerando 32 Dir., gli Stati membri sono tenuti ad applicare in modo coerente tali eccezioni e limitazioni, esigenza che non potrebbe essere garantita se gli Stati membri fossero liberi di prevedere eccezioni e limitazioni al di fuori di quelle espressamente previste dalla Direttiva. V., in tal senso, CGUE, 12 novembre 2015, C-572/13, Hewlett-Packard Belgium, EU:C:2015:750, punti 38 e 39.

[278] Resta obbligatoria, ai sensi dell'art. 5.1 Dir., l'esenzione dal diritto di riproduzione per gli atti di riproduzione temporanea privi di un proprio rilievo economico, che siano transitori ed accessori e che siano parte integrante e sostanziale di un procedimento tecnologico, siano eseguiti per trasmettere in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario ed infine, siano riferibili ad un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali. È il caso ad esempio delle copie sullo schermo e su cache di computer realizzate durante la consultazione di siti internet oppure degli atti di riproduzione effettuati nella memoria di un decodificatore satellitare su uno schermo televisivo. Cfr. rispettivamente CGUE, 5 giugno 2014, C-360/13, Public Relations Consultants Association Ltd c. Newspaper Licensing Agency Ltd et al., ECLI:EU:C:2014:1195, AIDA, 2014, 1591/2; Id., 4 ottobre 2011, C-403/08 e C-429/081, cit. È altresì obbligatoria l'eccezione contemplata dall'art. 6 Dir. 2012/28/UE su taluni utilizzi consentiti di opere orfane.

[279] Per la situazione specifica di Germania, Francia, cfr. GATT L., *Le utilizzazioni libere: di opere d'arte*, Quaderni di AIDA, 2002, 194 ss.

[280] CGUE, 16 novembre 2016, *Soulier e Doke*, C-301/15, EU:C:2016:878, punto 34 e giurisprudenza ivi citata.

b) riproduzione di ogni genere per fini privati e senza alcun fine commerciale, a condizione che il titolare dei diritti riceva un equo compenso [281];

c) atti di riproduzione effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non abbiano lo scopo di trarre vantaggi economici commerciali diretti o indiretti (v. par. 3.5) [282];

d) registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con propri mezzi e per le proprie emissioni;

e) riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano scopi non commerciali, a condizione che ai titolari venga riconosciuto un equo compenso.

L'art. 5.3 prosegue disponendo quindici limitazioni ed eccezioni facoltative al diritto di riproduzione (art. 2) o di comunicazione al pubblico (art. 3) (v. par. 3.1), nei seguenti casi:

---

[281] L'equo compenso è considerato nella nostra tradizione istituto a carattere sostanzialmente retributivo, volto a compensare i titolari dei diritti a fronte di utilizzazioni da essi non effettivamente controllabili e per le quali, dunque, la forma di tutela più efficace appare garantita non già dal tradizionale *ius excludendi alios*, bensì da un sistema di *liability rules*. Cfr. in chiave gius-economica GORDON W.J., *Fair Use as a Market Failure: A structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, Columbia Law Rev., 1982, 82, 1600; RICOLFI M., *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, Quaderni di AIDA, 1992, 1, 59, 71; GALLETTI D., *Le utilizzazioni libere: copia privata*, Quaderni di AIDA, 2002, 152 ss. Sulla natura remunerativa, anziché risarcitoria, dell'equo compenso si vedano PAGLIETTI C., *L'equo compenso e la copia privata nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Nuova giur. civ. comm., 2011, 11, I, 1101 ss. e OTTOLIA A., nota a Corte di Giustizia UE, 21 ottobre 2010, C-467/08, Padawan SL c. SGAE, Quaderni di AIDA, 2011, 1386. Il tema si ricollega a sua volta al dibattito sulla configurabilità dell'atto di copia come illecito, oggetto di un mero *agere ligere*, oppure come diritto soggettivo. Nella prima direzione, cfr. SPOLIDORO M.S., *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., 179 ss., 203 ss.; DE SANCTIS V.M., *La copia privata*, cit., 115 ss., 122 e ID., *"No Copyright"? Una risposta e un commento*, Dir. aut., 2006, 92 ss. La seconda impostazione è invece seguita da SPADA P., *Copia privata*, cit., 591 ss., 593 ss.; ANGELICCHIO G., *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, Quaderni di AIDA, 2005, 569 ss., 576; PENNISI R., *Gli utilizzatori*, Quaderni di AIDA, 2005, 181 ss. L'ordinamento tedesco, con l'emanazione dell'Urheberrechtsgesetz del 1965, è stato il primo ad adottare un sistema di prelievo nei confronti di imprese operanti nel mercato degli apparecchi di registrazione, così da far loro partecipare delle esternalità positive, in termini di innalzamento del livello della domanda sul mercato, generate dall'immissione in commercio dei propri prodotti. Sul punto si veda MEZZANOTTE F., *Le "eccezioni e limitazioni"*, cit., 315, che analizza la giurisprudenza tedesca rilevante. Sulle dinamiche transfrontaliere di riscossione del compenso si veda CGUE, 16 giugno 2011, C-462/09, Stihiting de Tuiskopie c. Opus Suplies Deutschland GmbH ed altri, Quaderni di AIDA, 2012, 1457; Giur. it., 2012, 829 ss., con nota di COGO A., *Copia privata e commercio transfrontaliero di supporti di registrazione* e in Giur. Comm., 2011, II, 1288, con nota di COLAGELO G., *Copia privata ed equo*, cit.

[282] La norma attuativa italiana (art. 68, co. 2, l.a.) ha ridotto l'ambito di applicazione della norma comunitaria liberalizzando la sola "fotocopia", e non genericamente gli "atti di riproduzione". Le istituzioni museali pertanto non sono titolari del diritto di riproduzione digitale dell'opera d'arte medesima. Il legislatore italiano pare così aver sostanzialmente esteso il consolidato orientamento restrittivo di dottrina e giurisprudenza che non riconosce ai musei neppure il diritto di riproduzione fotografica dell'opera posseduta e/o esposta. Cfr. Cass., 19 dicembre 1996, n. 11343, secondo cui l'alienazione di un'opera d'arte figurativa non comporta di per sé la cessione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera tra i quali il diritto di riproduzione. *Contra*, App. Roma, 13 maggio 1991, Foro it., 1961, I, c. 1017 con nota di FABIANI.

a) allorché l'utilizzo abbia esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito [283];

b) quando si tratti di un utilizzo a favore di portatori di handicap, sempreché l'utilizzo sia collegato all'handicap, non abbia carattere commerciale e si limiti a quanto richiesto dal particolare handicap;

c) nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore [284];

d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico (v. par. 5.1);

e) allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario [285];

---

[283] Sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore. Il Considerando 42, da un lato, conferma che gli scopi di insegnamento e ricerca scientifica includono l'insegnamento a distanza, sia di tipo analogico (scuole per corrispondenza, basate sull'utilizzo di materiale cartaceo e/o audio-video così inviato), sia *e-learning*, dunque basato su tecnologie digitali ed informatiche, dall'altro chiarisce che la natura non commerciale deve essere determinata dall'attività in quanto tale, non essendo decisivi a tal riguardo fattori quali la struttura organizzativa e i mezzi di finanziamento.

[284] La disposizione è sostanzialmente sovrapponibile, anche nella sua formulazione letterale, all'art. 65, co. 1, l.a., novellato con d.lgs. n. 68/2003 in attuazione della Dir. 29/2001, secondo cui "*Gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato*". L'art. 32 del d.l. n. 262/2006 prevedeva l'inserzione, nell'art. 65, dell'obbligo di corrispondere un compenso agli editori per le opere da cui i suddetti articoli sono tratti a carico dei soggetti che realizzano la riproduzione. Tale previsione fu tuttavia soppressa in sede di conversione ad opera della legge n. 286/2006: segno questo dell'intenzione del legislatore di mantenere del tutto libera (e quindi senza compenso alcuno) l'attività di riproduzione degli articoli di attualità al fine di una più ampia possibile circolazione delle informazioni. Tale possibilità è stata da ultimo ristretta dalla Dir. 790/2019, il cui art. 15 ha introdotto misure di "Protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online". V. par. 3.6..

[285] La Dir. 29/2001 non indica la portata applicativa della disposizione, per cui gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale. Essi sono tuttavia tenuti ad esercitarlo nel rispetto del principio di proporzionalità, secondo cui le misure adottate dagli stati non debbono andare oltre a quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito e non devono compromettere lo scopo principale della direttiva, d'instaurare un alto livello di protezione degli autori. Per queste ragioni, la Corte di Giustizia ha escluso che una casa editrice possa pubblicare la fotografia di una persona ricercata, protetta dal diritto d'autore, invocando uno scopo di pubblica sicurezza. Quand'anche la pubblicazione contribuisca

f) quando si tratti di allocuzioni politiche o di estratti di conferenze aperte al pubblico o di opere simili o materiali protetti, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore [286];

g) quando si tratti di un utilizzo durante cerimonie religiose o cerimonie ufficiali organizzate da un'autorità pubblica;

h) quando si utilizzino opere, quali opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici [287] (v. cap. 5, par. 3.7);

i) in caso di inclusione occasionale di opere o materiali di altro tipo in altri materiali [288];

j) quando l'utilizzo avvenga per pubblicizzare un'esposizione al pubblico o una vendita di opere d'arte, nella misura in cui ciò sia necessario alla promozione dell'avvenimento, escludendo qualsiasi altro uso commerciale [289];

k) quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o *pastiche* (v. par. 5.2);

l) quando si tratti di utilizzo collegato a dimostrazioni o riparazioni di attrezzature [290];

---

in singoli casi al conseguimento di questo scopo, quest'iniziativa deve tuttavia inquadrarsi nel contesto di una decisione adottata o di un'azione condotta o presa in accordo e coordinamento con le autorità nazionali competenti. V. CGUE, 1 dicembre 2011, C-145/10, Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri, ECLI:EU:C:2011:798, AIDA, 2012, 1463/4; Dir. Inf., 2012, 212-219, con nota DI MATTIA M., *Cronaca giudiziaria e diritti d'autore sull'opera fotografica di fronte alla Corte di giustizia*; Giur. It., 2012, 2563-2569, con nota di MEZZETTI C.E., *Il caso Painer: una rivoluzione copernicana per la tutela della fotografia in Italia?*. Per un commento, si vedano anche ROTH H.-P., *Urheberrecht: Schutz von Portraitfotografien*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, 189-190; COSTES L., *Utilisation d'une photographie de portrait comme modèle pour établir un portrait-robot: l'analyse de la CJUE*, Droit de l'immatériel, 2012, 78, 14-15.

[286] La disposizione è ripresa dall'art. 66 l.a., secondo cui "*I discorsi su argomenti di interesse politico o amministrativo tenuti in pubbliche assemblee o comunque in pubblico, nonché gli estratti di conferenze aperte al pubblico, possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico, nei limiti giustificati dallo scopo informativo, nelle riviste o nei giornali anche radiotelevisivi o telematici, purché indichino la fonte, il nome dell'autore, la data e il luogo in cui il discorso fu tenuto*". In argomento, si veda Trib. Torino, 5 maggio 2017, n. 2364, che ha condannato il quotidiano La Stampa per la pubblicazione del testo inedito dell'ultima lezione di giornalismo tenuta da Indro Montanelli all'Università di Torino il 12 maggio 1997. Pur operando nell'ambito dello scopo informativo, infatti, la convenuta aveva ecceduto i limiti previsti dall'art. 66, non limitandosi alla pubblicazione di "estratti".

[287] L'utilizzo di opere di Street Art in quanto realizzate in un contesto pubblico ricade sotto la portata di tale eccezione. Il legislatore italiano, tuttavia, con l'adozione del d.lgs. n. 68/2003 attuativo della Dir. 2001/29, non ha introdotto la suddetta eccezione, così come quelle contemplate alle lettere j) ed m). Cfr. BENATTI F., *La Street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà*, Giur. comm., 2017, 5, 781.

[288] MARGONI T., *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, Giur. it., 2011, 8-9, 1959 ss., segnala come manchi a livello definitorio un parametro per stabilire la volontarietà o meno di tale inclusione.

[289] In merito al recepimento di questa norma negli ordinamenti tedesco e francese, e alle reazioni del Regno Unito a seguito dell'adozione della dir. 2001/29, cfr. GATT L., *Le utilizzazioni libere*, cit., 194 ss.

[290] PC, *tablets*, computer palmari, esposti in negozi e rivendite e riproducenti opere audio-visuali allo scopo di dimostrare il funzionamento di detta apparecchiatura rientrano in tale previsione.

m) quando si utilizzi un'opera d'arte consistente in un edificio o un disegno o il progetto di un edificio con lo scopo di ricostruire quest'ultimo [291];

n) quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali di biblioteche o istituti di istruzione, di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza (v. par. 3.5) [292];

o) quando l'utilizzo avvenga in taluni altri casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni o limitazione, purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità, fatte salve le altre eccezioni e limitazioni contenute nel presente articolo.

Il co. 4 dell'art. 5 informa, che tutte le eccezioni previste ai co. 2 e 3 possono trovare applicazione anche rispetto al diritto di distribuzione come definito all'art. 4 Dir. 2009/24/CE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore [293]. Altre eccezioni sono poi previste agli art. 5 e 6 di tale Direttiva.

In particolare, l'art. 5, co. 1, dispone che gli atti di riproduzione di un programma per elaboratore *ex* art. 4 (atti quali la traduzione, adattamento, ed ogni altra forma di alterazione) non richiedono specifica autorizzazione nei casi in cui siano necessari per l'uso del programma da parte del legittimo acquirente, assenti previsioni contrattuali in senso contrario [294].

L'art. 5, co. 3 permette a chi abbia il diritto di usare una copia di un programma di osservare, studiare o testare il funzionamento del programma al fine di determinare le idee e i principi (ovviamente non protetti dal diritto d'autore), che stanno alla base di ogni elemento del programma, quando ciò sia fatto durante l'espletamento di attività quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione, o l'archiviazione del programma.

Ogni previsione contrattuale che proibisce tali attività deve considerarsi nulla di diritto [295].

---

[291] In argomento, cfr. MACARIO, *Le utilizzazioni libere: riparazioni e restauri*, Quaderni di AIDA, 2002, 219 ss.

[292] La norma è trasposta nell'ordinamento interno all'art. 71 *ter* l.a. ed è stata criticata dalla COMMISSIONE UE, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, Bruxelles, 9.12.2015 COM(2015) 626 final, p. 8, nella misura in cui limita la sua portata ad apparati "*presenti nelle sedi fisiche delle biblioteche, senza tener conto della possibilità che oggi offre la tecnologia di consultare le opere a distanza*", tramite internet mediante reti telematiche ad accesso aperto o condizionato. Sul punto cfr. CORASANITI G., *Diritti d'autore e prospettiva sociale: quali opportunità per le biblioteche*, Dir. inf., 2008, 2, 129.

[293] Sostitutiva della precedente Dir. 91/250/CE.

[294] Alla luce di quanto chiaramente indicato dal Considerando 18, non tutti gli atti *ex* art. 4 possono essere limitati contrattualmente. In particolare, atti quali il caricamento e l'esecuzione del programma, assieme alla correzione degli errori, non possono essere vietati *ex contractu*. Il secondo comma stabilisce, inoltre, la nullità assoluta di qualunque previsione contrattuale orientata ad impedire la creazione di una copia di sicurezza (copia di back-up) da parte di chi abbia il diritto di usare il programma, quando essa sia necessaria per lo stesso utilizzo del programma.

[295] Cfr. art. 9, co. 1, secondo periodo.

L'art. 6 introduce l'eccezione di "decompilazione" a fini di interoperabilità. L'autorizzazione del titolare dei diritti non è necessaria quando la riproduzione del codice e la sua traduzione siano indispensabili per ottenere informazioni necessarie per raggiungere l'interoperabilità di un programma per elaboratore indipendentemente creato con altri programmi. A seguire, l'art. 6 indica le condizioni necessarie affinché ci si possa giovare di tale eccezione [296].

La Dir. 96/9/EC sulla protezione delle banche dati introduce all'art. 6 le eccezioni al diritto d'autore relativo alle banche dati, mentre all'art. 9 sono elencate le eccezioni e limitazioni che si applicano al diritto *sui generis* (per la distinzione tra i due sistemi si veda *sub* cap. 3, par. 3.6 e ss.).

L'art. 6 è suddiviso in tre sezioni. Al primo comma, reca l'unica eccezione cui gli Stati Membri sono tenuti a dare attuazione. Essa prevede che all'utente legittimo di una banca dati non potrà essere vietato nessuno degli atti consegnati all'esclusiva dell'autore, qualora tali attività siano necessarie per accedere ai contenuti della banca ed ad un normale utilizzo della stessa.

Al secondo comma, oltre alla esclusione dell'operatività della eccezione per copia privata nel caso di banche dati elettroniche (che risulta dunque ammessa solo per quelle analogiche), vengono elencate una serie di circostanze rispetto alle quali i legislatori nazionali godono di una certa discrezionalità nel momento della trasposizione in diritto interno. Esse riguardano:

– gli usi per fini di illustrazione per scopi di insegnamento o ricerca scientifica, a condizione che sia indicata la fonte e nella misura giustificata dallo scopo non commerciale perseguito (lett. b);

– gli usi connessi a questioni di pubblica sicurezza o procedimenti amministrativi o giudiziali (lett. c);

– ed infine, i casi in cui sono previste altre eccezioni al diritto d'autore che sono tradizionalmente autorizzate dalla legislazione nazionale.

Al terzo comma è presente – in analogia alla Direttiva Software – il riferimento al Three Step Test.

L'art. 9, trattando del diritto *sui generis*, assume un approccio molto restrittivo, individuando solo un numero ridotto di limitazioni ammesse, concernenti i casi in cui l'estrazione di parti sostanziali della banca dati avvenga:

i) per fini privati (ma solo nel caso di una banca dati non elettronica),

---

[296] a) tali atti devono essere realizzati da chi abbia il diritto di utilizzare una copia del programma o da persona da questi autorizzata; b) le informazioni così ottenute non debbono essere già facilmente disponibili ai soggetti indicati al punto precedente; c) riproduzione e traduzione *ex* art. 4 debbono essere limitate alle parti del programma originale necessarie al raggiungimento dell'interoperabilità. Il co. 2, ribadisce, elencando altre tre circostanze, che l'attività di decompilazione per giovarsi della relativa eccezione, deve essere strettamente collegata al raggiungimento dell'interoperabilità di un programma indipendente creato. Il terzo e ultimo comma dell'art. 6 ricorda, rinviando al *three step test*, come l'eccezione vada interpretata in maniera tale che non pregiudichi irragionevolmente i legittimi interessi del detentore dei diritti, o che non contrasti con il normale sfruttamento del programma per elaboratore. Per le norme di attuazione di tale eccezione nel diritto italiano cfr. nota 259.

ii) nei casi di illustrazione per insegnamento o ricerca scientifica (alle condizioni già viste per casi simili [297]);

iii) oppure allorché l'estrazione o riutilizzazione avvenga per questioni di pubblica sicurezza, o nel corso di procedure amministrative o giudiziali.

Sia la Direttiva Software, sia la Direttiva Banche Dati costituiscono un sistema autonomo e autoreferenziale rispetto alla Direttiva Infosoc, con la conseguenza che le eccezioni previste da quest'ultima non trovano estensione alle direttive di *lex specialis* [298].

A completare il quadro, non deve trascurarsi la possibilità di escludere o ridimensionare l'operatività di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore attraverso lo strumento contrattuale. Si tratta di un campo di analisi non di poco rilievo, in quanto, nei limiti entro cui detta possibilità è ammessa, lo scenario sinora tratteggiato può risultare significativamente alterato. Il legislatore europeo è intervenuto, dettando le circostanze nelle quali accordi contrattuali in violazione delle eccezioni debbano considerarsi nulli, solo in alcune delle direttive qui esaminate (Direttiva Software e Database), mentre non ha affrontato il tema nella Direttiva Infosoc [299]. In quest'opera, il tema della derogabilità convenzionale del diritto sarà affrontato per cenni *sub* par. 4.

3.4.1. *La portata delle eccezioni e limitazioni tra interpretazioni restrittive ed estensive*

Secondo la giurisprudenza e la dottrina europea e nazionale, storicamente, le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore sono da interpretarsi restrittivamente [300]. Dai considerando 4 [301], 9 [302] e 10 [303] della Direttiva discende, infatti, che quest'ultima

---

[297] Ovvero citazione della fonte e solo nella misura giustificata dallo scopo non commerciale.

[298] BECHTOLD S., *Comment on Directive 2001/29/EC*, in DREIER T., HUGENHOLTZ P.B. (ed.), *Concise on European Copyright Law*, Kluwer Law Int., Alphen aan den Rijn, 2006, 370.

[299] Il Considerando 45 si limita a stabilire come eccezioni e limitazioni non debbano impedire la definizione di relazioni contrattuali intese ad assicurare un equo compenso in favore dei detentori dei diritti nella misura ammessa dalla legge nazionale. Si è rilevato che la norma non stabilirebbe affatto la derogabilità di eccezioni e limitazioni, bensì ammetterebbe la soluzione intermedia basata sull'equo compenso.

[300] Cass. civ., sez. I, 7 marzo 1997, n. 2089, cit., che nell'escludere l'applicazione dell'art. 70 l.a. all'inclusione in un'opera storico-enciclopedica di dischi riproducenti brani storici, letterari e musicali, per finalità meramente illustrative di altra opera (e senza scopi didattici, di critica o di discussione), ha sancito che "*l'art. 70 L.a. prevede forme eccezionali di libera utilizzazione economica, non suscettibili di estensione analogica*"; C. Cost., 6 aprile 1995, n. 108, cit., che osserva come "*a fronte degli interessi sia del pubblico degli utenti delle opere di cultura che degli operatori economici del settore, rilevano altresì gli interessi dell'autore di dette opere, ritenuti prioritari dal legislatore*"; Trib. Roma, 22 aprile 2008, AIDA, 2009, 1291/3. In dottrina, v. STOLFI N., *La proprietà intellettuale*, Vol. II., Utet, Torino, 2ª ed., 1915, 420 e GRECO P., VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 9 e 165. Per ulteriori citazioni di dottrina e giurisprudenza sul tema v. ANGELICCHIO G., *Spunti sistematici*, cit., 569-578.

[301] "*Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto ri-*

persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzazione delle loro opere [304].

Ne consegue che i diritti di riproduzione e comunicazione al pubblico devono essere intesi "*in senso ampio*" [305], i limiti a tali diritti "*devono costituire oggetto di un'interpretazione restrittiva, in quanto l'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva costituisce una deroga alla regola generale sancita dalla medesima che impone che il titolare dei diritti d'autore autorizzi qualsiasi riproduzione delle sue opere protette*" [306]. Peraltro, tale esigenza di un'ampia definizione dei diritti in questione, oltre ad essere enunciato dal considerando 23 [307], emerge altresì dal tenore letterale dell'art. 2 Dir., che impiega espressioni quali "*diretta o indiretta*", "*temporanea o permanente*" e "*in qualunque modo o forma*".

La stessa Corte di Giustizia UE, con la sentenza *Infopaq*, nel ritenere contraria al diritto d'autore europeo la riproduzione parziale di articoli di giornali non autorizzata (v. par. 3.6), ha affermato i seguenti principi:

– gli articoli di giornale, in quanto dotati di originalità, rappresentano la creazione intellettuale del loro autore e rientrano nell'ambito d'applicazione della direttiva 2001/29;

– il principio della necessità di un'autorizzazione del titolare del diritto d'autore per qualsiasi riproduzione di un'opera protetta costituisce principio generale sancito dalla Dir. 2001/29;

– una deroga a tale principio generale è sancita nei casi tassativi previsti dall'art. 5 Dir. 2001/29;

– "*le disposizioni di una direttiva che costituiscono deroghe a un principio generale sancito dalla direttiva medesima devono essere interpretate restrittivamente*" [308];

---

guarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro".

[302] "*Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà*".

[303] "*Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. Gli investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fonografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi quali i servizi su richiesta ("on-demand") sono considerevoli. È necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti*".

[304] CGUE, 16 luglio 2009, cit., punti 40-43.

[305] *Ibidem* e CGUE, 14 giugno 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, cit., punto 22 e giurisprudenza ivi citata.

[306] CGUE, 17 gennaio 2012, C-302/10, Infopaq, ECLI:EU:C:2012:164, 27 e Id., ottobre 2011, Football Association Premier League e a., cause riunite C-403/08 e C-429/08, cit., punto 162.

[307] "*Tale diritto deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine*".

[308] CGUE, 16 luglio 2009, Infopaq International, C-5/08, cit.

– l'art. 5, par. 5 Dir. richiede che "*le eccezioni e le limitazioni al diritto di riproduzione siano applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare di tale diritto*" [309].

Anche la nostra giurisprudenza ha espressamente giustificato l'esigenza di una interpretazione restrittiva delle eccezioni [310].

Il *three step test*, originariamente introdotto nella Convenzione di Berna come clausola di flessibilità del sistema [311], per temperare gli svantaggi in termini di rigidità ed inadeguatezza che una lista esaustiva di eccezioni al diritto d'autore avrebbe potuto causare [312] e fornire delle linee guida nel momento in cui si fosse deciso di creare nuove eccezioni o limitazioni per colmare le lacune emergenti alla luce dei prevedibili sviluppi tecnologici [313], ha finito invece per irrigidire ulteriormente le maglie delle libere utilizzazioni, operando come un baluardo ulteriore avverso l'interpretazione estensiva delle eccezioni, a tutela dei diritti dell'interessato [314].

Tanto è emerso in maniera chiara ed evidente allorché la Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, ha ritenuto in violazione dei diritti d'autore del sig. Renckhoff la pubblicazione di una sua fotografia sul sito internet di una scuola, che dava conto di un progetto redatto da un alunno nell'ambito di un laboratorio linguistico. La fotografia si trovava originariamente su un sito Internet dedicato ai viaggi, senza restrizioni atte a impedire all'alunno che venisse scaricata. Sotto la stessa, l'alunno aveva inserito un riferimento al sito di origine. Il ricorso veniva accolto in prima istanza ed il Land della Renania settentrionale-Vestfalia condannato a rimuovere la fotografia e a pagare una somma di euro 300, oltre interessi.

Dopo la conferma della sentenza in sede di appello, il Bundesgerichtshof sospendeva il procedimento domandando alla Corte di Giustizia se tale utilizzo costituisse una messa a disposizione del pubblico ai sensi della Direttiva.

---

[309] CGUE, 10 aprile 2014, ACI Adam BV, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254.

[310] Trib. Roma, sez. IX, 5 ottobre 2016, n. 18413, Dir. aut., 2016, 4, 631, secondo cui "*gli artt. 65 e ss. LdA rivestono carattere eccezionale e derogatorio rispetto al principio generale che riserva all'autore i diritti di sfruttamento economico della sua opera. Pertanto, tali disposizioni devono applicarsi solo ai casi espressamente previsti e sono legittime solo in quanto giustificate da interessi costituzionalmente garantiti di rango pari o superiore rispetto a quelli cui derogano*".

[311] DI LAZZARO F., cit., 72.

[312] V. RICKETSON S., GINSBURG J., *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, OUP, New York, 2006, 13.07.

[313] Così preve l'"*Agreed statement concerning Article 10*" del WCT: "*It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment. It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention*".

[314] MARGONI T., *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore*, cit., rileva come "*con l'applicazione del 3ST all'interno di un sistema chiuso, in cui le possibili eccezioni e limitazioni sono elencate esaustivamente, si è completamente stravolto il significato originale di tale strumento che era di fornire delle linee guida nel momento in cui si fosse deciso di creare delle nuove eccezioni o limitazioni al diritto d'autore*".

Il Land della Renania settentrionale-Vestfalia invocava la necessità di tenere conto, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, del diritto all'istruzione, previsto dall'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali.

L'Avv. Gen. Campos Sanchez-Bordona, nelle sue conclusioni del 25 aprile 2018, ha ritenuto che l'utilizzo della fotografia rientrasse tra gli usi per finalità didattica scriminati dall'art. 5, para. 3, lett. a) Dir.[315]: "*L'eccezione ai diritti d'autore allorché l'utilizzo delle opere protette abbia unicamente fini didattici non può essere ridotta alla sua minima espressione, come accadrebbe se fosse limitata a permettere che solo i docenti accompagnino con illustrazioni il contenuto dei loro corsi o delle loro lezioni*". Un'interpretazione che attribuisca rilevanza al diritto all'istruzione, dovrebbe attribuire rilevanza al ruolo attivo, e non meramente passivo, degli alunni, "*permettendo che utilizzino anch'essi, con lo stesso scopo didattico (discente, in tal caso), immagini protette da diritti d'autore*", contribuendo in tal modo "*a che l'istruzione persegua il suo scopo principale, ossia il pieno sviluppo della personalità umana*"[316].

Tale interpretazione, ad avviso dell'Avvocato Generale, supererebbe anche il *three step test* e l'obbligo di specificità delle eccezioni. Infatti, un'interpretazione "equilibrata" del test, che prenda contemporaneamente in considerazione altri interessi legittimi (quale quello derivante dal diritto all'istruzione), "*consentirebbe di concludere che non rileva tanto la quantità di atti identici o simili, bensì la circostanza che essi siano delineati in modo sufficientemente specifico da non entrare in conflitto con il normale sfruttamento delle opere e da non arrecare ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare del diritto*".

La Corte non ha aderito all'interpretazione dell'Avvocato Generale, privilegiando una lettura restrittiva dell'eccezione. Essa infatti copre un utilizzo per finalità esclusivamente illustrativa, per uso didattico o di ricerca scientifica, mentre nel caso di specie l'opera, lungi dal rimanere accessibile solo all'interno dell'ambiente scolastico, era resa "*accessibile a tutti i visitatori di tale sito*"[317].

A fortiori, la tendenza ad interpretare il test restrittivamente ha investito l'ambiente digitale[318], in cui le corti sono solite identificare il venir meno della seconda e

---

[315] Punto 122. Per un'approfondimento sul significato dell'eccezione, si veda XALABADER R., *Online teaching and copyright: any hopes for an EU harmonized playground?*, in TORREMANS P. (ed.), *Copyright Law*, cit., 383 ss.; della stessa autrice si veda anche ID., *Study on copyright limitations and exceptions*, cit., 15 ss.; si veda altresì la sezione 7(i)(c) del Tunis Model Law on Copyright for developing Countries, Unesco – WIPO, adottato a Tunisi nel 1976, che offre un utile parametro interpretativo delle previsioni della Convenzione di Berna (nonché della Universal Copyright Convention) così come modificate nella conferenza di Parigi del 1971.

[316] Così si afferma nell'art. 26, para. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani (UDHR) del 1948 e nell'art. 13, paragrafo 1, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR), adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella risoluzione 2200 A (XXI), del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 3 gennaio 1976, conformemente al suo art. 27.

[317] CGUE, 7 agosto 2018, C-161/17, cit., punti 42-43.

[318] La giurisprudenza ha per lo più escluso l'operatività, alle utilizzazioni in ambiente digitale online, delle limitazioni di cui agli artt. 65 ss. l.a. Cfr. Trib. Milano, 13 luglio 2000, Quaderni di AIDA, 201, 471, confermata da App. Milano, 26 marzo 2002, Quaderni di AIDA, 2003, 799, e Trib. Genova, 12 luglio 2000, Quaderni di AIDA, 2001, 771, con riferimento all'attività di un'impresa rivolta alla riproduzione ed alla memorizzazione sistematica di articoli di giornali e riviste, in rassegne stampe elet-

terza condizione del test [319], in ragione del mutato quadro tecnologico, economico e sociale [320].

La giurisprudenza ha ricollegato alle innovazioni tecnologiche e soprattutto all'avvento dell'ambiente digitale di internet "*la necessità di una interpretazione "restrittiva" delle disposizioni sulle utilizzazioni libere onde ristabilire un corretto equilibrio tra gli interessi, contrapposti, dei titolari dell'esclusiva per la creazione intellettuale (gli aventi causa degli autori e i titolari dei diritti connessi) – e cioè delle imprese che producono beni e servizi incorporanti proprietà intellettuale – e degli utilizzatori delle opere dell'ingegno, avuto riguardo alla necessità di garantire ai primi sufficienti incentivi ed adeguata protezione nel mutato scenario tecnologico*" [321].

Più di recente, l'orientamento secondo cui le limitazioni al diritto d'autore rivestirebbero carattere eccezionale e derogatorio è stato criticato e ha lasciato spazio all'emersione di posizioni maggiormente filo-concorrenziali.

Ove si accedesse a tale tesi, infatti, la mancata espressa previsione di una libera riproducibilitá, non potrebbe essere in alcun modo colmata avvalendosi del canone ermeneutico dell'analogia, essendo noto che tale canone non può essere utilizzato nel caso di norme eccezionali, derogatrici cioè rispetto a principi generali. Su queste basi, ad esempio, dovrebbe negarsi *tout court* la libera riproducibilità in rassegne stampa di articoli di giornali e riviste posto che l'art. 65 l.a. non contempla espressamente la possibilità che gli articoli di giornale possano essere liberamente ripro-

---

troniche, per ritrasmetterle, in forme telematiche, ai propri clienti a far tempo dalla stessa mattina dell'uscita dei giornali in edicola o comunque senza una sensibile dilazione temporale rispetto alla prima pubblicazione del giornale o del periodico; Trib. Roma, 13 ottobre 2004, Quaderni di AIDA, 2005, 564, che evidenzia, con riferimento a fattispecie relativa all'inserzione su sito Internet di materiale tratto dal programma di una emittente televisiva, la necessità di una interpretazione restrittiva delle norme sulle utilizzazioni libere.

[319] Per un'applicazione restrittiva del test a livello sovranazionale si veda il WTO-Panel report WT/DS114/ R del 17 Marzo 2000 (Canada-Patents), dove si ritiene che la mancanza dei requisiti di uno solo degli "step" porti alla necessaria violazione dell'art. 30 TRIPs. Sulla stessa linea, la decisione del WTO Panel 15 giugno 2000, United States Art. 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R; per un esempio di applicazione di una corte nazionale, si veda la decisione della Cour de Cassation, Premièr chambre civil, 28 febbraio 2006, n. 549, caso "Mulholland Drive". In generale, si veda FICSOR M., *How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, RIDA, 2002, 110; GINSBURG J.C., *Towards supranational Copyright law?*, cit.; SENFTLEBEN M., *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Report Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, IIC, 2006, 407.

[320] Cfr. Trib. Roma, 13 ottobre 2004, Sez. spec. P.I. 2004, 2-3, 376 e AIDA, 2005, 1048/2, secondo cui "*La disciplina delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi d'autore presupponeva tradizionalmente che la riproduzione mettesse capo ad entità materiali, che avesse costi rilevanti in termini di tempo e di risorse economiche, che potesse realizzarsi soltanto per un numero limitato di copie, che queste ultime perdessero di qualità rispetto agli originali, che le copie materiali avessero dei costi non irrilevanti in termini di trasmissione e distribuzione, che le copie non entrassero in concorrenza con le utilizzazioni esclusive attribuite al titolare di diritti: ed il superamento di questi presupposti ad opera delle innovazioni tecnologiche e soprattutto dell'avvento dell'ambiente digitale di internet rende necessaria un'interpretazione restrittiva delle disposizioni sulle utilizzazioni libere onde ristabilire un equilibrio corretto tra i diversi interessi contrapposti*".

[321] Trib. Roma, 13 ottobre 2004, cit..

dotti, oltre che in altre riviste o giornali, anche in rassegne stampa [322] (sui limiti di riproducibilità di notizie e articoli di giornale v. par. 3.6).

Secondo la diversa opinione da ultimo attestatasi, invece, le utilizzazioni libere non andrebbero affatto configurate come deroghe allo *ius excludendi* dell'autore. Esse si atteggerebbero piuttosto come parti costitutive della disciplina del diritto di autore, siccome espressive di principi generali posti a tutela di interessi primari di rango costituzionale, in specie del diritto all'informazione. Così, l'art. 65 l.a. non può in nessun caso ritenersi subalterno o recessivo rispetto al diritto dell'autore, posto che protegge interessi fondamentali quale l'"*esigenza di diffusione delle opere che costituiscono manifestazioni del pensiero allo scopo di consentire ed incoraggiare la libera circolazione delle idee*" [323]. Secondo la giurisprudenza più recente, in particolare, "*in conformità della particolare preminenza del diritto costituzionale all'informazione*", le eccezioni non parrebbero "*atteggiarsi come norma eccezionale*", ma rappresenterebbero esse stesse "*un bilanciamento operato dal legislatore tra il valore costituzionale dell'informazione ed il diritto d'autore, onde ben possibile sarebbe seguire la strada dell'interpretazione analogica*", per ricomprendere nell'ambito dell'eccezione anche fattispecie da essa non espressamente contemplate [324]. *De minimis*, anche a

---

[322] Cfr. App. Roma, 12 giugno 2019, Dir. inf., 2019, 3, 657, che conferma Trib. Roma, 18 gennaio 2017, Dir. inf., 2017, 73. La Corte di Appello ha concluso che "*non può essere…negata la possibilità di riprodurre anche nelle rassegne stampa gli articoli di attualità, giacché anche alle rassegne stampa deve essere riconosciuta una sicura finalità informativa, anche se diretta e volta a soddisfare interessi di particolari categorie di soggetti, informazione questa tuttavia non per ciò solo meno meritevole di tutela in base ai valori costituzionali*". La Corte ha rilevato che la riproduzione degli articoli di giornale in rassegne stampa non può porsi in contrasto con lo sfruttamento normale degli stessi e ledere quindi gli interessi dell'editore del giornale: "*Ed invero non pare che la rassegna stampa, per quanto redatta con modalità elettroniche e distribuita a poca distanza di tempo dai giornali, possa costituire un prodotto addirittura succedaneo rispetto ai giornali, tale da sostituire i giornali presso un apprezzabile numero di lettori, non potendo soddisfare con immediatezza il generale bisogno di informazione che spinge il comune lettore di giornali all'acquisto degli stessi. Per ipotizzare ed affermare siffatta succedaneità occorrerebbe infatti, a tacer d'altro, che la rassegna stampa in modalità elettroniche possa essere letta in modo sequenziale, per così dire "sfogliata", analogamente a quanto si fa con un giornale: modalità di lettura questa che consente di informarsi per così dire con un colpo d'occhio sui commenti e sulle notizie più importanti, opportunamente evidenziate come è noto, attraverso la loro collocazione in determinate pagine piuttosto che in altre e l'uso, nell'intitolazione, di particolari caratteri*". Per alcuni commenti v. FRANCESCHELLI V., *Le rassegne stampa, i giornali e il diritto ad essere informati: il diritto all'informazione ai tempi di internet*, Riv. dir. ind., 2018, II, 24. La sentenza della Corte d'appello di Roma è stata impugnata in Cassazione. Nelle more è intervenuta una sentenza del TAR Lazio, 12 aprile 2021, che, confermando la delibera 169/20/CONS del 5 maggio 2020 dell'AGCOM, ha ulteriormente chiarito che "*proprio perché l'art. 65 della l.d.a., … costituisce frutto di un bilanciamento tra il valore costituzionale dell'informazione e il diritto d'autore, non è preclusa l'interpretazione analogica che consente di annoverare anche le rassegne stampa nel campo di applicazione della norma…D'altra parte, la legge del diritto d'autore, approvata nell'anno 1941, laddove si riferisce solo a riviste e giornali non può non essere contestualizzata ai mezzi di comunicazione odierni, tenendo in conto anche le radicali trasformazioni del modo in cui le opere dell'ingegno vengono create, riprodotte, pubblicate e fruite nel nuovo ambiente digitale*".

[323] Pret. Roma, 19 maggio 1980, Dir. aut., 1980, 170.

[324] App. Roma, 12 giugno 2019, cit.. A favore dell'interpretazione analogica ANGELICCHIO G., *Spunti sistematici*, cit., 571 ss.; RICOLFI M., *Il diritto d'autore*, cit., 460 ss., in relazione alle libere utilizzazioni che non proteggono interessi antagonistici a quelli degli autori; GALLETTI D., *Le utilizzazioni libere*, cit., 162, che propone di qualificare alcune di queste norme come speciali (e non eccezionali), con il corollario della loro applicabilità analogica.

voler considerare eccezionale la previsione di una libera riproducibilità, "*sarebbe comunque possibile estendere siffatta previsione …, in applicazione del canone dell'interpretazione estensiva*" [325]. Ed invero dottrina [326] e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le disposizioni eccezionali e singolari, benché insuscettibili di interpretazione analogica, possano comunque essere interpretate estensivamente. L'interpretazione estensiva, infatti, non amplia il contenuto effettivo della norma, ma si limita "*ad individuare nel contenuto implicito della norma eccezionale o derogatoria già codificata altra fattispecie avente identità di ratio con quella espressamente contemplata*" [327], così ricomprendendo "*nella concreta portata della norma tutti i casi da essa anche implicitamente considerati, quali risultanti sulla base della lettera ma anche della ratio della disposizione*" [328] ed impedendo che fattispecie ad essa soggette si sottraggano alla sua disciplina [329].

Ne consegue, secondo questa linea interpretativa, che le libere utilizzazioni andrebbero interpretate "*in base al canone di interpretazione estensiva fondato sulla ratio della norma*", la quale, generalmente, è "*quella di accrescere la circolazione dell'informazione*" [330]. Ciò comporta, nella direzione già prefigurata da Lange (cfr. cap. 2, par. 1.3), che un'eccezione al diritto d'autore:

– al di là della sua formulazione letterale, ben possa includere altri mezzi o canali tra gli strumenti informativi su cui possano liberamente riprodursi i contenuti ammessi a libera utilizzazione;

– debba essere oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata, ovvero alla luce "*della particolare preminenza del diritto costituzionale all'informazione*" e alla salvaguardia di un pubblico dominio ricco ed accessibile.

La nostra giurisprudenza ha escluso che tale interpretazione confligga con la sentenza *Infopaq* della Corte di Giustizia. Nell'affermare l'ampiezza del diritto di esclusiva, tale pronuncia non affronta espressamente i profili afferenti alle scriminanti di cui all'art. 5 par. 3 e 5 Dir. Infosoc [331]. Inoltre, negli anni, la Corte di Giustizia ha fatto ampio uso dell'interpretazione analogica, subordinandone l'ammissibilità a due condizioni:

---

[325] App. Roma, 12 giugno 2019, cit.

[326] La dottrina italiana largamente maggioritaria tradizionalmente ritiene che le norme sulle utilizzazioni libere possano essere interpretate estensivamente ma non (anche) analogicamente. V. ad esempio PIOLA CASELLI E., *Codice del diritto d'autore*, cit., 453; AULETTA G.G., *Marchio – Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno. Art. 2569-2583*, in MANGINI V. (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli/Società editrice Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, 2ª ed., 167; UBERTAZZI L.C., *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in ID., *Diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano, 2003, 2ª ed., 90 ss.; GALLI P., nota a Trib. Milano, 21 marzo 2000, Quaderni di AIDA, 2000; VALENTI R., *Introduzione agli artt. 65-71 quinquies l.a.*, in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve*, cit.

[327] Cass. civ., sez. I, 1 settembre 1999, n. 9205, Giust. civ., 2000, I, 83.

[328] Cass. civ., sez. trib., 30 dicembre 2011, n. 30722, Giust. civ. Mass., 2011, 12, 1928.

[329] Come è stato affermato da Cass. civ., sez. lav., 3 giugno 1976, n. 2004 e Id., sez. lav., 26 maggio 1986, n. 3536, Giust. civ. Mass., 1986, fasc. 5, l'interpretazione estensiva si limita a ricondurre sotto la norma interpretata quei casi che solo apparentemente ne sembrano esclusi, ma che in realtà il legislatore, stando all'obiettiva *ratio* della norma medesima ha, inteso ricomprendervi.

[330] App. Roma, 12 giugno 2019, cit.

[331] App. Roma, 12 giugno 2019, cit.

a) che la fattispecie non regolata sia strettamente simile a quella disciplinata, cosicché oggetto e finalità della norma restino immutati;

b) che la disposizione da estendere non abbia carattere eccezionale [332]. Condizione quest'ultima che la nostra giurisprudenza – come detto – afferma sussistere anche per le previsioni che implichino una libera riproducibilità dell'opera dell'ingegno.

La stessa Corte di Giustizia parrebbe aver aperto ad un proprio cambio d'impostazione, laddove ha affermato che "*sebbene l'articolo 5 della direttiva 2001/29 sia intitolato "Eccezioni e limitazioni", occorre rilevare che siffatte eccezioni o limitazioni comportano a loro volta diritti a vantaggio degli utenti di opere o di altri materiali protetti*" [333]. Attenta dottrina, ha sottolineato che la nuova stagione del diritto d'autore passi necessariamente dall'inquadramento di eccezioni e limitazioni come veri e propri diritti degli utenti (per meglio dire, dei cittadini) [334]. A riguardo, si assiste ad un significativo movimento di pensiero, che accomuna autorevoli autori in diverse giurisdizioni, che mette in guardia avverso un'applicazione meccanica del *three step test*, basata sul carattere cumulativo dei tre criteri, e ritiene preferibile piuttosto ponderare l'importanza di ciascuno di tali elementi [335], riportando il test alla sua ori-

---

[332] Si veda, in particolare, CGUE, 12 dicembre 2012, C-165/84, J.F. Krohn c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, ECLI:EU:C:1985:507 e, per una recente applicazione del criterio analogico in materia di diritto d'autore, CGUE, 9 febbraio 2012, C-277/10, Martin Luksan c. Petrus van der Let, ECLI:EU:C:2012:65, Giur. it., 2013, 557, con nota di COGO A., *Opere cinematografiche e armonizzazione comunitaria del diritto d'autore*. In dottrina, cfr., inoltre, LANGENBUCHER K., *Argument by Analogy in European Law*, Cambridge L.J., 1998, 57, 3, 481 ss., spec. 499 ss., e RUSSO E., *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2008, 235 ss.

[333] V., in tal senso, CGUE, Grande Sez., 29 luglio 2019, C-69/17, Funke Medien NRW GmbH c. Repubblica federale di Germania, punto 70, Id., 11 settembre 2014, Eugen Ulmer, C-117/13, EU:C:2014:2196, punto 43); Id., 29 luglio 2019, C-516/17, Spiegel Online GmbH c. Volker Beck, punto 54.

[334] REICHMAN J.H., OKEDIJI R., *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale*, Minnesota Law Rev., 2012, 96, 4, 1476-1477, secondo cui l'attuale quadro normativo internazionale e nazionale delle leggi sul copyright collide frontalmente con il progresso della scienza; CASO R., *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, Trento Law and Technology Research Group Research Paper n. 38, 2020.

[335] HILTY R.M., GEIGER CH., GRIFFITHS J., *Declaration: A balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law*, IIC, 2008, 6, 707-713, in particolare p. 709, disponibile in versione italiana in RICOLFI M., MARGONI T., *Un'interpretazione equilibrata del "Three-Step Test" nel diritto d'autore (Traduzione con nota della Dichiarazione del Max Planck Institute)*, Dir. inf., 2009, 159, e la bibliografia ivi citata. Il punto 4. della dichiarazione (nella sua traduzione italiana) afferma che "*la restrizione relativa a certi casi particolari, rispetto alla quale le eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva si devono conformare, non preclude: // a) ai legislatori di introdurre limitazioni ed eccezioni in numero aperto, nella misura in cui lo scopo di dette limitazioni ed eccezioni sia ragionevolmente prevedibile; oppure //b) alla giurisprudenza di: // applicare le esistenti eccezioni e limitazioni a casi simili mutatis mutandis; oppure //creare ulteriori eccezioni o limitazioni, //dove possibile, all'interno dei principi propri del sistema giuridico del quale esse formano parte*"; GEIGER C., GERVAIS D., SENFTLEBEN M., *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, American University International Law Rev., 2014, 29, 3, 593; HUGENHOLTZ P.B., SENFTLEBEN M., *Fair Use in Europe: in search of flexibilities*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-39 e Institute for Information Law Research Paper No. 2012-33; GRIFFITHS J., *The Three-Step Test in European Copyright Law – Problems and Solutions*,

ginale funzione di porta di ingresso a livello interpretativo per nuove attività da ritenersi esenti dal diritto di esclusiva, sulla scia di quello che può rappresentare il *fair use* nel sistema statunitense o il *fair dealing* (nelle altre giurisdizioni di *common law*) [336].

3.5. *Il fallimento dell'armonizzazione delle eccezioni e limitazioni*

L'armonizzazione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore ha storicamente rappresentato una questione altamente controversia a livello europeo. Ciò spiega non solo l'ampio lasso di tempo che la gestazione della Direttiva Infosoc prima, e della Direttiva 2019 poi ha richiesto, ma anche i numerosi progetti di riforma succedutisi negli anni [337]. Soprattutto evidenzia il fatto che proprio la Direttiva Infosoc, preso atto dell'impossibilità di trovare ampio consenso tra gli stati Membri sul regime di tali eccezioni e limitazioni, si sia di fatto dovuta rassegnare a lasciarne l'implementazione sia nell'*an* che nel *quomodo* alla discrezione degli Stati Membri. Tutte eccetto una delle eccezioni e limitazioni previste (la proposta originale pubblicata nel 1997 né prevedeva solo sette [338], a fronte delle ventitrè introdotte dalla Direttiva Infosoc) erano opzionali per gli Stati Membri. La formulazione delle relative norme, peraltro, si presentava tutt'altro che tassativa e lasciava al contrario ampia discrezionalità agli stati membri nel predisporre le modalità di implementazione.

Queen Mary University of London – Legal Studies Research Paper n. 31/2009; KOELMAN K.J., *Fixing the Three– Step Test*, EIPR, 2006, 8, 410. Più in generale, a favore di un'interpretazione analogica delle libere utilizzazioni v. SPOOR J.H., *General Aspects of Exceptions and Limitations to Copyright: General Report*, in BAULCH L., GREEN M., WYBURN M. (eds.) *The Boundaries of Copyright*, ALAI Study Days, University of Cambridge, 14 settembre 1998, Sidney, 1999, 27-41, 31, per alcune aperture anche in sistemi di *droit d'auteur*; GEIGER C., *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, IIC, 2004, 273; ID., *Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur*, Auteurs et Media, 2004, 213; ID., *Creating Copyright Limitations without Legal Basis: The "Buren" Decision as Liberation?*, IIC, 2005, 842 e 848, secondo cui la legislazione francese antecedente prendeva in considerazione questo principio e nulla nella legge del 1957 supponeva che fosse mutato; VIVANT M., *Le transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droit voisins dans la societé de l'information en France, Analyse critique et prospective*, in HILTY R.M., GEIGER C., *Impulse für eine europäische Harmonsierung des Urheberrechts/ Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Berlino, Heidelberg, New York, Paris, Litec e Springer, 2007, 193; GEIGER C., *Les exceptions au droit d'auteur en France*, ivi, 335; e ID., *Flexibilising copyright – Remedies to the privatisation of information by copyright law*, IIC, 2008, 192 ss., il quale sostiene che i diritti di proprietà intellettuale siano a loro volta eccezioni ad una regola generale di libertà di espressione e concorrenza.

[336] In questa direzione, si veda la decisione della Corte di appello di Barcellona, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15B, 17 Settembre 2008, rec. 749/2007. In dottrina, MARGONI T., *Eccezioni e limitazioni*, cit., secondo cui "*In tal guisa, si recupererebbe una fondamentale funzione che il diritto d'autore ha visto progressivamente dissolversi a causa di un progressivo processo di estensione dell'esclusiva, figlio di una visione ideologica della proprietà intellettuale*".

[337] Per un esame di dettaglio della copiosa serie di comunicazioni, documenti preparatori e consultazioni pubbliche cfr. GEIGER C., SCHÖNHERR F., *The Information Society Directive*, cit., 460 ss. e RICOLFI M., *Towards an EU Copyright Code? A Conceptual Framework*, in STAMATOUDI I.A. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Information Law Series, Wolter Kluwer, 2016, 447-448.

[338] BECHTOLD S., *Comment on Directive 2001/29/EC*, cit., 373.

Un simile approccio ha nel tempo favorito un'attuazione eterogenea e non uniforme della disciplina europea a livello dei singoli ordinamenti nazionali, il più delle volte influenzata dai particolarismi e dalle tradizioni culturali proprie di ciascuno Stato Membro [339].

La frammentazione della portata delle posizioni di esclusiva nei diversi stati Membri, a sua volta, ha contribuito a creare ostacoli alla libera circolazione di contenuti protetti negli scambi transnazionali (specie nella prospettiva della mancanza di certezza per gli utenti in ordine al contenuto dei propri acquisti e, in particolare, dell'effettiva portata dei diritti di utilizzazione conseguiti) [340], in evidente contraddizione con le finalità dell'azione europea, improntante alla creazione di un mercato unico digitale [341].

L'Italia, nell'esercizio del margine di discrezionalità concesso a ciascuno stato nel decidere a quali eccezioni dare ingresso nel proprio ordinamento, ha optato per una trasposizione solo parziale del quadro europeo.

La legge n. 633/1941 ha escluso dalle eccezioni e limitazioni previste dal Titolo I, Capo V, artt. 65-71 *decies* [342], tra le altre, quelle relative all'inclusione accidentale (*ex* lett. i), agli usi *de minimis* (*ex* lett. o), alla riparazione di apparecchiatura (*ex* lett. l), nonché le ipotesi di cui alla lett. h), concernente la c.d. libertà di panorama (si veda a riguardo più dettagliatamente *sub* cap. 5, par. 3.7) e alla lett. k) relativa alla parodia. Il motivo risiede nel fatto che giurisprudenza [343] e dottrina italiane considerano l'opera parodistica un genere letterario autonomo e la collocano nel novero delle

---

[339] Cfr. COMMISSIONE UE, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, cit., 7. In dottrina, VAN EECHOUD M., *Exclusive Rights and Limitations*, in VAN EECHOUD M., HUGENHOLTZ P.B., GUIBAULT L., VAN GOMPEL S., HELBERGER N., *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law Int., L'Aia, 2009, 67 ss., 105.

[340] COMMISSIONE EU, *Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT– Creative Content in a European Digital Single Market*, cit., 16 (si veda il relativo comunicato stampa https://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1563_it.htm) dove si legge che "*the unclear contours of strong "exclusive rights" are neither beneficial for the internal market in knowledge products nor for the develpment of internet services. Further harmonisation of copyright laws in the EU, in particular relating to the different and optional limitations and exceptions, would create more certainty for consumers about what they can and cannot do with the content they legally acquire*". In letteratura, si veda JANSSENS M.C., *The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation*, in DERCLAYE E., *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, 2009, 317; UBERTAZZI B., *The principle of free movement of goods. Community exhaustion and parallel imports*, in STAMATOUDI I., TORREMANS P. (eds.), EU Copyright Law, cit., 2014, 38 ss.

[341] Le basi giuridiche del processo di europeizzazione della prorietà intellettuale, gli artt. 114 e 115 TFUE, nell'interpretazione di esse data dalla Corte di Giustizia, prevedono che le misure di intervento, per essere giustificate, devono essere utilmente finalizzate a favorire, in termini effettivi, il miglioramento delle condizioni di attuazione e funzionamento del mercato unico. Cfr. CGUE, 6 dicembre 2005, C-66/04, Regno Unito c. Parlamento e Consiglio, para. 44.

[342] Per una trattazione esaustiva si veda l'analisi di FABIANI M., *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei paesi della Comunità*, Dir. autore, 2005, 146; v. inoltre RICOLFI M., *Internet e le libere utilizzazioni*, Quaderni di AIDA, 1996, 115.

[343] Si veda lo storico caso "Tommaso Scarpetta", Trib. Napoli, 27 maggio 1908, Giur. it., 1909, II, concertenente la reinterpretazione dell'opera "La figlia di Jorio"; nonché, più di recente, il caso "Tamaro c. Luttazzi", Trib. Milano, ord. 29 gennaio 1996, Quaderni di AIDA, 1996, n. 420, che al primo si richiama.

opere derivate, autonomamente proteggibili dal diritto d'autore, senza dunque che sia stata ritenuta necessaria l'introduzione di una specifica eccezione (cfr. par. 5.2).

Il risultato del processo di armonizzazione, già oggetto di critica in letteratura [344] e di insoddisfazione da parte delle stesse istituzioni europee [345], è stato ben fotografato dal considerando n. 5 Dir. 790/2019 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, che evidenzia come "*la natura facoltativa delle eccezioni e delle limitazioni di cui alle direttive 2001/29/CE, 96/9/CE e 2009/24/CE può avere un impatto negativo sul funzionamento del mercato interno*", specialmente nei settori della ricerca, dell'istruzione e della conservazione del patrimonio culturale, che le nuove tecnologie hanno fortemente inciso aprendo a nuovi orizzonti di utilizzo e diffusione di opere coperte da diritto d'autore.

In particolare, le critiche alla Direttiva Infosoc si sono appuntate sull'art. 5.2(c) che sanciva la facoltà per gli Stati Membri di introdurre limitazioni al diritto di riproduzione, in relazione agli "*atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto*". Mentre la norma non precisa quali siano gli atti di riproduzione rientranti nella libera utilizzazione, il Considerando 40 chiariva la necessità di interpretare la norma restrittivamente, così da limitarne la portata applicativa "*a determinati casi specifici contemplati dal diritto di riproduzione*" ed escludendo espressamente la sua applicazione all'"*utilizzo effettuato nel contesto della fornitura "on– line" di opere o altri materiali protetti*". La digitalizzazione di opere appartenenti alla collezione di una biblioteca o di un archivio ricadevano in quest'ultima previsione che non distingueva tra riproduzioni effettuate in formato analogico o digitale. Il *Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works* del High Level Expert Group on Digital Libraries (Copyright Subgroup del) rilevava come tale eccezione si mostrasse "*insufficient with regard to digital preservation on account of the format-shifting that may be required for continued preservation due to technical obsolescience of recording media and the resulting need for recurrent migration from one format to the next*" [346].

Non tutti gli Stati membri hanno implementato questa limitazione facoltativa

---

[344] GUIBAULT L., *Evaluating Directive 2001/29/EC in the Light of the Digital Public Domain*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C., *The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture*, Openbook, 2012, 68, remarks that "*The result is that Member States have implemented articles 5(2) and 5(3) very differently, selecting such exceptions as they saw fit, and limitations throughout the European Community, the aim of harmonisation most likely has not been achieved, and legal uncertainty persists*"; ID., *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC*, JIPITEC, 2010, 1, 55; HUGENHOLTZ P.B., *Why the copyright directive is unimportant and possibly invalid*, EIPR, 2000, 499.

[345] Cfr. Commissione UE, *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, Bruxelles, 16 luglio 2008, COM(2008) 466, 15-18, a sua volta oggetto di riflessioni da parte di GEIGER C., MACREZ F., BOUVEL A., CARRE S., *What limitations to Copyright in the Information Society? A comment in the European Commission's Green Paper "copyright in the Knowledge Economy"*, IIC, 2009, 40, 4, 412; COMMISSIONE EU, *Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT– Creative Content in a European Digital Single Market*, cit., 18, che conferma come "*the balance between rights and exceptions … is curently skewed by the fact that the harmonisation directives mandate basec economic rights, but merely permit certain exceptions and limitations*".

[346] P. 3.

negli ordinamenti interni e quelli che hanno optato per farlo hanno nella maggior parte dei casi adottato modalità differenti, sottoponendo l'atto di riproduzione a condizioni e requisiti diversi. Alcuni Stati membri hanno autorizzato soltanto le riproduzioni in formato analogico; altri hanno limitato la digitalizzazione a determinati tipi di opere, mentre altri ancora hanno consentito di riprodurre tutte le categorie di opere in forma sia analogica che digitale [347]. Inoltre, gli Stati membri hanno identificato beneficiari diversi di questa limitazione. Alcuni hanno semplicemente replicato la formulazione dell'art. 5.2(b), mentre altri hanno limitato la sua applicazione alle biblioteche e agli archivi pubblici con l'esclusione delle istituzioni educative.

Altre critiche sono state riservate all'art. 5.3 (n) che, a condizioni particolarmente restrittive, prevede la facoltà di derogare al diritto di comunicazione o messa a disposizione del pubblico "*quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni di cui al paragrafo 2, lettera c), di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza*". La norma, infatti, esclude che l'ente che abbia digitalizzato un'opera coperta da diritto d'autore presente nelle proprie collezioni possa metterla a disposizione online, a ciò ostando l'inequivoco riferimento a "terminali" situati in loco a ciò espressamente adibiti [348].

Nei paesi che hanno scelto di trasporre la disposizione nell'ordinamento interno, il *wording* è stato sostanzialmente mantenuto inalterato. Tuttavia, diversi Stati membri hanno espunto tale articolo dalla propria legislazione.

In Italia, l'art. 71 *ter* l.a., a differenza dell'art. 5.3(n) Dir., di cui costituisce recepimento nell'ordinamento interno, porta espressamente eccezione al solo diritto esclusivo di comunicazione al pubblico e non anche al diritto di riproduzione delle opere. Un'interpretazione letterale della norma porta pertanto a ritenere che alle biblioteche e agli istituti di istruzione, musei e archivi sia consentito solo comunicare al pubblico le opere che siano presenti nelle loro collezioni già in formato digitale e non anche digitalizzare opere in formato analogico, al fine della loro successiva comunicazione [349]. La digitalizzazione, infatti, consistendo nel processo tecnico con cui si converte una grandezza analogica in valori discreti, comporta l'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione [350].

Secondo una diversa interpretazione invece "*la riproduzione dell'opera in formato digitale costituisce il presupposto materiale per la successiva messa a disposizione*

---

[347] GASSER U., ERNST S., *EUCD Best Practice Guide: Implementing the EU Copyright Directive in the digital age*, University of Sankt Gallen Law & Economics Working Paper No. 2007-01,16.

[348] DI RIENZO M., *Le utilizzazioni libere. Non profit*, Quaderni di AIDA, 2002, 263 ss.

[349] Così pare suggerire VALENTI R., *Commento all'art. 71-ter della Legge 22 aprile 1941, n. 633*, in UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve*, cit., 2007, 211; VEZZOSO S., *Consultazione di opere digitali: quadro europeo ed esperienze nazionali*, in D'AMMASSA G., MAGGIPINTO A. (a cura di), *Diritto e tecnologie digitali per la valorizzazione e l'accessibilità delle conoscenze*, Nyberg, Milano, 2008, 52 ss.

[350] Risulta inapplicabile, per pacifico orientamento giurisprudenziale, l'art. 70 l.a. che consente liberamente la riproduzione di brani o parti di opere e la loro comunicazione al pubblico per uso di critica o discussione, il quale fa riferimento a "brani" o "parti" di opera e pertanto "*non può giustificare la riproduzione integrale dell'opera stessa*". V. Trib. Torino, 26 febbraio 2000, inedita.

del pubblico e, pertanto, la sua liceità deve correttamente considerarsi implicita quando essa sia funzionale all'esercizio della facoltà che l'art. 71 ter l.d.a. espressamente concede" [351]. Tale interpretazione, in particolare, risulterebbe conforme al dettato della Direttiva, che seppur di recepimento facoltativo nella parte in cui prescrive l'eccezione di cui all'art. 5.3(n), prevede che questa operi rispetto "*ai diritti di cui agli articoli 2 e 3*" e dunque anche rispetto al diritto di riproduzione. A voler interpretare diversamente, la disposizione italiana potrebbe pertanto porsi in contrasto con l'art. 249, co. 3, del Trattato UE, che pretende che la norma interna di recepimento, anche se facoltativo, sia conforme a quella di diritto europeo.

3.6. *La Direttiva 2019/790 sul mercato unico digitale: il diritto connesso degli editori sulle pubblicazioni giornalistiche e il nuovo regime di responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti protetti online*

La convinzione che il diritto d'autore europeo necessitasse di ampia revisione ha portato prima ad ipotizzare la creazione di un codice europeo del diritto d'autore, comprendente una consolidazione del corpo delle direttive europee esistenti in materia [352], poi all'articolazione di questioni sottoposte a consultazione pubblica nel 2013 [353], alla stesura di una relazione parlamentare sull'attuazione della Dir. 2001/29 [354] e alle conclusioni adottate dal Consiglio europeo nella riunione del 25-26 giugno 2015 [355]. La modernizzazione delle norme UE in materia di diritto d'autore è stata annunciata per la prima volta negli orientamenti politici dell'ex presidente Juncker per la costituenda Commissione [356] e ulteriormente delineata nella Comunicazione sulla *Strategia per il mercato unico digitale* [357] prima e nella Comunicazione

---

[351] SPEDICATO G., *Digitalizzazione di opere librarie e diritti esclusivi*, Aedon 2/11, che giudica l'interpretazione letterale "iper-restrittiva" e non da doversi necessariamente accogliere.

[352] Cfr. COMMISSIONE UE, *Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa*, Bruxelles, 24 maggio 2011, COM(2011) 287.

[353] Consultazione pubblica effettuata dalla Commissione tra il 5 dicembre 2013 e il 5 marzo 2014 sul riesame della normativa UE sul diritto d'autore. Cfr. il comunicato stampa alla pagina https://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1213_en.htm (ultimo accesso 18.4.21). .

[354] PARLAMENTO UE, *Relazione sull'attuazione della Direttiva 2001/29/CE*, 2014/2256(INI), 24 giugno 2015, che rilevava come "*il carattere facoltativo della maggior parte delle eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore, e il fatto di non aver limitato la portata della protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi ai diritti delineati nella direttiva, ha portato ad una continua frammentazione delle leggi nazionali in materia di diritto d'autore*".

[355] CONSIGLIO UE, *Riunione del 25 e 26 giugno 2015 – Conclusioni*, Bruxelles, 26 giugno 2015, EUCO 22/15.

[356] Estratto degli orientamenti politici per la prossima Commissione europea – Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico, 15 luglio 2014: "*nei primi sei mesi del mio mandato intendo prendere decisioni legislative ambiziose per realizzare un mercato unico del digitale connesso, in particolare…aggiornando la normativa sui diritti d'autore tenendo conto della rivoluzione digitale e dei comportamenti mutati dei consumatori*".

[357] COMMISIONE UE, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Bruxelles, 6 maggio 2015 COM(2015) 192 final, 22, che enumera le "*proposte legislative per riformare il regime del diritto d'autore*" tra le azioni necessarie a migliorare l'accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e servizi digitali in tutta Europa.

"*Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*" [358] poi.

Le linee programmatiche così tracciate sono confluite, nel 2016, nella proposta di Direttiva *On copyright in the Digital Single Market* [359], espressamente dedicata alle esigenze di riforma del diritto d'autore imposte dalle nuove possibilità di sfruttamento di opere dell'ingegno nell'ambiente digitale.

La Dir. 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (conosciuta anche come *Copyright Digital Single Market Directive* o Direttiva CDSM) [360] ruota intorno a tre assi:

i. il titolo II, che dedica una serie di norme alla disciplina delle eccezioni e limitazioni, al fine di adeguarle all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero;

ii. il titolo III, contenente misure volte a migliorare le procedure di concessione delle licenze e a garantire un più ampio accesso ai contenuti, tra cui l'art. 14 che limita la possibilità di riconoscere diritti autoriali su un'opera meramente riproduttiva di altra opera caduta in pubblico dominio (sul punto si veda più ampiamente il par. 5.3);

iii. il titolo IV, contenente misure miranti a garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore, che includono le controverse norme contenute negli artt. 15, istitutivo di un diritto a favore degli editori di protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online [361] e 17 che riforma il regime di responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione che utilizzino contenuti protetti online [362].

---

[358] COMMISSIONE UE, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, cit.

[359] COMMISSIONE UE, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Bruxelles, 14 settembre 2016, COM(2016) 593 final. Per un quadro critico sulla proposta, si veda GHIDINI G., BANTERLE F., *A critical view on the European Commission's Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market*, Giur. Comm., 2018, 6, 1, 921; ALBERTINI L., *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e 13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE del febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, Law and Media Working Paper Series No. 2/2019.

[360] Il Parlamento Europeo in seduta comune, dopo una prima bocciatura avvenuta a luglio, nel settembre 2018 approvava il testo da sottoporre a negoziazione. Nel febbraio 2019, ad esito di due anni di negoziazione, veniva raggiunto l'accordo interistituzionale fra Parlamento e Consiglio. Il nuovo testo è stato definitivamente approvato dal Parlamento Europeo in assemblea plenaria con 348 voti a favore e 274 contrari e dal Consiglio rispettivamente a marzo ed aprile 2019. L'Italia, insieme a Olanda, Lussemburgo, Polonia Svezia e Finlandia, ha votato contro l'adozione della Direttiva. Si sono astenuti Belgio, Estonia e Slovenia.La Polonia ha impugnato la Direttiva chiedendone l'annullamento in base all'art. 263 TFUE. Il Regno Unito dopo il voto definitivo sulla Brexit – e pur avendo votato a favore nel Consiglio – ha dichiarato di non voler procedere all'attuazione della Direttiva. La Direttiva è stata pubblicata in G.U. il 17 maggio. Per una visione d'insieme sul testo si veda QUINTAIS J.P., *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*, 2020, 42, 1, 28-41.

[361] V. SCALZINI S., *The New Related Right for Press Publishers: What Way Forward?*, in ROSATI E. (ed.), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Routledge, Abingdon/New York, 2021.

[362] ROSATI E., *Five Considerations for the Transposition and Application of Article 17 of the DSM Directive*, JIPLP, 2021; NANOS A., *Liability of Online Service Providers After the Latest Changes in EU Law: Paradigm Change of Liability?*, Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper No. 2020/II/3; SCHWEMER S.F., *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, Nordic Intellectual Property Law Rev., 2020, 3, 400–435; GARSTKA K., *Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression*, in TORRE-

Partendo proprio dal presupposto che "*le eccezioni e le limitazioni attualmente previste dalla normativa dell'Unione applicabili alla ricerca scientifica, all'insegnamento e alla conservazione del patrimonio culturale andrebbero riesaminate*", il titolo II introduce tre fattispecie di libere utilizzazioni a recepimento obbligatorio da parte degli Stati Membri.

Gli artt. 3 e 4 prevodono due eccezioni a favore dell'attività di *text and data mining*, già oggetto di analisi nel capitolo precedente (v. cap. 3, par. 3.5).

L'art. 5 consente ad istituti di istruzione l'utilizzo digitale e transfrontaliero di materiali protetti esclusivamente per finalità illustrative ad uso didattico. L'eccezione opera nei limiti dello scopo non commerciale perseguito, e purché l'utilizzo avvenga sotto la responsabilità e presso o tramite l'ambiente elettronico sicuro e riservato di un istituto di istruzione e sia accompagnato dall'indicazione della fonte, salvo quando risulti impossibile. È altresì previsto che gli Stati Membri possano limitare l'eccezione relativamente a particolari utilizzi o tipi di opere, quali il materiale destinato principalmente al mercato dell'istruzione o gli spartiti musicali, laddove siano reperibili sul mercato opportune licenze. Viene, inoltre, resa obbligatoria, all'art. 6, l'eccezione che consente a biblioteche e archivi la copia digitale di materiali presenti permanentemente nelle loro raccolte, in qualsiasi formato e su qualsiasi supporto, ai fini di conservazione.

La Direttiva è stata severamente criticata per il ristretto campo di applicazione delle nuove eccezioni e limitazioni, che disegna "*un quadro di sicuro ancora caratterizzato dalla prevalenza dell'ordine privato sull'interesse pubblico*" [363].

Nella direzione dell'interesse privato va sicuramente l'art. 15, che riconosce agli editori di "pubblicazioni giornalistiche" [364], un diritto connesso [365] per l'utilizzazione in rete delle loro pubblicazioni. Per meglio comprenderne la portata, occorre preliminarmente ricostruire il contesto normativo interno di riferimento.

L'attuale normativa italiana prevede la convergenza di due differenti diritti sulle pubblicazioni giornalistiche:

a) all'autore, spetta il diritto di utilizzare il singolo articolo/contributo (art. 38, co. 2, l.a.) e, altresì, il diritto di riprodurre l'articolo in altre riviste o giornali (art. 42, co. 2, l.a.);

MANS P., *Intellectual Property and Human Rights*, 4 ed., Wolters Kluwer, 2020; QUINTAIS J.P., FROSIO G., VAN GOMPEL S., HUGENHOLTZ P.B., HUSOVEC M., JÜTTE B.J., SENFTLEBEN M., *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics*, 2019, https://ssrn.com/abstract=3484968.

[363] CASO R., *op. cit.*, definisce la Direttiva "*una delle normative più controverse degli ultimi decenni*", caratterizzata da "*un testo di difficile attuazione e interpretazione*", "*un mostruoso vortice che attrae una parte importante della disciplina del diritto d'autore nell'ordine privato (dei più forti)*", in cui "*il lobbying di alcuni gruppi di pressione (editori di giornali, società di gestione collettiva, imprese titolari di diritti sulle opere musicali) ha prevalso sull'interesse pubblico*".

[364] Cioè i soggetti onerati da responsabilità editoriali o di controllo (considerando 56) verso pubblicazioni giornalistiche diffuse con qualsiasi mezzo di comunicazione, anche su supporto cartaceo, come ad esempio i quotidiani, le riviste settimanali o mensili di interesse generale o specifico, incluse le riviste acquistate in abbonamento e siti web di informazione. Il considerando 56 esclude dall'applicazione della norma le pubblicazioni periodiche a fini scientifici o accademici e le riviste scientifiche. Il nuovo diritto non si applica neppure agli editori librari.

[365] La *ratio* dell'art. 15 si appunta nella tutela della attività economica e degli investimenti delle imprese editoriali.

b) in base all'art. 3 l.a., al diritto dell'autore si affianca il diritto d'autore sul giornale come opera collettiva, inteso a tutelare l'attività di scelta e di coordinamento dei singoli contributi. L'art. 38 l.a. attribuisce i diritti patrimoniali sull'opera collettiva giornale all'editore, premiandone l'apporto di organizzazione e l'impiego di mezzi e capitali [366].

La legge distingue i) la riproduzione dell'articolo di giornale, in quanto opera dell'ingegno coperta dal diritto d'autore, ii) dalla riproduzione delle notizie [367] ed informazioni [368] contenute in tali articoli:

i) la prima è coperta dai diritti esclusivi sopra ricordati, nonché, in ipotesi di riproduzione della testata, anche dai diritti di immagine (ed eventualmente di marchio) dell'editore [369]. Fanno eccezione le ipotesi, previste dalla legge, di utilizzazioni libere. In particolare, l'art. 65 l.a., a tutela del diritto di cronaca, consente la riproduzione di articoli protetti, qualora il titolare dei diritti non abbia fatto espressa riserva di utilizzazione o riproduzione [370].

ii) la seconda, invece, a norma dell'art. 101 l.a., "*è lecita purché non sia effettuata con l'impiego di atti contrari agli usi onesti in materia giornalistica e purché se ne citi la fonte. Sono considerati atti illeciti:*

a) la riproduzione o la radiodiffusione, senza autorizzazione, dei bollettini di informazione forniti dalle agenzie giornalistiche o di informazioni, prima che siano trascorse sedici ore dalla diramazione del bollettino stesso, e comunque prima della pubblicazione in un giornale o altro periodico che ne abbia ricevuto la facoltà da parte dell'agenzia (...);

b) la riproduzione sistematica di informazioni o notizie, pubblicate o radiodiffuse, a fine di lucro, sia da parte di giornali o altri periodici, sia da parte di imprese di radiodiffusione".

Dall'interpretazione delle disposizioni sopra richiamate, la giurisprudenza [371] ha estrapolare le seguenti regole:

a) la liceità della riproduzione dell'articolo (opera dell'ingegno) in altre riviste e giornali, indipendentemente dal carattere sistematico o meno della riproduzione, purché il titolare dei diritti non si sia riservato la riproduzione;

---

[366] Al direttore, che dirige la creazione dell'opera nel suo complesso, effettuando la scelta e il coordinamento dei singoli contributi residua, in forza dell'art. 7 l.a., la titolarità dei diritti morali.

[367] TAR Lazio, 12 aprile 2021, n. 4269 le definisce "*descrizioni di un fatto di attualità senza alcun contenuto di originalità*".

[368] Ibidem, considera tali le informazioni "*che portano il lettore a conoscenza di eventi, ad es. televisivi, cinematografici e teatrali, ma anche orari di apertura di servizi di pubblica utilità*".

[369] V. ad esempio Trib. Cagliari, 9 giugno 2004, AIDA, 2005, Rep. III.3.2.3, secondo cui viola i diritti d'autore ed all'immagine propri di un editore di quotidiano indipendente la riproduzione non da lui autorizzata di un articolo del giornale (con la relativa testata) in un manifesto pubblicitario di un candidato di un partito alle elezioni politiche.

[370] "*1. Gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato.*"

[371] TAR Lazio, 12 aprile 2021, n. 4269.

b) l'illiceità della riproduzione di articoli (opere dell'ingegno) di cui l'autore si sia riservato la riproduzione [372];

c) l'illiceità della riproduzione delle notizie e informazioni contenute in un articolo, se compiuta in modo sistematico a scopo di lucro e/o in tempo reale.

La giurisprudenza ha equiparato alla riproduzione in altre riviste e giornali anche la selezione e organizzazione di articoli di giornale o di parti o pagine di giornale in rassegne stampe. La rassegna stampa distribuita a scopo di lucro, infatti, "*realizza una vendita del prodotto offerto al mercato dall'editore dell'opera riprodotta, in tutto o in parte, con caratteristiche parassitarie*" [373]. Offrendo un servizio realizzato con la riproduzione di articoli integrali pubblicati su quotidiani, il costitutore della rassegna comporta una diminuzione del profitto che l'editore può legittimamente aspettarsi dallo sfruttamento monopolistico connesso al diritto patrimoniale d'autore (che ha a sua volta acquisito dall'autore dell'opera) [374]. "*Ad un diverso approdo ermeneutico potrebbe pervenirsi se la rassegna stampa si limitasse a fornire informazioni non complete, si limitasse ad una mera citazione dell'articolo giornalistico, lasciando inalterato il bisogno per il lettore di acquistare copia del periodico per leggervi l'articolo di suo interesse oppure se si limitasse a riprendere una parte non rilevante dei contributi presenti sul giornale e li riorganizzasse e sintetizzasse autonomamente senza riprodurre integralmente gli articoli*" [375].

Dato questo quadro, il legislatore europeo della Dir. 2019/790/UE introduce una tutela giuridica che – in larga parte – l'ordinamento italiano di fatto già riconosceva.

L'art. 15 introduce una tutela giuridica armonizzata proprio per gli utilizzi online di pubblicazioni di carattere giornalistico da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione, con il dichiarato scopo di incoraggiare l'editoria e di tutelare, nel contempo, la posizione degli autori, che avranno il diritto di ricevere una remunerazione adeguata per lo sfruttamento delle proprie opere.

Il contenuto del nuovo diritto è delineato dal par. 1 che riconosce agli editori di giornali:

a) il diritto di riproduzione *ex* art. 2 par. 2 Dir. 2001/29;

---

[372] Il diritto dell'autore di escludere la riproduzione dei propri articoli da parte di altri soggetti è sistematicamente connesso alle disposizioni di cui agli artt. 38, co. 2 e 42, co. 2, che consentono all'autore la ripubblicazione del contributo anche altrove in un momento successivo a quello della prima pubblicazione.

[373] Cass. civ. Sez. I, 20 settembre 2006, n. 20410. Anche la giurisprudenza di merito ha ritenuto che la riproduzione sistematica in una rassegna stampa di articoli giornalistici e di notizie tratti da pubblicazioni altrui, ancorché effettuata mediante strumenti informatici e telematici, costituisce un illecito sotto il duplice profilo della concorrenza sleale e della violazione del diritto d'autore; in tal senso cfr. Tribunale Milano, 08/04/1997; Tribunale, Genova, 03/12/1997)

[374] TAR Lazio, 12 aprile 2021, n. 4269, aggiunge che nell'ambito delle rassegne di stampa, i singoli contributi sono "*ancora percepiti e valutati dagli utenti della banca dati come parti dell'originaria opera collettiva e non come gli elementi di una raccolta diversa ed autonoma. Insomma, è ancora il diritto sull'opera originaria, e non quello eventualmente sussistente sulle parti separate di esso, a venire in rilievo*".

[375] TAR Lazio, 12 aprile 2021, n. 4269. Secondo App. Roma, 12 giugno 2019, n. 3931, il bisogno per il lettore di acquistare copia del periodico per leggervi l'articolo di suo interesse non sussisterebbe nemmeno laddove la rassegna stampa non sia leggibile in modalità sfogliata.

b)il diritto di messa a disposizione del pubblico in forma interattiva ex art. 3 par. 2 Dir. 2001/29.

Il diritto può essere esercitato nei confronti degli *internet service providers* di cui all'art. 1, lett. b) Dir. 2015/1535 che si occupa delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, ed in particolare dei c.d. "aggregatori di notizie" o di "coloro che svolgono i servizi di monitoraggio dei media" (considerando 54). Non sono invece soggetti passivi del diritto gli utilizzatori privati [376] o gli autori e i titolari dei diritti primari d'autore o i soggetti da questi ultimi autorizzati.

La norma è soggetta ad alcuni limiti [377] ulteriori rispetto a quelli già fissati dalle eccezioni e limitazioni previste dalla Dir. Infosoc (art. 15 co. 3). Non si applica a) agli utilizzi privati o non commerciali delle pubblicazioni giornalistiche da parte di singoli utilizzatori, b) ai collegamenti ipertestuali (restando dunque consentita la creazione di link diretti ai contenuti dei giornali, legittimamente diffusi on line) e c) all'utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi di pubblicazioni giornalistiche [378].

Il diritto ha una durata pari a due anni a decorrere dal 1 gennaio dell'anno successivo alla pubblicazione [379] e si applica solo alle pubblicazioni successive al 6 giugno 2019.

La norma prevede inoltre che gli autori delle pubblicazioni debbano ricevere dagli editori una quota adeguata dei proventi percepiti da questi ultimi. Questa disposizione – del tutto impropriamente definita *link tax* [380] – mira a incidere in qualche misura sul *value gap*, ossia sulla ridistribuzione dei proventi finanziari, che le piattaforme digitali realizzano per il tramite della pubblicità, sfruttando le opere prodotte dai media tradizionali [381].

L'introduzione della misura ha già spinto le Big Tech a negoziare accordi di licenza con le associazioni esponenziali degli editori. Risale ai primi mese del 2021, ad

---

[376] Secondo il considerando 56 il diritto non è applicabile ai siti web come i blog, che pure possono fornire informazioni giornalistiche, qualora l'attività informativa non sia svolta su iniziativa, responsabilità editoriale e controllo di un prestatore di servizi e in particolare di un editore di testate giornalistiche.

[377] Queste eccezioni non erano previste nella proposta iniziale di direttiva.

[378] La *ratio* va ricercata nel fatto che "estratti molto brevi" non dovrebbero compromettere gli investimenti effettuati dagli editori nella produzione dei contenuti che la Direttiva intende tutelare. Tale valutazione sta alla base anche dell'applicazione del *fair use* nel caso Google Book (v. diffusamente par. 8.2). Il considerando 58 chiarisce in ogni caso che l'interpretazione della brevità non dovrà pregiudicare l'efficacia dei diritti previsti dalla Direttiva.

[379] Il che significa che tale termine potrebbe allungarsi fino ai tre anni, per le pubblicazioni di inizio anno. Si tratta, in ogni caso, di una durata sensibilmente inferiore rispetto al termine ventennale originariamente previsto nella proposta di Direttiva.

[380] Il termine è improprio atteso che il link non è soggetto al pagamento del compenso.

[381] Il fenomeno è sovente additato come la causa primaria della crisi della stampa e della informazione di qualità. V. considerando 54 e 55. Per comprendere l'impatto prodotto sulla industria editoriale dal modello di business dei *news aggregators*, è sufficiente menzionare uno studio della News Media Alliance, organizzazione che raggruppa oltre 2000 giornali statunitensi. Esso ha rivelato che nel 2018 Google ha guadagnato – nel solo settore delle news, e dunque grazie al lavoro giornalistico dei gruppi editoriali – circa 4,7 miliardi di dollari. L'intero ammontare delle entrate pubblicitarie di tutti i giornali aderenti all'organizzazione è stato pari, nello stesso anno, a circa 5,1 miliardi di dollari.

esempio, la notizia secondo cui, Google avrebbe raggiunto un'intesa con l'Alliance de la presse d'information générale francese[382], finalizzata a riconoscere un compenso economico in favore dei quotidiani francesi per la riproduzione dei propri articoli in Google News Showcase[383].

Anche l'art. 17 prevede misure di rafforzamento dei diritti di privativa in capo all'autore. La norma reca l'obbligo, per i *content sharing providers*, ossia per i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, di concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti, per poter effettuare atti di comunicazione al pubblico concernenti opere protette da diritto d'autore[384]. In mancanza di tali accordi, i prestatori sono esenti da responsabilità solo qualora dimostrino di aver compiuto il massimo sforzo per ottenere l'autorizzazione alla comunicazione al pubblico e per evitare di rendere disponibili sui loro servizi opere segnalate dai titolari dei diritti. Limitazioni di responsabilità sono previste per i prestatori attivi nell'UE da meno di 3 anni, il cui fatturato annuo sia inferiore a 10 milioni di euro e per quelli che registrino un numero medio di visitatori unici mensili non superiore a 5 milioni. La responsabilità è invece esclusa per operatori non profit, piattaforme di sviluppo *open source* e servizi di *clouding*. L'art. 17.7 esclude, inoltre, il carattere illecito della messa a disposizione di contenuti per fini di "*citazione, critica e rassegna*", nonché di "*caricatura, parodia o pastiche*", rendendo così obbligatoria l'introduzione di una eccezione o limitazione, che nel sistema della Direttiva Infosoc era solo facoltativa. Nell'attuale prassi applicativa in cui è il provider a dover assumere una decisione *ex ante* circa la rimozione del contenuto illecito segnalato, il provider si vedrebbe dunque assegnato il ruolo di *gatekeeper* del rispetto del delicatissimo equilibrio tra diritti d'autore e libertà di espressione, secondo dinamiche molto simili a quelle già segnalate in punto di esercizio del diritto all'oblio (v. par. 3.4.7). Le preoccupazioni che i nuovi obblighi addosati ai provider siano incompatibili con il diritto alla libertà di espressione e di informazione garantito dall'articolo 11 del Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea emergono chiaramente dall'azione per annullamento avviata il 24 maggio 2019 dal governo polacco e ancora pendente avanti alla Corte di Giustizia (causa C-401/19).

---

[382] Accordo che in precedenza era stato raggiunto solo individualmente con singoli quotidiani nazionali, come Le Monde e Le Figaro. Cfr. BRATTA J., *Google e i problemi con l'editoria in Francia e Australia: quali prospettive?*, Medialaws, 12 febbraio 2021. In Italia oltre il 90% degli operatori di media monitoring, hanno aderito all'accordo sottoscritto fra gli editori aderenti al Repertorio Promopress – società di servizi della FIEG – e Data Stampa, che riconosce il diritto alla remunerazione per gli editori per realizzare e fornire, in Italia e all'estero, rassegne stampa ai propri clienti. V. NAPPI T., *Promopress (FIEG) e Data Stampa: accordo per remunerare gli editori per gli articoli inseriti nelle rassegne stampa*, Engage, 27 gennaio 2021.

[383] Al momento sono oltre 70 le pubblicazioni, sia nazionali che locali e indipendenti, che compariranno su News Showcase grazie agli accordi annunciati dal gigante di Mountain View. Cfr. LA ROSA A., *Google News showcase debutta ufficialmente in Italia. Ecco come funziona*, Engage, 31 marzo 2021.

[384] L'art. 17 co. 1, recependo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, espressamente qualifica la condivisione di contenuti on line da parte dei provider come atto di comunicazione al pubblico.

3.7. *L'esaurimento del diritto*

All'interno delle limitazioni ai diritti d'autore è poi possibile ricomprendere (benché non vi sia accordo in merito)[385] anche il principio dell'esaurimento, attraverso cui il legislatore si è preoccupato di limitare i diritti del proprietario del *corpus mechanicum,* in ipotesi di atti definitivamente traslativi della proprietà[386] di opere dell'ingegno. Il diritto di distribuzione dell'opera (art. 4 Dir. Infosoc), infatti, si esaurisce con la prima messa in commercio della stessa o di una sua copia avvenuta con il consenso del titolare dei diritti, con la conseguenza che chi acquista l'esemplare fisico dell'opera è poi libero di rivenderlo.

Tale principio non trova tuttavia applicazione alla circolazione di esemplari digitali dell'opera. Chi "acquista" una copia digitale dell'opera, infatti, non può vendere, noleggiare, distribuire, trasmettere, concedere in sublicenza o altrimenti trasferire la medesima. Conferma di ciò si trova puntualmente leggendo le condizioni di utilizzo dei principali fornitori di contenuti digitali da iTunes, a Kindle, agli App Store[387].

La base giuridica del *discrimen* tra copia fisica ed esemplare digitale risiede nel fatto che la loro distribuzione integra l'esercizio di diritti differenti. Mentre la circolazione di copie fisiche integra un vero e proprio atto di distribuzione ai sensi dell'art. 4, par. 1, Dir., al contrario la distribuzione attraverso la rete internet di file infinitamente replicabili da parte di chi li riceve, integra una messa a disposizione del pubblico *ex* art. 3, par. 1, Dir. Tale facoltà, a differenza della distribuzione, è esplicitamente sottratta alla applicazione del principio di esaurimento dall'art. 3, par. 3, Dir., che prevede che il diritto di comunicazione al pubblico non si esaurisca con un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico. A livello internazionale, l'esaurimento è regolato nei due WIPO Internet Treaties (art. 6(2) WCT e art. 8(2) WPPT), che con linguaggio analogo statuiscono che "[n]*essuna disposizione del presente trattato pregiudica la facoltà delle Parti contraenti di determinare le eventuali condizioni in cui ha luogo l'esaurimento del diritto di cui al paragrafo 1 dopo la prima vendita o altra cessione dei diritti di proprietà dell'opera originale o di una copia della stessa con il consenso dell'autore*". La norma lasciai legislatori nazionali liberi di regolare l'esaurimento del diritto di distribuzione. L'ambito applicativo della norma è però circoscritto dall'Agreed Statement sugli artt. 6 (distribuzione) e 7 (noleggio) WCT, che specifica come nelle due disposizioni i termini "copie" e "originali e copie" debbano intendersi come riferiti alle sole "*copie*

---

[385] Ad esempio, AUTERI P., *Territorialità del diritto di marchio e circolazione dei prodotti "originali"*, Giuffrè, Milano, 1973, 76, sostiene che l'istituto, più che un limite ai diritti di proprietà industriale, che non attribuiscono facoltà esclusive in relazione alla circolazione dei beni materiali in cui i diritti sono incorporati, dovrebbe considerarsi una caratteristica qualificante di questi stessi. Per un esame delle diverse tesi si veda SARTI D., *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 66 e 77.

[386] Il principio non trova applicazione relativamente a quegli atti di distribuzione che, non avendo tale effetto traslativo, si limitano ad incrementare il numero degli utilizzatori degli esemplari già in circolazione. Per tale motivo, l'esaurimento non si produce a seguito di contratti di noleggio o prestito o nel caso della prestazione di servizi. Cfr. BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, cit., 238 ss.

[387] Per una disamina di tali condizioni si veda RIVARO R., *L'applicazione del principio di esaurimento*, cit., 1149.

fissate che possono essere immesse in circolazione quali oggetti tangibili" [388]. La Direttiva InfoSoc ha incorporato le indicazioni dell'Agreed Statement, includendo nei suoi considerando 28 [389] e 29 [390] la limitazione del principio di esaurimento alle sole copie tangibili, nonché ai servizi e ad ogni copia risultante dall'utilizzo di servizi online.

L'esclusione dell'esaurimento per i contenuti digitali previene il rischio che l'acquirente ceda una copia ulteriore e diversa del prodotto acquistato. La distinzione fra "distribuzione" (soggetta a esaurimento) e "messa a disposizione del pubblico" (non soggetta) è tuttavia diffusamente criticata in dottrina per i suoi effetti anticoncorrenziali [391]. In questo modo, infatti, si finisce per ammettere che il titolare dei diritti conservi quasi sempre il controllo sull'ulteriore circolazione degli esemplari digitali [392], con il risultato di minare il principio della libera circolazione delle merci, pilastro essenziale del mercato unico europeo, al cui consolidamento la stessa Dir. 2001/29 dichiara di voler contribuire [393]. Le contraddizioni sono emerse nitidamente con l'insorgere di modalità di trasferimento permanente di file via internet, le cui caratteristiche sono funzionalmente più vicine a quelle di una vendita materiale (pur avendo ad oggetto un'opera intangibile), e quindi di una "distribuzione", che a quelle di una mera trasmissione dematerializzata dell'opera, ossia di una comunicazione o messa a disposizione del pubblico. La dottrina maggioritaria ritiene che la questione debba necessariamente essere affrontata con una riforma legislativa, tanto

---

[388] WIPO, *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty, adopted by the Diplomatic Conference of December 20, 1996, Concerning Articles 6 and 7*, tradotto in francese ed italiano da UBERTAZZI L.C., GALLI P., SANNA F., *Codice del diritto d'autore. Editio maior*, 505 ss. In tal senso, in dottrina, STERLING J., *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 2015, 574 ss., e relativi riferimenti bibliografici. *Contra*, coloro i quali ritengono che la norma richieda la mera potenzialità di fissazione dell'opera su supporto tangibile: v. RUFFLER F., *Is Trading in Used Software an Infringement of Copyright? The Perspective of European law*, EIPR, 2007, 380, e relativa bibliografia; SPEDICATO G., *L'esaurimento UE dei diritti*, Quaderni di AIDA, 2016, 451.

[389] "*La protezione del diritto d'autore nel quadro della presente direttiva include il diritto esclusivo di controllare la distribuzione dell'opera incorporata in un supporto tangibile*".

[390] "*La questione dell'esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto di servizi "on-line". Ciò vale anche per una copia tangibile di un'opera o di altri materiali protetti realizzata da un utente di tale servizio con il consenso del titolare del diritto. Perciò lo stesso vale per il noleggio e il prestito dell'originale e delle copie di opere o altri materiali protetti che sono prestazioni in natura. Diversamente dal caso dei CD-ROM o dei CD-I, nel quale la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, cioè in un bene, ogni servizio "on-line" è di fatto un atto che dovrà essere sottoposto ad autorizzazione se il diritto d'autore o i diritti connessi lo prevedono.*"

[391] RIVARO R., cit.

[392] Controllo che può estrinsecarsi nel blocco dello sviluppo di mercati secondari, nell'operare discriminazioni di prezzo tra diverse categorie di utenti, nel ritiro dell'opera dal commercio o nel controllo di accesso e modalità di fruizione, con l'utilizzo di misure tecnologiche di protezione, che hanno elevato impatto sulla capacità di innovazione derivata da parte di futuri concorrenti. v. PERZANOWSKI A., SCHULTZ J., *Digital Exhaustion*, UCLA L. Rev., 2011, 908 ss.

[393] Così, i considerando 2 e 3 Dir., nonché CGUE, 3 luglio 2012, C-128/11, UsedSoft cit., punto 62, ove si legge che "*l'obiettivo del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione delle opere protette dal diritto d'autore è quello di limitare, al fine di evitare la compartimentazione dei mercati, le restrizioni alla distribuzione delle opere stesse a quanto necessario per proteggere l'oggetto specifico della proprietà intellettuale*".

per gli insuperabili ostacoli posti dal dato letterale dell'art. 4 Dir. InfoSoc, quanto in considerazione delle rilevanti conseguenze dell'esaurimento digitale, che richiederebbero attente valutazioni di politica del diritto [394]. Il legislatore europeo, tuttavia, sembra poco intenzionato ad intervenire sul tema. Dopo una meteorica apparizione nel testo della consultazione pubblica lanciata dalla Commissione sulla modernizzazione della normativa europea sul diritto d'autore [395], la problematica è scomparsa, rimanendo esclusa anche dalla Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale [396].

Un'apertura verso l'estensione del principio dell'esaurimento anche alle copie digitali si è avuto con la già ricordata sentenza *Usedsoft* (cfr. cap. 3, par. 8). Ivi la Corte ha esteso l'applicazione dell'esaurimento alla trasmissione online di un programma per elaboratore e ha giustificato la scelta sul presupposto che un'interpretazione restrittiva avrebbe minato l'effettività del principio e consentito ai titolari dei diritti il controllo indebito dei mercati secondari, con una limitazione di concorrenza e libertà fondamentali oltre quanto necessario ad ottenere una remunerazione adeguata, e dunque a proteggere l'oggetto specifico del diritto d'autore [397].

Attenta dottrina ha rilevato che queste stesse conclusioni sembrerebbero poter essere estese, per ragioni di coerenza e unicità dell'ordinamento eurocomunitario [398],

---

[394] MEZEI P., *Copyright Exhaustion. Law and Policy in the United States and the European Union*, Cambridge, 2018, 182, 191, 195; ROSATI E., *Online copyright exhaustion in a post-Allposters world*, JIPLP, 2015, 680-681; SGANGA C., *Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale: un pericolo o una necessità?*, Dir. inf., 2019, 1, 21, secondo cui l'estensione del principio potrebbe essere raggiunta o rimuovendo le limitazioni contenute nei considerando 28 e 29 ed escludendo la vendita di opere in formato digitale dalla definizione di "servizi", o introducendo una nuova disposizione dedicata alla distribuzione digitale ed al suo esaurimento. L'autrice ritiene preferibile la seconda opzione, poiché consentirebbe di specificare i requisiti tecnici della rivendita necessari a controllare il suo impatto sul mercato originale dell'opera, e di chiarire cosa debba intendersi per vendita o altro trasferimento di proprietà, così da evitare aggiramenti del principio.

[395] Il riferimento va a COMMISSIONE UE, *Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2013, 13-14, ed il seguente *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2014, 20-22, che riporta e commenta le risposte alla consultazione. La Commissione aveva inserito la questione se l'esaurimento dovesse trovare applicazione anche "*nel caso di un atto di trasmissione (dell'opera) equivalente nei suoi effetti ad una distribuzione (ossia quando l'acquirente ottiene la proprietà della copia)*". La consultazione aveva anche sottolineato le difficoltà sottese all'implementazione pratica del meccanismo nel mondo digitale, dal più alto rischio di pirateria causato dalla possibilità per rivenditori di trattenere una copia dell'opera venduta, all'impatto economico sul mercato dell'opera di copie di seconda mano non deterioratesi nel tempo. La risposta di intermediari e società titolari dei diritti è stata negativa; utenti privati ed istituzionali e parte degli autori hanno invece supportato l'estensione del principio. Tra gli Stati Membri, la Francia ha sottolineato come gli obblighi internazionali dell'Unione ai sensi del WCT impedissero l'estensione del principio al mondo digitale.

[396] Oltre che dall'Agenda per il Mercato Unico Digitale, nonostante questa menzionasse quale secondo pilastro della strategia "*migliorare l'accesso online in tutta Europa per i consumatori e le imprese*", attraverso "*un'azione immediata per abbattere le barriere che bloccano l'attività online attraverso le frontiere*", tra cui le divergenze legislative in materia di diritto d'autore. Cfr. COMMISSIONE UE, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, cit., 3.

[397] CGUE, 3 luglio 2012, C-128/11, UsedSoft, cit., para. 49 e 63.

[398] Così come espresse in CGUE, 4 ottobre 2011, C-403/08 e C-429/08, Football Association Premier League Ltd e a. c. QC Leisure e a., cit., laddove la Corte ha affermato che "*le nozioni utilizzate da*

anche alla nozione di distribuzione di cui all'art. 4 Dir. 2001/29, che al pari dell'art. 4, par. 2, Dir. 2009/24 fa dipendere l'esaurimento del diritto di distribuzione dalla prima vendita o dal primo altro trasferimento di proprietà "*dell'originale o di copie dell'ope*ra" dell'ingegno in generale, senza esplicite pretese in ordine alla loro tangibilità [399]. Tale tesi, tuttavia, è avversata da chi rileva come nella Dir. 2001/29 manchi una norma che assicuri l'effettiva operatività dell'esaurimento del diritto, autorizzando i subacquirenti a riprodurre l'opera [400]. Tale previsione è contenuta, invece, nell'art. 5, par. 1, Dir. 2009/24, che ammette la riproduzione permanente di un software "*per un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente*", indipendentemente dall'autorizzazione del dante causa [401].

Anche i pochi casi nazionali che si sono pronunciati in materia di esaurimento digitale ne hanno escluso l'ammissibilità, qualificando la Dir. Software come *leges speciales* non passibili di interpretazione analogica [402].

Dopo *UsedSoft*, la Corte ha avuto l'opportunità di intervenire sulla questione

---

tutte le […] direttive [in vigore nel campo della proprietà intellettuale] *devono avere lo stesso significato, salvo diversa volontà del legislatore espressa in un contesto legislativo preciso*".

[399] RIVARO R., cit., secondo cui "*il verificarsi o meno dell'esaurimento dipende, in definitiva, dall'esito della (ri) qualificazione del contratto concretamente concluso in termini di compravendita (o altro negozio traslativo della proprietà) o di licenza*"; SGANGA C., *Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale*, cit., 21, offre un commento analitico delle fonti legislative coinvolte nel dibattito e delle posizioni dottrinali in materia, oltre all'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dalla nascita dell'esaurimento comunitario.

[400] Cfr. RICOLFI M., *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, Quaderni di AIDA, 2002, 72 s.; GUGLIELMETTI G., *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, Quaderni di AIDA, 2010, 148; PATRONI GRIFFI U., *Il diritto di distribuzion*e, Quaderni di AIDA, 2010, 197; ROMANO R., *Il diritto di riproduzione nel contesto della convergenza dei media*, Quaderni di AIDA, 2010, 166; AUTERI P., *Diritto d'autore*, in AUTERI P., FLORIDIA G., MANGINI V., OLIVIERI G., RICOLFI M., SPADA P., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 610; BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, cit., 241.

[401] Cfr. RICOLFI M., *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, Quaderni di AIDA, 2004, 365, 367; BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, cit., 216, nota 409.

[402] Si veda ad esempio la decisione della District Court for the Southern District of New York nel caso Capitol Records, LLC v ReDigi Inc., n. 12 CIV. 95 RJS, 2013 WL 1286134. (S.D.N.Y. Mar. 30, 2013), in cui la Corte ha accertato la violazione del diritto esclusivo di distribuzione, di cui alla sec. 106(3) dello U.S. Copyright Act da parte di una piattaforma di rivendita di file musicali di seconda mano, precedentemente acquistati dai canali di distribuzione online, quali Itunes e Amazon Music. La Corte ha escluso l'applicazione della "first sale doctrine" (esaurimento) perché operante esclusivamente rispetto al diritto di distribuzione di una copia legittimamente ottenuta.Al contrario, il modello di *business* di ReDigi implicava almeno la riproduzione di due copie dell'opera musicale, giacché prevedeva l'uploading dai computer degli utenti sul server ReDigi, una fase di memorizzazione nel server e infine il download da parte del server dell'acquirente. Per approfondire, si vedano HILTY R., *'Exhaustion' in the Digital Age*, in CALBOLI I., LEE E. (eds.), *Research handbook on intellectual property exhaustion and parallel imports*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 64-83 e MEZEI P., *Digital First Sale Doctrine Ante Portas Exhaustion in the Online Environment*, JIPITEC, 2015, 6, 23. Si veda anche Landgericht Bielefeld, 5 marzo 2015, che ha riconosciuto l'inapplicabilità del limite dell'esaurimento agli *e-book*. Per una panoramica TREMOLADA R., *Esaurimento digitale. Il mercato secondario dei contenuti musicali protetti*, Riv. dir. ind., 2019, 3, 253; SAVIĆ M., *The Legality of Resale of Digital Content*, cit., 414. Anche la nostra giurisprudenza concorda sul punto: cfr. Trib. Milano, 20 marzo 2010, Sez. spec. P.I., 2010, 1, 198, secondo cui non appare prospettabile alcuna forma di esaurimento del diritto di comunicazione al pubblico in caso di ritrasmissione senza consenso sulla rete web di filmati di partite di calcio.

dell'esaurimento digitale sotto la Direttiva InfoSoc, prima con la pronuncia *Allposters*[403] e poi, più di recente, nel caso *Tom Kabinet*. Il primo concerneva la commercializzazione su internet di poster su legno e tela di opere protette di pittori celebri, senza il consenso degli autori. Il punto all'attenzione della Corte di giustizia riguardava se l'esaurimento del diritto di distribuzione coprisse l'oggetto tangibile in cui un'opera è incorporata oppure riguardasse la creazione intellettuale in sé e per sé e se la modifica del supporto incida sull'esaurimento del diritto[404]. Con riguardo alla prima delle questioni, la Corte ha affermato che l'oggetto dell'esaurimento del diritto riguarda il bene tangibile su cui l'opera (o una sua copia) è incorporata[405]. Da ciò discende anche la risposta alla seconda questione, ovvero che la sostituzione del supporto ha l'effetto di creare un nuovo oggetto che incorpora l'immagine dell'opera protetta ed integra una nuova riproduzione della stessa, non soggetta ad esaurimento[406].

La sentenza è stata da molti identificata come il definitivo *niet* della Corte all'ammissibilità dell'esaurimento digitale[407], benché essa avesse ad oggetto solo supporti materiali ed il riferimento alla materialità della copia costituisse un *obiter dictum* in un'argomentazione incentrata, invece, sulla trasformazione del supporto originario[408]. All'esaurimento digitale si fa puntuale riferimento nel successivo caso *Tom Kabinet*[409], dal nome della nota piattaforma online di vendita (e acquisto) di *e-*

---

[403] CGUE, 22 gennaio 2015, C-419/13, Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright, EU:C:2015:27, in Riv. dir. ind., 2015, 315, con il commento di PAPPALARDO C., *Esaurimento del diritto di distribuzione: il "riconfezionamento" dell'opera*. Sulla sentenza si veda anche LA ROCCA F., *L'esaurimento del diritto di distribuzione delle opere digitali*, Riv. dir. ind., 2015, 4-5, 210.

[404] La vertenza veniva instaurata dalla *collecting society* olandese Pictoright, che agiva dinanzi al Rechtbank Roermond. Il Tribunale rigettava le domande, ma la sentenza veniva riformata in appello dal Gerechtshof te 's-Hertogenbosch. La Corte di Cassazione olandese decideva di sospendere il procedimento e di promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

[405] CGUE, 22 gennaio 2015, C-419/13, cit., para. 34-35 e 37-39. Il principio è stato affermato anche da CGUE, 22 settembre 1998, C-479/04, Lasetdisken, ECLI:EU:C:2006:549; Id., 17 aprile 2008, C-456/06, Peek&Cloppenburg, ECLI:EU:C:2008:232; Id., 4 ottobre 2012, C-403/08 e C-429/08, cit.; Id., 21 giugno 2012, C-5/11, Donner, ECLI:EU:C:2012:370.

[406] Ibidem, para. 47-48. La Corte sostiene che applicare il principio a nuovi supporti, che aprono nuovi potenziali mercati, priverebbe i titolari di diritti della possibilità di richiedere appropriata remunerazione per nuove forme di sfruttamento commerciale delle loro opere, impedendo la realizzazione dell'obiettivo della Dir. InfoSoc di offrire un elevato livello di protezione ai titolari dei diritti. In ciò, la corte conferma la c.d. giurisprudenza "Poortvliet", *leading case* della giurisprudenza olandese in materia di esaurimento del diritto d'autore, secondo cui questi può aversi solo quando l'opera rimane invariata rispetto a quella legittimamente messa in commercio. Cfr. Hode Raad, 19 gennaio 1979, Poortvliet/Hovener, NJ 1979/412 descritta da PAPPALARDO C., *Esaurimento del diritto di distribuzione*, cit. Principio analogo è riconosciuto anche dalla nostra giurisprudenza: cfr. App. Milano, 3 giugno 2003, Dir. aut., 2004, 231, secondo cui "*l'eventuale esaurimento dei diritti di utilizzazione economica di un'opera musicale non consente l'introduzione di elementi estranei alla partitura originaria, essendo rimesso solo all'autore ogni intervento modificativo della sua opera*".

[407] ROSATI E., *Online copyright exhaustion*, cit., 680-681, e GALIĆ M., *The CJEU Allposters Case: Beginning of the End of Digital Exhaustion*, EIPR, 2015, 389.

[408] In questi termini, SGANGA C., *op. cit.*

[409] CGUE, 19 dicembre 2019, C-263/18, Tom Kabinet, ECLI:EU:C:2019:1111. Per un commento si vedano RIZZUTO F., *The European Court of Justice rules in Tom Kabinet that the exhaustion of rights in*

book[410] di seconda mano. La vicenda traeva origine dalla contestazione rivolta da due delle principali associazioni olandesi a tutela dei diritti degli editori, che lamentavano la comunicazione al pubblico di opere protette, in violazione dei diritti dei propri associati. Sosteneva tuttavia la Tom Kabinet che la vendita online di e-books "usati" rientrasse nella nozione di "distribuzione" ai sensi dell'art. 4 Dir. 2001/29, soggetta al principio dell'esaurimento. La Corte distrettuale dell'Aia aveva rigettato la richiesta di provvedimento cautelare diretto a fermare le operazioni del sito, e pur ritenendo necessaria l'applicazione dell'art. 4(2) InfoSoc alle copie intangibili, decideva di richiedere l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia, per fare chiarezza sulla dubbia applicabilità della dottrina *UsedSoft* a tutte le opere protette da diritto d'autore[411]. La Corte di Giustizia ha confermato che la fornitura al pubblico, mediante download, di un libro elettronico rientra nella nozione di "comunicazione al pubblico" *ex* art. 3 Dir. 2001/29, non soggetta ad esaurimento. Pertanto, qualsiasi successiva messa in commercio non autorizzata di libri elettronici costituisce una violazione dei diritti di esclusiva in capo agli autori. La Corte ha rimarcato la necessità di distinguere la fornitura di un libro su supporto tangibile e di un libro elettronico. Le copie dematerializzate, diversamente dagli stampati, non si deteriorano con l'uso[412]. Conseguentemente, le copie di seconda mano si presentano funzionalmente identiche alle copie nuove. Se a ciò si aggiunge la facilità di scambio di tali copie, che non richiede sforzi, né costi aggiuntivi, ben si comprendono i rischi per i titolari di diritto d'autore. Questi si vedrebbero costretti a fronteggiare la concorrenza creata da un mercato formato da copie qualitativamente identiche a quelle originali, offerte ad una frazione del prezzo originario, senza che il consumatore sia posto nelle condizioni di distinguere tra copie legali e contraffatte. L'applicazione dell'esaurimento alle opere elettroniche rischierebbe, dunque, di contribuire allo sviluppo della pirateria ed a ostacolarne il contrasto.

---

copyright has little place in the age of online digital formats, Comp. and Telecomm. L. Rev., 2020, 26, 4, 108-115; KAISER A., *Exhaustion, Distribution and Communication to the Public – The CJEU's Decision C-263/18 – Tom Kabinet on E-Books and Beyond*, GRUR Int., 2020, 69, 5, 489-495; LAPOUSTERLE J., *L'arrêt Tom Kabinet ou le cantonnement de la théorie de l'épuisement des droits*, Dalloz IP/IT, 2020, 250; MEZEI P., *The Doctrine of Exhaustion in Limbo – Critical Remarks on the CJEU's Tom Kabinet Ruling*, Jagiellonian University Intel. Prop. L. Rev., 2020, 2, 130-153.

[410] Per un approfondimento sulla tutela giuridica degli *e-book*, cfr. GIUDICI S., *Gli e-book*, in FINOCCHIARO G., DELFINI F. (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Utet, Torino, 2014, 933 ss.

[411] Rechtbank Den Haag, Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemente Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV e altri, C/09/492558/ HA ZA 15-827, 12 luglio 2017, NL:RBDHA:2017:7543. In precedenza le associazioni editoriali avevano visto respingere le proprie istanze anche avanti al Rechtbank Amsterdam, Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV et al, C/13/567567/KG ZA 14-795 SP/MV,1 luglio 2014, NL:RBAMS:2014:4360, con decisione poi confermata dal Gerechtshof Amsterdam, Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet, Case 200.154.572/01 SKG, 20 gennaio 2015, NL:GHAMS:2015:66.

[412] Al contrario, la consumabilità e deperibilità del supporto, la cui qualità ed il cui valore decrescono nel corso del tempo, e la rivalità del suo possesso, che impedisce all'alienante di continuare a beneficiare dell'opera ceduta, mantenendo immutato il numero di copie circolanti e dei loro detentori, circoscrivono l'impatto dell'esaurimento nel mercato delle opere materiali. Sul punto v. WIEBE A., *The economic perspective: exhaustion in the digital age*, in BENTLY L., SUTHERSANEN U., TORREMANS P. (a cura di), *Global Copyright Three Hundred Years Since the Statute of Anne, From 1709 to Cyberspace*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, 321 ss.

A questo punto, l'operatività del principio di esaurimento non pare ulteriormente passibile di revisione se non attraverso un difficilmente pronosticabile tentativo di ottenere l'annullamento dell'art. 4(2) InfoSoc ai sensi dell'art. 51(2) TFUE[413], per restrizione sproporzionata del diritto di proprietà (art. 17 TFUE), del diritto al rispetto della vita privata (art. 7 TFUE)[414] e della libertà di impresa (art. 16 TFUE)[415], causata dalla limitazione dell'ambito di applicazione dell'esaurimento alle sole copie tangibili[416].

4. *Disponibilità del diritto e pubblico dominio volontario*

L'ultimo spazio di pubblico dominio è occupato dalle opere per cui l'autore abbia rinunciato alla tutela (*rectius* acconsentito a ridurre le facoltà di controllo da essa derivanti). Si tratta in questo caso di un pubblico dominio c.d. "volontario"[417], in quanto non trova fondamento in norme di legge, bensì nella scelta personale dell'autore. Tale scelta, considerato che il diritto d'autore a differenza dei restanti diritti di proprietà intellettuale, non prevede alcuna formalità costitutiva (quale la procedura di registrazione), ma si consegue automaticamente con la creazione dell'opera, richiede un atto formale di rinuncia. Non a caso si parla anche di pubblico dominio "artificiale"[418], per evidenziare come coloro che vogliano rilasciare i propri contenuti privi di alcuni dei vincoli imposti dal diritto d'autore, non possano semplicemente non rivendicare il proprio diritto sull'opera, bensì devono attivarsi per farlo. Da questo punto di vista, il diritto d'autore si presenta come un sistema per definizione chiuso ("*closed by default*"), all'interno del quale tutto è automaticamente tutelato (appunto "closed"), tranne ciò che esplicitamente e inequivocabilmente è rilasciato come parzialmente o totalmente libero[419]. Questa "liberazione" si attua attraverso schemi contrattuali di concessione in licenza dei diritti, attraverso i quali il legittimo titolare rinuncia a mantenere per sé la totalità dei diritti conferitigli dalla

---

[413] L'art. 51(2) TFUE statuisce che "*limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà*", e che "*nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*".

[414] In assenza di esaurimento, le limitazioni al diritto di proprietà deriverebbero dal controllo che il titolare del diritto può esercitare sull'uso del supporto incorporante l'opera anche dopo la sua vendita, che si estrinsecherebbe potenzialmente in tracking e profilazione o, più generalmente, nel monitoraggio delle attività dell'utente e nella limitazione della sua facoltà di utilizzo del supporto, con una più o meno pervasiva invasione della sua sfera privata.

[415] L'ambiente anti-competitivo creato dall'assenza di esaurimento potrebbe avere effetti negativi sulla libertà di impresa di società operanti nel mercato secondario dei prodotti digitali, come nel caso *Tom Kabinet*.

[416] Questa soluzione è avanzata da SGANGA C., cit.

[417] O "*domaine public consenti*", secondo l'espressione coniata da CHOISY S., *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002, 167.

[418] ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali*, cit., 96.

[419] ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali*, cit., 104.

legge ("*all rights reserved*"), per accordarsene solo una parte (c.d. "*some rights reserved*") o persino nessuno (c.d. "*no rights reserved*") [420]. Vige il principio della libera trasferibilità (art. 107 l.a.), che importa la possibilità di disporre dei diritti di utilizzazione economica con tutti i contratti tipici e atipici deducibili dalle disposizioni del codice civile [421]. L'unico vincolo è rappresentato dai diritti morali che, ai sensi dell'art. 22 l.a., sono inalienabili e di conseguenza insuscettibili di rinunzia, con conseguente radicale nullità, per contrarietà a norme imperative, di ogni eventuale patto abdicativo (v. par. 4.4) [422].

La scelta di rinunciare alla tutela autoriale è divenuta negli anni esponenzialmente più popolare tra gli autori ed è in larga parte un portato della rivoluzione digitale.

4.1. *Il ruolo della rivoluzione digitale nella riscoperta del pubblico dominio*

Negli ultimi due decenni circa, le basi sociali e tecnologiche dell'atto creativo hanno subito una radicale trasformazione. Il lungo percorso – che era solito condurre l'opera dell'ingegno dal suo creatore al pubblico, passando attraverso l'intermediazione di diverse categorie di imprese – è stato gradualmente sostituito da un percorso breve, che mette in contatto diretto i creatori e il pubblico [423].

Nel mondo analogico, l'accesso diretto al mercato da parte dei creatori di contenuti era limitato a un numero ristretto di casi eccezionali, mentre di regola l'intermediazione dell'editore, del rappresentante e del libraio era necessaria per portare l'opera dal suo creatore al lettore. Era pressoché impossibile provvedere a questi bisogni da sé e ciò spiega perché originariamente lo sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno passasse tipicamente da una relazione trilaterale tra l'autore, l'impresa editoriale e il pubblico.

La filiera dell'opera, dalla creazione al mercato, seguiva pertanto un percorso lungo e professionalmente organizzato (ovvero di tipo impreditoriale) (c.d. "*long route*") [424].

Con la rivoluzione digitale, questo quadro è mutato drasticamenente [425].

Dal lato della produzione, la perfetta riproducibilità dell'opera mediante copia digitale a costi prossimi allo zero e senza problemi di stoccaggio, ha reso la copia fisica e materiale dell'opera superflua e l'impresa editrice non più necessaria [426]. Sot-

---

[420] È il caso del modello di Creative Commons "CC0" con cui l'autore rinuncia a tutte le prerogative connesse al diritto d'autore, nella misura massima consentita dalla legge.

[421] Trib. Milano, 10 dicembre 1992, AIDA, 1993, 170/1.

[422] Pret. Milano, ord. 25 ottobre 1991, AIDA, 1992, 67/3; App. Milano, 23 febbraio 2006, AIDA 2006, 1115/1; Trib. Roma, Sezione IP, 13 agosto 2009, AIDA, 2010, 1363/2.

[423] RICOLFI M., *Individual and Collective Management of Copyright in a Digital Environment*, in TORREMANS P. (ed.), *Copyright Law*, cit., 283, 285, 308-314.

[424] RICOLFI M., *Consume and Share: Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C. (eds.), *The Digital Public Domain*, cit., 51.

[425] AUTERI P., *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in MONTAGNANI M.L., BORGHI M. (ed.), *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management*, Egea, Milano, 2006, 23-51.

[426] RICOLFI M., *Proprietà intellettuale, antitrust e reti*, in CAMBINI C., VALLETTI T., *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, il Mulino, Bologna, 2002, 39-40.

to il profilo della distribuzione, la rete internet ha permesso di raggiungere un numero pressoché illimitato di destinatari, azzerando tempi e costi di trasporto e spazi di immagazzinamento.

In questo nuovo contesto, l'instaurazione di una relazione tra creatore e impresa editoriale ha perso di significato, perché sia la stampa che la distribuzione fisica del prodotto non sono più indispensabili. I creatori possono accedere ai mercati e rendere le opere direttamente disponibili al pubblico, senza impegnarsi nella relazione trilaterale che era caratteristica dei rapporti di copyright (c.d. "*short route*") [427]. Anzi la semplificazione della filiera ha portato diversi utenti a sfruttare in prima persona le opportunità offerte dalla tecnologia per trasformarsi essi stessi in creatori e distributori di contenuti (c.d. *user generated content*) [428]. La confusione di ruoli tra produttori e consumatori (la c.d. *prosumption* che è insieme attività di produzione – *production*, e consumo – *consumption*) è d'altronde indicata come una condizione della società contemporanea, in opposizione alla netta separazione dei ruoli che caratterizzava l'età della industrializzazione, ma in continuità a quanto già si assisteva nelle società pre-industriali [429].

Insomma: sia la produzione che la distribuzione stanno migrando dal *business* al *consumer*, si fanno per così dire "orizzontali" [430], rendendo in larga misura ridondanti gli investimenti che caratterizzavano l'impresa editrice, che cede il passo alla condivisione sociale (c.d. "*social sharing*") di cultura e conoscenza.

Allo stato dell'arte, la produzione di cultura e conoscenza si configura ancora

---

[427] RICOLFI M., *Consume and Share*, cit., 54.

[428] MANSANI L., *User Generated Content*, Quaderni di AIDA, 2010, 244 ss. Non v'è consenso attorno ad una definizione condivisa del fenomeno. Un primo tentativo definitorio è stato proposto da OECD, *Participative web: user-created content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, 12 aprile 2007, 8 che vi ricomprende "*various forms of media and creative works (written, audio visula, and combined) created by Internet and technology user*" ed elenca tre caratteristiche principali del fenomeno: a) il requisito della pubblicazione, che vale ad escludere dalla nozione e-mail e messaggistica istantanea; b) lo forzo creativo, che esclude la mera riproduzione di contenuti altri; c) la creazione al di fuori della pratica e del contesto professionale, e dunque senza aspettative di profitto o remunerazione. Diverso è stato l'approccio al fenomeno adottato dalla Commissione UE che, nel quadro del processo di riforma del diritto d'autore, si è basata sulla definizione resa dal c.d. Rapport De Wolf. V. TRIAILLE J.-P., *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society* (the "Infosoc Directive"), 2013, 452, che restringe la nozione ai contenuti creati tramite riadattamento o modifica di materiale pre-esistente: "*UGC … are cases where a pre-existing work is taken by a user as a strating point for his/her own expression. It means that we limit the examination to the situations where there is a pre-existing work and where such work will be modified in one way or another to then be made available online*". MONTELEONE A.G., *Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli user-adapted content nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Medialaws – Rivista di diritto dei media, 1/2019, evidenzia però "*che il fenomeno è molto più ampio e complesso e i contenuti derivati sono solo una species dell'ampio genus degli UGC*". In questo senso, si veda anche CHUANG I., *Be Wary of Adding Your own Soundtrack: Lenz v. Universal and How the Fair Use policy should be applied to User Generated Content*, Loyola of Los Angeles Ent. Law Rev., 2009, 29, 164; ERICKSON K., *User illusion: ideological construction of "user-generated content" in the EC consultation on copyright*, Internet Policy Rev., 2014, 3, 4, 3 ss.

[429] Il termine è fatto risalire a TOFFLER A., *The third wave*, Morrow, New Tork, 1980, 266.

[430] Per usare un concetto caro a BENKLER Y., *La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta la libertà*, Università Bocconi ed., Milano, 2007.

come bipolare rimanendo ancora in parte affidata alla *long route,* affiancata dalla quota sempre crescente di *open content* disponibili su piattaforme di *knowledge sharing* come Wikipedia, di *photo, video and music sharing* come Shutterstock, YouTube, Vimeo e Spotify e di *user generated content* circolanti in quantità massive attraverso blog e *social networks*. Tale quota è tuttavia prevedibilmente destinata a crescere e soppiantare il segmento di mercato basato sulla *long route*, benché i due centri di produzione non siano mutualmente esclusivi e anzi possano interagire.

Tale mutamento di paradigma ha inciso anche sui modelli giuridici. Nel modello di mercato previgente era essenziale per i creativi e ancor più per l'impresa editoriale controllare e restringere l'accesso all'opera, posto che il monopolio concesso dal diritto di esclusiva consentiva loro di imporre al mercato qualunque prezzo che incontrasse domanda.

Al contrario, questo non pare più essere l'obiettivo dei creativi che operino lungo la *short route*. La grande maggioranza di essi, infatti, non campa delle vendite delle copie del proprio lavoro. Il più delle volte l'attività creativa occupa una parte marginale del tempo libero e al più può generare un profitto incrementale rispetto ad altre attività remunerative principali. L'esercizio creativo produce piuttosto effetti positivi in termini di credito professionale e notorietà. Anche quando lo sforzo creativo è posto in essere per puro diletto, ciò che è realmente importante per l'autore è che il suo lavoro si diffonda il più possibile [431].

Il sistema di diritti di esclusiva che costituisce il modello tradizionale di proprietà intellettuale, di fronte a questo scenario, ha perso attrattiva, dimostrandosi inefficace dinnanzi alle nuove sfide dell'innovazione [432]. Contestualmente, si sono fatti strada nuovi modelli partecipativi, che Ricolfi chiama di "*distributed innovation through digital network driven cooperation*" [433].

L'interesse alla diffusione dell'opera si inserisce altresì in un più generale sentimento di protesta verso i vincoli della proprietà intellettuale. Tant'è che alcuni autori hanno ritenuto ormai maturo il tempo per superare l'automaticità della tutela autoriale e proporre un nuovo modello di Copyright 2.0, in cui l'autore, beneficerebbe di default del solo diritto di attribuzione (ovvero di essere accreditato come autore dell'opera), mentre la piena protezione garantita dal modello esistente di Copyright 1.0, dovrebbe essere opzionata con scelta espressa [434].

In questo spazio di pubblico dominio c.d. "*contractually constructed*" [435], perché basato sull'utilizzo di appositi strumenti contrattuali (anche noti come *public do-*

---

[431] RICOLFI M., *Consume and Share*, cit., 54.

[432] Per una conferma dei lati negativi del modello di tutela tradizionale in ambiente digitale si veda REICHMAN J.H., *Legal Hybrids between Patent and Copyright Paradigms*, Columbia L.R., 1994, 94, 2432-558; HELLER M.A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, Harvard Law Rev., 1998, 111, 622-88; HELLER M.A., HEISENBERGER R.S., *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical research*, Science, 1998, 280, 698-701.

[433] RICOLFI M., *Consume and Share*, cit., 58.

[434] RICOLFI M., *Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, Dir. Aut., 2011, 3, 359.

[435] Secondo il linguaggio coniato da SAMUELSON P., *Enriching Discourse on Public Domains*, Duke Law J., 2006, 55, 783-834, 801 e in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., cit., 163.

main waiver)[436], si collocano i c.d. modelli "aperti" di fruizione dei diritti di proprietà intellettuale[437], tra cui le licenze *software open source*[438], e le licenze *Creative Commons* (di seguito anche solo "CC") (vedi il paragrafo successivo).

4.2. *La privatizzazione del processo di regolamentazione dell'uso della proprietà intellettuale: l'*open licensing

La diffusione di terminologie quali "*open access*", "*open content*"[439] o "*copyleft*"[440] hanno accompagnato la transizione verso la promozione di un utilizzo collettivo libero e condiviso del capitale intellettuale. Occorre notare che tecnicamente

---

[436] ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali*, cit., 96.

[437] Espressione utilizzata da GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 2015, 53.

[438] Sovente indicati come F/OSS (Free/Open-Source Software) o FLOSS (Free, Libre, Open, Source, Software), sono i software i cui detentori dei diritti ne permettono e favoriscono il libero studio e l'apporto di modifiche da parte di altri programmatori indipendenti, rendendo liberamente disponibile il codice sorgente. Il movimento ha assunto rilievo filosofico allorché Richard Stallman fondò nel 1985 la Free Software Fondation (FSF), una organizzazione senza fini di lucro per lo sviluppo e la distribuzione di software liberi. Nel 1989, per distribuire i programmi creati nell'ambito del progetto, Stallman creò la General Public License, comunemente indicata con l'acronimo GPL, che garantisce agli utenti finali di utilizzare, condividere e persino modificare il software, purché esso sia distribuito solo sotto gli stessi termini di licenza. Tra i programmi di software libero sotto licenza GPL spicca il successo di Linux. La ritrosia dell'ambiente commerciale statunitense non facilitò la diffusione del software libero e portò nel 1997 Eric S. Raymond e altri a pensare una ridefinizione ideologica del software libero, chiamata "*Open Source*". La scelta a favore dell'Open Source da parte di alcune importanti imprese del settore come Netscape, IBM, Sun Microsystems e HP, facilitarono l'accettazione del movimento presso l'industria del software. Per un approfondimento si veda ROSEN L., *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall PTR, Upper Saddle River, NJ, 2004, 69-7; MADISON M., *Reconstructing the Software License,* Loy. U. Chi. L. J., 2003, 35, 275, 282-87; UDSEN E., *Open source licenses*, in RIIS T. (ed.), *User Generated Law. Re-Constructing Intellectual Property Law in a Knowledge Society*, Edward Elgar, 2016, 99 ss.

[439] Il termine è stato creato in analogia con Open Source per descrivere un qualsiasi tipo di lavoro creativo, o contenuto, non più solo software, pubblicato sotto una licenza che ne permetta la copia e la modifica da parte di terzi.

[440] La parola gioca sul termine copyright sostituendo alla parola "*right*" ("diritto") con "*left*" ("ceduto" o "lasciato"). Il sistema di *copyleft* consiste nel prevedere che l'ulteriore distribuzione dell'opera debba avvenire alle medesime condizioni di licenza di cui si è goduto, così impedendo il ritorno al sistema proprietario. Si fonda sul principio di parità di trattamento, in virtù del quale la libertà di utilizzo garantita al licenziatario viene a coniugarsi con l'obbligo in capo a questi di garantire la medesima libertà all'utente successivo. Ciò comporta che l'autore di opere derivate, responsabile di una modifica creativa su opera sviluppata e distribuita in modalità *copyleft*, non potrà imporre all'utilizzatore della sua opera limitazioni maggiori di quelle previste dalla licenza originaria. Tale sistema presuppone ai fini del suo corretto funzionamento l'apposizione materiale dei termini di licenza sui contenuti licenziati, cosicché ogni successivo utente ne possa venire a conoscenza nel momento di fare il proprio utilizzo degli stessi. In CC, ad esempio, il sistema è automatizzato attraverso un sistema chiamato ccREL che esprime in metadati il codice della licenza applicabile all'opera, rendendolo leggibile direttamente da pc. Perciò il modello di copyleft trasforma delle obbligazioni contrattuali (i termini di licenza), come tali di regola efficaci solo tra le parti contraenti, in diritti proprietari valevoli *erga omnes* e di natura reale, in quanto seguono necessariamente i contenuti di cui regolano l'utilizzo (c.d. viralità del *copyleft*). RADIN M.J., *Human, Computers, and Binding Commitment*, Ind. L.J., 2000, 75, 1132, parla a riguardo di "*an attempt to make commitments run with a digital object*". In CC, le uniche licenze in modalità copyleft sono quelle c.d. "Share Alike".

l'*open licensing* non integra una forma di pubblico dominio in senso stretto, in quanto consente l'utilizzo di contenuti non "pubblici", ma coperti da diritto d'autore [441]. Le condizioni di utilizzo sono tuttavia molto più vicine al pubblico dominio, e ciò spiega l'assimilazione a questo [442]. Le strategie di *copyleft* creano degli spazi di pubblico dominio e di libero utilizzo dei contenuti altrui, che si innestano in aree di monopolio, senza che per ciò solo cessi il diritto di esclusiva riconosciuto dal diritto d'autore. Contrariamente alla natura di questo, però, l'*open access* fa del diritto d'autore uno strumento per condividere e socializzare la proprietà intellettuale. L'esclusività conferita dai diritti di proprietà intellettuale, infatti, non è più concepita come *ius excludendi alios*, ma come libertà di decidere di non escludere, aderendo all'idea per cui esclusività ed esclusione non sono termini sinonimi, né intercambiabili: i diritti di proprietà intellettuale creano esclusività, ovvero potere di escludere, ma non necessariamente escludono. In questo senso, nell'*open access* il diritto d'autore è pensato per operare solo nella sua dimensione morale inalienabile di riconoscimento della paternità dell'opera e di opposizione a deformazioni a danno dell'opera. Ciò è quanto emerge dalla definizione di accesso aperto contenuta nella Budapest Open Access Initiative [443], una dichiarazione sui principi dell'accesso aperto alla letteratura scientifica, presentata il 14 febbraio 2002 durante una conferenza organizzata dall'Open Society Institute [444]. Per "accesso aperto" si intende infatti la "*disponibilità pubblica e gratuita in Internet, e la possibilità per ogni utente di leggere, scaricare, copiare, diffondere, stampare, cercare, o linkare al testo completo degli articoli, di analizzarli e indicizzarli, di trasferirne i dati in un software, o usarli per ogni altro utilizzo legale, senza ulteriori barriere (legali, tecniche o finanziarie) se non quelle relative all'accesso a Internet. L'unico vincolo riguardo la riproduzione e la distribuzione, e l'unica funzione del copyright in questo ambito, dovrebbe essere la tutela dell'integrità del lavoro degli autori e il diritto di essere debitamente riconosciuti e citati*" [445]. Alla dichiarazione di Budapest hanno poi fatto seguito numerose altre iniziative finalizzate a promuovere l'accessibilità alla scienza, tra cui la Dichiarazione di

---

[441] Il Preambolo alle GPL prevede che "*Developers that use the GNU GPL protect your rights with two steps: (1) assert copyright on the software, and (2) offer you this License giving you legal permission to copy, distribute and/or modify it*" (http://www.gnu.org/licenses/gpl.html). Analogamente le licenze CC insistono che "*the work is protected by copyright and/or other applicable law, any use of the work other than as authorized under this license or copyright law is prohibited*".

[442] Non a caso l'Open Knowledge Foundation ha pubblicato *The Open Definition 2.1*, il cui art. 1.1. sancisce che un'opera può definirsi ad acceso aperto quando "*The work must be in the public domain or provided under an open license*". La definizione è disponibile al link https://opendefinition.org/od/2.1/en/ (ultimo accesso 18.4.21).

[443] In argomento si vedano CASTELLUCCI P., *Dichiarazione di Budapest per l'accesso aperto: testo e commento,* in *Nuovi annali della scuola speciale per archivisti e bibliotecari*, 2010, 24, 24, 131-158 e CASSELLA M., *Open Access e comunicazione scientifica: verso un nuovo modello di disseminazione della conoscenza*, Editrice Bibliografica, Milano, 2012.

[444] Si tratta della rete di fondazioni internazionali, oggi meglio nota come Open Society Foundations, fondate dal magnate ungherese George Soros.

[445] Dichiarazione di Budapest per l'accesso aperto, trad. it. a cura di CASTELLUCCI P., disponibile al link https://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/italian-translation (ultimo accesso 18.4.21).

Berlino sull'accesso aperto alla letteratura scientifica [446], cui gli atenei italiani hanno aderito per mezzo della Dichiarazione di Messina [447] e la Dichiarazione di Bethesda sull'editoria ad accesso aperto [448].

Si è correttamente osservato che si assiste ad una sorta di privatizzazione del processo di regolamentazione dell'uso della proprietà intellettuale, in quanto il potere di definire i confini del libero accesso ai propri contenuti proprietari è delegato direttamente al titolare del diritto [449].

4.3. *Le licenze* Creative Commons

Non essendo possibile dare conto compiutamente in questa sede di tutti gli strumenti contrattuali che consentono al titolare del diritto di limitare volontariamente le facoltà di controllo sulla diffusione della propria opera, ci si limiterà a qualche cenno sulle licenze Creative Commons che, per generalità di applicazione, più di ogni altra hanno contribuito ad incidere la porta del pubblico dominio volontario e ad accrescerne l'importanza.

Creative Commons (CC) è un'organizzazione *non-profit* fondata nel 2001 da Lawrence Lessig, registrata in Massachusetts ma di casa presso la *Stanford University,* nonché il nome con cui sono conosciute le licenze *copyleft* da questa rilasciate a partire dal 16 dicembre 2002.

Lessig sostiene che negli ultimi vent'anni attorno al *copyright* è cambiato tutto, tranne le norme che lo regolano. La legislazione è infatti rimasta legata al tipo di società industriale nell'ambito della quale era nata la cultura moderna, dominata dai distributori tradizionali di contenuti mossi dal fine di mantenere e rafforzare il loro

---

[446] È stata scritta nel 2003 in una conferenza sull'accesso aperto ospitata a Berlino dalla Società Max Planck. Il testo è consultabile al link https://it.wikisource.org/wiki/Dichiarazione_di_Berlino (ultimo accesso 18.4.21).

[447] La Dichiarazione sottoscritta il 4 novembre 2004 presso l'Università di Messina è disponibile al link https://cab.unime.it/decennale/wp-content/uploads/2014/03/Dich_MessinaITA.pdf (ultimo accesso 18.4.21).

[448] La Dichiarazione è stata elaborata l'11 aprile 2003 presso il Howard Hughes Medical Institute in Chevy Chase, Maryland. Essa pone due requisiti perché una pubblicazione possa essere definita ad accesso aperto: "*The author(s) and copyright holder(s) grant(s) to all users a free, irrevocable, worldwide, perpetual right of access to, and a license to copy, use, distribute, transmit and display the work publicly and to make and distribute derivative works, in any digital medium for any responsible purpose, subject to proper attribution of authorship, as well as the right to make small numbers of printed copies for their personal use. A complete version of the work and all supplemental materials, including a copy of the permission as stated above, in a suitable standard electronic format is deposited immediately upon initial publication in at least one online repository that is supported by an academic institution, scholarly society, government agency, or other well-established organization that seeks to enable open access, unrestricted distribution, interoperability, and long-term archiving*". A differenza della Dichiarazione di Budapest, la definizione proposta dalla dichiarazione di Bethesda menziona anche il diritto di riuso per opere derivate. La Dichiarazione è consutabile al link http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm (ultimo accesso 18.4.21).

[449] ELKIN-KOREN N., *A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights*, in DREYFUSS R.C., FIRST H., LEENHEER ZIMMERMAN D. (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, OUP, Oxford, 2001, 192.

monopolio sui prodotti culturali[450]. Di fronte ad un'eccessiva estensione sia in termini di portata che di durata del *copyright*, frutto delle pressioni delle grandi lobby[451], CC propone come soluzione l'introduzione delle Creative Commons Public Licenses (CCPL), che permettono agli autori/licenzianti di stabilire il grado di libertà di sfruttamento che essi intendono concedere ai terzi in relazione alle loro opere.

Lessig si propone di riportare la tutela autoriale ad un livello ragionevole, in cui non tutti i diritti siano riservati, con l'obiettivo di contribuire alla costruzione del pubblico dominio, quale base essenziale per alimentare e sostenere la creatività altrui[452]. La licenza CC nasce con lo scopo di utilizzare i diritti di un privato per il bene pubblico, offrendo agli autori uno strumento di tutela delle proprie opere e incoraggiando al contempo l'uso delle stesse da parte di terzi, secondo una logica di cooperazione per lo sviluppo comune delle idee[453].

Le CCPL non comportano l'eliminazione del *copyright*, ma si pongono come strumento complementare ad esso. Non si vogliono eliminare i diritti degli autori, ma si vuole facilitare loro la concessione di determinate libertà ulteriori a favore dei terzi rispetto a quelle garantite dalle libere utilizzazioni previste dai singoli ordinamenti nazionali[454]. Vengono dunque mantenuti in capo all'autore/licenziante i diritti che questi intende riservarsi[455]. Esse nascono per fornire un grado di protezione intermedio fra il tradizionale "all rights reserved" del copyright ed il "no rights" del pubblico dominio, secondo una logica di "alcuni diritti riservati". I limiti di queste libertà dipendono dalle scelte dell'autore, che possono essere effettuate attraverso una procedura semplice e guidata e senza la necessità di ricorrere ad assistenza legale.

Le CCPL sono licenze standardizzate valide in tutto il mondo, per la durata del diritto d'autore e dei diritti connessi relativi all'opera. Non sono revocabili: è possibile interrompere la ulteriore distribuzione dell'opera, ma non bloccare gli usi già in essere. Non sono nemmeno esclusive: l'autore è libero di concedere ad alcuni utenti un certo tipo di licenza e successivamente accordarsi con altri per una differente licenza[456].

Sono costituite da una struttura di base formata da disposizioni comuni a tutte le CCPL, su cui si innestano alcune clausole variabili.

La parte comune prevede che nessuna licenza limiti gli usi consentiti (noti anche con il termine recepito dalla dottrina anglosassone di *fair use*), l'esaurimento del di-

---

[450] LESSIG L., *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Penguin, New York, 2004, traduzione italiana a cura di PARRELLA B., *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005, disponibile all'indirizzo: www.free-culture.cc/freeculture.pdf e in italiano all'indirizzo: www.copyleft-italia.it/pubblicazioni/Lessig-CulturaLibera.pdf.

[451] Si veda LESSIG L., cit., 56.

[452] LESSIG L., cit., 127-128.

[453] ZICCARDI G., *Libertà del codice e della cultura*, Giuffrè, Milano, 2006, 161-171.

[454] LESSIG L., cit., 128-129.

[455] FABIANI M., *Creative Commons. Un nuovo modello di licenza per l'utilizzazione delle opere in Internet*, Dir. autore, 2, 2006, 165-168.

[456] PERUGINELLI G., *Le Licenze Creative Commons*, Dir. internet, 2008, 3, 312.

ritto (*first sale doctrine*) e la libertà di espressione altrui. Ogni licenza richiede che il licenziatario (i) ottenga il permesso dell'autore per porre in essere qualsiasi utilizzazione che questi abbia scelto di limitare; (ii) mantenga intatta su tutte le copie dell'opera la *copyright notice* in modo tale che sia sempre chiaramente individuabile il titolare dei diritti e la tipologia di licenza prescelta; (iii) inserisca in ogni opera un link che rimandi ai termini della licenza scelta dall'autore; (iv) non alteri i termini della licenza e non usi mezzi tecnologici (le c.d. misure tecnologiche di protezione) per impedire ad altri licenziatari di esercitare uno qualsiasi degli usi consentiti dalla legge.

Nella parte variabile sono indicate le libertà che l'autore vuole concedere sulla propria opera e le condizioni secondo le quali è possibile fruire di tali libertà. Le clausole variabili (c.d. *License Conditions*) sono quattro e possono essere combinate a scelta dell'autore al fine di ottenere la CCPL più adatta alle proprie esigenze, secondo una logica di licenza modulare o componibile, declinabile in sei diversi modelli di licenza[457]. Le clausole prendono il nome della condizione che pongono: "Attribution", "Share Alike", "Noncommercial" e "No Derivate Works".

La condizione "Attribution" permette la copia dell'opera con qualsiasi mezzo e su qualsiasi tipo di supporto, la distribuzione, la comunicazione al pubblico, ivi inclusa la trasmissione audio digitale, la rappresentazione, l'esecuzione, la visione e l'utilizzo dell'opera, nonché la sua modifica, purché sia sempre riconosciuta la paternità dell'opera secondo i modi e le forme richieste dall'autore. Tale condizione è divenuta una scelta obbligatoria con la seconda versione delle CCPL e non può essere rinunciata. Nell'ordinamento italiano, d'altronde, il diritto morale d'autore ha natura indisponibile, perciò l'autore di un'opera non può rinunciare validamente al riconoscimento della paternità dell'opera[458] (cfr. il paragrafo successivo).

Con la condizione "Share Alike" ("Condividi allo stesso modo"), l'autore permette di distribuire opere derivate del proprio lavoro solo a condizione che queste opere siano rilasciate con una licenza identica a quella dell'opera originaria[459].

Con la condizione "Non Commercial" ("Non commerciale"), l'autore consente l'utilizzazione dell'opera che non sia prevalentemente intesa o diretta al perseguimento di un vantaggio commerciale o di un compenso monetario privato. Il diritto allo sfruttamento commerciale dell'opera rimane in capo all'autore.

Infine, con la condizione "No Derivative Works" ("Non opere derivate"), l'autore vieta la creazione di opere derivate dell'opera concessa in licenza[460].

---

[457] GLORIOSO A., MAZZIOTTI G., *Alcune riflessioni sulle licenze* creative commons *e i diritti connessi degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di diffusione radiotelevisiva*, Dir. autore, 2008, 2, 135.

[458] V. nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**. Una deroga è potenzialmente rappresentata dalle CC Zero, benché esse trovino comunque un limite invalicabile nelle norme imperative interne (v. par. 4.4.).

[459] Questo gruppo di licenze è quello più simile alle licenze GNU/GPL create per favorire la diffusione del software libero.

[460] È opera derivata, secondo la definizione che ne dà la versione 2.5 delle licenze italiane l'opera "basata sull'Opera ovvero sull'Opera insieme con altre opere preesistenti, come una traduzione, un ar-

Alcune condizioni ulteriori sono state aggiunte con le *release* successive delle licenze: ad esempio nella versione 3.0 è stata aggiunta la condizione "No Endorsement" (letteralmente "Non approvazione"), finalizzata a chiarire il rapporto tra licenziante e licenziatario, ovvero a garantire che quando il licenziatario traduca o adatti i contenuti licenziati, sia specificato che ciò avviene in forza della licenza e non di un rapporto speciale tra le parti [461].

Alcune condizioni non possono essere contemporaneamente presenti nella stessa licenza. Specificamente, non è possibile selezionare la condizione "Share Alike" laddove si sia optato per la "No Derivate Works", in quanto la prima opera sul presupposto della possibilità di creare opere derivate. Conseguentemente, le combinazioni possibili, ordinate in funzione della maggiore o minor libertà che concedono al terzo utilizzatore, sono le seguenti: i) "Attribution", ii) "Attribution-ShareAlike" (BY-SA), iii) "Attribution-NoDerivativeWorks", iv) "Attribution-NonCommercial", v) "Attribution-NonCommercial-ShareAlike" (BY-NC-SA) e v) "Attribution-NonCommercial-NoDerivativeWorks" [462].

Ogni licenza è disponibile in tre diverse vesti [463].

a) La licenza vera e propria rilevante sul piano giuridico prende il nome di *Legal code*, e corrisponde al documento contrattuale di licenza formato da alcune premesse e da otto articoli, in cui si regolano la distribuzione dell'opera e l'applicazione della licenza [464].

b) Il *Common Deed* è una versione sintetica del Legal code (cui rimanda per mezzo di un link), priva di valore legale, scritta in un linguaggio grafico comprensibile per chiunque: l'utilizzo di icone, i cosiddetti "visuals", segnala le diverse condizioni con cui l'opera è licenziata.

c) Infine, all'interno dell'opera, in formato digitale sono incorporati una serie di metadati, il c.d. *Digital code*, che descrivono in linguaggio REL criptato (e dunque non visibile all'utente ma leggibile dai computer) i termini della licenza e alcuni dati relativi all'opera (il nome dell'autore, il titolo, la tipologia). Grazie al *Digital code*, che opera come una sorta di misura tecnologica di protezione, la macchina non permette di fare dell'opera l'uso vietato (ad esempio, modificarla), inoltre l'opera risulta facilmente rintracciabile dai motori di ricerca che hanno sviluppato gli appositi strumenti di rilevazione [465].

---

rangiamento musicale, un adattamento teatrale, narrativo, cinematografico, una registrazione di suoni, una riproduzione d'arte, un digesto, una sintesi, o ogni altra forma in cui l'Opera possa essere riproposta, trasformata o adattata".

[461] Tale introduzione era stata fortemente caldeggiata dal MIT. Si veda sul punto ALVANINI S., *Creative Commons: condividere, modificare e riutilizzare legalmente*, Riv. dir. ind., 2009, 4, 392.

[462] Ciascuna di esse è disponibile all'indirizzo: http://creative–commons.org/about/licenses/meet-the-licenses; o in italiano all'indirizzo: http://creativecommons.it/Licenze.

[463] LESSIG L., *Free culture: how big media uses technology*, cit., 127.

[464] ALIPRANDI S., *Creative Commons: manuale operativo*, Stampa Alternativa, 2008, 35, disponibile all'indirizzo: www.copyleft-italia.it/libro4/. Un esempio di *legal code* è proposto da PERUGINELLI G., cit., 312 ss.

[465] ALIPRANDI S., *Teoria e pratica del copyleft*, NDA Press, 2006, 49.

Nel 2003, CC ha lanciato un progetto di internazionalizzazione delle licenze (il Creative Commons International – CCi) al fine di ottenere la "portabilità" del nucleo delle CCPL nelle differenti giurisdizioni in tutto il mondo [466]. Le licenze erano infatti state scritte avendo come riferimento la legislazione americana (in particolare il Digital Millenium Copyright Act), con i conseguenti problemi di compatibilità con la legislazione di altri Paesi, specialmente quelli di *civil law* che prevedono l'istituto del diritto morale d'autore e dei diritti connessi [467], sconosciuti al sistema americano [468]. Il processo di "porting" ha coinvolto istituzioni affiliate a CC istituite in ciascun paese, che si sono avvalse dell'aiuto e della collaborazione, su base gratuita e volontaria, di vari esperti nel campo del diritto e dell'informatica, per portare a termine sia la traduzione delle licenze che l'adattamento legale alle particolari giurisdizioni. Le licenze tradotte e adattate hanno acquisito nei vari Paesi valore legale autonomo ed indipendente rispetto alle licenze statunitensi.

Il 18 novembre 2003 Lawrence Lessig ha annunciato a Torino l'inizio ufficiale del lavoro di traduzione e adattamento delle CCPL in Italia sotto la guida di Marco Ricolfi e Juan Carlos De Martin in rappresentanza di due *Affiliate Institutions*: il Dipartimento di Studi giuridici dell'Università di Torino per quanto riguarda gli aspetti legali e l'IEIIT-CNR per quanto riguarda gli aspetti tecnico-informatici. Il 6 dicembre 2004 Creative Commons Italia ha presentato le CCPL italiane. Un'analisi completa del tipo di intervento effettuato e delle variazioni introdotte rispetto al testo originale è contenuta nel "Report on Substantive Legal Changes – Creative Commons Italy" [469]. L'Italia ha scelto di mantenersi fedele all'impianto originale fondamentale delle licenze, allontanandosi dallo stesso solo quando gli interventi apparissero indispensabili od opportuni in relazione al diverso contesto giuridico in cui le licenze italiane sono destinate ad operare.

---

[466] Informazioni su questa iniziativa all'indirizzo web: http://creative– commons.org/international/.

[467] Dubbi sono sorti in relazione alla possibilità di estendere l'applicazione delle licenze CC anche ad opere coperte da diritti connessi al diritto d'autore e quindi in particolare alle performances di interpreti ed esecutori. Nella versione originale delle licenze ed in quelle trasposte nei vari ordinamenti infatti non si faceva menzione di tali diritti, anche in virtù del fatto che il diritto americano contempla la tutela di interpretazioni ed esecuzioni in forza del diritto d'autore, senza prevedere le figure ancillari dei diritti connessi, tipici del diritto europeo. La versione 3.0 delle licenze ha posto rimedio a tale limite, integrando la nozione di "opera" al fine di ricomprendervi anche "performances", "brodcasts" e "phonograms". Cfr. GLORIOSO A., MAZZIOTTI G., *Alcune riflessioni sulle licenze Creative Commons*, cit., 133-163, 158-60.

[468] ZICCARDI G., "Free Culture" *e la realtà normativa italiana – Presentazione del volume "Cultura Libera" di Lawrence Lessig*, *Ciberspazio e diritto*, 1, 2005, 49-53.

[469] Disponibile all'indirizzo: www.creativecommons.it/files/SubstantiveLegalChanges_italiano.pdf. Una analisi degli aspetti di maggiore differenziazione delle licenze italiane rispetto al testo originale è stata condotta da ALVANINI S., *Creative Commons*, cit., 395. I problemi affrontati nell'opera di adattamento sono stati raggruppati in due ordini di questioni: 1) interne, relative alla struttura intrinseca delle licenze ed alla compatibilità delle medesime con la disciplina italiana del diritto d'autore; 2) esterne, afferenti al contesto giuridico in cui le licenze dovranno operare ed in particolare al necessario coordinamento con l'esclusività del mandato SIAE. Cfr. TRAVOSTINO M., *Alcuni recenti sviluppi in tema di licenze Creative Commons*, Ciberspazio e diritto, 2, 2006, 253-270.

Il successo è stato assoluto. Solo nei primi sei mesi dalla nascita, più di un milione di lavori sono circolati con queste licenze[470], mentre sono 43 i paesi (*chapters*) che hanno aderito al porting[471].

I motivi sono molteplici. Le CC sono state capaci di interpretare il mutato scenario socio-economico, offrendo risposte più adeguate alle esigenze di questo e delle opere creative diffusa tramite Web[472]. Facilitando l'uso delle risorse creative con regole certe e semplici, offrono un significativo contributo al diffondersi del nuovo modello economico di *sharing economy*[473]. Aggirando i normali processi di intermediazione[474] e consentendo una migliore diffusione delle proprie opere, esse operano anche come strumento di marketing, volto a massimizzare la notorietà dell'autore. L'esperienza ha dimostrato che la diffusione gratuita on-line, fa generalmente aumentare le vendite del libro anche in libreria, cosicché anche le case editrici avrebbero interesse nel permettere la diffusione del libro gratuitamente on-line, per intercettare l'attenzione di quella fetta di mercato ancora affezionata ai canali di distribuzione tradizionali. Non deve essere trascurata inoltre la componente di autori che scegli le CC in chiave ideologica.

La crescente importanza di questo strumento è testimoniata dal fatto che l'Unione Europea ha adottato le licenze Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0) come standard per le politiche di riutilizzo dei documenti della Commissione UE[475], ai sensi dell'art. 6 della decisione 2011/833/EU[476].

4.4. *I limiti alla disponibilità del diritto*

Lo spossessamento del diritto d'autore non è comunque assoluto. La legge italiana sul diritto d'autore presenta, sin dall 1925, un impianto dualistico[477], che distingue gli atti di disposizione relativi alla sua componente patrimoniale, l'*Immaterialgüterrecht*, da quelli indisponibili che attengono alle prerogative personali o

---

[470] LESSIG L., *Free culture: how big media uses technology*, cit., 128.

[471] https://network.creativecommons.org/?ref=global-affiliate-network.

[472] MARANDOLA M., *Il nuovo diritto d'autore: introduzione a copyleft, open access e creative commons*, DEC, Milano, 2005.

[473] HAROLD C., *OurSpace: resisting the corporate control of culture*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2007; BENKLER Y., *La ricchezza della Rete*, cit.

[474] GLORIOSO A., MAZZIOTTI G., *op. cit*., 136.

[475] Cfr. la decisione della COMMISSIONE UE, *Adopting Creative Commons as an open licence under the European Commission's reuse policy*, Bruxelles, 22 febbraio 2019, C(2019) 1655 final.

[476] COMMISSIONE UE, *Decisione relativa al riutilizzo dei documenti della Commissione*, 12 dicembre 2011, 2011/833/UE, il cui art. 6 prevede che "*I documenti sono messi a disposizione per il riutilizzo senza che sia necessario presentare domanda, salvo se altrimenti specificato, e senza restrizioni o, se del caso, mediante una licenza aperta o una clausola di esclusione della responsabilità assortite di condizioni che illustrano i diritti dei riutilizzatori*".

[477] Cfr. l'art. 16, secondo cui "*indipendentemente dai diritti patrimoniali* […] *l'autore ha, in ogni tempo, azione per impedire che la paternità della sua opera sia disconosciuta, o che l'opera sia modificata, alterata o deturpata in modo da recare grave ed ingiusto pregiudizio ai suoi interessi morali*".

morali[478]. Tale impianto è debitore della teoria dualistica[479], formulata da Kohler, che considera il diritto d'autore come un *Doppelrecht*, un "diritto doppio". La legge sul diritto d'autore del 1941 ha riaffermato l'adesione dell'ordinamento giuridico italiano a tale concezione[480]. Il contenuto del diritto è dunque spezzato in due: da una parte sta la "protezione della utilizzazione economica dell'opera", dall'altra la "protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore". E questa separazione porta con sé l'enunciazione di regole diverse sul piano della disponibilità del diritto. Le facoltà che compongono il diritto morale d'autore[481] sono infatti "*inalienabili*" (art. 22, comma 1, l.a.); i diritti di utilizzazione economica possono invece "*essere acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentiti dalla legge*" (art. 107 l.a.); e per corollario "*indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera […] ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione*" (art. 20, co. 1, l.a.).

---

[478] Cfr. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907, 17-18 ss., 440, 463. La teoria dualistica si differenzia dalla quella monistica di Ulmer che procede sì dalla distinzione tra *Nutzungsrechte* ed *Urheberpersönlichkeitsrechte*, ma precisa che non si può dedurne la disponibilità del diritto patrimoniale e l'indisponibilità del diritto morale. Nei Nu*tzungsrechte* la componente patrimoniale è certamente più forte, ma non fino al punto da divenire esclusiva. A loro volta, gli *Urheberpersönlichkeitsrechte* in senso stretto assecondano anche esigenze che hanno riflessi patrimoniali. Occorre allora valutare la disponibilità del diritto nel suo insieme. Di qui promana l'idea che esso possa in effetti formare oggetto di atti di disposizione, con l'avvertenza però che essi non possono in nessun caso spezzare il legame di filiazione intellettuale tra l'opera ed il suo autore. Cfr. ULMER E., *Urheber– und Verlagsrecht*, cit., 100 ss.. Su tale concezione del diritto poggia la legge tedesca del 1965. Entrambe si contrappongono a loro volta alla teoria del diritto d'autore come diritto della personalità (c.d. "*Lehre von Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht*"), secondo cui l'attribuzione di diritti esclusivi sull'opera mira in realtà ad attribuire all'autore il dominio su di una parte della propria sfera personale. Essa procede all'inverso dall'affermazione dell'indisponibilità del diritto nel suo complesso. Essa distingue tra cessione del diritto e del suo esercizio: mentre è pienamente ammissibile la cessione dell'esercizio del diritto, resta ferma la permanenza presso l'autore della "sostanza" dell'Urheberrecht, con la conseguenza che deve escludersi in ogni caso il trasferimento integrale del diritto. Cfr. GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, Vol. I, Dunker & Humblot, Leipzig, 1895, 764, 767 ss., 805-809 ss. Per un confronto tra le diverse impostazioni e fra la legge tedesca e italiana si veda COGO A., *Diritto d'autore ed autonomia negoziale negli ordinamenti italiano e tedesco*, 2011, http://dirittoautore.cab.unipd.it.

[479] COGO A., *Diritto d'autore ed autonomia negoziale,* cit.. *Contra*, PIOLA CASELLI E., *Trattato del diritto di autore*, 2ª ed., Margheri-Utet, Napoli-Torino, 1927, 762 ss., secondo cui il diritto d'autore sotto l'imperio di questa legge sarebbe diritto misto (e non doppio), in quanto, secondo quanto teorizzato da Ulmer, né interamente patrimoniale, né interamente personale, bensì inteso a proteggere un groviglio inestricabile d'interessi intellettuali e ad un tempo materiali, così che nelle facoltà d'un genere resta pur sempre un tratto comune a quelle del genere opposto. Cfr. ULMER E., *Urheber– und Verlagsrecht*, Springer, Berlin, 1951, 98 s.

[480] Sui segni di discontinuità pur tuttavia signficativi, si veda COGO A., *Diritto d'autore ed autonomia negoziale*, cit., 14 ss.

[481] Il diritto morale d'autore è definito dalla legge come afferente a quei "*diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore*" (così la rubrica della sezione II del capo III, ove si descrive il "contenuto" del diritto). Sulla base del diritto positivo, esso presenta più sfaccettature, quali il diritto a rivendicare la paternità dell'opera e ad opporsi ad ogni deformazione, mutilazione o modificazione (art. 20 l.a.); il diritto di rivelarsi l'autore di un'opera anonima (art. 21 l.a.); il diritto di inedito (art. 24 l.a.); il diritto di ritirare l'opera (art. 142 l.a.); il diritto alla indicazione del proprio nome da parte dell'editore (art. 126 l.a.).

La *ratio* del diverso livello di disponibilità del diritto riposa nella diversa natura dello stesso e conseguentemente degli interessi in gioco sottostanti. "*La garanzia della paternità dell'opera*[482] *e della sua integrità non soltanto tutela l'autore stesso*[483]*, ma ha anche una finalità di natura pubblicistica*"[484]. La messa in circolazione di opere falsamente imputabili all'autore medesimo, infatti, è stata riconosciuta "*tale da pregiudicare la lealtà e la correttezza del mercato artistico*"[485]. Analogamente risponde a finalità che trascendono il singolo l'esigenza di permettere che alla morte del titolare un diritto di eguale contenuto venga ad esistenza in capo ai soggetti che l'ordinamento ha ritenuto i più adatti a meglio tutelare l'immagine della personalità creativa dell'autore.

Secondo l'opinione prevalente, inalienabilità (o indisponibilità che dir si voglia) significherebbe che i diritti morali non possano essere trasferiti a terzi per atti *inter vivos*: l'autore "*non può privarsi né essere privato della condizione e degli attributi di titolare del diritto morale, il quale persiste intatto nella sua assolutezza e compiutezza, in capo all'autore, a prescindere dalle vicende che possono aver per oggetto i diritti patrimoniali*"[486]. Secondo questa opinione, supportata anche da risalente giurisprudenza di legittimità e di merito[487], l'inalienabilità comporta anche che i diritti morali

---

[482] Secondo l'orientamento da ultimo affermatosi in sede di legittimità, "*il diritto morale d'autore costituisce quella ricompensa non economica (ma almeno altrettanto importante) che consiste nell'essere riconosciuto fra il pubblico indistinto come il soggetto che l'opera stessa abbia realizzato con il proprio originale apporto creativo*". Esso può essere compromesso tanto "*dalla falsa attribuzione di opere non realizzate dall'autore medesimo (e magari di inferiore fattura: cfr. es. Cass., 16 dicembre 2010, n. 25510)*", quanto dalla "*speculare e contraria – mancata attribuzione della paternità di opere invero realizzate*" (Cfr. Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2019, n. 18220, Foro It., 2019, 12, 1, 3957). Esso consiste pertanto sia di un diritto negativo ad opporsi a false attribuzioni di paternità, sia di un diritto al positivo riconoscimento dell'esclusiva paternità dell'opera creata. Anche l'opera pubblicata come anonima, senza attribuzione ad altri, viola pertanto il diritto morale d'autore, con conseguente diritto ad ottenere il risarcimento tanto del pregiudizio patrimoniale (perché non essere riconosciuto come autore, ad esempio, precluda ulteriori occasioni di guadagno dalle proprie opere) quanto di quello non patrimoniale.

[483] Gli artt. 20 e 126 l.a. "*concorrono a soddisfare l'essenziale tutela della identità personale autoriale ed artistica, avendo l'editore l'obbligo di indicare il nome dell'autore dell'opera proprio in quanto, in tal modo, ne viene rispettata l'attribuzione di paternità: l'essere riconosciuto come autore dell'opera concorre alla specifica identità personale, quale componente dei più ampi ed inviolabili diritti, di rilievo costituzionale, all'identità, all'onore, alla reputazione personale ed al prestigio sociale. Anche il riferimento al "pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione", con cui si chiude l'art. 20 l.a., oltre che essere riferito alle modificazioni all'opera vale, invero, a richiamare il senso della stessa attribuzione di paternità, come direttamente ricollegata all'onore e alla reputazione dell'autore: beni che, di contro, dal mancato riconoscimento di quella paternità sono suscettibili indirettamente di venire lesi. Anche il riferimento al "pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione", con cui si chiude l'art. 20 l.a., oltre che essere riferito alle modificazioni all'opera vale, invero, a richiamare il senso della stessa attribuzione di paternità, come direttamente ricollegata all'onore e alla reputazione dell'autore: beni che, di contro, dal mancato riconoscimento di quella paternità sono suscettibili indirettamente di venire lesi*". Cfr. Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2019, n. 18220, cit..

[484] Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2019, n. 18220, cit..

[485] Cass. pen. sez. III, 6 luglio 2007 (ud. 13 marzo 2007), n. 26072, Volpini, che ha ravvisato il reato di contraffazione di opere d'arte sebbene l'autore o gli eredi avessero autorizzato la circolazione di opere non autentiche.

[486] GRECO, VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 105.

[487] Cass n. 2664/1956; Trib. Milano, 25 ottobre 1991, Quaderni di AIDA, 1992, 67. In dottrina si vedano anche SANTINI G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959, 29 ss.;

non possano essere oggetto di rinuncia, né a favore di soggetti determinati, né dell'intera collettività e dunque della caduta dell'opera in pubblico dominio. I diritti morali garantirebbero pertanto all'autore un controllo sull'opera, anche a prescindere dalla cessione o rinuncia ai diritti di sfruttamento patrimoniale: non a caso, si parla a riguardo di "pubblico dominio controllato" [488].

I diritti morali, specialmente allorché senza limiti di durata come nel nostro ordinamento [489], possono pertanto rappresentare un limite significativo alla libera disponibilità delle opere in pubblico dominio. Si pensi alla possibilità per gli eredi dell'autore di opere ormai cadute in pubblico dominio di opporsi a riedizioni da queste derivate, chiedendone la censura [490]. Laddove poi il diritto morale si estenda alle forme di divulgazione, gli eredi finiscono per ritrovarsi tra le mani un'ulteriore arma per impedire la pubblicazione di opere postume o inedite, con ciò ostacolando l'accesso della collettività ad opere destinate al pubblico dominio.

Il principio della indisponibilità dei diritti morali è stato tuttavia più di recente messo in discussione. Secondo una prima tesi, la declaratoria generale di "inalienabilità" prevista dall'art. 22, co. 1 l.a. sarebbe derogata da numerose norme, quali, tra le altre, a) la possibilità per l'autore di pubblicare l'opera in forma pseudonima, b) di omettere la menzione sull'opera del nome dell'autore o redattore di giornali e riviste (art. 40 l.a.), c) la trasmissibilità *mortis causa* dei diritti morali (art. 23 l.a.), d) la disponibilità del diritto di inedito (art. 12, co. 1 l.a.). A ciò si aggiunga che il co. 2 del citato art. 22 prevede che, ferma restando l'inalienabilità di cui al co. 1, "*tuttavia*

ALGARDI Z., *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978, 35; RICOLFI M., *Il diritto d'autore*, in ABRIANI N., COTTINO G., RICOLFI M., *Diritto industriale*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, Cedam, 2001, 473; UBERTAZZI L.C., AMMENDOLA M., *Il diritto d'autore*, Utet, Torino, 1993, 55.; DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1983, 615; AUTERI P., *Diritto di autore*, in AA.VV., *Diritto Industriale*, Giappichelli, Torino, 2005, 573.

[488] Come definito da SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique*, 2ª ed., Dalloz, Parigi, 2004, spec. 60 ss.

[489] La convenzione di Berna non predetermina l'estensione temporale dei diritti morali, non escludendo pertanto che essi possano essere garantiti con carattere di perpetuità. In alcuni Stati, tra cui l'Australia, la durata dei diritti morali segue quella dei diritti patrimoniali, in ossequio ad una concezione monistica del diritto d'autore che considera la dimensione morale come parte integrale di quella patrimoniale. In altri stati, come la Corea del Sud, la durata dei diritti morali può differire da quella dei diritti di utilizzazione economica e cessare al momento della morte dell'autore, fatta salva la tutela per i casi di grave danno all'onore dell'autore. La durata perpetua dei diritti morali si ritrova, oltre che in Italia, anche in Francia, Brasile, Cile, Cina, ecc., mentre in Danimarca è garantita solo alle opere che presentino un'interesse-chiave nel paese, essendo parte del patrimonio culturale dello stesso. La finalità di tutelare l'integrità del patrimonio culturale di un paese è sovente alla base della legittimazione in capo allo Stato, generalmente in persona del Ministero dei beni culturali, di esercitare egli stesso i diritti morali a difesa di opere cadute in pubblico dominio, come si prevede in Italia, ma anche Brasile, Danimarca, Algeria, Francia, ecc. Si tratta tuttavia di una competenza raramente esercitata.

[490] In Francia uno degli eredi di Victor Hugo ha provato a prevenire la pubblicazione di un sequel de *Les Misérables*, la domanda di tutela è stata tuttavia rigettata da Cass. 1ère civ., 30 gennaio 2007, in D. 2007, 920, con nota di CHOISY S.; in RLDI, 2007, 25, 802, 6, con nota di SINGH H. e DEBIESSE T.; in RIDA, 2007, 4, 193 e 249, con nota di SIRINELLI P.; in Prop. Intell., 2007, 23, 207, con nota di LUCAS A.; in JCP G, 2007, II, 10025, con nota di CARON C., *La publication d'une "suite" d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe*, sul presupposto che "*la libertè de crèation s'oppose à UE que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié*".

l'autore che abbia conosciute ed accettate le modificazioni della propria opera non è più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione". Proprio su tale inciso troverebbe fondamento la possibilità di una rinuncia preventiva ad esercitare il diritto.

Tale tesi, tuttavia, è stata criticata nella misura in cui confonderebbe tra atti di disposizione del diritto morale e atti di esercizio negoziale dello stesso. I patti di rinuncia all'indicazione del nome dell'autore, di *ghost writing* e di autorizzazione di determinate modifiche dell'opera, infatti, rientrerebbero nel novero degli atti di esercizio del diritto e avrebbero effetti meramente obbligatori, limitandosi ad autorizzare un determinato soggetto a qualificarsi autore per un determinato periodo di tempo oppure ad acconsentire che all'opera siano apportate modifiche determinate, senza viceversa spogliarsi definitivamente di tale potere.

Ciò significa che l'autorizzazione alla manipolazione di un'opera dell'ingegno dovrebbe considerarsi legittima solo fino a che non leda il diritto dell'autore al proprio onore ed alla propria reputazione o fino a quando non sia contraria all'ordine pubblico [491]. In tali casi, l'illiceità dell'oggetto della cessione comporterebbe la nullità del negozio e, quindi, il sorgere del limite pubblicistico della inalienabilità in esame [492].

In questa direzione, l'autore non potrà mai rinunciare, anche laddove lo volesse, ai diritti morali riconosciutigli dalla legge, ma potrà invece rinunciare ad esercitarli, pur rimanendone titolare [493]. Ciò ben sarebbe possibile perché, "*a differenza di altre situazioni soggettive indisponibili i diritti morali non sono dichiarati dal legislatore irrinunciabili, cosicché ai loro titolari è sempre consentito stipulare validamente patti per mezzo dei quali obbligarsi a non esercitarli nei confronti della controparte contrattuale*".

Per sfruttare al massimo gli spazi di rinunciabilità del diritto consentiti dagli ordinamenti nazionali, Creative Commons ha introdotto, a partire dal 2009, le licenze CC Zero. Esse permettono di rinunciare al diritto d'autore nella misura massima consentita dall'ordinamento in cui sono fatte valere, per consegnare l'opera al pubblico dominio [494].

5. *Il pubblico dominio come fonte di imitazione o ispirazione creativa: le opere derivate tra plagio, contraffazione e creazione autonoma*

Il requisito della creatività ha natura soggettiva, nel senso che va valutato rispetto all'autore, al processo creativo di cui l'opera è l'esito, e non attraverso il confronto

---

[491] BERTANI M., *Arbitrabilità delle controversie sui diritti d'autore*, Quaderni di AIDA, 2006, 51.

[492] Sulla facoltà di opporsi ad eventuali modificazioni, cfr. JARACH G., *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, Milano, 1968, 47, nonché Cass. civ., sez I, 22 luglio 2004, n. 13664.

[493] SPEDICATO G., *Il diritto d'autore in ambito universitario*, Simplicissimus Book Farm, 2011, 20.

[494] https://creativecommons.org/share-your-work/public-domain/cc0/ (ultimo accesso 19.4.2021).

con lo stato dell'arte, ovvero delle opere già create [495]. L'apporto di un *quid novi* al mondo delle arti rientra nel diverso requisito di novità [496], che esclude dalla tutela del diritto d'autore quelle opere che integrino plagio o contraffazione di opera antecedente.

Sotto questo profilo, la corretta definizione dell'area del pubblico dominio richiede di capire quanto una forma espressiva debba differenziarsi dalle altre già note, per non essere considerata una mera copia e poter così accedere alla tutela d'autore.

Mentre il pubblico dominio consente di generare conoscenza per imitazione pura e semplice, ovvero di riutilizzare la materia prima *telle quelle*, così come essa si presenta, le opere coperte da diritti di privativa possono offrire occasione di creazione solo per imitazione creativa, ovvero di natura incrementale rispetto ad opere precedenti e pre-esistenti (c.d. *follow-on*) [497]. I limiti di liceità di tale processo di creazione derivata meritano pertanto di essere presi in considerazione per completare la definizione di pubblico dominio.

La giurisprudenza ha tracciato una sottile linea di demarcazione tra imitazione non consentita ed ispirazione lecita, distinguendo progressivamente tra le fattispecie di a) plagio semplice o mero plagio, b) contraffazione, c) plagio evolutivo, d) mera ispirazione creativa.

a) Il c.d. "plagio semplice o mero plagio" – significativamente definito "l'alter ego dell'originalità" – designa "*l'appropriazione totale o parziale (L. n. 633 del 1941, art. 19, comma 2), mediante pedissequa imitazione o riproduzione, di un'opera dell'ingegno altrui – avente i requisiti … della creatività e rientrante in uno dei tipi previsti dall'art. 1 [l.a.] – che si voglia far passare per propria, in netto contrasto con quanto stabilisce l'art. 6 della stessa legge*" [498].

b) La "contraffazione" consiste invece, "*nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto, non di un apporto creativo,*

---

[495] *Ex multis* Cass., 23 aprile 2013, n. 9757; Cass., 12 marzo 2004, n. 5089; Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953 in cui si legge che il concetto giuridico di creatività non coincide con quello di novità assoluta. Per tutti, si veda DE SANTIS V., *Il carattere creativo dell'opera dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 41: "*il requisito della creatività non può … definirsi con caratteri assoluti, nel senso che sia possibile predeterminare uno standard di qualità valido per tutte le opere*". *Contra* BERTANI M., *op. cit.*, 126, che evidenzia la difficoltà di individuare un criterio per misurare un'entità astratta come la personalità dell'autore e ritiene che l'espressione "creazione intellettuale" rimandi anche semanticamente all'idea che la forma espressiva dell'opera differisca da qualunque altra precedentemente conosciuta.

[496] Cass. Sez. I. civile 23 novembre 2005 n. 24594, AIDA, 2007, Rep. I.2.2, secondo cui "*Il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore su di essa*". In senso analogo v. Cass. Sez. VI ord. 2 marzo 2015, n. 4216, AIDA, 2015, II.9/1 e Trib. Bologna, ord. 17 gennaio 2006, AIDA, 2008, 1205/2.

[497] Cfr. LITMAN J., *op. cit.*, 965-1023.

[498] Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14635, cit..

bensì del mascheramento della contraffazione stessa, al fine di farla apparire inesistente" [499], mediante varianti solo apparenti [500].

Nell'uno e nell'altro caso si determina la conseguenziale violazione dei diritti patrimoniali connessi al diritto di sfruttamento esclusivo dell'opera, previsti dagli artt. 12 ss. l.a., oltre che del diritto alla tutela della paternità della stessa.

Dalla contraffazione deve poi distinguersi [501] il caso in cui l'elaborazione dell'opera originale si caratterizzi per essere creativa, ovvero non si limiti ad introdurre differenze di mero dettaglio, dirette solo a nascondere la contraffazione. In tale eventualità, la giurisprudenza distingue a seconda che l'apporto creativo dell'opera derivata da quella originaria si traduca:

c) nell'abusiva e non autorizzata rielaborazione della stessa, sia pure in una forma dotata di una propria novità e creatività. In tal caso, la giurisprudenza ha coniato la fattispecie del c.d. "plagio evolutivo", "*che costituisce un'ipotesi più complessa del fenomeno plagiario in quanto integra una distinzione solo formale delle opere comparate, sicché la nuova, per quanto non sia pedissequamente imitatativa o riproduttiva dell'originaria, per il tratto sostanzialmente rielaborativo dell'intervento eseguito su quest'ultima, si traduce non già in un'opera originale ed individuale … ma nell'abusiva e non autorizzata rielaborazione di quest'ultima, compiuta in violazione della L. n. 633 del 1941, artt. 4 e 18*" [502]. Tali disposizioni, infatti, subordinano lo

---

[499] Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 2005, n. 20925, Giur. it., 2007, 3, 625, Foro it., 2006, 7-8, I, 2080, che ha ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata, la quale aveva escluso la sussistenza della contraffazione in riferimento alle illustrazioni di una guida turistica della città di Venezia che riproducevano i disegni contenuti in un'altra guida, con il significativo apporto creativo costituito dalla scelta di una rappresentazione bidimensionale ed in bianco e nero, in luogo di quella tridimensionale ed a colori che caratterizzava le illustrazioni originali. Si veda anche Cass. civ., sez. I, 5 luglio 1990, n. 7077, Dir. aut., 1991, 63; Giur. it., 1991, I, 1, 47; Riv. dir. ind., 1991, II, 25; Giust. civ., 1991, I, 972, secondo cui "*si ha violazione dell'esclusiva non solo quando l'opera è copiata integralmente (riproduzione abusiva in senso stretto); ma anche quando si ha contraffazione dell'opera precedente, contraffazione la quale implica delle differenze oltre che delle somiglianze. Ora, quando si tratta di valutare se c'è o no contraffazione non è determinante, per negarla, l'esistenza di differenze di dettaglio: ciò che conta è se i tratti essenziali che caratterizzano l'opera anteriore sono riconoscibili nell'opera successiva*". Si vedano anche Cass. 28 novembre 2011, n. 25173, Foro it., 2012, 1, I, 74 e Id., 10 marzo 1994, n. 2345, Giust. civ., 1995, I,1073; Foro it., 1994, I, 2415; Corr. giur., 1994, 862 e in Dir. aut., 1995, 146.

[500] Cass., 10 maggio 1993, n. 5346, Dir. aut., 1994, 70.

[501] Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 2005, n. 20925, cit., che ha chiarito che nella tutela richiesta a titolo di contraffazione di un'opera non può ritenersi compresa quella volta a far valere il plagio evolutivo, in quanto la illiceità dell'elaborazione si fonda su fatti diversi, ovvero il riconoscimento dell'originalità dell'apporto creativo presente nell'opera asseritamente lesiva del proprio diritto e la mancanza di consenso all'elaborazione stessa.

[502] Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14635, cit., che ha cassato la sentenza di App. Milano, 9 gennaio 2014, n. 525, che aveva escluso che il pupazzo televisivo Gabibbo costituisse plagio derivato del Big Red, mascotte della squadra di basket della Western Kentucky University, pur se l'autore del primo aveva rilasciato interviste in cui ammetteva esplicitamente che lo stesso, in definitiva, fosse ricavato dalla rielaborazione dei suoi connotati somatici caratterizzanti. Parallelamente al giudizio instauratosi dinnanzi ai giudici milanesi, si era sviluppato anche un filone bolognese, conclusosi nel 2017 con la conferma da parte di Cass., 11 gennaio 2017, n. 503, Riv dir. ind., 2018, 2, 107, con nota di MUSSO A., *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistematica fra i regimi di proprietà industriale*

sfruttamento dell'opera derivata alla preventiva autorizzazione dell'autore di quella originaria [503]. Conseguentemente, una "elaborazione" di carattere creativo di un'opera originaria, protetta in modo distinto rispetto a quest'ultima, può configurare violazione del diritto morale e patrimoniale dell'autore dell'opera originaria, ove difetti tale consenso. Ciò quando, rispettivamente, non sia stato enunciato nelle forme d'uso il nome dell'autore dell'opera originaria, o sia stato esercitato il diritto esclusivo sull'opera derivata con pregiudizio di quello sull'opera originaria [504].

d) nel porre in essere "*un'elaborazione talmente creativa da diventare a sua volta opera originaria che gode di protezione autonoma e non è sottoposta al veto dell'autore*" [505], per quanto ispirata da quella preesistente.

Il plagio, sia esso semplice o evolutivo, richiede comunque "*l'identità di essenza rappresentativa tra le opere*" [506]. "*Il giudizio deve seguire una valutazione complessiva*

---

ed intellettuale, della sentenza di App. Bologna, 13 maggio 2011, n. 609, secondo cui – al contrario – il Gabibbo non costituiva plagio di Big Red. Tuttavia, nell'ordinanza più recente, la Cassazione non ha accolto l'eccezione di giudicato esterno per essersi la Corte già pronunciata sulla vicenda, non sussistendo l'integrale identità di parti. Sulla tutelabilità ai sensi del diritto d'autore del personaggio di fantasia si veda Trib. Milano, 21 gennaio 2008, Riv. dir. Ind., 2009, 1, 2, 117, con nota PERON S., *Calvin and Hobbes, o del discrimine tra il plagio e l'elaborazione*, secondo cui la riproduzione del personaggio di Mr. Pipì su capi di abbigliamento rappresentava un plagio del personaggio originale di Calvin creato dall'autore statunitense Bill Watterson, dato che risultavano "*pedissequamente imitate sia l'integrale fisionomia del personaggio (forma del corpo e della testa, disegno dei capelli nonché delle orecchie, la conformazione degli occhi, la maglietta a righe e i pantaloncini neri) che la particolare posizione e l'espressione del viso*". Si vedano anche Pret. Ascoli Piceno, 21 marzo 1990, Giust. civ., 1991, I, 2837, che ha ammesso la tutela della Pantera Rosa; Trib. Milano, 27 maggio 2002, Quaderni di AIDA, 2003, 862, con nota di BERTANI M., *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, Quaderni di AIDA, 2003, 867, che ha riconosciuto l'originalità del personaggio dei fumetti Harpo; Trib. Roma, 25 novembre 1985, Dir. radiodiffusioni, 1986, 104, con nota di SAVINI A., *Plagio dell'opera originaria e confini delle elaborazioni creative*, secondo cui "*l'opera dell'ingegno può essere costituita da un personaggio radiofonico (nella specie "Scarpantibus")*" e Pret. Milano, 28 settembre 1992, Quaderni di AIDA, 1992, 1017, in un caso in cui erano stati commercializzati capi di abbigliamento riproducenti il personaggio di Betty Boop senza licenza. In dottrina, si vedano PAVOLINI M., *Tutela dei personaggi di fantasia negli Stati Uniti ed in Italia o sei personaggi in cerca di diritto d'autore*, Dir. aut., 1995, 3, 405; LONGHINI S., GIOFFRÉ A., *Anche i pupazzi a volte hanno un'anima*, Dir. aut., 2008, 3, 405; CHIABERGE A., *Tormentoni estivi e tutela del personaggio di fantasia – il caso del Pulcino Pio*, Riv. dir. ind., 2013, 6, 400; GATTI S., *La disciplina giuridica dei personaggi di fantasia*, Riv. dir. comm., 1991, 1, 575. Nella dottrina statunitense, cfr. COE S.J., *The story of a character: establishing the limits of independent copyright protection for literary characters*, Chicago-Kent L. Rev., 2011, 86, 3, 1305; KURTZ L.A., *The independent legal lives of fictional characters*, Wisconsin L. Rev., 1986, 429; HELFAND M.T., *When Mickey Mouse is as strong as Superman: the convergence of intellectual property laws to protect fictional literary and pictorial characters*, Stanford L. Rev., 1992, 44, 3, 623.

[503] In tal caso, l'autore dell'opera originale ha diritto ad ottenere il risarcimento del danno, che legittimamente può essere determinato, in via equitativa, applicando il c.d. principio di reversione degli utili, cioè quantificando il pregiudizio in una quota parte dei proventi realizzati dal titolare dell'opera derivata a seguito del suo sfruttamento. Cfr. Cass., 3 giugno 2015, n. 11464.

[504] Cass. civ., sez. I, 5 settembre 1990, n. 9139, Giust. civ., 1991, I, 1528.; Id., 27 ottobre 2005, n. 20925, cit.

[505] Trib. Roma, 19 gennaio 2010, Sez. spec. P.I., 2010, 1, 394; Trib. Torino, 6 luglio 2012, Foro padano, 2013, 2, I, 210, con nota di FRANCESCHELLI.

[506] Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2018, n. 2039, Foro it., 2018, 3, I, 855; Dir. aut., 2018, 1, 68, Riv. dir. ind., 2018, 6, II, 420.

e sintetica, non analitica, incentrata sull'esame comparativo degli elementi essenziali delle opere da confrontare, dovendosi cioè valutare il risultato globale o l'effetto unitario" [507]. All'esito, non sussisterà il plagio "*qualora due opere, pur avendo in comune il cd. spunto o motivo ispiratore, differiscano quanto agli ulteriori elementi caratterizzanti ed essenziali*" [508]. Di contro, il plagio sussisterà allorché, dal confronto, emerga "*che non vi è scarto semantico, idoneo a conferire alla seconda* [opera] *un diverso e proprio significato artistico, in quanto dalla prima essa ha mutuato il c.d. nucleo individualizzante o creativo*" [509].

L'individuazione del nucleo individualizzante può variare significativamente in funzione della particolare natura dell'opera dell'ingegno [510] (ad es. musica leggera [511]) e l'apporto creativo va valutato in termini qualitativi, piuttosto che quantitativi [512]. Così, ad esempio, si è ritenuto che la riduzione teatrale di opera musicale costituisce un *novum* rispetto all'opera originale [513]. Si tratta, ad ogni buon conto, di giudizio di fatto, rimesso alla valutazione casistica dei tribunali, svolto di regola mediante espletamento di una consulenza tecnica e non sindacabile in sede di legittimità [514].

---

[507] App. Firenze, 11 febbraio 2020, n. 362; Cass., 15 giugno 2012, n. 9854; Id. 28 novembre 2011, n. 25173; Id., 27 ottobre 2005, n. 20925; Id., 10 marzo 1994, n. 2345; Id., 10 maggio 1993, n. 5346.

[508] App. Firenze, 11 febbraio 2020, n. 362, cit., che ha escluso che la canzone "A Te" di Jovanotti costituisse plagio di un'omonima canzone inedita.

[509] Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2018, n. 2039, cit., che ha confermato la sentenza di merito che aveva accertato che taluni dipinti, commercializzati mediante televendita, costituissero plagio di opere di Emilio Vedova, presentando la stessa tecnica, nonché identità della posizione di piani, delle masse cromatiche, delle proporzioni, mentre le minime differenze erano riferibili non ad una rielaborazione creativa, ma ad esigenze commerciali (ad es. le dimensioni ridotte), e di semplificazione.

[510] Trib. Bari, 9 dicembre 2005.

[511] La prevalente giurisprudenza, infatti, ritiene che nel campo della musica leggera l'elemento determinante da considerare nella valutazione del plagio sia la melodia perché contiene in sé il cuore creativo e individualizzante dell'opera, facilmente riconoscibile dall'ascoltatore medio e capace di suscitare in questi sentimenti ed emozioni e ha escluso il plagio quando la parte melodica delle due canzoni era diversa. Cfr. Cass., 15 maggio 2012, n. 9854, Giust. civ. Mass., 2012, 6, 801 e in Dir. aut., 2012, 3, 350, secondo cui si deve aver riguardo al ritornello quale nucleo essenziale di brevi composizioni musicali. La Corte ha confermato la decisione di merito che ha accertato l'illecita riproduzione da parte del brano musicale "On va s'aimer" di Gilbert Montagné dei caratteri essenziali della canzone "Une fille de France", composta da Michel Cywie e Jean Max Riviere. In dottrina, cfr. DE SANCTIS V.M., *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche*, Giuffrè, Milano, 2003, 482 ss. La semplice assonanza melodica non dà però automaticamente adito al plagio se analogie e somiglianze siano del tutto casuali e se la sequenza melodica utilizzata consista in "*formule o stilemi acquisiti dai compositori di musica leggera*". Cfr. Trib. Bologna, 9 maggio 1997, Quaderni di AIDA, 1997, 931.

[512] Trib. Napoli, 2 febbraio 2007, Foro it., 2007, I, 958, secondo cui "*con riferimento ad un'opera letteraria non rileva il "conteggio" delle pagine identiche ovvero delle "varianti" ed "aggiunte*", ma la valutazione dell'impatto di queste ultime sull'economia complessiva dell'opera", con la conseguenza che "*la rielaborazione creativa dovrà riconoscersi più agevolmente, anche a fronte di integrazioni/modifiche quantitativamente modeste, per le opere di carattere scientifico*".

[513] Trib. Messina, 11 giugno 2004, Dir. aut., 2005, 105, con nota di CARUSO A., *Arrangiamento musicale e rielaborazioni creative,* nella specie si trattava del musical Jesus Christ Superstar. In senso analogo, Trib. Roma, 29 luglio 2003, Dir. aut., 2004, 247, con nota di RICCHIUTO S., *L'edizione critica e la tutela d'autore*, in relazione alla rielaborazione di un'opera lirica.

[514] Cass., 27 ottobre 2005, n. 20925, cit.

Non rileva in sé la confondibilità tra due opere, alla stregua del giudizio d'impressione utilizzato in tema di segni distintivi dell'impresa, ma solo la riproduzione illecita di un'opera da parte dell'altra [515].

5.1. *Gli angusti limiti della citazione consentita*

Una ripresa dell'opera altrui è consentita quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, di "*un'opera o altri materiali protetti*". Ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. d), Dir., gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni per tale finalità a condizione che:

a) Le opere citate siano già state messe legalmente a disposizione del pubblico dal titolare dei diritti;
b) si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore;
c) Le citazioni siano fatte "*conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico*".

Tale ultima condizione, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, restringe significativamente il campo di applicazione della previsione: "*l'utilizzo in questione a fini di citazione non deve eccedere i limiti di quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo specifico della citazione di cui trattasi*".

A tali condizioni se ne aggiunge una quarta, introdotta dalla Corte di Giustizia in via interpretativa, sulla base del senso abituale del termine nel linguaggio corrente [516]. "*La citazione si caratterizza essenzialmente per l'utilizzo, da parte di un utente che non ne sia l'autore, di un'opera o, più in generale, di un estratto di un'opera al fine di illustrare un'affermazione, di difendere un'opinione o, ancora, di permettere un confronto intellettuale tra tale opera e le affermazioni del suddetto utente*". Ne consegue che l'utente dell'opera altrui, "*se intende avvalersi dell'eccezione per citazione, deve quindi avere l'obiettivo di interagire con l'opera stessa*" [517].

Tale condizione non si verifica, evidentemente, in tutte quelle situazioni in cui il campione di opera citato sia stato modificato o sia così breve da non rendere "*possibile identificare l'opera interessata dalla citazione*" [518]. La non riconoscibilità dell'opera citata esclude infatti ogni possibilità di interazione tra le opere in questione.

La previsione eurounitaria è stata recepita nell'ordinamento interno dall'art. 70 l.a., con ampio esercizio, da parte del legislatore nazionale, del margine di discrezionalità consentito dalla norma europea. Il co. 1 recita infatti che "*Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera;*

---

[515] Cass., 15 giugno 2012, n. 9854, cit.; Id. 27 ottobre 2005, n. 20925, cit.

[516] La citazione non trova infatti definizione nella Direttiva.

[517] CGUE, 29 luglio 2019, C-476/17, Pelham, cit., punto 71. In senso analogo, l'avv. Gen. Szpunar al punto 64 delle sue conclusioni, presentate il 12 dicembre 2018 (ECLI:EU:C:2018:1002).

[518] *Ibid.*, punto 73.

se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali".

Benché la norma non indichi la menzione del nome dell'autore dell'opera citata tra gli elementi costitutivi della fattispecie che prevede la libera utilizzazione, la giurisprudenza ritiene che tale obbligo discenda comunque dal diritto morale d'autore, sicché la mancata menzione ne integra la violazione [519].

Il legislatore ha ritenuto gli interessi coperti dalla libera utilizzazione "*comunque prevalent[i] su quello dell'autore e dei suoi aventi causa allo sfruttamento economico della medesima. A tal fine devono tuttavia individuarsi alcuni presupposti che devono sussistere affinché la citazione o il riassunto dell'opera originale non si risolvano in realtà in un prodotto che risulti in diretta concorrenza con i diritti di utilizzazione economica dell'opera stessa*". In primo luogo, la norma individua dei limiti quantitativi, affermando la liceità di una riproduzione solo parziale dell'opera, "*con esclusione dunque di qualsiasi riproduzione che interessi l'opera nella sua integrità*" [520]. Se infatti la citazione è funzionalmente giustificata solo da una finalità di critica o discussione, deve ragionevolmente concludersi che "*nessun intento culturale può giustificare ai sensi dell'art. 70 legge sul diritto d'autore la riproduzione integrale di un'opera, utilizzazione che non è mai libera, ancorché non sussista concorrenza*" [521]. Nel valutare la rilevanza quantitativa dell'attività di illecita riproduzione dell'opera altrui, "*la prospettiva da cui si deve muovere è necessariamente quella dell'opera contraffatta, assumendo rilievo quelle condotte che mirino ad appropriarsi di una parte rilevante dell'opera altrui, mentre resta neutro il dato della dimensione dell'opera realizzata con l'uso illecito dell'altrui opera dell'ingegno*" [522].

L'aspetto quantitativo è risultato decisivo al fine di escludere l'ipotesi di plagio del famosissimo incipit della canzone "Zingara", interpretata da Iva Zanicchi e Bobby Solo, da parte di "Prendi questa mano, zingara" di Francesco De Gregori. All'esito del giudizio di merito, il Tribunale di Roma aveva dichiarato che costituisce "*plagio dell'altrui opera dell'ingegno la copia anche soltanto di due versi del testo di una canzone, quando proprio tali versi sono quelli che l'hanno resa celebre*", non rilevando, viceversa, che "*la parte musicale sia del tutto diversa*" [523]. La Corte d'Appello ha tuttavia riformato la pronuncia di prime cure ed escluso il plagio, considerando il versetto alla stregua di una citazione [524].

---

[519] Trib. Bologna, 6 dicembre 2013, AIDA, 2015, 1673/3.

[520] Cfr. Trib. Milano, 11 marzo 2004; Trib. Milano, 10 febbraio 2000, AIDA, 2000, 719/1.

[521] Trib. Torino, 13 febbraio 2009, Sez. spec. P.I. 2010, 1, 444.

[522] Trib. Bari, 9 dicembre 2005.

[523] Cfr. Trib. Roma, 31 maggio 2002, Giur. Romana, 2003, 105.

[524] App. Roma, n. 3160/2007. Cfr. anche Cass., 19 febbraio 2015, n. 3340, Riv. dir. ind., 2015, 4-5, II, 263, con nota di PARRELLO S., *Osservazioni in tema di plagio musicale: il caso "Zingara"*, che confermava la sentenza di appello sulla base di quattro parametri: a) la (modesta) variazione data ad una parte del testo riprodotto; b) la completa diversità del testo letterario nella sua parte restante; c) la trattazione di tematiche completamente diverse da parte della nuova opera; d) la totale diversità della parte musicale.

Al di là dei già stringenti presupposti di applicazione della esimente, il Tribunale ha ricordato che essa "*non può essere applicata oltre i casi espressamente previsti*"[525]. Così, alla nozione di citazione è essenziale non solo e non tanto la letteralità (o comunque la puntuale conformità) della riproduzione, ma soprattutto la sua inserzione nel testo e pertanto la sua subordinazione alle finalità proprie del testo medesimo, ed esclusa ogni forma di rielaborazione. Ad esempio, si è escluso che integri una citazione la riproduzione integrale delle opere pittoriche esposte in mostra all'interno del catalogo, *"ancorché evidentemente in scala minore rispetto all'originale"*. Tale pubblicazione, d'altronde, non presenta neppure *"una esclusiva o prevalente finalità critico-culturale*", come richiesto dalla norma[526]. Parimenti, l'art. 70 l.a. non giustifica la riproduzione di un'opera delle arti figurative sulla copertina di un libro, senza il consenso del suo autore[527]; né la ripresa di articoli giornalistici in rassegne stampa[528].

Le finalità di insegnamento o ricerca scientifica, ma anche di critica e discussione, sono inoltre penalizzate dalla esclusione degli usi con finalità commerciale, che la giurisprudenza tende ad interpretare estensivamente. Così, ad esempio, è stata giudicata illecita la riproduzione di un'opera pittorica in un libro destinato alla commercializzazione in ambito scolastico, sul presupposto che la pubblicazione avesse finalità certamente economiche e non didattiche[529]. Lo scopo di critica e discussione, viceversa, non ha giustificato lo sfruttamento di files audiovisivi contenenti immagini di una trasmissione televisiva di grande richiamo come il Grande Fratello, almeno quando essi abbiano durata sufficiente a soddisfare i medesimi bisogni di intrattenimento e d'evasione della trasmissione originaria[530].

5.2. *Arte appropriativa e libertà di espressione artistica*

Se questo fosse il quadro definitivo dell'apertura dell'ordinamento nei confronti della creatività derivata, il panorama artistico ne risulterebbe fortemente impoverito. Il diritto d'autore si porrebbe come ostacolo insuperabile avverso quei processi creativi c.d. incrementali che si esplicano proprio nella direzione dell'elaborazione trasformativa dell'opera altrui. Evidente appare, in particolare, la frizione con l'arte contemporanea, che ha fatto dell'utilizzo delle immagini altrui e delle tecniche di

---

[525] V. anche Cass. 19 dicembre 1996, n. 11343, AIDA, 1997, 444/3; Id. 7 marzo 1997, n. 2089, AIDA, 1997, 445/1; App. Milano, 21 marzo 2000, AIDA, 2000, 725/1; Trib. Roma, 7 dicembre 2006, AIDA, 2008, Rep. I.14.3, che ha ritenuto in violazione dei diritti di utilizzazione economica dell'autore la riproduzione di un quadro su francobolli e cartoline postali.

[526] Trib. Milano, sez. XIV, 14 gennaio 2019. Sulla decisione in parola si veda diffusamente *sub*. cap. 5, par. 1. Il diritto di proprietà sul supporto materiale o sull'oggetto ritratto. A tale proposito, il Tribunale ha ritenuto rilevante "*l'assoluta prevalenza delle immagini delle opere dell'artista rispetto alla ben più limitata parte di testo che accompagna tali illustrazioni*". In sesno analogo, App. Roma, 8 febbraio 1993, AIDA, 1994, 230/4; App. Milano, 25 febbraio 1997, AIDA, 1997, 491/5.

[527] Pret. Torino, ord. 23 maggio 1997, AIDA, 1999, 592/1.

[528] App. Milano, 26 marzo 2002, AIDA, 2003, 912/7; Trib. Milano, ord. 8 aprile 1997, AIDA, 1997, 496/1.

[529] Trib. Milano, 3 marzo 2003, AIDA, 2004, 974/2.

[530] Trib. Milano, ord. 2 marzo 2009, AIDA, 2009, 1310/3.

post-produzione, strumenti abituali di creazione[531]. È il caso, ad esempio, delle opere della c.d. arte appropriativa (*appropriation art*)[532]. Genere artistico che, sulle orme di correnti nate nel secolo scorso, quali il dadaismo o il *ready made*, si fonda essenzialmente sulla "*ripresa di immagini dalla cultura popolare, dalla pubblicità, dai mass media o da altri artisti e loro incorporazione in una nuova opera d'arte*"[533], sul presupposto che l'inventività e la capacità immaginativa dell'artista siano più importanti dell'abilità tecnica in sé, mostrata nella realizzazione di un'opera completamente *ex novo*[534]. È evidente che un siffatto genere artistico, già nei suoi presupposti, si pone fisiologicamente in contrasto con il diritto d'autore.

Il tema del delicato bilanciamento tra i diritti dell'autore e libertà di espressione artistica[535] è preso in considerazione dall'art. 5, par. 3, lett. k) Dir. 29/2001, che prevede la facoltà per gli Stati membri "*di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 … quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche*". A comprova dello scarso livello di armonizzazione raggiunto dalla Dir. Infosoc[536], tuttavia, tale eccezione non ha mai trovato recepimento nell'ordinamento italiano, che – a differenza di altri paesi europei[537], non prevede una norma apposita.

---

[531] DUSI N., SPAZIANTE L. (a cura di), *Remix-Remake. Pratiche di replicabilità*, Roma, Meltemi, 2006.

[532] La corrente in questione vanta esponenti illustri e nel suo alveo possono essere ricondotte opere celeberrime quali "L.H.O.O.Q.", meglio nota come "Gioconda con i baffi", di Marcel Duchamp o come le "Campbell's Soup Cans" di Andy Warhol. Sulla liceità dell'uso del marchio delle minestre Campbell nel contesto dell'opera di Warhol v. RICOLFI M., in AUTERI P. et al., *Diritto industriale*, cit., 2009, 119, nonché MUSSO A., *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in DE NOVA G. (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2012, 254.

[533] Cfr. LANDES W.M., *Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: An Economic Approach*, U. Chicago Law & Economics, Working Paper No. 113, 2000.

[534] Si vedano a questo proposito le riflessioni contenute in NEGRI-CLEMENTI G., STABILE S., *L'arte e il diritto d'autore,* in ID. (a cura di), *Il Diritto dell'arte*, Vol. I – *L'arte, il diritto, e il mercato*, Skira, Milano, 2012, 85 ss.

[535] Sul rapporto tra diritto d'autore e libertà di espressione cfr. LUCAS A., GINSBURG C., *Libérté d'auteur, libérté d'expressione et libre accés à l'information (Etude comparée de droit américain et européen)*, Rev. Intern. dr. auteur, 2016, 249, 5 ss.; VOORHOOF D., *Freedom of expression and the right to information: Implications for copyright*, in GEIGER C. (a cura di), *Research Handbook*, cit., 331 ss., con ampia bibliografia a nota 5; TORSEN M.A., *Behind Oil on Canvas: New Media and Presentation Formats Challenge International Copyright Law's Ability to Protect the Interest of the Contemporary Artist*, Script-ed., 2006, 3, 45 ss.; ZENO-ZENCOVICH V., *Diritto d'autore e libertà di espressione*, cit., 151 ss.; HUGENHOLTZ P.B., *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in DREYFUSS R.C., FIRST H., LEENHEER-ZIMMERMAN D. (a cura di), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, OUP, Oxford, 2001, 343 ss.

[536] Cfr. TRIAILLE, *Study on the Application of Directive 2001/29/CE*, cit., 481.

[537] L'eccezione di parodia è espressamente prevista solo in Belgio, Estonia, Francia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Olanda, Polonia, Spagna e da ultimo Regno Unito. Cfr. WESTKAMP G., *Study on the implementation and effect in Member States'Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Part II: Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Commissione UE, Bruxelles, 2007, 45; MENDIS D., KRETSCHMER M., *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions: A Comparative Review of the Underlying Principles*, UK Intellectual Property Office, 2013, 18. La Direttiva Infosoc, in particolare, trae ispirazione dalla tradizione francese. Cfr. TRIAILLE, *Study on the Application of Directive 2001/29/CE*, cit., 476. Nella tradizione germanica, invece, la parodia è ricondotta al più generale

L'eccezione ha però trovato ugualmente applicazione (anche ben più risalente rispetto alla Direttiva)[538] da parte della giurisprudenza, che ne ha trovato appiglio normativo negli artt. 21 e 33 Cost. a tutela della libera manifestazione del pensiero e dell'arte[539]. Secondo tale giurisprudenza, la parodia viene a configurarsi come opera autonoma rispetto all'opera parodiata[540], in quanto difetta l'appropriazione del nucleo ideologico di quest'ultima e tra le due opere non vi è identità di rappresentazione. Essa non richiede pertanto il consenso da parte del titolare del diritto morale o di utilizzazione economica dell'opera parodiata[541].

La necessità di ricorrere ai valori costituzionali come limiti "esterni" della tutela di diritto d'autore è stata sovente criticata, in quanto manifesterebbe un'incapacità dell'attuale normativa vigente di valorizzare al suo interno (mediante eccezioni e limitazioni) i diritti fondamentali degli utenti delle opere[542].

---

concetto di "*Freie Benutzung*". Cfr. GELLER, *A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPs Criteria for Copyright Limitations?*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 2010, 57, 906.

[538] Punto di riferimento è la sentenza del Trib. Napoli, 27 maggio 1908, nel caso D'annunzio c. Scarpetta, Giur. it., 1909, II, 11 con nota di FERRARA L., *La protezione giuridica della parodia*, e in FABIANI M., *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1963, 36, secondo cui "*travestimento burlesco di opera seria […] è opera […] lecita, in quanto anche sotto forma identica a quella dell'opera parodiata, si rivela antitesi sostanziale e profonda di essa*". La ripresa identica dell'opera parodiata infatti "*è condizione precipua della parodia: è nell'essenza e nella finalità di questa, l'imitazione, a modello, dell'opera altrui, anzi la più fedele imitazione è pregio tanto più alto della parodia, imperocché più geniale è più faticoso è l'intento del parodista, quando provoca il riso e fa apparire il ridicolo, servendosi di quegli stessi elementi, di quelle stesse situazioni, di quelle medesime forme, che ad altri sono serviti per destare sentimenti di dolore e commozioni di terrore*". UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve,* cit., 2007, 1512, chiarisce che in realtà la mancata trasposizione nell'ordinamento interno della norma europea si deve proprio al consolidato orientamento delle corti italiane, che avrebbe reso inutile una disposizione espressa. In dottrina, sulla liceità della parodia cfr. UBERTAZZI L.C., *I diritti d'autore e connessi*, cit., 122; ID., *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, cit., 78; MAYR C.E., *Critica, parodia, satira*, Quaderni di AIDA, 2003, I, 276; GAMBINO A.M., *Le utilizzazioni libere: cronaca, critica e parodia*, ivi 2002, 127 ss.; FABIANI M., *La protezione giuridica della parodia con particolare riferimento a recenti orientamenti di giuristi stranieri*, Dir. aut., 1985, 461 ss.

[539] Secondo alcuni autori l'art. 2, n. 2, l.a. che protegge "*le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale*", se pur dettata in tema di opere musicali, dovrebbe considerarsi espressione di un principio generale, come "*archetipo della lecita possibilità di ripresa di precedenti opere in funzione "trasfigurativa" o "ricreativa", insita in ogni ulteriore tipologia di composizione artistica*", potendosi considerare l'opera parodistica proprio come "*il più consolidato e significativo esempio atipico*" dell'applicazione di tale principio. Cfr. MUSSO A., *Diritto d'autore*, cit., 45, 64 e 267. In giurisprudenza vd. Trib. Venezia, 7 novembre 2015, che fonda la tutela della parodia come diritto costituzionalmente garantito *ex* art. 21 e 33 Cost., e cioè come specifica manifestazione della libertà di espressione e creazione. Isolata l'opinione di SANTORO E., *Brevi osservazioni in tema di parodia*, Dir. aut., 1968, 1, che fa discendere la liceità della parodia dall'appropriazione di elementi non tutelati dell'opera parodiata, riconoscendo come "*diversamente, non si potrebbe fare a meno di ricondurre la parodia nell'ambito del concetto di elaborazione, includendola, come tutte le altre forme di elaborazione, nell'esclusiva dell'autore*".

[540] Trib. Roma, 29 settembre 2008, Quaderni di AIDA, 2010, 1341, con nota di TESTA P. e la giurisprudenza ivi citata, cfr. in particolare Trib. Milano, ord. 13 settembre 2004, Quaderni di AIDA, 2005, 1044; Trib. Milano, 1 febbraio 2001, ivi 2001, 804; Trib. Napoli, 15 febbraio 2000, ivi 2002, 825; Trib. Milano, ord. 29 gennaio 1996, ivi 1996, 420, con nota di GUGLIELMETTI.

[541] Trib. Napoli, 15 febbraio 2000, concernente la pubblicità di films che avrebbero parodiato, in chiave erotica, alcune note opere teatrali di E. De Filippo.

[542] Cfr. MONTAGNANI M., *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 57.

Storicamente, inoltre, l'eccezione aveva portata limitata, essendo consentita solo la "*ripresa parodistica, intesa come antitesi sostanziale di altra opera realizzata per finalità comiche o satiriche attraverso la conservazione della forma esteriore ed il contestuale stravolgimento del senso dell'opera parodiata*" [543]. Le opere che non presentassero tali caratteristiche si ponevano viceversa in violazione dei diritti autoriale.

La Corte di Giustizia UE si è pronunciata per la prima volta sulla nozione di parodia nel caso *Vandersteen* [544], affermando che essa costituisce un concetto autonomo a livello eurounitario, da interpretarsi uniformemente nel territorio UE, alla luce del suo significato nel linguaggio corrente. La relativa eccezione trova applicazione in presenza di due condizioni essenziali [545]:

a) l'evocazione di un'opera esistente, pur presentando differenze percepibili rispetto a questa e,

b) il fatto di consistere in un atto umoristico o canzonatorio dell'opera originaria [546].

Se la decisione ha raccolto il plauso di alcuni commentatori per il tentativo di armonizzare la definizione di parodia [547], è stata però criticata per la scelta di legare

---

[543] Trib. Milano, 29 gennaio 1996, Foro it., 1996, I, 1426; Riv. dir. ind., 1996, 410, con nota di MINA E., Giur. it., 1996, I, 2, 749.

[544] CGUE, 3 settembre 2014, C-201/13, *Vrijheidsfonds c. Vandersteen et al.,* ECLI:EU:C:2014:2132, par. 33. La causa verteva sulla rielaborazione dell'immagine di copertina del noto fumetto Suske en Wiske, realizzato nel 1961 dal signor Vandersteen, da parte di un esponente politico belga, per impiegarla in un calendario distribuito durante un evento politico. L'immagine rielaborata sostituiva il volto del personaggio originale (un benefattore) con quello del sindaco della città di Gand, intento a elargire denaro a un gruppo formato da persone che indossano un velo e da persone di colore. Per un commento della sentenza si veda BANTERLE F., *L'umorismo è il miglior strumento di difesa: la nozione comunitaria di parodia per la Corte di Giustizia*, Riv. dir. ind., 2016, 1, 75 ss.; ROSATI E., *Copyright: CJEU rules on notion of parody (but it will not be funny for national courts)*, JIPLP, 2015, 80-82; BENTLY L., GEIGER C., GRIFFITHS J., SENFTLEBEN M., XALABARDER R., *Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion of the European Copyright Society on the Judgment of the CJEU in Case EUGH Aktenzeichen C-201/13 Deckmyn*, IIC, 2015, 46, 93-101; ARROWSMITH S., *What is a Parody? Deckmyn v Vandersteen*, EIPR, 2015, 55-59; GOMMERS C., *Copyright: The autonomous concept of parody and conflicting fundamental rights: a balancing act*, JIPLP, 2014, 968-970.

[545] La Corte di Appello di Bruxelles nel sollevare questione pregiudiziale, aveva richiamato due ulteriori limiti. Da un lato, la tesi di matrice anglosassone secondo cui la parodia sarebbe lecita soltanto laddove consista in una critica dell'opera parodiata (*c.d. target parody*) e non invece quando utilizzi quest'ultima per effettuare una critica a un soggetto terzo (c.d. *weapon parody*). Dall'altro lato, in alcuni paesi si ritiene che la parodia sia tenuta a citare espressamente l'opera originale e che debba chiaramente trasparire che l'autore della parodia è un soggetto diverso dall'autore dell'opera parodiata. La Corte di Giustizia ha escluso la rilevanza di simili restrizioni, non ricavabili dal tenore letterale della Dir. InfoSoc.

[546] Gli stessi giudici europei hanno inoltre specificato che la parodia deve essere chiaramente attribuibile a soggetto diverso dall'autore dell'opera originaria, ma deve essere altresì individuabile la fonte dell'opera di partenza.

[547] EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Limitations and exceptions as key elements of the legal framework for copyright in the European Union – Opinion on the judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*, EIPR, 2015, 129-133.

la parodia esclusivamente ad un tratto umoristico [548], riducendone conseguentemente la portata applicativa.

La necessità di dotare la scriminante di maggior flessibilità ed applicarla anche in presenza di "usi trasformativi" dell'opera altrui (nel senso fatto proprio dalla giurisprudenza americana [549] e qui indagato al par. 8.2) ha portato col tempo ad ampliarne il raggio d'azione. A dispetto della possibilità di riconononoscere una qualche forma di scherno o di satira nei confronti dell'opera originaria [550], si ritiene sufficiente ad integrare una parodia lecita anche solo la riproposizione dell'opera originaria in chiave semantica o concettuale diversa, tale che la stessa non rifletta, bensì rovesci il significato della prima, recuperandone la forma esteriore, ma stravolgendone la "forma espressiva" [551].

Qualche esempio aiuterà a chiarire il concetto. Sulla scorta della giurisprudenza statunitense che ha ripetutamente sindacato l'*appropriation art* del noto artista americano Jeff Koons [552], il Tribunale di Milano ha affermato che la riproduzione in di-

---

[548] BANTERLE F., *L'umorismo è il miglior strumento di difesa*, cit., 75, secondo cui tale scelta pone non pochi problemi interpretativi rispetto al concetto stesso di umorismo, il quale si presta a molteplici definizioni e a valutazioni estremamente soggettive, sollevando un rischio di apprezzamento collegato al merito artistico-creativo delle opere parodistiche. Cfr. anche JACQUES S., *Are national courts required to have an (exceptional) European sense of humour?*, EIPR, 2015, 37, 3, 134-137. Del resto, anche la giurisprudenza americana in tema di parodia ha affermato che: "*it would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of a work*", cfr. *Bleinstein v. Donaldons Lithographing Co.*, 188 U.S. Supreme Court, 239, 251, 1903; richiamata più di recente in un caso di parodia, *Mattel Inc. v. Waling Mountain Prods.*, 353 F. 3d 792 (9th Cir. 2003), in TUSHNET R., *Make me walk, make me talk, do whatever you please: Barbie and exceptions*, in GINSBURG J., DREYFUSS R.C. (a cura di), *Intellectual Property at the Edge: the Contested Contours of IP*, CUP, Cambridge, 2014, 411.

[549] Cfr. quanto affermato dalla Suprema Corte nella sentenza *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), ove si evidenzia che «*the extent of permissible copying varies with the purpose and character of the use*», essendovi un *transformative* use tutte le volte in cui c'è, nell'opera parodistica, «*new expression, meaning, or message*». Sul punto v. ancora NETANEL N.W., *Making Sense of Fair Use*, Lewis & Clark L. Rev., 2011, 747, il quale nota come «*a startling number of recent cases have held that the use was transformative when the defendant copied the plaintiff's work in its entirety without modification, but for a different expressive purpose*». In tema v. anche REESE A., *Transformativeness and the Derivative Work Right*, Colum. J.L. & Arts, 2008, 467, 747, il quale evidenzia come «*courts have made clear that what matters for determining whether a use is transformative is whether the use is for a different purpose than that for which the copyrighted work was created. It can help if the defendant modifies or adds new expressive form or content as well, but different expressive purpose, not new expressive content, is almost always the key*».

[550] Tale esigenza era invero già stata evidenziata dalla Commissione UE che nel Green Paper sulla Direttiva Infosoc del 16 luglio 2008 aveva sottolineato proprio la potenziale adattabilità della parodia a ricomprendere usi trasformativi online: "*Under the Directive, certain exceptions potentially provide some measure of flexibility in relation to free uses of works […]. Another exception allowing some measure of flexibility is Article 5.3 k) of the Directive, which exempts uses "for the purposes of caricature, parody or pastiche". Although these uses are not defined, they allow users to reuse elements of previous works for their own creative or transformative purpose*".

[551] Si veda a tal proposito SPEDICATO G., *Opere dell'arte appropriativa*, cit., 118 ss., par. 2.

[552] In *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 – 2nd Cir., 1992, l'artista era stato citato in giudizio dal fotografo Arthur Rogers, per una scultura che replicava un'immagine scattata dal secondo raffigurante una coppia di signori seduti su una panchina con in braccio quattro cuccioli di cane. In questa fattispecie, l'artista fu condannato, in quanto l'opera non poteva considerarsi una parodia o una critica nei confronti dell'opera di Rogers, bensì una satira della società americana, che si esprimeva sotto forma di

versi esemplari e su scala colossale de "*La Grande Femme*" di Alberto Giacometti, adornata con abiti e accessori di moda ed esposti come un'installazione unica (denominata "*Giacometti variations*") presso la Fondazione Prada, doveva intendersi come una "*parodica citazione*" dell'arte dello scultore elvetico. Il giudice ha osservato come non sia necessario che le opere parodistiche "*ispirino ironia o inducano al riso, ben potendo suggerire messaggi diversi, anche tragici, critici o drammatici*", a condizione che vi sia "*mutamento di senso*" dell'opera parodiata (c.d. uso "predicativo")[553]. Ciò che avveniva, appunto, nel caso di specie ove, l'opera firmata dall'artista americano John Baldessarri, ponendosi come espressione artistica critica verso i modelli di bellezza femminile imposti dal mondo della moda, mutava completamente il senso della scultura di Giacometti, meritando di configurarsi come opera d'arte distinta e degna di autonoma tutela[554]. L'installazione non rappresentava un caso di parodia in senso stretto, ma beneficiava ugualmente della relativa scriminante, integrando una ipotesi di "uso trasformativo" dell'opera altrui, al fine di creare un'opera dal significato totalmente nuovo e diverso[555].

Ai fini della liceità dell'appropriazione dell'opera altrui, "*non può essere attribuito rilievo risolutivo alla maggior o minore imitazione dell'opera parodiata*"[556]. L'uso dell'opera altrui non dovrà essere valutato in termini strettamente quantitativi, ma piuttosto in termini funzionali. L'esame dell'opera parodistica deve essere condotto non

---

un'integrale ripresa del soggetto della fotografia, senza alcuna modifica di rilievo. V. i commenti di AMES E.K., *Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation*, Colum. L. Rev., 1993, 1473; nonché di MCLEAN W.F., *All's not Fair in Art and War: A Look at the Fair Use Defense After Rogers v. Koons,* Brooklyn L. Rev., 1993, 373. Successivamente in *Blanch v Koons*, 467 F.3d 244 – 2d Cir., 2006, lo stesso artista era stato citato da un altro fotografo – Andrea Blanch – per avere ripreso in un proprio dipinto un'immagine di quest'ultimo che raffigurava due piedi incrociati con indosso dei sandali (foto realizzata a suo tempo per un manifesto pubblicitario di Gucci). Qui l'artista andò esente da responsabilità, in quanto si osservava che l'immagine originaria era stata ripresa in una diversa forma di rappresentazione artistica (pittura) e raffigurata assieme ad altri piedi nudi o con indosso modelli di scarpe differenti, tanto da essere dotata di creatività originaria. Da ultimo, Corte d'Appello di Parigi, 23 febbraio 2021, n. 34, ha condannato ancora una volta Jeff Koons in relazione alla scultura in porcellana denominata Fait d'hiver, realizzata da Koons nel 1988 e conservata alla Fondazione Prada, per plagio della campagna pubblicitaria ideata da Davidovici nel 1985 per il marchio di abbigliamento Naf Naf. Confermando la sentenza di primo grado, i giudici d'appello francesi hanno giudicato che la scultura riprendesse tutti gli elementi originali dell'opera di partenza.

[553] SPEDICATO G., *Opere dell'arte appropriativa*, cit., distingue tra: a) uso "predicativo" dell'opera altrui, lecito perché funzionale a dire qualcosa "del o sull'"opera appropriata ovvero del suo contesto di riferimento (l'autore, l'epoca in cui è stata creata, i valori di cui è portatrice) e b) uso "espressivo" dell'opera altrui, illecito senza il consenso dell'avente diritto, perché funzionale a dire qualcosa "attraverso" l'opera appropriata.

[554] Trib. Milano, ord. 13 luglio 2011, Fondation Alberto et Annete Giacometti c. John Baldessarri, Fondazione Prada, par. 8, Giur. comm., 2013, 1, 118, con nota di SPECICATO G., cit.; in Riv. dir. ind., 2011, VI, 347, 357, con nota di BRICEÑO MORAIA L., *«Arte appropriativa», elaborazioni creative e parodia*, nonché in Riv. dir. ind., 2012, III, 219 ss., con nota di DE ROBERTO F.B., *Plagio o (autonoma) revisione critica?*.

[555] Cfr. DONATI A., *Quando l'artista si appropria dell'opera altrui*, Riv. dir. ind., 2018, 1, 86 ss., par. 2; cfr. anche SPEDICATO G., *op. cit.*, par. 1, in cui si definiscono le "*Giacometti variations*" come un classico caso di "*detournément*" artistico.

[556] Trib. Milano, 13 luglio 2011, cit., secondo cui "*tale dato può contribuire alla valutazione e può costituire uno degli indici dell'apporto creativo realizzato dal secondo autore*".

tanto evidenziando le identità e le somiglianze con l'opera originale, bensì considerando se l'opera derivata nel suo complesso, pur riproducendo in tutto o in parte l'opera originale, se ne discosti per trasmettere un messaggio artistico differente[557].

Ciò può verificarsi anche laddove l'opera derivata consista in una riproduzione fotografica di quella originaria.È il caso dell'installazione denominata "*Sanguinetti Breakout Area*" dell'artista africano Samson Kambalu, esposta nel 2015 alla Biennale di Venezia. Si tratta di una serie di quadri, ciascuno riproducente fotografie di opere dell'artista situazionista Gianfranco Sanguinetti. Il Tribunale di Venezia[558] ha rilevato che l'installazione si presentava come un'elaborazione originale ed autonoma poiché, mediante un riconoscibile apporto creativo manifestato nel mondo esteriore, ne muta il senso originario[559]. Il giudice ha così riconosciuto che l'apporto creativo ben può sussistere anche soltanto nella mutazione concettuale dell'opera presa ad ispirazione[560].

Nella ricerca di un criterio per risolvere il problema del bilanciamento tra i diritti in contesa si sta affermando, soprattutto presso le corti francesi, un giudizio di necessità dell'uso dell'opera altrui, che ne ammette la liceità solo quando esso sia essenziale per comunicare il proprio messaggio artistico, ovvero ai fini dell'esercizio del diritto di libera espressione artistica. Così il Tribunale di Grand Istance di Parigi ha condannato il solito Jeff Koons per aver trasformato in scultura la foto di due bambini nudi della serie *Portraits nus,* del fotografo Jean François Baudet, sul presupposto che: "*Pour que la liberté d'expression conduise à restreindre le droit d'auteur, encore faut il démontrer la poursuite d'un intérêt légitime et proportionné au but poursuivi, c'est à dire rendue nécessaire dans une société démocratique*". L'onere della prova di un legittimo esercizio della libertà di espressione grava, secondo il Tribunale, sull'autore dell'opera derivata: solo un uso necessario e imprescindibile dell'opera originaria nel contesto del proprio discorso creativo può prevalere sul rispetto del diritto d'autore altrui[561]. Rileva in tale contesto anche la fama dell'autore

---

[557] Trib. Milano, ord. 13 luglio 2011, cit., in cui il giudice afferma che "*si deve distinguere chi copia, riproduce illecitamente e quindi contraffà un'opera altrui e chi reinterpreta quest'opera al fine di tradurla in un'espressione artistica diversa, di per sé creativa e idonea a trasmettere un messaggio proprio*"; si veda a questo proposito l'analoga conclusione a cui era pervenuto Trib. Torino, ord. 6 luglio 2012, che riguardava il caso di plagio di un progetto architettonico di una centrale termoelettrica, in cui il contraffattore aveva sviluppato nel proprio progetto minime differenze di dettaglio, considerate dal giudice non sufficienti ad apportare un carattere creativo autonomo all'opera.

[558] Trib. Venezia, ord. 7 novembre 2015, Gianfranco Sanguinetti c. Samson Kambalu, Fondazione La Biennale di Venezia, Riv. dir. ind., 2018, 1, 86, con nota DONATI A., cit.

[559] Infatti, l'opera di Kambalu voleva essere un tentativo di evidenziare la contraddizione tra il dogma dell'arte situazionista – secondo cui le opere d'arte non dovrebbero in nessun caso essere distribuite a scopo commerciale – e la vendita, da parte di Sanguinetti, dei propri archivi ad una biblioteca privata, la *Beinecke Rare Book & Manuscript Library.*

[560] Vedi a tale proposito le riflessioni di DONATI A., op.cit., che osserva come i giudici veneziani non abbiano applicato, in sede di giudizio, la disciplina del diritto d'autore, bensì i principi costituzionali e comunitari della libertà di critica e i criteri di liceità della stessa. Per un'esempio pratico di applicazione di tale principio v. TAVELLA M., *Il parere del professionista – Appropriation art: contraffazione o libera forma di espressione artistica?*, Dir. ind., 2018, 6, 579.

[561] TGI, Parigi, 9 marzo 2017, 3ème chambre 4ème section No RG: 15/01086, secondo cui Koons non ha dimostrato la necessità di far riferimento, appropriandosene, a quella determinata opera artistica

e dell'opera appropriata e la sua riconoscibilità da parte del pubblico, che deve poter seguire il discorso critico proposto dall'artista appropriazionista. Così il ruolo di Barbie come "symbol of American girlhood" e "cultural icon" è valso,a giudizio di una Corte d'appello americana, a giustificare l'opera che criticava la posizione della donna nella società, riproducendo le sembianze della nota bambola di Mattel[562]. Per tale ragione, per quanto una critica del maschilismo degli americani avrebbe potuto essere effettuata mediante il ricorso a mezzi espressivi diversi, appariva evidente che "*Barbie, and all the associations she has acquired through Mattel's impressive marketing success, conveys these messages in a particular way that is ripe for social comment*", con ciò giustificandone un uso in chiave parodistica da parte di terzi.

L'idea della necessità come fondamento della liceità dell'utilizzo dell'immagine dell'opera altrui non è peraltro nuova nel panorama della proprietà intellettuale e anzi ricorre sovente proprio dove la limitazione al diritto di privativa sia imposta da esigenze di pubblico dominio. Si ricorda ad esempio, in materia di marchi d'impresa, la dottrina della c.d. *Freihaltebedürfnis* (letteralmente *"necessità di mantenere libero"*), sviluppata in Germania con l'obiettivo di condizionare il giudizio di registrazione alla valutazione della sussistenza di un interesse serio, concreto ed attuale, a mantenere un determinato segno distintivo liberamente disponibile e non appropriabile[563].

In questa direzione, l'interpretazione estensiva del concetto di parodia, come canone generale in grado di giustificare certi usi trasformativi, permette non solo di individuare criteri di maggiore flessibilità nel sistema di libere utilizzazioni[564] ed attenuarne il principio di rigida interpretazione (cfr. a riguardo par. 3.4.1.), ma si mostra altresì coerente con le tendenze emeneutiche a fovore del pubblico dominio, visibili in altre aree dell'ordinamento.

5.3. *I diritti d'autore su opere riproduttive di beni in pubblico dominio*

Quando l'opera oggetto di rielaborazione sia già caduta in pubblico dominio, *nulla quaestio* circa la legittimità della creazione derivata. L'appropriazione dell'opera di partenza è libera, senza necessità di acquisire autorizzazione alcuna, salvi i limiti posti dal diritto morale imprescrittibile[565] e dall'eventuale natura di bene culturale dell'opera (v. cap. 5).

---

per la efficace riuscita del suo messaggio creativo: "*la nécessité de recourir à cette représentation d'un couple d'enfants pour son discours artistique sans autorisation de l'auteur, la mise en oeuvre du droit d'auteur des demandeurs ne constitue pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression*". Cfr. LUCAS A., *Droit d'auteur et liberté d'expression*, L'Essentiel – Droit de la propriété intellectuelle, 1 giugno 2017, n. 6, 3.

[562] *Mattel Inc., v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003).

[563] Per un approfondimento si veda BENDER A., *Die absoluten Schutzversagungsgründe für die Gemeinschaftsmarke: Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Harmonisierungsamtes*, MarkenR, 2000, 4, 118-123.

[564] Sulla necessità di introdurre maggiore elasticità cfr. HUGENHOLTZ P.B., SENFTLEBEN M., *Fair Use in Europe*, cit.

[565] Diritto di opporsi a qualsiasi deformazione a danno dell'opera stessa, che possa essere di pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'autore e, per esso, dei suoi eredi (Art. 20 l.a.).

La facoltà di rielaborare opere in pubblico dominio, generando nuove opere che le incorporino, può però costituire un ostacolo a posteriori alla fruibilità dell'opera di pubblico dominio. Il problema veniva chiaramente individuato dalla Commissione UE con la Comunicazione "*Il patrimonio culturale europeo: basta un clic*" del 2008 e con le Raccomandazioni sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale, che evidenziavano come "*le disposizioni contenute nella normativa nazionale possono contenere ostacoli all'uso di opere di dominio pubblico*" [566] e rimarcavano l'importanza di garantire "*che i materiali di pubblico dominio restino tali in seguito alla digitalizzazione*" [567].

Il problema si pone frequentemente allorché si tratti della utilizzabilità di fotografie il cui oggetto ritragga opere di pubblico dominio, quali tipicamente i reperti museali [568]. In tal caso, infatti, vengono in conflitto i diritti d'autore del fotografo e l'interesse pubblico alla conoscibilità del reperto fotografato. Si discute, dunque, se una fotografia che si limiti a riprodurre un'opera d'arte sia eleggibile per la tutela di diritto d'autore, con conseguente restrizione al suo libero utilizzo, o debba viceversa considerarsi anch'essa in pubblico dominio, esattamente come il suo oggetto.

Negli Stati Uniti, la questione è stata affrontata nel caso *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp* [569], in cui Judge Kaplan ha rigettato la pretesa della società specializzata nelle riproduzioni di opere d'arte di rivendicare diritti d'autore sui negativi di opere in pubblico dominio. Il giudice ha evidenziato che l'esatta riproduzione fotografica di reperti museali presenta "*no spark of originality*". Proteggere "*miniscule variations would simply put a weapon for harassment in the hands of mischievous copiers intent on appropriating and monopolizing public domain work.*" [570]. Il cambiamento del mezzo di riproduzione (da dipinto a fotografia) resta del tutto irri-

---

[566] COMMISSIONE UE, *Il patrimonio culturale europeo: basta un clic. Progressi in materia di digitalizzazione e accessibilità on line del materiale culturale e della conservazione digitale nell'UE*, Bruxelles, 11 agosto 2008 COM(2008) 513 def., 8, dove si sottolinea "*quanto sia importante mantenere le opere di dominio pubblico accessibili dopo il cambiamento di formato. In altri termini, le opere di dominio pubblico dovranno continuare ad essere tali una volta digitalizzate e rese accessibili tramite Internet*". Per l'inquadramento storico-fattuale della Comunicazione si veda il par. 8.

[567] COMMISSIONE UE, *Raccomandazione del 27 ottobre 2011 sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale*, 2011/711/UE, punto 5a).

[568] In argomento si vedano CREWS K.D., *Museum policies and art images: conflicting objectives and copyright overreaching*, Fordham IP Media Entertain. Law J., 2012, 22, 795-832; CREWS K.D., BROWN M.A., *Control of museum art images: the reach and limits of copyright and licensing*, in KUR A., MIZARAS V. (eds.), *The structure of intellectual property law: can one size fit all?*, Edward Elgar, Cheltenham UK/Northampton MA, 2011, 269.

[569] *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999); *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 25 F. Supp. 2d 421 (S.D.N.Y. 1998), reconsidered, 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999). Bridgeman lamentava che la convenuta commercializzasse CD-ROMs con 700 riproduzioni di dipinti antichi di maestri europei, di cui almeno 120 non potevano che essere tratte da negativi di proprietà dell'attrice, unico soggetto ad aver avuto accesso alle opere, benché in pubblico dominio. La domanda è stata rigettata sia sulla base del diritto inglese, che di quello americano. Per un commento della decisione v. CAMERON C.T., *In defiance of Bridgeman: claiming copyright in photographic reproductions of public domain works*, Tex. Intell. Prop. L.J. 2006, 15, 31.

[570] *Bridgeman Art Library, Ltd.*, 36 F. Supp. 2d 191, 196 (S.D.N.Y. 1999), che richiama a sua volta il precedente *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F.2d 486, 492.

levante, posto che le fotografie "*stand in the same relation to the original works of art as a photocopy stands to a page of typescript*" [571].

In Europa, la questione si pone in termini decisamente più complicati, poiché – a differenza dei paesi di comon law – "*le riproduzioni di opere dell'arte figurativa*" possono accedere alla tutela riservata alle c.d. fotografie semplici dall'art. 87 l.a. [572], con la conseguenza che il solo difetto di originalità dello scatto non è di per sé sufficiente ad escludere la violazione dei diritti del fotografo.

Per chiarire meglio i termini della questione, si rende necessario esaminare la portata dei diritti autoriali sulla fotografia in Europa.

La Dir. 2006/116/CE concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi prevede all'art. 6 che "*le fotografie che sono opere originali, ossia sono il risultato della creazione intellettuale dell'autore, fruiscono della protezione prevista dall'articolo 1. Per determinare il diritto alla protezione non sono presi in considerazione altri criteri. Gli Stati membri possono prevedere la protezione di altre fotografie*". Nell'esercizio di tale facoltà di tutelare anche fotografie non originali, l'ordinamento italiano, così come quello tedesco [573], hanno predisposto due diverse modalità di protezione delle riproduzioni fotografiche, a seconda del loro livello di creatività [574]:

a) qualora presentino connotati di originalità (c.d. fotografie artistiche), esse godono della piena tutela, per i canonici 70 anni p.m.a., accordata alle opere dell'ingegno dal diritto d'autore ai sensi dell'art. 2, punto 7) l.a.;

b) qualora non presentino tali connotati (c.d. fotografie semplici non creative), esse beneficiano comunque di una tutela ridotta, per mezzo di un diritto connes-

---

[571] *Bridgeman Art Library, Ltd.*, 36 F. Supp. 2d at 198.

[572] L'art. 87 l.a. sancisce che "*sono considerate fotografie ai fini dell'applicazione delle disposizioni di questo capo le immagini di persone o di aspetti, elementi o fatti della vita naturale e sociale, ottenute col processo fotografico o con processo analogo, comprese le riproduzioni di opere dell'arte figurativa e i fotogrammi delle pellicole cinematografiche […]*".

[573] La legge tedesca sul diritto d'autore (c.d. Urheberrechtgesetz) distingue tra la protezione delle fotografie "originali" ai sensi dell'art. 2 (1) n. 5 UrhG e quella delle fotografie "semplici", prive di originalità, in forza dell'art. 72 UrhG.

[574] Secondo la giurisprudenza formatasi sul punto il "carattere creativo" delle opere fotografiche richiede necessariamente un'attività intellettuale preminente, che si ravvisa quando "*la modalità di riproduzione del fotografo trasmette un messaggio ulteriore e diverso rispetto alla rappresentazione oggettiva cristallizzata, rendendo cioè una soggettiva interpretazione idonea a distinguere un'opera tra altre analoghe aventi il medesimo oggetto*", ovvero "*esprime in modo assolutamente caratteristico ed individualizzante la persona dell'autore, dovendo invece il relativo giudizio prescindere dall'oggetto o dal soggetto riprodotto*". Cfr. Trib. Milano, 7 luglio 2011. Sulla base di questi principi, Trib. Milano, 25 maggio 2016, n. 6557 ha ritenuto che le foto scattate da fotoreporter professionista ritraenti la modella Ylenia Carrisi "*in funzione della sua destinazione a corredo illustrativo ad un servizio giornalistico*" pubblicato su "Oggi Estate" non integrassero "*una rappresentazione originale e creativa del fotografo, volta ad esprimere qualcosa di ulteriore e diverso rispetto allo scopo di riprodurre la realtà ritratta*". Si veda anche Trib. Roma, sez. XVII, 12 luglio 2019, n. 14758, che ha ritenuto che la celebre immagine dei magistrati Falcone e Borsellino, realizzata nel corso di un congresso, non si possa qualificare come opera d'arte fotografica, trattandosi di "*scatto compiuto in occasione nell'adempimento di un contratto di impiego*". In tal senso anche Trib. Catania, 03 dicembre 2019, n. 4699.

so[575]. Gli art. 88 e ss. l.a. accordano al fotografo il diritto esclusivo sia di riproduzione, sia di diffusione e spaccio delle fotografie[576] per un periodo pari a 20 anni dalla relativa produzione[577]. La tutela del fotografo, secondo quanto si evince dall'art. 90 l.a., è subordinata al fatto che gli esemplari della fotografia rechino il suo nome o della ditta da cui il fotografo dipende e la data dell'anno di produzione della fotografia, non potendosi altrimenti considerare abusiva la sua riproduzione, a meno che il fotografo non provi la mala fede del riproduttore[578].

L'ampio margine di discrezionalità conferito agli Stati Membri dall'art. 6 Dir. 2006/116/CE nel consentire loro di dotarsi o meno del doppio binario di tutela è risultato essere fonte di incertezza giuridica, con riflessi negativi sulla diffusione transfrontaliera delle opere di pubblico dominio[579]. D'altronde, mentre i paesi che non riconoscono il doppio binario di tutela sono più propensi ad escludere l'originalità e dunque la proteggibilità di opere fotografiche meramente riproduttive di altre opere[580], non altrettanto può dirsi negli ordinamenti che lo ammettono. Questi, infatti, tendono a riconoscere alle fotografie riproduttive di altre opere lo status di fotografie semplici (anzi l'art. 87 l.a. fissa una vera e propria presunzione al riguardo)[581]: quanto basta per precluderne il libero utilizzo e la caduta in pubblico dominio.

---

[575] Cfr. *ex multis* App. Milano, 20 maggio 2013, n. 2065.

[576] Art. 88, co. 1, l.a.: "*Spetta al fotografo il diritto esclusivo di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia, salve le disposizioni stabilite dalla sezione seconda del capo sesto di questo titolo, per ciò che riguarda il ritratto e senza pregiudizio, riguardo alle fotografie riproducenti opere dell'arte figurativa, dei diritti di autore sull'opera riprodotta*".

[577] Art. 92 l.a.: "*Il diritto esclusivo sulle fotografie dura vent'anni dalla produzione della fotografia*".

[578] Trib. Bari, 6 febbraio 2012, n. 435. L'autore non avrebbe inoltre diritto ad opporsi ad eventuali deformazioni dello scatto, in quanto i diritti morali spetterebbero solo al titolare dell'opera creativa.

[579] Così il considerando 53 Dir. 2019/790.

[580] Così negli Stati Uniti in *Bridgeman Art Library, Ltd v. Corel Corp*, 25 F. Supp. 2d 421, 426, S.D.N.Y. 1998 e 36 F. Supp. 2d 191, 197, S.D.N.Y. 1999, il giudice Kaplan ha ritenuto che la fotografia di un'opera d'arte in pubblico dominio si limiti a riprodurla servilmente, essendi dunque priva di originalità. Per un commento, si veda GARNETT K., *Case comment: copyright in photographs*, EIPR, 2000, 22, 5, 229-237; STOKES S., *Photographing paintings in the public domain; a response to Garnett*, EIPR, 2001, 23, 7, 354 e ID., *Graves'case and copyright in photographs: Bridgeman v. Corel*, in MCCLEAN D., SCHUBERT K. (eds.), *Dear images: art, copyright and culture*, Ridinghouse, London, 2002, 108; WIENAND P., BOOY A., FRY R., *A guide to copyright for museums and galleries*, Routledge, Abingdon, 2000, 56-59. In termini analoghi si è pronunciata anche la Suprema Corte polacca, 27 giugno 1998, I PKN 196/98 e la Corte d'Appello di Varsavia, 5 luglio 1995, I Acr 453/94, citate da MARGONI T., *The digitisation of cultural heritage: originality, derivative works and (non) original photographs*, Institute for Information Law (IViR), 2014..

[581] Le fotografie che ritraggono opere dell'arte figurativa o immagini di persone sono state presuntivamente inserite dal legislatore tra le fotografie semplici (art. 87, co. 1 l.a.) e non tra le opere fotografiche "*presumibilmente sul rilievo che affinché si parli di opera d'arte fotografica è necessario dimostrare un quid pluris, il requisito della creatività, che ricorre allorquando la fotografia è il risultato della creazione intellettuale del suo autore, che non si è limitato ad una mera rappresentazione della realtà, ma ha trasmesso nello scatto la propria sensibilità, la propria particolare interpretazione della realtà, la propria personale elaborazione*". v. Cass. 12 marzo 2004, n. 5089. Tale presunzione si giustifica sul presupposto che nei ritratti e nelle riproduzioni "*non sia agevole distinguere tra le opere fotografiche e le semplici fotografie*". "*Deve quindi ritenersi che il legislatore, per evitare il ricorrere di situazioni di incertezza, fonti di conten-*

Sul punto, le decisioni giurisprudenziali languono [582]. Tra queste merita menziona una pronuncia della Suprema Corte tedesca all'esito di un procedimento aperto su più fronti [583] dal Reiss Engelhorn Museum (REM) di Mannheim, che lamentava l'indebita pubblicazione di una ventina di fotografie riproducenti opere della collezione museale sul portale Wikimedia Commons, ad opera di un utente della piattaforma di nome Andreas Praefcke [584]. Ad eccezione di una decisione del Tribunale di Norimberga, rimasta isolata e poi riformata dalla Suprema Corte [585], il Museo registrò successi su tutti i fronti [586]. E infatti, nel riconoscere agli scatti la tutela delle fotografie semplici, la Suprema Corte ha ritenuto che, anche se il fotografo è mosso dal proposito di effettuare una copia esatta del reperto museale ed opera in condizioni di limitato margine di discrezionalità, egli è pur sempre in grado di selezionare il miglior posizionamento in termini di distanza, angolatura ed esposizione [587]. Quanto basta per beneficiare della tutela di legge ed escludere che le riproduzioni fotografiche siano mere copie documentali escluse dalla tutela ai sensi dell'art. 87 l.a. (cfr. in questo capitolo il par. 1.2).

Il quadro è tuttavia stato recentemente aggiornato con l'introduzione della Dir. 2019/790. Il legislatore europeo, raccogliendo le raccomandazioni contenute tra

---

zioso, abbia inteso prevedere … il diritto di riproduzione dell'opera senza il consenso dell'autore". V. Cass., 7 febbraio 2020, n. 2981.

[582] MARGONI T., *The digitisation of cultural heritage*, cit. TANNER S., *Reproduction charging models & rights for policy digital images in American art Museums*, Andrew W Mellon Foundation, New York, 2004, evidenzia come la maggior parte delle questioni in questo ambito trovino soluzioni transattive. PETRI G., *The public domain vs. the museum: the limits of copyright and reproductions of two– dimensional works of art*, J. Conserv. Mus. Stud., 2014, 12, 1, 1-12, riporta della vertenza chiusa in via stragiudiziale tra la National Portrait Gallery e Wikipedia.

[583] Per il quadro completo di tutte le decisioni in argomento si veda WALLACE A., EULER E., *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain*, cit., 823-855.

[584] Bundesgerichtshof, 20 dicembre 2018, I ZR 104/17, Museumsfotos, in jurisPR-ITR, 2019, 7, con nota di WIESEMANN H.P.

[585] Landgericht Nürnberg, 28 ottobre 2015, n. 32 C 4607/15, che negò tutela alle fotografie sul presupposto che il divieto di riprodurle avrebbe conferito diritti perpetui su opere di pubblico dominio, impedendone il riutilizzo.

[586] Si vedano in particolare le decisioni del Landgericht Berlin, 31 maggio 2016, n. 15 O 428/15, confermata dalla Corte di Appello di Berlino, 8 novembre 2017, n. 24 U 125/16 e poi dal Bundesgerichtshof, 12 febbraio 2019, n. I ZR 189/17 e del Landgericht Stuttgart, 27 settembre 2016, n. 17 O 690/15, confermata in appello dall'Oberlandesgericht Stuttgart, 31 maggio 2017, n. 4 U 204/16 ed infine dal Bundesgerichtshof, 20 dicembre 2018, cit.

[587] Sul punto, la decisione appare coerente con CGUE, 1 dicembre 2011, C-145/10, Painer, cit., para. 90-93, secondo cui "*Per quanto riguarda un ritratto fotografico si deve rilevare che l'autore può effettuare le proprie scelte libere e creative in molti modi e in diverse fasi durante la sua realizzazione. Durante la fase preparatoria l'autore potrà scegliere lo sfondo, la messa in posa della persona da fotografare o l'illuminazione. Nel fotografare potrà scegliere l'inquadratura, l'angolo di ripresa o ancora l'atmosfera creata. Infine, al momento dello sviluppo, l'autore potrà scegliere tra diverse tecniche esistenti quella da adottare, o ancora procedere, eventualmente, all'impiego di programmi informatici. Attraverso tali differenti scelte, l'autore di un ritratto fotografico è quindi in grado di imprimere il suo «tocco personale» nell'opera creata. Di conseguenza, nel caso di un ritratto fotografico, il margine di cui dispone l'autore per esercitare le proprie capacità creative non sarà necessariamente limitato o inesistente*".

l'altro nell'Europeana Public Domain Charter[588], ha preso atto che "*la protezione di tali riproduzioni attraverso il diritto d'autore o diritti connessi è incompatibile con la scadenza della protezione del diritto d'autore delle opere*" (considerando 53). Su queste basi, l'art. 14 Dir. stabilisce che "*Gli Stati membri provvedono a che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arte visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore*". La norma pare destinata ai soli Stati membri che abbiano esercitato l'opzione di dotarsi di un diritto connesso a tutela delle fotografie c.d. semplici[589], con l'effetto di escluderne l'operatività, qualora si tratti di fotografie riproduttive di opere per cui la tutela di diritto d'autore si sia già esaurita. Il dato letterale ricomprende ampiamente qualsiasi materiale risultante da un atto di riproduzione: quindi non solo riproduzioni fotografiche, ma anche altri prodotti della tecnologia come le scansioni 3D. La norma opera in favore di chiunque riproduca un'opera d'arte visiva, compreso il pubblico in generale e gli enti commerciali. Il legislatore ne ha ristretto però il campo di applicazione alle sole "opere di arte visiva", la cui nozione non è definita all'interno del testo. Se ne deduce che la disposizione non coprirebbe gli atti di riproduzione relativi ad altre opere di pubblico dominio, quali libri di testo, spartiti, film, mappe, disegni tecnici o scientifici[590]. Conseguentemente, la norma lascia un certo margine di discrezionalità (ed interpretazione) agli Stati Membri chiamati a darne applicazione nell'ordinamento interno[591], in contrasto con i propositi – che animano la Direttiva stessa – di rafforzare l'armonizzazione della materia. Se la norma parrebbe doversi interpretare nel senso di escludere che le riproduzioni di opere delle arti visive di dominio pubblico possano essere protette dal diritto d'autore[592], così perpetuando i diritti già insistenti sull'opera non riprodotta, essa non impedisce "*agli istituti di tutela del patrimonio culturale di vendere riproduzioni, come ad esempio le cartoline*" (considerando 53). Si dà il caso, tuttavia, che la possibilità di riprodurre liberamente, attraverso un banale apparecchio fotografico, le opere museali in pubblico dominio rischierebbe di vanificare proprio tale possibilità di profitto. Non stupisce pertanto che gli enti interessati ricorrano non di rado allo strumento contrattuale

---

[588] EUROPEANA, *The Europeana Public Domain Charter*, 2010, secondo cui "*No other intellectual property right must be used to reconstitute exclusivity over Public Domain material. The Public Domain is an integral element of the internal balance of the copyright system*" il quale "*must not be manipulated by attempts to reconstitute or obtain exclusive control via regulations that are external to copyright*". Su Europeana si veda più diffusamente *sub* par. 8.1.

[589] KELLER P., *Explainer: What will the DSM directive change for cultural heritage institutions?*, www.europeana.eu., secondo cui "*In practice this means that those in which non-original reproductions enjoy protection via neighbouring rights (such as it is the case in Spain or in Germany) will now have to modify their laws so that such rights can no longer be claimed in the case of reproductions of visual art works that are in the public domain*".

[590] WALLACE A., EULER E., *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain*, cit., 849, sostengono la necessità di applicare la disposizione a tutte le opere di pubblico dominio senza distinzione.

[591] WALLACE A., EULER E., *op. cit.*, 839.

[592] In questo senso pare deporre il considerando 53 Dir..

per restringere la riproducibilità delle opere che l'art. 14 vorrebbe consentire. Tale disposizione, infatti, non impedisce che le istituzioni museali possano restringere la facoltà di digitalizzare le opere esposte per via di termini e condizioni contrattuali[593]. Anzi, l'art. 2 Dir. Open Data fa espressamente salva la possibilità per biblioteche, archivi e musei di concedere diritti di esclusiva limitati nel tempo per la digitalizzazione delle proprie risorse culturali (cfr. cap. 3 par. 5.2). Ad ulteriore conferma, l'art. 7 Dir. 790/2019 sancisce l'inapplicabilità di "*qualsiasi disposizione contrattuale in contrasto con le eccezioni di cui agli articoli 3, 5 e 6*", senza includere nell'elenco l'art. 14, che rimane pertanto derogabile contrattualmente. In altre parole, i titolari di diritto d'autore possono servirsi dello strumento negoziale per vietare *ex contractu* (l'inglese usa l'espressione *contract out*) utilizzazioni dell'opera altrimenti consentite dal loro status di pubblico dominio[594].

Ciò è quanto avvenuto anche nel caso REM anzidetto, ove il Museo si opponeva alla riproduzione non autorizzata delle foto scattate dal sig. Praefcke, facendo valere l'apposito divieto inserito nelle proprie condizioni contrattuali. Il fotografo si era difeso sostenendo che i vincoli contrattuali non avrebbero potuto pregiudicare il proprio diritto costituzionalmente tutelato all'informazione e integravano un abuso del diritto di proprietà da parte del Museo. Il limite della funzione sociale della proprietà implicherebbe infatti la liceità della fotografia per uso privato e per finalità scientifiche ed educative. La Suprema Corte tedesca ha rigettato tale tesi, escludendo che fossero pregiudicati i diritti fondamentali richiamati dal fotografo. Il divieto di fotografia imposto dal Museo, tollerando eccezioni in casi specifici e trovando comunque giustificazione nella necessità di proteggere le opere esposte, la riservatezza dei visitatori ed il buon andamento delle attività istituzionali, si presentava proporzionato e coerente con il quadro costituzionale[595]. In questa direzione, la decisione della Corte Suprema tedesca, per quanto antecedente alla Dir. 2019/790, se fosse confermata nel suo contenuto anche alla luce della novità normativa, rischierebbe di vanificarne la portata riformatrice[596].

La possibilità di rinunciare alle libere utilizzazioni per mezzo dell'adesione a condizioni generali di contratto standard imposte dai fornitori di servizi della società dell'informazione ai propri utenti (senza che questi abbiano reale possibilità di

---

[593] WALLACE A., EULER E., *op. cit.*, 835, secondo cui "*Even if Art. 14 prevents owners from enforcing the rights claimed in photographic reproductions, no part of the law includes positive obligations to allow onsite photography or release digital reproductions*". *Contra* SPECHT-RIEMENSCHNEIDER L., PASCHWITZ J., *Gemeinfreiheit als Prinzip. Reichweite und Umset-zungsbedarf des Art. 14 DSM-Richtlinie*, RuZ, 2020, 1, 1, secondo cui l'art. 14 impatterebbe anche la possibilità di prevedere contrattualmente tale divieto.

[594] WALLACE A., EULER E., *op. cit.*, 844, secondo cui "*Onsite and online, T&Cs can restrict use beyond what copyright would normally recognise. Accordingly, owners remain able to restrict access and reuse of public domain materials through rights based in contract and property law*". Nell'esercizio di questa facoltà, ad esempio, Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, Direzione generale Musei, ha ceduto a Bridgeman Images s.r.l. le immagini di beni contenute negli archivi di musei statali, nonché i diritti di riproduzione, distribuzione e cessione in uso a terzi, per finalità editoriali. Cfr. per maggiori dettagli il cap. 3, par. 5.2.

[595] Bundesgerichtshof, 20 dicembre 2018, cit., para. 55.

[596] WALLACE A., EULER E., *op. cit.*, 836, secondo cui "*the REM Caselaw carries the potential to render Art. 14 DSMD empty of its promise*".

negoziarne l'accettazione) deve dunque essere necessariamente contrastata per mezzo di norme di legge che riconoscano alle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore il carattere di norme imperative e dichiarino nulle e inefficaci le clausole contrattuali finalizzate a derogarvi[597], come già previsto a tutela di alcune eccezioni dalle direttive Software e Banche Dati (v. par. 3.4).

6. *Communia e il Manifesto del Pubblico Dominio*

La recente attenzione del legislatore europeo verso il problema della salvaguardia del pubblico dominio non è causuale, bensì frutto di una sensibilizzazione alimentata ormai da diversi anni a partire dalla società civile e dalla comunità accademica. Tra le iniziative merita menzione privilegiata Communia, il network tematico europeo, oggi costituito in organizzazione senza scopo di lucro con sede a Bruxelles, fondato dalla Commissione[598], con l'obiettivo di istituire un gruppo di accademici, ricercatori, rappresentanti delle istituzioni, curatori museali, bibliotecari, imprenditori nel settore delle *information technologies*, attivisti dei diritti umani e dei diritti autoriali, con la missione di educare società e responsabili politici e di governo alla difesa del pubblico dominio, specialmente in ambiente digitale.

Il rapporto finale del progetto, curato da Giancarlo Frosio, oltre a (i) ricapitolare le attività intraprese da Communia, (ii) indaga lo stato del pubblico dominio digitale in Europa e (iii) formula raccomandazioni e strategie di politica del diritto al fine di incrementare un pubblico dominio sano e rendere i contenuti digitali in Europa più accessibile ed utilizzabili[599].

Tra i risultati più importanti del progetto emerge il Manifesto del Pubblico Dominio (The Public Domain Manifesto) tradotto in oltre venti diverse lingue (di seguito anche solo il "Manifesto")[600]. Il Manifesto definisce il pubblico dominio (cfr. cap. 2, par. 5) e illustra i principi necessari e le linee guida per mantenerlo e generarlo, nel contesto tecnologico della società dell'informazione.

Cinque principi sono delineati in relazione al pubblico dominio strutturale e temporale. Essi meritano di essere ricordati perché mi pare indichino la strada maestra di riforma del diritto d'autore vigente, da seguire in vista di un più effettivo bilanciamento con il diritto al pubblico dominio:

1) "*Il pubblico dominio è la regola, il copyright è l'eccezione*". Poiché la tutela del copyright è garantita solo in presenza dei requisiti di legge, ed in particolare alle sorme forme di espressione dell'ingegno umano che siano originali, la larga maggioranza di dati, informazioni e idee prodotte nel mondo in ogni istante che non soddi-

---

[597] DEAZLEY R., *Copyright's public domain*, cit., 30-31.

[598] https://communia-project.eu/ (ultimo accesso 20.4.2021).

[599] Disponibile al link http://communia-project.eu/final-report/ (ultimo accesso 20.4.2021). I tratti salienti del report sono ripresi dallo stesso FROSIO G., *Communia and the European Public Domain Project: A Politics of the Public Domain*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C. (eds.), *op. cit.*, 3-46.

[600] Disponibile al link https://publicdomainmanifesto.org/manifesto (ultimo accesso 20.4.2021).

sfi tale condizione, deve necessariamente appartenere al pubblico dominio[601]. L'applicazione rigorosa dei requisiti di tutela, unitamente al rispetto della durata limitata del diritto d'autore, risultano pertanto essenziali al benessere del pubblico dominio, nella misura in cui da essi dipendono l'accesso alla conoscenza e alla cultura condivise.

2) "*La tutela del copyright deve durare solo il tempo necessario ad assicurare un ragionevole compromesso tra la protezione e la ricompensa all'autore per il proprio lavoro intellettuale, e la salvaguardia dell'interesse pubblico alla diffusione della cultura e della conoscenza*". Non vi sono argomenti validi, di qualsivoglia carattere storico, economico, sociale o altro, a sostegno di una durata eccessiva della protezione del copyright.

3) "*Ciò che è nel pubblico dominio deve rimanere nel pubblico dominio*". Il controllo esclusivo sulle opere di pubblico dominio non deve essere ristabilito rivendicando diritti esclusivi sulle riproduzione tecniche delle opere (in questo senso l'art. 14 Dir. 790/2019, discusso al par. 5.3) o usando misure tecniche di tutela per limitare l'accesso alle riproduzione tecniche di tali opere.

4) "*Il legittimo utente di una copia digitale di un'opera nel pubblico dominio deve essere libero di (ri-)usare, copiare e modificare quest'opera*". Una volta garantito l'accesso a un'opera, non devono essere imposte ulteriori restrizioni sul ri-uso, la modifica o la riproduzione della stessa.

5) "*Non vanno applicati contratti o misure tecniche di protezione che restringono l'accesso e il ri-utilizzo di opere già nel pubblico dominio*". Il diritto di ri-uso, modifica e riproduzione e le prerogative dell'utente derivanti da eccezioni e limitazioni non devono venir limitate da mezzi tecnologici o contrattuali (sul problema delle limitazioni contrattuali v. par. 5.3).

In aggiunta, altri due principi sono delineati in relazione al pubblico dominio volontario e funzionale:

1) "*La cessione volontaria del copyright e la condivisione di opere sotto tutela sono legittimi esercizi di esclusiva sul diritto d'autore*". Non esercitare del tutto i propri diritti o cederli per intero costituiscono un legittimo esercizio del diritto di esclusiva che non deve essere ostacolato dalla legge, da statuti o altri meccanismi, né dai diritti morali sull'opera (v. par. 4.4).

2) "*Le eccezioni e le limitazioni al copyright, il "fair use" e "fair dealing", devono essere attivamente mantenute in modo da assicurare l'equilibrio fondamentale tra copyright e interesse pubblico*". Le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore dovrebbero essere elastiche per natura, ovvero capaci di costantamente adattarsi alle trasformazioni sia nella tecnologia che nella società (v. par. 3.4.1).

Oltre a questi principi generali, il Manifesto elabora altresì nove raccomandazioni generali, con l'obiettivo di tutelare il pubblico dominio e assicurarne il funzionamento, specialmente in settori cruciali come quelli dell'istruzione, della salvaguardia del patrimonio culturale e della ricerca scientifica.

---

[601] In questo senso, mi pare si possa leggere Trib. Torino, 1 febbraio 2019, discussa nel cap. 3, par. 8.2.

1. "*Occorre ridurre la durata dei termini di tutela del copyright*". Il Manifesto considera la durata della protezione sul copyright, combinata con l'assenza di formalità legali costitutive del diritto, "*eccessiva*" e "*altamente dannosa*" per l'accessibilità della nostra conoscenza e cultura. Si raccomanda pertanto che la durata della tutela del diritto d'autore venga ridotta a termini più ragionevoli.

2. "*Qualsiasi modifica sulla portata della tutela del copyright (ivi comprese qualsiasi nuova definizione della materia tutelabile o l'espansione di diritti esclusivi) deve tener conto degli effetti sul pubblico dominio*". Eventuali cambiamenti nella portata della protezione non dovrebbero comunque trovare applicazione retroattiva a lavori già sotto tutela (v. par. 1.4 e 2).

3. "*Qualora un'opera debba rientrare nel pubblico dominio strutturale del proprio Paese d'origine, va riconosciuta come parte del pubblico dominio strutturale in tutti gli altri Paesi del mondo*". Qualora un'opera non debba godere della tutela autoriale nel suo paese d'origine, non dovrebbe essere possibile per nessuno (compreso l'autore) invocarne la protezione in un altro paese, in modo da sottrarla al pubblico dominio di questo.

4. "*Ogni tentativo falso o ingannevole di appropriarsi di opere in pubblico dominio va punito a norma di legge*". Ogni tentativo falso o ingannevole di avanzare pretese di esclusività su materiale di pubblico dominio dovrebbe essere dichiarato illegittimo. Ciò in forza della violazione del diritto al pubblico dominio che, per quanto non positivamente espresso in norme di legge, ha già trovato affermazione giurisprudenziale (v. par. 1.4) e affonda le proprie radici direttamente nella Carta costituzionale (v. cap. 2, par. 7.10).

5. *"Non è consentito ricorrere ad alcun ulteriore diritto di proprietà intellettuale per ricostituire l'esclusività su opere di pubblico dominio"*. Il delicato bilanciamento interno al diritto d'autore non dovrebbe essere alterato per effetto di tentativi di ricostituire od ottenere il controllo esclusivo su opere di pubblico dominio per mezzo di altri strumenti di tutela esterni al copyright (v. cap. 5).

6. "*Occorre implementare un modo pratico ed efficace per rendere disponibili le 'opere orfane' e i lavori già pubblicati ma non più in commercio (ad esempio, le opere fuori catalogo) onde poter essere riutilizzate dalla società*". Le opere orfane, la cui quantità è aumentata per effetto dell'estensione della portata e della durata del copyright e l'assenza di formalità costitutive, andrebbero rese disponibili alla società per essere riutilizzate in maniera produttiva (sul punto si rinvia in questo capitolo al par. 9).

7. "*Le istituzioni a tutela del patrimonio culturale dovrebbero assumere un ruolo cruciale per l'efficace catalogazione e tutela delle opere di pubblico dominio*". Le organizzazioni cui è affidata la conservazione della conoscenza e cultura pubbliche sono chiamate a garantire che le opere di pubblico dominio siano disponibili a tutti, specialmente grazie alla adozione di forme di classificazione delle stesse chiare ed intuitive.

8. "*Va eliminato ogni ostacolo legale che possa impedire la condivisione volontaria delle proprie opere o la diretta assegnazione a pubblico dominio da parte dell'autore*".

9. "*In generale va reso possibile l'uso personale non commerciale delle opere tutelate dal copyright, e per casi simili vanno esplorate forme alternative di remunerazione per l'autore*". È essenziale stabilire nuovi limiti ed eccezioni al diritto d'autore o ri-

vedere quelli già esistenti, al fine di consentire al singolo individuo l'utilizzo non commerciale e privato di opere coperte da diritto d'autore, da considerarsi essenziale per lo sviluppo personale di ciascuno.

Il dibattito sul pubblico dominio a livello europeo si è inoltre arricchito di altre prese di posizione che hanno condiviso in buona sostanza principi e raccomandazioni sviluppati dal Manifesto.

Europeana Foundation ha pubblicato lo Statuto per il dominio pubblico ("the Public Domain Charter") [602]; il Free Culture Forum [603] ha discusso a Barcellona dal 28 al 31 ottobre 2010 la versione 2.0.1 della "Carta per l'innovazione, la Creatività e l'Accesso alla Conoscenza" [604], entrambe a sostegno dell'espansione del pubblico dominio, dell'accessibilità delle opere in esso ricomprese, della contrazione dei termini di tutela del diritto d'autore e della libera disponibilità delle ricerche finanziate con fondi pubblici.

Ancora, Open Knowledge Foundation ha lanciato nel Febbraio 2010 i "Panton Principles for Open Data in Science" [605] a sostegno del pubblico dominio dei dati "related to published science".

Il progetto LAPSI è stato avviato per costruire una rete tematica su tutte le questioni legali relative all'accesso e al riutilizzo delle informazioni del settore pubblico in ambiente digitale (in argomento si rinvia a cap. 3, par. 5) [606].

Inoltre, per determinare il valore e definire portata e natura del pubblico dominio, la Commissione europea ha promosso il progetto "Economic and Social Impact of the Public Domain in the Information Society" [607].

---

[602] EUROPEANA, *The Europeana Public Domain Charter*, cit.

[603] Il FCForum è un'arena internazionale nella quale si organizzano e si coordinano le azioni da prendere in relazione alla libera cultura, ai liberi saperi, e alla conoscenza. Per maggiori informazioni a riguardo si consulti il sito https://2010.fcforum.net/ (ultimo accesso 20.4.2021).

[604] Disponibile al link https://fcforum.net/charter_extended/ (ultimo accesso 20.4.2021).

[605] Consultabili al link https://pantonprinciples.org/ (ultimo accesso 20.4.2021).

[606] LAPSI: Legal Aspects of Public Sector Information, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/legal-aspects-public-sector-information-lapsi-thematic-network-outputs (ultimo accesso 20.4.2021) .

[607] Public Domain in Europe, Rightscom. Si veda in particolare il report finale, DAVIES R. et al., *Economic and social impact of the public domain in the information society*, 5 maggio 2009, disponibile al link https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0886e540-03db-4d71-92288d80881a089e/language-en (ultimo accesso 20.4.2021). Lo studio si concentra sulla prontezza e appropriatezza delle istituzioni culturali europee ad adottare i principi e le disposizioni della Dir. 2003/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo delle informazioni del settore pubblico (c.d. PSI Directive) e a raggiungere i suoi obiettivi. Il progetto risponde alla c.d. clausola di riesame di cui all'art. 13 della Direttiva che imponeva alla Commissione di valutarne l'impatto e di comunicare i risultati al Parlamento europeo e al Consiglio, unitamente a eventuali proposte di modifica.

7. *Gli ostacoli al libero accesso alle opere in pubblico dominio*

Il diritto d'autore sull'opera può non essere il solo a condizionarne la circolazione. La condizione di pubblico dominio di un'opera non ne garantisce per ciò solo l'accessibilità al pubblico. Il pubblico dominio effettivo deve di fatto essere ridotto alle sole opere che siano accessibili [608]. In questa accezione, devono escludersi dal pubblico dominio a) le opere inedite, che non siano mai state divulgate e b) le opere cadute in oblio, magari perché fuori commercio: se un lavoro non è mai stato pubblicato, è andato perduto, è disponibile solo in poche copie o non è più conosciuto, la sua esistenza nel pubblico dominio è solo teorica ed illusoria, perché di fatto non lo arricchisce.

L'accesso ad un'opera può essere condizionato da barriere fisiche, tecnologiche o giuridiche che possono frapporsi tra l'opera in pubblico dominio e la sua fruizione. Tra le barriere giuridiche occorre considerare i diritti che possono insistere sull'opera ulteriori rispetto al diritto d'autore:

a) in questo capitolo, in particolare, considereremo la possibilità che sulla stessa opera già coperta da diritto d'autore, possano cumularsi anche diritti connessi al diritto d'autore o altri diritti di proprietà intellettuale;

b) nel capitolo che segue, invece, prenderemo in considerazione altri diritti, diversi da quelli di proprietà intellettuale, che possono sussistere su alcune opere in ragione del loro particolare contenuto: si tratta in particolare:

i) del diritto di proprietà sul supporto immateriale (par.1);

ii) del diritto di immagine sui soggetti ritratti (par. 2);

iii) della disciplina di carattere pubblicistico che regola la riproduzione dei beni appartenenti al demanio culturale (par. 3).

Tra le barriere tecnologiche, rilevano invece in particolare le misure tecnologiche di protezione. Anche di esse si parlerà nei paragrafi seguenti.

7.1. *Il cumulo di diritti di proprietà intellettuale su un'opera dell'ingegno*

La portata del pubblico dominio può risultare limitata dall'esistenza di diritti connessi al diritto d'autore, conferiti dalla legge a soggetti che non hanno un ruolo creativo in senso puro (appartenente agli "autori"), ma hanno comunque un ruolo fondamentale, nel processo creativo, poiché si occupano di "confezionare" l'opera dell'ingegno e di renderla fruibile da parte del pubblico. È il caso, ad esempio, dei diritti garantiti al produttore [609], interprete o esecutore [610] di opere musicali o cine-

---

[608] DEAZLEY R., *Rethinking Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, 111.

[609] In base all'art. 78 l.a. è produttore chi si occupa della registrazione dei suoni e delle voci fissati nei fonogrammi. Cfr. Trib. Milano, 11 dicembre 2002, AIDA, 2005, 1025/1 e Id., 17 luglio 2003, AIDA, 2005, 1026/1. L'art. 72 l.a. accorda protezione al risultato dell'attività imprenditoriale di organizzazione della fissazione dei suoni, a condizione che i fonogrammi derivanti da tale attività abbiano il carattere della novità, ed attribuisce al produttore un diritto esclusivo di utilizzazione economica, composto da varie facoltà tipizzate nella medesima disposizione in modo non tassativo. L'art. 73 l.a. degrada invece tale diritto esclusivo a diritto di credito in relazione a talune utilizzazioni dei fonogrammi. Cfr. Trib. Roma, 28 gennaio 2015, AIDA, 2015, 1702/2. L'utilizzazione di un fonogramma per la sua sincronizzazio-

matografiche, che ben possono insistere su opere di per sé già in pubblico dominio. Tali diritti, infatti, hanno una durata a sé stante e la loro scadenza è svincolata rispetto alla scadenza dei diritti degli autori [611]. Sebbene infatti il diritto connesso non verta più sull'opera in sé, ormai caduta in pubblico dominio, ma su un'interpretazione o registrazione della stessa, la connessione inscindibile tra l'opera e l'esecuzione che ne è data, di fatto può limitare il libero utilizzo delle stesse.

Analogo limite può derivare anche dalla sussistenza di altri diritti di proprietà intellettuale, diversi dal diritto d'autore ormai scaduto. In tal caso, la tutela autoriale non è l'unica a condizionare la caduta in pubblico dominio di un'opera.

La circostanza che l'espansione della tutela industrialistica abbia coinvolto in parallelo ciascuna singola area della proprietà intellettuale [612], senza preoccuparsi degli effetti negativi indiretti prodotti nelle aree limitrofe [613], ha generato due diversi fenomeni:

a) la sovrapposizione delle diverse forme di tutela, nei casi in cui un *assett* sia

---

ne in un filmato non è attività soggetta a compenso ex art. 73 l.a.. Rientra invece nel diritto esclusivo del produttore fonografico ex art. 72 lt. a) l.a. ed è pertanto illecita se non è autorizzata da quest'ultimo. Cfr. Trib. Milano, 12 gennaio 2010, AIDA, 2010, 1374/1. Conseguentemente, l'utilizzazione di un brano musicale e della relativa registrazione fonografica (*rectius* la sincronizzazione) nella colonna sonora di un telecomunicato costituisce violazione sia dei diritti d'autore, sia dei diritti di produttore fonografico. Cfr. Trib. Milano, 22 maggio 1995, AIDA, 1995, Rep. II.2.3.1; App. Milano, 14 aprile 1998, AIDA, 1998, 563/2.

[610] La categoria degli artisti esecutori è definita dall'art. 82 l.a.. Gli artisti interpreti hanno diritto ad un equo compenso nei confronti di chi utilizza la loro prestazione, ma non un diritto di esclusiva comportante la facoltà di interdizione in ordine allo sfruttamento economico dell'opera da loro interpretata. Cfr. Pret. Milano, ord. 9 settembre 1992, AIDA, 1993, 155/3. Il diritto dell'artista sulla propria interpretazione non esclude quello dell'autore della medesima opera (Cass. 18 aprile 2000 n. 5009, AIDA 2000, 662/1; Id., 16 gennaio 1999, n. 388, AIDA, 1999, 585/2.

[611] Ad esempio per la durata del diritto del produttore discografico v. art. 75 l.a..

[612] GHIDINI G., *Prospettive protezioniste*, cit., 73, parla a riguardo di "*una costante e multiforme tendenza all'ampliamento della protezione esclusiva sia dei frutti dell'innovazione industriale che dei segni distintivi di imprese e prodotti*". L'autore mette in luce le varie dimensioni in cui tale tendenza si manifesta, a cominciare dal ricorso al diritto d'autore come strumento per tutelare l'innovazione industriale in sostituzione di una protezione brevettuale giudicata insufficiente, inaugurata prima in materia di industrial design e poi replicata per i programmi per elaboratore, per giungere fino alla crescente ricerca di forme ibride di protezione esclusiva non riconducibili ai paradigmi tradizionali, come il diritto *sui generis* sul contenuto delle banche dati.

DEPORTER B., *The several lives of Mickey Mouse: the expanding boundaries of intellectual property law*, Virginia Journal of Law & Tech., 2004, 9, 4, 1, definisce il fenomeno come "*Fragmentation of Intellectual Property Rights*".

[613] Cfr. BECKERMAN-RODAU A., *The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion*, Yale J.L. & Tech., 2010, 13, 35, 88, il quale sottolinea come tale processo, essendo portato avanti da autorità con competenze autonome è stato per lo più "non-voluto". In senso analogo MOFFAT V.R., *Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection*, Berkeley Tech. L.J., 2004, 19, 1473, secondo cui "*the overlapping protection that has arisen has been less intentional and more likely a byproduct of a general expansionist, pro-property rights trend*"; ODDI A.S., *The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law,* Hastings Comm. & Ent. L.J., 2002, 25, 1, 6, conferma: "*The possibility of overlapping subject matter with respect to the strong versions of intellectual property protection is probably, at least in part, an unintended consequence of a complex and evolving intellectual property system*".

passibile di formare oggetto della protezione di più diritti (c.d. "*cumulative, concurrent or overlapping protection*") [614];

b) l'estensione del periodo di tutela normalmente accordato dal primo diritto, attraverso la rivendicazione di un diritto diverso da quello ormai estinto (c.d. "*sequential protection*"). Tale pratica che consente di mantenere in vita diritti di privativa ormai scaduti, ricorrendo a modalità di tutela diverse da quelle originali è anche conosciuta come *evergreening* [615].

I titolari dei diritti hanno un preciso interesse ad ottenere un cumulo di tutele e ad estendere la durata temporale della propria privativa. Essi infatti conseguono evidenti vantaggi attraverso l'elusione dei limiti di tutela imposti dal legislatore.

Per converso, tali pratiche non sono certamente vantaggiose per il resto della società. L'estensione della tutela ostacola infatti il naturale percorso di un'opera coperta da diritto d'autore verso il pubblico dominio [616]. Siffatta conseguenza, non solo contrasta con interessi oggetto di garanzia costituzionale, come quelli alla difesa della concorrenza, ma altresì con il principio di coerenza e non contraddizione tra discipline legislative afferenti al medesimo sistema ordinamentale [617].

Il cumulo delle tutele inoltre rende altamente incerta ed imprevedibile per i concorrenti la reale portata dell'altrui diritto. Il timore di subire contestazioni, può pertanto scoraggiare l'utilizzo di materiale ormai caduto in pubblico dominio, finendo per costituire un ulteriore ostacolo all'altrui libera iniziativa imprenditoriale [618].

---

[614] ULLRICH H., *The Political Foundations of TRIPS Revisited*, in ULLRICH H., HILTY R., LAMPING M., DREXL J., *TRIPS 20 Years After*, cit., 85-129, in corso di pubblicazione, afferma "*intellectual property protection seems to continously develop along aline of even more and broader protection*". Diversi autori hanno criticato tale evoluzione iper-protezionista, cfr. REICHMAN J.H., *Legal Hybrids*, cit., 2432; ID. *Charting the Collapse of the Patent – Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System*, Cardozo Arts & Ent. L.J., 1995, 475; ID., *Beyond the Historical Lines of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, and International Trade After the Gatt's Uruguay Round*, Brooklin J. of Intern L., 1993, 75, secondo cui il sistema della proprietà intellettuale "*risks collapsing of its own overprotection weight*"; GORDON W.J., *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, Va. L. Rev., 1992, 149, che parla di una vera e propria "*misappropriation explosion*". Per la dottrina italiana si veda per tutti GHIDINI G., *Prospettive protezioniste nel diritto industriale*, cit., 73.

[615] Per una descrizione di questi trend e dei problemi ad essi connessi KUR A., *Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlappung von Schutzrechtstypen*, in SCHRICKER G., DREIER TH., KUR A. (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Nomos, Baden-Baden, 2001, 23; DERCLAYE E., LEISTNER M., *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2010; CRUQUENAIRE A., DUSSOLLIER S. (eds.), *Le cumul des droits intellectuels*, Brussels, Larcier, 2009; TOMKOWICZ R., *Intellectual Property Overlaps, Theory, Strategies and Solutions*, Routledge, London, 2012.

[616] ODDI A.S., cit., 6: "*[T]he public domain may also be impacted if subject matter protected under one form of intellectual property upon termination of that form may continue to be protected under another form or intellectual property for an extended term*".

[617] GHIDINI G., *Un appunto su marchio di forma*, Riv. dir. ind., 2009, I, 83, 93.

[618] HEYMANN L.A., *Overlapping Intellectual Property Doctrines: Election of Rights versus Selection of Remedies*, Stan. Tech. L. Rev., 2013, 17, 241, 242, afferma che "*overlapping protection schemes can make it more difficult for competitors to determine what they can do*".

L'effetto del cumulo di tutele è la rottura dell'equilibrio tra diritto di privativa e pubblico dominio, definito dal legislatore per ciascun singolo corpo di norme [619]. La sovrapposizione delle tutele, infatti, interferisce:

a) con i requisiti di accesso alla tutela, laddove i requisiti più generosi previsti per l'accesso all'una possono rendere vani quelli più severi per conseguirne un'altra [620];

b) con le eccezioni e limitazioni previste dal legislatore al fine di bilanciare le esigenze di tutela delle creazioni intellettuali ed industriali con l'interesse pubblico al libero acceso al capitale intellettuale da parte della collettività.

In linea generale, non vi sono disposizioni normative che vietino a priori tali fenomeni [621]. Vi è tuttavia largo consenso a livello dottrinale nel ritenere che l'estensione dell'oggetto di tutela di ciascuna singola privativa dovrebbe ammettersi solo ed esclusivamente nella misura in cui non intacchi l'attento equilibrio tra *private property* e *public domain* tracciato dal legislatore [622].

---

[619] GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 26, identifica tale equilibrio nella dialettica fra esclusione e accesso (*right and access*) "*fra esercizio dei diritti di proprietà intellettuale (DPI) e istanze di accesso da parte dei terzi ai beni immateriali protetti dai DPI medesimi*". Nella dottrina americana, tale equilibrio è noto come "*copyright or patent bargain*", cfr. MOFFAT V.R., cit., 1477. Esso, in particolare, si fonda sulla c.d. "*utilitarian or economic theory*" ovvero l'idea per cui i diritti d'autore e di brevetto devono essere concessi per fornire il giusto incentivo e un'adeguata remunerazione alla creatività e all'inventività. Ma il monopolio che essi instaurano deve essere temporalmente limitato, onde consentire alla società di beneficiare della libera utilizzazione del "creato" una volta decorso il termine di tutela. In *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 230 (1990) i giudici statunitensi parlano a riguardo di un "*delicate balance*", perché ciascun regime di privativa è calibrato al fine di incoraggiare un livello di creatività ed innovazione tale da non gravare la collettività di limitazioni concorrenziali maggiori di quelle strettamente necessarie a raggiungere tale obiettivo. Tale equilibrio trova espresso riconoscimento costituzionale nella c.d. "*intellectual property clause*" contenuta all'art.1, sec. 8, clause 8 della Costituzione statunitense (v. cap. 2, par. 8.4). Mentre analogo riconoscimento manca nella Costituzione italiana. In dottrina cfr. LITMAN J., *The Public Domain,* cit., 970, secondo cui: "*According to a currently popular mode of analysis, property rights in intellectual works are necessary because intellectual creations pose a public goods problem: The cost of creating the works is often high, the cost of reproducing them is low, and once created, the works may be reproduced rapaciously without depleting the original. In a world in which such reproduction is not restrained, an author will be unable to recover the costs of creating a work and will therefore forgo the creative endeavor in favor of something more remunerative*". In senso analogo, LEMLEY M.A., *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law,* Tex. L. Rev., 1997, 75, 989, 994-95, che ricorda: "*In a private market economy, individuals will not invest in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so-that is, unless they can reasonably expect to make a profit from the endeavor*".

[620] OHLY A., *Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law*, GRUR Int 2007, 712.

[621] HEYMANN L.A., cit., 257, conferma "*there is no threshold restriction on acquiring overlapping intellectual property rights for the same subject matter, provided that the requirements of each regime are met*".

[622] GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 50 ss., invoca una "*lettura riduzionista dell'eccesso di peso monopolistico dei diritto di proprietà intellettuale*", che riduca per via ermeneutica la portata escludente dei diritti di proprietà intellettuale "*a quanto necessario e sufficiente per conseguire la loro essenziale funzione protettiva contro il free riding economicamente siginificativo*". Solo tale lettura della portata protettiva dei vari paradigmi della proprietà intellettuale "*proporzionata all'appagamento della loro funzione essenziale*", permette "*di prevenire ingiustificate compressioni della concorrenza e così di liberare spazi di libertà per nuove produzioni*".

Mentre i brevetti difficilmente si trovano a concorrere con la protezione autoriale [623], molto più frequente è la sovrapposizione con il diritto di design e di marchio [624].

Della prima si è già accennato a proposito delle opere dell'*industrial design*, in relazione alle quali, l'esigenza di tenere conto della specificità di tali opere, consistente nel coniugare i valori dell'estetica con quelli funzionali e al tempo stesso la necessità di distinguere la tutela autoriale da quella conferita dal diritto sui disegni o modelli ha indotto il legislatore ad introdurre il requisito supplementare del valore artistico (si veda in questo capitolo, *sub* par. 1.3.4) [625].

Sotto il secondo profilo, disegni, dipinti e fotografie, ad esempio, rientrano espressamente tra le opere artistiche indicate dall'art. 2(1) della Convenzione di Berna; allo stesso tempo, però, sono sovente utilizzati dagli imprenditori come marchi. Considerazioni analoghe valgono anche per le forme tridimensionali. Considerata la soglia particolarmente bassa di originalità necessaria ad ottenere la tutela autoriale, anche le forme di un prodotto o il suo confezionamento possono facilmente essere considerate un'opera creativa e rientrare nella portata del diritto d'autore. Allo stesso tempo, l'uso di queste forme sul mercato in funzione distintiva permette alle stesse di trovare tutela come marchi d'impresa.

Nel campo della produzione letteraria, l'art. 2(1) della Convenzione di Berna menziona "*i libri, gli opuscoli ed altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura*". Poiché la loro tutela non è direttamente condizionata alla lunghezza dell'opera, anche creazioni brevi, come il nome di un personaggio [626],

---

[623] In considerazione sia della loro durata temporalmente limitata e comunque inferiore, sia della diversità dell'oggetto dei relativi diritti, quanto, infine, per l'ovvia considerazione che la pre-divulgazione di un'opera coperta da diritto d'autore si pone in contrasto con il requisito di originalità prescritto per i primi. Ciò non di meno, può verificarsi il caso in cui un'opera coniughi allo stesso tempo aspetti tecnici ed estetici. In tale eventualità, la giurisprudenza americana ha riconosciuto che la tutela di diritto d'autore è possibile solo laddove gli elementi estetici siano creati senza il c.d. "patent purpose", ovvero senza avere in testa la funzione che devono espletare. Cfr. *Carol Barnhart, Inc. v. Econ. Cover Corp.*, 773 F.2d 411, 421-22 (2d Cir.1985) (Newman, J., dissenting); *Brandir Int'l, Inc. v. Cascade Pac. Lumber Co.*, 834 F.2d 1142, 1144 (2d Cir. 1987). Si tratta di una applicazione del test del "primary purpose" utilizzato anche per dirimere i casi di cumulo di tutele tra diritto d'autore e di marchio (vedi infra in questo paragrafo).

[624] Con riguardo ai problemi originati da tale sovrapposizione delle tutele si veda SENFTLEBEN M., *Der kulturelle Imperativ des Urheberrechts*, in WELLER M., KEMLE N.B., DREIER TH. (eds.), *Kunst im Markt – Kunst im Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2010, 75-106; OHLY A., *op. cit.*, 704; VERKADE D.W.F., *The Cumulative Effect of Copyright Law and Trademark Law: Which Takes Precedence?*, in KABEL J.J.C., MOM G.J.H.M. (eds.), *Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law, L'Aia, 1998, 69.

[625] Cfr. Trib. Venezia, decreto 28 novembre 2003, AIDA, 2005, Rep. I.31, secondo cui una serie di statuine in ceramica può essere tutelata cumulativamente dalla disciplina del diritto d'autore e da quella dei modelli registrati.

[626] MANGINI V., *Opere protette registrabili come marchio*, Quaderni di AIDA, 1993, 5, sottolinea la necessità che l'opera superi una "*soglia minima di complessità espressiva che si richiede ai fini della qualifica di opere dell'ingegno tutelate*" e richiama "*la difficoltà di considerare il nome del personaggio e il titolo dell'opera come parti di quest'ultima dotate di autonomo carattere creativo e, pertanto, coperte come tali dalla tutela d'autore*". Tale principio è stato affermato in giurisprudenza da App. Milano, 12 novembre 1976, relativamente all'uso del nome Tarzan per gomme da masticare: "*il nome del personaggio di un'opera dell'ingegno di per sé non si presta ad essere configurato come oggetto del diritto d'autore, sì che chiunque può liberamente far proprie le eventuali utilità che derivano dall'uso, ad esempio come marchio*

il titolo di un libro o di un film o uno slogan pubblicitario [627], possono soddisfare la soglia di originalità necessaria ad ottenere tale tutela [628]. Parallelamente, nomi, titoli [629] e slogan possono essere registrati come marchi, quando il loro significato sia arbitrario o di fantasia e non descrittivo dell'oggetto della pubblicazione o del prodotto promozionato [630].

---

di prodotti, di questo isolato elemento dell'opera". Il pregiudizio che all'autore dell'opera può derivare dalla circostanza che ai terzi sia consentito di appropriarsi liberamente del nome ha condotto la giurisprudenza a tornare in parte sui propri passi: Pret. Roma, 10 gennaio 1990, RAI TV c. Soc. Old Colonial e altro, Riv. dir. ind., 1991, II, 63, Dir. aut., 1991, 558, Dir. inf. 1990, 582 e in Riv. dir. comm., 1990, II, 389, ha riconosciuto che l'espressione "Cacao Meravigliao" fosse tutelabile ai sensi della normativa in materia di diritto d'autore, "*poiché in essa è racchiusa l'idea di fondo che domina e costituisce il cuore di una nota trasmissione televisiva*".

[627] Considerazioni analoghe valgono tendenzialmente per gli slogan, sovente sono troppo brevi per essere considerati dotati di individualità creativa, cfr. DALLMANN M., *Nachahmungsschutz für Werbeschlagwörter und Werbeslogans*, Nomos, Baden-Baden, 2005, 56 ss.; OHLY A., *op. cit.*, 709; KOTHES T., *Der Schutz von Werbeslogans im Lichte von Urheber-, Marken-und Wettbewerbsrecht*, Logos, Berlino, 2006.

[628] Gli Stati Uniti sono ancora più rigidi a riguardo, dal momento che escludono espressamente la tutela di diritto d'autore per "*Words and short phrases such as names, titles, and slogans; familiar symbols or designs*", cfr. 37 C.F.R. § 202.1(a) (1994).

[629] A lungo la dottrina si è interrogata sulla possibilità che il titolo di un'opera dell'ingegno possa essere tutelato, oltre che ai sensi dell'art. 100 l.a., anche come marchio. In giurisprudenza storicamente si ammetteva questa possibilità (*ex multis* Pret. Milano, 15 gennaio 1990, GADI, 1990, n. 2502; Pret. Roma, 21 gennaio 1991, GADI, 1991, n. 2649), ma più di recente è prevalso un'orientamento sfavorevole. V. Cass. sez. I civ., 17 febbraio 2010, n. 3817, AIDA, 2010, Rep. IV11.1, secondo cui "*in assenza di opera dell'ingegno, nessuna tutela può essere riconosciuta al titolo di un programma*" e Trib. Alessandria, ord. 23 novembre 2000, AIDA, 2002, Rep. IV.11, secondo cui "*nel caso di titolo di periodico, deve escludersi la cumulabilità della tutela del marchio e di quella di diritto d'autore, avendo quest'ultima, in ragione dell'oggetto, carattere di specialità nell'ambito della tutela dei segni distintivi*". Anche in dottrina prevale l'opinione contraria: SORDELLI L., *Inapplicabilità delle norme sui marchi per i titoli delle opere dell'ingegno*, Riv. dir. ind., 1957, II, 127, 128-129 e Id, *Titolo di periodico, testata e marchio*, Foro pad., 1955, I, 116, 120, secondo cui "*non è possibile per la struttura degli oggetti cui essi si riferiscono considerare equivalenti opere e prodotti*"; MARESCA G., *Concorrenza sleale e tutela del diritto al titolo di un giornale. Brevettabilità del titolo come marchio*, Riv. dir, ind., 1980, I, 359, che sottolinea come i due istituti siano disciplinati da "*due leggi diametralmente opposte con finalità diversa*"; *contra* però FABIANI M., *La protezione del titolo di giornale o periodico come marchio*, Riv. dir. ind., 1975, I, 423; GHIDINI G., *Della concorrenza sleale. Artt. 2598-2601*, Giuffrè, Milano, 1991, 182-183, che pone l'accento sulla differenza tra periodici e opere singole, per cui solo i titoli dei primi possono essere registrati e tutelati come marchi. Per una completa e approfondita disamina delle distinte posizioni si veda AMMENDOLA M., *La tutelabilità come marchio del titolo delle opere dell'ingegno*, Quaderni di AIDA, 1993, 13. Anche in Germania difficilmente i titoli soddisfano i requisiti di registrabilità come marchio, cfr. LOEWENHEIM U., in SCHRICKER G. (ed.), *Urheberrecht. Kommentar*, Beck, München, 3ed., 2006, § 2, par. 23. L'ordinamento francese distingue nettamente le denominazioni di periodici e collane da quelle di single opera. Mentre le prime svolgono la stessa funzione di un marchio e dunque meritano di essere tutelate come tale, le seconde sono indissolubilmente legate all'opera e non possono mai essere usate come marchio, cfr. MATHELY P., *Le droit français des signes distinctifs*, Parigi, 1984, 78.

[630] Cfr. WIPO, *Trademarks and their relation with literary and artistic works*, SCT/16/5, 2006, chapter IV(e) and (f). Sui titoli si veda per la dottrina europea HEIM S., *Der kennzeichenrechtliche Schutz des Filmtitels*, Lang, Frankfurt, 2003, 184 ss.; GRABRUCKER M., FINK E., *Aus der Rechtssprechung des Bundespatentgerichts im Jahre 2006 – Teil I: Markenrecht*, GRUR, 2007, 267. INGERL R., RONKE C., *Markengesetz*, Beck, München, 2ª ed., 2003, §15, par. 104, sostengono che i consumatori non considererebbero i titoli come indicazioni d'origine, ma semplicemente come indicazioni descrittive del contenuto

Infine, il diritto d'autore protegge le opere musicali, le quali possono altresì costituire oggetto di diritto di marchio come suoni [631].

In generale dunque, un'opera protetta dal diritto d'autore può essere considerata in tutto o in parte proteggibile anche come marchio [632].

Nessuna norma di legge impedisce il cumulo delle tutele [633]. In linea di principio, pertanto, la dottrina ammette che i due diritti possano coestistere [634].

Anche in sede giudiziale è prassi comune invocare tutela sulla base di entrambi i titoli [635].

Gli esempi sono numerosi. Celebre è senz'altro quello di Mickey Mouse che dall'essere il personaggio del cartone "Steamboat Willie", apparso per la prima volta nel 1928, è diventato fonte di ispirazione per parchi divertimento in tutto il mondo ed una vasta produzione di oggetti di merchandising, divenendo indiscusso segno distintivo dell'imprenditore che lo ha creato: The Walt Disney Company [636].

---

dell'opera cui si riferisco. La giurisprudenza tedesca registra numerose pronunce nel senso della non registrabilità per mancanza di carattere distintivo: BGH, GRUR 2000, 882 "Bücher für eine bessere Welt"; BGH, GRUR, 2001, 1042 "Reich und Schön"; BGH, GRUR 2003, 342 "Winnetou"; BPatG, GRUR 2006, 593 "Der kleine Eisbär"; BPatG, 29 W (pat) 179/04 "Petterson und Findus". Per gli stati Uniti si veda US Court of Appeals for the Federal Circuit in *Herbko International, Inc. vs. Kappa Books Inc.* (308 F. 3rd 1156), 3 settembre 2002.

[631] L'Avv. Gen. Colomer prende di mira il cumulo di queste tutele nelle Conclusioni, 3 aprile 2003, in causa C-283/01 "Shield Mark", ECLI:EU:C:2003:197, punti 51-52.

[632] Sul cumulo delle tutele tra diritto di marchio e d'autore si veda BERCOVITZ A., *Marcas y derecho de autor*, Revista de Derecho Mercantil, 2001, 204, 405-419; DERCLAYE E., LEISTNER M., *Intellectual Property Overlaps*, cit., 12-15, 47-60, 130-138, 200-205, 237-254; CARRE S., *Marques et droit d'auteur: Métaphore d'une belle rencontre,* in GEIGER C., SCHMIDT-SZALEWSKI J. (eds.), *Les défis du droit des marques au XXIe siècle*, Strasbourg, Litec, 2010, 25; DINWOODIE G., *Trademark and Copyright: Complements or Competitors?*, in GINSBURG J.C., BESEK J.M. (eds.), *ALAI 2001 USA-Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001*, New York, 2002, 498; KUR A., *Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlappung von Schutzrechtstypen*, in SCHRICKER G., DREIER T., KUR A. (eds.), *Geistiges Eigentum*, cit., 23, 42-50; VERKADE D.W.F., cit., 69.

[633] DERCLAYE E., LEISTNER M., cit., 15, secondo cui "*an a posteriori overlap is not prohibited so is possible in either form: protecting by trademark law a copyright work whose protection has expired is something the international instruments do not prevent. Likewise, copyright protection for an expired trademark is also possible; this could happen if the trademark is no longer distinctive or has expired because it is no longer used*".

[634] OSENBERG R., *Markenschutz für urheberrechtlich gemeinfreie Werke*, GRUR, 1996, 101, 104; SEIFERT F., *Markenschutz und urheberrechtliche Gemeinfreiheit*, WRP, 2000, 1014, 1019; NORDEMANN A., in LOEWENHEIM U. (ed.), *Handbuch des Urheberrechts*, C.H. Beck, 2003, § 83, par. 33.

[635] Così ad esempio il sig. Opsvik, ideatore del seggiolone per bambini denominato "Tripp Trapp" e recentemente oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia vertente sull'interpretazione dell'art. 3.1 lett. e) Dir. aveva agito in giudizio contro una società tedesca, rea di commercializzare un articolo analogo, invocando tanto il diritto d'autore, quanto la registrazione del marchio di forma. Cfr. CGUE, 18 settembre 2014, C-205/13, ECLI:EU:C:2014:2233, punti 8-9. Analogamente, Joanne K. Rowling, autrice della fortunata saga di Harry Potter, ha contestato la pubblicazione non autorizzata di un libro scolastico che rielaborava il primo romanzo della serie, lamentando sia il plagio del proprio diritto d'autore, che la contraffazione del marchio; cfr. Landgericht Hamburg, GRUR-RR, 2004, 65.

[636] *Walt Disney Co. v. Powell*, 698 F. Supp. 10, 11 (D.D.C. 1988) and 897 F.2d 565 (D.C.Cir ., 1990). In dottrina, LEITE MONTEIRO R., *Trademarking creative works – How United States can influence European Union practices*, 2014, 1, http://ssrn.com/abstract=2468092; HELFAND M., *When Mick-*

Il diritto dei marchi può dunque essere utilizzato quale strumento per monopolizzare *ex novo* opere dell'ingegno già cadute in pubblico dominio o perché mai protette o perché i termini di tutela autoriale sono già estinti.

Inoltre, mentre i diritti vengono a sovrapporsi, non altrettanto avviene sovente per le limitazioni degli stessi (si parla a riguardo di "convergenza asimmetrica") [637]. Ciò comporta che chi usufruisce del cumulo di tutele è posto nella condizione di neutralizzare le limitazioni o eccezioni della privativa autoriale, opponendo il proprio diritto di marchio, o viceversa.

Le differenze tra le due forme di privativa rendono dunque il tentativo di ottenere la doppia forma di tutela ancor più conveniente, perché consentono al titolare di invocare strategicamente l'una o l'altra a seconda della necessità del caso di specie [638].

In sostanza, il cumulo permette a chi se ne giova di non avere più tra le mani solo un semplice strumento di indicazione dell'origine imprenditoriale (il marchio), bensì un diritto tendenzialmente assoluto, che gli consente di controllare quasi ogni tipo di utilizzo del segno [639].

Qualche autore ha sostenuto la necessità di escludere in via generale la possibilità di registrare come marchi opere già cadute in pubblico dominio [640].

In questo senso, si era pronunciata la corte d'appello del Nono circuito americano nel celebre caso *Betty Boop* [641], in cui si chiedeva la condanna del convenuto per aver utilizzato l'immagine del noto personaggio dei cartoni [642] su prodotti di merchandising. La Corte ha stabilito che il presunto titolare dei diritti di marchio sul

---

ey Mouse Is as Strong as Superman: The Convergence of Intellectual Property Laws to Protect Fictional Literary and Pictorial Characters, Stan. L. Rev., 1992, 44, 623, 626-27; MOFFAT V.R., cit., 1473. Analogo il caso di Peter Rabbit che una volta cessati i diritti d'autore è diventato un marchio registrato della Frederick Warne Publishing Company, che ha contestato giudizialmente la riproduzione dei disegni del noto cartone, cfr. *Frederick Wame & Co. v. Book Sales, Inc.*, 481 F. Supp. 1191, 1195 (S.D.N.Y. 1979).

[637] KUR A., *Funktionswandel von Schutzrechten*, cit., 23, 42; SOSNITZA O., *Konvergenz und Interferenz der Schutzrechte*, in KELLER E., PLASSMANN C., VON FALCK A. (eds.), *Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburstag*, Heymanns, 2003, 895 ss.

[638] CALBOLI I., *Trademarking Creative Works: Trends and Negative Effects on the Copyright Equilibrium,* in FRANKEL S., GERVAIS D. (eds.), *Evolution And Equilibrium: Copyright This Century*, Cambridge University Press, 2014, 6, secondo cui "*it is precisely because of these differences that, within the decades, intellectual property owners have found it convenient to resort to multiple forms of protection, which can be later strategically invoked in different settings*". HEYMANN L.A., cit., 242, afferma che "*Seeking protection under more than one regime is a belt-and-suspenders form of enforcement, allowing the intellectual property owner to resort to a second mode of protection should the first fail or expire*".

[639] BURGUNDER L.B., *The Scoop on Betty Boop: A proposal to Limit Overreaching Trademarks*, Loy. L.A. Ent. L. Rev., 2012, 32, 257, 273 e 274, "*coupled with dilution and sponsorship rights, the trademark owner perhaps could control all uses (…) in any commercial context, even after copyright privileges are lost or expire*".

[640] KLINKERT F., SCHWAB F., *Markenrechtlicher Raubbau an gemeinfreien Werken – ein richtungsweisendes "Machtwort" durch den Mona Lisa-Beschluss des Bundespatentgerichts*, GRUR, 1999, 1067; WANDTKE A., BULLINGER W., *Die Marke als urheberrechtlich schutzfähiges Werk*, GRUR, 1997, 573. Tale impostazione tuttavia è stata sconfessata dal Bundespatentgericht perché eccessivamente penalizzante nei confronti dei titolari di marchio, si veda in particolare BPatG, GRUR 1998, 1012 "Mona Lisa".

[641] *Fleischer Studios, Inc. v. A.V.E.L.A., Inc.*, 636 F.3d 1115 (9th Cir. 2011).

[642] Inventato da Max Fleischer ed utilizzato in numerosi film a partire dal 1930.

personaggio non potesse vietare tale utilizzo, poiché un personaggio televisivo o cinematografico protetto da diritto d'autore non può servire come marchio una volta che la protezione autoriale sia scaduta [643].

La sentenza è stata aspramente criticata [644] in quanto foriera di conseguenze nient'affatto irrilevanti [645]. La pronuncia si prestava infatti a vanificare ogni speranza di proteggere come marchi i personaggi televisivi o cinematografici. Per cui il titolare di materiale originariamente protetto da diritto d'autore, si sarebbe ritrovato (una volta scaduta tale privativa e senza la possibilità di invocare la tutela di marchio) senza tutela alcuna contro gli atti di imitazione dei propri prodotti di merchandising.

L'ondata di malcontento produceva i suoi effetti, inducendo la Corte ad un brusco *revirement* [646], con cui si limitava a negare la proteggibilità del personaggio *Betty Boop*, difettando la prova della capacità del segno di servire come marchio d'impresa, senza avventurarsi a negare la liceità del cumulo delle tutele [647].

In dottrina si è suggerito che il divieto di cumulo delle tutele non dovrebbe essere assoluto, bensì condizionato all'applicazione del c.d. "*primary purpose test*" [648]. L'organo giudicante dovrebbe essere chiamato a valutare la ragione principale per cui il materiale potenzialmente oggetto dei diversi diritti di privativa è stato creato.

---

[643] Cfr. punti 1123-24: "[i]*f we ruled that A.V.E.L.A.'s depictions of Betty Boop infringed Fleischer's trademarks, the Betty Boop character would essentially never enter the public domain*". In secondo luogo, la Corte rilevava che l'immagine di Betty Boop non fosse utilizzata dal presunto contraffattore in funzione di marchio. Di conseguenza tale uso non poteva considerarsi contraffattorio. I consumatori, infatti, avrebbero acquistato i prodotti del convenuto solo perché attratti dall'icona di Betty Boop e non perché questa fosse capace di veicolare alcuna informazione circa la loro origine imprenditoriale.

[644] Si veda SCHULZE D., *Betty Boop in Wonderland or Through the Licensing Glass*, Nev. Law. Mag., 2011, 19, 16; BURGUNDER L.B., cit., 257; COHN D.S., *Mere Ornamentation and Aesthetic Functionality Causing Confusion in the Betty Boop Case*, TMR, 2011, 101, 1218, 1222.

[645] Si veda BAILEY J., *Trademark, Copyright and Logos*, Plagiarism Today, 12 agosto 2010, disponibile all'indirizzo http://www.plagiarismtoday.com/2010/08/12/trademark-copyright-and-logos/ (ultimo accesso 21.4.2021).

[646] 654 F.3d 958, 968 (9th Cir. 2011).

[647] Non diversamente, la Corte Distrettuale della California aveva avvertito la criticità di riconoscere la tutela di marchio al personaggio di Zorro perché già protetto dal diritto d'autore, salvo poi fondare la propria decisione sulla mancata dimostrazione che il personaggio avesse acquistato la capacità distintiva necessaria alla tutela come marchio (c.d. *secondary meaning*). Cfr. *Sony Pictures Entm't v. Fireworks Entm't Group, Inc.*, 137 F. Supp. 2d 1177, 1197 (C.D. Cal. 2001). Anche in *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003), si era verificata una situazione analoga. Dastar aveva copiato la serie televisiva *Crusades* di Fox una volta esauriti i diritti d'autore su di essa, riconfezionandola in una mini serie, senza alcun riconoscimento della fonte originale dei materiali-video. La Fox, ormai sguarnita della tutela autoriale, aveva accusato la Dastar di violare il proprio diritto di marchio. La Suprema Corte ha osservato che una volta estinta la privativa autoriale, il diritto di riprodurre copia dell'opera protetta "*passes to the public*". Negare tale diritto significherebbe alterare "*a carefully crafted bargain under which, once the patent or copyright monopoly has expired, the public may use the invention or work at will and without attribution*". Di conseguenza, Justice Scalia rigettava la domanda attorea, affermando che concedere la tutela di marchio avrebbe interferito col già esistente diritto d'autore, creando "*a species of mutant copyright law that limits the public's federal right to copy and to use expired copyrights*".

[648] BURGUNDER L.B., cit., 289 ss.

Una volta compiuto tale esame, un'opera originariamente coperta da diritto d'autore sarebbe meritevole di essere tutelata anche come marchio solo quando sia stata creata principalmente per essere usata come marchio. Al contrario, tale tutela dovrebbe essere negata quando tale scopo risulti assente.

In questa direzione, l'applicazione del "*primary purpose test*" impedirebbe la tutela di marchio per quasi tutti i personaggi televisivo-cinematografici, a meno che la loro ideazione sia stata principalmente finalizzata ad un utilizzo come segno distintivo [649].

Alcune decisioni giurisprudenziali hanno suffragato detto approccio [650].

Tale soluzione è stata accolta favorevolmente anche dalla dottrina europea, che suggerisce l'opportunità di tenere in considerazione il *primary purpose* come fattore rilevante ai fini del giudizio di distintività [651].

7.2. *Le misure tecnologiche di protezione*

Tra i fattori tecnologici che ostacolano l'accesso al pubblico dominio devono ricomprendersi principalmente le misure tecnologiche di protezione che la legge autorizza ad incorporare nelle opere digitali (DVDs, software, videogames o semplicemente nella distribuzione online di contenuti), al fine di ostacolarne l'uso non autorizzato [652]. Basati su sistemi di crittografia o altri marchingegni tecnici, i dispositivi

---

[649] La Suprema Corte ha infatti stabilito che "*as a general rule, a person's image or likeness cannot function as a trademark*". Cfr. *ETW Corp. v. Jireh Publ'g Inc.*, 332 F.3d 915, 922 (6th Cir. 2003), in cui il noto golfista Tiger Woods domandava tutela come marchio, affermando di costituire un vero e proprio "*walking, talking trademarks*". Questa regola, tuttavia, può subire eccezioni quando l'immagine venga costantemente utilizzata in funzione distintiva. Così è stata riconosciuta la tutela di marchio ad una specifica immagine di Elvis Presley che era stata ripetutamente utilizzata per promuovere e commercializzare servizi di intrattenimento. Cfr. *Estate of Presley v. Russen*, 513 F. Supp. 1339, 1344 (D.N.J. 1981).

[650] In *Knitwaves, Inc. v. Lollytogs Ltd., Inc.*, 71 F.3d 996 (2d Cir. 1995), punti 1002-1005 e 1009, ad esempio, la corte ha riconosciuto una violazione di diritto d'autore nella imitazione di maglioni raffiguranti un motivo ad elementi figurativi stagionali come foglie, ghiande e scoiattoli, mentre ha rigettato la domanda di contraffazione di marchio affermando che l'utilizzo di tali motivi figurativi era principalmente estetico e non veniva inteso come segno identificativo dell'origine imprenditoriale dei prodotti. Al contrario, in *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205 (2000)., la Corte d'Appello ha riconosciuto la tutela di marchio per una linea di vestiti per bambini tutta incentrata su motivi figurativi ricorrenti, dunque con l'obiettivo che lo sguardo del consumatore riconoscesse immediatamente la provenienza dalla casa produttrice. Ancora, in *Warner Bros. Entm't v. Dave Grossman Creations, Inc.*, 2014 BL 93886, E.D. Mo., no. 4:06-cv-00546, la Warner Bros. ha visto riconoscere la violazione dei propri diritti di marchio sulle immagini di "Via col vento", "il Mago di Oz" e "Tom & Jerry" sebbene i relativi diritti di autore fossero già abbondantemente scaduti. Numerosi contratti di licenza, provavano infatti un intensivo utilizzo di tali immagini come marchi.

[651] OHLY A., *op. cit.*, 712, secondo cui "*trade mark registration of works which were not specifically created for the purpose of distinguishing products may fail due to lack of distinctiveness*".

[652] Ai sensi dell'art. 6 Dir. 2001/29/CE, "*1. Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo*". La norma è stata inplementata nell'ordinamento interno per mezzo dell'art. 102 *quater* l.a.: "*1. I titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102 bis, comma 3, possono apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti. 2. Le misu-*

di identificazione ed anti-riproduzione sono stati sviluppati al fine di controllare le possibilità di utilizzo del supporto, così da:

a) impedirne l'accesso a soggetti non autorizzati o

b) limitarne lo sfruttamento a i) determinate aree geografiche,ii) specifici apparecchi di riproduzione con essi compatibili o comunque iii) ai soli usi pattuiti nel contratto di licenza.

Tali misure, rafforzando le prerogative degli autori, si pongono come una barriera ulteriore al libero accesso all'informazione [653]. Da un lato, esse favoriscono situazioni di *lock in* anti-concorrenziale, impedendo la diffusione di prodotti (specialmente supporti di registrazione audio video, videogiochi, applicativi software, ecc.) non originali compatibili con i lettori hardware commercializzati dall'avente diritto [654]. Dall'altro, normalmente non distinguono tra contenuti coperti da diritto d'autore o in pubblico dominio e sono indifferentemente incorporati sugli uni e sugli altri [655]. Anzi, è possibile che tali meccanismi siano utilizzati su opere di pubblico dominio proprio al fine di compensare l'assenza di diritti d'autore e riservarsi in ogni caso la possibilità di controllarne lo sfruttamento. Sulle opere coperte da diritto d'autore, invece, esse potranno avere l'effetto di interferire con le libere utilizzazioni dell'opera consentite dalle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore [656].

Il danno per il pubblico dominio [657] sarà differente a seconda del numero di contenuti analoghi o succedanei che siano liberamente disponibili sul mercato, risultando di portata ben maggiore qualora il contributo sia accessibile al pubblico solo in forma tecnologicamente protetta [658].

Lo sviluppo di tecnologie atte ad eludere le misure di protezione ha portato alla previsione, prima nel WCT (art. 11) e poi nelle legislazioni europea ed interna di

---

re tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o dì un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione".

[653] Problematica affrontata da TRAVOSTINO M., *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, Giur. it., 2011, 10.

[654] È il caso della vendita e produzione di "modchip" capaci di modificare il funzionamento delle console "Playstation 2", prodotte dalla Sony. Cfr. Trib. Bolzano, 20 dicembre 2005, . merito, 2006, 7-8, 1750, con nota RABAZZI C., *Strumenti illegali o utili per potenziare e strutturare in maniera lecita un'opera dell'ingegno?*.

[655] KOELMAN K., *The Public Domain Commodified: Technological Measures and productive Information Use*, in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain*, cit.,105-119.

[656] DEAZLEY R., *Copyright's public domain*, cit., 29-30.

[657] Denunciato tra gli altri da BENKLER Y., cit., 354-446; BOYLE J., *The Second Enclosure Movement*, cit., 33; SAMUELSON P., *Mapping the Digital Public Domain*, cit., 147-171; DUSOLLIER S., *Scoping Study on Copyright*, cit., 44, secondo cui "*Undeniably, any technological measure that would inhibit use of the work, e.g. its reproduction or communication, would run counter to the essence of the public domain and would erect new exclusivity over what should be left in the commons*"; HAWKINS C., *Technological Measures*, cit., 45, con riferimento al quadro normative posto dal Copyright Act del 1968.

[658] Il potenziale pregiudizio per il pubblico dominio fu denunciato nel 1996 nella risposta dello European Legal Advisory Board al Libro Verde su diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione del 27 luglio 1995: "*widespread use of technical protection devices* [that] *might result in the de facto creation of new information monopolies. This would be especially problematic in regard of public domain materials*".

numerosi paesi aderenti, di apposite disposizioni, anche di rilievo penalistico [659], atte a vietare la circonvenzione delle misure di protezione applicate alle opere coperte da diritto d'autore [660].

---

[659] Si veda la fattispecie relativa all'elusione di misure tecnologiche di protezione prevista dall'art. 171 *ter*, lett. f) *bis* l.a., così come modificato dal d.lg. 9 aprile 2003, n. 68, in attuazione della Dir. 2001/29. In base al dettato normativo, l'utilizzo di tali strumenti, per integrare la fattispecie di reato, deve avere "*la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche ex art. 102 quarter, ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati, o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure*". In assenza di tale prevalente finalità, la mera importazione di dispositivi capaci di eludere sistemi di protezione non integra di per sé fattispecie di reato. Cfr. Trib. Catania, 4 maggio 2016, n. 2409. Non è invece richiesto che tali accorgimenti siano direttamente o esclusivamente applicati sulle opere o sui materiali protetti. Cfr. Cass. pen., 14 aprile 2015, n. 21621; Cass. pen., 2016, 4, 1739; Id., 25 maggio 2007, n. 33768, Riv. dir. ind., 2008, 6, 449, con nota di AREZZO E., *Videogiochi e consolles tra diritto d'autore e misure tecnologiche di protezione*; Id., 9 febbraio 2011, n. 8791, Resp. civ. e prev., 2011, 5, 1161. Trib. Bolzano, 20 dicembre 2005, cit., ha escluso che le modchip installate su consolle Playstation 2 avessero detta finalità prevalente, permettendo al contrario "*di ampliare le funzionalità delle console, tra cui la possibile lettura di supporti originali Sony provenienti da diverse regioni geografiche di distribuzione, la lettura di videogiochi di altre case produttrici, il funzionamento della console come un vero e proprio personal computer, permettendo, ad esempio, d'installare diversi software o sistemi operativi, nonché la lettura della cosiddetta copia di "back up" (o di riserva) del software originale, in conformità a quanto previsto dall'art. 64 ter, l.d.a.*". *Contra*, Trib. Bolzano, 28 gennaio 2005. Visto il contrasto giurisprudenziale, in altra vertenza sulla legittimità di *modchip* destinati ad essere utilizzati sulle console Nintendo, Trib. Milano, ord. 22 dicembre 2011 ha interrogato la Corte di Giustizia sui criteri di valutazione in base ai quali procedere a verificare se l'uso di un prodotto o componente con finalità elusive di una misura tecnologica di protezione possa ritenersi prevalente rispetto ad altre finalità o usi commercialmente rilevanti. La Corte di Giustizia UE si è espressa in ordine a tali questioni con la sentenza emessa in data 23 gennaio 2014, C-355/12, Nintendo, ECLI:EU:C:2014:25 e – ai fini della corretta applicazione del principio di proporzionalità – ha rimesso al giudice nazionale il compito di verificare in concreto: a) se altre misure, o misure non installate sulle console, possano causare minori interferenze con le attività dei terzi o minori limitazioni di tali attività, pur fornendo una protezione analoga per i diritti del titolare. A tal fine ha segnalato gli aspetti che potrebbero assumere rilievo in tale analisi, quali i costi relativi ai diversi tipi di misure tecnologiche, gli aspetti tecnici e pratici della loro attuazione nonché la comparazione dell'efficacia di tali diversi tipi di misure tecnologiche per quanto riguarda la protezione dei diritti del titolare; b) la finalità dei dispositivi, dei prodotti o dei componenti che possono eludere le citate misure tecnologiche, assegnando particolare rilievo alla prova dell'uso che i terzi effettivamente ne facciano, verificando con quale frequenza tali dispositivi, prodotti o componenti vengano effettivamente utilizzati in violazione del diritto d'autore, nonché la frequenza con cui sono utilizzati a fini che non violano il suddetto diritto. Per un commento alla pronuncia si veda RENDAS T., *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, EIPR, 2015, 39-45; MOIR A., MONTAGNON R., NEWTON H., *CJEU increases burden on manufacturers of games consoles to prove the unlawfulness of devices circumventing technological protection measures and that their TPMs are proportionate*, JIPLP, 2014, 456-458. Trib. Milano, 6 novembre 2015, Riv. dir. ind., 2016, 6, 544, con nota di FRANZOSI M., *Misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore (art. 102-quater L.A.)*, in sede di riassunzione dopo il rinvio alla Corte di Giustizia, ha concluso che spetta alla parte che adduce la relativa eccezione fornire elementi atti a sostenere la presunta illegittimità o esorbitanza delle misure tecnologiche adottate. Nel caso di specie, difettando tale prova, il collegio ha ritenuto che la principale finalità dei *modchip* fosse proprio il consentire l'abusiva utilizzazione di opere protette dal diritto d'autore.

[660] L'art. 6, co. 2, Dir. Infosoc, prevede che "*Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che: a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente*

Tale divieto, tuttavia, non ha di per sé alcun effetto sulle opere di pubblico dominio, considerato che trova applicazione esclusivamente ai contenuti coperti da diritto d'autore. In dottrina, si è sottolineato come si sia trattato di un'occasione perduta per gettare le basi di un più effettivo "*equilibrio fra i diritti degli autori e un superiore pubblico interesse, in particolare in materia di istruzione, ricerca e accesso all'informazione*", come richiesto dallo stesso Preambolo del Trattato [661].

L'Unione Europea, invero, ha ricercato tale equilibrio imponendo agli Stati Membri di assumere provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione di coloro che facciano un uso legittimo di un'opera coperta da diritto d'autore (in quanto beneficiari di un'eccezione o limitazione del diritto stesso), i mezzi per fruire della stessa ed avere quindi accesso legale all'opera o al materiale protetto [662].

8. *Le iniziative intraprese a livello europeo per promuovere digitalizzazione e accessibilità*

Una strategia tesa a proteggere un pubblico dominio ricco ed accessibile non può prescindere dall'ampliare le possibilità di accesso effettivo alle opere [663].

Ciò è risultato ben chiaro alle istituzioni comunitarie allorché nel piano d'azione "eEurope" [664], elaborato su input del Consiglio Europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, la Commissione UE ha concordato come obiettivo strategico per il decennio 2000-2010 di "*diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo*". Le conclusioni della Presidenza riconoscevano il "*valore aggiunto*" creato dalle industrie che producono contenuti informativi "*mettendo a frutto la diversità culturale europea e veicolandola in rete*" e richiamavano l'importanza di diversificare i mezzi di accesso al fine di "*impedire l'esclusione dall'informa-*

---

rilevante, oltre quello di eludere, o c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche". Il nostro ordinamento autorizza il sequestro ex artt. 161 e 162 l.a. di tali dispositivi. V. Trib. Milano, 10 ottobre 2010, che ha inibito l'importazione e commercializzazione e ordinato il sequestro dei dispositivi denominati PS3 Break o PS3 Jail Break, che consentivano la duplicazione abusiva di un videogioco originale su di un supporto esterno, idoneo ad essere successivamente utilizzato, anche senza il supporto originale, in elusione dei dispositivi applicati a protezione del software.

[661] GOLDSTEIN P., *Copyright and Its Substitutes*, Wis. L. Rev., 1997, 869: "*The problem with Article 11 of the WIPO Copyright Treaty, and of any implementing legislation that builds on it, is its asymmetry: the provision outlaws disencryption of copyrighted subject matter, but it does not outlaw the encryption of uncopyrighted subject matter. (…) Only a measure that effectively made it unlawful to encrypt the product's easily separated public domain elements would strike copyright's balance – leaving the copyrighted content encrypted and the public domain content open to public access*". Nella stessa direzione, GORDON W., *Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract*, Chi.-Kent L. Rev., 1998, 1480, nota 50.

[662] Art. 6, co. 4, Dir. 2001/29.

[663] DINWOODIE G., DREYFUSS R., *Patenting Science: Protecting the Domain of Accessible Knowledge* e SAMUELSON P., *Enriching Discourse on Public Domain*, entrambi in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., cit., 191 e 163.

[664] https://cordis.europa.eu/programme/rcn/803/it (ultimo accesso 21.4.2021). Sul progetto si veda PIETRANGELO M., *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 30.

zione". Si demandava inoltre alle amministrazioni pubbliche il compito di compiere "*effettivi sforzi a tutti i livelli per avvalersi delle nuove tecnologie e far sì che le informazioni siano il più possibili accessibili*" [665].

Il piano d'azione *eEurope*, in particolare, identificava tra le diverse azioni necessarie a raggiungere gli obiettivi tracciati a Lisbona il "*maggiore coordinamento dei programmi di digitalizzazione in tutta l'Europa, per garantire un accesso più generalizzato al patrimonio comune europeo*" [666].

Con l'intento di dare attuazione alle raccomandazioni contenute nel piano, veniva istituito nel 2001 il Gruppo dei rappresentanti nazionali per la digitalizzazione del patrimonio culturale, denominato NRG (*The National Representatives Group*) [667], avente come missione di coordinare e armonizzare le politiche, i programmi ed i progetti nazionali nel campo della creazione di contenuti culturali. Il manifesto programmatico dell'iniziativa era costituito dai Principi di Lund [668], elaborati in una storica riunione del Gruppo organizzata dalla presidenza svedese dell'UE nella cittadina svedese il 4 aprile 2001 e nel corrispondente piano d'azione da realizzare nel periodo 2002-2005 [669].

In questo arco di tempo, l'Unione ha cofinanziato i progetti MINERVA [670] e MICHAEL [671] per supportare il NRG nello sviluppo del piano.

Sull'onda delle raccomandazioni contenute nel Rapporto digiCULT commissionato dalla Direzione Generale per la Società dell'Informazione della Commissione

---

[665] http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm (ultimo accesso 21.4.2021).

[666] Il piano, disponibile al link http://www.europafacile.net/Formulari%5CPOLITICHE%5CSociet%C3%A0Info%5CeEurope%5CPianoeEurope.pdf (ultimo accesso 21.4.2021), è stato presentato ed approvato al Consiglio europeo di Feira del 19-20 giugno 2000. Per maggiori informazioni sulla portata complessiva del piano si veda https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:l24226a (ultimo accesso 21.4.2021). A seguito del raggiungimento degli obiettivi di eEurope 2002, capi di Stato e di governo hanno avallato una seconda fase di sviluppo della società dell'informazione denominato Piano d'azione eEurope 2005 in occasione del Consiglio europeo di Siviglia del 21 e 22 giugno 2002. Cfr. la Comunicazione della COMMISSIONE UE, *eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti – Piano d'azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia 21 e 22 giugno 2002*, Bruxelles, 28 maggio 2002, COM(2002) 0263 def..

[667] Il Gruppo era composto da membri nominati ufficialmente da ciascuno Stato dell'Unione. Il Gruppo si riuniva ogni sei mesi, sotto la Presidenza di turno.

[668] https://www.iccu.sbn.it/export/sites/iccu/documenti/lund_principles-en.pdf (ultimo accesso 21.4.2021).

[669] CAFFO R., *Il Piano d'azione dinamico per il coordinamento europeo della digitalizzazione di contenuti culturali e scientifici*, Digitalia, 2006, 1, 119.

[670] http://www.minervaeurope.org/home.htm (ultimo accesso 21.4.2021). L'obiettivo del progetto era realizzare una comune piattaforma europea di standard, raccomandazioni e linee guida per facilitare la creazione di contenuti culturali digitali e la costruzione di portali della cultura interoperabili e di facile accesso per tutti.

[671] http://www.michael-culture.org/ (ultimo accesso 21.4.2021). L'obiettivo del progetto era costruire un sistema informativo che fornisse l'accesso a collezioni digitali provenienti da musei, archivi, biblioteche e altre istituzioni culturali europee.

UE [672], la risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 2002 su "Cultura e società della conoscenza" invitava la stessa Commissione e gli Stati membri a:

– "*contribuire alla digitalizzazione dei programmi di contenuto culturale e alla interoperabilità dei relativi sistemi, onde salvaguardare, tutelare e far conoscere il patrimonio culturale europeo e la diversità culturale europea*" e

– "*favorire la messa in rete di informazioni culturali che permetteranno a tutti i cittadini di accedere ai contenuti culturali europei sfruttando le tecnologie più avanzate*" [673].

La risoluzione del Consiglio, del 25 giugno 2002, sulla conservazione della memoria del domani evidenziava il "*grave rischio di perdite irreparabili in mancanza di misure positive di conservazione per rendere [i beni culturali ed intellettuali della nostra società] disponibili per il futuro*", anche alla luce dei "*grandi cambiamenti metodologici che investono la creazione, la memorizzazione e la conservazione delle registrazioni, dei documenti e degli archivi, specialmente in formato digitale*". Proponeva, pertanto, tra gli obiettivi e le misure da adottare per conservare i contenuti digitali per le generazioni future "*la messa a punto di politiche di conservazione della cultura e del patrimonio digitali nonché la loro accessibilità*" [674]. Si avvertiva che la mancanza di politiche chiare e globali sulla conservazione dei contenuti digitali negli Stati Membri costituiva una minaccia per la sopravvivenza del materiale digitalizzato.

Negli ultimi anni, numerose sono state le iniziative per promuovere un più libero accesso alle opere dell'ingegno, incoraggiando lo sviluppo del pubblico dominio [675].

Il progetto europeo DRIVER (*Digital Repository Infrastructure Vision for European Research*) ha creato una banca dati aperta combinata con un portale di ricerca, per tutti gli studi scientifici europei liberamente disponibili [676]. La banca dati, oggi denominata OpenAIRE (*Open Access Infrastructure for Research in Europe*) contiene oltre 8.000.000 di pubblicazioni *open access* conferite da oltre 460 *data providers* [677].

Il progetto ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works*), coordinato dall'Associazione Italiana Editori (AIE), ha sviluppato una infrastruttura distribuita europea per la gestione dei diritti d'autore che consente a biblio-

---

[672] SALZBURG RESEARCH FORSCHUNGSGESELLSCHAFT MBH, *Rapporto DigiCULT. Scenari tecnologici per l'economia della cultura di domani. Dischiudere il valore del patrimonio culturale*, Bruxelles, 2002, 12 e 17, secondo cui "*è necessario che le autorità a livello nazionale e regionale intraprendano azioni immediate e formulino strategie per la conservazione digitale intesa come parte integrante di una politica nazionale dell'informazione*".

[673] CONSIGLIO UE, *Risoluzione su "Cultura e società della conoscenza"*, 21 gennaio 2002, (2002/C 32/01).

[674] CONSIGLIO UE, *Risoluzione sulla conservazione della memoria del domani — conservazione dei contenuti digitali per le generazioni future*, 25 giugno 2002, 2002/C 162/02.

[675] Per un quadro completo sulle diverse "*commons-based initiatives*" si veda MERGES R.P., *A New Dynamism in the Public Domain*, cit., 183.

[676] Si veda VAN GODTSENHOVEN K., *The DRIVER Project: The Socio-economic Benefits of a European Scientific Commons*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C. (eds.), *The Digital Public Domain*, cit., 139-148.

[677] https://www.openaire.eu/ (ultimo accesso 21.4.2021).

teche e istituzioni impegnate in progetti di digitalizzazione, di determinare se un'opera sia protetta da diritto d'autore. Il sistema consente inoltre di individuare i titolari dei diritti da contattare per ottenere la licenza per la digitalizzazione e di individuare le opere orfane, per le quali non è stato possibile identificare gli aventi diritto.

Il progetto, che ha trovato prosecuzione in ARROW Plus con l'obiettivo di estendere l'infrastruttura tecnologica a nuovi paesi europei ed elaborare un modello per l'estensione del raggio di azione al settore delle immagini contenute nei documenti, si è concluso il 31 dicembre 2013 [678].

DARIAH (*Digital Research Infrastructure for the Arts and Humanities*) è il consorzio europeo di ricerca che ha costruito una *digital library* condivisa per la ricerca europea nell'ambito delle scienze umane, la quale consente la condivisione e la reciproca integrazione dei dati, delle informazioni e degli strumenti delle differenti *community* partner [679].

Il Progetto Gutenberg, specializzato in opere letterarie, offre accesso gratuito ad oltre 58.000 ebooks relativi ad opere per cui sono esauriti i diritti d'autore negli Stati Uniti [680]. Sempre oltreoceano, il Berkman Center for Internet and Society dell'Università di Harvard ha dato avvio nel dicembre 2010 al progetto della Digital Public Library of America (DPLA), una vera e propria biblioteca virtuale capace di consentire la consultazione dei testi con modalità analoghe ad una biblioteca fisica [681]. Il portale, lanciato nel 2013, contiene oggi oltre 33 milioni di immagini, testi, video e suoni da tutti gli Stati Uniti [682].

8.1. *La Biblioteca Digitale Europea e il problema delle opere orfane e fuori commercio*

Anche in Europa, progetto faro della strategia "i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione" [683] è stata la realizzazione di una biblioteca digitale europea [684]. L'obiettivo era istituire un punto di accesso comune e multi-

---

[678] La documentazione relativa al progetto è disponibile al link https://pro.europeana.eu/project/arrow (ultimo accesso 21.4.2021).

[679] https://www.dariah.eu/ (ultimo accesso 21.4.2021).

[680] https://www.gutenberg.org/ (ultimo accesso 21.4.2021).

[681] https://cyber.harvard.edu/research/dpla (ultimo accesso 21.4.2021).

[682] https://dp.la/ (ultimo accesso 21.4.2021).

[683] Comunicazione della COMMISSIONE UE, *i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione*, Bruxelles, 1 giugno 2005, COM(2005) 229 def., volta ad ottimizzare i benefici derivanti dall'utilizzo delle nuove tecnologie dell'informazione per la crescita economica. Per gli obiettivi della strategia si veda la pagina dedicata al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac11328 (ultimo accesso 21.4.2021) .. Per un bilancio della strategia nel periodo 2005-2009, si veda la Comunicazione della COMMISSIONE UE, *Relazione sulla competitività digitale in Europa: principali risultati della strategia i2010 nel periodo 2005-2009*, Bruxelles, 4 agosto 2009, COM(2009) 390 def..

[684] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-643_en.htm?locale=en e http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-1202_en.htm (ultimo accesso 21.4.2021). Si vedano in argomento:

– la Comunicazione della COMMISSIONE UE, *i2010: le biblioteche digitali*, Bruxelles, 30 settembre 2005, COM(2005) 465 def, in cui la Commissione ha illustrato la sua strategia per la digitalizzazione,

lingue al patrimonio culturale digitale europeo, sotto l'egida di norme di digitalizzazione comuni, così da garantire l'interoperabilità del materiale digitalizzato [685].

Nel contesto dell'iniziativa, la Commissione istituiva alcuni gruppi di esperti, affidandogli un compito consultivo in ordine a come affrontare al meglio le sfide organizzative, giuridiche e tecniche del progetto [686].

I progressi compiuti venivano descritti nella Comunicazione della Commisione "*Il patrimonio culturale europeo: basta un clic*" [687] che anticipava il lancio [688], nel novembre 2008, di una prima versione prototipo di Europeana [689], la biblioteca multimediale *online* europea. Gestita dalla Fondazione per la biblioteca digitale europea [690], essa consente agli utenti di internet di cercare e ottenere accesso diretto a

---

l'accessibilità on line e la conservazione digitale della memoria collettiva dell'Europa, comprendente materiale stampato (libri, riviste, giornali), fotografie, oggetti museali, documenti d'archivio, materiale audiovisivo;

– COMMISSIONE UE, *Raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del materiale culturale e sulla conservazione digitale*, Bruxelles, 31 agosto 2006, 2006/585/CE, 28-30, con cui ha richiamato l'opportunità di "*incoraggiare la digitalizzazione del materiale contenuto nelle biblioteche, negli archivi e nei musei*" precisando che l'accessibilità on line del materiale digitalizzato metterà i cittadini di tutta Europa in condizione di riutilizzarlo "*in settori quali il turismo e l'istruzione, nonché nell'ambito di nuove attività creative*". Tra le varie misure implementative della strategia, si richiamava la necessità di promuovere una biblioteca europea digitale.

[685] Cfr. CONSIGLIO UE, *Conclusions on the Digitisation and Online Accessibility of Cultural Material, and Digital Preservation*, Bruxelles, 7 dicembre 2006, 2006/C 297/01.

[686] Si fa riferimento in particolare al gruppo di esperti degli Stati membri sulla digitalizzazione e la conservazione digitale, istituito con Decisione della Commissione UE del 22 marzo 2007 (2007/320/CE) composto da rappresentanti nominati da ciascuno Stato Membro e finalizzato ad offrire un canale di cooperazione fra gli Stati e la Commissione, specialmente in vista dello scambio di buone pratiche relative alle politiche e alle strategie in materia, nonché l'High Level Expert Group on Digital Libraries, istituito con Decisione della Commissione UE del 25 marzo 2009 (2009/301/EC) composto da venti membri e presieduto dalla Commissaria per la società dell'informazione e i media Viviane Reding, che ha condotto nel dicembre 2009 alla pubblicazione di un Final Report dal titolo "*Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future*" che offre un riassunto delle attività svolte dal Gruppo dalla sua fondazione e presenta le raccomandazioni oggetto di consenso convergente e i punti da porre all'ordine del giorno per esame futuro.

[687] COMMISSIONE UE, *Il patrimonio culturale europeo: basta un clic. Progressi in materia di digitalizzazione e accessibilità on line del materiale culturale e della conservazione digitale nell'UE*, Bruxelles, 11 agosto 2008, COM(2008) 513 def..

[688] CONSIGLIO UE, *Conclusions of 20 November 2008 on the European digital library EUROPEANA*, 2008/C 319/07. In occasione del lancio, l'interesse nel progetto ha generato un traffico internet molto superiore alle previsioni, tanto da rendere necessaria la chiusura del sito per un mese. Cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-733_en.htm (ultimo accesso 22.4.2021).

[689] Accessibile al link https://www.europeana.eu/portal/it. Per maggiori informazioni sulle caratteristiche del progetto e la sua evoluzione storica cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1747_en.htm; http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-586_en.htm?locale=en (ultimo accesso 22.4.2021).

[690] La Fondazione vede riunite le principali associazioni europee di biblioteche, archivi, musei, archivi audiovisivi e istituzioni culturali ed è ospitata dalla biblioteca nazionale olandese, la Koninklijke Bibliotheek, con sede all'Aia. L'ufficio è finanziato all'80% dal programma europeo eContent plus, per circa 2,5 milioni di euro all'anno. Gli Stati membri e le istituzioni culturali finanziano il restante 20%.

libri digitalizzati, mappe, dipinti, giornali, frammenti di film e fotografie [691], provenienti dalle biblioteche nazionali e dalle istituzioni culturali europee [692].

Ad un anno dal suo lancio, il bilancio non era del tutto positivo: pur essendo la collezione più che raddoppiata (con 4,6 milioni di opere accessibili), l'allora commissaria Reding aveva espresso preoccupazione per lo scarso contributo dei paesi membri [693]. Per trovare soluzioni a questi problemi, la Commissione lanciava tra l'agosto ed il novembre 2009 una consultazione pubblica sul futuro di Europeana e della digitalizzazione libraria [694]. La risoluzione del Parlamento Europeo del 5 maggio 2010 su "*Europeana le prossime tappe*" invitava gli Stati Membri ad aumentare la condivisione di contenuti e sottolineava la necessità di individuare soluzioni affinché possa offrire anche opere protette dal diritto d'autore, in particolare opere orfane ed esaurite [695].

I richiami istituzionali producevano l'effetto sperato. Il portale nel 2010 aveva già raggiunto i 14 milioni di opere disponibili online [696]. La Raccomandazione della Commissione del 27 ottobre 2011 e le Conclusioni del Consiglio del 10 maggio 2012 sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale alzavano ulteriormente l'asticella, portando l'obiettivo a "30 milioni entro il 2015" [697].

I notevoli progressi realizzati da Europeana e dai singoli Stati Membri [698] hanno anche evidenziato le sfide e i problemi collegati con il processo di digitalizzazione.

---

[691] Le fotografie, le carte geografiche, i quadri, gli oggetti museali e le altre immagini digitalizzate costituiscono il 64% della collezione di Europeana. Il 34% è dedicato ai testi digitalizzati, che comprendono oltre 1,2 milioni di libri che possono essere visualizzati online e/o scaricati in versione integrale. I testi includono migliaia di manoscritti rari e incunaboli stampati prima del 1500. I materiali audio e video rappresentano meno del 2% della collezione.

[692] Tutti gli Stati membri dell'UE hanno contribuito ad accrescere la collezione di Europeana, ma i contributi sono disomogenei: la Francia è il paese che contribuisce in misura maggiore (18% di tutti gli oggetti), mentre l'Italia ha una quota di poco superiore al 7%. I dati aggiornati sono disponibili al seguente link http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1524_it.htm (ultimo accesso 21.4.2021).

[693] La Commissaria rilevava "*che solo il 5% di tutti i libri digitalizzati dell'UE sia disponibile su Europeana*" e constatava anche "*che quasi la metà delle opere digitalizzate presenti su Europeana proviene da un solo paese, mentre il contributo degli altri paesi dell'Unione resta troppo debole.* Cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1257_it.htm (ultimo accesso 21.4.2021).

[694] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/europes-digital-library-doubles-size-also-shows-eus-lack-common-web-copyright-solution (ultimo accesso 21.4.2021).

[695] Risoluzione del PARLAMENTO UE, *Europeana, le prossime tappe*, 2009/2158(INI), 15 marzo 2011, 16-25, punto 29. Tra le possibili soluzioni si proponeva l'adozione di formati di sola lettura e di protezione anti-copia per il materiale digitalizzato soggetto al diritto d'autore, e la previsione di collegamenti verso una pagina del sito Internet del fornitore del contenuto dove il documento possa essere scaricato alle condizioni stabilite dal fornitore (punto 41).

[696] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1524_it.htm (ultimo accesso 21.4.2021).

[697] COMMISSIONE UE, *Raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale*, 27 ottobre 2011, 2011/711/UE, punto 7a) e CONSIGLIO UE, *Conclusions on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation*, 10 maggio 2012, 2012/C 169/02.

[698] Cfr. COMMISSIONE UE, *Implementation of Commission Recommendation on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation. Consolidated Progress Report 2015-2017*

Le difficoltà e i costi di gestione dei diritti d'autore per digitalizzare e offrire l'accesso ai materiali soggetti a privativa impedivano ad Europeana di contenere le opere esaurite o fuori commercio (ossia circa il 90% dei libri delle biblioteche nazionali europee) e le opere orfane (che secondo le stime dovrebbero costituire il 10-20% delle collezioni coperte da diritto d'autore), ancora tutelate dal diritto d'autore ma il cui autore non può essere identificato. Il progetto si limitava pertanto a contenere materiale non più coperto dal diritto d'autore.

Il problema era ben presente alle istituzioni.

Il Sottogruppo sul diritto d'autore del High Level Expert Group on Digital Libraries, presieduto da Marco Ricolfi [699], all'interno del "*Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues*" [700], raccomandava l'adozione di soluzioni di tipo non–legislativo al problema delle opere orfane (c.d. "*soft law approach*"), favorendo la negoziazione di contratti di licenza collettivi che consentano l'uso dell'opera, a condizione che una previa diligente ricerca di anteriorità non abbia permessso di risalire agli aventi diritto. Inoltre, proponeva l'adozione di un modello di licenza standard che conferisse alle biblioteche il diritto non esclusivo e non trasferibile di digitalizzare e rendere disponibili all'interno di reti chiuse le opere fuori commercio oggetto di licenza [701].

Il testimone è stato raccolto nel 2010 dal Gruppo di riflessione di alto livello formato da Maurice Lévy [702], Elisabeth Niggemann [703] e Jacques De Decker [704], incaricato di fornire raccomandazioni su come accelerare i processi di digitalizzazione, l'accessibilità online e la conservazione delle opere culturali in tutta Europa, all'esito

---

Working Document, 2018, esamina e valuta i progressi complessivi realizzati nell'Unione europea nell'attuazione della raccomandazione della Commissione del 27 ottobre 2011 sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale (2011/711 / UE). La pubblicazione si basa sui rapporti presentati dai singoli Stati Membri disponibili online al seguente link https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/2017-national-reports-digitisation-online-accessibility-and digital-preservation (ultimo accesso 21.4.2021)..

[699] Membri del Copyright Subgroup erano nell'ordine Dr. Arne J. Bach (President of FEP – Federation of European Publishers), Ms Lynne Brindley (Chief Executive of the British Library), Ms Claudia Dillman (Director of Deutsches Filminstitut and President of ACE – Association de Cinémathèques Européennes), Ms Tarja Koskinen-Olsson (Honorary President of IFRRO – International Federation of Reproduction Rights Organisations), Mr Emmanuel Hoog (President of INA– Institut National de l'Audiovisuel) e il Prof. Marco Ricolfi (Università di Torino).

[700] HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES, *Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues*, 18 aprile 2007, preceduto da un Interim Report presentato alle seconda sessione del High Level Expert Group del 17 Ottobre 2006.

[701] Definite come "*a work that is not commercially available, as declared by the appropriate rightholders, regardless of the existence of tangible copies of the work as normally understood*" (cfr. p. 9). Il Report prevedeva in verità due diverse versioni del *model agreement* (v. il par. 6.3) distinte in ragione delle diverse modalità di accesso all'opera consentite. L'una, infatti, si limitava a concedere l'accesso in loco o attraverso reti sicure, l'altra consentiva il libero accesso online. L'avente diritto mantiene il diritto rinunciabile a ricevere un compenso e a revocare la licenza in ogni momento, ad esempio per ricommercializzare l'opera.

[702] All'epoca CEO dell'agenzia di pubblicità multinazionale francese Publicis.

[703] All'epoca direttore della Biblioteca nazionale tedesca.

[704] Scrittore e segretario permanente dell'Académie royale de langue et de littérature françaises de Belgique.

di un esame delle varie iniziative in corso sia pubbliche che private [705]. Significativamente, la relazione conclusiva [706] raccomandava la messa in linea delle opere tutelate da diritti d'autore ma non più distribuite a livello commerciale, richiamando la necessità di adottare quanto prima norme europee in materia di opere orfane.

Le raccomandazioni del "Comité des Sages" sono state riprese nell'Agenda digitale europea [707], la prima delle sette iniziative faro [708] della Strategia Europa 2020 [709]. La quindicesima azione chiave dell'Agenda Digitale prevede espressamente di "*proporre un modello sostenibile per il finanziamento di Europeana e per la digitalizzazione dei contenuti*" così da "*migliorare l'accesso online alla ricchezza del patrimonio culturale europeo*" [710].

A dieci anni dalla nascita, il Consiglio dell'Unione, con le proprie conclusioni del 31 maggio 2016 sul ruolo di Europeana per l'accessibilità, la visibilità e l'utilizzo digitali del patrimonio culturale europeo [711], dava mandato alla Commissione di in-

---

[705] Il Gruppo è stato creato su suggerimento del Ministro francese per la cultura e la comunicazione avanzato al Education, Youth and Culture Counsil di Bruxelles del 27 novembre 2009 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-526_fr.htm?locale=en, ultimo accesso 21.4.2021). Il lavoro del gruppo si è basato a sua volta su quello del Gruppo di riflessione ad alto livello sulle biblioteche digitali istituito tra il 2006 e il 2009.

[706] LÉVY M., NIGGEMANN E., DE DECKER J., *The new renaissance. Report of the Comité des Sages on bringing Europe's cultural heritage online*, Lussemburgo, 10 gennaio 2011, ha definiscono la conservazione del patrimonio culturale europeo a vantaggio delle generazioni future un "*obbligo morale*" e invitano gli Stati Membri a fare di Europeana "*il principale punto di riferimento del patrimonio culturale europeo in linea*".

[707] Cfr. Comunicazione della COMMISSIONE UE, *Un'agenda digitale europea*, Bruxelles, 19 maggio 2010, COM(2010) 0245 def.

[708] Per raggiungere i propri traguardi di crescita economica, la Commissione propone un programma Europa 2020 che consiste in una serie di iniziative faro. L'agenda europea del digitale è una di queste e mira a trarre vantaggi socioeconomici sostenibili da un mercato unico del digitale basato sull'internet superveloce. L'elencazione delle iniziative faro è consultabile al link http://europa.eu/rapid/press release_IP-10-225_it.htm?locale=en (ultimo accesso 21.4.2021).

Prove solide a sostegno dell'agenda europea del digitale sono fornite da COMMISSIONE UE, *Europe's Digital Competitiveness Report*, 17 maggio 2010, SEC(2010) 627, la quale ha confermato che gli investimenti nell'economia digitale sono la chiave per la prosperità futura dell'Europa. Essa prova come la crescita del 50% della produttività registrata in Europa dal 1995 debba essere attribuita ai progressi delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni (TIC) e come a fronte degli investimenti in questo settore negli USA i benefici siano stati ancora più consistenti. Per maggiori informazioni sulla relazione si veda il seguente link http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-571_it.htm (ultimo accesso 22.4.2021).

[709] Si tratta della strategia economica per uscire dalla crisi e preparare l'economia dell'UE per il prossimo decennio. Essa delinea tre settori prioritari di intervento, che corrispondono ad altrettanti motori di crescita, da mettere in atto mediante azioni concrete a livello europeo e nazionale: a) crescita intelligente, sviluppando un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, b) crescita sostenibile, promuovendo un'economia a basse emissioni di carbonio, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, e c) crescita inclusiva, promuovendo un'economia con un alto tasso di occupazione, che favorisca la coesione sociale e territoriale. Per maggiori informazioni sulla strategia si veda http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-225_it.htm?locale=en (ultimo accesso 22.4.2021).

[710] L'agenda individua sette ambiti di azione prioritari, di cui il settimo concerne l'utilizzo delle ITC per affrontare problemi sociali. Il tema della digitalizzazione si inserisce all'interno di quest'ambito. Per il quadro completo delle azioni chiave si veda http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-200_ it.htm.

[711] CONSIGLIO UE, *Conclusioni sul ruolo di Europeana per l'accessibilità, la visibilità e l'utilizzo digitali del patrimonio culturale europeo*, 14 giugno 2016, 9.

crementare il coinvolgimento degli Stati nella *governance* del progetto e di sottoporlo a valutazione indipendente. Con decisione del 7 marzo 2017, la Commissione procedeva ad istituire un nuovo Expert Group on Digital Cultural Heritage and Europeana, affidandogli il coordinamento con gli Stati Membri ed il monitoraggio dell'evoluzione del progetto[712]. La relazione della Commissione[713] riporta un bilancio formato sia da risultati positivi (in particolare in termini di promozione di dati culturali aperti), sia da carenze (specialmente nelle funzioni di ricerca, che non sono tali da soddisfare le aspettative degli utilizzatori), cui sono associati obiettivi di sviluppo per il quinquennio 2020-2025[714]. Complessivamente, emerge un generale apprezzamento, da parte delle istituzioni che gestiscono il patrimonio culturale in Europa, del valore aggiunto apportato dal portale (europeana.eu), che permette oggi di accedere a più di 58 milioni di articoli provenienti dalle collezioni di oltre 3.700 biblioteche, archivi, musei, gallerie e collezioni audiovisive in tutta Europa.

8.2. *Il progetto Google Books*

Il problema delle opere orfane è emerso in tutta la sua rilevanza negli Stati Uniti con il progetto di digitalizzazione libraria meglio noto come Google Books, presentato per la prima volta nel dicembre del 2004 alla Fiera del Libro di Francoforte, con il nome di Google Print[715].

L'idea trainante era "salvare", digitalizzandole, milioni di copie di opere fuori commercio, ma ancora coperte dal diritto d'autore.

L'iniziativa prendeva in considerazione due distinte linee di azione: il Programma Partner Google Libri (Google Library Project) e il Progetto Google Biblioteche.

Il primo consisteva in un programma online che consentiva alle case editrici di includere il contenuto dei propri libri nei risultati principali delle ricerche di Google[716].

Il programma di digitalizzazione bibliotecaria (Google Books Library Project), di maggior interesse in questa sede, veniva invece avviato a seguito della stipula di

---

[712] COMMISIONE UE, *Setting up the Expert Group on Digital Cultural Heritage and Europeana*, Bruxelles, 7 marzo 2017, C(2017) 1444 final.

[713] COMMISSIONE UE, *Relazione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla valutazione di europeana e i suoi sviluppi futuri*, Bruxelles, 6 settembre, 2018 COM(2018) 612 final, accompagnata dal documento di lavoro dei servizi della Commissione SWD(2018)398, contenente informazioni dettagliate sulla valutazione.

[714] Si veda a riguardo EUROPEANA, *Stategy 2020-2025. Empowering digital change*, 2020.

[715] A pochi mesi dall'avvio del progetto, Google abbandonò tale nome, a favore di Google Book Search. Per una ampia bibliografia in lingua inglese si veda BAILEY C.W., *Google Book Search Bibliography*, all'indirizzo http://www.digital-scholarship.org/gbsb/gbsb.htm (ultimo accesso 22.4.2021).

[716] Gli editori inviavano i loro libri e Google, gratuitamente, provvedeva a digitalizzarli e ad aggiungerne il contenuto ai risultati delle ricerche, rendendo possibile sfogliare alcune pagine in anteprima, proprio come si farebbe in una libreria o in una biblioteca. Sono inoltre disponibili link alle biblioteche e alle librerie dove è possibile prendere in prestito o acquistare il libro. L'adesione degli editori era prevista in modalità *opt in*, ovvero il partner doveva chiedere espressamente di essere inserito nel programma.

accordi con le principali biblioteche americane e inglesi[717]. Prevedeva la digitalizzazione di opere e testi ancora sotto diritti, rendendo disponibili agli utenti, in risposte alle ricerche effettuate sul motore, solo gli indici e i c.d. *snippets* dell'opera (brevi frammenti o ritagli del testo), la cui disponibilità Google riteneva fondata sul diritto di citazione, o *fair use*,. Venivano esclusi dal progetto i soli editori che ne facessero esplicita richiesta, mediante un meccanismo di *opt out*. In sostanza, Google procedeva a digitalizzare in massa tutto il materiale "selezionato" dalle biblioteche cooperanti, chiedendo a posteriori ai detentori dei diritti (autori o editori) di chiedere eventualmente l'esclusione dal progetto Google Libri.

Tale iniziativa veniva contestata sia dalla Authors Guild of America, sia dalla Association of American Publishers, che nel 2005 intentavano due cause separate[718], sostenendo che la digitalizzazione degli indici e delle parti di testo si basasse comunque sulla gestione di banche dati online contenenti il *full-text* delle opere digitalizzate, e che – nel caso di opere ancora sotto diritti – integrasse una violazione massiccia e sistematica del copyright.

Gli aggiustamenti operati da Google – incluso il passaggio a politiche *opt-in* di esplicita e consensuale partnership con gli editori per quanto riguarda la gestione delle opere in commercio – non potevano evidentemente risolvere il problema di fondo. La rapida apparizione in rete di software più o meno clandestini in grado di "rippare" (cioè catturare e trasformare in testo riutilizzabile) le pagine visualizzate da Google Book Search non aiutava la posizione di Google.

Il 17 novembre 2008, dopo tre anni di negoziati, le parti addivenivano ad un accordo transattivo costituito da 141 pagine di testo e 162 di appendici. L'accordo distingueva tra opere reperibili e non-reperibili in commercio, adottando criteri differenti.

a) Per le prime, in risposta alla *search query* sarebbero state visualizzate solo le informazioni bibliografiche e i contenuti di copertina (pagina del titolo, del copyright, tavola dei contenuti, indice), mentre non sarebbe stato reso disponibile alcun frammento o contenuto di testo senza l'autorizzazione di chi ne detenesse i diritti.

b) Con riferimento alle seconde, l'accordo autorizzava di default la visualizzazione fino al 20% del testo completo di cui non più di 5 pagine consecutive per volta, con un "buco" di 2 pagine in mezzo. Google, dunque, sarebbe stata autorizzata a farlo visualizzare, a meno che l'avente diritto non desse istruzioni contrarie tramite il Book Rights Registry. Accedendo a tale piattaforma di gestione, infatti, l'avente diritto avrebbe avuto la possibilità di vietare la digitalizzazione, rimuovere il libro *ex post*, o sottoporre l'uso da parte di Google a particolari restrizioni relative alle modalità di visualizzazione (specie per quanto riguarda la quantità di contenuti resi disponibile all'utenza).

---

[717] Harvard University, Stanford University, University of Michigan, New York Public Library, Bodleian Library dell'University of Oxford e, successivamente, University of Chicago Press, Oxford University Press, Cambridge University Press e molte altre.

[718] La vicenda giudiziaria è ricostruita da LINCESSO I., PARDOLESI R., *Glorious Basterds: meraviglie e sortilegi del Google Books settlement*, Foro It., 2011, 1, 11 ss.; LAVAGNINI S., *La proprietà intellettuale in Internet*, Quaderni di AIDA, 2009, 228.

Il testo ha sollevato aspre critiche provenienti dalle grandi corporations concorrenti di Google (a cominciare da Microsoft e Yahoo!)[719], dalle associazioni in difesa della libera circolazione dell'informazione (su tutti l'Internet Archive) nonché rappresentative di autori ed editori, soprattutto stranieri (compresa l'Associazione Italiana Editori), che consideravano i propri diritti danneggiati da un accordo nel quale non fossero parti in causa. Del pari, l'accordo era osteggiato dalle stesse istituzioni pubbliche statunitensi[720] e dai governi esteri (*in primis* Francia e Germania), preoccupati dalla definizione attraverso accordi privati di problematiche legate a interessi pubblici prevalenti, quali la libera circolazione della conoscenza. Si lamentava inoltre che l'applicazione dell'accordo ad autori anche non statunitensi violasse la sovranità di paesi terzi. Da ultimo, si temeva la creazione di posizioni dominanti o monopolistiche: il rischio era evidentemente quello di offrire a Google una sorta di monopolio di fatto sulla gestione delle opere, dal momento che per altri operatori sarebbe diventato assai oneroso e complesso costituire collezioni alternative di contenuti e negoziarne indipendentemente le condizioni di distribuzione[721].

Il diritto processuale statunitense (sec. 23, lett. e) della Federal Civil Procedure), in ipotesi di definizione di una class action in via transattiva, richiede l'intervento del potere giudiziario al fine di verificare, tra le altre cose, la rispondenza tra il *petitum* e la definizione in via consensuale della vertenza, nonché la produzione di benefici per tutti i membri della classe, e non solo per alcuni di essi[722]. Le parti hanno dunque dovuto presentare una istanza (*motion*) alla Corte distrettuale, al fine di ottenere l'approvazione dell'accordo.

---

[719] Microsoft contribuiva insieme ad Yahoo! e ad altri partner pubblici e privati alla costituzione nell'ottobre 2005 dell'Open Content Alliance, un consorzio accademico aperto basato su una partnership di biblioteche e sponsor aziendali sotto l'amministrazione dell'Internet Archive. La sola Microsoft, all'interno del progetto Live Search Books, un motore di ricerca per libri, aveva contribuito alla digitalizzazione di circa 750.000 opere. Microsoft si era però accorta che, dal punto di vista strettamente commerciale, concentrarsi sulle opere fuori diritti non portava lontano. Nel maggio 2008, Microsoft decise perciò di abbandonare il proprio progetto. L'Open Content Aliance rimane attiva e una ricca dote di volumi, oltre ai soli dati bibliografici di quasi 23 milioni di altri libri, è ora accessibile attraverso la Open Library (https://openlibrary.org/, ultimo accesso 22.4.2021).

[720] Il Department of Justice osservava come "*the Proposed Settlement – especially the forward-looking business arrangements it seeks to create – raises significant legal concerns. As a threshold matter, the central difficulty that the Proposed Settlement seeks to overcome – the inaccessibility of many works due to the lack of clarity about copyright ownership and copyright status – is a matter of public, not merely private, concern. A global disposition of the rights to millions of copyrighted works is typically the kind of policy change implemented through legislation, not through a private judicial settlement*". Il testo integrale delle obiezioni sollevate è disponibile al link https://cases.justia.com/federal/district-courts/newyork/nysdce/1:2005cv08136/273913/720/0.pdf (ultimo accesso 22.4.2021).

[721] La creazione del *registry* avrebbe determinato, di fatto, la nascita di una società di intermediazione e raccolta dei diritti dei titolari, una sorta di *collecting society* privata, in posizione di assoluto monopolio, con possibilità di instaurare un sistema di vendita delle opere, con conseguente distribuzione degli introiti tra il fornitore del servizio e i titolari dei diritti di proprietà intellettuale.

[722] Sulla mancanza di corrispondenza all'interno del testo transattivo tra l'interesse perseguito dalle associazioni di categoria (che hanno intentato la causa) e le parti da queste rappresentate, non adeguatamente tutelate dal testo dell'accordo si v. per tutti SAMUELSON P., *Academic Author Objection to the Google Books Search Settlement*, Journal of Telecomunications and High Technology, 2010, 8, 217 ss.

Il 19 novembre 2009, la District Court for Southern District of New York ha approvato il testo in via preliminare [723].

In vista della decisione di merito, sono però stati depositati circa 500 interventi, prevalentemente critici, segno evidente della elevatissima attesa e attenzione degli operatori per l'esito della vertenza. Quasi un anno e mezzo dopo, il 22 marzo 2011, la proposta di transazione è stata rigettata dalla District Court di Manhattan, giudice Denny Chin, secondo cui l'accordo non rispondeva ai principi di equità, ragionevolezza e adeguatezza (*fair, reasonable, and adequate*) [724]. Pur non disconoscendo la portata innovativa e i potenziali benefici dell'operazione [725], il giudice sottolineava come l'accordo non fosse destinato unicamente a comporre la lite (come richiesto dal diritto processuale e confermato dalla giurisprudenza costante [726]), ma sarebbe andato oltre, superando i limiti del *petitum* della class action [727]: mentre questa era rivolta a tutelare i diritti inerenti i volumi già digitalizzati, l'accordo si spingeva a disciplinare anche l'attribuzione a Google di diritti relativi all'inserimento di ulteriori volumi nel database (c.d. *future releases*), con tanto di clausola di esclusione delle responsabilità connesse al loro sfruttamento [728].

La transazione, infatti, nell'escludere la necessità del consenso preventivo per l'inserimento del testo delle opere fuori commercio, derogava al § 106, n. 1 e 3, del titolo 17 del Copyright Act, che al contrario riconosce all'avente diritto il diritto esclusivo di riprodurre, distribuire, vendere o trasferire ad altri la proprietà dell'opera. L'inerzia dei titolari, in sostanza, avrebbe prodotto una sostanziale espropriazione dei diritti di proprietà sulle opere dell'ingegno a causa del ''silenzio''

---

[723] United States District Court – Southern District of New York, Order Granting Preliminary Approval of Amended Settlement Agreement, *Authors Guild, Inc. et al. v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (DC).

[724] United States District Court – Southern District of New York, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, Opinion 05 Civ 8136 (DC), 22 marzo 2011. Per un commento del provvedimento si veda CAROTTI B., *Goggle Books, o di Alessandria d'Egitto ai tempi della globalizzazione*, Giornale dir. amm., 2011, 11, 1236.

[725] Secondo il Giudice, "[t]*he benefits of Google's book project are many. Books will become more accessible. Libraries, schools, researchers, and disadvantaged populations will gain access to far more books. Digitization will facilitate the conversion of books to Braille and audio formats, increasing access for individuals with disabilities. Authors and publishers will benefit as well, as new audiences will be generated and new sources of income created. Older books – particularly out-of-print books, many of which are falling apart buried in library stacks – will be preserved and given new life*".

[726] Il Giudice richiamava in particolare il precedente United States Court of Appeals, Second Circuit, 25 agosto 2004 – 5 gennaio 2005, *Wal-Mart Stores, Inc. et al. v. Visa Usa Inc, et al.*, 396 F.3d 96.

[727] In sostanza, uno strumento concepito a fini di composizione della lite, veniva utilizzato per assicurare diritti aggiuntivi, non oggetto di lite, che senza l'accordo transattivo Google non avrebbe avuto la possibilità di sfruttare. Cfr. *Authors Guild et al.*, cit., § 3, lett. b), 25): "[t]*here was no allegation that Google was making full books available online, and the case was not about full access to copyrighted works. The case was about the use of an indexing and searching tool, not the sale of complete copyrighted works*".

[728] *Authors Guild*, cit., § 3, 21: "[t]*he second would transfer to Google certain rights in exchange for future and ongoing arrangements, including the sharing of future proceeds, and it would release Google (and others) from liability for certain future acts*".

degli aventi diritto[729]. Nelle parole della Corte, l'Accordo "*would give Google a de facto monopoly over unclaimed work*s" nonché "*control over search market*"[730].

Le opinioni sulla decisione si sono largamente divise. Le critiche si sono appuntate principalmente sui benefici del progetto, considerato una occasione mancata. Al contrario, i sostenitori del provvedimento rilevavano il pericolo di un consolidamento eccessivo di potere in capo all'azienda, aprendo la strada a una revisione complessiva del sistema di protezione del diritto d'autore[731].

Il rigetto della proposta transattiva ha posto le basi per la continuazione del processo instaurato tra le parti. Nel maggio 2012, Judge Chin ha emesso il c.d. *class certification order*, con cui ha riconosciuto la sussistenza dei requisiti di legge per l'ammissibilità della class action[732].

Pendente l'appello avanti al Second Circuit, il 4 ottobre 2012 Google e la Association of American Publishers (AAP) hanno annunciato di aver transatto la controversia in essere. Mentre il contenuto della transazione è stato mantenuto confidenziale, le parti hanno chiarito che l'accordo prevedeva la piena libertà degli editori di decidere se aderire a Google Books e consentire la vendita dei propri volumi su Google Play.

La transazione non ha invece chiuso il fronte della controversia relativo alla Authors Gild.

Il 1° luglio 2013 il Second Circuit ha riformato il provvedimento di concessione della *class certification*, rilevando come tale decisione fosse prematura, dovendosi preliminarmente verificare l'accoglibilità della *fair use defense* eccepita da Google. Con decisione sommaria del 14 novembre 2013[733], Judge Chin ha statuito che l'uso di opere coperte da diritto d'autore all'interno del Library Project e come parte del database Google Books soddisfacesse tutti i requisiti del *fair use* ai sensi della sec. 107 US Copyright Act, il quale ammette la "*reproduction … for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright*").

La Corte, nel valutare l'applicabilità dell'eccezione, ha preso in considerazione quattro diversi fattori, cui di regola la giurisprudenza americana condiziona l'applicazione della scriminante[734]:

---

[729] "[u]*nder the Asa* [agreement]*, however, if copyright owners sit back and do nothing, they lose their rights*". Cfr. *Authors Guild et al.*, cit., § 4, 33.

[730] Vedi anche *Authors Guild et al.*, cit., § 5, 36 e 37 "*Google's ability to deny competitors the ability to search orphan books would further entrench Google's market power in the online search market*". A simili argomenti si obietta che il valore degli *orphan books* è tale da non rendere effettivo il rischio prospettato: LEONARD G.K., *The Proposed Google Books Settlement: Copyright, Rule 23, and DOJ Section 2 Enforcement*, Antitrust, 2010, 24, 26 ss.

[731] SAMUELSON P., *Legislative Alternatives to the Google Book Settlement*, Columbia J. of Law & the Arts, 2010, 34, 697.

[732] Si tratta dei requisti di i. *numerosity*, ii. *commonality of questions of law or fact*, iii. *typicality of the claim between the plaintiffs* e iii. *adequacy of representation*.

[733] United States District Court, S.D. New York 954 F.Supp.2d 282.

[734] Il suddetto test era già stato fissato in precedenza dal Secondo Circuito nel caso *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)cert. denied 134 S. Ct. 618 (2013), in cui Patrick Cariou, autore del libro di

i. l'utilizzazione deve avere una finalità c.d. trasformativa, non essendo naturalmente ammesso un successivo sfruttamento commerciale dell'opera [735];

ii. le opere devono avere un livello minimo di creatività [736];

iii. la misura e la rilevanza, sotto un profilo quantitativo e qualitativo, della porzione di opera utilizzata in relazione all'opera coperta da diritto d'autore considerata nel suo complesso [737];

iv. infine (e soprattutto) l'impatto della riproduzione sul mercato esistente e potenziale delle opere e sul loro valore [738], che in *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters* [739], è stato definito "*undoubtely the single most important element of fair use*".

Sotto il primo profilo la Corte ha ritenuto che Google Books avesse usato il testo dei libri in formato cartaceo per trasformarlo in un indice completo capace di aiutare il pubblico interessato a trovare il passo ricercato. Tale uso doveva pertanto connotarsi come trasformativo.

La corte ha inoltre valorizzato la circostanza che tale forma di utilizzo non offrisse una alternativa all'acquisto del libro, dal momento che lo strumento non poteva essere utilizzato per leggere i libri, bensì per cercarli e trovarli in rete.

Sotto il terzo profilo, la Corte ha evidenziato che la scannerizzazione integrale dell'opera doveva considerarsi necessitata in vista della piena funzionalità dello strumento di ricerca e quindi essenziale ai fini della finalità trasformativa dell'uso.

Da ultimo, la Corte ha ritenuto che Google Books offrisse agli autori delle opere una finestra di notorietà, contribuendo pertanto ad incrementare le vendite delle stesse, a beneficio degli aventi diritto: "*In this day and age of on-line shopping, there can be no doubt but that Google Books improves books sales.*"

---

fotografie scattate in Giamaica *Yes Rasta*, lamentava l'appropriazione di alcune di esse da parte dell'artista Richard Prince, che le aveva incorporate in dipinti e collages. La Corte aveva ritenuto tale utilizzo lecito sul presupposto che "*composition, presentation, scale, color palette, and media are fundamentally different and new compared to the photographs, as is the expressive nature of* [defendant's] *work*". Successivamente era stato ripreso anche dal Nono Circuito nel caso *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013), in cui l'artista Deek Seltzer aveva convenuto in giudizio il noto gruppo musicale per aver utilizzato un'opera di Street Art del primo in versione leggermente modificata sul video backdrop dei concerti della rock band. La Corte ha considerato che l'uso dell'opera dovesse considerarsi lecito dal momento che questa era servita come "materia grezza" per la costruzione del video e che le modifiche apportate veicolavano nuove informazioni, punti di vista e interpretazioni rispetto all'opera originale, non trattandosi di una mera citazione o riproduzione di questa..

[735] *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F.Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991), nonché, seppur con qualche incertezza nella motivazione, *Encyclopaedia Britannica Educational Corp. v. Crooks*, 542 F.Supp. 1156 (W.D.N.Y. 1982).

[736] *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).

[737] Per esempio, la citazione del 5% circa dell'opera dell'attore è stata considerata lecita: *Maxtone–Graham v. Burtchaell*, 803 F.2d 1253 (2d Cir. 1986), cert. denied, 481 U.S. 1059 (1987).

[738] *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

[739] 471 U.S. 539, 566 (1985).

Con sentenza del 16 ottobre 2015, la Corte d'appello del Second Circuit ha confermato tale decisione[740]. La condotta posta in essere da Google doveva pertanto ritenersi consentita dalla sec. 107, non tanto perché i libri fossero "trasformati" in opere differenti, quanto piuttosto perché ne veniva ampliata l'utilità (lett. "*expands the utility*"), offrendo al pubblico l'opportunità di cogliere informazioni su tali opere[741]. La circostanza che Google avesse una finalità indirettamente lucrativa non è stata giudicata determinante. Sul punto la Corte ha ritenuto "*enormously overstated*" il principio di diritto, accolto da giurisprudenza precedente, secondo cui "*every commercial use of copyrighted material is presumptively … unfair*" [742]. In replica alle pretese attoree che lamentavano come la funzione di ricerca offerta da Google avrebbe anche potuto sottrarre le opere da mercati potenzialmente remunerativi, come quello costituito da altri motori di ricerca disponibili a pagare una licenza agli autori per l'indicizzazione delle opere, la Corte ha enfatizzato come Google non ricevesse alcuna *revenue* pubblicitaria o altra forma di compenso dalle ricerche degli utenti.

Se da un lato la Corte ha riconosciuto che la funzione di visualizzazione parziale avrebbe potuto cagionare una diminuzione delle vendite dell'opera, dall'altro ha ritenuto tale ipotesi eccessivamente speculativa e ha concluso che tale eventualità "*does not suffice to make the copy an effectively competing substitute*". Anche considerata la natura incompleta e disorganica del testo visibile nei c.d. *snippets* e la minima porzione di testo oggetto di *disclosure* da parte di Google, la Corte ha considerato piuttosto rara l'ipotesi in cui "*the searcher's interest in the protected aspect of the author's work* [i.e., the authorial expression] *would be satisfied by what is available from snippet view*" e ancora più remoto lo scenario in cui la combinazione degli *snippets* potesse offrire al lettore una valida alternativa all'acquisto del testo. Diverso sarebbe stato il caso in cui Google avesse fornito l'intera versione digitalizzata del libro accessibile al pubblico. La Corte ha dunque negato che il diritto d'autore arrivi a comprendere "*an exclusive right to furnish the kind of information … that Google's programs provide to the public.*"

Altrettanto speculativa, perché "*not supported by the evidence*", è stata ritenuta l'argomentazione secondo cui Google avrebbe esposto le opere al rischio di hackeraggio o altre azioni di pirateria.

Il 31 dicembre 2015, l'Authors Guild ha depositato una *petition for writ of certiorari* e chiesto alla *Supreme Court* di voler ammettere il gravame della decisione del

---

[740] *The Authors Guild et al. v. Google, Inc.*, Case No. 13-4829 (2d Cir. Oct. 16, 2015). La Corte ha infatti ritenuto che la digitalizzazione non autorizzata di opere coperte da diritto d'autore integra una fattispecie di "*trasformative use, which augments public knowledge by making available information about Plaintiff's books without providing the public with a substantial substitute for matter protected by the Plaintiff's copyright interests in the original works or derivatives of them*". In particolare, la Corte ha ravvisato nella c.d. *snippet function* uno strumento utile a fornire all'utente il contesto necessario a valutare la rilevanza del risultato della ricerca, così contribuendo all'utilità del servizio reso.

[741] La Corte ha ribadito che l'uso delle opere da parte di Google "*transformatively provides valuable information about the original, rather than replicating protected expression in a manner that provides a meaningful substitute*."

[742] *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984).

Second Circuit, sul presupposto che essa introducesse un contrasto giurisprudenziale tra i circuiti [743]. La Corte Suprema ha tuttavia rigettato la richiesta, senza fornire alcuna osservazione sulle motivazioni del diniego.

8.2.1. *L'autoregolamentazione come nuovo modello di governance transnazionale del diritto d'autore*

All'interno della vicenda Google Books particolare interesse ha destato la questione della applicabilità degli accordi transattivi ad opere di diritto d'autore di autori non statunitensi, con le conseguenti potenziali interferenze con la normativa che regola tale diritto a livello internazionale ed in paesi terzi rispetto agli Stati Uniti.

Si è dibattuto, in particolare, della possibilità di derogare mediante un accordo privato, le norme di diritto d'autore (v. par. 4.4) di più paesi. E si è osservato come il modello proposto da Google e dalle associazioni aderenti all'accordo potrebbe segnare il passaggio ad un "*more participatory and collaborative model, in which government, industry, and society share responsibility for achieving policy goals*" [744].

L'emersione di forme d'ordine spontaneo che si sostituiscono all'intervento dello stato, garantendo una maggiore efficienza rispetto a questo, perché suscettibile dei condizionamenti di potenti lobby e gruppi di interesse e dunque scarsamente incentivato a produrre innovazioni sul piano giuridico di reale valore sociale [745], è stata individuata quale uno dei principali osservabili del riposizionamento del diritto a seguito della quarta rivoluzione e del consolidamento di società ICT dipendenti [746].

In sostanza, tanto più i problemi da dover fronteggiare nell'ambito delle società ICT-dipendenti hanno natura globale, tanto meno i tradizionali confini giuridici e politici degli stati sovrani si mostrano adeguati a fornire la scala o dimensione adeguata per affrontare questi stessi problemi. Il risultato è che il consueto modo di concepire le modalità di governo si palesa inefficace [747] e si assiste all'affiancamento, all'integrazione e persino alla sostituzione alla tradizionale forma di governo di un più "*vasto e complesso reticolo istituzionale*" di associazioni non governative (NGO), partenariati, cooperative, o comunque soggetti giuridici espressione di interessi, che

---

[743] Il Terzo, Sesto e Undicesimo Circuito infatti avrebbero richiesto che l'uso trasformativo producesse "*new expression, meaning, or message*", mentre il Secondo, Quarto e Nono Circuito avrebbero permesso la riproduzione letterale dell'opera per finalità non espressive. Tale secondo orientamento, secondo parte ricorrente, avrebbe portato tuttavia ad esiti ingiusti e paradossali: "[i]*f fair use now covers infringements undertaken for a useful but non-expressive purpose, then the more massive and widespread the infringement, the more likely it is to be found useful and therefore fair.*".

[744] LOBEL O., *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, Minnesota Law Rev., 2004, 89, 342 ss., 345-48.

[745] KOBAYASHI B.H., RIBSTEIN L.E., *Law as Product and Byproduct*, Journal of Law, economics & Policy, 2013, 9, 521, 522, che evidenziano come lo Stato raccolga una parte minima del beneficio pubblico derivante dalla produzione normativa; HATFIELD G.K., *Producing Law for innovation*, in EWING MARION KAUFFMAN FOUNDATION, *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*, 2011, 23.

[746] PAGALLO U., *Il diritto nell'età dell'informazione*, cit., 77 ss.

[747] PAGALLO U., cit., 32.

ambiscono a regolare in maniera autonoma e spontanea il loro assetto [748]. Si tratta di un fenomeno sostanzialmente analogo a quello cui si era assistito nel Medio Evo con l'emersione della *lex mercatoria*, un sistema di norme di matrice consuetudinaria, autonomo e indipendente dai governi e dalle sovranità nazionali, avulso dal diritto nazionale applicato dalle corti locali, usato dai mercanti europei per regolare le proprie transazioni commerciali. Già allora il presupposto era che fossero proprio i mercanti privati (e non i legislatori locali) in qualità di soggetti interessati, a trovarsi nella posizione migliore per disciplinare le proprie pratiche commerciali [749]. Non a caso, si parla di "*risorgere degli ordini spontanei e delle consuetudini giuridiche*" e di "*ritorno delle norme sociali*", evidenziando come si tratti di un fenomeno circolare e nient'affatto inedito nella storia del diritto [750].

A questi "*nuovi assetti istituzionali che si dislocano sopra lo stato, quanto al suo interno*" ci si può riferire utilizzando la nozione di "*governance*" [751], termine che "*designa, indifferentemente, la forma in cui l'interazione sociale è organizzata o si coordina*", ora sul piano politico, ora in forme di organizzazione economica e sociale [752]. Sotto il profilo politico, che qui più interessa, la *governance* designa in particolare "*la partecipazione della società civile e di altri livelli di governo all'esercizio delle funzioni pubbliche*" [753].

---

[748] PAGALLO U., cit., 3, secondo cui "*il dato di fatto con il quale occorre fare i conti è che l'apparato degli stati nazionali sia stato più spesso affiancato, e in molti casi sostituito, da un complesso reticolo istituzionale, composto da attori, ora privati ora pubblici, sul piano internazionale e transnazionale, attraverso il quale le decisioni sono prese e l'autorità viene esercitata in un ordinamento determinato*".

[749] RIIS T. (ed.), *User generated law*, cit., 3-4; CORDES A., *The Search for a Medieval Lex Mercatoria*, Oxford University Comparative Law Forum, 2003, 5, 17, che la definisce un sistema coerente di norme transnazionali, prodotte, adottate e fatte eseguire privatamente. *Contra* DRAHOZAL C.R., *Contracting out of national law. An empirical Look at the New Law Merchant*, Notre Dame Law Rev., 2005, 80, 523, 527; MICHAELS R., *The Mirage of Non-state Governance,* Utah Law Rev., 2010, 31, 37, che contestano il carattere di sistematicità di tale strumento regolatorio.

[750] PAGALLO U., cit., 109 e 121.

[751] Il concetto viene oggi utilizzato in numerosi studi e documenti che differiscono fra di loro sia sotto il profilo dei fenomeni analizzati, sia dal punto di vista dell'ambito geografico rilevante. È un'espressione che chiede, quindi, di essere contestualizzata e precisata in ogni occasione in cui viene utilizzata. In diritto pubblico, ad esempio, il termine è sovente utilizzato in associazione all'aggettivo multilivello "*per fotografare l'esistenza, in un dato contesto, di una pluralità di enti pubblici rappresentativi, ciascuno con proprie competenze che vengono esercitate anche nell'ascolto della società civile (democrazia cd. partecipativa). Tale compresenza di enti pubblici comporta la contestuale esistenza di un complesso intreccio di rapporti, all'interno dei quali si sviluppa una pluralità di forme di interazione tra i livelli stessi (integrazione, coordinamento, competizione)*". Cfr. SIMONATO A., *Integrazione europea e autonomia regionale: profili giuridici della governance multilivello e politiche di coesione 2021/2027*, Federalismi.it, 2017, 21. A riguardo si veda il Parere del COMITATO DELLE REGIONI, *Sviluppare una cultura europea della governance multilivello: iniziative per dar seguito al Libro bianco del Comitato delle Regioni*, 18 aprile 2012, 2012/C 113/12, in cui l'istituzione europea considera la *multilevel governance* «*un principio consistente nell'azione coordinata dell'Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali, fondata sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sul partenariato, che si concretizza attraverso una cooperazione funzionale e istituzionalizzata intesa a elaborare e attuare le politiche dell'Unione europea*».

[752] PAGALLO U., cit., 77-78.

[753] SIMONATO A., *Integrazione europea e autonomia regionale*, cit.

Le nuove forme di regolamentazione giuridica che prendono corpo dalla *governance* e si pongono come alternative alla legislazione statale sono state prevalentemente ricondotte a due modelli principali: a) la autoregolamentazione e b) la co-regolamentazione, a seconda che presuppongano ancora una partecipazione statale o meno. Per identificarle, sono state elaborate diverse definizioni. Enrico di Robilant le qualifica come "*normazione emanante dai centri di potere economico, sociale e d'informazione, grandi o piccoli che siano*" in opposizione "*alla normazione emanante dal potere politico*"[754]. Riis, in chiave certamente più moderna, parla invece di "*User generated law*"[755], per evidenziare come si tratti di un diritto che promana dagli utenti (cioè da coloro che restano soggetti al diritto stesso) a partire da quelle situazioni in cui affidarsi alla regolamentazione statuale (se presente) non appaia ottimale e sia preferibile (e possibile)[756] affidarsi a forme di regolamentazione privata, vincolante su base contrattualistica.

Questi modelli di regolamentazione di produzione privatistica hanno il potenziale, restando indipendenti da forme di sovranità nazionale (se non per il loro *enforcement* avanti a corti statali), per porsi come realmente globali e dunque assecondare la natura *no-border* della società della conoscenza[757].

L'Unione Europea riconosce "*l'importanza di sistemi di governance trasparenti, partecipativi e informati*" e "*di attivare sinergie tra i diversi soggetti interessati*" e incoraggia "*l'adozione di approcci partecipativi nell'ambito delle azioni dell'UE*", specialmente in settori dove le politiche si rivolgono alla gestione di beni comuni e risorse condivise, come il patrimonio culturale[758].

Parallelamente l'Unione incoraggia la diversificazione degli strumenti e delle tecniche di regolamentazione, ivi inclusa l'adozione di meccanismi di co-regolamentazione, a partire dal Libro Bianco sulla Governance Europea del 2001[759], dall'Accordo Interistituzionale "Legiferare meglio" del 2003 (che ha fissato i criteri per farvi ricorso)[760].L'adozione dei "Principi per una migliore auto e co-regolamentazione",

---

[754] DI ROBILANT E., *Il diritto nella società industriale*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1973, 225-262, 227.

[755] RIIS T. (ed.), cit., 8, ispirandosi alle teorie di Eric von Hippel in materia di "User Innovation", cfr. VON HIPPEL E., *The Sources of Innovation*, Oxford University Press, 1988 e ID., *Democratizing Innovation*, MIT Press, 2005.

[756] La possibilità di sottrarsi al diritto statuale è condizionata al carattere disponibile e non imperativo di questo e varia a seconda delle aree del diritto. Il diritto pubblico, ad esempio, è un'area del diritto tradizionalmente scarsamente soggetto a derogabilità.

[757] SCHULTZ T., *Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists*, Yale Journal of Law & Tech., 2007, 151, 154; TEUBNER G., *Breaking Frames: The Global interplay of Legal and Social Systems*, American J. of Comparative Law, 1997, 45, 149, 157.

[758] CONSIGLIO UE, *Conclusioni del Consiglio sulla governance partecipativa del patrimonio culturale*, 23 dicembre 2014, 2014/C 463/01.

[759] COMMISSIONE UE, *European Governance – a white paper*, 25 luglio 2001, COM(2001) 428 final, secondo cui "*under certain conditions, implementing measures may be prepared within the framework of co-regulation*".

[760] PARLAMENTO UE, CONSIGLIO UE, COMMISSIONE UE, *Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking*, G.U. C 321/01, 31.12.2003, p. 1–5. I rapporti annuali sull'implementazione dell'accordo hanno via via passato in rassegna le azioni concrete assunte dalla Commissione da questo punto di vista. Si veda a titolo esemplificativo COMMISSIONE UE, *Report from the Commission "Better lawmaking*

unitamente all'istituzione di una *Community of practice* ha inoltre permesso di introdurre *best practices* da seguire nella concezione ed implementazione dello strumento normativo [761]. L'allegato alle Impact Assessment Guidelines del 2009 sottolinea in particolare come la Commissione possa suggerire, attraverso lo strumento della Raccomandazione, di concludere accordi volontari tra le parti interessate "*to avoid having to use legislation, without ruling out the possibility of legislating if the agreement[s] prove insufficient or inefficient*" [762]. L'importanza di introdurre forme di autoregolamentazione, in particolare sotto forma di codici di condotta e meccanismi di controllo del loro rispetto è enfatizzata in diversi strumenti normativi europei, dalla Dir. 29/05 sulla pubblicità ingannevole e comparativa [763], alla Dir. 2010/13 sui servizi di media audiovisivi [764].

La raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla "*Autoregolamentazione in materia di cyber content*" del 2001 ritiene tali strumenti indispensabili al fine di rafforzare la tutela degli utenti avverso la diffusione di contenuti illeciti e dannosi sui nuovi media [765].

Gli studi svolti sinora hanno rivelato come analisi sistematiche circa il ruolo di forme di auto e co-regolamentazione all'interno della tradizione regolatoria nazionale siano piuttosto rare e comunque generalmente limitate a specifici settori e mercati [766]. Notevoli discrepanze circa il ricorso a tali strumenti normativi esistono peral-

---

2006" (14th report), COM 286 final, 2007, 5, laddove riconosce che "*a number of important self– and co-regulatory mechanisms were set up*". L'ultimo aggiornamento dell'accordo, oggi in vigore, risale al 13 aprile 2016, G.U. L 123, 12.5.2016, p. 1–14.

[761] COMMISSIONE UE, *Principles for Better Self– and Co-Regulation*, 11 febbraio 2013. L'adozione dello strumento era stata anticipata dalla Comunicazione della COMMISSIONE UE, *A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility,* Bruxelles, 25 ottobre 2011 COM(2011) 681 def.

[762] COMMISSIONE UE, *Part III Annexes to Impact Assessment Guidelines*, 15 gennaio 2009, 24, secondo cui la *co-regulation* combina i vantaggi della legislazione vincolante con la flessibilità dell'autoregolamentazione, mentre individua la necessità di introdurre strumenti di monitoraggio quale controindicazione. Le Impact Assessment Guidelines prendono in considerazione gli strumenti di regolamentazione più adeguati a raggiungere gli obiettivi di policy prefissati.

[763] Che riconosce come "*opportuno prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici*" e valorizza "*il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o europeo*" che "*può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato*".

[764] Dir. 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, G.U. L 95, 15.4.2010, 1-24, che invita espressamente all'art. 4, co. 7, gli Stati membri a promuovere "*i regimi di co-regolamentazione e/o autoregolamentazione a livello nazionale nei settori coordinati dalla presente direttiva nella misura consentita dai loro ordinamenti giuridici*".

[765] COE COMMITTEE OF MINISTERS, *Recommendation no. R (2001) 8 On Self-Regulation Concerning Cyber Content (Self-Regulation And User Protection Against Illegal Or Harmful Content On New Communications And Information Services)*, 5 settembre 2001, 762nd meeting of the Ministers'Deputies, Rec(2001)8.

[766] PORTER R., RONIT K., *Self-regulation as policy process: The multiple and criss-crossing stages of private rule-making*, Policy Sciences, 2006, 39, 1, 41-72, 42, secondo cui gli studi esistenti "*focused on self-regulation in particular industries or policy fields and have not tried to draw general conclusions about it*"; LATZER M., JUST N., SAURWEIN F., SLOMINSKI P., *Regulation Remixed: Institutional Change*

tro tra i singoli stati [767]. In particolare, gli strumenti di auto e co-regolamentazione risultano significativamente meno sviluppati nei paesi dell'Europa continentale [768], e l'Italia non fa eccezione [769], mentre hanno trovato spazio non trascurabile nel Regno Unito e nei paesi scandinavi, specialmente nella regolamentazione dei media, del rapporto di consumo e delle pratiche commerciali [770].

Il fenomeno Google Books, in questo quadro, analogamente a quanto già era successo per la regolamentazione di altri fenomeni emersi dalla *knowledge society* [771], rappresenta un esempio virtuoso di formazione di regole informali, nate esclusivamente dalla interazione degli attori economici e sociali, con l'ambizione di regolare l'interferenza del diritto d'autore con il fenomeno della digitalizzazione della cultura [772]. Da un lato, tale tentativo evidenzia come il tradizionale modello regolatorio statale ed il meccanismo di bilanciamento di interessi sottostante alla disciplina

---

Through Self-and Co-Regulation in the Mediamatics Sector, Communications and Strategies, 2004, 50, 2, 133-134, secondo i quali "*there are hardly any systematic and/or comparative empirical analyses of self and coregulation. Empirical evidence is mostly limited to the description of randomly picked, best practice or failed examples of self or co-regulation, or it is limited to special sub-sectors (e.g. advertising, press, e-commerce, telecommunications)".*

[767] Una panoramica è offerta dal Report dell'OECD, *Regulatory Policy Committee, Indicators of Regulatory Management Systems*, 2009, che passa in rassegna i dati di 30 stati membri in relazione alla predisposizione ad accogliere forme di auto e co-regolamentazione e da SENDEN L.A.J., KICA E., HIEMSTRA M., KLINGER K., *Mapping Self– and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission*, *DG Connect*, Utrecht University, RENFORCE, 2015, 21 ss.

[768] JORDAN C., HUGHES P., *Which Way for Market Institutions? The Fundamental Question of Self-Regulation*, Berkeley Business L. J., 2007, 4, 2, 213, secondo cui il principio della autoregolamentazione "*has been largely unknown in Continental European countries where legal systems generally demonstrate a preference for 'written law' on a take it or leave it basis*". In questi paesi è presente "*either formal governmental regulation or there is no regulation; the half-way house of self-regulation, whether by continuance of traditional practices, tacit or overt delegation of authority, or 'sharing' of regulatory responsibility with a government regulatory body, is not part of the modern Continental European legal culture*".

[769] OECD, *Better Regulation in Europe: Italy 2012, revised edition*, 2013, 84; Id., *Regulatory Reform in Italy, Government Capacity to Assure High Quality Regulation*, 2001, 28.

[770] LUND A.B., BERG C.E., *Denmark, Sweden and Norway: Television Diversity by Duopolistic Competition and Co-Regulation*, International Communication Gazette, 2009, 71, 1-2, 19-37; NIELSEN A.-D.B., *Harmonisation of EU Marketing Law. Analysis of advantages and disadvantages of a regulation of marketing law in EU*, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, 2002, 32.

[771] Come il sistema dei nomi a dominio di primo livello. Si vedano, PAGALLO U., cit., 86-87, secondo cui "*Qui, il ruolo degli stati è limitato a una mera funzione consultiva, sebbene molte delle decisioni possano avere alta incidenza politica, economica e sociale … Nei confronti delle decisioni dell'ICANN su come assegnare gli indirizzi in rete, gestire il sistema dei nomi a dominio di primo livello o il codice internazionale, gli stati sovrani, in altri termini, non dispongono di alcun potere di veto*"; TRAKMAN L.E., *From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law*, University of Toronto Law J., 2003, 53, 265, 287-289, che afferma: "*The ICANN and WIPO policies, and rules include precepts attributed to the Law Merchant … The ICANN and its main service provider, the WIPO, seek to promote a cosmopolitan and uniform system of rules that trascends local rules and nation states …. Many of the characteristics of the medieval Law Merchant are apparent in domain-name jurisprudence*"; ZUMBANSEN P., *Transnational law*, in J. SMITS (a cura di), *Encyclopedia of comparative law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, 738-754.

[772] Un siffatto modello di *governance* in cui le decisioni dipendono dal gioco delle forze del mercato è stato definito di tipo "Economico". Cfr. SOLUM L.B., *Models of internet governance*, in BYGRAVE L.A., BING J. (a cura di), *Internet governance: infrastructure and institutions*, Oxford University Press, New York, 2009, 56-57, che distingue tra cinque diversi modelli di *governance*.

dei diritti di proprietà intellettuale[773], siano entrambi messi in crisi dalla *knowledge society*, che vede l'emersione di istanze privatistiche tese non solo a darsi regole nuove ed autonome, ma soprattutto a ridefinire l'equilibrio di interessi sottostante a quelle di matrice statuale.

Dall'altro, il fallimento di tale tentativo ha invece denunciato come tali regole, nella misura in cui ambiscono a disciplinare uno spazio pubblico, non possono prescindere dal coinvolgimento dello stato, chiamato, quale centro esponenziale dell'interesse pubblico, a "fare la sua parte", ad interagire con gli altri attori, al fine di prendere decisioni che contemplino pienamente tale interesse e portarle dal piano dell'informalità a quello della formalità. Come suggerito da Riis, lo *user generated law* non può che inserirsi negli spazi di autonomia (c.d. *autonomy spaces*) lasciati dal diritto statuale per effetto della presenza di norme disponibili e non imperative[774]. Laddove interviene al di fuori di questo spazio di operatività, esso incorre nei rimedi riparatori apprestati dallo Stato.

Si pongono in sostanza due scenari alternativi:

a) o l'emersione di forme di autoregolamentazione è percepita come conflittuale ed interferente con l'interesse pubblico della collettività complessivamente considerata e lo Stato decide di intervenire, attraverso il proprio apparato rimediale, per restringere lo spazio di autonomia;

b) oppure – al contrario – essa è percepita come conforme alle esigenze della società e lo Stato decide di non intervenire o persino, in taluni casi, attivarsi per riconoscerle status di fonte del diritto statale[775].

Nel caso Google Books, si versava evidentemente nella prima ipotesi. Si è rilevato, infatti, come la soluzione transattiva "difettasse del public side", ovvero trascurasse la rilevanza pubblicistica del problema che incide direttamente su interessi pubblici quali quello alla diffusione della cultura. Tale centro di interesse non pote-

---

[773] Che da un lato mira ad incentivare l'industria creativa e l'innovazione e dall'altro resta finalizzato ad assicurare l'accesso ai prodotti di queste.

[774] RIIS T. (ed.), cit., 10-11, secondo cui "*the concept of user generated law developed here shall be understood as privately produced law developed in autonomy spaces … Outside the autonomy spaces private parties cannot enter into a valid mutual agreement or other regulatory model stating that another set of legal rules ought to apply them*".

[775] Anche in ipotesi in cui le norme di autoregolamentazione non restino incorporate in fonti normative statuali, possono non di meno acquistare rilevanza nell'ordinamento come norme consuetudinarie (cui l'art. 12 delle Preleggi riconosce lo status di fonte del diritto), oppure per effetto del riconoscimento che ad esse viene tributato dalle corti giudiziarie (benché naturalmente tali ipotesi si prestino a minori garanzie in termini di certezza del diritto, che non l'ipotesi del riconoscimento legislativo). È questo il caso di uno dei principali codici di autoregolamentazione adottati nel nostro paese: il Codice di Autoregolamentazione della Comunicazione Commerciale adottato dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria. La Suprema Corte ha infatti riconosciuto che l'ordinamento statuale recepisce, attraverso la clausola della correttezza professionale prevista dall'art. 2598 c.c., anche le regole dell'autodisciplina pubblicitaria, in quanto espressione di costume professionale e commerciale eticamente qualificato. Cfr. Cass. civ., 15 febbraio 1999, n. 1259, sez. I, Rizzoli R.C.S. (Corriere della Sera) c. Il Giornale di Sicilia. Nello stesso senso si veda anche Trib. Torino, ord. 29 ottobre 1998 e 27 novembre 1998. In argomento, si veda ALVISI C., GUGGINO V. (a cura di), *Autodisciplina Pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Giappichelli, Torino, 2020, 20 ss., 49 ss.; DE CRISTOFARO G., *Diritto della pubblicità, tutele e contenzioso*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 6.

va essere messo da parte, a conferma, ancora una volta, del rango primario (costituzionale) degli interessi in gioco [776].

Il terreno più opportuno ove dirimere l'affaire Google Books non avrebbe pertanto dovuto essere quello della *self regulation*, quanto piuttosto quello della *co-regulation*. In altre parole, sarebbe dovuto essere un atto normativo Statale (o comunque della diversa autorità sovrastatale competente a porre norme giuridiche vincolanti) ad affidare il perseguimento di determinati obiettivi stabiliti dall'autorità legislativa ad attori rappresentativi degli interessi del settore (quali gli operatori economici, le parti sociali o le associazioni non governative) [777].

9. *La Direttiva 2012/28 e la regolamentazione delle opere orfane*

La vertenza in esame non è stata l'unica ad investire il gigante di Mountain View. Il 18 dicembre 2009, il Tribunal de Grande Instance di Parigi ha ritenuto Google colpevole di violazione di diritto d'autore, condannandola ad un risarcimento pari a 300.000 euro, oltre ad una penale di 10.000 euro al giorno in caso di mancata rimozione delle opere contestate [778].

---

[776] Di qui, la *ratio* della norma processualistica statunitense che demanda al presidio pubblico (la corte) di impedire che la transazione si possa risolvere in un regolamento d'interesse penalizzante l'interesse collettivo, permettendo ad un singolo operatore privato di assumere un controllo esclusivo nella divulgazione di contenuti culturali. Il giudice ha ritenuto che a dirimere conflitti tra ordinamento nazionale ed internazionale non può essere il potere giudiziario, bensì il Parlamento: "*The fact that other nations object to the Asa, contending that it would violate international principles and treaties, is yet another reason why the matter is best left to Congress*". Cfr. *Authors Guild et al.*, cit., § 7, 45.

[777] PARLAMENTO UE, CONSIGLIO UE, COMMISSIONE UE, *Interinstitutional Agreement*, cit., punto 18, che riconosce la necessità di adottare a livello Europeo meccanismi regolatori alternativi nei casi che lo richiedano e laddove i Trattati non impongano l'adozione dello strumento legislativo. Il Report della Regulatory Policy Division dell'OECD, *Alternatives to Traditional Regulation*, 2006, 137, definisce la *co-regulation* come "*The regulatory role is shared between government and industry. Typically (a large proportion of) industry participants formulate a code of practice in consultation with the government. The code of practice is usually effected through legislative reference or endorsement of a code of practice. Breaches of the code are usually enforceable via sanctions imposed by the industry or professional organisations rather than the government directly*".

[778] TGI, 3ème chambre 2ème section, 18 dicembre 2009. A seguito di tale decisione, Google ha reagito stipulando degli accordi prima con Hachette e La Martinière e, successivamente, con Flammarion, Gallimard e Albin Michel. La Corte ha ritenuto l'applicabilità della legge francese, nonostante la digitalizzazione delle opere fosse avvenuta materialmente negli Stati Uniti e le opere stesse fossero "caricate" su server americani, sul presupposto che la competenza giurisdizionale, con relativa applicazione della legge nazionale, fosse quella del luogo in cui gli effetti dell'evento dannoso si fossero verificati, anticipando la posizione poi assunta da CGUE, 25 ottobre 2011, C-509/09 e C-161/10, eDate, ECLI:EU:C:2011:685, punto 48, Quaderni di AIDA, 2012, 440-452, con nota di CUOMO ULLOA F., che ha affermato la sussistenza di una competenza diffusa in capo ai Giudici di ciascuno Stato membro dal cui territorio il contenuto lesivo divulgato online risulti accessibile. La Corte ha tuttavia precisato che si tratta di una competenza limitata al solo danno cagionato nello Stato membro sul cui territorio il contenuto lesivo sia o sia stato accessibile. In base al criterio del luogo in cui si concretizza il danno, sarà invece competente a conoscere della totalità del danno unicamente il giudice del Paese membro in cui il soggetto leso ha il proprio centro di interessi. Per un commento della sentenza si veda PASTORE

Gli esiti difformi della vicenda nelle diverse giurisdizioni ed il peculiare tentativo di autoregolamentazione della stessa maturato negli Stati Uniti hanno dato nuova ed ulteriore linfa alle proposte di riforma legislativa del diritto d'autore, avendo l'indiscusso merito di sollecitare il dibattito giuspolitico internazionale ad una risposta urgente al problema delle opere orfane e fuori commercio.

Negli Stati uniti, nel 2005, il Register of Copyrights aveva pubblicato un report sulle opere orfane [779], proponendo un emendamento al Chapter 5 del Copyright Act relativo a "Copyright Infringement and remedies", consistente nell'introduzione della sec. 514, intitolata "Limitations on Remedies: Orphan Works". La proposta [780] prevedeva che qualora l'utilizzatore dimostrasse di aver effettuato una "*reasonably diligent search"* per rintracciare il titolare dell'opera, prima di aver posto in essere un utilizzo potenzialmente contraffattorio, avrebbe potuto beneficiare di una serie di limitazioni in relazione ai rimedi esperibili dall'avente diritto: il risarcimento dei danni, in particolare, sarebbe stato circoscritto ad una "*reasonable compensation"* per l'utilizzo dell'opera e l'inibitoria non avrebbe potuto colpire gli eventuali "*derivative works"* generati a seguito della trasformazione dell'opera originaria.

Sul versante Europeo, il ritardo maturato nelle iniziative di digitalizzazione, come reso evidente dal manifesto *gap* di contenuti del progetto Europeana rispetto all'omologo di oltre oceano, "*has spawned the need for EU to adopt rules on the prior authorisation for the online access to orphan books and illustrations or photographs embedded in those books*" [781].

M., *La lesione dei diritti della personalità on line: la prospettiva della Corte di giustizia*, Dir. inf., 2012, 247-259.

[779] US COPYRIGHT OFFICE, *Report on Orphan Works*, gennaio 2006; Id., *Orphan Works and Mass Digitization*, giugno 2015; HANSEN D., *Digitizing Orphan Works: Legal Strategies to Reduce Risks for Open Access to Copyrighted Orphan Works*, Kyle K. Courtney and Peter Suber, eds., Harvard Library, 2016.

[780] In particolare si sono susseguite diverse proposte negli anni: cfr. Smith Orphan Works, HR 5439; Shawn Bentley Orphan Works Act, S 2913; Orphan Works Act.

[781] COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Paper – Impact Assessment on the Cross-Border Online Access to Orphan Works Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Permitted Uses of Orphan Works*, Bruxelles, 24 maggio 2011, SEC(2011) 615 final, para. 2.1, che evidenzia come "*Statistically, europe is already lagging behind in the creation of text based digital libraries*". L'iniziativa europea traeva origine da COMMISSIONE UE, *Raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del materiale culturale e sulla conservazione digitale*, 24 agosto 2006, 2006/585/CE, 28-30 e rientrava tra gli obiettivi fondamentali dell'Agenda Digitale Europea, nel quadro della strategia Europa 2020. Nonostante la Raccomandazione, solamente un numero limitato di Stati membri ha finora legiferato in materia. Le sporadiche iniziative realizzate a livello nazionale limitano l'accesso in linea ai soli cittadini residenti nel relativo Stato. Per una panoramica della situazione paese per paese v. VETULANI A., *The Problem of Orphan Works in the EU. An overview of legislative solutions and main actions in this field*, European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information, febbraio 2008. Nel 2008, la Commissione ha pubblicato il Libro verde *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, COM(2008) 466, avviando una consultazione tra le parti interessate che interrogava, tra l'altro, sulla necessità o meno di interventi in relazione alle opere orfane. Un report pubblicato da JISC, *In from the Cold: An assessment of the scope of 'Orphan Works'and its impact on the delivery of services to the public*, aprile 2009, concludeva che la presenza di opere orfane "*is in essence locking up culture and other public sector content and preventing organisations from serving the public interest*". Il 19 ottobre 2009, la Commissione ha adottato una seconda *Comunicazione sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, COM(2009) 532, nella

La valutazione d'impatto sulla disciplina delle opere orfane nell'Unione, condotta dalla Commissione, ha preso in esame sei diverse possibili soluzioni al problema [782]. Tutte le opzioni strategiche (tranne quella che prevedeva il mantenimento dello *status quo*) implicavano l'introduzione di una specifica legislazione sulle opere orfane sotto forma di direttiva.

Il 24 maggio 2011 è stata presentata a Bruxelles la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni usi consentiti di opere orfane [783]. La Raccomandazione della Commissione sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale del 27 ottobre dello stesso anno ne caldeggiava "*un recepimento e un'attuazione rapidi e corretti*" [784]. Il 27 ottobre 2012 la Dir. 2012/28/UE veniva pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea [785]. Al suo interno viene regolamentato, in particolare, l'utilizzo da parte di biblioteche, istituti di istruzione, archivi, musei pubblicamente accessibili e altre organizzazioni pubbliche (di seguito anche solo "Organizzazioni"), delle opere orfane [786] fuori commercio [787] ivi conservate. Al fine di stabilire se un'opera rientri in tale

---

quale preannunciava lo svolgimento della valutazione d'impatto sulla disciplina delle opere orfane nell'Unione. Sui provvedimenti che hanno preceduto l'emanazione della Dir. 2012/728 v. COGO A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Quaderni di AIDA, 2010, 103, nota 247; ROSATI E., *The Orphan Works Provisions of the ERR Act: Are they compatible with UK and EU laws?*, EIPR, 2013, 35, 724 ss.; GIORDANO D., *L'ambito di applicazione della direttiva europea 2012/28 sulle orphan works*, Quaderni di AIDA, 2013, 130; CARRARO G., *Le opere orfane nella prospettiva delle formalità costitutive e pubblicitarie*, ivi, 107; MONTAGNANI M.L., *Le utilizzazioni delle opere orfane*, ivi, 162; ROMANO R., *Attribuzione e revoca dello status di opera orfana ovvero nemesi dell'iperprotezionismo*, ivi, 146; MANSANI L., *Proprietà intellettuale e giacimenti culturali*, ivi, 117.

[782] Nell'ordine le opzioni oggetto di valutazione erano le seguenti: (1) mantenimento dello status quo, (2) eccezione *ope legis* ai diritti d'autore, (3) licenza collettiva estesa, (4) licenza specifica per le opere orfane concessa da società di gestione collettiva, (5) licenza specifica per le opere orfane attribuita da un organismo pubblico e (6) riconoscimento reciproco delle regolamentazioni nazionali in materia. Secondo l'analisi della Commissione, l'opzione sub (2) risultava l'opzione più efficiente, in quanto non introduce modifiche strutturali ai tradizionali principi del diritto d'autore e ad un tempo non rende necessarie licenze successive o la creazione di un ente licenziante *ad hoc*. Cfr. COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Paper – Impact Assessment*, cit., 37. Per un confronto tra la soluzione europea e quella americana ed una valutazione delle diverse opzioni di politica legislativa v. SUTHERSANEN U., *Who owns the orphans? Property in digital cultural heritage assets*, in TORREMANS P., *Research Handbook on Copyright Law*, 2ª ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2018, 359-390..

[783] COMMISSIONE UE, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni usi consentiti di opere orfane*, Bruxelles, 24 maggio 2011, COM(2011) 289 def.. Per un commento della proposta, v. HILTY R.M., KAYA K., NÉRISSON S., TRUMPKE F., *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Commission Proposal for a Directive on Certain Permitted Uses of Orphan Works*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-14.

[784] COMMISSIONE UE, *Raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale*, 27 ottobre 2011*,* 2011/711/UE, punto 6a).

[785] Per un commento alle singole disposizioni, si veda SUTHERSANEN U., FRABBONI M.M., *The Orphan Works Directive*, in STAMATOUDI I., TORREMANS P. (eds.), *EU Copyright Law: A Commentary*, 1ª ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2014, 653 ss.

[786] Sono considerate tali le opere pubblicate sotto forma di libri, riviste, quotidiani, rotocalchi o altre pubblicazioni, incluso il materiale ivi contenuto, le opere audiovisive e cinematografiche delle collezioni di istituti per il patrimonio cinematografico, nonché le opere audio, audiovisive e cinematografiche che

categoria, tali Organizzazioni sono tenute a svolgere, in via preventiva, una "ricerca diligente" e svolta in buona fede all'interno dello stato membro di prima pubblicazione o trasmissione dell'opera (art. 3.3) [788]. Qualora, all'esito di tale ricerca, nessun titolare dei diritti d'autore venga individuato oppure, se anche sia stato individuato, comunque non sia rintracciabile, il materiale in questione sarà ritenuto "orfano" in tutta l'Unione (secondo un meccanismo di riconoscimento reciproco di tale *status*, cfr. art. 4) [789], evitando così che la medesima ricerca debba essere ripetuta più volte [790]. Quando abbiano portato alla qualificazione di un'opera come orfana, le Organizzazioni devono conservare la documentazione relativa alle loro ricerche [791].

Una volta effettuata la ricerca, l'art. 6, par. 1 dispone che gli Stati membri introducano un'eccezione o limitazione al diritto di riproduzione e al diritto di messa a disposizione del pubblico *ex* artt. 2 e 3 Dir. 2001/29, ulteriore rispetto a quelle già previste dalla legge. Essa garantisceche le Organizzazioni possano utilizzare le opere orfane senza l'autorizzazione degli aventi diritto, segnatamente a fini di digitalizzazione e messa a disposizione del pubblico [792], fatta salva l'ipotesi in cui, in un secondo momento, l'autore dell'opera faccia valere i suoi diritti ponendo fine allo status di opera orfana (art. 5). L'eccezione perciò è limitata [793]

a) sia sotto il profilo oggettivo, essendo escluse dagli usi consentiti qualsivoglia iniziativa di riuso o creazione di opere derivate [794];

b) sia sotto il profilo soggettivo, risultando esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizione i soggetti che non siano pubblici (e dunque tutti i possibili part-

---

figurano negli archivi di emittenti di servizio pubblico e prodotte dalle stesse. Restano escluse dall'ambito di applicazione le fotografie e le opere anonime o pseudonime, per le quali la normativa lascia impregiudicate le disposizioni italiane in materia. Critica l'esclusione GIORDANO D., cit., 137, considerato che anche per le opere anonime può accadere che non sia individuabile o reperibile nemmeno l'intermediario e non si possano dunque conoscere le condizioni di utilizzo volute dall'autore.

[787] Ai sensi dell'art. 69 quater, co. 12 l.a. non ricadono nell'ambito di applicazione della nuova disciplina le opere in commercio.

[788] Derogano le opere cinematografiche o audiovisive il cui produttore ha sede o risiede abitualmente in uno Stato membro; in tal caso infatti la ricerca deve essere svolta nello Stato membro in cui sia stabilita la sua sede principale o la sua abituale residenza.

[789] COLANGELO G., *La proprietà delle idee*, Il Mulino, Bologna, 2015, 64.

[790] La scheda informativa, compilata dall'EUIPO, fornisce i riferimenti alle fonti di ricerca diligente disponibili a livello nazionale negli Stati membri dell'UE, assieme agli orientamenti per effettuare ricerche diligenti.

[791] GOLDENFEIN J., HUNTER D., *Blockchains, Orphan Works, and the Public Domain*, Columbia J. of Law & the Arts, 2017, 41, 1, sostengono che il tracciamento delle ricerche potrebbe avvenire mediante un registro in tecnologia blockchain.

[792] Le utilizzazioni consentite sono in particolare: a) messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente; b) atti di riproduzione a fini di digitalizzazione, messa a disposizione, indicizzazione, catalogazione, conservazione o restauro (art. 6.1).

[793] Cfr. Conclusioni Avv. Gen. Wathelet, 7 luglio 2016, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:536, para. 50.

[794] SAPPA C., *Le opere orfane: la soluzione europea*, NLCC, 2014, 3, 671 – 691.

ner privati dei progetti di digitalizzazione)[795], nonché gli enti culturali che non agiscano in funzione di un interesse pubblico.

Le opere non possono infatti essere utilizzate per scopi che esulino dalle finalità pubblicistiche delle Organizzazioni utilizzatrici, e quindi per scopi diversi dalla conservazione, dal restauro, dalla messa a disposizione del pubblico per finalità culturali e formative (art. 6.2). Entro i menzionati limiti di utilizzo e nell'ambito della missione di interesse pubblico è possibile coinvolgere entità del settore privato attraverso accordi volti alla valorizzazione e fruizione delle opere orfane. I partner privati però non possono utilizzare le opere orfane direttamente, controllarne l'utilizzo o imporre ai beneficiari dell'eccezione alcuna restrizione sull'utilizzo. La loro partecipazione sembra invero ridursi a una sponsorizzazione *pro bono* o alla donazione di fondi. Tanto potrebbe scoraggiare l'adesione specialmente dei fornitori di servizi di rete, che possono contribuire significativamente alla digitalizzazione delle opere, nonché a renderle successivamente disponibili attraverso motori di ricerca o su piattaforme di condivisione[796].

Nell'ipotesi in cui un'opera abbia diversi titolari, non tutti identificati, è consentito alle Organizzazioni il suo utilizzo, a condizione che i titolari "noti" diano la loro autorizzazione per quanto riguarda i diritti da loro detenuti (art. 2). Il nome degli autori individuati andrà comunque sempre indicato in qualsiasi uso dell'opera orfana.

Quanto ai profili economici, l'art. 6, par. 2 esclude espressamente qualsiasi sfruttamento a fini commerciali dell'opera orfana. Le Organizzazioni "*possono generare entrate nel corso di detti utilizzi al solo scopo di coprire i costi sostenuti per la digitalizzazione delle opere orfane e per la messa a disposizione del pubblico delle stesse*".

Il titolare dei diritti su un'opera orfana ha la possibilità di a) porre fine a detto status in qualunque momento, impedendo la continuazione dell'uso dell'opera; nonché b) chiedere un equo compenso[797] per qualsiasi utilizzo della sua opera realizzato in passato.

Ai sensi dell'art. 3, par. 6, l'EUIPO è responsabile dell'istituzione e della gestione di un'unica banca dati online pubblicamente accessibile sulle opere orfane e parzialmente orfane (quelle per le quali sono stati individuati e rintracciati alcuni titola-

---

[795] GIORDANO, cit., 130.

[796] MANSANI L., cit., 117; ROSATI E., *The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand*, JIPLP, 2013, 8,4, 309; BORGHI M., KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization, A Cross-Jurisdictional Perspective*, Oxford University Press, 2013, 86. Scettica invece RODRIGUEZ MORENO S., *La nuova disciplina delle opere orfane*, Nuove Leggi Civ. Comm., 2015, 5, 893, che dubita della compatibilità col *three step test* di un regime che avesse coperto oltre alle istituzioni culturali con funzioni di interesse pubblico anche gli utilizzatori e le utilizzazioni commerciali, con conseguente maggiore pregiudizio all'autore o titolare dei diritti, soprattutto nel caso in cui ricompaia.

[797] La determinazione del compenso può essere stabilita da accordi fra le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei titolari dei diritti e le istituzioni beneficiarie dell'eccezione in esame, che devono tenere conto degli obiettivi di promozione culturale correlati all'uso effettuato dell'opera, la natura non commerciale dell'uso fatto dai beneficiari dell'eccezione in connessione alla loro missione di interesse pubblico, così come dell'eventuale danno arrecato al titolare dei diritti (art. 69 *quinquies*, co. 3 l.a.).

ri dei diritti), che sono parte delle raccolte attualmente detenute a livello nazionale dalle Organizzazioni beneficiarie. La banca dati consente alle Organizzazioni beneficiarie che desiderino utilizzare opere orfane in progetti di digitalizzazione di accedere facilmente alle informazioni pertinenti che le riguardino. Tali Organizzazioni registrano inoltre nella banca dati le opere che hanno individuato come orfane nel corso delle proprie ricerche diligenti [798].

La banca dati consente ai titolari dei diritti di cercare opere orfane, ottenere i recapiti delle Organizzazioni che le utilizzano e porre fine al relativo status. Inoltre, fornisce alle Organizzazioni beneficiarie e alle autorità nazionali competenti relazioni e dati statistici sulle opere orfane registrate.

La Direttiva è stata implementata nell'ordinamento interno con d.lgs. 10 novembre 2014, n. 163 di Attuazione della Direttiva europea 2012/28/UE e la relativa disciplina è confluita negli artt. da 69 *bis* a 69 *septies* l.a. [799]. In particolare, viene introdotta la disciplina di dettaglio sulla ricerca diligente, che deve necessariamente precedere ogni tipo di utilizzo delle opere che non sia stato autorizzato dall'autore [800].

Nel complesso il giudizio sull'operato del legislatore europeo è stato per lo più critico. Al di là delle già menzionate perplessità circa l'esclusione dei soggetti privati dal beneficio dell'eccezione, si teme che i requisiti per la ricerca diligente possano frustrare i progetti di digitalizzazione di massa delle collezioni delle istituzioni culturali. La complessità e i costi per eseguirla per ogni singola opera possono risultare così gravosi da smorzare l'interesse ad utilizzare opere orfane [801]. A ciò si

---

[798] Le Organizzazioni beneficiarie inviano informazioni sulle opere orfane all'autorità nazionale competente designata in ciascuno Stato membro, ad esempio il Ministero della cultura o l'ufficio nazionale della proprietà intellettuale. A loro volta, le autorità le inoltrano all'EUIPO. Una volta completato questo processo le informazioni diventano pubblicamente accessibili all'interno della banca dati delle opere orfane.

[799] Per una panoramica sulla novella v. RODRIGUEZ MORENO S., cit.

[800] L'art 69-*septies* l.a. per l'effettuazione della ricerca ha previsto la consultazione delle seguenti principali fonti di informazione: il Registro Pubblico Generale delle Opere Protette presso il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, il deposito legale, le banche dati delle società di gestione collettiva e le altre banche dati e i sistemi che ne consentono l'interrogazione integrata come, ad esempio, ARROW. Più in particolare, elenca le fonti di informazione, distinguendole in base al tipo di opera e specifica, tra l'altro, che (i) per i libri pubblicati, sia necessario consultare anche il Sistema Bibliotecario Nazionale, inclusi i registri d'autorità per gli autori, (ii) per i quotidiani e le riviste, l'ISSN (International Serial Standard Number) e gli indici e i cataloghi di raccolte storiche e collezioni di biblioteche, (iii) per le opere audiovisive e i fonogrammi, le associazioni italiane dei produttori e l'elenco di quanti hanno partecipato alla realizzazione e altre informazioni riportate sulla confezione dell'opera.

La novella prevede inoltre che con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentite le associazioni dei titolari dei diritti e degli utilizzatori maggiormente rappresentative, possano essere individuate ulteriori fonti di informazione da consultare nel corso della ricerca diligente (art. 69 *quater*, co. 2 l.a.).

[801] v. RINGNALDA A., *Orphan Works, Mass Rights Clearance and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution*, Medien und Recht Int. (MR-Int), 2011, 8, 7; URBAN J.M., *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, Berkeley Tech. L.J., 2012, 27, 3, 1379; VAN-GOMPEL S., *The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From the Atlantic*, Berkeley Tech. L.J., 2012, 27, 3, 1360. BORGHI M., ERICKSON K., FAVALE M., *With Enough Eyeballs All Searches Are Diligent: Mobilizing the Crowd in Copyright Clearance for Mass Digitization*, Chi. –Kent J. Intell. Prop., 2016, 16, 135, propongono, per alleviare i costi delle ricerche, un approccio decentralizzato, incentrato sul *crowdsourcing*.

aggiunga che diverse istituzioni culturali hanno manifestato serie preoccupazioni nei confronti dell'incertezza derivante dalla possibilità per il titolare dei diritti a) di bloccare *ex post* la possibilità di utilizzare l'opera e b) ancor più, di esigere il pagamento – sempre a posteriori –dell'equo compenso [802]. Tale incertezza non è stata nemmeno limitata temporalmente, ad esempio con l'introduzione di un termine di rivelazione dell'autore (come orginariamente previsto nella proposta di direttiva) [803], con la conseguenza che i rischi paiono addossati tutti alle istituzioni culturali. In generale, dubbi pergangono circa la scelta del legislatore di optare per l'introduzione di una eccezione, piuttosto che per un sistema di gestione collettiva estesa, ispirato al modello danese, che attribuisca a società di gestione collettiva, dotate di idonea rappresentatività, il potere di stipulare accordi economici con gli utilizzatori, anche con riguardo a opere orfane [804]. È stato rilevato, infatti, che la nuova normativa difetta di strumenti atti ad arrestare o ridurre l'incremento di opere orfane future. Al contrario, le regole vigenti sembrano favorire l'"orfanizzazione" [805]. In assenza di formalità costitutive del diritto, aumenta il rischio che l'identità degli autori (o dei relativi titolari dei diritti) vada perduta, soprattutto con una durata di protezione autoriale così estesa. Da questo punto di vista, si sarebbe potuta valutare l'introduzione di misure premiali volte ad incoraggiare gli autori e i titolari dei diritti ad inserire nelle loro opere informazioni elettroniche sul regime dei diritti [806].

10. *La regolamentazione delle opere fuori commercio*

Le opere orfane sono solo uno dei problemi che le biblioteche digitali si sono trovate ad affrontare nel tentativo di rendere il patrimonio culturale disponibile online. L'altro scoglio – riconosciuto e lasciato aperto dalla Dir. 2012/28 [807] – è ottene-

---

[802] INFORMATION SANS FRONTIÈRES, *Response to the Final Compromise Text of the Orphan Works Directive*, 22 giugno 2012, 2.

[803] Tale termine non doveva essere inferiore a 5 anni dalla data dell'atto che avrebbe dato origine alla pretesa, cfr. art. 7, par. 1, punto 5, della proposta di direttiva.

[804] In questo senso, RODRIGUEZ MORENO S., cit., secondo cui tale sistema non richiederebbe una ricerca di ciascun autore e conferirebbe maggior certezza giuridica per gli utilizzatori. Sul tema v. FICSOR M., *Collective Management of copyright and related rights at a triple crossroads: should it remain voluntary or may it be "extended" or made mandatory?*, UNESCO Copyright Bulletin, 2003, 9; RIIS T., SCHOVSBO J., *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?*, Columbia J. of Law & the Arts, 2010, 471 ss.; JANSSENS M.-C., TRYGGVADÓTTIR R., *Facilitating access to orphan and out of commerce works to make Europe's cultural resources available to the broader public*, in STAMATOUDI I.A., *Copyright and the Digital Agenda for Europe: Current challenges for the future*, Sakkoulas, Atene, 2015, 27.

[805] SAPPA C., cit., 672 ss.

[806] VAN EECHOUD M., *Orphan Works*, in VAN EECHOUD M., HUGENHOLTZ P.B., VAN GOMPEL S., GUIBAULT L., HELBERGER N. (a cura di), *Harmonizing European Copyright Law*, cit., 274; .

[807] Il considerando 4 Dir. 2012/28 dispone che "[l]*a presente direttiva lascia impregiudicato lo sviluppo di soluzioni specifiche negli Stati membri per far fronte a questioni di più ampia scala sulla digitalizzazione di massa, come nel caso delle cosiddette opere "fuori commercio*".

re il consenso degli aventi diritto per la visualizzazione online di libri fuori commercio, ovvero "*non disponibili al pubblico attraverso i consueti canali commerciali*" [808], ma ancora coperti da diritti d'autore.

In mancanza di autorizzazione espressa degli aventi diritto, particolarmente difficile da ottenere a causa delle caratteristiche di tale tipo di opere [809], resta preclusa la possibilità che ne vengano fatte copie o nuove edizioni [810].

Nel 2006, il High Level Expert on Digital Libraries formulava la proposta di adottare un *model agreement for a licence on digitisation of out of print works* (cfr. par. 8.1).

La Commissione ha aperto dal novembre 2010 un tavolo di dialogo con le parti interessate finalizzato a produrre modelli di accordi di licenza collettiva che consentano la digitalizzazione su larga scala di queste opere.

I risultati dei lavori condotti a livello dell'Unione sono stati riuniti in un *memorandum* d'intesa sui principi chiave relativi alla digitalizzazione e alla messa a disposizione di opere fuori commercio [811], firmato da associazioni di biblioteche, giornalisti, editori, autori e artisti e società di gestione collettiva il 20 settembre 2011, sotto l'egida della Commissione. Il Memorandum prospettava la possibilità di digitalizzare in massa i libri non disponibili in commercio per renderli accessibili al pubblico, sul presuposto giuridico che il consenso degli autori alla gestione collettiva dei diritti di sfruttamento corrispondenti possa essere presunto, a condizione, da un lato, che siano stati fatti sforzi sufficienti per informarli e, dall'altro, che i loro interessi siano protetti mediante dispositivi di non adesione o di ritiro.

L'incoraggiamento veniva raccolto da alcuni paesi che, a differenza dell'Italia, si erano mossi nella direzione di coprire il vuoto normativo, trovando tuttavia non pochi paletti nella legislazione esistente e nelle prerogative da questa riconosciuti agli autori.

Il legislatore francese, in particolare, aveva introdotto agli articoli134-1 – 134-9 del codice della proprietà intellettuale un meccanismo in forza del quale, le *collecting society*, nello specifico la SOFIA, potessero autorizzare le biblioteche a digitalizzare i "libri non disponibili" [812] e a metterli a disposizione del pubblico per mezzo di una banca dati pubblica, facendo salvo il diritto degli autori di opporsi entro sei

---

[808] Secondo la definizione fornita dall'art. 8 par. 5 Dir. 2019/790.

[809] Il Considerando 30 Dir. 2019/790 menziona alcune possibili cause: "*Ciò può essere dovuto, ad esempio, all'età delle opere o altri materiali, al loro scarso valore commerciale o al fatto che non siano mai stati destinati ad un uso commerciale o non siano mai stati sfruttati commercialmente*".

[810] Cfr. COMMISSIONE UE, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, Bruxelles, 9 dicembre 2015, COM(2015) 626 final, 5: "*Per le opere fuori commercio, le questioni legali che incidono sull'accessibilità transfrontaliera si aggiungono a difficoltà di carattere più generale quali l'ottenimento della licenza per la digitalizzazione e la messa a disposizione delle opere innanzitutto sul mercato nazionale*".

[811] *Memorandum of Understanding (MoU) on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works*, Bruxelles, 20 settembre 2011.

[812] Ai sensi dell'art. 134-1, si intende per libro non disponibile "*un libro pubblicato in Francia prima del 1º gennaio 2001 non più oggetto di diffusione commerciale ad opera di un editore e attualmente non oggetto di una pubblicazione in formato cartaceo o digitale*".

mesi dall'iscrizione del libro nella banca dati o di mettere fine all'esercizio di tali diritti, in qualsiasi momento, fornendo la prova di essere il solo titolare dei diritti.

Le modalità di applicazione di tali disposizioni erano affidate ad atti normativi secondari (in particolare al decreto attuativo decreto n. 2013-182).

Il sig. Soulier e la sig.ra Doke, entrambi autori di opere letterarie, chiedevano al Conseil d'État l'annullamento di tale decreto, lamentando che le disposizioni in parola istituissero un'eccezione o una limitazione al diritto d'autore non ricompresa tra quelle tassativamente enumerate dall'art. 5 Dir. Infosoc. Il Conseil d'État sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di Giustizia UE questione pregiudiziale circa la legittimità – ai sensi della Dir. 2001/29 – di una normativa che affidi a società di riscossione e ripartizione di diritti la facoltà di autorizzare la riproduzione e la rappresentazione in forma digitale dei "libri non disponibili".

La Corte ha chiarito che "*la direttiva 2001/29 non osta a che una normativa nazionale … persegua un obiettivo quale lo sfruttamento digitale di libri non disponibili nell'interesse culturale dei consumatori e della società nel suo complesso*". Tuttavia, il perseguimento di questo obiettivo e di questo interesse "*non può giustificare una deroga non prevista dal legislatore dell'Unione alla tutela garantita agli autori da detta direttiva*" [813].

La mancata opposizione di un dato autore entro il termine fissato potrebbe essere interpretata, in astratto, come "*l'espressione di un consenso implicito a detta utilizzazione*", in linea con l'art. 2, lett. a), e dell'art. 3, para. 1, Dir. 2001/29 [814]. Tuttavia, perché si sia in presenza di un valido consenso implicito, occorre prevedere un meccanismo che garantisca "*l'informazione effettiva e individualizzata degli autori*". In mancanza, non si può "*ragionevolmente presumere che, in assenza di opposizione da parte loro, tutti gli autori di questi libri "dimenticati" siano per questo favorevoli alla "risurrezione" delle loro opere, ai fini della loro utilizzazione commerciale in forma digitale*" [815]. Anzi, "*non è escluso che alcuni degli autori interessati, in realtà, non siano nemmeno a conoscenza dell'utilizzazione prevista delle loro opere, e pertanto che non siano in grado di prendere posizione in proposito, in un senso o nell'altro*" [816].

In secondo luogo, l'art. 5, para. 2 Convenzione di Berna sancisce che il godimento e l'esercizio dei diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico attribuiti agli autori "*non sono subordinati ad alcuna formalità*". Ne deriva che l'autore deve

---

[813] CGUE, 16 novembre 2016, C-301/15, Marc Soulier and Sara Doke v Premier ministre and Ministre de la Culture et de la Communication ECLI:EU:C:2016:878, para. 45. Per un commento sulla pronuncia si veda BULAYENKO O., *Permissibility of Non-Voluntary Collective Management of Copyright Under EU Law: The Case of the French Law on Out-of-Commerce Books*, JIPITEC, 2016, 7,1 e SGANGA C., *The Eloquent Silence of Soulier and Doke and Its Critical Implications for EU Copyright Law*, JIPLP, 2017, 12, 4, 321-330, che analizza i vari argomenti presi in considerazione nell'Opinione dell'Avv. Gen Wathelet e pretermessi dalla Corte nelle sue valutazioni.

[814] Id. para. 42. *Contra* Conclusioni Avv. Gen. Wathelet, 7 luglio 2016, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:536, para. 39, secondo cui "*In mancanza di legislazione europea di deroga, il consenso espresso e preventivo dell'autore per la riproduzione o la comunicazione al pubblico della sua opera non può essere eliminato, presunto o limitato sostituendovi un consenso tacito o una presunzione di trasferimento cui l'autore dovrebbe opporsi entro un determinato termine e alle condizioni previste dal diritto nazionale*".

[815] Id., para. 44.

[816] Id., para. 43.

poter porre fine allo sfruttamento dell'opera, su cui detenga i diritti, "*senza dover previamente affrontare … una formalità consistente nel dimostrare che altre persone non sono … titolari di altri diritti su detta opera*" [817].

Su queste basi, la Corte ha ritenuto che la normativa francese si ponesse in contrasto con la Dir. Infosoc.

La nuova Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale affronta il problema introducendo un meccanismo mirante a semplificare la conclusione di contratti di licenza per la divulgazione delle opere fuori commercio (considerando 3) [818].

L'art. 8 Dir. 2019/790 prevede che un organismo di gestione collettiva sufficientemente rappresentativo *"possa concludere un contratto di licenza non esclusiva a fini non commerciali con un istituto di tutela del patrimonio culturale per la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione al pubblico o la messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali fuori commercio presenti in modo permanente nella raccolta di detto istituto*". La licenza dovrà prevedere condizioni di parità di trattamento tra tutti i titolari di diritti e applicarsi anche ai titolari che non abbiano conferito mandato all'organismo di gestione collettiva. Qualora non esistano prassi di gestione collettiva dei diritti o non siano adeguatamente rappresentative, gli istituti di tutela del patrimonio culturale potranno rendere disponibili le opere non più in forza di accordi contrattuali, bensì in virtù di un'eccezione o limitazione armonizzata al diritto d'autore.

Il legislatore prevede dunque due binari alternativi e sussidiari, nel senso che l'eccezione legislativa opera solo in caso di "*mancata disponibilità di soluzioni basate sulla concessione di licenze*" (art. 8 par. 3 e considerando 32). Ai due binari non corrisponde, tuttavia, una portata analoga della libera utilizzazione. Mentre infatti il regime fondato sulla concessione di licenze ha portata transfrontaliera e consente l'utilizzo delle opere da parte dell'istituto di tutela del patrimonio culturale in qualsiasi Stato membro, l'eccezione copre esclusivamente gli usi aventi luogo nello Stato membro in cui ha sede l'istituto.

I titolari dei diritti possono, in qualunque momento (ivi compreso dopo la conclusione di una licenza o l'inizio dell'utilizzo interessato), sottrarre le proprie opere dal regime di libera utilizzazione (par. 4).

Al fine di accrescere la consapevolezza generale dei titolari dei diritti e consentire loro l'esercizio della misura di salvaguardia di cui all'art. 8 par. 4, all'EUIPO è demandata la gestione di un portale unico online pubblico contenente le informazioni utili ai fini dell'identificazione delle opere oggetto di licenza o eccezione. Tali informazioni dovranno essere divulgate almeno sei mesi prima che le opere siano distribuite, comunicate o messe a disposizione del pubblico.

Al netto dell'*excursus* svolto in questo capitolo, risulta dunque evidente come il diritto d'autore abbia gettato le basi, non solo per il riconoscimento del pubblico dominio come diritto, ma anche per una più effettiva salvaguardia dello stesso e del-

---

[817] Id., para. 51.

[818] In argomento v. SERVANZI R., *Il patrimonio culturale e le opere fuori commercio nella direttiva digital copyright*, Il nuovo dir. delle soc., 2019, 5, 657.

le istanze di accesso e riutilizzo del capitale intellettuale. Molto resta però ancora da fare, a partire da una positivizzazione di tale diritto all'interno della legge di diritto d'autore, che non costringa – per dare ingresso ad istanze di interesse generale – a ricorrere ai limiti costituzionali esterni alla normativa primaria. Gli strumenti normativi da ultimo adottati per favorire la digitalizzazioni di massa paiono oltremodo spuntati, e a distanza di anni dall'introduzione, il bilancio della Dir. 2012/20 pare misero. Per ridurre le incertezze che ostacolano le iniziative di digitalizzazione del patrimonio culturale pare necessario ridurre l'assimetria informativa che affligge l'utilizzatore. Il superamento dell'assenza di formalità costitutive, onde semplificare l'accesso alle informazioni sulle opere, pare sempre più un passo obbligato. Più a largo spettro, pare necessario abbandonare il dogma del primato del diritto d'autore e della eccezionalità delle libere utilizzazioni, radicata sia nel *three step test*, sia nell'impianto della Dir. Infosoc, entrambe tese ad assicurare un elevato livello di protezione agli autori. Il cumulo delle tutele rappresenta inoltre ancora un serio ostacolo alla caduta in pubblico dominio delle opere dell'ingegno, con la conseguenza che una più attenta demarcazione delle aree di conflitto, specialmente tra diritto d'autore, diritto di marchio e disegni industriali, non pare ulteriormente procrastinabile. Da ultimo, dovrebbe incentivarsi il ricorso alle forme di pubblico dominio volontario, a partire dalle istituzioni culturali, per cui l'ampliamento del pubblico dominio e degli spazi di accesso, dovrebbe rientrare tra le finalità di interesse pubblico.

5.

Diritti di proprietà e di immagine, disciplina a tutela del patrimonio culturale e pubblico dominio

Nel capitolo che precede, abbiamo osservato come l'accesso ad un'opera dell'ingegno possa essere condizionato dalla presenza di barriere tecnologiche, come le misure tecnologiche di protezione, o giuridiche, determinate dal cumulo sul medesimo bene di più diritti di proprietà intellettuale, ulteriori rispetto al diritto d'autore.

Per completare l'analisi degli ostacoli alla caduta in pubblico dominio e alla libera accessibilità di un bene immateriale occorre ora indagare alcune barriere ulteriori che si differenziano dalle precedenti per essere esterne ed estranee al dominio dei diritti di proprietà intellettuale. Tali barriere sono autonome dalla sussistenza di un diritto d'autore sull'opera e possono dunque cumularsi ad esso oppure operare indipendentemente.

1. *Il diritto di proprietà sul supporto materiale o sull'oggetto ritratto*

Sovente l'opera dell'ingegno, intesa come bene immateriale (c.d. *corpus mysticum*), sottoposta, ove ne ricorrano i requisiti, alla disciplina del diritto d'autore, trova estrinsecazione in un supporto fisico, che è un bene materiale, il c.d. *corpus mechanicum*. La mera vista, lettura, ascolto di un'opera, così come ogni altra forma di godimento, implicano la disponibilità materiale di tale supporto. Dal punto di vista fisico, dunque, l'accesso all'opera può essere condizionato da chi ne ha il possesso materiale, nella sua accezione di potere di fatto sulla cosa esercitabile *uti dominus,* anche nella direzione di impedire a terzi l'accesso al *corpus mechanicum* dell'opera.

Al possesso materiale può associarsi anche la proprietà del supporto. Il *corpus mechanicum*, infatti, è sottoposto alle tradizionali norme che regolano la proprietà sui beni materiali (art. 832 ss. c.c.). Chi lo acquista ne diviene il proprietario, e può pertanto godere dello stesso (per es. nel caso di un libro, leggendolo o consultandolo) e disporne (per es. regalandolo o rivendendolo) nel modo più ampio. Il diritto di proprietà, dunque, insieme agli eventuali contratti di distribuzione che ne regolano l'esercizio, garantisce la facoltà di controllare l'accesso all'opera. Conseguentemente, all'ostacolo meramente fisico, ben può sommarsi quello legale, discendente dall'esercizio dello *ius excludendi alios* rientrante tra le facoltà riconosciute dalla legge al proprietario. Tale condizionamento – che trova (parziale) limite nel principio di

esaurimento del diritto di privativa già ricordato (cfr. nel capitolo che precede il par. 3.7) – è del tutto insensibile al diritto d'autore, il quale non determina un limite di accesso, ma solo di utilizzo, delle opere coperte dall'esclusiva [1].

I diritti esclusivi che insistono sul *corpus mysticum* e quello *mechanicum* sono indipendenti tra loro, come espressamente sancito sul piano del diritto positivo dall'art. 109 l.a., in forza del quale "*la cessione di uno o più esemplari dell'opera non importa, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di utilizzazione*" che insistono sull'opera stessa: le vicende circolatorie (ed estintive) del diritto di proprietà sul supporto, dunque, non sono legate a quelle del diritto d'autore sull'opera da questo incorporata [2]. L'alienazione dell'esemplare originale di un'opera pittorica, ad esempio, non comporta di per sé la cessione all'acquirente dei diritti di riproduzione della medesima [3]. Analogamente, il diritto alla radiodiffusione dell'opera musicale non è trasferito al cessionario di un esemplare del supporto meccanico su cui l'opera sia stata registrata [4]. Di conseguenza, è ben possibile che i diritti di autore sul *corpus mysticum* siano in titolarità di soggetto diverso da quello che ha la proprietà del *corpus mechanicum,* posto che per l'esercizio dei primi "*non occorre mantenere la proprietà del supporto fisico nel quale si estrinsecano le opere*" [5]. È quanto ha accertato il Tribunale di Milano con riferimento ad una universalità di beni costituiti da disegni eseguiti dal maestro Giorgio De Gaspari [6] ad illustrazione di vari periodici del gruppo RCS, tra cui la Domenica del Corriere [7]. Se da un lato il Tribunale ha ritenuto non contestabile la titolarità da parte degli eredi dell'artista dei diritti patrimoniali relativi alle opere da esso realizzate e ceduti solo temporaneamente alla società editrice in forza di contratto di edizione [8]; dall'altro è giunto a diversa conclusione per ciò che attiene alla proprietà dei singoli disegni, cioè degli esemplari in cui si concretizza materialmente l'opera – a prescindere dai diritti immateriali ad essa pertinenti. Tale proprietà spetta all'acquirente del supporto materiale in cui l'opera stessa è riprodotta o si è esteriorizzata [9], salvo che l'autore non si sia riservato il diritto alla restituzione dei disegni originali all'atto della "traditio" degli stessi [10].

---

[1] L'esclusiva concerne unicamente il diritto di controllare lo sfruttamento pubblico di un'opera, mediante la sua riproduzione, comunicazione, distribuzione o altre forme di diffusione al pubblico, senza tuttavia che si occupi di regolare l'accesso del pubblico all'opera.

[2] SPEDICATO G., *Digitalizzazione di opere librarie*, cit.

[3] Trib. Milano, 1 luglio 2004, AIDA, 2005, 1038/2.

[4] Cass. sez. I civ., 28 giugno 2001, n. 8860, AIDA, 2003, Rep. I.18.11.

[5] App. Milano, 17 marzo 1995, Riv. dir. ind., 1996, 233, con nota di BEDUSCHI.

[6] Attivo negli anni '60 del secolo scorso, è ritenuto il massimo illustratore italiano del Novecento.

[7] Trib. Milano, sez. XIV, 9 marzo 2020, n. 2063.

[8] La durata del diritto dell'editore di pubblicare deve ritenersi fissato nel termine ventennale di cui all'art. 122 l.a.

[9] Nel caso di specie la proprietà dei disegni è stata riconosciuta a titolo di usucapione. Infatti, i disegni erano stati ceduti insieme al ramo d'azione facente capo all'Editoriale Corriere della Sera s.p.a. Tale atto di cessione costituiva un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà ed il possesso delle opere in questione era stato conseguito in buona fede al momento della consegna.

[10] App. Milano, 17 marzo 1995, cit.

La separazione tra proprietà del supporto e proprietà intellettuale interferisce con l'esercizio di entrambi i diritti. Si pone infatti il problema di come esercitare l'uno senza l'altro e viceversa. Il titolare della proprietà intellettuale, ad esempio, non potrebbe esercitare il diritto di riproduzione senza che gli sia garantito l'accesso al *corpus mechanicum* dell'opera. Ciò ha portato la giurisprudenza a configurare un vero e proprio diritto di «accesso» dell'autore (o dell'avente diritto) all'opera presso il proprietario al fine di fotografarla e quindi riprodurla. In relazione alla giustificazione di tale diritto, l'ipotesi più convincente è che si tratti di una limitazione dei diritti di proprietà, considerata come uno dei *naturalia negotii* del contratto di trasmissione dei diritti d'autore [11].

Sul fronte opposto, si pone il tema di quale tipo di utilizzo il proprietario possa porre in essere dell'opera acquistata, essendo privo dei diritti sulla componente immateriale della stessa. A me pare, che egli si veda comunque preclusa non solo la duplicazione dell'opera (ovvero la sua riproduzione in altri esemplari), ma anche ogni forma di digitalizzazione e comunicazione al pubblico, ivi compresa la riproduzione fotografica [12]. Il proprietario del "corpus" può verosimilmente limitarsi all'esposizione dell'originale al pubblico [13], ma già la realizzazione di una pubblicazione (ad esempio un catalogo), contenente le riproduzioni fotografiche delle opere esposte, costituirebbe, un utilizzo contrario al diritto d'autore dell'artista [14].

Ciò è quanto può desumersi dalla vertenza che ha visto la società di gestione e

---

[11] SESSA V. M., *La tutela degli interessi pubblici e privati nella riproduzione delle opere d'arte*, Foro Amm., 2001, 4, 1019; DE SANCTIS V.M., *Cessione di un'opera d'arte in originale – Diritto di riproduzione – Distruzione dell'opera*, Dir. aut., 1952, 57, 127, che tra l'altro considera principio generale l'art. 119 co. 5, l.a. e pertanto ritiene che all'autore alienante spettino implicitamente tutti i diritti necessari all'esercizio di quelli di cui è rimasto titolare, fra cui l'accesso all'opera da fotografare.

[12] L'art. 13 l.a. menziona espressamente la fotografia quale oggetto del diritto di riprodurre l'opera.

[13] La giurisprudenza in tal senso è consolidata: v. App. Venezia, 25 marzo 1955, Foro It., 1955, I, 717; Trib. Roma, 16 maggio 1959, Riv. dir. ind., 1961, II, 272; App. Roma, 13 maggio 1961, Foro It., 1961, I, 1, 1017 e in Giur. It., 1961, I, 2, 846; più recentemente Trib. Verona, 13 ottobre 1989, Dir. aut., 1990, 397, con nota di FABIANI M., *Protezione dell'opera d'arte figurativa: diritto di esposizione in pubblico e diritto dell'autore di riprodurre,* ove si legge "*dopo la cessione dell'opera [...] al proprietario spettano le facoltà di godimento di cui all'art. 832 c.c., ivi compresa quella di divulgare le opere e di farle esporre [...] atteso che si tratta di facoltà strettamente consequenziali alla pubblicazione e vendita dell'opera, attività che l'autore ha consentito rinunciando al riserbo all'inedito*". Cfr. anche App. Venezia, 25 marzo 1955, Giur. civ., 1955, I, 976, con nota di SGROI V., *Sull'esposizione dell'opera d'arte ceduta*; JARACH G., *Facoltà di esposizione e ritiro dell'opera dal commercio*, Foro pad., 1955, I, 1433; RAVÀ A., *Sul diritto di esposizione*, Foro It., 1955, I, 717; Trib. Firenze, 13 luglio 1910, Riv. dir. comm., 1910, II, 1080, con nota di MUSATTI A., *Limiti al diritto del proprietario di opere d'arte*; Trib. Roma, 7 luglio 1939, Dir. aut., 1940, 69, con nota di FERRARA L., *Diritti spettanti sul quadro venduto*. Più di recente, SESSA V. M., cit., secondo cui "*questa soluzione soddisfa … il diritto di riproduzione dell'autore senza ledere quello di proprietà dell'acquirente: riconoscendo a quest'ultimo il diritto ad esporre "con l'unico limite che la modalità espositiva non leda la dignità dell'autore" si evita che il suo diritto di proprietà venga ridotto a mera detenzione dell'opera, cosa che indubbiamente si verificherebbe se l'autore conservasse la possibilità di vietare o imporre l'esposizione, esercitando in sostanza facoltà sia negative che positive tali da limitare non solo i diritti del proprietario sul corpus mysticum ma anche quelli sul corpus mechanicum*".

[14] Cfr. Trib. Verona, 13 ottobre 1989, Foro it., 1990, I, 2626 e Cass. civ., sez. I, 19 dicembre 1996, n. 11343, Giur. it., 1997, I, 1, 1194, con nota di ACCORNERO.

tutela dei diritti del *writer* inglese noto con lo pseudonimo BANKSY convenire in giudizio la società curatrice di una mostra dedicata all'artista, in allestimento al Mudec di Milano. Si lamentava che tale esposizione non fosse autorizzata dall'artista e che nessun consenso sarebbe stato rilasciato per l'uso del nome e dell'immagine dell'artista, per esigenze di merchandising, di promozione della mostra e per il relativo catalogo. Viceversa, la curatela obiettava che la mostra fosse stata realizzata grazie a multipli delle opere legittimamente acquistate da soggetti privati, ed evidenziava che in tutti i relativi contratti i titolari delle opere garantivano espressamente la titolarità anche dei diritti di riproduzione delle immagini delle opere in questione, per la realizzazione del catalogo, oltre che per articoli di merchandising.

Il Tribunale, mentre ha ritenuto lecito l'utilizzazione del nome "BANKSY" e delle immagini delle opere note come "bambina con il palloncino rosso" e "lanciatore di fiori" nel materiale promozionale della mostra "*in ragione dell'uso descrittivo che di tale segno è stato svolto … ai sensi dell'art. 21 c.p.i.*" [15], ha svolto valutazioni diverse in relazione al materiale di merchandising e alla pubblicazione del catalogo. In tale contesto, infatti, il predetto uso acquistava "*finalità puramente commerciale*" e valenza distintiva. Le produzioni contrattuali, inoltre, non potevano ritenersi sufficienti ad integrare il "patto contrario" menzionato dall'art. 109 l.a., che consentirebbe la diffusione delle immagini delle opere, posto che difettava la prova dell'effettiva cessione di tale particolare facoltà da parte dell'autore. La pubblicazione del catalogo integra invece i presupposti dell'illecito concorrenziale di cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c., vista "*l'effettiva potenziale concorrenza che tale catalogo integra rispetto all'esercizio da parte dell'autore dei suoi diritti di utilizzazione dell'opera originaria, posto che esso si porrebbe in diretta concorrenza con analoghe pubblicazioni autorizzate dall'autore o anche – in ragione della presenza di numerose immagini delle opere dell'artista – non rappresentanti meri cataloghi ma pubblicazioni comunque illustranti in generale la sua attività artistica*".

La giurisprudenza ha altresì escluso che la pubblicazione dell'immagine delle opere nel catalogo rientri nelle ipotesi di eccezione previste dall'art. 70 l.a.

Da un lato, tale fattispecie non rientra nel comma 1 *bis* che consente "*la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro*" [16].

Dall'altro, nemmeno integra una citazione, riassunto, o riproduzione di parti dell'opera, effettuate per finalità di critica, di discussione e di insegnamento, consentite dall'art. 70 l.a. (sulla portata di tale norma si veda *sub* cap. 4, par. 5.1).

La facoltà di riprodurre il *corpus mysticum* si considera acquistata congiuntamente al trasferimento della proprietà sul *corpus mechanicum* solo allorché quest'ultimo sia assimilabile ad "*uno stampo … o … altro simile mezzo usato per riprodurre*

---

[15] Trib. Milano, sez. XIV, 14 gennaio 2019, secondo cui "*appare evidente … che il fatto che la Mostra attualmente in corso di svolgimento sia dedicata in via esclusiva alle opere dell'artista "BANKSY", sia pure in un contesto che attiene più in generale alla street art, implichi necessariamente che del nome dell'artista l'organizzatore dell'esposizione possa servirsi per indicare al pubblico l'oggetto della mostra stessa*".

[16] Cfr. Trib. Reggio Emilia, 14 giugno 2004, Dir. aut., 2005, 255 con nota di CHIMIENTI.

un'opera d'arte". In tal caso, infatti, l'art. 109, co. 2, l.a. prevede che la cessione "*comprende, salvo patto contrario, la facoltà di riprodurre l'opera stessa, sempreché tale facoltà spetti al cedente*". In sostanza, quando il disegno, all'interno dell'operazione di cessione, "*non viene in considerazione come oggetto ex se di immediata fruizione, ma come strumento di riproduzione*", allora il legislatore, in deroga all'art. 109, co. 1, ammette che la cessione dell'esemplare ammetta anche il trasferimento del relativo diritto di riproduzione [17].

Data anche la diversa portata del diritto di proprietà e del diritto d'autore in punto di durata (essendo imprescrittibile, *ex* art. 948 c.c., il diritto di proprietà sul bene materiale e, al contrario, limitato a 70 anni *post mortem auctoris* il diritto d'autore sul bene immateriale per la generale previsione di cui all'art. 25 l.a.) è ben possibile che sull'opera, seppur esauriti i diritti autoriali, continui ad insistere il diritto di proprietà sul *corpus mechanicum*. Ciò costituisce un problema specialmente in tutti quei casi in cui l'opera, per la sua vetustà, esista in pochi, o addirittura in unico esemplare, perché chi ne sia proprietario mantiene la facoltà di opporsi alla diffusione dell'opera [18], che non potrebbe avvenire senza la sua autorizzazione.

Oltre che sul supporto materiale dell'opera, il diritto di proprietà può insistere anche sui beni materiali oggetto di riproduzione nell'opera stessa: pensiamo alle fotografie di opere dell'architettura o della scultura.

Le norme di diritto positivo sembrano escludere che tra le prerogative del proprietario possa farsi rientrare anche il controllo sulla riproduzione dell'immagine del bene. Le facoltà di godimento e disposizione risultano circoscritte alle "cose" corporali che formano oggetto del diritto, senza contemplare le relative proiezioni incorporali (cfr. art. 832 c.c.), così come, per converso, la proprietà intellettuale appuntano la propria sfera di incidenza sull'opera dell'ingegno e non sul supporto materiale che la ingloba. Ciò nonostante, è proprio al diritto di proprietà che si fa ormai insistentemente ricorso al fine di fondare un regime di appartenenza in forma esclusiva dell'immagine del bene [19].

---

[17] Cfr. Cass. civ., sez. I, 18 agosto 2017, n. 20188, che interpretando estensivamente l'art. 109, co. 2 l.a., ha ritenuto che la cessione da parte di un noto designer del disegno adoperato dalla società acquirente per la creazione di opere in vetro, comprende la facoltà di usare il disegno stesso come prototipo per la riproduzione di manufatti analoghi. SESSA M.V., cit., osserva che anche il gesso ha natura di mezzo e, di conseguenza, risulta applicabile per analogia la disciplina dell'art. 109 co 2, l.a. La *ratio* dell'art. 109 l.a. è la medesima dell'art. 89, l.a, secondo il quale la cessione del negativo o di analogo mezzo di riproduzione della fotografia comprende, salvo patto contrario, la cessione dei diritti di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia stessa, sempre che tali diritti spettino al cedente. Entrambe le norme mirano a trasferire il diritto di riproduzione quando venga ceduto uno strumento strettamente funzionale alla riproduzione stessa, fatto che consente di presumere la volontà del cedente di cedere anche la facoltà di riprodurre.

[18] BENATTI F., *La Street Art musealizzata*, cit., 781, rileva come l'abuso del diritto di proprietà "*si può configurare come "diretto" se posto in essere dai proprietari che rivendicano il diritto di godere in via esclusiva dell'opera a danno della collettività; o "indiretto" se autorizzano altri soggetti, tipicamente i musei (quindi imprese culturali), a porre in essere forme di sfruttamento economico dell'opera, quali lo stacco o il restauro, in base ad asserite motivazioni di "conservazione" di queste opere effimere*".

[19] Tra le pronunzie più risalenti v. BGH, 20 settembre 1974, Schloß Tegel, GRUR, 1975, 500; App. Paris, 18 febbraio 1972, RIDA, 1972, 214; Pret. Roma, 23 giugno 1980, Dir. aut., 1980, 470.

Una prima tesi costruisce il potere interdittivo come diretta manifestazione del diritto di proprietà: essendo al proprietario riconosciuto il diritto di godere e disporre in maniera esclusiva, nonché ritrarre i frutti della cosa, ivi comprese le eventuali esternalità derivanti da fattori di mercato o dai gusti del pubblico [20], anche lo sfruttamento economico dei suoi profili incorporali, tra cui l'immagine, dovrebbe ritenersi parte del contenuto del diritto di proprietà. Non senza alcuni limiti: dovrebbe trattarsi della proprietà di un bene infungibile e ben determinato, in maniera da essere chiaramente riconducibile al titolare del diritto di proprietà. Ciò non ha luogo, ad esempio, in presenza di immagini paesaggistiche che ricomprendano più beni appartenenti a titolari diversi. L'immagine potrà però dirsi avere ad oggetto una cosa ben determinata quando sia ripresa in mezzo ad altre, ma in posizione di centralità, tale da richiamare immediatamente l'attenzione dell'osservatore.

Dalla ricostruzione del potere interdittivo come diretta manifestazione del diritto di proprietà discende che la tutela avrà un carattere reale e non meramente obbligatorio e la riproduzione dell'immagine costituirà un illecito anche se posta in essere da un terzo di buona fede. Quest'ultima, in particolare, è la prospettiva attualmente accolta dal Bundesgerichtshof tedesco, il quale nel dicembre 2010 ha emesso tre pronunzie in procedimenti collegati, sancendo l'illiceità della riproduzione a scopo commerciale di alcuni celebri parchi e monumenti berlinesi (in particolare il parco di Sanssouci e il castello di Charlottenburg) [21] – nonostante le opinioni contrarie manifestate in dottrina [22] – a tal scopo richiamando le norme del § 903 BGB, concernente le prerogative del proprietario, e il § 99 BGB, relativo ai frutti della cosa [23].

In Francia, in senso analogo, il proprietario della prima casa liberata dalle forze alleate nel 1944, ha visto riconosciuto il proprio diritto ad opporsi alla riproduzione artistica o fotografica della stessa [24].

La nostra giurisprudenza si è mostrata incline ad accogliere tale posizione e ri-

---

[20] GAMBARO A., *La Proprietà*, in IUDICA, ZATTI (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1990, 98 ss.

[21] BGH, 17 dicembre 2010, Sanssouci, JZ, 2011, 371; ZUM, 2011, 325; ivi, 2011, 333. In senso analogo, Cass., 16 marzo 2012, n. 4213, Dir. inf., 2012, 4/5, con nota di RESTA G., *Le fotografie delle Catacombe e la proprietà intellettuale*.

[22] Per una rassegna di opinioni v, FLÖTER B., KÖNIGS, M., *Verletzung des Rechts am grundstücksinternen Bild der eigenen Sache und Übertragbarkeit der dreifachen Schadensberechnung auf deliktische Schadensersatzansprüche aus Eigentumsverletzung*, ZUM, 2012, 383. In Italia, si contesta, "*la stessa razionalità economica di un siffatto modello di disciplina (…), giacché l'immagine – a differenza della "cosa" effigiata – costituisce un bene tipicamente non rivale nel consumo. Di conseguenza, creare "a monte" una privativa "temporalmente illimitata", anche in assenza di un'attività creativa da incentivare paragonabile a quella sottesa al diritto d'autore, 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 mercato. Qui, infatti, il bene oggetto di esclusiva (l'immagine) non deve essere "creato", ma rappresenta, per così dire, un necessario "sottoprodotto" del bene materiale* ". Cfr. RESTA G., *L'immagine dei beni*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Utet, Torino, 2010, 577.

[23] Si vedano altresì BGH, 24 gennaio 2002, Verhüllter Reichstag, GRUR, 2002, 605, concernente il Reichstag "impacchettato" da Christo e BGH, 5 giugno 2003, Hundertwasser-Haus, GRUR, 2003, 1035.

[24] Cass., 10 marzo 1999, Bull. Civ., I, 87, 58.

conoscere che il diritto del proprietario del bene si estenda fino al potere di vietarne la riproduzione fotografica e il successivo sfruttamento economico. Lo ha affermato la Corte di Cassazione, pur con una decisione criticabile sotto il profilo argomentativo [25], con riferimento all'immagine della barca a vela Riviera di Rimini, nota ad una vasta cerchia di appassionati, ma assolutamente non famosa presso il grande pubblico, riprodotta, insieme al suo equipaggio, nell'ambito di un calendario [26].

Più combattuta appare la dottrina, divisa tra chi ammette senz'altro che "*la proprietà di un bene, oltre che sul bene stesso nella sua integrità corporea, si estenda anche alla sua immagine*" [27] e chi, al contrario, la esclude in assenza del fondamentale requisito della realità [28].

---

[25] Cfr. MAYR C.E., *I diritti del proprietario sull'immagine della cosa* (nota a Cass. civ., 11 agosto 2009, n. 18218), Quaderni di AIDA, 2010, 597, il quale osserva che date le peculiarità del caso, la decisione della S.C. sarebbe in ogni caso "*del tutto ininfluente ai fini della concessione di una tutela di carattere generale anche all'immagine dei beni*".

[26] Cass. civ., 11 agosto 2009, n. 18218, Danno e resp., 2010, 5, 471 ss., con note di RESTA G., *L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria* e di PASTORE M., *Prove (a)tecniche di tutela esclusiva dell'immagine dei beni*; in Quaderni di AIDA, 2010, 597 ss., con nota di MAYR, C.E., cit.; in Dir. maritt. 2011, 2, 443 con nota di SPINELLI A., *I diritti della personalità dell'imbarcazione famosa? La parola alla Corte*, Riv. dir. ind., 2010, 2, II, 147, con nota di ROMANATO N., *Sullo sfruttamento dell'"immagine" di un bene nella disponibilità di una persona giuridica*; in Resp. civ., 2011, 836, GARACI I., *La tutela dell'immagine dei beni*. L'illiceità venne ravvisata nell'alterazione della fotografia dell'imbarcazione, nella cui vela era stato apposto il marchio delle resistenti, senza il consenso degli aventi diritto. A ben vedere, non si trattava dunque del semplice uso della foto di cosa altrui, ma dell'usurpazione di quest'ultima. La Corte dichiara apertamente la sussistenza di un diritto sull'immagine dell'imbarcazione e di un diritto al nome, ma sembra porre l'accento della propria decisione sul secondo. Punto fondamentale della motivazione è il riconoscimento che "*il nome dell'imbarcazione è segno distintivo della stessa, che può essere rivendicato e protetto da indebiti utilizzi*", "*potendosi rivendicare la tutela del nome della propria imbarcazione, in particolare laddove la stessa non sia solo usata per proprio diletto e personale diporto, ma sia invece, utilizzata come nella specie, a fini agonistici e come elemento di richiamo all'interno di pubblicitarie o di sponsorizzazione*". Si precisa, invece, che la sola immagine dell'imbarcazione può essere protetta da parte di colui che la utilizzi ma solo "*in certe condizioni*" e comunque mai qualora sia inserita in un contesto pubblico quali sono le riprese di una regata. La decisione lascia dunque dubitare che si sia inteso attribuire generale tutela all'immagine in sé e pare dover più correttamente collocarsi nell'ambito della tutela dei segni distintivi aziendali, piuttosto che del diritto di immagine in sé e per sé.

In senso conforme, Trib. Roma, 27 maggio 1987, inedita, citata da RESTA G., *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, Dir. inf., 2004, 21-48, la quale aveva affermato in un significativo *obiter dictum* 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*", contraddicendo sul punto la precedente pronuncia di Pret. Roma, 23 giugno 1980, Dir. aut., 1980, 4, 471 ss. Avevano invece negato la possibilità di riconoscere un diritto *erga omnes* del proprietario sull'immagine delle cose di sua proprietà Trib. Napoli, 25 luglio 1958, Dir. aut., 1959, 3, 408 ss., con riferimento alla riproduzione delle parti esterne di un fabbricato; nonché Cass. civ., 15 febbraio 1968, n. 542, Dir. aut., 1971, n. 2, 270 ss., con riferimento alla riproduzione fotografica di un apparecchio brevettato.

[27] Così FUSI M., *Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità*, Riv. dir. ind., 2006, 3, 98 s., per il quale "*non si vede su quali basi si potrebbe anche solo dubitare che il diritto di proprietà su una cosa si estenda pure alla sua immagine, evidente essendo che esso investe la cosa nella totalità e con riguardo a tutti i suoi aspetti, fra i quali il tratto esteriore gioca un ruolo certamente non secondario non fosse altro perché essenziale ai fini dell'individuabilità della cosa stessa nel mondo esterno*". L'A. riconosce tuttavia "*come l'oggetto della proprietà non vada confuso con il contenuto del diritto e come l'esclusiva*

Una seconda tesi, viceversa, riconduce il potere di controllo sulla circolazione dell'immagine alla mera disponibilità materiale del bene [29]. Ciò significa escludere che lo sfruttamento dell'immagine rappresenti una specifica facoltà iscritta nel diritto di proprietà e ritenere, invece, che la fonte del potere di controllo risieda piuttosto nel diritto reale sul bene corporale in sé e per sé, che autorizza naturalmente a.

– precluderlo alla vista, proibendo l'accesso al luogo dove si trova;

– oppure a consentirlo, subordinandolo al rispetto di determinate condizioni ed obblighi di condotta, tra cui anche il divieto di captazione e/o riproduzione delle immagini.

L'eventuale violazione di un siffatto divieto integrerà, ovviamente, gli estremi di un illecito civile [30]. Viceversa, laddove non vi fosse possibilità di intervenire fisicamente per restringere l'accesso al bene, in assenza di altri diritti esercitabili, il proprietario resterebbe privo di rimedi e non potrebbe di fatto impedirne la riproduzione. In questa direzione, il Tribunale di Napoli ha stabilito che le parti esterne di un fabbricato possono essere liberamente riprodotte da chiunque, in quanto nessuna norma vieta di fotografarle o riprenderle cinematograficamente [31].

---

sull'immagine della cosa, se è sicuramente da riconoscersi al dominus in linea di principio, non sia però sempre azionabile in concreto, o in ragione della natura del bene o con riguardo alla disposizione fattane dal proprietario".

In senso conforme anche SPEDICATO G., *Digitalizzazione di opere librarie*, cit., che conferma che "*il diritto di proprietà del titolare del volume, a fronte della sua ampiezza, possa conferire al proprietario il potere di impedire lo sfruttamento non autorizzato della riproduzione del testo in formato digitale o la sua messa a disposizione del pubblico (interferendo le suddette attività in modo significativo con le chances di trarre profitto dall'autorizzazione all'uso del bene concessa a titolo oneroso), laddove invece, la mera digitalizzazione che avvenga per finalità conservative o per l'uso esclusivamente privato del soggetto che vi proceda sembra, per un verso, potersi ritenere implicitamente autorizzata con l'atto (unilaterale o contrattuale) che concede l'accesso al bene e, per altro verso, non incidere in misura apprezzabile con il potere di godimento esclusivo del titolare che tale accesso abbia appunto autorizzato*".

C.E. MAYR, *I diritti del proprietario sull'immagine della cosa*, cit., 603, pur ritenendo "*fondata l'attribuzione al proprietario di ogni diritto anche sulla semplice immagine della cosa*", intende limitarla all'ipotesi di beni infungibili e determinati; in ogni caso, non quando si ponga in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero e con il diritto all'informazione, "*rimanendo azionabile solo in presenza di un suo sfruttamento a fini di lucro*".

[28] In questo senso cfr. specialmente RESTA G., *L'immagine dei beni*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi*, cit., 563, per il quale al contrario la "*lettera della legge sembra (…) circoscrivere la facoltà di godimento e disposizione comprese nel diritto di proprietà alle cose che formano oggetto del diritto, senza contemplare le relative proiezioni incorporali*". Si veda anche, ID., *L'immagine dei beni in Cassazione*, cit., 484, che ammette tuttavia che "*l'atto unilaterale o il contratto con il quale si concede l'accesso al fondo (si pensi ad un museo o ad una casa privata contenente opere d'arte cadute nel pubblico dominio) possono essere corredati da una clausola espressa o tacita di non divulgazione, di tal che l'eventuale atto di riproduzione in violazione dell'accordo risulterebbe fonte di responsabilità civile*".

[29] DREIER T., *Germany: Creating New Property Rights on the Basis of General Legal Concepts – Without Limits?*, JIPITEC, 2011, 2, 152.

[30] Si vedano Pret. Roma, 23 giugno 1980, Dir. aut., 1980, 470; Pret. Milano, 4 ottobre 1982, Dir. aut., 1983, 41, con nota di FABIANI M., *Proprietà dell'opera d'arte figurativa e diritti di utilizzazione economica*; Pret. Roma, 3 luglio 1987, Dir. aut., 1989, 468.

[31] Trib. Napoli, 25 luglio 1958, Giust. civ., 1959, I, 389. L'azione era stata promossa dal comproprietario del palazzo.

A sostegno di tale tesi, si è rilevato che la disciplina di diritto d'autore, in quanto *lex specialis*, si sostituisce e deroga *in toto* al diritto di proprietà e quindi ostacola il riconoscimento al proprietario di un diritto sull'immagine del bene *tout court*. In sostanza dunque, il diritto all'immagine sarebbe ricompreso nelle facoltà tipiche del titolare di diritto d'autore e non tra i poteri riconosciuti dalla legge al proprietario. A voler ritenere diversamente, non potremmo in alcun modo spiegare la *ratio* della tutela apprestata dalla proprietà intellettuale. Il diritto di disposizione del proprietario sul *corpus mechanicum* altro non sarebbe che espressione del diritto originariamente sorto in capo all'autore [32].

Tale soluzione trova consenso in un arresto della Corte di Cassazione che, con riferimento all'illecita riproduzione delle catacombe presenti nella città di Roma, ha affermato che "*la potestà di regolare l'accesso per le visite, di richiedere corrispettivi per esse, di ritrarre in foto od altro supporto i luoghi stessi e di esigere per il rilascio di copie un corrispettivo*" deve ritenersi implicita nei "*diritti ex lege n. 633 del 1941 sul catalogo fotografico tanto delle reliquie quanto dei luoghi*" [33].

La sintesi dei suddetti orientamenti offre un quadro di sostanziale incertezza in cui chi voglia riprodurre una fotografia contenente l'immagine di un edificio o di un'opera d'arte oltre a preoccuparsi dei diritti d'autore sulla fotografia, deve preoccuparsi anche dei diritti d'autore e di proprietà sull'opera dell'ingegno ritratta.

2. *Il diritto di immagine del soggetto ritratto*

Anche senza invocare il diritto di proprietà, l'accessibilità dell'opera può essere condizionata anche dal diritto di immagine sul soggetto (e talvolta anche sull'oggetto) dell'opera dell'ingegno che si intende riprodurre [34].

Una delle sovrapposizioni più frequenti è senz'altro quella tra i diritti del fotografo e i diritti del soggetto ritratto [35] (ma la questione si pone in termini analoghi ad esempio avendo riguardo ai diritti del produttore cinematografico sui fotogrammi che compongono la pellicola).

Mentre abbiamo già analizzato la portata dei diritti spettanti al fotografo (cfr. nel cap. precedente, il par. 5.3.) occorre qui rammentare che l'esercizio di tali diritti non è il solo a condizionare la caduta in pubblico dominio delle opere, la quale dipende altresì dai possibili diritti ulteriori che investono A) l'oggetto o B) il soggetto della fotografia [36].

---

[32] MAYR C.E., cit.

[33] Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2012, n. 4213, cit.; BGH, 17 dicembre 2010, cit.

[34] Sul conflitto tra diritti d'autore e diritti di proprietà su un'opera ad esemplare unico cfr. ROMANO R., *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001.

[35] FINOCCHIARO G., *La valorizzazione delle opere d'arte on-line e in particolare la diffusione on-line di fotografie di opere d'arte. Profili giuridici*, Aedon, 2/2009.

[36] Trib. Roma, 28 marzo 2003, AIDA, 2004, 975/1, secondo cui qualora la fotografia rappresenti il ritratto di una persona, il diritto del fotografo di esporre, riprodurre o cedere a terzi i relativi diritti dipende dal consenso (anche implicito) del ritrattato ex art. 96 l.a., salvo che non sussistano i preminenti interessi pubblici contemplati dall'art. 97 l.a.

A) Ci occuperemo in prima battuta dei diritti sull'oggetto ritratto.

L'utilizzo di una fotografia che riproduca un'opera dell'architettura, della pittura o della scultura a sua volta coperta da diritto d'autore è subordinata al consenso dell'avente diritto su tale opera, a meno che non si rientri nella previsione di cui all'art. 65, co. 2, l.a., che consente la riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti "*utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità … ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo*" [37] (v. cap. 4, par. 3.4.1 e 3.6).

La corretta individuazione dell'avente diritto deve scontare l'eventuale sussistenza di rapporti di committenza. In teoria, è possibile che l'autore dell'opera ritratta conservi un diritto, ma per ravvisarlo in concreto occorre accertarne il fondamento genetico o derivativo, essendo parimenti possibile il contrario, ovvero che tutti i diritti patrimoniali siano stati ceduti sin dall'origine al committente o successivamente a terzi, secondo la natura dell'opera e dei rapporti negoziali inerenti. A tale riguardo occorre distinguere:

a) l'opera realizzata dagli autori per sé stessi e poi ceduta a terzi, in cui l'acquisto dei diritti da parte del terzo avviene a titolo derivativo e sottostà all'applicazione dell'art. 119 l.a. (secondo cui "*l'alienazione di uno o più diritti di utilizzazione non implica, salvo patto contrario, il trasferimento di altri diritti che non siano necessariamente dipendenti dal diritto trasferito*");

b) l'opera eseguita su commissione di terzi, in cui, non diversamente dal caso dell'opera dell'ingegno realizzata dal dipendente, si ha a che fare con un acquisto a titolo originario del committente e l'art. 119 l.a non rileva [38].

Nei due casi, il rapporto regola-eccezione in prospettiva della titolarità è invertito, sicché nella seconda, a differenza della prima spetta agli autori provare di essersi riservati in tutto o in parte i diritti di sfruttamento economico dell'opera ritratta [39].

La regolamentazione dell'onere della prova è tanto più rilevante ove la creazione intellettuale in oggetto non si presenti in singolo esemplare unico e irripetibile, destinato ad esaurirsi in una singola realizzazione (come nel caso di un'opera architettonica). Se l'opera è in tutto o in parte replicabile in multipli esemplari ha senso interrogarsi se il rapporto di committenza abbia ad oggetto la matrice o un certo nu-

---

[37] Per operare, l'eccezione richiede peraltro che si indichi "*salvo caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore, se riportato*". Cass. civ., sez. I, 2 settembre 2005, n. 17699, Giust. civ. Mass., 2005, 10, ritiene che ai diritti connessi "*non si applica l'art. 65 del titolo primo della legge n. 633 del 1941, dedicato alle libere utilizzazioni, giacché quella norma riguarda esclusivamente il diritto d'autore sulle opere protette*". La giurisprudenza è concorde nel ritenere la disposizione di stretta interpretazione. Cfr. Trib. Roma, 22 aprile 2008, n. 8481, Dir. autore, 2009, 1, 146, con nota di MULLER.

[38] App. Torino, n. 6404/2013.

[39] In questo senso, App. Firenze 7 luglio 2017, n. 1569 che ha rigettato le pretese risarcitorie di alcuni eredi degli architetti di Palazzo della Civiltà Italiana, fondate sulla presunta violazione dei diritti morali e patrimoniali d'autore da parte di una banca, che aveva impiegato l'immagine del monumento per pubblicizzare l'apertura di una nuova filiale. La Corte ha evidenziato che i diritti di sfruttamento economico dell'edificio non spettavano agli architetti, bensì, trattandosi di opera su commissione, all'ente pubblico committente.

mero di riproduzioni e, in generale, sul *quantum* devoluto ai committenti ed il *quantum* riservato agli autori in vista delle possibilità di utilizzo ulteriori.

Anche una volta scaduti i diritti d'autore sulle opere più risalenti, occorre ulteriormente fare i conti con la disciplina *ad hoc* a tutela dei beni culturali, che ne subordina la riproduzione all'autorizzazione da parte dell'ente competente che ha in consegna il bene (a riguardo si rinvia ai paragrafi successivi).

B) Veniamo ora ad occuparci dei diritti sul soggetto ritratto.

Se ad essere ritratta, direttamente o indirettamente, è una persona, rileva invece il diritto d'immagine di questa che ha per oggetto il "*complesso delle qualificazioni che individuano un soggetto*" [40], ovvero "*il segno distintivo essenziale, volto a rappresentare le sembianze, l'aspetto fisico del soggetto*", nonché "*l'espressione, il modo d'essere della personalità nel suo complesso*" [41].

Analogamente a quanto si è detto nel paragrafo precedente per i diritti di sfruttamento economico del *corpus mystichum*, anche i diritti di immagine del soggetto ritratto circolano indipendentemente dall'acquisto dell'esemplare fisico dell'opera. Ne consegue, ad esempio, che l'acquisto di una fotografia non è sufficiente per poterla sfruttare a fini commerciali, senza che sia stato acquisito anche il consenso della persona ritrattata [42].

L'art. 96 l.a. fissa la norma generale secondo cui *"il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa"*. L'art. 10 c.c. aggiunge che "*qualora l'immagine di una persona … sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa …, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni"*.

Pur non essendo specificamente indicato dalla Costituzione, il diritto in parola è ricondotto "*ai diritti fondamentali dell'uomo, in quanto esso protegge un aspetto di quella intimità (privacy) che è ormai reputata un valore primario della persona*" [43].

La giurisprudenza è rimasta per anni ancorata ad una nozione di immagine come mero "ritratto", ovvero "*che prende in considerazione esclusivamente la rappresentazione visiva delle sembianze fisiche della persona, ed attribuisce al soggetto, null'altro che il diritto alla non conoscenza altrui di quelle sembianze*" [44]. La normativa sopra citata consentiva, dunque, di opporsi solo ed esclusivamente all'esatta riproduzione della fisionomia e delle sembianze reali della persona. Nelle ipotesi in cui non rimanesse offeso il suo diritto all'onore, alla reputazione, al nome o (appunto) all'immagine, "*il legislatore non prevede espressamente una tutela dell'identità personale in sé*

---

[40] Pret. Roma, 15 novembre 1986, Dir. inf., 1987, 249.

[41] DOGLIOTTI, in RESCIGNO P. (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, cit., 117.

[42] Trib. Milano, ord. 8 giugno 1993, AIDA, 1993, 193/4.

[43] Pret. Napoli, 19 maggio 1989, Dir. inf., 1991, 522.

[44] Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, in Foro it., I, 1985, 2211; Resp. civ. e prev., 1985, 578; Dir. fam., 1985, 901; Dir. inf., 1985, 965, secondo cui "*ad avallare le predette concezioni estensive del concetto di immagine, si altererebbe in sede interpretativa il contenuto normativo dell'art. 10 oltre i limiti consentiti dallo strumento dell'interpretazione estensiva e persino di quella evolutiva, e si attribuirebbe alla norma una portata innovativa incompatibile con la sua struttura e ratio legislativa*".

e per sé, non appresta specificamente a favore del soggetto che si vede alterata o travisata la propria immagine esterna mezzi di reazione giuridica esercitabili" [45].

La lacuna è stata superata in via interpretativa dalla giurisprudenza.

In una prima fase, ad essere inibita è stata una qualsivoglia similare raffigurazione morfologica astrattamente capace di riprodurre i caratteri esteriori essenziali della persona, come avviene nel caso di un sosia [46] o di una c.d. "maschera scenica" (cioè la rappresentazione della persona attraverso l'interpretazione di un attore) [47].

Si tratta, a ben vedere, di una apertura non di poco conto. Essa consente infatti di configurare una violazione dell'immagine altrui in ipotesi di c.d. "deepfake", creati tramite una tecnica di generazione e manipolazione di immagini umane basata su algoritmi di intelligenza artificiale, e segnatamente attraverso reti generative avversarie (GAN), che utilizzano due reti neurali concorrenti per generare dati che possono essere quasi indistinguibili dai dati reali [48]. Sfortunatamente, tale tecnologia è stata sovente utilizzata per finalità illecite, come ad esempio per creare contenuti

---

[45] Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, cit.

[46] Pret. Roma, ord. 6 luglio 1987 (e poi Trib. Milano, 26 ottobre 1992, AIDA, 1993,160/3), ha equiparato l'impiego di una sosia dell'attrice Monica Vitti all'interno di inserti pubblicitari reclamizzanti i prodotti della ditta Doimo Salotti all'illecita riproduzione del ritratto altrui. A nulla rileva che, indugiando innanzi alla pagina pubblicitaria, il lettore possa mettere a fuoco le differenze somatiche tra la persona ritratta ed il personaggio noto, posto che l'effetto "richiamo", che deriva dall'utilizzazione di un personaggio noto in un'immagine pubblicitaria, già si é comunque manifestato. Successivamente, Trib. Milano, 21 gennaio 2015, AIDA, 2015, II.78/1; Riv. dir. ind., 2015, 3, 292, con nota di DEL RE C., *Tutela dell'immagine: nozione estensiva del Tribunale di Milano*, ha accolto la domanda promossa dai figli di Audrey Hepburn, in qualità di unici suoi eredi, avverso la Caleffi S.p.a. che aveva utilizzato a fini commerciali, senza il consenso dei ricorrenti, l'immagine di una sosia dell'attrice per la promozione di un concorso a premi. La modella che appare nella campagna pubblicitaria presentava dettagli (la posizione di spalle e l'abbigliamento) direttamente riconducibili a una scena del film "Colazione da Tiffany" dove l'attrice è ripresa mentre guarda la vetrina di una gioielleria ed è inquadrata di spalle.

[47] Ciò non soltanto quando la rappresentazione sia rigorosamente fedele o comunque si riferisca alla sua reale fisionomia, ma anche quando sussista la possibilità di un riferimento preciso, come nel caso di caricature, immagini dell'infanzia di un soggetto adulto, imitazioni e addirittura l'ipotesi immaginaria di un soggetto proiettato nel futuro, ovvero rappresentato tramite i caratteri somatici che avrebbe potuto assumere nella vecchiaia. Cfr. Trib. Torino, 31 gennaio 1992, in Impresa, 1992, 1771; Trib. Roma, 2 febbraio, Foro it., 1994, I, 1936; Pret. Roma, 7 novembre 1986, Giur. it., 1989, I, 2, 428; Pret. Firenze, 3 marzo 1986, Dir. inf., 1986, 915, che in riferimento alla rielaborazione cinematografica della vicenda del c.d. "mostro di Firenze" ha ritenuto che ledesse l'immagine dei famigliari delle vittime "*l'opera cinematografica rielaboratrice di fatti di cronaca ove, per la somiglianza degli attori, le vicende narrate, le scene riportate, sia possibile l'identificazione dei soggetti reali (…) in assenza, peraltro, di una finalità informativa sulla quale prevale la finalità lucrativa*".

[48] L'algoritmo acquisisce caratteristiche comuni, come forma, colori e stile, da immagini reali (la cosiddetta "immagine sorgente" o "attore sorgente") per conferire ad altre immagini le caratteristiche acquisite. Per un approfondimento a riguardo si veda THIES J., ZOLLHÖFER M., THEOBALT C., STAMMINGER M., NIEßNER M., *HeadOn: Real-time Reenactment of Human Portrait Videos*, ACM Trans. Graph., 2018, 37, 4, Art. 164; PEROT E. MOSTERT F., *Fake It Till You Make It: An Examination of the US and English Approaches to Persona Protection As Applied to Deepfakes on Social Media*, JIPLP, 2020, 15, 1. La mostra interattiva "AI and IP, a virtual experience" lanciata dal WIPO il 18 settembre 2020 offre un esempio della tecnologia AI utilizzata per creare *deepfake*.

pornografici mediante sostituzione agli attori reali di volti noti e pop star [49]. In Italia, come anche in Europa, non esiste una legislazione specifica che disciplini questo fenomeno, con la conseguenza che la capacità di adattamento del diritto già esistente a tutela dell'immagine personale pare senz'altro una nota positiva.

La giurisprudenza ha poi accolto una nozione ulteriormente estensiva di diritto all'immagine, capace di prescindere dalla rappresentazione fisiognomica, per investire "*il complesso delle qualificazioni che individualizzano un soggetto*" [50]. Ad essere oggetto di tutela del diritto di immagine è ora l'insieme di elementi, attributi, peculiarità, prerogative o caratteristiche, come la voce e il timbro vocale, la firma, l'immagine scenica, le fattezze, il look, l'abbigliamento, gli ornamenti, il trucco, gli accessori, i contesti che, per la loro capacità di contraddistinguere un certo soggetto, sono tali da evocarlo e richiamarlo alla memoria del consumatore medio [51]. Così, ad esempio, è stato ritenuto lesivo dell'immagine di Claudio Baglioni l'inserimento a fini promozionali di una sua registrazione nelle confezioni di un detersivo, perché idoneo a proporre un'immagine distorta del cantante, contrario ai prodotti chimici e al loro impatto dannoso sull'equilibrio ecologico [52].

In questa accezione, il concetto di immagine si presenta intimamente collegato [53] al più ampio diritto all'identità personale [54] che, senza essere regolato espressamente

---

[49] D'ANSELMO I., *WIPO's virtual exhibition on Artificial Intelligence and Intellectual Property Focus: the advent of deepfake technology and related legal issues*, 25 novembre 2020, www.talkingtech.clifford chance.

[50] Pret. Roma, 15 novembre 1986.

[51] Una tale impostazione era già stata sostenuta da Pretura di Roma, 18 aprile 1984 che aveva condannato l'utilizzo in manifesti e pagine pubblicitarie da parte di una società produttrice di apparecchi musicali delle immagini di un copricapo a zucchetto di lana a maglie grosse e di un paio di occhialetti a binocolo, elementi caratteristici e distintivi del cantante Lucio Dalla. Si veda anche Cass., 12 marzo 1997, n. 2223, che ha condannato la società Sperlari per aver messo in vendita dei cioccolatini contrassegnati da un marchio costituito da un disegno a forma di cuore con all'interno la scritta "Totò" ed alcuni elementi figurativi stilizzati riprendenti le sembianze dell'attore (naso storto, occhi a mandorla). Si vedano anche Trib. Roma, 12 maggio 1993; Pret. Roma, 6 luglio 1987; Pret. Roma, 24 dicembre 1981.

[52] Pret. Roma, 7 novembre 1986, Giur. it., 1989, I, 2, 428.

[53] Alcuni autori evidenziano però che i due diritti non sarebbero coincidenti. Mentre il diritto all'identità personale evocherebbe l'immagine sociale di un soggetto, il diritto all'immagine rifletterebbe le sembianze fisiche e riconoscibili della persona nella loro rappresentazione visiva. Cfr. TAMPIERI M., *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, Europa e dir. priv., 2019, 4, 1195; ZENO ZENCOVICH V., *Identità personale*, Dig. disc. priv., sez. civ., IX, Torino, 1993, 300, che mette in luce la natura statica dell'immagine "*connessa inevitabilmente ai tratti somatici del soggetto e quindi scarsamente determinabile da quest'ultimo, mentre l'identità personale, attenendo ad un complesso di attività materiali e intellettuali poste in essere da un individuo, è da lui dinamicamente delineata e adattata ai più svariati problemi e situazioni*". Concordemente, la giurisprudenza distingue la violazione del diritto all'immagine da quella del diritto all'identità personale. V. App. Milano, 21 maggio 2002, AIDA, 2002, 869/1, secondo cui la pubblicazione non autorizzata della fotografia di una persona è lesiva non solo del diritto all'immagine, ma anche del diritto all'identità personale, qualora possa indurre il pubblico a credere che il soggetto ritratto abbia aderito ai valori espressi nella medesima pubblicazione.

[54] TAMPIERI M., *L'identità personale*, cit., 1195, definisce l'identità personale come "*il documento esistenziale capace di racchiudere la storia di ogni individuo, l'essere della persona nell'ottica della sua proiezione sociale radicata nel contesto nel quale il soggetto sviluppa liberamente la propria personalità*".

nel nostro ordinamento, si serve appunto del diritto all'immagine, ma anche del diritto alla riservatezza, del diritto all'oblio (si veda cap. 3, par. 3.4.7), del diritto all'onore e alla reputazione, per garantire il diritto della persona ad una "*proiezione sociale*" [55] di sé il più possibile corretta, in relazione al suo attuale modo di essere, agire, pensare.

Le differenze tra i diversi diritti che contribuiscono a proteggere l'identità personale sono sovente sfumate. Il diritto alla riservatezza è un diritto a contenuto negativo, relativo al complesso di vicende personali che non rivestono per i terzi un interesse socialmente apprezzabile e che il soggetto ha diritto di sottrarre all'altrui conoscenza e di mantenere riservate [56]. La reputazione, invece, corrisponde alla considerazione, alla stima sociale riferita alle capacità e alle caratteristiche dell'interessato [57] e concerne il giudizio degli altri su una persona.

Il diritto all'identità personale si estrinseca per mezzo di essi e protegge "*il diritto di ciascuno a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contrastato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc. quale si era estrinsecato o appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale*" [58].

Il conflitto tra uso lecito dell'immagine altrui, funzionale alla piena espressione della libera manifestazione del pensiero, dell'arte e dei diritti di cronaca e di critica e i diritti a tutela dell'identità personale dovrebbe risolversi mediante un bilanciamento che premi il primo solo qualora lo sfruttamento dell'immagine sia effettuato con modalità tali da non pregiudicare i secondi.

Il diritto italiano offre un valido esempio di questo bilanciamento agli articoli 93 e ss. l.a.,

Gli artt. 93-95 l.a. si occupano dell'utilizzo della corrispondenza epistolare e richiedono il consenso dell'autore o dei suoi aventi causa ai fini della pubblicazione di corrispondenze epistolari, memorie familiari e personali, e altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, indipendentemente dalla circostanza che su di esse si estenda ancora la tutela autoriale o siano già di pubblico dominio [59].

---

[55] ZENO ZENCOVICH V., *Identità personale*, cit., 301, secondo cui l'identità personale "*è costituita dalla proiezione sociale della personalità del soggetto e dalla conoscenza che di essa ha la collettività*". Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, cit., afferma che essa "*integra un bene essenziale e fondamentale della persona, quello di vedersi rispettato dai terzi il suo modo di essere nella realtà sociale, ossia di vedersi garantita la libertà di svolgere integralmente la propria personalità individuale, sia nella comunità generale che nelle singole comunità particolari*". In senso analogo, Pret. Roma, 12 novembre 1982, Giust. civ., 1983, I, 1008.

[56] MURGO C., *Ricerca delle origini, diritto all'identità personale e tutela della riservatezza: un tentativo di armonizzazione*, Riv. crit. dir. priv., 2017, 255 s.

[57] DOGLIOTTI M., *Tutela dell'onore, identità personale e questioni di compatibilità*, Giust. civ., 1980, I, 965.

[58] Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, cit.; v. anche Pret. Roma, 10 febbraio 1988, Dir. inf., 1988, 860.

[59] Cfr. art. 93, l.a.: "*Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del*

L'uso dell'immagine è invece regolato dal successivo art. 97 l.a.

In via generale, l'immagine di una persona non può essere utilizzata senza il suo consenso, a meno che non si ricada in uno dei casi tassativi [60] previsti dalla norma, che limitano il diritto all'utilizzo economico esclusivo della stessa da parte dell'interessato (c.d. *right of publicity*) [61]. Tale disposizione prescrive che *"non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia* [62]*, da scopi scientifici, didattici o culturali, quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico"* e purché *"l'esposizione o messa in commercio* [non] *rechi pregiudizio all'onore, alla riputazione od anche al decoro nella persona ritrattata*".

Ad esempio, è stata ritenuta lecita e non pregiudizievole per l'onore e la reputazione del maestro Puccini la riproduzione della sua immagine su monete celebrative del centenario di Madame Butterfly, attuata dalla zecca di Stato a fini di rievocazione e celebrazione di eventi e personalità importanti, che rientra nell'ambito di compiti di valorizzazione e di sviluppo della cultura propri dello Stato ed è affidata da tempo immemore agli ambiti numismatici e filatelici [63]. Del pari, ha passato il vaglio di legittimità la pubblicazione di foto di una manifestazione musicale e di uno strumentista partecipante alla manifestazione, allegate al supporto fonografico in cui la stessa è stata incisa [64]. È stata altresì ammessa la pubblicazione dell'immagine di

---

pubblico senza il consenso dell'autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario. Dopo la morte dell'autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge e dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti diretti fino al quarto grado. Quando le persone indicate nel comma precedente siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l'autorità giudiziaria, sentito il pubblico ministero. È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto quando risulti da scritto".

[60] Trib. Roma, ord. 2 luglio 2010, AIDA, 2012, Rep. III.3.24.

[61] Tale diritto è stato definito come il "*diritto della persona celebre allo sfruttamento economico dei simboli significativi della propria notorietà in relazione al notevole richiamo per il pubblico dei consumatori che gli stessi presentano e al conseguente loro valore pubblicitario*" (Trib. Roma, 3 ottobre 2016). Il diritto nasce solamente nel momento in cui l'immagine si concretizza e si distacca dalla persona "*per oggettivarsi in un busto, in una pittura, in una scultura, in un disegno, in un mosaico, in una fotografia, diventando quindi un ritratto*". Cfr. DI NICOLA V., *L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale*, Contratto impresa, 2005, 463. Non esisterebbe dunque un diritto all'immagine in sé, bensì un più limitato diritto sulle riproduzioni dell'immagine. In questo senso, VERCELLONE P., *Il diritto sul proprio ritratto*, Utet, Torino, 1959, 7-11 e 34 e ID., *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, 1163, ritiene più corretto parlare di diritto sul ritratto, che di diritto all'immagine. Sulla nozione di *right of publicity*, coniata negli Stati Uniti, esiste letteratura smisurata. Tra i saggi in lingua italiana, v. per tutti TONI A.M., *Il right of publicity nell'esperienza nordamericana*, Contratto e impresa, 1996, 82 ss., secondo cui si tratta di un vero e proprio diritto soggettivo assoluto di natura non personale, tutelato come *property right* e assai vicino alle privative intellettuali (ivi, 83-84; 97 per la definizione del *right of publicity*).

[62] App. Bologna, 1 agosto 2006, AIDA, 2010, Rep. III.3.2.2, ha chiarito che la necessità di polizia di cui all'art. 97 co.1 l.a. non legittima la diffusione dell'immagine di un vigile urbano nelle sembianze di un vigile di cartone collocato sulle strade del comune nell'ambito di una campagna di prevenzione stradale.

[63] Trib. Milano, ord. 13 aprile 2005, AIDA, 2006, 1087/2.

[64] App. Bologna, 22 ottobre 2008, AIDA, 2009, 1304/8. Si v. anche Trib. Milano, ord. 8 giugno 1993, AIDA, 1995, 193/5, secondo cui la notorietà di una band non consente ad un produttore fono-

Claudia Schiffer realizzata da un grande maestro della pop art americana e pubblicata da un periodico nell'ambito di un articolo che presentava al lettore alcune opere e la personalità artistica del pittore [65].

La sussistenza di un interesse pubblico e l'assenza di pregiudizio all'onore ed alla reputazione non vanno necessariamente di pari passo, sicché è ben possibile che sussista l'uno, ma non l'altra. Così la Cassazione ha ritenuto che la pubblicazione dell'immagine altrui in collegamento ad un evento di rilevanza pubblica quale il gay pride non potesse considerarsi abusiva ex art. 97 co.1 l.a., ma non ha escluso la lesione dell'onore e del decoro della persona ex art. 97 co. 2 l.a., accogliendo la conseguente pretesa risarcitoria [66].

La notorietà di un personaggio "*non è di per sé sufficiente a rendere lecita la pubblicazione, … dovendo la divulgazione rispondere altresì a esigenze di pubblica informazione, sia pure intese in senso lato*" [67]. Queste sono ritenute sussistenti in presenza di uno "*scopo di far conoscere al pubblico le fattezze della persona in questione e di documentare visivamente le notizie che, relativamente ad essa, vengano diffuse*" [68]. Un siffatto interesse pubblico permette la compressione del diritto all'immagine "*in virtù del (ritenuto) superiore interesse pubblico all'informazione*" [69], ma solo in presenza di contestualità tra l'evento pubblico in cui è ritratta la persona e l'utilizzazione del relativo ritratto [70].

Al riguardo si è precisato – con riferimento al personaggio di Maradona, ritratto in aeroporto per la prima volta con la figlia neonata – che "*rende legittima la divulgazione senza consenso dell'altrui immagine la partecipazione del soggetto ritratto ad un avvenimento che (…) si distacchi dalla normalità quotidiana, soddisfacendo l'esigenza di una completa informazione giornalistica*" [71].

---

grafico di pubblicarne l'immagine, senza il suo consenso, sulla copertina di un CD per spingerne la vendita.

[65] Trib. Milano, 23 dicembre 1999, AIDA, 2001, 755/1.

[66] Cass. sez. III civ., 24 ottobre 2013, n. 24110, AIDA, 2014, Rep. III.3.2.4, benché la fotografia facesse riferimento ad un momento precedente alla manifestazione in sé, costituito dal radunarsi dei partecipanti ad una stazione ferroviaria allo scopo di prendere il treno destinato al luogo di svolgimento della stessa.

[67] Trib. Bologna, 27 novembre 1997, Dir. aut., 1999, 121, con nota di SOLARI F., BALLI R., *La tutela dell'immagine del personaggio noto: un'incognita a più variabili*; Cass. civ., 6 febbraio 1993, n. 1503, Giur. it., 1993, I, 1, 1423; in Riv. dir. ind., 1993, II, 119 ed in Dir. inf., 1993, 907; Pret. Roma, 6 maggio 1988, Foro it., 1989, I, 2019; Trib. Tortona, 24 novembre 2003, AIDA, 2004, 992/2.

[68] Cass., sez. I, 2 maggio 1991, n. 4785, Foro it. 1992, I, 831; Nuova giur. civ. comm., 1992, I, 44; Giust. civ., 1992, I, 2831; Dir. informatica 1991, 837; Resp. civ. e prev., 1991, 728; Giur. it., 1991, I, 1, 975 e 1346.

[69] Cfr. Cass., 11 maggio 2010, n. 11353, Riv. dir. ind., 2010, 6, II, 477, che ha cassato la sentenza che aveva escluso la necessità del consenso dell'interessato, ritenendo che non avesse fini di lucro, ma scopi "didattici o culturali", la pubblicazione dell'immagine di un ex allievo di una scuola di danza nella locandina promozionale di uno spettacolo a pagamento della stessa scuola; Cass., 13 aprile 2007, n. 8838, Riv. dir. ind., 2008, 2, 2, 133 e Giust. civ., 2008, 11, 2553; Cass., 16 febbraio 1993, n. 1503, Giust. civ., 1994, I, 229, con nota di CAPECCI F., *Ma non "gli è tutto da rifare"*; Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, cit.

[70] Trib. Milano, 2 dicembre 2005, AIDA, 2006, Rep. III.3.2.4.

[71] Trib. Napoli, 30 settembre 1989, in Nuova giur. civ. comm., 1990, I, 404; in Dir. aut., 1990, 382; e in Dir. inf., 1990, 520.

L'art. 97 l.a. è norma eccezionale ed è considerata di "*di stretta interpretazione*" [72], cosicché la nozione di "fatto svoltosi in pubblico" *"va intesa nel senso di fatto di un certo rilievo per l'informazione del pubblico"* [73]. Tale interesse è stato ritenuto assente in ipotesi di diffusione di immagini che ritraevano due persone in atteggiamento affettuoso e confidenziale, in quanto aventi ad oggetto "*fatti attinenti alla sfera intima della personalità, lontani da quelli per cui la persona aveva acquisito la notorietà*" [74].

Da questo punto di vista, la giurisprudenza introduce "*un principio di proporzionalità tra diffusione dell'immagine e condizioni di notorietà*" [75], in forza del quale "*non può ritenersi giustificata dalla notorietà del personaggio ritratto la pubblicazione della foto di una persona, qualora essa non sia correlata alle condizioni oggettive, di tempo e di luogo, della notorietà stessa*" [76]. In sostanza, si considera parte della notorietà o della funzione svolta dai personaggi pubblici esporsi ai riflettori dei media anche negli aspetti della propria vita privata, con il limite però che la sfera privata debba essere rispettata con riferimento alle informazioni che "*non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica*" [77].

Ben si comprende però che la delimitazione del concetto di "interesse pubblico all'informazione" si presenta come fonte di non poche incertezze sul piano applicativo, essendo suscettibile di interpretazioni diverse ed ampiamente discrezionali [78]. Solo per citare alcuni casi eclatanti, mentre è stata giustificata la pubblicazione di informazioni relative alla relazione omosessuale del ricorrente, in considerazione del rilievo che tale aspetto della sfera privata aveva sul suo ruolo e sulla sua vita pubblica del protagonista [79], sono stati censurati un articolo ed un servizio televisivo che riportavano dettagli intimi sulle abitudini sessuali di Lapo Elkann, dopo la vicenda che nell'ottobre 2005 lo aveva visto ricoverato a causa degli eccessi durante un festino privato [80].

---

[72] Cfr. Cass., 28 marzo 1990, n. 2527, Dir. inf. 1991, 125, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Scopo informativo ed intento di lucro nella disciplina della pubblicazione del ritratto*; Cass., 11 maggio 2010, n. 11353, cit.; App. Bologna, 1 agosto 2006, AIDA, 2010, Rep. III.3.2.4.

[73] Trib. Torino, 14 febbraio 1996, Dir. inf., 1996, 251, secondo cui "*non è di interesse pubblico sapere che i due ricorrenti uscivano in barca dal porto di Pescara in una domenica d'estate come probabilmente fanno molti abitanti di quella città*".

[74] Pret. Roma, 3 luglio 1987.

[75] Pret. Roma, 15 aprile 1988, Dir. inf., 1988, 458.

[76] Trib. Roma, 31 ottobre 1992, Dir. inf., 1993, 390.

[77] V. art. 6, co. 2, Cod. deont. relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica (art. 25 legge n. 675/1996).

[78] Per una panoramica giurisprudenziale si veda PIAZZA G., GOETZ D., *Il diritto all'immagine nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, Resp. civ. e prev., 1998, 2, 350.

[79] Garante per la protezione dei dati personali, provv. 2 ottobre 2008, doc-web 1559207.

[80] Garante per la protezione dei dati personali, provv. 12 gennaio 2006, doc-web 1213631, secondo cui "*si tratta di dettagli che si prestavano unicamente a sollecitare la curiosità del pubblico su aspetti intimi e privati, senza rispondere ad alcuna esigenza di giustificata informazione su una vicenda di interesse pubblico, e che non assumevano rilievo neanche per formulare un giudizio sulle attitudini dell'interessato in rapporto alle attività e responsabilità imprenditoriali che gli competono*".

Ha fatto notizia, inoltre, la saga legata alla principessa Carolina di Monaco: con due decisioni di tenore opposto, ma in fattispecie del tutto analoghe di divulgazione di fotografie che ritraevano momenti della sua vita privata con Ernest August Von Hannover, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha riconosciuto, con una prima sentenza, il diritto alla riservatezza dei coniugi, mentre lo ha negato, in due successivi arresti, sul presupposto, questa volta, che la malattia del principe Ranieri e la scelta di trascorrere lontano da lui le vacanze estive costituissero avvenimenti d'interesse generale, tali da giustificare la pubblicazione del materiale fotografico [81].

Particolarmente dibattuta, ma tendenzialmente ammessa, è la possibilità di trasmettere in televisione, senza il consenso degli interessati, le immagini dei procedimenti penali [82] (per i limiti dettati dalla normativa a tutela dei dati personali v. cap. 3, par. 3.4.7).

Sono escluse dalla finalità di pubblica informazione anche gli utilizzi per fini di lucro, ivi inclusi i fini pubblicitari [83]. La pubblicazione a fini di pubblicità commerciale del ritratto di una persona nota senza il suo consenso le sottrae in tutto o in

---

[81] Corte EDU, 24 giugno 2004, n. 59320, Von Hannover c. Germania, para. 65-66, 72-74 e 77, Dir. inf., 2004, 835 e in Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, 2007, 3, 833, da distinguere dalle successive sentenze 7 febbraio 2012, n. 40660, Von Hannover c. Germania (n° 2) e 19 settembre 2013, n. 8772, Von Hannover c. Germania (n° 3), tutte in MCGONAGLE T., CABRERA BLÁZQUEZ F.J., *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights*, IRIS Themes, Vol. III, Strasburgo, 2013. Critici sulla difformità di giudizio della Corte, RENUCCI J.F., *La CEDH et l'affaire "Von Hannover (n° 2)": un recul fort contestable du droit au respect de la vie privée*, Rec. Dalloz, 2012, 1040; CALLENDER SMITH R., *From von Hannover (1) to von Hannover (2) and Axel Springer AG: do competing ECHR proportionality factors ever add up to certainty?*, Queen Mary Journal of Intellectual Property, 2, 4, 2012, 389. In generale, critico sulla scarsa prevedibilità della giurisprudenza della Corte e le difficoltà nell'individuare una precisa linea di demarcazione tra vita pubblica e privata ZENO-ZENCOVICH V., *Art. 8*, in BARTOLE S., RAIMONDI G., CONFORTI B., *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 308. Per un commento sulle sentenze si veda anche MAROSSI M., *Il decalogo di Strasburgo su informazione e privacy: un passo verso una giurisprudenza uniforme?*, Dir. inf., 2012, 416; HELDRICH A., *Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*, NJW, 2004, 37, 2634; MCDONALD B., *Privacy, Princesses and Paparazzi*, N.Y.L. Sch. L. Rev., 2005, 50, 205; BARNES R.D., *The Caroline Verdict: Protecting individual privacy against media invasion as a matter of human rights*, Penn St. L. Rev., 2005, 110, 599.

[82] Trib. Roma, 5 luglio 1989, Dir. inf., 1990, 138, secondo cui la riproduzione dell'immagine è lecita "*qualora la trasmissione sia finalizzata ad assolvere funzioni non solo cronachistiche, ma anche culturali e sociali*"; Trib. Torino, 22 settembre 1988, Dir. inf., 1989, 484, con riferimenti giurisprudenziali, secondo cui "*la ripresa televisiva dell'udienza costituisce esercizio del diritto costituzionalmente tutelato di informazione e risponde ad un diritto della collettività di conoscere le modalità di amministrazione della giustizia penale, anche in processi relativi a fatti criminosi che non hanno acquisito notorietà*". *Contra* Trib. Torino, 20 settembre 1988, Dir. inf., 1985, 484, secondo cui "*l'esigenza di tutela dell'imputato è prevalente sull'esigenza della collettività a controllare l'amministrazione della giustizia*". Nello stesso senso anche App. Milano, 11 aprile 1985, in Gius, 1995, 3755.

[83] Cfr. Cass., 11 maggio 2010, n. 11353, cit.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8838, cit.; Cass., 16 febbraio 1993, n. 1503, cit.; Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, cit.; Trib. Roma, 22 dicembre 1994, Foro it., 1995, I, 2285 ed in Dir. inf., 1995, 641; Trib. Roma, 20 luglio 1991, AIDA, 1992, 57/1; Pret. Milano, ord. 24 gennaio 1992, AIDA, 1992, 85/1; Trib. Roma, 23 luglio 2003, AIDA, 2004, 983/1; Trib. Milano, ord. 6 febbraio 2006, AIDA, 2007, Rep. III.3.2.2, secondo cui le deroghe che in taluni casi consentano di prescindere dal consenso dell'interessato alla pubblicazione del suo ritratto non possono estendersi allo sfruttamento commerciale della sua immagine.

parte la possibilità dello sfruttamento remunerato dell'immagine, arrecandole un danno di natura indubbiamente patrimoniale, tenendo conto anche dell'annacquamento che ne deriva del valore commerciale dell'immagine ritrattata [84]. Ha fatto scuola, a riguardo, il caso di Sandro Mazzola, noto calciatore dell'Inter e della Nazionale, che ha citato in giudizio con successo un'azienda per aver, senza previo consenso, prodotto e messo in commercio "bambolotti" che lo raffiguravano [85].

Analogamente, non è stato ritenuto lecito l'uso di immagini (peraltro modificate) che ritraevano una nota attrice del passato, per la realizzazione di una collezione d'abbigliamento oggetto di successiva distribuzione commerciale. In tal caso, infatti, non era riscontrabile alcuna finalità informativa o divulgativa, tale da giustificare l'impiego delle immagini, al di là dell'evidente finalità commerciale [86].

La giurisprudenza ha comunque chiarito che non basta la finalità commerciale dell'utilizzazione per ritenere senz'altro dovuto il consenso allo sfruttamento dell'immagine altrui. "*Opinando diversamente, si perverrebbe alla inaccettabile conclusione, in quanto contraria allo spirito del legislatore, di una sostanziale compressione del diritto di informazione, che verrebbe riservato solo ad iniziative prive di scopo di lucro e, dunque, ad iniziative poste in essere da enti pubblici o da soggetti privati che intendano dare vita ad attività benefiche*" [87]. Occorre, invece, "*che vi sia uno sfruttamento della notorietà ai medesimi fini pubblicitari*". Tale sfruttamento ricorre in due diverse ipotesi:

a) quando "*il personaggio appaia suo malgrado come "testimonial" del prodotto reclamizzato*";

b) quando, "*anche prescindendo da questo ruolo, il pubblico, cui il messaggio pubblicitario è destinato, finisca per associare il personaggio al prodotto, di modo che il collegamento realizzato tra il primo ed il secondo induca a ritenere che, anche se non reclamizzi il prodotto, l'interessato ne condivida comunque la propaganda o la commercializzazione*", ovvero sia possibile desumere una approvazione o associazione promozionale anche involontaria del personaggio rispetto al prodotto*, in modo che questi influenzino l'apprezzamento del pubblico sull'oggetto della pubblicità*" [88].

Sulla base di questi principi, è stata ritenuta illecita la pubblicazione dell'imma-

---

[84] Cass. 16 aprile 1991 n. 4031, AIDA, 1992, 12/2.

[85] Cass. sez. I civ., 10 novembre 1979, n. 5790, Foro It., 1980, 103, 81-82 e 89-90.

[86] Cfr. Trib. Torino, 27 febbraio 2019, n. 940, Dir. aut., 2019, 1-2, 196, avente a oggetto la realizzazione della collezione di t-shirt "Let's Bubble", contenenti immagini dell'attrice Audrey Hepburn – rappresentata peraltro in modalità lesive del suo onore e decoro – nella quale è stato affermato che "*nel caso di specie, non ricorrono dunque le ipotesi previste nell'art. 97 della Legge n. 633 del 1941 sul diritto di autore, …, non essendo ravvisabile alcun interesse pubblico all'informazione né alcuna finalità di fornire alla collettività un'informazione su fatti di una qualche utilità sociale trattandosi della produzione e/o commercializzazione di magliette con il ritratto della sig.ra Audrey Hepburn in un contesto del tutto diverso da quello proprio delle opere cinematografiche e trovando ragione unicamente nello sfruttamento commerciale ed in finalità di lucro*".

[87] Trib. Roma, 3 ottobre 2016.

[88] Trib. Milano, 10 febbraio 1992, Dir. inf., 1992, 835, nel caso di un servizio giornalistico che avrebbe potuto ingenerare nel lettore la convinzione che una nota attrice facesse uso di un determinato profumo, citato nell'articolo stesso.

gine di due minori in fotografie specificatamente incentrate sull'atto di utilizzare uno scivolo gonfiabile, in occasione della sua inaugurazione. La presenza di cartelli di avviso dello svolgimento di un servizio fotografico con finalità promozionali non è stata ritenuta sostitutiva del consenso [89].

Specifica rilevanza è stata attribuita alle modalità di utilizzo e trattamento dell'immagine. Così, è stata ritenuta illecita la sovrapposizione di *banner* pubblicitari a filmati contenenti interviste al noto sportivo Gianni Rivera [90]. Al contrario, è stato escluso il collegamento associativo tra calciatore e azienda inserzionista allorché il logo aziendale si trovava solo a lato dei contenuti oggetto di contestazione [91].

In difetto di tale nesso, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che "*il solo inserimento non autorizzato dell'immagine di una persona nota nel contesto di un filmato destinato a pubblicizzare un prodotto non comporta che la diffusione dell'immagine si intenda fatta per la medesima finalità commerciale*". Così non è stato ritenuto illecito l'utilizzo nella comunicazione pubblicitaria di un brano del TG5 in cui la giornalista conduttrice riferiva della commercializzazione del nuovo prodotto dell'inserzionista. Dalle modalità di riproduzione della sequenza video, infatti, non era possibile desumere alcuna approvazione o associazione promozionale – anche involontaria – della giornalista rispetto al prodotto [92].

La circostanza che l'immagine utilizzata sia già stata pubblicata e sia liberamente accessibile dal web, non integra una causa di giustificazione della condotta [93].

I casi più complicati sono evidentemente quelli in cui ricorre una situazione di compresenza di finalità informative e culturali e di scopo di lucro. Coerentemente con l'orientamento maggiormente seguito in giurisprudenza e in dottrina, in tali casi "*occorre fare ricorso ad un giudizio di bilanciamento tra le due finalità (informativa e commerciale) e pervenire all'accertamento della liceità della divulgazione non autorizzata dell'immagine qualora vi sia prevalenza della finalità informative su quella commerciale*" [94]. In applicazione di tali principi, il Tribunale di Roma ha ritenuto la pre-

---

[89] Cass. civ., sez. III, 13 maggio 2020, n. 8880, Riv dir. ind., 2020, 4-05, II, 344.

[90] Cfr. Trib. Milano, 29 giugno 2015, n. 8010, AIDA, 2015, II.103/1, secondo cui "*l'associazione dell'immagine di personaggi celebri ai banner pubblicitari senza il loro consenso è in grado di produrre un indebito vantaggio economico a favore del soggetto che li utilizza e costituisce di conseguenza una lesione del diritto all'immagine stessa […] qui indubitabilmente si crea un'indebita ed univoca associazione tra la figura dell'attore e il messaggio della campagna pubblicitaria promessa dalla convenuta. L'utente medio può infatti ritenere che R. stesso scelga TIM come compagnia telefonica, promuova l'acquisto dei relativi servizi attraverso il concorso a premi*".

[91] Trib. Milano, 29 giugno 2015, n. 8010, cit.: "*Rileva il Collegio che la scheda pubblicitaria posta a lato del video non incide sul diritto d'immagine del Calciatore, in quanto la sua posizione –egualmente ad altre analoghe pubblicità abitualmente compresenti sullo schermo del canale multimediale di YouTube anche a vocazione pubblicitaria – non consente di collegare in modo privilegiato il nome dell'attore a TIM*".

[92] Cfr. Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2015, n. 24221, Dir. & Giust., 2015, 30, con nota di IEVOLELLA, *Spot per il rilevatore di autovelox, utilizzate immagini del 'Tg5': operazione regolare*.

[93] Cfr. ad esempio quanto stabilito da Trib. Milano, 19 dicembre 2005: "*Il fatto che l'immagine di una persona* [tratta da una trasmissione televisiva] *sia accessibile su siti web non ne autorizza uno sfruttamento a scopi commerciali, risultando tale disponibilità eventualmente sfruttabile da terzi nei limiti di un uso strettamente personale del materiale in tal modo acquisito*".

[94] Trib. Roma, 3 ottobre 2016, Riv. dir. ind., 2015, 3, 276, con nota di FLORIO F., *Il diritto*

valenza della finalità informativa rispetto a quella lucrativa nella rappresentazione dell'opera teatrale "Penso che un sogno così", con l'utilizzo del nome, dell'immagine, del marchio e dei fatti attinenti alla sfera personale di Domenico Modugno e della sua famiglia [95]. Analogamente, ha trovato giustificazione l'utilizzo del nome e dell'immagine di Ilona Staller all'interno dell'opera cinematografica dedicata a Moana Pozzi, poiché la narrativa della vita e dell'attività di quest'ultimo soggetto non poteva prescindere dal contesto, dalle situazioni e dalle persone via via frequentate [96].

Al contrario, "*la vendita di figurine ritraenti calciatori destinate ad essere raccolte in appositi album, in ragione della peculiare natura del supporto utilizzato, suscettibile di fruizione autonoma rispetto all'album stesso, evidenzia che l'attività di commercializzazione ha ad oggetto il ritratto sulle figurine e che lo scopo di lucro risulta prevalente rispetto a quello informativo o didattico-culturale*" [97]. Del pari, resta precluso l'uso del ritratto altrui sulla copertina di una rivista [98] o come «poster da conservare» allegato alla rivista stessa, e su tutti i relativi materiali pubblicitari [99].

Problemi analoghi possono porsi per l'utilizzo di fotogrammi di un film ritraenti l'immagine di un celebre attore, ove al diritto d'autore si sommerà la privativa sull'immagine personale che in quanto diritto personalissimo non tollera nemmeno le limitazioni temporali, già lasse, del diritto d'autore [100]. In tutti questi casi, in costanza di diritti d'autore, l'utilizzatore si vedrà costretto a richiedere una doppia licenza [101]. Né vale ad escludere la necessità di ottenere il consenso l'esistenza di un

---

all'immagine, la necessità del consenso e le sue eccezioni e ivi, 281, con nota di MAGGIORE M., ZOBOLI L., *Interesse pubblico ed eccezione culturale: le limitazioni al diritto all'immagine dei personaggi famosi*.

[95] Trib. Roma, 3 ottobre 2016, cit., secondo cui "*la contestata riproduzione delle immagini del maestro risulta, infatti, essere supportata da un interesse socialmente apprezzabile connesso alla notorietà, risolvendosi nell'interesse alla conoscenza della vita e dell'attività artistica di uno dei più celebri personaggi che hanno caratterizzato la scena musicale italiana nel secolo scorso […]*". Nella specie, il giudice ha ritenuto che la riproduzione delle immagini del Maestro e il ricorso agli altri simboli evocativi fossero "*strumentali rispetto all'oggetto dell'opera rappresentata, in quanto funzionali rispetto alla finalità divulgativa sottostante l'opera medesima e non esulanti dal percorso ideativo dell'autore*", e ha valorizzato l'ambito di operatività delle società resistenti, interessante il settore dell'ideazione, produzione e commercializzazione di spettacoli nel settore cinematografico, televisivo, discografico e teatrale, "*sintomatico della funzione informativa dei prodotti dalle stesse realizzati, destinati a soddisfare il bisogno della società di conoscere fatti e personaggi, e della prevalenza dell'interesse pubblico ad un'informazione completa e corretta, differenziando la situazione in esame, in cui le immagini fungono da elemento del prodotto informativo, dalle operazioni puramente commerciali*".

[96] Trib. Roma, ord. 4 febbraio 2010, AIDA, 2010, 1376/3.

[97] E ciò in quanto "*le scarne indicazioni fornite dall'album per ogni squadra e ogni giocatore fanno apparire troppo tenue, secondario e occasionale il nesso tra l'immagine e lo scopo culturale o il pubblico evento richiesto per l'integrazione della deroga della notorietà*". Cfr. Trib. Milano, 6 luglio 1994, Dir. inf., 1995, 355. *Contra* Trib. La Spezia, 30 giugno 1994.

[98] Trib. Milano, 22 marzo 1999, AIDA, 2000, 677/1.

[99] Trib. Milano, 25 giugno 1998, AIDA, 1998, 573/1.

[100] Trib. Roma, 22 dicembre 1994; Cass. civ., sez. I, 28 marzo 1990, n. 2527, cit., che ha ritenuto illecita la pubblicazione su una rivista per soli uomini di foto tratte da un film, nelle quali una nota attrice compariva nuda.

[101] La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che il consenso dell'interessato possa essere acquisito senza particolari vincoli di forma. Può quindi ritenersi prestato anche implicitamente, tacitamente o per fatti concludenti e, in alcune circostanze, può persino ritenersi presunto. Così Cass. civ., 10 giugno

previo contratto, con il quale l'attore si impegnava ad associare la propria immagine al prodotto della società inserzionista. Se il successivo sfruttamento del fotogramma resta del tutto avulso dal contesto in cui era originariamente inserito ed è connotato da "*un'autonoma rilevanza economica, priva di ogni nesso di strumentalità con lo sfruttamento"* [102] precedente, è richiesto un nuovo, specifico consenso [103]. La giurisprudenza è molto rigorosa nel ritenere che l'efficacia del consenso idoneo a far venir meno l'illiceità della divulgazione del ritratto, "*deve essere contenuta entro il rigoroso ambito della prestazione, nei limiti in cui il consenso stesso fu dato* (limite oggettivo della diffusione) *e con riguardo esclusivo al soggetto o ai soggetti nei cui confronti fu prestato* (limite soggettivo)" [104]. Tali limiti posti dall'effigiato alle modalità di diffusione della propria immagine vanno intesi in modo rigido e restrittivo e sono comunque sempre da porsi in stretta correlazione alle circostanze di tempo e di luogo, alle finalità ed ai modi per cui il permesso fu accordato a suo tempo.

Da questo punto di vista, la giurisprudenza riconosce una sorta di diritto all'oblio (v. cap. 3, par. 3.4.7) anche all'immagine. Infatti, l'utilizzazione di immagini "*ancorché in tempi lontani possa essere sembrata consona a se stessi, può, in seguito non trovare più rispondenza alle mutate esigenze e connotazioni della propria persona-*

1997 n. 515 ha ritenuto implicito il consenso ad esporre, riprodurre o cedere a terzi un ritratto di una persona, "*nel caso di persona nota nel settore cinematografico, che si sottopone ad un servizio eseguito gratuitamente da un'agenzia fotografica, e perciò destinato, presuntivamente, a realizzare il reciproco interesse alla diffusione*". Trib. Roma, 11 aprile 1975, Giur. merito, 1976, I, 115, ha ritenuto presunto il consenso "*nel caso in cui il soggetto si sia volontariamente collocato tra i personaggi "pubblici" dimostrando gradimento per la possibilità di essere ritratto*". Trib. Roma, ord. 2 novembre 1994, AIDA, 1995, 334/2, ha tuttavia avvertito che la valutazione della volontà della persona ritratta deve essere condotta con la necessaria prudenza. Ed il suo consenso può essere escluso quando, pur essendosi prestata alla realizzazione di una serie di fotografie da parte di un fotografo professionista, la persona ritratta si sia riservata di dare il suo consenso alla pubblicazione con accordi successivi, in un incontro ulteriore, mediante la firma di una «liberatoria, come di consueto».

[102] Cfr. App. Roma, 8 settembre 1986, confermata da Cass. civ., 28 marzo 1990, n. 2527, cit., secondo cui "*Il consenso prestato all'uso di foto di scena da parte del soggetto ritrattato (nella specie, Stefania Sandrelli) deve ritenersi limitato alle utilizzazioni aventi finalità promozionali e di pubblicizzazione dell'opera cinematografica ("La chiave"); pertanto, non può farsi risalire a tale consenso, e non può ritenersi lecita, la pubblicazione da parte di una rivista di alcune di dette foto allorquando tale operazione sia stata contraddistinta da un'autonoma rilevanza economica, priva di ogni nesso di strumentalità con lo sfruttamento dell'opera cinematografica*". In senso analogo, Trib. Roma, ord. 31 gennaio 2012, AIDA, 2014, 1607/1.

[103] Trib. Roma, 23 novembre 2007. In senso analogo, Trib. Milano, 2 dicembre 2005, AIDA, 2006, Rep. III.3.2.3; Pret. Milano, 19 dicembre 1989, che ha escluso che il consenso prestato dall'attrice per la diffusione dei lavori cinematografici possa ricomprendere anche la riproduzione e pubblicazione dei fotogrammi su riviste, essendo necessario il consenso dell'interessata per tale uso specifico della sua immagine. V. anche Cass. sez. V pen., 22 luglio 2008, n. 30664, AIDA, 2009, Rep. III.3.2.2, in un caso di riutilizzazione non autorizzata sulla prima pagina di un giornale della fotografia di una bambina ritratta in compagnia di un gatto, a corredo di un servizio sulla cd. "Pet Therapy" in ospedale.

[104] Trib. Roma, 7 ottobre 1988, Dir. inf., 1989, 173, che ha escluso che il consenso prestato da Enrica Bonaccorti agli inizi della carriera alla diffusione di sue fotografie in cui era ritratta nuda potesse ritenersi esteso alla divulgazione delle medesime a distanza di alcuni anni. Così, il consenso prestato da una donna alla società di cui era dipendente, alla pubblicazione della propria immagine su un pieghevole, non giustifica la successiva riproduzione della stessa, seppur in forma analoga, per la realizzazione di una pubblicità di una società diversa. Cfr. Trib. Torino, 14 marzo 1992, in Impresa, 1992, 1770; analogamente Trib. Roma, 22 dicembre 1994, Foro it., 1995, I, 2285.

lità" [105] e urtare con la nuova connotazione artistica e professionale che la persona ha inteso imprimere alla sua attività, nonché indurre erroneamente il pubblico a ritenere che le immagini riutilizzate siano frutto di una prestazione apposita ed attuale [106].

Non sempre l'autorizzazione del soggetto ritratto è sufficiente a risolvere il tema del diritto all'immagine. È possibile, infatti, che vengano in rilievo anche i diritti di soggetti terzi che abbiano acquistato i diritti sulle prestazioni del soggetto ritratto.

Paradigmatico è il caso dei calciatori. Il diritto alla riproduzione delle immagini dei calciatori in tenuta da gioco non è puramente e semplicemente riconducibile alla riproduzione e diffusione dell'immagine del calciatore in quanto persona. Viene piuttosto in rilievo l'immagine dello stesso in quanto atleta simbolo, risultante dalla immedesimazione con la società di appartenenza [107]. Il tema dei diritti di utilizzo dell'immagine dei calciatori professionisti [108] è recentemente passato agli onori della cronaca per la querelle tra Zlatan Ibrahimović, giocatore in forza all'Associazione Calcio Milan, ed EA Sports, produttrice del noto videogioco FIFA 21. Per mezzo di una serie di tweet, il calciatore svedese ha negato di aver mai concesso l'autorizzazione all'utilizzo della propria immagine e del proprio nome per la produzione del videogioco, contestando quindi l'utilizzo abusivo dei propri diritti di immagine, in quanto non legittimato da un previo consenso.

Nella prassi, tuttavia, il rapporto tra diritto di immagine e videogiochi calcistici è caratterizzato da accordi di natura collettiva. La gestione dei diritti di immagine dei singoli atleti è assunta dalla FIFpro, ossia il sindacato internazionale rappresentativo dei calciatori professionisti, il quale, a sua volta, acquisisce i diritti di immagine tramite i sindacati nazionali dei giocatori. Ciò significa che la gestione dei diritti è concretamente rimessa alle associazioni nazionali rappresentative dei calciatori affiliate alla FIFpro. In Italia, questo ruolo è assolto dall'Associazione Italiana Calciatori (Assocalciatori o AIC), che peraltro prevede, con l'iscrizione a quest'ultima, l'automatica concessione dei diritti d'immagine da parte dei calciatori [109].

Ai sensi dell'art. 6 dello Statuto AIC, l'associazione da parte dei calciatori è fa-

---

[105] Trib. Roma, 7 ottobre 1988, cit. Cfr. ZENO ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, 120, ove l'Autore parla di diritto alla contestualizzazione; RODOTÀ S., *Quattro paradigmi per l'identità*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., 305, afferma che l'identità è variabile, "*di tempo in tempo prospetta la necessità della 'reidentificazione', a essa si addice il dilemma identitario che accompagna la nave di Teseo. Mutati il fasciame e gli alberi, una volta arrivata in porto, la nave sarà ancora identica a quella che era salpata?*".

[106] Pret. Roma, 10 febbraio 1988, Dir. inf., 1988, 860.

[107] TAR Lazio, 8 gennaio 1998, AIDA, 1998, 554/2.

[108] In argomento, FACCI G., *Il diritto all'immagine dei calciatori*, Contratto e impresa, 2014, 4-5, 1093-1120.

[109] L'art. 26 Statuto AIC prevede infatti che "*L'iscrizione all'AIC comporta peraltro l'automatica concessione a quest'ultima dei diritti all'uso esclusivo del ritratto, del nome e dello pseudonimo degli associati in relazione all'attività professionale svolta dai medesimi ed alla realizzazione, commercializzazione e promozione di prodotti oggetto di raccolte o collezioni o comunque di prodotti che, per le loro caratteristiche, rendano necessaria l'utilizzazione dell'immagine, nome o pseudonimo di più calciatori e/o squadre. L'AIC potrà esercitare tali diritti direttamente, per il tramite di enti o società da essa costituiti o attraverso la concessione di licenze od autorizzazioni a terzi, anche a titolo oneroso*".

coltativa [110] ed è subordinata alla presentazione per iscritto di domanda di ammissione al Consiglio Direttivo (art. 7), che può essere sia individuale, sia collettiva. La domanda di ammissione "*deve comunque contenere l'espressa accettazione degli articoli che prevedono la concessione in esclusiva all'AIC, nei limiti e per le finalità ivi indicati, del diritto all'uso del ritratto, del nome e dello pseudonimo degli associati*".

Ne consegue che occorrerà verificare caso per caso la adesione del calciatore all'associazione di categoria. Siccome è prevista la facoltà di revoca dell'adesione [111], è ben possibile che alcuni calciatori, specialmente i più noti, intendano riservare a sé la gestione e monetizzazione dei propri diritti di immagine *uti singuli*.

A riguardo, l'articolo 1 della Convenzione stipulata tra le Leghe di serie A, B e C e l'AIC del 23 luglio 1981 e successive modifiche ribadisce che al calciatore è riconosciuta la possibilità di "*utilizzare in qualsiasi forma lecita e decorosa la propria immagine anche a scopo diretto o indiretto di lucro*", potendo quindi cederla a soggetti terzi a condizione, in quest'ultimo caso, che essa non sia "*associata a nomi, colori, maglie, simboli o contrassegni della Società di appartenenza o di altre Società di Lega Nazionale o di Lega Nazionale Serie C, e purché non in occasione di attività calcistica ufficiale*".

Qualora, invece, il calciatore venga ritratto nelle sembianze di giocatore del club, unitamente ad altri compagni o indossando la divisa sociale, troverà applicazione l'art. 8, a norma del quale "*i calciatori in forza ad una società la quale abbia stipulato con terzi accordi pubblicitari, promozionali o di sponsorizzazione saranno tenuti: b) a non opporsi all'effettuazione, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, di manifestazioni e/o iniziative pubblicitarie e promozionali dei detti terzi in abbinamento a gare, allenamenti od altre attività sociali cui i calciatori stessi partecipino;…e) ad intervenire, indossando la divisa sociale, alle manifestazioni promozionali o di pubbliche relazioni che la società concorderà con eventuali sponsor*" [112].Così il Tribunale di Roma ha ritenuto che un'impresa non potesse ritenersi autorizzata all'utilizzazione separata dell'immagine di Walter Zenga, sulla base del contratto di sponsorizzazione concluso con la Federazione giuoco calcio. Quest'ultimo, infatti, consentiva solo l'uso dell'immagine ufficiale collettiva delle squadre nazionali e non dei singoli componenti [113].

In definitiva, dunque, l'individuazione del soggetto legittimato a disporre dell'immagine può anche presentarsi significativamente ingarbugliata, potendo sovrap-

---

[110] "*Possono far parte dell'Associazione tutti i calciatori e le calciatrici italiani/e o stranieri/e che siano tesserati per società iscritte ai Campionati italiani del settore professionistico e non professionistico organizzati dalla FIGC.*

[111] Il recesso è "*esercitabile in ogni momento della stagione sportiva mediante comunicazione scritta al Consiglio Direttivo, con effetto al termine della stagione sportiva medesima*" (art. 10 Statuto AIC).

[112] Purché per un tempo non eccedente le 12 ore mensili, ripartite in non più di tre manifestazioni. A tale riguardo il successivo art. 9 sancisce che "*tutti i calciatori in forza ad una società la quale stipuli contratti che comportino situazioni come quelle contemplate all'art. 8, siano resi partecipi delle utilità economiche che la società abbia a ricavare dai contratti stessi, ad integrazione dei puri corrispettivi per le prestazioni sportive secondo le formule ed i parametri che società e calciatori andranno a concordare tra loro, fermo restando il diritto ad una percentuale minima secondo il seguente criterio:*[…]".

[113] Trib. Roma, 14 gennaio 1994, AIDA, 1995, Rep. III.3.2.1.

porsi ai diritti del soggetto ritratto, anche i diritti delle società o federazioni che si avvalgano della loro prestazione professionale o che abbiano acquistato i diritti di immagine a titolo derivativo in forza di contratti di sponsorizzazione [114].

Da ultimo, in alcuni casi, l'immagine di determinati soggetti, può assurgere ad emblema di popoli, nazioni o comunità locali, specialmente se strettamente collegata a tradizioni culturali, politiche o religiose. In siffatte circostanze, per quanto l'immagine di tali soggetti, in linea di diritto, potrebbe considerarsi in pubblico dominio, difettando soggetti legittimati a far valere i relativi diritti, occorre non sottovalutare le conseguenze sul piano reputazionale che potrebbero derivare dall'associazione, per finalità commerciali, del soggetto ritratto con l'impresa utilizzatrice. Un esempio aiuterà a chiarire meglio la fattispecie. L'Ufficio nazionale thailandese del buddismo ha minacciato azioni legali contro il marchio di streetwear Supreme, reo di aver apposto l'immagine del defunto monaco Luang Phor Koon, circondato da caratteri yant (una forma sacra di tatuaggi riservata ai monaci buddisti e ai santi bramini), sulla sua Blessings Ripstop Shirt [115]. In tali circostanze, più che di lesione del diritto all'immagine, viene a configurarsi una vera e propria forma di appropriazione culturale (v. par. 4.2).

2.1. *Il diritto di immagine della persona giuridica e l'uso commerciale del prodotto altrui*

Il diritto di immagine può essere invocato anche dalle persone giuridiche. In tale contesto, il diritto si pone specialmente come limite alla riproducibilità di prodotti aziendali che veicolino, per la loro notorietà e distintività sul mercato, l'immagine dell'azienda produttrice.

In quest'ambito, il diritto di immagine si confonde e viene sovente esercitato congiuntamente al diritto di marchio, che può sussistere sia sulla forma del prodotto, sia – più tradizionalmente – sul segno distintivo aziendale eventualmente apposto su di esso [116]. Analogamente, la tutela dell'immagine aziendale può giovarsi della

---

[114] Il contratto di sponsorizzazione comprende una serie di ipotesi nelle quali comunque il soggetto sponsorizzato si obbliga dietro corrispettivo a consentire ad altri l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome per promuovere un determinato marchio o un determinato prodotto (cfr. Cass. 11 ottobre 1997, n. 9880, AIDA, 1998, 510/1).

[115] *Thailand's National Office of Buddhism Calls Foul on Supreme for Using Photo of Late Monk*, thefashionlaw.com, 22 febbraio 2021.

[116] Con specifico riferimento all'uso del marchio altrui in opere letterarie, scientifiche e artistiche, quale ad esempio un'opera cinematografica, si segnala Trib. Milano, ord. 18 maggio 2016. La società FHP di R. Freudenberg S.a.s., che distribuisce in Italia i prodotti per la cura della casa a marchio "Vileda" ed è titolare del noto marchio "Mocio", ha lamentato l'impiego, massiccio e non autorizzato del termine "mocio" nel film "Joy". La Twentieth Century Fox si è difesa evidenziando che i. il marchio "mocio" si sarebbe ormai volgarizzato; ii. l'uso all'interno del film non avrebbe funzione distintiva di prodotti o servizi ed è quindi consentito. Il Tribunale di Milano, trattandosi di un procedimento cautelare, non ha accertato la validità del marchio. In via sommaria, ha però anticipato che il marchio non sembrerebbe essersi volgarizzato, in quanto, nella mente dei consumatori persiste l'associazione fra il termine "mocio" ed il marchio "Vileda". Ha però accolto la seconda argomentazione difensiva. Il Tribunale ha infatti ravvisato che il segno fosse impiegato nel film unicamente con funzione descrittiva, giacché "*non usato per presentare un prodotto delle resistenti sotto il marchio altrui, o per creare un colle-*

normativa a tutela della lealtà della concorrenza, che consente di opporsi nei confronti di:

a) un uso confusorio (art. 2598 n. 1 c.c.);
b) un uso parassitario, che possa recare indebito vantaggio, specialmente sotto forma di appropriazione dei pregi del prodotto altrui (art. 2598 n. 2 e 3 c.c.);
c) un uso denigratorio, pregiudizievole all'immagine del professionista, specialmente in presenza di un uso del prodotto altrui non consono alla sua immagine e posizionamento sul mercato (art. 2598 n. 2 c.c.).

Tutela analoga è infine apprestata anche dalla normativa autodisciplinare facente capo all'Istituto di autodisciplina pubblicitaria (IAP) e nella specie dell'art. 13 Codice di autodisciplina (c.a.) che impone di evitare "*qualsiasi sfruttamento del nome, del marchio, della notorietà e dell'immagine aziendale altrui, se inteso a trarre per sé un ingiustificato profitto*". L'art. 14 c.a., invece, detta un generale divieto di denigrazione "*delle attività, imprese o prodotti altrui, anche se non nominati*".

Sulla base di tali disposizioni, in linea di principio, "*l'associazione (in una foto propagandistica piuttosto che in un catalogo), di prodotti con marchio altrui accanto ai propri, è, per sua stessa natura, provvista di carattere e contenuto innegabilmente pubblicitari, tanto più manifesti quanto più sia dato di riscontrare l'elevata notorietà del marchio (altrui) usato, nonché la vicinanza, se non l'identità merceologica tra i prodotti commerciati. Esso si rivela inoltre tale da poter creare pericolo di confusione – rilevante, se non altro, sotto il profilo della concorrenza sleale (da appropriazione di pregi dei prodotti o dell'impresa altrui, ex art. 2598 n. 2 c.c.) – non già e non tanto circa la provenienza dei prodotti del catalogo, ma circa le qualità del venditore che li propaganda, ovvero, circa l'esistenza e la natura dei rapporti intercorrenti fra il venditore medesimo e il titolare dell'altro marchio*". Tuttavia, perché si concretizzi tale rischio di confusione è determinante che il prodotto altrui sia quantomeno visibile e riconoscibile all'occhio del consumatore medio. Ciò è stato escluso dalla Corte di Appello di Napoli in relazione al lancio di una campagna pubblicitaria di Salvatore Ferragamo, contenente immagini raffiguranti un modello di pantalone prodotto e venduto da YL Industrie s.r.l. "*in dimensioni talmente ridotte da non essere percepibile agli occhi del consumatore*". Il giudicante ha attribuito particolare rilievo alla valorizzazione del prodotto nell'economia del messaggio pubblicitario, e ha escluso ogni lesione del diritto altrui "*specie nel caso in cui … [il prodotto] occupa all'interno del messaggio pubblicitario un posto assolutamente irrilevante e marginale, dal momento che la pubblicità di cui è causa non è certo incentrata su di un anonimo paio di*

---

gamento con quest'ultimo. Esso viene invece utilizzato solo "come un segmento del linguaggio, come elemento della comunicazione". Per converso, Trib. Milano, 3 giugno 2020, n. 3109, ha riconosciuto l'indebita utilizzazione e appropriazione dei pregi storici e commerciali del marchio Ferrari da parte della casa di moda Philipp Plein, per aver quest'ultima utilizzato alcune autovetture a marchio Ferrari, previa apposizione di disegni e altre suggestioni grafiche recanti il segno distintivo PH. PL., in occasione della presentazione della propria collezione di abbigliamento Primavera/Estate 2018 a Milano. Oltre all'accoglimento della domanda di inibitoria, presidiata da penale e alla condanna alla pubblicazione del dispositivo, il Tribunale ha liquidato a titolo di risarcimento del danno per lucro cessante, *sub specie* di prezzo del consenso, in via equitativa, la somma di € 200.000,00 e a titolo di danno non patrimoniale una somma pari alla metà del danno patrimoniale sopra indicato.

pantaloni bianchi, scelti proprio perché "neutri", ma esclusivamente sugli accessori "Ferragamo" indossati dalla modella, nonché sul marchio "Salvatore Ferragamo" che, quello sì, appare in bella vista" [117].

Occorre dunque verificare se (i) il prodotto altrui sia effettivamente riconoscibile, (ii) se il prodotto, così come appare, sia riconducibile al relativo brand e (iii) la rilevanza accordata a tale prodotto nel contesto comunicazionale.

Anche il Giurì dell'Autodisciplina pubblicitaria si è a più riprese occupato del tema dell'uso dell'immagine del prodotto altrui in comunicazione commerciale. Il Giurì ha interpretato la disposizione di cui all'art. 13 c.a. co. 2 nel senso che "*l'elemento costitutivo della fattispecie non è la confondibilità, ma è lo sfruttamento delle valenze e potenzialità economiche, insite nella notorietà a prescindere dal rischio di associazione, inteso nel senso proprio e tecnico cioè di uno dei profili della confondibilità. La fattispecie dello sfruttamento viene in considerazione «se inteso a trarre per sé un ingiusto profitto*». In particolare, lo sfruttamento della notorietà si basa sulla immediata presenza nella memoria del pubblico e sull'immediata identificabilità del prodotto o segno distintivo altrui. Una volta catturata l'attenzione del consumatore, può seguire una seconda fase che porta al "*trasferimento […] delle valenze evocative e simboliche "portate" dal marchio, sul prodotto o servizio del terzo*".

Su queste basi, il Giurì ha accordato tutela alla Perfetti avverso un annuncio pubblicitario che rappresentava una mano nell'atto di stringere un tubo di caramelle Mentos, riconoscibile per forma, colore e lettere iniziali del marchio. La mano, grazie al movimento del pollice, faceva uscire dalla confezione semiaperta alcune "gomme" in miniatura, come fossero caramelle, mentre il *claim* recitava: "*mastichiamo gomme da 58 anni*" [118].

In un altro caso, riguardante la riproduzione di una borsa di Bottega Veneta nel contesto di uno spot di Veneta Cucine, il Giurì non ha ritenuto dimostrato che la borsa fosse identificabile. Il noto modello Cabat, non essendo mai sufficientemente isolato, assumeva il ruolo di "*mero elemento di costruzione (assieme ad altri) del processo narrativo*", senza creare alcun legame con l'immagine del prodotto dell'inserzionista [119].

---

[117] Trib. di Napoli n. 10060/2010, aveva affermato che "*a prescindere ben vero dai marchi rinomati, il marchio non è giuridicamente tutelato in tutte le possibili utilità che può offrire al titolare, ma unicamente contro quegli atti di usurpazione o di imitazione che comportino il pericolo che il pubblico dei consumatori, nella convinzione indotta dal segno imitato o usurpato, acquisti prodotti di diversa provenienza*". Il Tribunale ha escluso tale evenienza in quanto (i) "*il marchio "Yes London" non è stato adoperato dalla convenuta s.p.a. per contraddistinguere e pubblicizzare un modello di pantaloni di sua produzione: i pantaloni ritratti non sono identici a quelli prodotti dall'attrice "YL Industrie", i pantaloni ritratti (questo è il dato peculiare) sono, propriamente, quelli prodotti dall'attrice*"; (ii) la rinomanza del marchio "Salvatore Ferragamo" "*vale di per sé ad escludere la possibilità di associazione tra i due segni*"; (iii) "*il marchio "Yes London" nella rappresentazione fotografica "incriminata" non è per nulla ovvero, al più, lo è con estrema difficoltà, riconoscibile*". È stata, altresì, esclusa l'ipotesi di concorrenza sleale. Il Tribunale ha anche osservato che non si è trattato di un atto di denigrazione, avendo semmai il convenuto tratto vantaggio dall'essere associato ad un concorrente notoriamente prestigioso. La sentenza è stata appellata dall'attrice, ma le censure sono state rigettate anche in tale sede. Cfr. App. Napoli n. 3997/13.

[118] L'inserzionista, Meregalli Gomme, era società attiva nella vendita e riparazione di pneumatici per auto. Cfr. Giurì, n. 16/2012 – Perfetti Van Melle Italia s.r.l. c. Meregalli Gomme s.r.l.

[119] Giurì, n. 94/2013 – Bottega Veneta s.p.a. c. Veneta Cucine s.p.a. Lo spot era suddiviso in diverse sequenze: nella prima parte, la borsa Cabat era appesa al braccio di una donna. Poi viene ripresa in

3. *Beni culturali e pubblico dominio*

Come anticipato nei paragrafi precedenti, è piuttosto frequente il caso in cui l'oggetto ritratto corrisponda ad un bene del patrimonio artistico culturale: un monumento, un palazzo, una statua, un reperto archeologico o pezzo museale. Benché queste opere, in quanto sovente molto risalenti nel tempo, sfuggano regolarmente alla tutela di diritto d'autore, la loro riproducibilità può essere non di meno condizionata dall'applicazione della normativa di natura pubblicistica a tutela dei "beni culturali". Comprendere obblighi di comportamento e di astensione diretti ad attuare la prevenzione e salvaguardia dei beni culturali assume rilievo anche per la nostra analisi. Nella misura in cui la normativa di riferimento limita la libera fruibilità del bene culturale, essa si pone, al pari del diritto d'autore, quale norma regolatrice della circolazione del capitale intellettuale e dunque, in ultima analisi, contribuisce a definire i confini del pubblico dominio. L'importanza di tale corpo di norme è peraltro assolutamente crescente in una fase storica in cui la digitalizzazione e l'accessibilità online hanno risvegliato la capacità del patrimonio culturale di sostenere l'industria culturale e creativa e ispirare creatori e pensatori.

3.1. *Il diritto all'eredità culturale*

La locuzione "bene culturale" trova la sua origine nel diritto di fonte internazionale e segnatamente è stata mutuata dalle convenzioni UNESCO:

– per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, adottata all'Aja nel 1954 [120];

– per la salvaguardia del patrimonio mondiale culturale e ambientale, firmata a Parigi nel 1972 [121].

Sul piano internazionale, l'attenzione alla tutela del patrimonio culturale, quale immediato portato della più generale tutela dell'arte e della cultura (obiettivi fondanti dell'azione UNESCO), si è indirizzata in particolare verso l'adozione di due gruppi di norme.

a) Un primo gruppo comprende la protezione materiale di arte e cultura avverso i pregiudizi che possano colpirne l'integrità fisica.

---

primo piano sopra un tavolino dove la donna la colloca; infine la scena passa al protagonista, seduto in poltrona, con la borsa ancora visibile in primo piano. Lo spot contestato, ad avviso della ricorrente, era suscettibile di dare adito alla falsa opinione che vi fosse una qualche relazione d'affari tra le due aziende, o che esse facessero parte dello stesso gruppo di aziende, contribuendo a ciò l'assonanza tra i loro marchi. Ciò poteva determinare un trasferimento di notorietà da Bottega Veneta ai prodotti offerti da Veneta Cucine, raffigurati come esclusivi e raffinati, come la borsa Cabat.

[120] CASINI L., *Per una nuova legge di tutela. Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, Aedon, 2012/1-2, riferisce che l'espressione era stata adottata per la prima volta in un rapporto prodotto da George Berlia a seguito di una riunione UNESCO, tenuta a Parigi dal 17 al 21 ottobre 1949, e da allora variamente fatta propria da giuristi e esperti, fino ad assumere carattere universale grazie alla sua comparsa nella Convenzione.

[121] Ratificata e resa esecutiva con legge 6 aprile 1977, n. 184.

b) Vi è poi un secondo gruppo di norme volte alla conservazione e al mantenimento dei beni culturali, ivi compreso il ristabilimento dei legami tra di essi e l'ambito culturale e spaziale di originaria provenienza [122].

Tale secondo gruppo trae ispirazione dal riconoscimento del carattere universale del patrimonio culturale (di qui la nozione di "*patrimonio comune dell'umanità*" contenuta sia nella Convenzione dell'Aja del 1954, sia nella Convenzione UNESCO del 1972) e dunque dell'interesse alla sua conservazione in nome di una "appartenenza" comune, che trascende i limiti propri delle categorie di sovranità dei singoli Stati o di proprietà individuale, per riferirsi all'intera Comunità Internazionale ed al genere umano, a beneficio delle generazioni presenti e future [123].

Tale disciplina ha però carattere "eccezionale" [124] perché riferita a una determinata tipologia di siti e beni di eccezionale valore, che fanno parte delle liste del patrimonio universale (Patrimonio mondiale dell'Umanità e patrimonio mondiale in pericolo) [125] e perciò entrano in un sistema di tutela che comporta l'adozione di misure attuative da parte dello Stato firmatario e l'accesso a potenziali finanziamenti. Si tratta pertanto di un regime di tutela particolare, esterno rispetto a quello previsto nel diritto interno per i beni che accedono allo status di bene culturale [126].

Rispetto alle precedenti convenzioni, che si concentrano sulla necessità di conservare il patrimonio culturale e sul modo di proteggerlo, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società del 27 ottobre 2005 (Convenzione di Faro) [127] ha adottato un nuovo approccio, incentrato

---

[122] Si veda, tra le altre, l'art. 167 TFUE (*ex* art. 151 Trattato CE) che mira ad integrare l'azione degli Stati ai fini della "*conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea*".

[123] FRIGO M., *La protezione di arte, scienza, ricerca e cultura. (Una prospettiva internazionale)*, Quaderni di AIDA, 2005, 86, che evidenzia come il richiamo all'universalità sia tecnicamente inappropriato posto che diritti ed obblighi relativi alla loro protezione continuano a ricadere sugli Stati.

[124] CASINI L., *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2016, 85 ss.

[125] L'inclusione nelle liste opera attraverso un comitato intergovernativo, al quale spetta, anche avvalendosi di organi consultivi, la designazione di singoli beni come aventi valore universale eccezionale. Il comitato, pur non potendo adottare provvedimenti sanzionatori, può emanare raccomandazioni verso gli Stati firmatari affinché prendano o meno talune decisioni relative a beni inclusi nella lista. Le Operational Guidelines (https://whc.unesco.org/en/guidelines/, ultimo accesso 28 aprile 2021), sottoposte periodicamente a revisione, specificano i criteri sulla base dei quali avviene l'iscrizione nelle liste. Per alcuni esempi della varietà dei criteri che vengono presi in considerazione nell'inclusione di un bene nella lista v. SCOVAZZI T., *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale*, in CANNONE A. (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Cacucci, Bari, 2014, 1 ss.

[126] Così VITALE C., *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in CASINI L. (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2010, 176 ss.

[127] È entrata in vigore nell'ottobre 2011, al raggiungimento del decimo strumento di ratifica. Per maggiori informazioni sulla genesi e le finalità del trattato si veda l'*Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*, Faro, 27 ottobre 2005. In dottrina cfr. PINTON S., *The Faro Convention, the Legal European Environment and the Challenge of Commons in Cultural Heritage*, in PINTON S., ZAGATO L. (eds.), *Cultural Heritage. Scenarios 2015-2017*, Cà Foscari, Venezia, 2017, 317.

sull'utilizzo e la valorizzazione del patrimonio culturale [128].

La Convenzione riconosce per la prima volta che l'uomo vanta su tale patrimonio i) diritti e ii) responsabilità.

i) "*Il diritto all'eredità culturale è inerente al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*" (art. 1). La conservazione e l'utilizzo sostenibile del patrimonio culturale sono funzionali allo *"sviluppo umano e la qualità della vita"* (art. 2). I paesi ratificanti si impegnano a "*riconoscere l'interesse pubblico associato agli elementi dell'eredità culturale, in conformità con la loro importanza per la società*" e ad "*assicurare che, nel contesto dell'ordinamento giuridico specifico di ogni Parte, esistano le disposizioni legislative per esercitare il diritto all'eredità culturale; favorire un clima economico e sociale che sostenga la partecipazione alle attività inerenti l'eredità culturale; promuovere la protezione dell'eredità culturale, quale elemento centrale di obiettivi che si rafforzano reciprocamente: lo sviluppo sostenibile, la diversità culturale e la creatività contemporanea*" (art. 5). Il diritto al patrimonio culturale è presentato come "*diritto a trarre beneficio dall'eredità culturale e a contribuire al suo arricchimento*".

ii) Da questo diritto deriva una responsabilità di rispettare il patrimonio culturale degli altri e, di conseguenza, il patrimonio comune dell'Europa.

Una clausola, infine, autorizza una restrizione nell'esercizio del diritto quando queste siano "*necessarie in una società democratica, per la protezione dell'interesse pubblico e degli altrui diritti e libertà*" (art. 5 c).

La Convenzione non attribuisce diritti immediatamente azionabili, i quali possono essere creati soltanto attraverso l'azione legislativa degli Stati. Tuttavia, si è rilevato in dottrina come i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, a partire dalla protezione della Repubblica italiana e dalla fedeltà ad essa (artt. 1 e 54, co. 1, Cost.), renderebbero di immediata efficacia nel nostro ordinamento gli enunciati posti dalla Convenzione, sebbene non siano *self executing*. La Repubblica e la Nazione [129] devono infatti essere intese nella loro essenza come "*identità di quel po-*

---

[128] Tutela e valorizzazione dei beni culturali sono due funzioni amministrative distinte (la tutela è volta a impedire che il bene possa degradarsi o corrompersi nella sua struttura, mentre la valorizzazione è invece possibilità di fruizione del bene) e contrapposte, sino al punto di essere classificate come oggetto di rispettive competenze legislative dello Stato e delle Regioni (v. art. 117, co. 2, e 3, Cost.). La questione relativa alla ripartizione di competenze tra i livelli di governo in tema di tutela e valorizzazione è molto dibattuta. Cfr. BARBATI C., *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, Aedon, 2004/1; MONE D., *Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei*, Costituzionalismo.it, 2016, 3, 64 ss.; CAVALLO PERIN R., *Il diritto al bene culturale*, Dir. amm., 2016, 4, 495 e annessa bibliografia. Corte cost., 9 luglio 2015, n. 140, Giur. cost., 2015, 4, 1214 e 1246, con nota rispettivamente di MABELLINI S., *Un caso di "non prevalenza" della competenza statale che segna un ulteriore passo indietro per la potestà legislativa delle Regioni* e CARPENTIERI P., *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla "leale collaborazione" interistituzionale*, ha tuttavia affermato che "*l'ontologica e teleologica contiguità delle suddette aree*" e "*l'impossibilità di comporre il concorso di competenze statali e regionali mediante l'applicazione del principio di prevalenza, in assenza di criteri contemplati in Costituzione e avendo riguardo alla natura unitaria delle esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, giustifica l'applicazione del principio di leale collaborazione, la cui espressione giuridica è l'intesa, che deve, in ogni caso, permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie*".

[129] CHABOD F., *L'idea di Nazione*, Laterza, Bari, 1967; DOGLIANI M., *Costituente ed identità nazio-*

polo che si è organizzato e costituito in sovranità invocando a tal fine la Nazione". Il diritto a godere del bene culturale, nella misura in cui si pone a sua volta come "*elemento essenziale d'identità e d'appartenenza dell'individuo alla Sovranità nazionale*" [130], trova anch'esso collocazione tra i principi fondamentali della Repubblica italiana [131].

L'Unione Europea ha fatto propri questi concetti, riconoscendo "*che il patrimonio culturale è una risorsa condivisa e un bene comune e che pertanto la protezione di tale patrimonio è una responsabilità comune*" [132], che necessita di politiche improntate ad "*approcci partecipativi*" e alla *governance* multilivello, che "*coinvolgano attivamente le comunità locali*" in tutte le fasi del processo decisionale [133].

3.2. *La nozione di "bene culturale" materiale e immateriale*

Sia gli strumenti normativi internazionali sia gli atti di indirizzo eurounitari recano definizioni di patrimonio culturale estremamente ampie, che abbraccio anche beni culturali immateriali.

La Convenzione di Faro, in particolare, reca la definizione più ampia fra quelle proposte dagli strumenti internazionali: "*un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione*". Tale nozione prescinde dalla natura e tipologia del bene ed evidenzia il carattere interattivo del patrimonio culturale, che viene definito e ridefinito dall'azione umana e non può essere percepito come statico o immutabile.

La Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale firmata a Parigi il 17 ottobre 2003 [134], senza contrapporsi ai trattati dettati per

---

nale, in MOLASCHI V., VIDETTA C. (a cura di), *Scritti in onore di E. Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, 1088 s.

[130] Nella formulazione dell'originario testo dell'art. 1, co. 1 c.b.c., il patrimonio culturale veniva considerato come "*elemento costitutivo e rappresentativo dell'identità nazionale*". Su tali riferimenti, LEONE G., TARASCO A.L., *Sub art. 1-2*, in ID. (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2006, 33 ss., 39.

[131] In questo senso, CAVALLO PERIN R., *Il diritto al bene culturale*, Dir. amm., 2016, 4, 495; CARCIONE M., *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, Aedon 2013/2, 53 ss.

[132] COMMISSIONE UE, *Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l'Europa*, Bruxelles, 22 luglio 2014 COM(2014) 477 final.

[133] CONSIGLIO UE, *Conclusioni del Consiglio sulla governance partecipativa del patrimonio culturale*, 2014/C 463/01.

[134] Per una analisi della Convenzione, si veda SCOVAZZI T., *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in SCOVAZZI T., UBERTAZZI B., ZAGATO L. (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 3-27; ZAGATO L., *La Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale intangibile*, in ID. (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti Unesco. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, Cedam, Padova, 2008, 27-70; BLAKE J., *Developing a New Standard-setting Instrument for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage. Elements for Consideration*, UNESCO ed., Parigi, 2002, 75; UBERTAZZI B., *Su alcuni aspetti problematici della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, Riv. dir. int., 2011, 3, 777-798; BLAKE J., *Commentary on the UNESCO 2003 Convention on the Safeguarding of the Intangible*

la tutela dei beni culturali materiali, ma integrandosi con questi [135], ha introdotto il concetto di "patrimonio culturale immateriale" [136]. Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, con tale nozione "*s'intendono le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale*" [137].

L'Unione Europea che a termini dell'art. 3, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea, "*vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo*" limitandosi a politiche di cooperazione e sostegno [138], definisce il patrimonio culturale come "*costituito dalle risorse ereditate dal passato, in tutte le forme e gli aspetti – materiali, immateriali e digitali (prodotti originariamente in formato digitale e digitalizzati), ivi inclusi i monumenti, i siti, i paesaggi, le competenze, le prassi, le conoscenze e le espressioni della creatività umana, nonché le collezioni conservate e gestite da organismi pubblici e privati quali musei, biblioteche e archivi*" [139]. Risultano dunque espressamente ricompresi anche i beni immateriali.

Cultural Heritage, Leicester, 2006; SOLA A., *Quelques réflexions à propos de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, in NAFZIGER J., SCOVAZZI T. (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité – The Cultural Heritage of Mankind*, Nijhoff, Leiden, 2008, 487 ss.; SRINIVAS B., *The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, *ibidem*, 529 ss.; SCOVAZZI T., *La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, in VUKAS B., ŠOŠIĆ T.M. (a cura di), *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Božidar Bakotić*, Leiden, 2010, 301 ss.

[135] Afferma infatti la convenzione che "*gli accordi, le raccomandazioni e le risoluzioni esistenti relative ai beni culturali e naturali necessitano di essere effettivamente arricchiti e completati per mezzo di nuove disposizioni relative al patrimonio culturale immateriale*".

[136] In argomento si veda SCOVAZZI T., *La definizione di patrimonio culturale intangibile*, in GOLINELLI G.M. (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore*, Cedam, Padova, 2012; SCOVAZZI T., UBERTAZZI B., ZAGATO L. (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile*, cit., 2012 e FRIGO M., *Cultural Property v. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law?*, International Review of the Red Cross, 2004, 367 ss., che sottolinea i problemi, non solo etimologici in ordine al corretto utilizzo e alla valenza delle due espressioni cui i testi normativi fanno talora indifferentemente riferimento.

[137] "*Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana. Ai fini della presente Convenzione, si terrà conto di tale patrimonio culturale immateriale unicamente nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile*".

[138] L'art. 167 TFUE recita: "*L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune*". Il TFUE riconosce inoltre la specificità di tale retaggio per preservare la diversità culturale e la necessità di garantire la sua tutela nell'ambito del mercato unico. Cfr. sul punto COMMISSIONE UE, *Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l'Europa*, cit. La cooperazione politica dell'UE ha ricevuto un impulso importante attraverso la comunicazione della COMMISSIONE UE, *Un'agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione*, Bruxelles, 10 maggio 2007, COM(2007) 242. Tra le varie iniziative, si segnala in particolare la Dichiarazione *Advancing Digitisation of cutural heritage* firmata a Bruxelles il 5 aprile 2019 in occasione del Digital Day 2019 che impegna gli Stati membri nella direzione della digitalizzazione 3D di manufatti, monumenti e siti culturali.

[139] CONSIGLIO UE, *Conclusioni relative al patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile*, 21 maggio 2014, 2014/C 183/08.

Nonostante ciò, il legislatore italiano è tradizionalmente rimasto ancorato ad una concezione materialistica di bene culturale, insensibile alla crescente importanza della loro dematerializzazione.

La dizione "bene culturale" è stata ufficialmente introdotta nel nostro ordinamento con la relazione elaborata dalla Commissione interparlamentare di indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio (meglio nota come Commissione Franceschini [140)], incaricata con legge 26 aprile 1964, n. 310, di indagare sulle condizioni del patrimonio storico e artistico del Paese.

La stessa è poi stata codificata nell'art. 2, co. 2, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 [141] "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (anche noto come "Codice Urbani" in nome del suo principale promotore, di qui anche solo "Codice" o "c.b.c."). Il Codice utilizza la nozione di "patrimonio culturale" come mera sintesi verbale delle definizioni di a) "beni culturali" e b) "beni paesaggistici" [142], che l'art. 2 unisce a comporre appunto il patrimonio culturale [143].

"*Sono beni culturali le cose immobili e mobili, che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*" [144].

---

[140] Merito storico della Franceschini è avere per la prima volta sostenuto la necessità d'una completa riforma dell'organizzazione della tutela del patrimonio culturale, disegnandone anche lo strumento attuativo. Gli *Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, I-III, Roma, Colombo, 1967, sono consultabili *on-line* http://www.icar.beniculturali.it/biblio/pdf/Studi/franceschini.pdf (ultimo accesso 28.4.2021).

[141] Alla cui redazione parteciparono importanti figure quali Sabino Cassese e Salvatore Settis. Il codice riordina e supera il d.lgs. 12 giugno 1999, n. 490, c.d. "Testo unico dei beni culturali". Sulla genesi del Codice: SETTIS S., *Paesaggio Costituzione Cemento*, Einaudi, Torino, 2010, 259 ss.

[142] Ai sensi dell'art. 2, co. 3, "*sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge*".

[143] In questo senso TAR Sardegna, sez. II, 2 maggio 2012, n. 421, in Foro amm., TAR, 2012, 5, 1811, secondo cui "*sia l'impostazione sistematica, sia la disciplina di dettaglio del d.lg. n. 42 del 22 gennaio 2004 … evidenziano l'esistenza di una chiara differenza giuridico-concettuale fra i "beni culturali" da una parte ed i "beni paesaggistici" dall'altra, pur facendo parte entrambe le categorie del genus comune del "patrimonio culturale"*". In dottrina, CHIRULLI P., *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, Dir. amm., 2019, 697. Contrari ad assegnare valore definitorio a fini giuridici alla nozione di patrimonio culturale, STELLA RICHTER P., *La nozione di patrimonio culturale*, Foro Amm.-C.d.S, 2004, 1280 e BARTOLINI A., *Beni culturali (diritto amministrativo)*, Enc. dir., Annali, VI, 2013, 96, secondo il quale l'espressione patrimonio culturale non sarebbe una categoria giuridica, in quanto indicherebbe solamente che beni culturali e paesaggio adempiono alla funzione di contribuire a tutelare e valorizzare la cultura identitaria (*melius* le culture) del nostro paese.

[144] L'elencazione è ripresa, sia pure con qualche rettifica, dall'abrogato art. 148 d.lgs. n. 112/1998. La definizione è a sua volta tratta dalla Dichiarazione I, della Relazione della Commissione Franceschini redatta nel 1967, cui va riconosciuto il merito di aver abbandonato una concezione estetica ed in qualche modo "elitaria" di bene culturale (coincidente con i requisiti del pregio, della rarità e della "*non comune bellezza*" richiesti alle cose d'arte dalla legge 1 giugno 1939, n. 1089, "Tutela delle cose d'interesse artistico o storico", voluta dall'allora ministro per l'Educazione nazionale Giuseppe Bottai e scritta da Santi Romano), introducendo invece un criterio di valutazione più propriamente storico-scientifico.

L'elencazione non può considerarsi tassativa, né esaustiva, se è vero che, con clausola aperta, vengono altresì considerati beni culturali "*le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*" [145], intese come "*testimonianze del divenire umano nella storia*" [146], come "*espressioni di identità culturale collettiva*" [147].

Dalla definizione citata si ricava però immediatamente come la materialità sia caratteristica fondamentale della nozione. Il bene culturale deve essere un bene materiale mobile o immobile, non essendo ricompresi nella definizione generale i beni culturali immateriali.

La dottrina, già da tempo, aveva suggerito la necessità di abbandonare questo concetto "chiuso e tipizzato" di bene culturale [148], aprendolo alle manifestazioni immateriali della cultura [149], in adesione sia alle istanze provenienti dal diritto internazionale [150] ed europeo, sia in conformità al dettato costituzionale, che all'art. 9 Cost. non distingue tra patrimonio materiale ed immateriale [151]. In questa visione evoluti-

---

Per una critica della legge n. 1089/1939, perché inadeguata alle esigenze del Paese, cfr. ZANARDI B., *La mancata tutela del patrimonio culturale in Italia*, Riv. trim. dir. pubbl., 2011, 2, 431.

Sulla nozione di bene culturale, per tutti, CONSOLI L., voce *Beni culturali*, Enc. giur. Treccani, Vol. V, Roma, 1988; AINIS M., FIORILLO M., *I beni culturali*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, t. II, Giuffrè, Milano, 2003, 1485 ss.; GIANNINI M.S., *I beni culturali*, Riv. trim. dir. pubbl., 1976, 3 ss.; CASSESE S., *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in CASSESE S., *L'Amministrazione dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1976, 152 ss.; con riferimento alla definizione di cui al d.lg. n. 112/1998, CHITI M.P., *La nuova nozione di beni culturali nel d.lgs. 112/1998: prime note esegetiche*, Aedon, 1998/1.

[145] Tale locuzione è stata critica da GIANNINI M.S., *I beni culturali*, cit., 6-9, secondo il quale il ricorso al canone pregiuridico della "testimonianza materiale avente valore di civiltà" delinea in realtà una nozione liminale, al confine cioè tra la normativa giuridica che la adotta e l'apporto di altre discipline, necessario per definirne i contenuti (a partire dal significato da attribuire ai termini cultura e civiltà).

[146] LEMME F., *Compendio di diritto dei beni culturali*, Cedam, Padova, 2013, 16.

[147] FANTINI S., *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in BARTOLINI A., BRUNELLI D., CAFORIO G. (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti di convegno svoltosi ad Assisi, 25-27 ottobre 2012), Jovene, Napoli, 2014, 129, 137.

[148] BARTOLINI A., *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, Dir. amm., 2019, 2, 223.

[149] CASSESE S., *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in S. CASSESE, *op. cit.*, 177 e 179, secondo cui "*la ricostruzione dei beni culturali è tutta svolta con l'occhio alle cose che siano beni culturali. Al fondo della concezione, c'è sempre una cosa oggetto di un diritto patrimoniale*" e tale preconcetto offusca quei beni culturali che "*consistono di elementi materiali o immateriali indifferenti per il diritto interprivato, di diritto di libertà, di mere attività*".

[150] Per una disamina dell'ampia attività internazionale svolta sul fronte della tutela del patrimonio culturale immateriale cfr. TARASCO A.L., *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre solo) italiana*, Foro amm. CDS, 2008, 7-8, 2261.

[151] Come segnalano RIMOLI F., *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in BATTELLI E., CORTESE B., GEMMA A., MASSARO A. (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma Tre Press, 2017, 105; POGGI A., *Verso una definizione aperta di bene culturale? (a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 94/2003)*, Aedon, 2003/1. *Contra* chi sostiene che una eccessiva dilatazione del concetto di bene culturale rischierebbe di svilirne il significato, confondendolo con i diversi concetti di attività culturale e di cultura. Cfr. SEVERINI G., *Immaterialità dei beni culturali?,* in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche – Atti Convegno Assisi (25-27 ottobre 2012)*, Aedon, 2014/1. Tale deriva è stata battezzata "benculturalismo". Cfr. CASINI L., *Ereditare il futuro*, cit., 11.

va, si è rilevato come bene culturale non sia solo la cosa d'arte, pregio estetico o artistico [152], ma anche il "valore immateriale" racchiuso nella stessa [153]. Si è constatato, in particolare che accanto a "beni culturali immateriali" *tout court*, come gli antichi saperi terapeutici o artigianali [154], le moderne tecniche di produzione e riproduzione di contenuti culturali generano oggetti immateriali che rappresentano un "prodotto culturale". Lo strumento informatico e multimediale è quello oggi utilizzato per garantire la conservazione non solo di beni nati nella rete o per la rete come beni digitali (beni artistici "virtuali", forme di "*Net Art*", ecc.), ma anche di prodotti artistici come una *performance* o un *happening*, i quali, se non venissero salvati con tecniche digitali, sarebbero altrimenti destinati all'oblio o, nella migliore delle ipotesi, a reinterpretazione.

Anche per i beni culturali tradizionali, le istituzioni possono usare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione come strumenti efficaci "*per rendere più intensa l'esperienza dei visitatori, sviluppare contenuti didattici, creare documentari, applicazioni turistiche e giochi*" [155] e convogliare, di conseguenza, l'interesse del pubblico verso gli oggetti originali che hanno in custodia. Un uso appropriato di tali mezzi incrementa l'interesse per la collezione originale e apre nuove prospettive per aggiungere valore (anche economico) al proprio patrimonio [156].

L'art. 148 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (c.d decreto decentramento) aveva superato il limite della materialità introdotto dalla Commissione Franceschini, definendo beni culturali "*quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà*", senza distinguere tra materialità ed immaterialità. L'art. 148 è stato, però, abrogato dal Codice dei beni culturali, che ha fatto propria l'impostazione fondata sulla materialità del bene, già richiamata.

Una volta ratificata la Convenzione UNESCO sul patrimonio intangibile, si è posto il problema dell'armonizzazione del Codice dei beni culturali alla disciplina internazionale. Anziché estendere il concetto di bene culturale anche al patrimonio intangibile, si è optato però per limitare l'ingresso nel sistema codicistico ai soli beni intangibili aventi un supporto materiale [157], chiamati "*espressioni di identità culturale*

---

[152] BARTOLINI A., *L'immaterialità di patrimoni culturali*, in BARTOLINI A., BRUNELLI D., CAFORIO G., *op. cit.*, 105. Per la concezione "materiale" del bene culturale si veda, invece, ALIBRANDI T., FERRI P.G., *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2001, 47.

[153] V. GIANNINI, *op. cit.*, 24.

[154] V. BARTOLINI, *op. cit.*, 115-117. Nella lista UNESCO, per quanto riguarda i beni immateriali italiani, spiccano il "Teatro delle marionette siciliane-Opera dei pupi", il "Canto a tenore dei pastori del centro della Barbagia", la "Dieta mediterranea".

[155] COMMISSIONE UE, *Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l'Europa*, cit.

[156] Il valore economico del patrimonio culturale è divenuto oggetto d'indagine della ricerca, che ha riconosciuto al settore un contributo economico significativo. V. SALZBURG RESEARCH FORSCHUNGSGESELLSCHAFT MBH, *Studio DigiCULT*, cit. 2002. Il sito internet del European Network on Culture (EENC) contiene una vasta raccolta di documenti che trattano dell'impatto sociale ed economico del patrimonio culturale, nella sua dimensione sia materiale che immateriale. Cfr. www.eenc.info/news/the-social-and-economic-value-of-cultural-heritage-literature-review (ultimo accesso 28 aprile 2021).

[157] Il timore era di annacquare il concetto di bene culturale estendendolo ai c.d. beni volatili, soprattutto le tradizioni popolari tramandate in via orale. Così SEVERINI G., *Immaterialità dei beni culturali?*, cit.

collettiva" [158], assoggettabili alle disposizioni del codice, qualora siano rappresentate da "*testimonianze materiali*". Soluzione accolta con diffuso scetticismo dalla dottrina, che ha sostenuto l'assenza di una disciplina unitaria dei beni culturali immateriali e dunque l'elusività del disposto normativo rispetto agli obblighi internazionalmente assunti [159].

Anche a seguito della recente ratifica da parte del Parlamento della Convenzione di Faro (avvenuta a ben quindici anni di distanza dalla sua adozione) [160], il termine "cultural heritage" è stato tradotto nella versione italiana come "eredità culturale", per evitare – ma non senza equivoco – confusioni o sovrapposizioni con la definizione di "patrimonio culturale", ben più ristretta, contenuta nell'all'art. 2 del Codice.

Lo spazio di tutela che il nostro ordinamento riserva al patrimonio culturale intangibile è dunque ristretto a quei beni immateriali che rientrano nell'ambito delle liste UNESCO del patrimonio mondiale. La legge 8 marzo 2017, n. 44, infatti, ha da ultimo modificato la legge 20 febbraio 2006, n. 77 contenente "*Misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella «lista del patrimonio mondiale», posti sotto la tutela dell'UNESCO*", inserendo nell'oggetto di tutela, accanto alla voce "*siti*", anche quella di "*elementi del patrimonio culturale immateriale*".

3.3. *Modalità di tutela dei beni culturali*

L'appartenenza alla categoria "bene culturale" può essere attribuita a) direttamente alla legge [161] o b) all'esito di un procedimento amministrativo di valutazione, lasciato alla discrezionalità tecnica dei funzionari esperti del settore [162], che si conclude con un atto di accertamento costitutivo [163]. In giurisprudenza, è consolidato l'orientamento secondo cui la potestà di dichiarare un determinato bene come culturale "*è espressione di una prerogativa esclusiva dell'amministrazione e può essere sindacat[a] in sede giurisdizionale solo in presenza di profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l'inattendibilità della valutazione*

---

[158] L'art. 7 *bis* c.b.c., rubricato "Espressioni di identità culturale collettiva", introdotto con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62, stabilisce che "*le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10*", in tal modo ribadendo la materialità del bene culturale.

[159] *Ex multis*, v. RIMOLI F., *op. cit.*, 105; MORBIDELLI G., *Il valore immateriale dei beni culturali*, Aedon, 2014/1; RAGONE D., art. 2, in FAMIGLIETTI G., PIGNATELLI N. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Neldiritto ed., Roma, 2015, 22; GUALDANI A., *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, Aedon, 2014/1; BROCCA M., *Cibo e cultura: nuove prospettive giuridiche*, Federalismi.it, 2017, 9. *Contra*, v. SEVERINI G., *Immaterialità dei beni culturali?*, cit.; CARPENTIERI P., *op. cit.*, 4 ss.

[160] L'Italia, già firmataria del Trattato il 27 febbraio 2013, lo ha ratificato solo il 23 settembre 2020.

[161] Sui beni culturali *ex lege* v. per tutti SCIULLO G., *Patrimonio e beni*, in BARBATI C., CAMMELLI M., CASINI L., PIPERATA G., SCIULLO G., *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017, 49 ss.

[162] BARTOLINI A., *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, cit., 223, evidenzia come si tratti di "*un giudizio marcatamente soggettivo, rimesso alla sensibilità culturale del tecnico*" e perciò stesso "*opinabile*".

[163] V. per tutti ALIBRANDI T., FERRI P.G., *op. cit.*, 307.

tecnica-discrezionale compiuta, da valutarsi nella sua portata complessiva" [164].

Lo status di bene culturale determina l'applicazione unitaria [165] del particolare regime giuridico dettato dal Codice, nell'ambito del quale spiccano importanti obblighi di protezione e conservazione, limiti e divieti di alienazione, di uscita temporanea o definitiva dal territorio nazionale (peraltro differenziati a seconda del tipo di bene culturale di cui trattasi), fino all'espropriazione per fini di pubblica utilità [166].

La qualificazione di un bene come bene culturale non altera la relazione di appartenenza formale, che può essere tanto pubblica [167], quanto privata. L'idea sottesa ai principi del Codice è che il bene culturale, anche quello appartenente ai privati, sia un bene comune [168] (*rectius* "oggettivamente pubblico"), ovvero soggetto ad un regime giuridico particolare, in ragione non della proprietà formale (che come detto può anche non essere pubblica), bensì della sua destinazione alla fruizione pubblica e alla conservazione.

Per spiegare la dicotomia tra appartenenza e funzione, può essere richiamata la distinzione tra bene patrimoniale e bene culturale introdotta da Giannini: "*come bene patrimoniale, la cosa, cioè il quadro, è oggetto di diritto di proprietà … come be-*

---

[164] Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3894, Riv. giur. edilizia, 2011, 5, 1257. In sostanza, deve integrarsi l'eccesso di potere da parte dell'amministrazione, difettando la sua decisione di logicità, ragionevolezza e proporzionalità. In senso analogo Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2020, n. 2061, Riv. giur. edilizia, 2020, 2, I, 575. Il Collegio precisa che "*non emerge alcuno spazio all'interno del quale, ai fini della dichiarazione del pregio culturale di un bene, affiorino anche gli interessi secondari del privato proprietario. Nella logica seguita dal legislatore, trattasi infatti di un procedimento volto all'accertamento (e si noti come il legislatore utilizzi proprio tale termine) di una qualità che il bene possiede e che non può certo venire meno in considerazione di eventuali interessi secondari riconducibili all'utilizzazione e agli oneri di conservazione del bene*". Si richiamano, in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 161, Riv. giur. edilizia, 2004, I, 1071; Id., 24 marzo 2003 n. 1496, Foro amm.-C.d.S., 2003, 1102; Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179, Riv. giur. dell'edilizia, 1999, I, 635, 1181. La giurisprudenza ha ritenuto, per esempio, illegittima la qualifica di bene culturale data ad una statua lignea il cui valore storico-artistico era stato alterato a seguito di restauro. Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257. Per altri casi si rinvia a SEVERINI G., *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, Aedon, 2016/3. Il giudizio di inattendibilità può anche discendere dalla scoperta di un falso o di un errore di attribuzione: è noto il caso di un vaso di terracotta che venne prima vincolato e poi declassificato, quando si scoprì che invece di un originale rinascimentale, si trattava di un falso ottocentesco. Cfr. GABBANI C., *Le cose d'interesse artistico nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Aedon, 2017/2.

[165] L'introduzione di una nomenclatura unitaria ha permesso di ricondurre ad unità una figura sino a quel momento tripartita, sostituendosi alla triplice nozione di "cose d'arte", "bellezze naturali" e "patrimonio archivistico" rispettivamente disciplinati dalla legge 1 giugno 1939, n. 1089; legge 29 giugno 1939, n. 1497; d.p.r. 30 settembre 1963, n. 1409.

[166] Sulla "protezione" e "conservazione" si vedano gli artt. 20 ss. c.b.c.; sulla "circolazione" dei beni culturali si vedano gli artt. 53 ss. c.b.c. I beni inalienabili sono individuati dall'art. 54 c.b.c. L'espropriazione è disciplinata dagli artt. 95-100 c.b.c.

[167] I beni culturali soggettivamente pubblici possono rientrare nel demanio accidentale dello Stato, delle Regioni a statuto ordinario, delle Province o Comuni (c.d. demanio culturale ai sensi dell'art. 53 Codice, costituito da immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico, artistico e dalle raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi e delle biblioteche), nel patrimonio indisponibile dello Stato o di altri enti pubblici, nei beni disponibili.

[168] NAZZARO V., *I beni culturali*, in VISINTINI G. (diretto da), *Trattato di diritto immobiliare*, Cedam, Padova, 2013, 140-141; GIANNINI M.S., *I beni culturali*, cit., 31; BARTOLINI A., *L'immaterialità di patrimoni culturali*, cit., 114-115.

ne culturale è oggetto di situazioni soggettive attive del potere pubblico, che alcuni ritengono diritti, ma sono invece potestà" [169]. Tale tesi è stata accolta dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 105/2008 [170] che, in tema di boschi e foreste, ha così statuito: "*Si può dunque affermare che sullo stesso bene della vita, boschi e foreste, insistono due beni giuridici: un bene giuridico ambientale in riferimento alla multifunzionalità ambientale del bosco, ed un bene giuridico patrimoniale, in riferimento alla funzione economico produttiva del bosco stesso*".

i. Il bene patrimoniale resta, dunque, costituito dal valore commerciale dei prodotti ed è tutelato dal diritto di proprietà materiale o intellettuale, dai diritti sul nome e l'immagine riconosciuti dagli artt. 6-10 c.c., nonché dal generale principio civilistico del *neminem laedere ex* artt. 2043 e ss.

ii. Il bene ambientale o culturale, invece, è protetto dalla legislazione pubblicistica a salvaguardia dell'interesse pubblico, che comprende, nell'esempio del bosco, le funzioni di produzione di ossigeno, l'assorbimento della anidride carbonica, l'umidità, ecc.

Con riferimento ai beni culturali, lo stesso Giannini li ha ritenuti "*oggetto di due diritti dominicali: l'uno del privato, l'altro dello Stato*", dovendosi così parlare di una vera e propria "*bi-appartenenza*". Vi sarebbero "*due poteri concorrenti in ordine alla disposizione della cosa, non indipendenti l'uno rispetto all'altro, ma collegati*" [171]. Il bene culturale "*è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione*". Si tratta, cioè, di beni intrinsecamente destinati alla generalità dei consociati, i quali devono poterne fruire senza ostacoli, anche ove quest'ultimo appartenga a privati proprietari. Dunque, l'uso generale della collettività non può essere tendenzialmente precluso e la fruibilità del bene deve essere sempre assicurata, anche qualora tale esigenza implichi una restrizione dei poteri del proprietario [172]. Solo garantendo la fruibilità, infatti, è possibile preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e promuovere lo sviluppo della cultura.

3.4. *Disciplina di settore sull'uso e sulle riproduzioni dei beni culturali: il regime autorizzatorio*

I beni del demanio culturale "*non possono essere alienati, né formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei limiti e con le modalità previste dal … Codice*" [173]. Essi possono essere concessi in uso a singoli richiedenti solo "*per finalità compatibili con la loro destinazione culturale*", ovvero "*a condizione che il conferimento garantisca la conservazione e la fruizione pubblica del bene e sia assicurata la compatibilità della destinazione d'uso con il carattere storico-artistico del bene medesimo*" [174]. La

---

[169] GIANNINI M.S., *I beni culturali*, cit., 20.

[170] Corte cost., 18 aprile 2008, n. 105, Giur. cost., 2008, 2, 1337; Foro amm. CDS 2008, 4, II, 1031.

[171] GIANNINI M.S., *I beni culturali*, cit., 92.

[172] FIDONE G., *op. cit.*, 138.

[173] Cfr. art. 53 Codice che ricomprende nel demanio culturale "*i beni culturali appartenenti allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali che rientrino nelle tipologie indicate all'articolo 822 del codice civile*".

[174] Cfr. art. 106, co. 1 e 2 *bis*, Codice.

riproduzione di opere e beni culturali [175] è condizionata, ai sensi dell'art. 107 c.b.c., alla autorizzazione preventiva dell'autorità che ha in consegna i beni, previa determinazione dei corrispettivi dovuti. Il potere di concedere tale autorizzazione appare rimesso alla mera discrezionalità dell'ente, senza che il richiedente vanti alcun diritto ad ottenerla al ricorrere di determinate condizioni [176].

Il consenso dovrà essere negato laddove l'uso o la riproduzione siano suscettibili di danneggiare il bene.

Con Decreto del Ministero per i Beni e le Attività Culturali – d.m. 20 aprile 2005 [177] – sono determinati gli indirizzi, i criteri e le modalità per la riproduzione dei beni culturali ai sensi dell'art. 107 c.b.c. Si prevede che l'autorizzazione venga rilasciata ad opera del responsabile dell'istituto che ha in consegna i relativi beni, sulla base di valutazioni aventi ad oggetto "*a) finalità della riproduzione*, *anche sotto il profilo della compatibilità con la dignità storico-artistica dei beni da riprodurre, b) il numero delle copie da realizzare, c) verifica di tollerabilità della metodica sulla copia da riprodurre*" [178].

È altresì necessaria specifica autorizzazione da parte dell'amministrazione per la riproduzione o per un uso delle copie ottenute diverso da quello dichiarato nella domanda [179].

Dubbi sussistono in merito all'esatta portata del concetto di "riproduzione" o del suo oggetto: ad esempio, ci si è chiesti se la normativa pubblicistica sia applicabile quando ad essere riprodotto non sia il bene culturale in sé e per sé detenuto dall'istituzione museale, bensì una sua copia realizzata da terzi, che integrerebbe un bene diverso dal bene culturale materiale oggetto di tutela [180]. Il Decreto Ministeria-

---

[175] Sulla riproduzione dei beni culturali v. POIAGHI A., *Beni culturali e diritto d'autore*, Dir. aut., 2014, 149, 153.

[176] Critica STELLA FAGGIONI L., *La libertà di panorama in Italia*, Riv. dir. ind., 2011, 6, 538 ss., che osserva come il soggetto in questione, non solo "*dovrà richiedere ed ottenere tale autorizzazione, ma dovrà preoccuparsi, a monte, di individuare il soggetto cui tale autorizzazione dev'essere richiesta. Un processo, a ben vedere, farraginoso e dispersivo, oltre che dispendioso, che mal si concilia con le esigenze commerciali odierne dove la semplificazione degli iter per il risparmio di tempi e dei costi è essenziale*".

[177] Decreto MIBAC, d.m. 20 aprile 2005 (G.U. 2 luglio 2005, n. 152), Indirizzi, criteri e modalità per la riproduzione di beni culturali, ai sensi dell'art. 107 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

[178] Art. 3, co. 1, Decreto. La concessione può avere espressamente ad oggetto anche la riproduzione di beni culturali per fini di raccolta e catalogo di immagini fotografiche e di riprese in genere; in tal caso, si dovranno rispettare anche le previsioni di cui all'art. 109 Codice.

[179] L'art. 5 co. 1 Decreto, rubricato "Condizioni", prevede che "*prima della diffusione al pubblico, un esemplare di ogni riproduzione è depositato presso l'amministrazione che ha in consegna il bene, per il preventivo nulla osta*". Il co. 2 aggiunge che "*il materiale relativo ai beni culturali ed idoneo ad ulteriori riproduzioni, (stampe fotografiche, negativi, diapositive, film, nastri, dischi ottici, supporti informatici, calchi rilievi grafici e altro) non può essere riprodotto o duplicato con qualsiasi strumento, tecnica o procedimento, senza preventiva autorizzazione dell'amministrazione che ha in consegna il bene e previo pagamento dei relativi canoni e corrispettivi. Restano altresì salvi eventuali diritti e compensi agli autori e ai terzi*". Sulla base di tale disposizione, Trib. Milano, 29 aprile 2016, n. 5332, ha ritenuto in violazione delle norme del Codice la pubblicazione in e-book di alcuni disegni del Fondo Peterzano, conservati presso il Civico Gabinetto dei Disegni del Castello Sforzesco di proprietà del Comune di Milano, che aveva autorizzato il rilascio di riprese fotografiche con esenzione di pagamento per la diversa finalità di studio.

[180] La questione era stata posta in Trib. Firenze, ord. 2 gennaio 2019, di cui si dirà più avanti nel testo. Il giudice non si è tuttavia pronunciato sul punto.

le d'interpretazione del Codice adotta una nozione estensiva di riproduzione ("*con qualsiasi strumento, tecnica o procedimento*") e, in tal senso, fornisce un elenco meramente esemplificativo di possibili modalità atte ad integrarla ("*stampe fotografiche … ed altro*"). Allo stesso tempo, tuttavia, le tecniche di riproduzione indicate dalla norma sembrerebbero caratterizzate da una capacità di rappresentazione del bene culturale rappresentato fedele all'originale. La giurisprudenza di legittimità ha confermato tale interpretazione con la sentenza 23 aprile 2013, n. 9757, concernente la riproduzione artistica di una parte del reperto archeologico conosciuto come "Teschio di Altamura" [181]. La Corte, infatti, ha chiarito che l'art. 107 c.b.c. non indica cosa debba intendersi per "riproduzione", ma fa salve le disposizioni vigenti in materia di diritto d'autore. Per tale ragione, si può fare riferimento alla definizione di "riproduzione" contenuta nell'art. 13 l.a., come "*moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione*".

In concreto, la Cassazione ha precisato che "*è lecita la riproduzione di un bene archeologico, ove l'opera realizzata si ispiri solo parzialmente all'aspetto reale del bene tutelato essendo frutto di autonoma attività creativa da parte dell'autore*". In tale circostanza, infatti, l'autonoma attività creativa del soggetto che ha realizzato l'opera porta "*alla creazione di un'opera del tutto distinta e diversa rispetto al semplice aspetto*" del bene culturale oggetto di riproduzione.

L'opera oggetto di attività creativa, come tale, "*non da luogo a riproduzione illecita, ma costituisce anzi opera nuova che, come tale, è oggetto di protezione autonoma ai sensi del diritto d'autore*".

Sulla base di tale sentenza, pare corretto concludere quanto segue:

– anche la (pedissequa) riproduzione di un bene culturale (c.d. calco o copia) deve essere considerata "riproduzione" ai sensi dell'art. 107 c.b.c. e, quindi, necessitare della relativa autorizzazione da parte dell'ente che ha in consegna il bene. Una diversa interpretazione, d'altronde, frustrerebbe l'efficacia della norma, consentendone l'agevole aggiramento.

– i casi di rielaborazione che implichino un apporto creativo dell'autore potrebbero invece configurare opere autonome e, dunque, non essere oggetto della relativa disciplina autorizzativa, purché non violino gli eventuali diritti morali d'autore sull'opera [182].

Potrebbe ipotizzarsi che la Corte abbia inteso trattare la riproduzione di beni culturali secondo le medesime regole che il diritto d'autore appresta per le opere derivate (v. cap. 4, par. 5). Qualora la riproduzione integri "*un'elaborazione talmen-*

---

[181] Cass. civ. sez. VI, 23 aprile 2013, n. 9757, Foro It., 2013, 10, I, 2846; Riv. dir. ind., 2014, 3, II, 207, con nota di MASTROLILLI.

[182] Cfr. Cass. 4 settembre 2013, n. 20227, Foro It., 2013, 11, I, 3189, con nota di CASABURI G., secondo cui "*non ogni modifica dell'opera dell'ingegno, per quanto estesa, costituisce violazione del diritto morale d'autore all'integrità dell'opera, rilevando a tal fine solo quelle modifiche tanto incisive da stravolgere ed alterare la coerenza narrativa, il significato complessivo ovvero il pregio artistico dell'opera medesima, elementi questi da accertarsi in concreto, così recando pregiudizio alla reputazione dell'autore*".

te creativa da diventare a sua volta opera originaria che gode di protezione autonoma" [183], non sarebbe necessaria l'autorizzazione della pubblica amministrazione. Al di fuori di questo caso, si ricadrebbe invece nella mera elaborazione creativa che, pur presentando un tratto sostanzialmente rielaborativo, non si traduce in un'opera originale ed individuale. Tale rielaborazione necessita ancora del consenso dell'avente diritto sull'opera originaria, in assenza del quale si riduce ad una riproduzione abusiva, vietata dall'ordinamento [184].

Tale schema, tuttavia, restringerebbe moltissimo l'area della riproduzione libera e lecita del bene culturale, posto che la soglia della "elaborazione talmente creativa" è particolarmente elevata e difficile da soddisfare.

L'arresto della Suprema Corte non scioglie i dubbi a riguardo. Il teschio non era stato riprodotto fedelmente per ragioni di necessità, essendo una parte del reperto incastonata nella roccia. Il riproduttore si era dunque visto costretto a ricostruire, pressoché da zero, la parte non visibile e ciò è stato sufficiente – nell'interpretazione della Corte – ad integrare un'autonoma attività creativa del riproduttore.

In dottrina, si è sostenuto che mentre le copie ottenute da una specifica impressione del pezzo originale (tramite scanner, laser o processo di fotogrammetria) sarebbero senz'altro riproduzioni ai fini del Decreto Urbani, quelle ottenute da un atto creativo "da zero", quali un'operazione di disegno, scultura o modellatura, parrebbero certamente più vicine ad essere considerate frutto di un'azione artistica indipendente, che ad un atto di riproduzione [185].

In ogni caso, la sensazione è che la soglia della riproduzione libera del bene culturale possa (e anzi debba) essere inferiore e non coincidente con quella fissata dal legislatore per le opere dell'ingegno. Tale approdo parrebbe sistematicamente corretto, posto che la legislazione in materia di beni culturali in nessun caso introduce diritti di privativa a favore della pubblica amministrazione, limitandosi, invece, a fissare i limiti di utilizzo necessari a tutelare ed ottimizzare la funzione di interesse pubblico del bene. Anche la *ratio* dei due istituti è profondamente diversa. Le cautele avverso la riproduzione del bene culturale si spiegano con l'esigenza di evitare che la riproduzione non autorizzata possa a) nuocere alla consistenza fisica del bene riprodotto, oppure b) porsi in concorrenza con le utilità patrimoniali che la pubblica amministrazione aspira a ricavare dal bene (ovvero, *in primis*, la riproduzione del bene su prodotti di merchandising). Limiti ulteriori rispetto a quanto necessario a soddisfare queste finalità avrebbero l'effetto di procrastinare *sine die* gli effetti della tutela di diritto d'autore, ponendosi come ostacolo alla caduta in pubblico dominio di quei beni che più di tutti gli altri avrebbero ragione di starci, in vista del più forte interesse della collettività alla loro conoscenza e fruizione.

---

[183] Trib. Roma, 19 gennaio 2010, Sez. spec. P.I., 2010, 1, 394; Trib. Torino, 6 luglio 2012.

[184] Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14635, cit.

[185] PALOMBINI A., *The rights of reproducing Cultural Heritage in the digital Era. An Italian Perspective*, EX NOVO Journal of Archeology, 2017, 2, 49-62.

3.5. *Corrispettivi di riproduzione e canoni di concessione*

Le riproduzioni di cui all'art. 107 c.b.c., insieme agli usi di cui agli artt. 106 (uso individuale) e 107 c.b.c. (uso strumentale e precario) non avvengono generalmente a titolo gratuito. L'autorità che ha in consegna i beni, infatti, ha il potere di determinare i relativi "corrispettivi di riproduzione" e "canoni di concessione", tenendo anche conto di specifici fattori espressamente indicati dalla norma, quali: i) il carattere delle attività che si riferiscono alle concessioni d'uso, ii) le modalità di esecuzione delle riproduzioni, iii) il tipo ed il tempo di utilizzazione degli spazi e dei beni, iv) l'uso e "*la destinazione delle riproduzioni, nonché i benefici economici che ne derivano al richiedente*" (art. 108, co. 1 c.b.c.). L'elencazione ha carattere esemplificativo, così che in sostanza la determinazione viene lasciata alle logiche del mercato [186]. Il Tariffario, fissato con decreto ministeriale [187], rappresenta il parametro di riferimento per le amministrazioni, indicativo dei compensi da richiedersi.

La riproduzione di un'opera di pittura, scultura o grafica, ovvero di un oggetto di antichità o di interesse storico od archeologico per trarne profitto al di fuori dei limiti ammessi dal decreto integra gli estremi di un reato punito con la reclusione da tre mesi fino a quattro anni e con la multa da euro 103 a euro 3.099 (art. 178 c.b.c.). È prevista un'aggravante se i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività commerciale.

3.6. *Usi a titolo gratuito e senza previa autorizzazione dell'Autorità che ha in consegna i beni*

Esistono casi di dispensa dalla necessità di corrispondere canoni o compensi all'amministrazione. Infatti, nessun canone è dovuto "*per le riproduzioni richieste da privati per uso personale o per motivi di studio, ovvero da soggetti pubblici o privati per finalità di valorizzazione*, *purché attuate senza scopo di lucro*" [188] (art. 108, co. 3 c.b.c.). L'uso personale è definito come l'uso effettuato unicamente per sé ed inidoneo a diffondersi al pubblico, senza alcun fine lucrativo o, più o meno direttamente, commerciale. Non potrà ritenersi esentato l'uso che sia collocato all'interno di una

---

[186] Per un'analisi più dettagliata delle disposizioni si veda MANSANI, *Proprietà intellettuale e giacimenti culturali*, cit., 120-121.

[187] Decreto del Ministero per i beni culturali e ambientali, 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 (G.U. 6 maggio 1994, n. 104), in applicazione della legge 14 gennaio 1993, n. 4, Conversione in legge con modificazioni del d.l. 14 novembre 1992, n. 433 (c.d. legge Ronchey, dal nome dell'allora Ministro per i beni culturali e ambientali) e del regolamento d'applicazione approvato con d.m. 31 gennaio 1994, n. 171. Esso continua a trovare applicazione nonostante l'abrogazione della legge che lo ha istituito.

[188] È il caso, ad esempio, delle riproduzioni effettuate da soggetti pubblici non solo ai fini di catalogazione, ma anche allo scopo di incrementare la conoscenza e la fruizione dei beni attraverso la pubblicazione delle immagini sulle banche dati pubbliche *on line*; ovvero delle riproduzioni destinate alle locandine e *brochure* promozionali di un determinato territorio, realizzate da soggetti pubblici o anche da privati (come, ad esempio, una catena alberghiera), volte alla valorizzazione del patrimonio culturale di una determinata zona e, ovviamente, non accompagnate dalla vendita delle riproduzioni stesse. GALLO G., *Il decreto Art Bonus e la riproducibilità dei beni culturali*, Aedon, 2014/3, 3 ss.

attività di impresa, né che si diffonda o possa diffondersi presso un pubblico indistinto [189]: per questo motivo, non può ritenersi tale l'immissione sulla rete Internet di immagini destinate a diventare alla portata di tutti, da qualunque luogo ed in qualunque momento [190]. L'eccezione per finalità di valorizzazione originariamente poteva essere accordata solo a soggetti pubblici. Il decreto Artbonus, d.l. 31 maggio 2014, n. 83 [191], ha legittimato anche i privati ad usufruire dell'esenzione [192], ma ha aggiunto che il fine non deve essere di lucro. Si richiede, dunque, che la diffusione avvenga per fini di sviluppo culturale, con la conseguenza che risulta interdetto l'utilizzo per semplici fini pubblicitari o propagandistici, slegati da scopi idonei ad incrementare il contenuto valoriale del bene, come l'associazione dell'immagine ad un particolare evento culturale, una mostra od un'esposizione [193].

Anche quando lo scopo dell'uso rientri in una delle fattispecie di esenzione dai corrispettivi di riproduzione [194], l'autorizzazione all'uso deve essere comunque richiesta. Anche nelle ipotesi di esenzione dalle *fees* di riproduzione, la norma assicura che sia comunque corrisposto il rimborso delle spese sostenute dall'amministrazione concedente (ad esempio, per la riproduzione eseguita dall'amministrazione stessa).

L'autorizzazione non è invece necessaria nelle ipotesi previste dall'art. 108 co. 3 *bis* c.b.c., come modificato dal decreto Artbonus, il quale ha liberalizzato la riproduzione dei beni culturali diversi dai beni bibliografici e archivistici [195], nonché la divulgazione con qualsiasi mezzo delle immagini di beni culturali, legittimamente acquisite, *"in modo da non poter essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro"*, nemmeno indiretto, a condizione che ciò avvenga senza scopo di lucro, per finalità di *"studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale"*.

I predetti usi costituiscono vere e proprie eccezioni al diritto di autorizzazione dell'autorità che ha in consegna i beni e sono autorizzati *ex lege*, senza la necessità

---

[189] Su queste problematiche, si veda MUSSO A., *Impresa museale e libere utilizzazioni delle opere d'arte*, Quaderni di AIDA, 1999, 206 ss.

[190] BOCCA R., *La tutela della fotografia tra diritto d'autore, diritti connessi e nuove tecnologie*, Quaderni di AIDA, 2002, 402 ss.

[191] V. art. 12, co. 3, lett. a), d.l. 31 maggio 2014, n. 83 (G.U. 31 maggio 2014, n. 125), Decreto convertito, con modificazioni dalla legge 29 luglio 2014, n. 106, Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo. Il decreto, in realtà, ha un contenuto molto più ampio.

[192] Nella relazione di accompagnamento al decreto si legge così si giustifica l'intervento normativo: "*l'imposizione di un rigido sistema di restrizioni alla circolazione delle immagini di beni culturali, ove effettuate per scopi non lucrativi (e, in particolare, per finalità di studio o di creazione artistica o letteraria), appare non pienamente rispondente al dettato costituzionale che, da un lato, pone a carico della Repubblica il compito di promuovere la cultura (articolo 9, primo comma, della Costituzione) e, dall'altro, sancisce il diritto alla libera manifesta– zione del pensiero*".

[193] TUMICELLI A., *La riproducibilità dell'immagine del bene culturale. L'immagine del bene culturale*, Aedon, 2014/1.

[194] V. art. 4, co. 1, lett. e), d.m. 20 aprile 2005. La medesima previsione è contenuta anche nel Tariffario, all'art. 3 delle Condizioni Generali.

[195] La dottrina ha criticato l'esclusione dei beni archivistici. Cfr. GALLO G., *op. cit.*, 3.

di presentare alcuna istanza all'amministrazione. Sono però previste alcune cautele. La riproduzione è consentita se avviene con modalità che non comportino alcun contatto fisico con il bene, né l'esposizione dello stesso a sorgenti luminose (come il *flash*, potenzialmente lesivo del bene), né l'uso di stativi o treppiedi all'interno degli istituti della cultura (il che sarebbe di ostacolo alla sicurezza e alla libera circolazione nelle sale museali) [196]. I visitatori dei musei statali, pertanto, potranno liberamente scattare fotografie con i propri *smartphones* e pubblicarle sui *social networks* o altrove sul web [197].

3.7. *La libertà di panorama*

In molteplici ordinamenti europei, è stata introdotta una specifica libera utilizzazione per le opere esposte alla pubblica vista, sovente riferita come libertà di panorama [198]. La questione è però disciplinata in modo diverso nei singoli Stati [199], poiché la Dir. 2001/29 lascia loro la facoltà di limitare il diritto d'autore per consentire l'uso di opere, prevalentemente dell'architettura o della scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici (art. 5, par. 3 (h)).

Paradigmatico, a questo proposito, è il § 59 della legge tedesca sul diritto d'autore (UrhG), secondo cui "*è consentito riprodurre, diffondere e rendere pubblicamente fruibili, con mezzi pittorico-grafici, tramite fotografie o filmati, opere che si trovano permanentemente esposte in vie, strade o piazze pubbliche. Nel caso degli edifici tali autorizzazioni riguardano solo l'aspetto esterno*" (c.d. *Panoramafreiheit*) [200].

Non esistendo una regolamentazione specifica di tale ipotesi, la possibilità di realizzare e di utilizzare liberamente un'immagine contenente un'opera architettonica o un suo elemento, come anche una qualsiasi opera d'arte collocata in un luogo

---

[196] GALLO G., *op. cit.*, 4.

[197] GALLO G., *op. cit.*, 4.

[198] STELLA FAGGIONI L., *La libertà di panorama in Italia*, cit., 535, la definisce la "*libertà di riprodurre fotograficamente monumenti, opere artistiche o architettoniche, edifici ed in generale ogni luogo pubblico, senza infrangere le disposizioni volte a tutelare i diritti dell'autore dell'opera*".

[199] Lo riferisce la stessa COMMISSIONE UE, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, cit., 8. In Spagna e Portogallo e nel Regno Unito si possono pubblicare fotografie che ritraggono monumenti senza necessità di ottenere autorizzazioni; mentre in Belgio e in Lussemburgo i monumenti sono protetti da leggi che ne vietano lo sfruttamento commerciale. Per una panoramica su alcune legislazioni europee, che prevedono una specifica restrizione del diritto d'autore per le opere esposte alla pubblica vista, si veda RESTA G., *L'immagine dei beni,* in ID., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., 560 e 584 ss. Il lavoro evidenzia, in modo particolare, la significativa evoluzione degli orientamenti in Francia, in cui si assiste, soprattutto ad opera delle corti (Cass., 10 marzo 1999, in Dalloz, 1999, 319, con nota di Agostini), ad un ampliamento delle prerogative del proprietario, che può controllare la riproduzione a scopo commerciale del bene, anche qualora esso sia esposto alla pubblica vista. Cfr. anche ID., *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, cit., 41-42. In tal modo –osserva GAUTIER P.Y., *Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle"*, JCP, 1999, II, 10078 – si è dato vita *praeter legem* ad una nuova fattispecie di proprietà intellettuale. Per una rassegna statunitense, si veda NEWELL B.C., *A Comparative Look at International Restrictions on Public Photography*, Creighton L. Rev., 2010-2011, 44, 405 ss.

[200] Si veda in merito MAAßEN V.W., *Panoramafreiheit in den preußischen Schlossgärten*, GRUR, 2010, 880 ss.; RESTA G., *L'immagine dei beni,* in ID., *Diritti esclusivi*, cit., 579.

che la rende esposta alla pubblica vista, è – nel nostro ordinamento – fonte di grandi incertezze. La tesi prevalente è nel senso che l'immagine dei beni mobili o immobili liberamente visibili non sia soggetta ad alcuna restrizione in punto di riproduzione e sfruttamento da parte dei terzi, salva la presenza di ragioni di tutela derivanti dal diritto alla riservatezza, dall'identità personale o dai diritti di proprietà intellettuale che eventualmente insistano sul bene, ma solo per uso non commerciale [201].

Tale tesi risulterebbe confermata da una recente pronuncia del Tribunale di Milano che ha condannato la società sviluppatrice del videogioco denominato *Pokemon Go*, applicazione fruibile attraverso *smartphone*, per aver utilizzato quale elemento interattivo [202] l'immagine apposta sulla saracinesca di un negozio di abbigliamento. Il Tribunale ha ritenuto che l'immagine in questione fosse opera dell'ingegno dotata di carattere creativo e che l'inserimento della stessa all'interno del programma costituisse riproduzione dell'opera figurativa ai sensi dell'art. 13 l.a. [203].

In altre circostanze, però, la giurisprudenza ha avanzato la possibilità che la destinazione funzionale alla "*pubblica e libera esposizione*" di un'opera d'arte potrebbe anche implicare un'implicita rinuncia all'esercizio dei diritti d'autore. Il Tribunale di Milano ha infatti riconosciuto che un'opera di *street art* "*implicherebbe in sé per un verso la pubblica e libera esposizione della stessa in rinuncia delle prerogative proprie della tutela autoriale e sotto altro profilo la natura effimera dell'opera stessa, in un contesto ideologico di diretta contestazione del diritto d'autore e/o dei circuiti commerciali propri di tale settore*" [204].

Sul punto della applicazione a tali opere della disciplina a tutela dei beni culturali, sono state proposte negli anni 2007-2008 due interrogazioni parlamentari [205]. Nella risposta fornita alla prima si è distinto tra opere protette dal diritto d'autore (per le quali la riproduzione è consentita solo nei limiti dell'art. 70 l.a., v. cap. 4, par. 5.1) e opere non coperte da tale disciplina. Per queste ultime, si è ulteriormente distinto a seconda che le opere siano esposte in ambito museale (con applicazione delle disposizioni degli artt. 107 e 108 c.b.c.), ovvero si tratti di opere collocate in un luogo pubblico (liberamente riproducibili). Questa soluzione pare peraltro in contrasto con l'art. 10 del Codice, che sottopone alla disciplina dei beni culturali "*le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico storico archeologico o etnoantropologico*", "*le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico*", "*le pubbliche piazze, vie, strade ed altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico*".

---

[201] MORBIDELLI G., *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.; FUSI M., *Sulla riproduzione non autorizzata*, cit., 98.

[202] Il dipinto realizzato sulla propria saracinesca risultava raffigurato come segnaposto di un PokeStop, vale a dire dei punti fisici presso i quali i giocatori possono recuperare le Pokeball necessarie per la cattura degli animali virtuali.

[203] Trib. Milano, 3 marzo 2020, n. 1964. Il Collegio ha riconosciuto equitativamente un ristoro patrimoniale di 5.000 euro, quale prezzo del consenso che l'attrice avrebbe potuto richiedere per analoga forma autorizzata di riproduzione dell'opera.

[204] Trib. Milano, sez. XIV, 14 gennaio 2019, che si è pronunciato sul punto in *obiter dictum* a proposito dell'opera dell'artista Bansky.

[205] Atti Camera 19 febbraio 2008 risposta scritta ad interrogazione di F. Grillini, 1 ottobre 2007. Cfr. STELLA FAGGIONI L., *La libertà di panorama in Italia*, cit., 537 ss.

La seconda interrogazione parlamentare ha quindi ristretto la possibilità di riprodurre anche le opere presenti in luoghi pubblici, dovendosi applicare anche in questa situazione la disciplina dei beni culturali.

Tale soluzione è stata da ultimo confermata dalla giurisprudenza che si è occupata dell'argomento e di cui si dirà nel paragrafo che segue.

3.8. *L'uso non autorizzato*

Negli ultimi anni si sono moltiplicate le controversie relative all'utilizzazione economica dell'immagine dei beni culturali. Ciò è coinciso i) in parte con il mutamento del contesto di utilizzazione dei beni culturali e l'ampliamento delle possibilità e potenzialità di fruizione dei beni; ii) in parte con il riconoscimento da parte della giurisprudenza della possibilità di estendere la tutela dell'immagine agli enti collettivi, e non più solo alle persone fisiche [206].

Le moderne tecnologie di digitalizzazione di immagini di alta qualità hanno fornito ai musei un importante strumento di valorizzazione delle collezioni, tanto da creare un vero e proprio mercato delle immagini delle opere d'arte [207]. Le istituzioni culturali si trasformano così da custodi delle collezioni analogiche in fornitori di servizi digitali [208]. Le modalità di finanziamento dei musei possono essere di varia natura [209], dall'utilizzazione delle riproduzioni nel settore dell'editoria (in particolare, per la realizzazione di libri d'arte e cataloghi), all'uso per la realizzazione di supporti audiovisivi (ad esempio, DVD, audio o video guide), alla creazione di applicazioni elettroniche per dispositivi quali i tablet, di siti web e di

---

[206] Cfr. Trib. Milano, 28 gennaio 1993, Quaderni di AIDA, 1994, 325, con nota di MAYR C.E., *La registrazione come marchio del nome di un teatro*, che aveva espressamente negato che l'Ente Autonomo Teatro alla Scala potesse opporsi alla registrazione come marchio dell'immagine stilizzata della facciata della celebre istituzione culturale, rilevando che: "*la tutela del diritto all'immagine di cui agli artt. 10 c.c. e 96 l.d.a. non è nemmeno astrattamente invocabile per le persone giuridiche. Il diritto previsto dalle norme sopra indicate ha, infatti, per oggetto l'immagine fisica di una persona che, mentre è inscindibilmente compenetrata nella persona fisica, è ontologicamente inconcepibile per la persona giuridica per la sua natura di entità meramente astratta e di fictio iuris. Né può confondersi (come dimostra di fare l'ente convenuto) l'immagine fisica della persona giuridica con quella dell'edificio che ne costituisce la sede*". Del pari, in un caso risalente alla fine degli anni '50, Trib. Napoli, 25 luglio 1958, Giust. civ., 1959, I, 389, con nota di DELLA ROCCA F., *In tema di diritti cinematografici*, aveva escluso che la riproduzione della facciata di un palazzo nobiliare (i cui diritti relativi all'opera architettonica erano caduti nel pubblico dominio) costituisse un fatto illecito. Pret. Roma, 7 aprile 1987, Foro it., 1987, I, 2878 e Trib. Milano, 10 febbraio 2000, Quaderni di AIDA, 2000, 718/2 avevano dapprima limitato la tutela delle persone giuridiche al nome o comunque ad un segno distintivo, ma la corte di legittimità era rimasta per lungo tempo contraria a tale impostazione. La prima decisione della Corte di Cassazione ad ammettere esplicitamente il diritto alla tutela dell'immagine da parte di una persona giuridica risale a Cass., sez. I, 11 agosto 2009, n. 18218. Per riferimenti si veda la nota 26.

[207] Per un approfondimento si rinvia a PANTALONY R.E., *Managing Intellectual Property for Museums*, WIPO, 2013, 46, disponibile al link https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=166 (ultimo accesso 28.4.2021).

[208] GUERZONI G., STABILE S., *I contenuti museali digitali*, in NEGRI-CLEMENTI G., STABILE S. (a cura di), *Il diritto dell'arte*, Vol. 2, cit., 228-230.

[209] Si veda STABILE S., *Beni culturali e proprietà intellettuale dei musei: nuovi scenari*, Riv. dir. ind., 2002, 3, 300 ss.

esposizioni "virtuali", come anche di banche dati protette [210], fino alle attività di merchandising. I risvolti economici, anche in termini di monetizzazione e autofinanziamento delle attività museali, hanno incentivato gli enti a porre particolare attenzione all'esercizio dei diritti loro riconosciuti dall'ordinamento in termini di restrizione all'accesso e all'uso delle opere [211].

La mancata richiesta di autorizzazione e lo scopo commerciale hanno portato a giudicare "abusivo" l'utilizzo dell'"Autoritratto" di Leonardo da Vinci, custodito presso la Biblioteca Reale di Torino, per la realizzazione di un puzzle Ravensburger, [212]; nonché la riproduzione della statua del "David" di Michelangelo in una versione "armata", a scopo pubblicitario, da parte della società americana produttrice di armi ArmaLite Inc. [213].

La Corte di Cassazione, in una sentenza del 2012, ha accolto la domanda di risarcimento dei danni proposta dalla Pontificia Commissione di Archeologia Sacra

---

[210] Per osservazioni in merito alla disciplina delle banche dati applicabili nell'attività museale si veda MANSANI L., *Proprietà intellettuale e giacimenti culturali*, cit., 124-125.

[211] CREWS K.D., *Museum Policies and Art Images*, cit., 796-797, analizza le pratiche seguite da cinquanta musei negli Stati Uniti per evidenziare il controllo esercitato sulle opere d'arte attraverso i contratti di licenza. Conclude che tale controllo si spinga sovente ben al di là di quanto consentito dalla normativa sul diritto d'autore, rischiando anche di creare un conflitto tra le policies del museo e gli obiettivi primari di interesse pubblico che dovrebbero guidare l'istituzione.

[212] Si veda il parere dell'11 marzo 2015 pubblicato dall'Ufficio legislativo del MIBACT (MIBACT – UDCM Legislativo – 0005585-11/03/2015 – CI. 11.03.22/5.1).

[213] Trib. Firenze, ord. 26 ottobre 2017, n. 13758, Foro it., 2018, 2, I, 682, con nota di CASABURI G. Si vedano anche i commenti di BELLAN A., *Exclusive rights in classical art works: the "armed David" case*, IPKat, 11 marzo 2014 e FRANCESCHELLI M.L., *Beware of using photographs of Italian (cultural) beauties!*, IPLens, 7 febbraio 2019. La società Visit Today distribuiva volantini per la promozione dei propri servizi di biglietteria e guida nei musei recanti l'immagine della Galleria dell'Accademia e del David di Michelangelo. Il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (MIBACT) lamentava che la riproduzione di beni culturali effettuata da Visit Today sarebbe stata in violazione dell'art. 108 c.b.c., il quale permette la riproduzione a scopo di lucro di tali beni soltanto previa concessione da parte dell'autorità che li ha in consegna (in questo caso il MIBACT) nonché su pagamento di un canone stabilito dall'autorità medesima. La ricorrente lamentava anche come tale utilizzo improprio avrebbe costituito una forma di abuso dell'immagine altrui e di concorrenza sleale. Per questi motivi, il MIBACT richiedeva un provvedimento cautelare che inibisse la prosecuzione della condotta di Visit Today. Risultando che Visit Today non avesse mai chiesto, né ottenuto tale autorizzazione, è stato ritenuto, "*come ipotesi giuridica probabilmente fondata, l'illiceità della condotta dell'agenzia, ai sensi dell'art. 2043 c.c.*". In merito all'asserito abuso dell'immagine altrui e alla fattispecie di concorrenza sleale, il giudice ha invece ritenuto "*meno evidente la fondatezza di [tali] addebiti, […] dovendosi meglio precisare, da un lato, in che modo nome e immagine del Ministero siano stati abusivamente spesi, da altro lato in quali termini le parti del presente procedimento siano tra loro concorrenti*". È stato dichiarato sussistente anche il requisito dell'urgenza, "*posto che l'uso indiscriminato dell'immagine di beni culturali è suscettibile di svilirne la forza attrattiva*". Per questi motivi, il giudice ha accolto il ricorso con riferimento alle richieste di inibitoria, ritiro dal commercio e distruzione del materiale pubblicitario, fissazione di penali per il ritardo e pubblicazione del provvedimento (negando invece la richiesta di oscuramento del sito internet di Visit Today – salvo l'obbligo di eliminare da questo l'immagine della scultura e di pubblicare il provvedimento). Cfr. il parere reso dall'Ufficio legislativo del MIBACT in data 11 marzo del 2014 (MIBACT-UDCM Legislativo 0004840-11 marzo 2014). Per un commento si veda CASINI L., *"Noli me tangere": i beni culturali tra materialità e immaterialità*, Aedon, 2014/1, 2. In senso contrario si segnala però Trib. Firenze, ord. 2 gennaio 2019, cit., secondo cui la rimozione del video pubblicitario doveva considerarsi sufficiente a far venire meno il *periculum in mora*. La decisione non pare comunque condivisibile, alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali sul punto.

nei confronti dell'autore di un libro d'arte, contenente la pubblicazione non autorizzata dell'immagine delle Catacombe romane [214].

Il Tribunale di Palermo ha dichiarato illecita la riproduzione dell'immagine del Teatro Massimo su cartelloni pubblicitari realizzati per conto della Banca Popolare del Mezzogiorno, in assenza di apposita autorizzazione [215]. A nulla è valso sostenere che si trattasse di un bene culturale facente parte del paesaggio cittadino, visibile da chiunque e dunque da considerarsi di pubblico dominio. Come precisato dallo stesso Ministero, la normativa non distingue tra beni in pubblico (parte del paesaggio) e beni aperti al pubblico (custoditi in aree chiuse) e trova applicazione ad entrambi.

Solo di recente si è registrato il rigetto della domanda cautelare promossa dal MIBAC per tutelare nuovamente i diritti di sfruttamento commerciale del David, posto da Brioni al centro di una campagna pubblicitaria, ove si vede la statua con indosso uno smoking della casa sartoriale [216]. Il Tribunale, tuttavia, ha deciso la vertenza sulla base di motivazioni attinenti al *periculum in mora*, senza mettere in dubbio l'*an* del diritto in capo all'amministrazione procedente [217].

L'uso in mancanza di autorizzazione integra i presupposti della condotta illecita ai sensi dell'art. 2043 c.c. e giustifica la concessione di un provvedimento di inibitoria in sede cautelare [218], nonché, nel giudizio di merito, la condanna al risarcimento del danno. Quest'ultimo non è da considerarsi in *re ipsa*, bensì deve essere provato l'"*effettivo verificarsi di un apprezzabile danno derivante dalla diffusione delle immagini*" in capo all'amministrazione procedente. La sola circostanza che le riproduzioni siano state pubblicate a bassa risoluzione non è stata ritenuta sufficiente ad integrare "*una concreta lesione della dignità e del valore delle opere, risultando ben chiaro al lettore il limite di una riproduzione digitale in un testo meramente divulgativo*" [219]. L'assenza di un apprezzabile pregiudizio, stante il pagamento *ex post* dei diritti di riproduzione, preclude l'inibizione dell'ulteriore commercializzazione delle riproduzioni stesse. Di qui parrebbe doversi cogliere che il Codice non fonderebbe un diritto esclusivo negativo (analogo al diritto d'autore) tale da consentire all'amministrazione procedente di impedire a terzi la riproduzione del bene culturale, bensì solo e semplicemente un diritto ad un risarcimento in caso di riproduzione [220].

---

[214] Cass., 16 marzo 2012, n. 4213, cit. La Corte ha riconosciuto che la Pontificia Commissione di Archeologia Sacra "*avesse i diritti ex lege n. 633 del 1941 sul catalogo fotografico tanto delle reliquie quanto dei luoghi posto che la norma di legge di revisione del concordato aveva lasciato in sua disponibilità esclusiva le une e gli altri, in tale norma essendo implicita la potestà … di ritrarre in foto od altro supporto i luoghi stessi e di esigere per il rilascio di copie un corrispettivo*".

[215] Trib. Palermo, n. 4901/2017.

[216] Trib. Firenze, ord. 2 gennaio 2019, cit. Si veda a riguardo il commento di FAVA E., SERAO N., *"It's not the gay coat that makes the gentleman": The Court of Florence rules once again on promotional materials portraying the David by Michelangelo (all dressed up, this time) and misses a chance to "unveil" the meaning of cultural heritage reproduction*, IPLens, 7 settembre 2020.

[217] L'avvocatura di Stato ha già notificato l'atto di citazione per ottenere il risarcimento del danno patito, cosicché i giudici del merito avranno possibilità di pronunciarsi sul merito della questione.

[218] Trib. Firenze, 26 ottobre 2017, cit.

[219] Cfr. Trib. Milano, 29 aprile 2016, cit.

[220] Così POJAGHI A., *Beni culturali e diritto d'autore*, cit., 153. Tale tesi, tuttavia, pare contrastare con la possibilità di agire in sede cautelare per domandare l'inibizione dalla continuazione della condot-

3.9. *Rapporto tra diritto dei beni culturali e diritti di proprietà intellettuale*

Molti dei beni classificabili come beni culturali ai sensi della disciplina sopra descritta possono altresì godere della qualifica di opere dell'ingegno di carattere creativo e, conseguentemente, della protezione di diritto d'autore [221].

In alcuni casi, il diritto d'autore, oltre che sul bene culturale in sé, può coprire anche le riproduzioni digitali del bene [222].

Alla luce di questa corrispondenza, è indicativo che l'art. 107, comma 1, c.b.c., e l'art. 3, comma 1, del d.m. 20 aprile 2005, che detta le norme per l'applicazione dell'art. 107 del Codice, facciano espressamente "*salve le disposizioni a tutela del diritto d'autore*" e, a proposito dell'autorizzazione alla riproduzione di materiale relativo ai beni culturali, preveda che "*restano altresì salvi eventuali diritti e compensi agli autori e ai terzi*" [223].

Non viene però chiarito quale sia il rapporto tra le due normative, l'una di carattere privatistico e individualistico, l'altra di carattere pubblicistico.

L'interpretazione dominante in dottrina [224] vuole che le due discipline operino in parallelo, realizzando un doppio binario di tutela [225], con conseguente necessità di

---

ta riproduttiva illecita. Tale possibilità è avversata da ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali*, cit., 93-110.

[221] Così V. POJAGHI A., *op. cit.*, 149-150; DE COCCI M., *La disciplina dei beni culturali*, Analisi Giuridica dell'Economia, 2007, 1, 48 ss.

[222] Tale aspetto non può che essere verificato in concreto, caso per caso. È possibile, infatti, che le riproduzioni, avendo come obiettivo una raffigurazione il più fedele possibile dell'opera, siano prive del carattere della creatività necessario per poter essere tutelate mediante il diritto d'autore. Sul punto si segnala il noto caso americano *Bridgeman Art Library v. Corel Corporation*, 36 F. Supp. 2d 191, 200 (S.D.N.Y. 1999), che ha affermato chiaramente l'assenza della creatività necessaria per accedere alla protezione del copyright, con riferimento alla riproduzione fotografica di un'opera d'arte. La pronuncia ha innescato un vivace dibattito. In senso critico, KOGAN T., *Photographic Reproductions, Copyright and the Slavish Copy*, Columbia J. of Law & the Arts, 2012, 446 ss. L'Autore sostiene che sia errato non considerare degne di protezione in base alla disciplina del copyright le riproduzioni fotografiche di opere pittoriche realizzate dai musei. Tale tipo di riproduzione, infatti, implica una serie di scelte creative che vanno ben al di là delle capacità e delle attrezzature puramente tecniche (come sostenuto, invece, nel caso Bridgeman). Si vedano anche REESE R.A., *Photographs of Public Domain Paintings: How, If at All, Should We Protect Them?*, The Journal of Corporation Law, 2009, 34, 4, 1033 ss.; CREWS K.D., BROWN M.A., *Control of Museum Art Images,* cit., 6-10, cui si rinvia per le principali pronunce della giurisprudenza statunitense al riguardo.

[223] Si veda anche il Tariffario per la determinazione dei canoni e corrispettivi, il quale, oltre a far "*salve le disposizioni sulle riproduzioni e sui diritti spettanti agli autori*" (art. 1), e far "*sempre salvi eventuali compensi e diritti degli autori e dei terzi*" (art. 5), chiarisce che "*l'utilizzazione del materiale così acquistato dovrà avvenire nel rispetto dei diritti degli autori e dei terzi*" (art.6) e che "*compensi e diritti degli autori o di terzi, se dovuti, sono da corrispondere separatamente*" rispetto a quelli dovuti all'amministrazione (punto I.3).

[224] Così SBARBARO E., *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni della valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, Riv. dir. ind., 2016, 2, 63; POJAGHI A., *op. cit.*, 153; DE COCCI M., *op. cit.*, 44; MORBIDELLI G., *op. cit.*, 175; MUSSO A., *Opere fotografiche e fotografie documentarie nella disciplina dei diritti d'autore e connessi: un parallelismo sistematico con la tutela dei beni culturali*, Aedon, 2010/2, 1 ss. *Contra* FAGGIONI L.S., *La libertà di panorama in Italia*, Riv. dir. ind., 2011, 6, 540, la quale afferma che per quanto riguarda le opere che rientrano nella definizione di "beni culturali" e che sono protette dal diritto d'autore, la seconda normativa debba "prevalere", mentre nel caso di beni culturali i cui diritti d'autore siano scaduti, sussiste, e non è dubbia, la necessità di ottenere

applicare entrambe le discipline in occasione del medesimo uso, qualora ricorrano i rispettivi presupposti di applicazione oggettiva e temporali di "attivazione" e/o di "scadenza" [226]. Di conseguenza, fino a quando tali opere non siano entrate nel c.d. pubblico dominio ai sensi della normativa sul diritto d'autore, l'esercizio delle prerogative autoriali, tra cui la riproduzione, deve avvenire con il *placet* del titolare dei diritti d'autore, anche quando l'opera si trovi nella sfera di custodia di un'autorità pubblica e sia quindi prescritta dal Codice l'ulteriore autorizzazione dell'autorità che ha in consegna il bene. Ciò comporta la necessità di ottenere due diverse autorizzazioni [227].

Una volta caduta l'opera in pubblico dominio, l'istituzione mantiene il controllo sulle immagini delle opere per mezzo dell'obbligo di autorizzazione previsto *ex lege*. L'art. 14 Dir. 790/2019 è intervenuto nel senso di escludere che la tutela di diritto d'autore (o connessi) sugli atti di riproduzione (*in primis* le fotografie) di tali opere possa porsi di ostacolo alla caduta in pubblico dominio e dunque alla libera riproducibilità dell'opera (v. cap. 4, par. 5.3). Tuttavia, continuano ad operare i diritti morali d'autore (artt. 20-24 l.a.), imprescrittibili ed irrinunciabili, esercitabili alla morte dell'autore anche dagli eredi, nonché dallo stesso Ministero qualora ciò sia reso necessario dal ricorrere di "finalità pubbliche" (art. 13 l.a.).

Un altro diritto di proprietà intellettuale che potrebbe in linea di principio sovrapporsi alla disciplina a tutela dei beni culturali è quello di marchio. Infatti, l'art. 19, co. 3, c.p.i, prevede che "*le amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni possono ottenere registrazioni di marchio, anche aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio*". La norma, che persegue principalmente una finalità di riduzione del disavanzo pubblico, ha l'effetto di incentivare la registrazione come marchio di immagini di edifici, monumenti e luoghi di rilevanza storica od artistica, con conseguente assottigliamento del regime di libera fruizione rispetto alle utilizza-

---

il consenso dall'autorità che ha in consegna i beni. Inoltre, sembrano escludere la sovrapposizione l'On. Andrea Marcucci e l'On. Danielle Mazzonis, nelle rispettive risposte alle interrogazioni parlamentari dirette al Ministero nel 2007, da entrambe le quali si desumerebbe che se l'opera è oggetto di diritto d'autore non debbono essere richieste le autorizzazioni "amministrative" di cui agli artt. 107 e 108: Interrogazione a risposta scritta 4-04417 presentata da Gianni Mancuso mercoledì 18 luglio 2007 nella seduta n. 191, cui è seguita risposta scritta dell'On. Andrea Marcucci, Sottosegretario di Stato per i beni e le attività culturali, datata 12 novembre 2007; Interrogazione a risposta scritta 4-05031 presentata da Franco Grillini lunedì 1 ottobre 2007 nella seduta n. 214, cui è seguita risposta scritta dell'On. Danielle Mazzonis, Sottosegretario di Stato per i beni e le attività culturali, datata 19 febbraio 2008.

[225] Espressione utilizzata da POJAGHI A., *op. cit.*, 151. Sulla necessità di tenere distinte le due discipline, sulle diverse finalità dalle stesse perseguite, sul richiamo alla "salvezza" delle norme di diritto d'autore e sul necessario "parallelismo coordinato" tra le due normative, si veda MUSSO A., *Opere fotografiche*, cit., Aedon, 2010/2, 1 e 2. V. anche RESTA G., *Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, Politica del diritto, 2009, 4, 587.

[226] Sulla sovrapposizione "temporale" della tutela nelle due discipline – dei beni culturali e del diritto d'autore –si veda ancora POJAGHI A., *op. cit.*, 151 ss.

[227] Trib. Milano, ord. 18 aprile 2006, AIDA, 2006, Rep. VIII.2, secondo cui quando la tutela dei beni culturali non consente la riproduzione di oggetti dichiarati di interesse culturale senza autorizzazione dell'ente culturale che li ha in consegna (ex artt. 107-110 d.lgs. 42/2004) la riproduzione delle loro immagini è soggetta ad una duplice autorizzazione, del fotografo e dell'ente culturale.

zioni in ambito commerciale. È dubbio che tale norma costituisca una riserva di registrazione in favore della pubblica amministrazione. In passato, infatti la giurisprudenza, ha ammesso che la facciata del Teatro alla Scala, inserito quale elemento di un marchio complesso, potesse essere liberamente registrata da terzi come marchio [228].

Ne deriva dunque, anche in quest'ambito, una graduale espansione della sfera proprietaria a danno della sfera di libertà [229].

Gli autori evidenziano da un lato l'incoerenza di tale doppio binario rispetto alla missione delle istituzioni culturali di divulgare le collezioni ad un pubblico il più ampio possibile, dall'altro gli effetti negativi sia in termini di incertezza applicativa (determinando l'emergere di situazioni controverse nella valutazione di liceità di certe utilizzazioni) [230], sia di limitazione della creatività e dell'innovazione futura [231].

Sul primo punto, in particolare, si è soffermato il *Revised Report on Copyright Practices and Challenges of Museums*, predisposto dal WIPO [232] con l'obiettivo di esaminare la relazione tra le istituzioni museali ed il diritto d'autore. Sono emerse, in particolare:

– "*lack of awarness by the museum community towards copyright in general and towards license practices and exceptions in particular*", le quali eccezioni "*seem to be not frequently understood or used due to legal uncertainty (e.g. where to draw the line between authorized and unauthorized uses)*";

– "*legal uncertainty regarding ownership of some materials and regarding digitization of collections (e.g. copyright status of the digitals objects and databases, scope of exceptions for preservation purposes)*".

In sostanza, ne risulta un quadro in cui sia gli utenti, sia le istituzioni museali sono fortemente limitate nell'utilizzazione delle opere in collezione:

– i musei si vedono frenati nei propositi di rendere le proprie collezioni, i cataloghi delle opere o altre pubblicazioni disponibili online, a causa della incertezza in ordine alla liceità della digitalizzazione delle opere coperte da diritto d'autore [233];

---

[228] Trib. Milano, 28 gennaio 1993, Quaderni di AIDA, 1994, 225.

[229] Per un quadro d'insieme v. RESTA G., *L'immagine dei beni*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi*, cit., 550 ss.; GEIGER C., *La remise en cause du droit à l'image des biens: une privatisation du domaine public enfin freinée?*, Rev. Lam. Dr. Imm., 2005, 6, 6.

[230] In quest'ottica, è emblematica la vicenda della rimozione dalle pagine di Wikipedia Italia delle immagini ad alta risoluzione di opere architettoniche di interesse culturale ed artistico, scatenata dalla diffida promossa nel 2007 dalla Soprintendenza per il Polo Museale fiorentino. Cfr. STELLA FAGGIONI L., *La libertà di panorama in Italia*, cit., 535 ss.

[231] Cfr. HAMMA, *Public Domain Art in an Age of Easier Mechanical Reproducibility*, D– LIB Magazine, Nov. 2005; CAMPELL WOJCIK M., *The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain*, Hastings Comm&Ent. L.J., 2008, 30, 2, 257.

[232] BENHAMOU Y., *Revised Report on Copyright Practices and Challenges of Museums*, 29 marzo 2019, WIPO SCCR/38/5. Il Report segue due precedenti studi del WIPO in materia e precisamente CANAT J.-F., GUIBAULT L., *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Museums*, 2015, SCCR/30/2 e CREWS K., *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, 2017, SCCR/35/6.

[233] *Ibidem*, 7: "*Although some jurisdictions permit the making available online of works (or parts of works), most interviewees are uncertain about the extent to which museums may do so. Museums either*

– la possibilità per gli utenti di scattare foto-ricordo e condividerle in rete dipende sovente dalle policy adottate da ciascun museo, i quali talvolta avocano a sé il diritto di vietare persino la riproduzione di opere in pubblico dominio [234] o di consentirla dietro pagamento di un compenso [235]. I professionisti sono inoltre fortemente scoraggiati nell'utilizzo delle immagini delle opere, per il timore che – qualunque esso sia– possa essere considerato alla stregua di un uso per finalità commerciali, non consentito. È chiaro, tuttavia, che anche nell'attività di impresa è frequente porre in essere utilizzi ispirati a finalità educative, culturali, ricreative, archivistiche, illustrative o di intrattenimento, ove la finalità di lucro può essere ravvisata solo indirettamente o in senso lato e non per travaso rispetto alla natura profit dell'ente da cui l'uso promana. Il beneficio di consentire tali usi, derivante dal valore culturale che la circolazione delle opere genera, supera di gran lunga l'interesse a proibirli.

4. *Espressioni culturali tradizionali e pubblico dominio*

Come anticipato nei paragrafi che precedono la nozione di bene culturale adottata dal legislatore non comprende beni immateriali. Restano pertanto escluse dall'applicazione della normativa pubblicistica le conoscenze tradizionali e le manifestazioni di "folklore", ovvero, nel senso derivante dall'etimologia della parola (dall'inglese "*folk*" popolo e "*lore*" sapere), il vasto patrimonio culturale costituito da "*tradizioni popolari e loro manifestazioni*" [236]. Queste, incontrano resistenze anche ad essere considerate eleggibili per la tutela offerta dalle privative industrialistiche, con la conseguenza che si ritiene che si tratti di beni tendenzialmente destinati ad accrescere il pubblico dominio.

Il notevole incremento degli scambi culturali portato dalla globalizzazione ha reso accessibili tali espressioni di folklore anche in ambienti lontani dalle zone d'origine, sollevando il problema se esse debbano effettivamente essere considerate riproducibili liberamente, o se invece debbano godere di qualche forma di protezione. Sul punto, il dibattito in seno alle istituzioni langue e fatica ad arrivare ad approdi condivisi. La possibilità che in un futuro non troppo prossimo il quadro normativo possa registrare l'introduzione di diritti di controllo anche su tali forme di conoscenza, suggerisce di fotografarne lo *status quo*.

---

refrain from doing so, or do so only with the authorization of the rightholder, or adopt technological measures to safeguard the interests of rights holders (e.g. with thumbnail and/or low resolution images, or providing access only to researchers and students)". Di conseguenza, "*while most of interviewees have digitized only a small part of their collections due to legal uncertainty (without clear exception)*".

[234] BUTLER K.C., *Keeping the World Safe from Naked-Chicks-in-Art Refigerator Magnets: $e Plot to Control Art Images in the Public Domain through Copyrights in Photographic and Digital Reproductions*, Hastings Communications and Entertainment L. J., 1998, 21, 1, 55.

[235] *Ibidem*, 6: "*Photo-shooting by visitors seems to be permitted by most interviewees, without restriction for public domain works, limited to personal purposes for copyrighted works. Professional photography is however subject to the prior authorization of the museum.…; other interviewees subject photo-shooting to a fee (even for public domain works)*".

[236] DEVOTO, OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990.

4.1. *Il quadro normativo a tutela delle espressioni di folklore tra proprietà intellettuale e diritti umani*

Storicamente, i primi tentativi di proteggere il folklore sono stati mossi nel quadro della legge sul diritto d'autore e diritti connessi, complice la riconduzione di molte espressioni di folklore all'area delle arti (musica, danza, letteratura, artigianato) tradizionalmente coperte dal dominio del diritto d'autore [237].

L'art. 15 (4) Convenzione di Berna, nel prevedere che "*per le opere non pubblicate di cui è ignota l'identità dell'autore, il quale può tuttavia presumersi come appartenente ad un Paese dell'Unione, è riservata alla legislazione di questo Paese la facoltà di designare l'autorità competente a rappresentare l'autore e abilitata a salvaguardarne e a farne valere i diritti nei Paesi dell'Unione*" [238], pur non menzionando espressamente il folklore, è stato identificato come la base normativa per una sua tutela ai sensi del diritto d'autore [239]. Tale norma, che trova ingresso nel nostro ordinamento per il tramite dell'adesione agli Accordi TRIPs [240], si rivolge tuttavia esclusivamente alle espressioni di folklore che soddisfino i requisiti di accesso alla tutela di diritto d'autore e non siano state pubblicate, né cadute in pubblico dominio [241]. Anche in ragione del modesto raggio di applicazione, il legislatore italiano non si è mai avvalso della facoltà di designare l'autorità competente a salvaguardare i diritti dell'autore sconosciuto e mancano nella legge n. 433/1941 disposizioni volte a regolamentare la fattispecie. La norma è stata pochissimo applicata anche a livello internazionale e solo l'India risulta aver effettuato la comunicazione al direttore Generale WIPO. Come osservato in dottrina, tuttavia, essa ha il merito di individuare alcune soluzioni astrattamente mutuabili in eventuali futuri strumenti normativi, ed in particolare, di:

---

[237] BLAKENEY M., *Hans Christian Andersen and the Protection of Traditional Cultural Expressions*, in PORSDAM H. (ed.), *Copyright and Other Fairy Tales. Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, 114; RAGONESI G., *La tutela giuridica del folklore ed il diritto d'autore*, Dir. aut., 2009, 2, 263, 265.

[238] L'inserimento delle "opere non pubblicate di cui è ignota l'identità dell'autore" pare doversi attribuire ad una proposta della delegazione indiana, presentata durante la Conferenza di Parigi del 1971. Cfr. GALTIERI G., *Folklore e diritto d'autore*, Dir. aut., 1973, 3, 381.

[239] Cfr. UNESCO, WIPO, *Model provisions for national laws on the protection of expressions of folklore against illicit exploitattion and other prejudicial actions*, 1985, che conferma tale ipotesi "*It is only the legislative history of the provision that indicates that folklore was (also) intended to be covered*". Per un commento sulla norma si veda RAGONESI G., cit., 268 ss., che sottolinea, tra gli aspetti aspetti positivi della disposizione, l'estensione della tutela alle opere di autori ignoti, circostanza ricorrente quando si tratta di espressioni culturali tradizionali; BERTANI, Commento all'art. 15 CUB, in UBERTAZZI L.C. (ed.), *Commentario breve*, cit., 2019; JABBOUR A., *Folklore protection and national patrimony: Developments and dilemmas in the legal protection of folklore*, Copyright Bullettin, 1982, 17, 1; NIEC H., *Legislative models of protection of cultural property*, Hast. L.J., 1976, 27, 5, 1089; PURI K., *Preservation and conservation of expression of folklore*, Copyright Bull., 1999, 32, 4; WIENER J.G., *Protection of folklore: a political and legal challenge*, IIC, 1987, 18, 59, 67.

[240] L'art. 9 TRIPs stabilisce che "*i membri si conformano agli articoli da 1 a 21 della Convenzione di Berna (1971) e al suo annesso*".

[241] Mentre non si applica alle opere pubblicate, la cui protezione, ai sensi dell'art. 15(3) Convenzione, è affidata all'editore in rappresentanza dell'autore. Cfr. MANSANI L., *La tutela delle espressioni di folklore*, Quaderni di AIDA, 2005, 337, 339.

a) colmare la lacuna della tutela delle opere il cui autore sia sconosciuto;

b) prospettare una soluzione al problema dell'individuazione del soggetto atto a rappresentare l'autore sconosciuto (attraverso la designazione di un'autorità competente da parte del legislatore nazionale);

c) affrontare il problema della durata della protezione (individuata in cinquantanni dal giorno in cui siano state rese legittimamente accessibili al pubblico) [242].

Diversi paesi africani [243], aderenti all'Organizzazione per la proprietà intellettuale africana [244], e sud americani [245], tra gli anni 60' e 80' del secolo scorso, hanno implementato, nelle rispettive leggi di diritto d'autore, modelli di *domaine public payant* [246], che garantissero alle comunità indigene la riscossione di una tassa sull'utilizzo commerciale delle proprie espressioni culturali, tradizionali e folkloristiche [247]. L'idea fu presa in considerazione e approfondita tanto dal WIPO, quanto dall'UNESCO [248], ma la funzionalità del sistema è stata posta in dubbio [249]. Problematica appariva, in particolare, la capacità delle amministrazioni dei paesi in via di sviluppo di sostenere l'onere di raccolta, secondo modalità di funzionamento paragonabili a quelli delle *collecting societies*. Tale meccanismo inoltre non pareva aderente al reale interesse delle comunità indigene, da ravvisarsi piuttosto nell'acquisizione di un potere di controllo sulle proprie espressioni culturali, che non in una remunerazione per la rinuncia ad esso [250].

---

[242] ZUDDAS C., *Commons e diritti d'autore*, Quaderni di AIDA, 2016, 262.

[243] Tra cui Tunisia, Marocco, Algeria, Senegal, Kenya, Mali, Burundi, Costa d'avorio e Guinea, le cui legislazioni sono state largamente influenzate dal Tunis Model Law di cui si dirà *infra*.

[244] Aderenti alla Convenzione di Bangui del 1977, che considerava le opere del folklore come opere originali tutelabili ai sensi del diritto d'autore.

[245] In particolare, Cile e Bolivia.

[246] In argomento, si veda DIETZ A., *Term of Protection in Copyright Law and Paying Public Domain: A New German Initiative*, EIPR, 2000, 22, 11, 506; LIPSZYC D., DIETZ A., GLIHA I., KOJIMA R., GRANINGER G., RUISS G., *Domaine Public Payant and the Socio-Cultural Function of Authors'Rights*, in ALAI Study Days 2010 Vienna – The Duration of Copyright and Related Rights, Medien und Recht Publishing, Vienna, 2010.

[247] LEISTNER M., *Analysis of Different Areas of Indigenous Resources – Traditional Knowledge*, in VON LEWINSKI S., *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Kluwer Law Int., 2003, 84; HARVEY E., *The domaine public payant in comparative law with special reference to Argentina*, Copyright Bulletin, 1994, 28, 4; BROWNE M.F., *Can Culture be copyrighted?*, Current Anthropology, 1998, 39, 2, 193-222, 204, secondo cui "*although there are compelling reasons to be sceptical of some indigenous intellectual property rights proposals currently under discussion, I strongly support efforts to create basic mechanisms for the compensation of native peoples for commercial use of their scientific knowledge, musical performances, and artistic creations*".

[248] Si veda il lavoro dell'UNESCO Committee of Non-Governmental Experts, *Domaine public payant*, Copyright Bulletin, 1982, 16, 3, 59 e DIETZ A., *A Modern concept for the right of the community of authors (domaine public payant)*, Copyright Bulletin, 1990, 24, 4, 13-28. Per un resoconto delle esperienze nazionali e regionali sulla protezione delle espressioni culturali tradizionali si veda WIPO, *Final Report on National Experiences with Legal Protection of Expressions of Folklore*, 25 marzo 2002, WIPO/GRTKF/IC/3/10.

[249] MOUCHET C., *Problems of the Domaine Public Payant*, VLA Art & L., 1983-84, 137.

[250] NIEDZIELSKA M., *The Intellectual Property Aspects of Folklore Protection*, Copyright: Monthly Rev. World Intell. Prop. Org., 1980, 16, 339, 344.

Tali testi normativi consideravano le espressioni di folklore come "*cultural patrimony*" o "*cultural public domain*" [251], escludendo dunque la loro assoggettabilità al diritto d'autore.

I presupposti di tutela della novità ed originalità, nonché della fissazione dell'opera (evidentemente mancanti in materiale antico e trasmesso oralmente) [252], i concetti individualistici di autore e paternità dell'opera (anch'essi in frizione con contenuti per lo più basati su una "autorialità diffusa") [253] e la conseguente difficoltà di individuare soggetti legittimati ad agire [254], la durata limitata della protezione e la sua *ratio* di incentivo alla creatività [255], sono solo alcune delle difficoltà comunemente riscontrate nell'adattare la tutela di diritto d'autore ad una categoria apparsa per sua natura "genuinamente differente" [256].

Mentre il World Copyright Treaty del 1996 non ha dedicato alcuna disposizione alla materia in oggetto, il Trattato sulle interpretazioni, esecuzioni e fonogrammi stabilisce all'art. 2 che i performers legittimati a ricevere tutela siano "*gli attori, i musicisti, i ballerini e le altre persone che recitano, cantano, riportano, declamano, interpretano o comunque fanno oggetto di spettacoli opere artistiche e letterarie o espres-*

---

[251] Espressione utilizzata in particolare dalla legge cilena.

[252] Il problema della compatibilità con il requisito della fissazione dell'opera si pone invero solo in relazione alla legislazione di quegli stati che si sono avvalsi della facoltà di introdurre il suddetto limite di cui all'art. 2, co. 2, Convenzione di Berna, tra cui non rientra l'Italia.

[253] Espressione questa utilizzata da LOFFREDO E., *Invarianza e trasformazione: le linee di accesso della musica tradizionale alla tutela del diritto d'autore*, Relazione al Convegno "Diritti d'autore e tradizione orale", Nuoro, 26-27 giugno 2009, inedita; COTTIER T., PANIZZON M., *Legal Perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection* e COOMBE R., *Protecting cultural industries to promote cultural diversity: dilemmas for international policymaking posed by the recognition of traditional knowledge* in MASKUS K., REICHMAN J. (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005, 570 e 602-604; CORREA C.M., *Traditional Knowledge and intellectual property – Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*, Quaker United Nations Office, Ginevra, 2011; DUTFIELD G., SUTHERSANEN U., *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 335; CARPENTER M.M., *Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to The Needs of a Global Community*, Yale Hum. Rts. & Dev. L.J., 2004, 7, 51, 58, 62.

[254] SCAFIDI S., *Intellectual Property and Cultural Products*, Boston Un. L. Rev., 2001, 81.

[255] Cfr. UNESCO, WIPO, *Model provisions for national laws on the protection of expressions of folklo*re, cit., 1985, 5, secondo cui "*Traditional creations of a community, such as the so-called folk tales, songs, music, dances, designs or patterns, are generally much older than the duration of copyright so that, for this reason alone, a copyright-type protection, limited to the life of the author and a relatively short period thereafter, does not offer to folklore a long enough protection*". In dottrina, si veda KARJALA D.S., KIRKWOOD PATERSON R., *Looking Beyond Intellectual Property in resolving Protection of Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples*, Cardozo J. of Int. and Comp. L., 2003, 11, 633, che rilevano come il regime di tutela dei diritti d'autore offra una protezione limitata nel tempo, mentre le comunità domandano una protezione perenne delle loro espressioni culturali, legata allo sforzo collettivo di mantenere nel tempo le proprie caratteristiche identitarie. D'altro canto, una tutela perenne tradirebbe l'obiettivo dei diritti di proprietà intellettuale di aprire al pubblico il contenuto protetto per permettere alla società di fruirne.

[256] RADONJANIN A., *Folklore, Human Rights and Intellectual Property*, in TORREMANS P. (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights*, cit., 2015, 498-499; FARAH P.D., TREMOLADA R., *Diritti di proprietà intellettuale, diritti umani e patrimonio culturale immateriale*, Riv. dir. ind., 2014, I, 23-24. *Contra* RAGONESI G., cit., 266, secondo cui "*non esistono seri ostacoli giuridici alla tutela del folklore*".

sioni di folklore" [257]. Nel Trattato si stabilisce che l'uso di espressioni di folklore debba essere autorizzato da un'autorità locale competente e che, laddove arrechi benefici economici, questi debbano essere condivisi in parte con gli autori originari dell'espressione, salvo sanzioni per l'uso non autorizzato o pregiudizievole. Anche i diritti connessi a favore di interpreti ed esecutori, tuttavia, non possono soddisfare appieno le esigenze di tutela posto che, al di là dei già menzionati limiti relativi alla loro durata temporalmente limitata, non consentono di prevenire l'utilizzo non autorizzato delle espressioni di folklore in sé e per sé, bensì unicamente della specifica performance ad esse relativa.

Discorso analogo può farsi in relazione alle privative sui segni distintivi apprestate dall'ordinamento. La tutela offerta dai marchi collettivi o di certificazione, piuttosto che dalle indicazioni geografiche e la riserva di registrabilità a favore di chi abbia portato un segno a notorietà extra-commerciale, tramite l'uso "*in campo artistico, letterario, scientifico e sportivo*" [258], hanno riflessi piuttosto ridotti su questa materia [259], non potendo in alcun modo prevenire la riproduzione non autorizzata di prodotti ispirati alle tradizioni culturali locali, purché sotto appellativi diversi da quelli eventualmente registrati dalle comunità d'appartenenza [260].

Discorso analogo vale per la normativa che regola la comunicazione commerciale che, mentre può prevenire che un bene sia ingannevolmente promozionato come proveniente da una certa tradizione manifatturiera locale, quando ciò non corrisponda al vero [261], in nessun caso – in assenza di rivendicazioni ingannevoli – potrà impedire la commercializzazione di un bene ispirato a siffatta tradizione artigiana.

---

[257] Il Trattato non lascia dubbi, dunque, sulla tutelabilità delle prestazioni relative a tali opere. La tutela approntata dal Trattato copriva però esclusivamente rappresentazioni sonore e fonogrammi, mentre non si estendeva alle performances audiovisive. La lacuna è stata colmata dal Trattato di Pechino del 24 giugno 2012, che accorda tutela ai performer con riguardo alle esecuzioni e rappresentazioni di folklore fissate su supporto audiovisivo (art. 2 a).

[258] L'art. 8.3 c.p.i. contiene un'elencazione meramente esemplificativa e può dunque abbracciare anche le espressioni di folklore, riservandone la registrabilità come marchi alle comunità di origine. In questo senso MANSANI L., cit., 339. Sul carattere esemplificativo dell'elencazione si veda tra gli altri AMMENDOLA M., *Lo sfruttamento commerciale della notorietà civile di nomi e segni*, Giuffrè, Milano, 2004, 32.

[259] Esempi di registrazioni di indicazioni geografiche afferenti ad espressioni di folklore sono riportate in WIPO, *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions*, Geneva, 7-15 luglio 2003, WIPO/ GRTKF/IC/5/3, 53.

[260] ZOGRAFOS D., *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010; KAMPERMAN SANDERS A., *Incentives for and Protection of Cultural Expression: Art, Trade and Geographical Indications*, Journal of World Intellectual Property, 2010, 13, 2, 81-93; KUR, A., KNAAK R., *Protection of Traditional Names and Designations*, in VON LEWINSKI S. (ed.), *Indigenous Heritage*, cit., 434.

[261] Vengono il rilievo in particolare gli artt. 21-23 del Codice del consumo, che vietano le pratiche commerciali ingannevoli idonee a indurre in errore il consumatore medio, falsandone il processo decisionale. L'induzione in errore può riguardare le caratteristiche del prodotto, compresa la sua provenienza. Alcuni paesi hanno introdotto norme che vietano espressamente la falsa rivendicazione dei pregi delle tradizioni culturali locali per i prodotti in commercio. È il caso del Indian Arts and Crafts Act, 25 U.S.C.S. § 305 (2018), che, a tutela della comunità di indiani d'America, vieta la vendita di prodotti in maniera tale da "*falsely suggests it is Indian produced, an Indian product, or the product of a particular Indian or Indian tribe or Indian arts and crafts organizations*". La legge non vieta però di produrre abbi-

In dottrina, si è sostenuta la possibilità di una diretta applicazione delle norme a tutela dei diritti umani[262], ed in particolare, oltre all'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU (diritto di proprietà, cfr. cap. 2, par. 8.2.), dei già noti art. 27, co. 2[263] Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, artt. 15, co. 1, lett. c)[264] e 2[265] del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (di seguito anche solo "ICESCR") e artt. 27 (diritti delle minoranze)[266], 19 (libertà di espressione), 1, co. 1 (diritto di auto-determinazione)[267] del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Le tradizionali diffidenze circa la portata prettamente individualistica di tali diritti (in conflitto con la natura tipicamente collettiva delle espressioni di folklore) e la loro portata precettiva rivolta unicamente nei confronti degli stati membri (e non degli individui), sono state superate riconoscendo anche ai diritti personali la capacità di tutelare interessi collettivi, nonché la loro diretta applicabilità ed efficacia anche sul piano c.d. orizzontale, nelle controversie tra individui[268]. In particolare, lo United Nations Committee on Economic Social and Cultural Rights ha espressamente riferito la portata dell'art. 15, co. 2, ICESCR a gruppi di individui e ha invitato gli Stati membri della Convenzione all'adozione di misure volte a:

a) "*ensure the effective protection of the interests of indigenous peoples relating to their productions, which are often expressions of their cultural heritage and traditional knowledge … In implementing these protection measures, States parties should re-*

---

gliamento modellato su indumenti dei nativi americani. Cfr. BAKER K., *Indigenous Appropriation and Protections Provided by Intellectual Property Law*, North Carolina Central Un. Science & Intellectual Property L. Rev., 2018, 11, 1, 111, 119, che riporta anche alcuni casi giurisprudenziali in applicazione di tale normativa.

[262] GRABER C., *Using human rights to tackle fragmentation in the field of traditional cultural expressions: an institutional approach*, in GRABER C.B., NENOVA M.B. (eds.), *Intellectual property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 102.

[263] "*Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author*".

[264] La norma, nel prevedere che "*Gli Stati Parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore*" è stata interpretata nel senso di ricondurre al diritto d'autore la tutelabilità delle espressioni di folklore. V. in particolare U.N. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR), *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant)*, 12 gennaio 2006, E/C.12/GC/17, para. 32.

[265] "*Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura*".

[266] La norma prevede che *"gli individui appartenenti a tali minoranze* [etniche, religiose, o linguistiche] *non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo*".

[267] La norma codifica il c.d. diritto di auto-determinazione dei popoli, stabilendo che "*All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development*".

[268] GEIGER C., *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, IIC, 35, 3, 2004, 268-280.

spect the principle of free, prior and informed consent of the indigenous authors concerned …; where appropriate, they should provide for the collective administration by indigenous peoples of the benefits derived from their productions";

b) "*recognize, register and protect the individual or collective authorship of indigenous peoples under national intellectual property rights regimes and … prevent the unauthorized use of scientific, literary and artistic productions of indigenous peoples by third parties*" [269].

Nel 2007 è stata adottata la Dichiarazione delle Nazione Unite sui diritti dei popoli indigeni, nel cui art. 31 si afferma espressamente che: "*I popoli indigeni hanno diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare il proprio patrimonio culturale, il loro sapere tradizionale e le loro espressioni culturali tradizionali, così come le manifestazioni delle loro scienze, tecnologie e culture, ivi comprese le risorse umane e genetiche, i semi, le medicine, le conoscenze delle proprietà della flora e della fauna, le tradizioni orali, le letterature, i disegni e i modelli, gli sport e i giochi tradizionali e le arti visive e dello spettacolo. Hanno anche diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare la loro proprietà intellettuale su tale patrimonio culturale, sul sapere tradizionale e sulle espressioni culturali tradizionali*" [270].

Sebbene la disposizione fondi un diritto delle popolazioni indigene a proteggere la propria proprietà intellettuale [271] e rappresenti dunque una fondamentale base giuridica per successivi sviluppi normativi, i diritti passati in rassegna sono contenuti in strumenti di *soft law* e presentano natura di enunciazioni di principio, piuttosto che di norme precettive. Ne consegue che gli Stati non sono soggetti ad alcun obbligo di introdurre nei propri ordinamenti diritti proprietari sulle espressioni di folklore. La possibilità di fare diretta applicazione di tali diritti resta inoltre pregiudicata da tutti i dubbi interpretativi (ad esempio circa l'oggetto della tutela e la natura dei beneficiari) che hanno contraddistinto la discussione istituzionale in questi anni [272].

Senza negare la rilevanza delle norme oggetto di riflessione, è condivisa l'opinione che sia i diritti umani, sia i regimi esistenti di tutela della proprietà intellettuale non costituiscono una base giuridica idonea per fornire protezione alla complessa categoria delle espressioni di folklore [273], rendendosi pertanto necessario un intervento legislativo *ad hoc* e la previsione di un diritto *sui generis* [274].

---

[269] U.N. CESCR, *General Comment No. 17*, cit.

[270] *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN GA Res. 61/295, adottata dall'assemblea generale il 13 Settembre 2007, con il voto favorevole di 143 membri, 11 astenuti e 4 membri (Australia, Canada, Nuova Zelanda e gli Stati Uniti d'America) contrari.

[271] In questo senso, COTTIER T., *The Legal Nature of Intellectual Property Rights in Public International Law*, Kritika, Vol. V, di prossima pubblicazione.

[272] MACMILLAN F., *Human Rights, Cultural Property and Intellectual Property: Three Concepts in Search of a Relationship*, in GRABER C., BURRI-NENOVA M. (eds.), cit., 2008, 76-77.

[273] In questi termini, v. UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit., 5, con particolare riferimento al copyright: "*legal protection of folklore by copyright laws and treaties does not appear to have been particularly effective or expedient … Thus it would seem that the measures taken so far in the field of copyright are not sufficient to control the commercial use of folklore, and one has the impression that copyright law is, after all, not the right kind of law for protecting expressions of folklore*"; RADONJANIN, cit., 510;

4.2. *Gli sforzi della comunità internazionale verso il contrasto dell'appropriazione culturale*

I paesi in via di sviluppo si sono per molti anni opposti a questa visione che lascia prive di tutela le loro espressioni creative tradizionali[275]. Le culture indigene, infatti, tendono a non distinguere tra proprietà e non proprietà, ma ciò non di meno possono comunque prevedere delle restrizioni all'utilizzo di certe conoscenze tradizionali, sia sotto il profilo soggettivo (di chi debba considerarsi legittimato), sia dal punto di vista oggettivo (delle circostanze in cui sia possibile farlo). Certe conoscenze, infatti, sono considerate segrete, sacre o comunque parte inalienabile di un patrimonio culturale da tempo immemore, con la conseguenza che considerarle oggetto di pubblico dominio, secondo le categorie proprie del diritto dei paesi occidentali, significa di fatto violarne il carattere confidenziale, giustificarne l'appropriazione illecita ed accelerare il deterioramento del patrimonio culturale di un popolo[276].

Lo sviluppo della tecnologia e la crescente facilità di catturare, riprodurre e rielaborare espressioni di folklore anche per finalità commerciali e senza tenere in conto gli interessi culturali ed economici della comunità d'origine, hanno amplificato la gamma e la frequenza degli abusi[277]. Parallelamente è stato avvertito il senso di ingiustizia per la mancata condivisione con le comunità di appartenenza dei benefici economici derivanti da tale sfruttamento, nonché il rischio che la mercificazione, la stereotipizzazione e l'imitazione delle espressioni culturali tradizionali possa, con il tempo, indebolire, fino a pregiudicare, l'associazione univoca tra l'espressione e la cultura di origine[278], risolvendosi nell'appiattimento culturale, già sperimentato nella stagione post-coloniale[279].

GROSHEIDE W., BRINKHOF J. (a cura di), *Intellectual Property Law: Articles on cultural expressions and indigenous knowledge*, Intersentia, 2002.

[274] Cfr. UNESCO, WIPO*, Model provisions*, cit., 5, "*it appears to be necessary to establish, as regards intellectual property aspects of expressions of folklore, a special (sui generis) type of law for an adequate protection against unauthorized exploitation*". In dottrina si veda TELESETSKY A., *Traditional knowledge: Protecting Communal rights through a Sui Generis System*, in NAFZIGER J.A.R., SCOVAZZI T., *Le Patrimoine Culturel de l'Humanitè/The Cultural Heritage of Mankind*, Brill/Nijhoff, 2008, 297.

[275] VAN CAENEGEM W., *The Public Domain*, cit., 324.

[276] VAN CAENEGEM W., *The Public Domain*, cit., 325; COOMBE R.J., *Fear, Hope and Longing for the Future of Authorship and a Rivitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property*, De Paul Law Rev., 2002-2003, 52, 1171; GIBSON J., *Audiences in Tradition: Traditional Knowledge and the Public Domain* and TAUBMAN A., *The Public Domain and International Intellectual Property Law Treaties*, both in WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar, 2007, rispettivamente pp. 174 e 53.

[277] FICSOR M., *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Folklore*, WIPO National Seminar on Copyright Related Rights and Collective Management, Khartoum, 28 febbraio-2 marzo 2005, febbraio 2005, WIPO/CR/KRT/05/82, 2.

[278] In tale ottica, quindi, il tema si pone come una vera e propria questione di sopravvivenza della cultura delle comunità d'origine: cfr. VÉZINA B., *Curbin Cultural Appropriation in the Fashion Industry*, CIGI Papers No. 19, 2019, 10, secondo cui "*the day that a culture's TCEs are no longer associated with that culture might be the day that that culture has ceased to exist*".

[279] ZIFF B., RAO P.V., *Introduction to Cultural Appropriation: A Framework for Analysis*, in ZIFF B., RAO P. V. (a cura di), *Borrowed Power: Essays on Cultural Appropriation*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1997, 74-76.

Hanno fatto notizia, ad esempio, l'appropriazione da parte del gruppo rock tedesco Enigma di una canzone della comunità Ami di Taiwan, oppure da parte di Sting di alcune melodie tradizionali all'interno del proprio musical Umoja [280]. Il settore della moda è tradizionalmente teatro di numerosi casi di appropriazione culturale [281]: la comunità Sikh ha contestato la scelta di Gucci di far sfilare modelli bianchi con il loro tradizionale copricapo [282], mentre il popolo Mixe ha lamentato l'appropriazione di una propria blusa tradizionale detta *huipil*, da parte della stilista francese Isabel Marant [283]. La questione è anche approdata avanti ai giudici francesi per mano dello stilista Antik Batik che lamentava a sua volta il plagio di un modello della propria collezione [284]. La Corte transalpina ha riconosciuto la paternità del capo di abbigliamento in capo all'etnia messicana [285].

Più spesso, tali episodi sono stati gestiti in sede stragiudiziale, mediante le scuse del brand: è il caso di Nike che ha ritirato dal commercio i propri capi di abbigliamento sportivo che utilizzavano le fantasie dei tatuaggi Pe'a appartenenti alla cultura aborigena delle isole Samoa [286], nonché del designer Kokon To Zai che replicava un parka di pelle di caribù appartenente al popolo Inuit [287] e i motivi geometrici tipici di una tribù di indiani d'America [288]. Sempre mediante scuse pubbliche e ritiro del prodotto dal mercato si è conclusa la vicenda dell'appropriazione da parte dello stilista Tory Burch delle tradizionali *camisolas poveiras,* realizzate a maglia dai mari-

---

[280] Per una analisi di casi sia giudiziali che stagiudiziali si vedano UBERTAZZI B., *Territorial and universal protection of intangible cultural heritage from misappropriation*, in SCOVAZZI T., UBERTAZZI B., ZAGATO L., *op. cit.*, 127 ss., 139 ss.; RIMMER M. (a cura di), *Indigenous Intellectual Property: A handbook of contemporary research*, Edward Elgar, 2015, 133 ss.

[281] Si vedano i numerosi esempi riportati da FARZANEH S.F., *Cultural Appropriation of Traditional Garment Designs in the Post-Star Athletica Era*, Cardozo Arts & Ent. L.J., 2019, 37, 415.

[282] TORTORA F., *I Sikh contro Gucci per il turbante in passerella: non è un capo alla moda*, Corriere della sera, 23 febbraio 2018; e ID., *Il turbante da 790 dollari di Gucci fa arrabbiare la comunità Sikh*, Corriere della Sera, 20 maggio 2019.

[283] *Isabel Marant Cape Draws Claims of Cultural Appropriation from Mexican Culture Ministry*, the fashionlaw.com, 10 novembre 2020 (ultimo accesso 30 aprile 2021).

[284] TGI Paris, N. RG 15/03456, Antik Batik / IM Production.

[285] Cfr. LARSSON N., *Inspiration or plagiarism? Mexicans seek reparations for French designer's look-alike blouse*, The Guardian, 17 giugno 2015; ESCOBEDO SHEPHERD J., *Court Rules High-End French Label Doesn't Own Rights to Indigenous Oaxacan Design*, The Muse, 12 luglio 2015.

[286] Cfr. LONDON B., *Nike forced to pull 'culturally exploitative' leggings after garment sparks outrage among Polynesians*, Daily Mail, 19 Agosto 2013. La casa americana pubblicò una nota del seguente tenore: "*We apologies to anyone who views this design as insensitive to any specific culture. No offence was intended.*"

[287] *U.K. Fashion House Pulls Copied Inuit Design, Here's Their Apology*, CBC/RADIO-CAN, 27 novembre 2015, disponibile al link http://www.cbc.ca/radio/asithappens/as-it-happens-friday-edition 1.3339772/u-k-fashion-house-pulls-copied-inuit-design-here-s-their-apology-1.3339779.

[288] ADRIENNE K., *New York Fashion Week Designer Steals from Northern Cheyenne/Crow Artist Bethany Yellowtail*, nativeappropriations.com, 18 febbraio 2015, disponibile al link http://nativeappropriations.com/2015/02/new-york-fashion-week-designer-steals-from-crow-artist-bethany-yellowtail.html.

nai di Póvoa de Varzim in Portogallo sin dall'800' e ancora indossate per celebrazioni e pellegrinaggi [289].

I rischi reputazionali connessi a tali dinamiche [290] hanno prodotto l'effetto virtuoso di indurre alcuni player del mercato a negoziare accordi di licenza con le comunità interessate. È il caso di Christian Dior che, tramite l'ambasciatore indonesiano a Parigi, ha chiesto ed ottenuto l'autorizzazione all'utilizzo dell'Endek balinese [291] per il design della collezione Primavera/Estate 2021 [292]. Il governo di Bali ha richiesto la presenza nell'accordo di alcune cautele significative, tra cui l'impegno della *maison* a non utilizzare tessuti prodotti fuori dalla provincia di Bali, utilizzando moderne macchine per tessere o altri strumenti di stampa. Si tratta senz'altro di una *best practice* che evidenzia ancora una volta i pregi della autoregolamentazione privata (v. cap. 4, par. 8.2.1), capace, in tale contesto, di generare forme di tutela di fatto delle espressioni culturali, eliminare a monte i rischi reputazionali per le imprese e generare valore per le comunità locali.

Questi episodi hanno portato a criticare il pubblico dominio ed una sua applicazione indiscriminata, perché contribuirebbe ad estendere una visione distorta e pregiudizievole delle conoscenze tradizionali come *global commons*, non proteggibili per mezzo di diritti di privativa. In particolare, si è rilevato come il concetto di pubblico dominio sarebbe storicamente, geograficamente, culturalmente e politicamente contingente: esisterebbero diversi pubblici domini a seconda del gruppo di interesse preso in considerazione [293]. In effetti, ogni eccezione o limitazione al diritto d'autore altro non sarebbe che frutto della volontà politico-istituzionale di tutelare le esigenze di un gruppo di interesse. L'assenza di tutele per il patrimonio culturale delle popolazioni indigene parrebbe dunque ascrivibile alla debole volontà politico-istituzionale, determinata dalla scarsa forza rappresentativa dei gruppi di interesse coinvolti [294].

---

[289] PETTER O., *Tory Burch 'acknowledges mistake' over jumper labelled as mexican: 'we celebrate all cultures'*, Indipendent, 26 marzo 2021. La stilista era stata criticata già in passato per un cappotto praticamente identico a un capo tradizionale rumeno, conservata nel Metropolitan Museum of Art di New York. Dopo le rimostranze, la stilista si è vista costretta a modificare la descrizione del capo, che lo indicava erroneamente come "ispirato alla moda africana", per accreditare la vera fonte di ispirazione.

[290] Per un caso pratico di appropriazione culturale v. TAVELLA M., *Il parere del professionista – La tutela delle espressioni culturali tradizionali*, Dir. ind., 2020, 6, 585.

[291] Si tratta di un filato a trama geometrica. A Bali, i tessuti sono molto più che semplici panni con cui vengono realizzati gli indumenti. A cominciare dal filo e dalla stoffa tessuta, sono un mezzo attraverso il quale la natura divina dell'universo e le sue manifestazioni materiali vengono riconosciute ed espresse.

[292] *Christian Dior Agrees the Use of Balinese Endek Fabrics*, BaliPictureNews, 10 gennaio 2021.

[293] OKEDIJI R.L., *Traditional Knowledge and the Public Domain*, CIGI papers no. 176, giugno 2018, secondo cui "*the public domain cannot be served up at will to deflect the legitimate interests of traditional knowledge holders. The public domain is not a universal "gotcha!" that justifies a ransom in the form of weak or symbolic protection of Indigenous peoples'knowledge. Properly applied, the public domain does not constitute a barrier to the effective protection of traditional knowledge… A custom-built public domain for traditional knowledge is both feasible and desirable. Delineating a public domain specific to traditional knowledge should assuage concerns among critics that new proprietary rights for Indigenous knowledge goods pose a threat to science and innovation*".

[294] DEAZLEY R., cit. 31.

Secondo la corrente di pensiero opposta, la privatizzazione della *traditional knowledge* si porrebbe in contrasto con il suo carattere di patrimonio culturale frutto dell'accumulazione di conoscenze tramandate nel corso dei secoli: come tali non riconducibili a singoli individui[295]. Inoltre, la natura di pubblico dominio di conoscenze tradizionali ed espressioni culturali tradizionali sarebbe essenziale al fine di permettere la loro rivitalizzazione e rigenerazione. Nessuno, infatti, sarebbe in grado di creare o innovare se il patrimonio culturale già esistente fosse oggetto di esclusiva. L'effetto sarebbe una sorta di "congelamento" del patrimonio culturale di un paese, considerato che un regime di diritti di privativa inibirebbe l'attenzione degli artisti contemporanei verso la reinterpretazione in chiave moderna dei motivi della cultura tradizionale[296].

Negli ultimi cinquant'anni, da quando il tema del folklore e la questione della sua potenziale protezione legale sono stati sollevati per la prima volta[297] all'attenzione della comunità internazionale nel corso della conferenza diplomatica di Stoccolma del 1967 (cui si deve l'introduzione dell'art. 15(4) della Convenzione di Berna)[298], molto è stato fatto in questo campo.

A seguito di una richiesta pervenuta nel 1973 dal governo Boliviano[299], l'UNESCO ha avviato studi sulla desiderabilità di un intervento normativo a protezione delle manifestazioni di folklore a livello internazionale, istituendo a tal uopo, nel 1977, un Comitato di Esperti sulla Protezione Giuridica del Folklore.

---

[295] BRICENO MORAIA L., *Risorse genetiche, traditional knowledge e brevettabilità dell'invenzione. Le richieste di tutela del Perù*, Dir. comm. internaz., 2006, 865.

[296] HAIGHT FARLEY C., *Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?*, Conn. L. Rev., 1997, 30, 1. Su questa posizione si attesta anche l'Unione Europea nel position paper WIPO, *Expressions of Folklore*, 16 maggio 2002, WIPO/GRTKF/IC/3/11: "*those who advocate IP protection for their own expressions of folklore would create monopolies of exploitation and would naturally then be faced with monopoly claims from other regions. Exchange or interaction could thus be made more difficult, if not impossible. Indeed, IP protection should only be used where appropriate and beneficial to society in that it stimulates creativity and investment while respecting the interests of others and of society at large. If expressions of folklore were fully protected, this could almost have the effect of casting it in concrete. Folklore may thus not be able to evolve and may risk its very existence as it would lose one of its main features: its dynamics. There is a point where a line must be drawn between the public domain and protected IP. […] the realm of IP protection should not be extended to a point where it becomes diffuse and legal certainty diluted.*". Sul punto si veda anche WIPO, *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions*, cit., punto 27. *Contra* LIXINSKI L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford University Press, 2013, 199 e RADONJANIN A., *op. cit.*, 462, secondo cui la costituzione di diritti non equivarrebbe a sottrarre il folklore dal pubblico dominio, bensì ad istituire un "*bounded or softly regulated public domain*".

[297] Per la precisione, in occasione della Conferenza intergovernativa del diritto d'autore svoltasi a Ginevra nel 1952, durante la quale venne adottata la Convenzione universale del diritto d'autore, la delegazione jugoslava propose di inserire nell'elenco delle opere protette "les oeuvres de l'art National", ma senza alcun seguito. Per una descrizione dettagliata del dibattito internazionale in argomento si veda ZUDDAS C., cit., 253.

[298] Cfr. DE SANCTIS V.M., *La Conferenza diplomatica di Stoccolma della proprietà intellettuale*, Dir. aut., 1967, 3, 338.

[299] Si narra che l'attenzione del paese verso il tema fu destata dal successo ottenuto dalla cover di Simon & Garfunkel de "El Condor Pasa" (canzone ispirata alle melodie andine). Cfr. HAFSTEIN V., *Célébrer les differences, renforcer la conformité*, in BORTOLOTTO C., ARNAUD A., GRENET S. (a cura di) *Le Patrimoine culturel immatériel: Enjeux d'une nouvelle catégorie*, Maison des Sciences de l'homme, Parigi, 2011, 76-77.

L'opportunità di indagare gli aspetti legati alla proprietà intellettuale del folklore portava al coinvolgimento del WIPO e all'istituzione di un gruppo di lavoro congiunto, composto da sedici esperti nominati dai direttori generali delle organizzazioni governative coinvolte.

Il dibattito così innescato ha portato all'adozione di accordi concernenti modelli di legge da adottarsi a livello nazionale per assicurare un'idonea tutela alle espressioni culturali tradizionali.

Il primo di questi fu il Modello di Tunisi approvato nel 1972, che introduceva una protezione *sui generis* per le opere di folklore, sostanzialmente analoga, nei contenuti, a quella di diritto d'autore, benché senza limiti di tempo [300].

A seguire, nel 1985, il Comitato di esperti governativi sugli aspetti di proprietà intellettuale della tutela delle espressioni di folklore adottava le *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* [301] affinché costituissero terreno fertile per realizzare una tutela internazionale, regionale e nazionale delle espressioni di folklore.

Il documento abbandonava definitivamente la strada del diritto d'autore, privilegiando viceversa l'introduzione di un diritto *sui generis*. In particolare, si optava per un regime autorizzatorio preventivo, correlato a sanzioni in caso di utilizzo non autorizzato (c.d. sistema di "*previous clearance*"), preferendolo ad uno schema di controllo successivo (c.d. sistema di "*subsequent check*"), con scarsa capacità di prevenzione dell'illecito e foriero di maggiori incertezze interpretative circa la portata degli usi consentiti e di quelli vietati. Nel dettaglio, tale regime subordinava ad apposita domanda da parte dell'utilizzatore e conseguente autorizzazione da parte dell'autorità amministrativa competente, a titolo gratuito o oneroso, ogni pubblicazione, riproduzione, distribuzione di copie, recitazione o performance pubblica, trasmissione con o senza cavo ed ogni altra forma di comunicazione al pubblico delle espressioni di folklore (art. 3), avente scopo di lucro e posta in essere al di fuori del "contesto tradizionale o consuetudinario" [302].

Conseguentemente l'impostazione adottata considerava l'utilizzo delle espressioni di folklore generalmente vietato, salvo in presenza di autorizzazione o di libere utilizzazioni specificamente previste nel testo.

Il ricorso ad una autorità con funzione di vigilanza consentiva di scansare ogni problematica concernente il tema della proprietà delle espressioni di folklore, che avrebbe portato con sé questioni interpretative non banali, fortemente incise dalle tradizioni giuridiche nazionali [303].

---

[300] Si prevedeva che i proventi derivanti dallo sfruttamento economico dei diritti sulle espressioni di folklore fossero amministrati da autorità locali e utilizzati a beneficio dei creatori delle espressioni.

[301] UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit.

[302] Le suddette condizioni dovevano considerarsi cumulative (cfr. UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit., commento n. 41): "*This means, among other things, that an utilization – even with gainful intent – within the traditional or customary context is not subject to authorization. On the other hand, an utilization, even by members of the community of origin of the expression, requires authorization if it is made outside that context and with gainful intent*". Per contesto "tradizionale" si intendeva "*the way of using an expression of folklore in its proper artistic framework based on continuous usage by the community*", mentre "consuetudinario" veniva definito l'uso "*in accordance with the practices of everyday life of the community*" (commento n. 42).

[303] V. UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit., commento n. 49 di accompagnamento al testo che

L'oggetto di tutela era individuato in "*productions consisting of characteristic elements of the traditional artistic heritage developed and maintained by a community or by individuals reflecting the traditional artistic expectations of such a community*" [304]. La definizione faceva riferimento solo alle espressioni "artistiche", tali da sollecitare il senso estetico dell'uomo, connotando pertanto il folklore come una *species* del patrimonio culturale di una nazione. Conseguentemente, venivano escluse dalla tutela proposta le credenze tradizionali, le tesi scientifiche, le leggende o i semplici costumi [305].

Unico requisito di tutela veniva individuato nella presenza di "*elementi caratteristici*" della comunità, ovvero, riconosciuti dalla stessa "*as representing a distinct traditional heritage of a community*". Si richiedeva, dunque, una sorta di capacità distintiva o individualizzante dell'espressione di folklore capace di identificare la comunità di origine, in maniera non troppo dissimile dalla capacità del marchio di segnalare la provenienza imprenditoriale. Parametro di riferimento per compiere tale valutazione era individuato nella comunità di riferimento. Doveva, in altre parole, verificarsi l'esistenza di un consenso tacito da parte della comunità circa la autenticità del folklore, quale forma di espressione distintiva ed individualizzante della comunità stessa [306].

Venivano inoltre previste alcune eccezioni e limitazioni (art. 4), sulla falsariga di quelle previste dalla legislazione di diritto d'autore, relative ai casi di utilizzo per scopi educativi, illustrativi, trasformativi (ovvero finalizzati alla realizzazione di opere derivate), informativi o di reportistica foto-cinematografica.

Si prevedeva, inoltre, l'obbligo di accreditare l'origine dell'espressione, facendo menzione della comunità e/o dell'area geografica di derivazione.

Curiosamente, l'utilizzo non autorizzato delle espressioni di folklore era considerato fonte di responsabilità penale per l'utilizzatore, in presenza di mala fede o negligenza (ovvero solo in ipotesi di violazione consapevole o colpevole) [307]. Ciò senza

---

sottolinea "*Who should be entitled to authorize the utilization of expressions of folklore depends very much on the situation as regards ownership of them and necessarily varies according to different legislations on the Subject*" e apre alla possibilità di investire del potere autorizzativo alternativamente le comunità stesse o una pubblica amministrazione come il Ministero per i beni culturali.

[304] Seguiva un elenco esemplificativo (UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit., commento n. 37) comprensivo delle più tipiche forme di folklore, da suddividersi a seconda che richiedessero o meno necessariamente la loro materializzazione su supporto: nella prima categoria si annoveravano "*(i) verbal expressions, such as folk tales, folk poetry and riddles; (ii) musical expressions, such as folk songs and instrumental music; (iii) expressions by action, such as folk dances, plays and artistic forms or rituals".* Nella seconda, invece, si enumeravano *"(iv) tangible expressions, such as: (a) productions of folk art, in particular, drawings, paintings, carvings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metalware, jewellery, basket weaving, needlework, textiles, carpets, costumes; (b) musical instruments*". Il termine "produzioni" veniva adottato col proposito di sottolineare la natura peculiare ed a sé stante dell'oggetto di tutela rispetto alle "opere" coperte dal diritto d'autore (si veda il commento n. 32 al testo).

[305] UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit., commenti n. 33 e 34. Restava inoltre irrilevante se l'espressione di folklore traesse origine dalla creatività collettiva della comunità o singola di un individuo espressione della stessa.

[306] UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit., commento n. 36.

[307] L'art. 6 utilizza infatti l'espressione "*Any person who willfully [or negligently] does not comply with the provisions of Section 5, paragraph 1, shall be liable to …*".

pregiudicare l'applicabilità dei rimedi civilistici del risarcimento del danno, sia patrimoniale (da calcolarsi, in particolare, nella misura del prezzo del consenso), sia non patrimoniale, per l'eventuale *vulnus* all'immagine della comunità, cagionato dall'uso distorto dell'espressione di folklore. Non si prevedevano limiti di durata, sul presupposto che "*the protection of the expression of folklore is not for the benefit of individual creators but a community whose existence is not limited in time*" [308].

Il diritto *sui generis* così introdotto avrebbe dovuto lasciare impregiudicata ogni altra forma di tutela ai sensi della normativa in materia di proprietà intellettuale ed industriale esistente (art. 12). Si dava ingresso, pertanto, ad una duplicazione di protezione delle opere del folklore, potenzialmente inquadrabili sia nella normativa *sui generis*, sia nel diritto d'autore. Tale eventualità è stata criticata in quanto potenzialmente idonea a creare "*un serio ostacolo alla libera utilizzazione a livello mondiale delle opere espressione di tradizioni culturali diverse cadute in pubblico dominio con grave danno per la cultura ed il suo sviluppo a livello globale*" [309].

Nel corso della Conferenza Generale UNESCO, tenutasi a Parigi il 15 novembre 1989, si adottarono le "Raccomandazioni sulla salvaguardia delle tradizioni culturali e del folklore", contenenti l'invito agli Stati ad introdurre nei propri ordinamenti gli strumenti di tutela indicati nelle *Model Provisions*. L'adozione delle norme in oggetto restava tuttavia integralmente lasciata alla discrezionalità degli stati, i quali si sono dimostrati scarsamente propensi a darvi seguito [310]. La Raccomandazione fu anche aspramente criticata per aver preso in considerazione il folklore come "oggetto" di tutela, ignorando invece la necessità di salvaguardare a monte anche i sistemi di produzione, mantenimento e trasmissione delle espressioni culturali, e di coinvolgere all'uopo le comunità originariamente detentrici dell'accesso e le organizzazioni portatrici di interesse [311]. Ciò ha reso evidente che la tutela delle espressioni di folklore non avrebbe potuto prescindere dalla adozione di un trattato vincolante a livello internazionale.

La necessità di ampliare l'oggetto dell'indagine oltre le sole espressioni artistiche, ha spinto il WIPO ad estendere l'analisi alle c.d. "conoscenze tradizionali", definite come "*tradition-based literary, artistic or scientific works; performances; inventions; scientific discoveries; designs; marks, names and symbols; undisclosed information;*

---

[308] UNESCO, WIPO, *Model provisions*, cit., commento n. 65.

[309] RAGONESI G., cit., 289, che ritiene il cumulo di tutele "non giustificato", determinando anche problemi di individuazione del soggetto legittimato ad autorizzare l'utilizzo dell'opera.

[310] Solo sei Stati all'inizio degli anni '90 avevano dato seguito all'attuazione del testo sul piano nazionale. Cfr. ZUDDAS C., *Strumenti e modelli per la tutela giudica delle espressioni culturali tradizionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 25 s.; BLAKE J., *Developing a new standard-setting*, cit., 383; LUCAS-SCHLOETTER A., *Folklore*, in VON LEWINSKI S. (ed.), *Indigenous Heritage*, cit. 345. Per un approfondimento sulle esperienze nazionali che hanno dato attuazione alle *Model Provisions*, tra cui quelle di Australi e Nuova Zelanda, v. MANSANI L., *La tutela delle espressioni di folklore*, cit., 346 ss.

[311] Cfr. MCCANN A., *The 1989 Recommendation Ten Years On: Towards a Critical Analysis*, in SEITEL P. (a cura di), *Safeguarding Traditional Cultures: A Global Assessment of the 1989 Unesco Reccomendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, Center for Folklife and Cultural Heritage Smithsonian Institution, Washington D.C., 2001, 57-61; BLAKE J., *On Developing a New International Convention for Safeguarding Intangible Cultural Heritage*, Art Antiquity and Law, 2003, 8, 4, 381-412.

and all other tradition-based innovations and creations resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields". Ad esse è dedicato il *Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge*[312], con cui il WIPO ha inteso documentare le esigenze di tutela, in termini di proprietà intellettuale, avanzate dai detentori di conoscenze tradizionali.

Input permanente ai lavori è stato dato tramite l'istituzione nel 2000 dell'*Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, quale foro di discussione ed incontro tra gli stati, le ONG e gli esponenti dei diversi interessi in gioco[313]. Nel corso della sua XVI sessione, gli Stati Membri hanno richiesto al WIPO di predisporre un documento informativo per meglio comprendere il significato del termine "pubblico dominio" nel sistema di protezione delle conoscenze tradizionali e delle espressioni culturali tradizionali[314]. Parallelamente, è stato condotto uno studio sul rapporto tra conoscenze tradizionali e istituzioni museali e sulle *best practices* da queste adottate per una gestione delle collezioni rispettosa degli interessi delle comunità di provenienza[315].

Ad essi ha fatto seguito ed è tutt'ora in corso[316] un procedimento legislativo a livello internazionale inteso a creare per la prima volta uno strumento normativo vincolante a tutela di queste realtà, sebbene alcuni paesi vantino già una legislazione a riguardo[317].

I lavori sono ormai in corso da decenni e lontani da una conclusione: le posizioni delle parti sono notevolmente distanti e le proposte sono soggette a continui emendamenti[318]. Si è persino giunti a concludere "*che è presumibilmente improbabile, se non impossibile, giungere a un unico schema internazionale universale per proteggere le espressioni del folklore in grado di rispondere alle priorità e alle caratteristiche, giuridiche e culturali, proprie di ogni singolo ordinamento giuridico*" [319].

---

[312] WIPO, *Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders*, WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Ginevra, 2001.

[313] Per approfondimenti circa l'organo si veda ROBINSON F., ABDEL-LATIF A., P. ROFFE (eds.), *Protecting Traditional Knowledge: The WIPO Intergovernamental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources and Folklore,* Routledge, The Hague, 2017.

[314] WIPO, *Note on the Meanings of the Term "Public Domain" in the Intellectual Property System With Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*, 24 novembre 2010, WIPO/GRTKF/IC/17/I4F/8.

[315] TORSEN M., ANDERSON J., *Intellectual Property and the Safeguarding of Traditional Cultures. Legal Issues and Practical Options for Museums, Libraries and Archives*, WIPO, 2010.

[316] Il mandato del Comitato Intergovernativo è stato rinnovato dall'assemblea degli Stati Membri WIPO (59° sessione, 30 settembre – 9 ottobre 2019) per il biennio 2020/2021. Cfr. https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/pdf/igc_mandate_2020-2021.pdf (ultimo accesso 1.5.2021).

[317] V., in particolare, la legge peruviana n. 27811 del 24 luglio 2002, art. 13, che istituisce il regime di protezione delle conoscenze collettive dei popoli indigeni o la legge della Repubblica del Kirghizistan sulla protezione delle conoscenze tradizionali del 2007. Anche alcuni paesi in via di sviluppo, tra i quali ad es. Algeria, Kenya e Rwanda, già prevedono all'interno del proprio regime di copyright, una specifica protezione per le espressioni di folklore.

[318] Critico RADONJANIN A., *Folklore*, cit., 503, secondo cui "*the efforts made by WIPO, while indisputably valuable, are far away from reaching a practically functional form*".

[319] RAGONESI G., cit., 289-290, che ritiene "*preferibile pensare a delle modifiche alla Convenzione di*

Allo stato, in sostanza, sono molto maggiori le domande che non le risposte e difetta un consenso all'interno della comunità internazionale circa le caratteristiche essenziali del regime di tutela *in fieri*. L'identificazione dell'oggetto della tutela e la sua formalizzazione in una definizione adeguata sono tra i problemi principali ancora irrisolti. Il termine *"espressioni culturali tradizionali"* ha finito per prevalere sulle formule *"folklore", "espressioni di folklore", "patrimonio culturale immateriale", "conoscenze tradizionali", "conoscenze indigene" o "patrimonio indigeno"* che sono state via via considerate per definire la portata dell'intervento [320]. Sul piano sostanziale, si discute se debba privilegiarsi una definizione ampia e non esaustiva, come vorrebbero i paesi in via di sviluppo, oppure una formula di stretta interpretazione, sulla scorta degli interessi dei paesi sviluppati [321]. A complicare il quadro, occorre considerare che le espressioni di folklore emergono in una vastissima gamma di forme diverse, dai costumi, alle espressioni artistiche, ai prodotti dell'artigianato, alle tecniche di produzione.

Le incertezze sono anche maggiori, laddove si tratti di individuare i soggetti beneficiari della protezione, comunemente identificati con l'espressione "popolazioni indigene". In pratica, più di una comunità potrebbe rivendicare l'appartenenza di una medesima espressione di folklore, oppure, le stesse potrebbero essere ricondotte a più comunità, complici la prossimità geografica, la storia comune o gli episodi migratori.

Pare, invece, a chi scrive che, specialmente a livello europeo, potrebbe guardarsi all'esperienza della Direttiva 2012/28/UE sulle opere orfane, per mutuare alcune delle opzioni di regolamentazione ivi vagliate (cfr. cap. 4 par. 9). Tra le soluzioni emerse in sede di lavori preparatori e poi non accolte nel testo normativo, merita ricordare l'ipotesi di delegare ad un'autorità pubblica (in ipotesi, una società di gestione collettiva, con mandato di rappresentanza *ex lege* delle comunità indigene) l'elaborazione, dopo aver effettuato un censimento (o ricerca diligente) delle opere interessate, di una licenza *ad hoc* in grado di garantire certezza giuridica all'utilizzatore. Tale soluzione, già avanzata in dottrina [322], parrebbe altresì compatibile, sul piano internazionale, con l'art. 15(4) CUB, salvo per quanto concerne la limitazione temporale della tutela che, applicata ad opere per natura estremamente risalenti, non convince. Al fine di tutelare l'interesse della comunità di riferimento a che una determinata espressione non venga resa pubblica, la concessione della licenza dovrebbe comunque restare subordinata al consenso di questa.

Berna", tra cui la "*più rilevante potrebbe consistere nel fatto di riaprire i termini di protezione per le opere cadute in pubblico dominio*", con riconoscimento dei diritti d'autore comunemente previsti per tutte le opere dell'ingegno, ovvero di un diritto ad un equo compenso, sempre per un limitato periodo di tempo.

[320] Sulle questioni terminologiche si vedano BLAKENEY M., *The Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law*, EIPR, 2000, 22, 6, 251-261; GIRSBERGER M.A., *Legal Protection of Traditional Cultural Expressions: A Policy Perspective*, in GRABER C., BURRI-NENOVA M. (eds.), *op. cit.*, 123-149.

[321] PALETHORPE S., VERHULST S.G., *Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*, University of Oxford, 2000, 6.

[322] ZUDDAS C., cit., 264-265, che rileva come esistano già modelli organizzativi collettivi virtuosi che operino in questo senso, come ad esempio la Sàmikopiija, ente che cura i diritti di riproduzione delle opere dell'etnia Saami, presente nella penisola scandinava ed in Russia.

L'adozione di un quadro regolatorio dell'utilizzo delle espressioni culturali tradizionali, pur ponendosi come ennesima e ulteriore misura restrittiva degli spazi di pubblico dominio, pare non di meno la soluzione preferibile. L'attuale lacuna normativa determina infatti una situazione di incertezza del diritto che nuoce all'interesse.

– sia delle comunità indigene, che si vedono private di ogni forma di remunerazione e controllo sul prodotto della propria "industria" culturale;

– sia ai potenziali utilizzatori che sono frenati dall'attingere a tale bagaglio culturale per il timore di attirarsi il biasimo delle comunità di origine, con il danno reputazionale che ne può conseguire.

Pur a fronte di un restringimento delle aree di libera utilizzazione, l'individuazione precisa dei soggetti aventi diritto, la definizione dei poteri in capo a questi e delle condizioni di fruizione dei beni rappresenterebbe pertanto un beneficio certo per tutti i portatori di interesse.

A conclusione del capitolo, pare pertanto evidente come la normativa di diritto d'autore analizzata nel cap. 4 non sia in sé sufficiente a definire l'area di pubblico dominio del capitale intellettuale, dovendo piuttosto essere integrata e coesistere con un reticolo di norme complementari. Il diritto di proprietà sul *corpus mechanicum*, i diritti di immagine sui beni o i soggetti ritratti, la normativa pubblicistica a tutela dei beni culturali, sono tutte idonee a restringere ulteriormente l'accesso e la disponibilità al capitale intellettuale. Questi diritti, peraltro, non soffrono di limitazioni temporali e sono temperati da eccezioni per finalità di uso personale o privato, insegnamento, libertà di informazione o di cronaca, interpretate restrittivamente e inapplicabili in ipotesi di scopo lucrativo.

La considerazione da parte dell'ordinamento dei beni culturali immateriali, ed in particolare delle espressioni di folklore e delle manifestazioni culturali tradizionali, si presenta a tutt'oggi ancora estremamente carente, sia a causa di una radicata concezione che identifica i beni culturali solo o principalmente come oggetti materiali, sia delle difficoltà di raggiungere un consenso, in seno alle istituzioni internazionali, circa gli strumenti più appropriati per regolare una realtà multiforme e variopinta di usi e costumi, fortemente radicati nelle comunità nazionali (e non), da cui promanano.

Occorrerà attendere passi avanti in tal senso per rimuovere il diffuso senso di incertezza che regna ancora nella determinazione degli usi leciti del capitale intellettuale tradizionale e definire, di conseguenza, in maniera più chiara e stabile l'area del pubblico dominio.

6.
Conclusioni

1. *Stato dell'arte*

Il pubblico dominio è stato per anni del tutto trascurato, se non addirittura ignorato, dalla letteratura scientifica. Plausibile spiegazione è stata ravvisata nella risalente tradizione di pensiero che escludeva "*dall'interesse di studio e di riflessione del giurista tutto ciò che gli appare oggetto di godimento così generalizzato da non esigere di protezione specifica*" [1]. La concezione del pubblico dominio come concetto opposto e contrario di "proprietà" [2] e dunque come bene in sé non appropriabile risultava incompatibile con ogni percezione dello stesso come risorsa valorizzabile e meritevole di attenzione e tutela [3].

Tradizionalmente, d'altronde, la stessa espressione "cadere in pubblico dominio" veicolava un messaggio negativo, come se un'opera dell'ingegno o un'invenzione perdesse il riferimento al proprio autore/inventore, inteso come il responsabile della sua diffusione e sfruttamento, per divenire "orfana" dello stesso, proprietà di nessuno e dunque destinata all'oblio [4].

Anche da un punto di vista di analisi economica del diritto, si è a lungo sostenuto come la creazione e lo sfruttamento di risorse informative a livelli di ottimizzazione fosse possibile solo sotto un regime di controllo privatistico, piuttosto che di dominio collettivo [5]. La nota tragedia dei beni comuni di Hardin individua la proprietà

---

[1] RESCIGNO P., *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, Quad. fior., 1976-1977, I, 861 ss., 877.

[2] BOYLE, J., *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, Law and Contemp. Probs., 2003, 66, 59-60, 68.

[3] SAMUELS E., *op. cit.*, 137, fu uno dei primi autori ad esprimere scettiscismo sul pubblico dominio sia come concetto a sé stante, sia come elemento fondante dei diritti di proprietà intellettuale. Più neutro l'approccio di MERGES R.P., *The End of Friction? Property Rights and Contract in the "Newtonian" World of On-line Commerce,* Berkeley Tech. L.J., 1997, 12, 115, 134-135, che considera il pubblico dominio come un sussidio agli utenti, piuttosto che qualcosa cui il pubblico abbia titolo.

[4] In *Eldred v. Reno*, 239 f.3d 372, 379 (D.C. Cir. 2001), Judge Ginsburg osservava come fosse un "*romantic non-sense*" credere che fosse preferibile che le opere stiano in pubblico dominio: infatti le opere che non sono più nella proprietà privata dei loro autori "*disappear – not enter the public domain but disappear*".

[5] Si v. BAIRD D.G., *Does Bogart Still Get Scale? Rights of Publicity in the Digital Age,* Green Bag. An Entertaining Journal of Law (Second Series), 2001, 4, 4, 357, che si schiera espressamente contro Kaplan: "*Many follow Kaplan and believe that preserving the public domain is a principal goal of intellec-*

pubblica e privata come l'unica strada per evitare i fallimenti di mercato connessi allo sfruttamento collettivo. Solo a distanza di anni si realizzarono le esternalità negative generate dal sotto-utilizzo di una risorsa, conseguente al diritto di esclusione vantato su di essa ed Elinor Ostrom si è fatta portavoce di una nuova sostenibilità della proprietà comune.

Il dibattito su questo fronte si è però concentrato quasi esclusivamente sui beni materiali, quali unico oggetto della proprietà tradizionalmente intesa, limitandosi a sottolineare l'eterogeneità dei beni comuni e la possibilità di ricondurvi, in principio, anche risorse immateriali come la cultura e la conoscenza.

Il volume riprende e sviluppa questo discorso, muovendo dal presupposto per cui anche i beni immateriali si muovono in uno schema analogo a quello prefigurato dalla tragedia dei comuni e i diritti di proprietà intellettuale sono già stati posti *ab origine* dal legislatore come strumento di regolazione del mercato e risoluzione di questo dilemma tra proprietà e dominio pubblico. Essi si propongono, infatti, di limitare l'accesso ai beni intellettuali quel tanto che basta a determinarne una condizione di scarsità e a creare una domanda di accesso a pagamento, cosicché siano ripagati (e dunque resi possibili) gli investimenti in arte, tecnologia, creatività, ricerca e produzione culturale. In ciò, la proprietà intellettuale si pone come ingrediente fondamentale per una buona conformazione del mercato, cosicché per dirla con Stiglitz, "*if we do not design this legal framework properly, however, it may actually impede innovation*" [6].

Il problema nasce dal fatto che tanta è stata l'attenzione assorbita dall'esigenza positiva che la proprietà intellettuale si propone di soddisfare (la tutela del prodotto dell'ingegno umano), che è rimasta significativamente trascurata l'altra faccia della medaglia: l'esigenza negativa (pur sempre immanente ai regimi di proprietà su beni immateriali) di non limitare l'accesso più dello stretto necessario.

È dunque possibile affermare che per lungo tempo il concetto di pubblico dominio è stato considerato come un mero "dato di fatto", come una presenza naturalmente immanente nel diritto di proprietà intellettuale [7]. Ciò ha di fatto impedito che ne sia stata adeguatamente riconosciuta la funzione ed il valore, tanto dal legislatore, quanto dal formante giurisprudenziale.

---

tual property law. In this paper, however, I ask whether this intuition still makes sense. Perhaps the principal problem is no longer one of preserving the public domain but understanding how the law of intellectual property should function in a world in which our cultural icons and symbols are increasingly privately owned. To a very large extent, Kaplan's frontier may no longer exist". In senso analogo, SAMUELS E., *op. cit.*, 160-161, sostiene che nessuno possa affermare con certezza che un ricco pubblico dominio serva l'interesse pubblico meglio di quanto non farebbe la proprietà privata. *Contra* ZIMMERMANN D.L., *Is there a right to have something to say – One view of the public domain*, Fordham L. Rev., 2004, 73, 297, 309, che osserva come un regime di largo pubblico dominio è stato visto all'opera per generazioni negli Stati Uniti, dimostrandosi perfettamente compatibile con un alto livello di welfare sociale ed intellettuale. L'idea per cui elevate standard di tutela della proprietà intellettuale garantirebbero risultati migliori è priva allo stato di evidenza empirica.

[6] STIGLITZ J.E., *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, Duke L.J., 2008, 57, 1639-1724, 1700.

[7] ZIMMERMANN D.L., *Is there a right to have something to say*, cit., 301: "*historically, no pressing need existed to defend the centrality of a rich public domain or even to define its components in detail because the importance of keeping as much communicative material as possible out of private control was simply assumed*".

Da anni è ormai in atto una riscoperta del pubblico dominio e della sua importanza. Essa si deve, in prima battuta, agli scritti di David Lange che, negli anni '80 del secolo scorso negli Stati Uniti, teorizzò il diritto di ciascun membro della collettività ad avere un eguale diritto di modifica, rielaborazione e trasformazione dei contenuti in pubblico dominio, nonché di rivendicarne la comune proprietà, opponendosi ai tentativi di abuso e appropriazione indebita.

Da una decina di anni a questa parte la questione della tutela del pubblico dominio è giunta sul tavolo delle istituzioni internazionali ed europee. Ad oggi, sono già stati raccolti i primi frutti del dibattito in corso, con l'introduzione della Direttiva europea sulle opere orfane (v. cap. 4, par. 9) e delle Direttive sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (v. cap. 4, par. 3.6) e sul riutilizzo delle informazioni del settore pubblico (v. cap. 3, par. 5) e l'avvio e la crescita su scala globale di politiche e strategie di digitalizzazione del patrimonio librario e artistico (v. cap. 4, par. 8) e adozione di licenze aperte per favorire la libera circolazione di contenuti (v. cap. 4, par. 4.2).

2. *La deriva monopolistica*

Al netto di queste istanze che – va detto – attecchiscono e trovano terreno sempre più fertile nella società civile, si è assistito ad una tendenza uguale e contraria al rafforzamento dei diritti di privativa. Anzi, è più corretto dire che l'interesse teorico e istituzionale per il pubblico dominio e la sua conservazione sia nato proprio come emblema della critica contro i diritti di proprietà intellettuale e la loro "deriva monopolistica". Le nuove tecnologie della società dell'informazione, prima ancora che essere viste come una straordinaria porta d'accesso al sapere, sono state percepite come una possibile minaccia per la tutela dei diritti di privativa, costruiti e pensati per un mondo ancora analogico. Di qui, il legislatore ha via via irrobustito gli argini dei diritti di privativa, ampliando il ventaglio degli strumenti rimediali, a carattere sia giuridico, che tecnologico. Per converso, lo stesso legislatore è rimasto oltremodo timido nel salvaguardare gli spazi di libera fruizione dei contenuti protetti. Da questo punto di vista, l'armonizzazione europea ha proceduto a due velocità: mentre si è avanzati compatti nella direzione di ampliare la portata dei diritti degli autori, riducendo al massimo il margine di discrezionalità concesso alle autorità nazionali in sede di recepimento nell'ordinamento interno, al contrario gli spazi di libera fruizione sono stati lasciati all'arbitrio dei governi, che hanno condotto armonizzazioni estremamente eterogenee, contribuendo a comporre un quadro di profonda frammentazione e disomogeneità (v. cap. 4, par. 3.5).

Non a caso, nel linguaggio del legislatore, tali spazi sono andati a configurarsi come "eccezioni e limitazioni" al diritto di esclusiva, veicolando anche dal punto di vista linguistico l'immagine che la libertà di accesso sia subalterna e recessiva rispetto ai diritti di esclusiva. La giurisprudenza, a partire da quella della Corte di Giustizia, hanno irrobustito e fiancheggiato questa narrativa, sottolineando a più riprese la natura eccezionale e dunque di stretta interpretazione delle libere utilizzazioni (v. cap. 4, par. 3.4.1).

L'equilibrio, già di per sé precario, tra facoltà dei titolari dei diritti e dei terzi utilizzatori è ulteriormente destabilizzato dal fatto che il diritto d'autore non è l'unica normativa a regolare la circolazione del capitale intellettuale e dunque non esaurisce, all'interno delle sue regole, l'area del pubblico dominio (v. cap. 3 e 5). Al contrario, ai diritti degli autori si cumula un fitto reticolo di altri strumenti di controllo, che permettono, in maniera più o meno intensa, di condizionare la diffusione del sapere. Il cumulo di questi diversi regimi di tutela, nel rafforzare ancor più le prerogative dei titolari dei diritti a discapito delle facoltà degli utilizzatori, determina l'inevitabile rottura dell'equilibrio infra-settoriale, cioè disegnato, all'interno del singolo corpo normativo, dal legislatore.

Il diritto che governa la circolazione dei beni immateriali è stato dunque costruito secondo una logica eminentemente proprietaria e con un indiscusso *favor* verso il titolare dei diritti. Illustri autori hanno evidenziato come si tratti, tuttavia, di una narrativa fondata su presupposti critici, che tradisce sia la finalità di politica del diritto sottostante all'introduzione dei diritti di privativa, sia il "giusto equilibrio" tra interessi costituzionalmente tutelati, voluto dai padri costituenti (v. cap. 2, par. 8.3) e da ultimo anche dalla giurisprudenza eurounitaria (v. cap. 4, par. 3.2).

Il corretto equilibrio non può che essere ritrovato attraverso una visione sistemica, non compartimentale, dell'ordinamento, che guardi al bilanciamento di interessi tracciato dai padri costituenti, onde verificare che esso sia correttamente riflesso anche nella normativa primaria e secondaria.

3. *I limiti "interni" ai diritti di privativa sui beni immateriali: l'"utilità sociale"*

Il richiamo al corretto bilanciamento tra diritti fondamentali è frequente allorché i diritti degli autori interferiscano con la libertà di espressione, nelle sue varie accezioni e declinazioni (diritto di cronaca, critica, satira e parodia, v. cap. 4, par. 3.2). Si tende a dimenticare però che, in diversa misura, tutte le norme che si propongono di regolare in qualche misura la circolazione della conoscenza, istituendo diritti di controllo su di essa (e dunque non solo il diritto d'autore), sono state concepite dai padri costituenti come intrinsecamente limitate da un vincolo di destinazione, che l'art. 41 Cost. chiama "*utilità sociale*" dell'iniziativa economica privata (di cui la registrazione e l'*enforcement* di diritti di proprietà intellettuale costituisce esplicazione) e l'art. 42 Cost. chiama "*funzione sociale*" della proprietà, predicandone l'accessibilità a tutti.

L'idea è che la concorrenza e la proprietà, quale suo strumento di massima espressione, siano strumentali alla realizzazione del "bene comune" (v. cap. 2, par. 7), attraverso il perseguimento di valori non solo economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, ecc.), ma anche sociali (realizzazione, accrescimento, progresso culturale dell'individuo come singolo e come parte delle formazioni sociali).

Venute meno le tesi che predicavano una visione a compartimenti stagni della proprietà, ancorandola alla materialità del bene, e riaffermata con forza, anche dalla

Corte Europea dei diritti dell'uomo (art. 17 par. 2)[8], la necessità di ricomprendere nel suo alveo pure i diritti di privativa sui beni immateriali, anche questi si riscoprono funzionalmente orientati (e limitati). E qual è la funzione sociale della proprietà intellettuale e degli altri diritti e poteri di controllo sul sapere se non lo stimolo della creatività umana, originaria e derivata e la promozione del massimo sviluppo, diffusione e accesso alla conoscenza, nelle sue varie forme, quale fondamento stesso della creatività e motore di crescita collettiva della società nel suo complesso? Arte, tecnica, cultura – in una parola conoscenza – sono il nutrimento della Nazione e della Repubblica, sono la base dell'identità unitaria che porta ogni cittadino a riconoscersi nello Stato, nelle sue istituzioni e nei suoi simboli. Sono il bene comune per eccellenza, perché ontologicamente destinato al godimento e alla fruizione collettiva, indipendentemente e a prescindere proprio dal titolo di proprietà, sia esso pubblico o privato.

La proprietà non può dunque spingersi oltre il limite imposto dal costituente e dai principi fondamentali dell'ordinamento europeo. Un limite individuato in ragione della necessaria funzione sociale della stessa che, nella sua particolare accezione di diritto di esclusiva sui beni immateriali, consiste nella sua finalità ultima di contribuire ad accrescere e ad ampliare l'accesso alla conoscenza.

In questa direzione, la clausola dell'accessibilità della proprietà privata impone di individuare forme di coordinamento tra godimento individuale e collettivo, da realizzarsi nel senso di impedire un'appropriazione privata di beni che l'ordinamento sottrae al controllo esclusivo del singolo e riserva al godimento collettivo: al pubblico dominio appunto.

Occorre, in altre parole, ripensare ed aggiornare la funzione sociale della proprietà alla luce delle nuove proprietà che l'ordinamento riconosce sui beni immateriali e precostituire gli strumenti idonei a salvaguardarla. Non più l'espropriazione per pubblica utilità, ma il diritto al pubblico dominio, quale baluardo verso l'appropriazione indebita del capitale intellettuale comune, aperto al godimento collettivo.

4. *I limiti "esterni": il "giusto equilibrio"*

La salvaguardia di accessibilità e pubblico dominio non è solo connaturata alla (nel senso di limite inscritto nella) libertà di impresa e al diritto di proprietà, ma trova fondamento autonomo anche al suo esterno.

Essa si alimenta nel fatto che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e la loro tutela deve essere dunque sistemica. A tal fine, la Costituzione italiana richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, e pone al primo posto tra questi, quale "*valore fondante dell'ordinamento giuridico*", la solidarietà sociale tutelata dagli artt. 1 e 2 Cost.

Questa, nelle parole della Corte Costituzionale, mira "*ad ottenere – non solo dal-*

[8] Cfr. il considerando 9 Dir. Infosoc secondo cui "*Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà*".

lo Stato, dagli enti e dalla sempre più variegata realtà delle formazioni sociali, bensì da tutti i cittadini – la collaborazione per conseguire essenziali beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità" [9]. La solidarietà sociale, dunque, richiede, sia allo Stato che al singolo, di non frapporre ulteriori ostacoli al libero godimento della conoscenza, rispetto a quelli prestabiliti dal legislatore nel bilanciamento tra diritti fondamentali, tra i quali anche quelli a "*prender parte liberamente alla vita culturale della comunità*", "*godere dell'arte*", "*partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici*". Garantiti a livello internazionale dall'art. 27 co.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, tali diritti sono riaffermati, a livello interno, dall'art. 9 Cost. che promuove lo "*sviluppo della cultura*" e della "*ricerca scientifica e tecnica*", dall'art. 33, co. 1, secondo cui "*l'arte e la scienza sono libere*" e dall'art. 21 a tutela della libertà di manifestazione del pensiero. Indirettamente protetto dall'art. 21 (e dall'art. 2 Cost.) è anche il diritto di accesso all'informazione, strettamente connaturato ad un regime di libera democrazia, che implica, quale suo presupposto essenziale, pluralità di fonti di informazione e "*assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee*" [10]. Tale diritto, da tempo fatto proprio in via interpretativa dalla Corte Costituzionale, ha trovato espressione anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed è riconosciuto quale "diritto fondamentale" nella recente Direttiva UE 2019/1024, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (Considerando 5).

L'esercizio del diritto di proprietà su beni immateriali si trova dunque duplicemente limitato sia a) dalla natura di bene comune di quelle risorse immateriali che afferiscono al patrimonio artistico, scientifico, culturale della Nazione, con i conseguenti doveri di solidarietà sociale che vigilano sulla loro compressione, sia b) dalla natura di diritti fondamentali delle posizioni giuridiche dei consociati che intendono accedere all'informazione e al sapere.

5. *Un approccio sia nazionale che Europeo*

Al medesimo approdo è giunta anche la Corte di Giustizia UE che richiama la necessità di garantire "*un giusto equilibrio tra l'interesse dei titolari dei diritti … e la protezione degli interessi e dei diritti fondamentali degli utilizzatori dei materiali protetti nonché dell'interesse generale*" ed esclude "*che il diritto di proprietà intellettuale … sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto, dato che occorre effettuare un bilanciamento tra tale diritto e gli altri diritti fondamentali*" [11]. Il diritto di proprietà non può spingersi sino al punto di "*seriamente compromettere*" gli altri diritti, posto che in tali circostanze ci si troverebbe in presenza di un eserci-

---

[9] C. Cost., 31 dicembre 1993, n. 500, Giur. It., 1994, I, 322, con nota di PIETROLATA, NAPOLITANO e Foro It., 1995, I, 94.

[10] C. Cost., 15 giugno 1972, n. 105.

[11] CGUE, 28 ottobre 2020, C-637/19, BY (Preuve photographique), ECLI:EU:C:2020:863, punto 31 ss.

zio abusivo del diritto, irrispettoso dei limiti interni ("utilità sociale" o "interesse generale" [12] a dirla rispettivamente con il legislatore nazionale o europeo) ed esterni (convivenza con altri diritti fondamentali), posti dall'ordinamento. In un parallelismo perfetto tra i due ordinamenti, i "*principi fondamentali del diritto europeo*", così come i diritti costituzionali nell'ordinamento interno, e l'"*interesse generale*" richiamato dalla Corte di Giustizia, così come l'"*utilità sociale*" scolpita in Costituzione, si ergono a limiti invalicabili del diritto di privativa.

Tra questi limiti si colloca a pieno titolo il pubblico dominio, quale funzione ultima cui i diritti di privativa tendono e massima espressione "*degli interessi e dei diritti fondamentali degli utilizzatori dei materiali protetti nonché dell'interesse generale*" [13].

6. *Diritti di privativa v. Pubblico dominio: un equilibrio difficile e sovente tradito*

Il punto di equilibrio di questo bilanciamento, sovente delineato dallo stesso legislatore mediante il contemperamento degli interessi confliggenti all'interno della stessa norma costituzionale-presupposto, deve essere valutato a cascata e nel solco tracciato dai padri costituenti, sia dal legislatore delle norme primarie e secondarie [14], sia dal giudice, in sede di controllo della loro applicazione. Ciò, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da non consentire un sacrificio totale del nucleo essenziale dei rispettivi interessi. A differenza di quanto accadeva negli ordinamenti corporativi o ad economia pianificata, lo Stato liberale può spostare la frontiera dell'utilità sociale, ma non varcarla. Solo se tale limite viene rispettato proprietà e pubblico dominio possono convergere armonicamente verso il medesimo obiettivo (v. cap., 2, par. 8.1), significativamente così prescritto dall'art. 1, sec. 8, cl. 8 della Costituzione Americana: "*to promote the progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*" (v. cap. 2, par. 8.4).

Nel nostro ordinamento, ma non solo, tale obiettivo fatica ad essere raggiunto.

6.1. *L'assenza di riconoscimento legislativo espresso*

Dal punto di vista del legislatore, tale equilibrio può considerarsi rispettato nella previsione di limiti temporali all'esercizio dei diritti di privativa e di spazi di libera utilizzazione sottratti al controllo del titolare, ma è carente sia nell'impostazione sistematica, che vede questi ultimi configurati come mera eccezione al diritto di privativa, sia nel coordinamento tra le diverse norme che regolano l'accesso all'informazione. Il cumulo di più diritti sul medesimo bene immateriale permette di vanifi-

---

[12] Tale limite è indicato espressamente al considerando 3 Dir. Infosoc.

[13] CGUE, 29 luglio 2019, C-476/17, Pelham e a., cit., punto 32, nonché giurisprudenza ivi citata.

[14] Spetta al legislatore, in forza della riserva di legge implicita contenuta nel comma 2, il compito di porre all'iniziativa economica le specifiche limitazioni imposte da esigenze di utilità sociale.

care l'operatività dei limiti temporali e delle libere utilizzazioni e genera incertezza nel terzo utilizzatore, disincentivandolo a porre in essere l'uso ipotizzato per avversione al rischio.

Il legislatore ha inoltre omesso di riaffermare, nelle norme primarie, il rapporto tra diritti di privativa e diritto di accesso al pubblico dominio, così come contemplato in Costituzione. Esempi di tale omissione si rinvengono sia nella legge sul diritto d'autore, sia nel codice di proprietà industriale.

La legge sul diritto d'autore, pur contemplando il pubblico dominio in diverse sue norme [15], è focalizzato sin dal primo articolo sulle opere "*protette ai sensi di questa legge*", mentre nulla dice circa ciò che non è protetto. Salvo qualche anticipazione, occorre attendere gli art. 65 e ss. l.a. per conoscere le eccezioni al diritto.

Uno schema analogo è seguito dal Codice di proprietà industriale che enuncia l'oggetto della proprietà (art. 1) e le modalità di costituzione ed acquisto dei diritti (art. 2), ma non offre cittadinanza alcuna al pubblico dominio.

Più di recente invece, il legislatore sia nazionale che europeo ha mostrato approcci più virtuosi. Il bilanciamento degli opposti interessi emerge dall'incipit del GDPR (v. cap. 3, par. 3.4 e ss.), che fa proprio l'obiettivo della Dir. 95/46/CE di "*assicurare la libera circolazione dei dati personali tra Stati Membri*" (Considerando 3 e 9), ma al tempo stesso ritiene necessario garantire *"un elevato livello di protezione dei dati personali*" (Considerando 6), concedendo alle persone fisiche "*il controllo dei dati personali che li riguardano*" (Considerando 7). Il rapporto tra queste due istanze è preso in considerazione dal Considerando 4, il quale afferma che "*il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*", tra cui anche "*la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa*".

In senso analogo, sul piano del diritto interno, il Codice dei beni culturali "*tutela e valorizza il patrimonio culturale*" (art. 1, comma 1) "*attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale*" (art. 3), ma al tempo stesso ne favorisce "*la pubblica fruizione*" (art. 1, co. 3 e 4). Il rapporto tra i due interessi, potenzialmente confliggenti, è scandito dal successivo art. 2, co. 4, secondo cui la pubblica fruizione rappresenta la regola ("*i beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività*"), e la sua limitazione solo un'eccezione (la fruizione deve avvenire "*compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela*").

Tale differente approccio può trovare parziale giustificazione nelle diverse stagioni legislative (la normativa sul diritto d'autore è antecedente nelle sue origini alla Costituzione) e comprovare una recente inversione di tendenza verso una più scrupolosa applicazione del principio di proporzionalità e del "giusto equilibrio". Non pare invece giustificabile alla luce della differente natura, pubblica o privata, dei beni oggetto di tutela, posto che la collaborazione per conseguire essenziali beni

[15] Si veda l'art. 80 l.a. che fissa la nozione di artisti interpreti ed artisti esecutori indipendentemente dal fatto che le opere dell'ingegno rappresentate siano tutelate o di "dominio pubblico", oppure l'art. 95 l.a. che garantisce i diritti sulla corrispondenza epistolare anche "se cadute in pubblico dominio".

comuni quali la promozione artistica e culturale è garantita dal principio di solidarietà sociale, che si rivolge invariabilmente sia allo Stato che ai singoli.

Il ristabilimento del corretto equilibrio tra diritto di privativa e diritto di accesso ai beni immateriali si gioverebbe pertanto dell'introduzione di una previsione, sia nella legge sul diritto d'autore, sia nel codice di proprietà industriale, che orienti in tale direzione l'interpretazione di tutte le disposizioni in esse contenute (ad esempio "*le opere dell'ingegno/la proprietà industriale che non sono/è protette/a ai sensi di questa legge sono/è destinate/a alla fruizione collettiva*"). La ragione per cui una siffatta previsione è assente, è probabilmente da ravvisarsi nella sua incompatibilità con il cumulo di tutele, ammesso dal legislatore, ma al tempo stesso causa di alcuni tra i casi più eclatanti di distorsione di un equilibrio virtuoso tra proprietà e diritto di accesso. In questo volume, abbiamo infatti mostrato come la sovrapposizione di norme che pretendano di concorrere nella regolamentazione di circolazione e accesso ai beni immateriali, generi non solo incertezza circa le condizioni di accesso al bene, ma frustri altresì l'equilibrio prefigurato dal legislatore per la singola normativa di settore.

6.2. *L'intervento suppletivo del formante giurisprudenziale*

L'assenza di un riferimento espresso alla tutela del pubblico dominio nella disciplina in parola, in ogni caso, non è di ostacolo al suo formale riconoscimento. La Suprema Corte [16] ha infatti affermato che l'individuazione di beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o risultano funzionali ad interessi della stessa collettività, non è effettuata in via esaustiva dalla normativa di rango primario, che va invece integrata con le norme costituzionali. A tale riguardo, gli artt. 2, 9 e 42 Cost., dai quali si ricava il "*principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale*", impongono di mettere al centro la persona umana (e i relativi interessi). Di qui, là dove un bene, indipendentemente dalla titolarità pubblica o privata, risulti per le sue intrinseche connotazioni destinato alla realizzazione della persona umana, detto bene è da ritenersi "comune", vale a dire, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. Tale strumentalità del bene a consentire il pieno sviluppo e centralità della persona umana deve essere resa effettiva "*oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*". Conseguentemente il riconoscimento di un diritto di accesso ai beni comuni immateriali, strumentali al pieno sviluppo della persona umana, non richiede una espressa previsione codicistica, quale ad esempio la ricomprensione di tali beni nel demanio (quale complesso dei beni appartenenti allo stato o ad enti pubblici territoriali destinati all'uso diretto o indiretto dei cittadini). Il regime di destinazione all'uso diretto o indiretto dei cittadini, infatti, deve essere riconosciuto, indipendentemente dalla titolarità pubblica o privata del bene, a "*quei beni che … per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività*".

[16] Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit.

6.3. *Verso un nuovo "giusto equilibrio"*

Tale considerazione dovrebbe contribuire a orientare l'interpretazione giurisprudenziale che, sino ad ora, si era mostrata incline a restringere la portata applicativa delle libere utilizzazioni. Ciò anche (e soprattutto) in ragione del mutato quadro tecnologico, economico e sociale che, richiamato sinteticamente dalla formula "società della conoscenza", vede l'Europa in procinto di darsi nuove regole capaci di guidare l'Unione verso la creazione di un "*una società dell'informazione per tutti*" [17] e l'obiettivo di ergersi, nel decennio venturo, ad "*economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo*" [18]. (v. cap. 1, par. 4).

Segnali confortanti verso una maggior considerazione del pubblico dominio nelle aule di giustizia si ravvisano sia a livello nazionale, che europeo.

Secondo l'opinione da ultimo attestatasi, infatti, le utilizzazioni libere non andrebbero affatto configurate come limitazione allo *ius excludendi* dell'autore. Esse si atteggerebbero, piuttosto, come parti costitutive della disciplina, siccome espressive di principi generali posti a tutela di interessi primari di rango costituzionale, in specie del diritto all'informazione. Pur ponendosi in deroga alla disciplina generale che attribuisce ad un singolo il diritto di utilizzazione esclusivo della risorsa immateriale, in nessun caso l'interesse che l'eccezione protegge può ritenersi subalterno o recessivo rispetto a quello di tale soggetto. In particolare, la giurisprudenza più recente ha ritenuto che "*in conformità della particolare preminenza del diritto costituzionale all'informazione*", le eccezioni non parrebbero "*atteggiarsi come norma eccezionale*", ma rappresenterebbero esse stesse "*un bilanciamento operato dal legislatore tra il valore costituzionale dell'informazione ed il diritto d'autore, onde ben possibile sarebbe seguire la strada dell'interpretazione analogica*" [19], per ricomprendere nell'ambito dell'eccezione anche fattispecie da essa non espressamente contemplate. Ciò comporta, nella direzione già prefigurata da Lange (cfr. cap. 2, par. 4), che un'eccezione debba essere oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata, ovvero alla luce "*della particolare preminenza del diritto costituzionale all'informazione*" e alla salvaguardia di un pubblico dominio ricco ed accessibile.

La stessa Corte di Giustizia è parsa da ultimo propensa ad aprire a questa impostazione, laddove ha riconosciuto che le eccezioni al diritto d'autore "*comportano a loro volta diritti a vantaggio degli utenti di opere o di altri materiali protetti*" [20].

---

[17] Il termine è significativamente utilizzato da COMMISSIONE UE, *eEurope: an information society for all. Communication on a Commission initiative for the special European Council of Lisbon, 23 and 24 March 2000*, 8 dicembre 1999, COM(99) 687 final.

[18] Per raggiungere tale traguardo, Consiglio UE, Consiglio Europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000. Conclusioni della Presidenza al (https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm, ultimo accesso 2 maggio 2021), la c.d. Strategia di Lisbona, che sarebbe sfociata di lì a poco in un'intensa attività pre-normativa e normativa, nonché nell'elaborazione e messa in atto di diversi piani d'azione.

[19] App. Roma, 12 giugno 2019, cit.

[20] V., in tal senso, CGUE, Grande Sez., 29 luglio 2019, C-69/17, Funke Medien NRW GmbH c. Repubblica federale di Germania, punto 70, Id., 11 settembre 2014, Eugen Ulmer, C-117/13, EU:C:2014:2196, punto 43; Id., 29 luglio 2019, C-516/17, Spiegel Online GmbH c. Volker Beck, punto 54.

7. *Verso un diritto "del" pubblico dominio*

Il presente lavoro prende le mosse di qui per proporre non più solo un diritto della proprietà intellettuale, ma un "diritto del pubblico dominio" e un "diritto al pubblico dominio", in quanto pilastri costitutivi, sul fronte giuridico, dell'odierna societa' della conoscenza.

Per quanto riguarda il diritto del pubblico dominio, dal punto di vista del metodo, ci si propone in sostanza di rovesciare la prospettiva e guardare ai regimi giuridici che si interpongono nella circolazione dei beni immateriali non più dal punto di vista del titolare dei diritti e delle facoltà a questi concesse, bensì del libero utilizzatore che da queste facoltà vede inevitabilmente ristretta la propria creatività ed inventiva. Questo è il punto di vista adottato dal presente lavoro.

La difficoltà nasce principalmente in relazione ad uno dei tratti distintivi peculiari della proprietà intellettuale, che – a differenza della "proprietà privata" – non vede operare il principio di tassatività o *numerus clausus* dei diritti reali. L'assenza di tale limite ha consentito la nascita di aree di monopolio sottratte alla libera concorrenza, rendendo i confini del pubblico dominio tanto incerti, quanto inesorabilmente recessivi. Non a caso, solo recentemente è stata criticata la tendenza semplicistica a definire il pubblico dominio solo in negativo (come tutto ciò che non è oggetto di diritti di proprietà intellettuale) e affermata l'importanza di individuare una nozione di pubblico dominio in positivo. Esso comprende tutto "*quel materiale culturale che può essere usato senza restrizioni*", esente da diritti di privativa altrui e che si trova dunque nella libera disponibilità di utilizzo e sfruttamento da parte di ciascun individuo e membro della collettività, senza necessità di previo consenso o autorizzazione altrui. L'intento è definire le caratteristiche della conoscenza destinata o meno ad accedere al pubblico dominio[21] e conseguentemente di permettere una più efficace difesa contro la privatizzazione.

A livello macro, sono state osservate quattro dimensioni principali del pubblico dominio.

La prima è di carattere ontologico, data dalla definizione di una categoria di beni astrattamente e concretamente ritenuti meritevoli di essere protetti.

La seconda è di carattere temporale, data dalla definizione di una durata massima del diritto di proprietà.

La terza è di carattere funzionale, data dalla definizione di spazi in cui la funzione sociale non si riespande solo una volta decorsa tale durata, ma prevale sul diritto di proprietà anche in costanza di sua validità.

La quarta è di carattere volontario: il proprietario può sempre disporre nel senso di rinunciare al proprio diritto, onde favorire una anticipata e più ampia esplicazione della funzione sociale.

Questi spazi di libero utilizzo, già riconosciuti dalla dottrina come operanti rispetto al diritto d'autore, devono acquisire una dimensione più ampia e trasversale. L'accesso ai beni comuni della conoscenza è infatti governato da un intricato e fitto

---

[21] Cfr. LITMAN J., *The Public Domain*, cit., 965 e LANGE D., *Recognizing the public domain,* cit., 147.

reticolo di norme che vanno ben al di là del diritto d'autore e costituiscono una vera e propria tela del ragno da cui è oggi sempre più difficile divincolarsi. Le abbiamo analizzate in questo lavoro, con sguardo allo stesso tempo analitico e di sintesi, provando a mostrare al lettore quali siano le variabili che possono condizionare il libero accesso e la piena fruibilità del capitale intellettuale. Siamo partiti dalla sua unità minima, dal dato, a lungo trascurato dal diritto, al punto di dubitare della sua qualificazione come bene giuridico meritevole di tutela. Nella nuova società della conoscenza i dati si propongono invece come propellente di sviluppo economico e sociale e si pongono al centro di una imminente stagione legislativa (già inaugurata con il GDPR, la Direttiva PSI e il Data Governance Act) diretta a fissarne per la prima volta le regole di circolazione.

Dal dato, abbiamo poi allargato lo sguardo all'informazione, quale insieme di dati correlati tra loro, con cui un'idea prende forma ed è comunicata. I linguaggi con cui un'informazione può essere veicolata sono molto vari. In questo volume, abbiamo preso in considerazione prevalentemente le informazioni comunicate attraverso il linguaggio dell'arte e della creatività, dalla letteratura alla fotografia, dall'architettura alla cinematografia.

8. *Verso un diritto "al" pubblico dominio*

Le norme dell'ordinamento che nel regolare la circolazione di dati e informazioni prescrivono al singolo portata e limiti dei diritti di privativa conferiti dall'ordinamento, riconoscono agli altri consociati l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio in ordine ai beni immateriali non soggetti a tali diritti, che può variare nella sua qualificazione a seconda che tali beni siano identificabili, nello schema codicistico, come pubblici o privati.

Nel primo caso, esemplificato dai beni culturali o dalle informazioni del settore pubblico, l'interesse del privato va qualificato come interesse legittimo, e non già come diritto soggettivo, perché il singolo soggiace all'esercizio di un potere amministrativo da parte dello Stato, che ha il governo complessivo del bene e lo esercita mediante concessioni d'uso.

Diversa pare, invece, la posizione del singolo di fronte ad un bene immateriale di titolarità privata, quale un'opera dell'ingegno, l'immagine di un soggetto o un dato personale. Una volta entrati in pubblico dominio, il singolo vanta su questi beni un vero e proprio diritto soggettivo, consistente nella attribuzione dei relativi poteri di piena e libera utilizzazione degli stessi, prescindendo dall'intervento di terzi soggetti: un "diritto al pubblico dominio".

Lo ha riconosciuto la Corte di Cassazione, secondo cui l'esaurimento del diritto di privativa per decorso del termine di durata fa sorgere automaticamente "*diritti di sfruttamento economico in capo a tutti gli altri soggetti*" e la caduta in pubblico dominio determina la nascita di un "*diritto di continuare ad utilizzare l'opera in una posizione di libera concorrenza*". Di tale diritto la Corte ravvisa il referente costituzionale nel principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. nonchè nell'interesse pubblico di consentire, dopo un determinato periodo di tempo, una

divulgazione delle opere[22] (v. più ampiamente cap. 4, par. 1.4).

La contrapposta situazione passiva consisterà nel rendere realizzabile il libero utilizzo dei beni immateriali in pubblico dominio, astenendosi dal rivendicare diritti di esclusiva su di essi. Correlativamente, è posto in capo all'autorità giudiziaria il dovere di respingere ogni domanda giudiziale di tutela esclusiva del bene di pubblico dominio e accertare positivamente il diritto di far uso dello stesso e cessare eventualmente la turbativa al libero esercizio del diritto. In favore di ciascun componente della comunità è infatti riconosciuta la legittimazione ad agire per fare accertare la nullità degli atti impeditivi dell'esercizio del diritto di utilizzo del bene in pubblico dominio, in analogia a quanto concesso al proprietario con la tutela possessoria e petitoria.

Residua un problema di accesso al pubblico dominio che però nulla ha a che spartire con la possibilità di qualificare la posizione giuridica del singolo nei confronti di esso come diritto soggettivo. Il possesso del bene come possibilità di esercitare un potere di fatto su di esso non è d'altronde requisito necessario all'esercizio del diritto di proprietà, come potere di disporre del bene stesso, indipendentemente dalla sua detenzione materiale.

Non osta al riconoscimento di tale diritto nemmeno la possibilità da parte dello Stato di rimuovere certi beni dal pubblico dominio, magari mediante la previsione di nuovi diritti, l'estensione temporale di quelli esistenti o persino prevedendo forme di graduazione e trattamenti speciali o differenziati, in funzione dei diversi livelli di sviluppo sociale ed economico, ad esempio facendo riferimento a trattamenti speciali e differenziati[23]. Anche la proprietà privata non è assoluta e può essere limitata ed espropriata, ma è pur sempre un diritto. Come affermato da Ruth Bader Ginsburg, cui va un deferente ricordo nell'anno della sua scomparsa, il pubblico dominio non è intangibile e il Parlamento mantiene la prerogativa di disegnarne l'ampiezza[24]. Ciò non toglie – e nel nostro ordinamento non pare una conquista scontata, né di poco conto – che si tratti di un diritto.

---

[22] Cass. pen. sez. un., 24 settembre 2009, n. 49783, cit.

[23] COTTIER T., *From Progressive Liberalization to Progressive Regulation in WTO Law*, Journal of International Economic Law, 2006, 9, 779-821.

[24] Golan v. Holder, 565 U.S. 302 (2012).

7.
Bibliografia

1. *Trattati, Monografie, Opere collettanee, Commentari*

ABBAGNANO N. (a cura di), *I classici della filosofia*, Utet, Torino, 1955.

ABRIANI N., COTTINO G., RICOLFI M., *Diritto industriale*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Cedam, Padova, 2001.

AICHHOLZER G., BURKERT H. (eds.), *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2004.

ALESSANDRI A., *Riflessi penalistici della innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1984.

ALGARDI Z., *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978.

ALIBRANDI T., FERRI P.G., *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2001.

ALIPRANDI S., *Teoria e pratica del copyleft*, NDA Press, 2006.

ALIPRANDI S*., Creative Commons: manuale operativo*, Stampa Alternativa, 2008.

ALPA G. (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984.

ALVISI C., GUGGINO V. (a cura di), *Autodisciplina Pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Giappichelli, Torino, 2020.

AMBROSOLI U., SIDERI M., *Diritto all'oblio, dovere della memoria. L'etica nella società interconnessa*, Bompiani, Milano, 2017.

AMMENDOLA M., *Lo sfruttamento commerciale della nototrietà civile di nomi e segni*, Giuffrè, Milano, 2004.

ARDIZZONE A., BENUSSI L., BLENGINO C., GLORIOSO A., RAMELLO G.B., RUFFO G., TRAVOSTINO M., *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2009.

ARE M., *L'oggetto del diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1963.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Lezioni di diritto industriale, Giuffrè, Milano, 1960.

AULETTA G.G., *Marchio – Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno. Art. 2569-2583*, in MANGINI V. (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli/Società editrice Foro italiano, Bologna-Roma, 1977.

AUTERI P., *Territorialità del diritto di marchio e circolazione dei prodotti "originali"*, Giuffrè, Milano, 1973.

AUTERI P., FLORIDIA G., MANGINI V., OLIVIERI G., RICOLFI M., ROMANO R., SPADA P., *Diritto industriale. Propretà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, 2012, 2016, 2020.

AYOTTE K., SMITH H.E. (eds.), *Research handbook on the economics of property law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011.

AZAIS C., CORSANI A., DIEUAIDE P. (eds.), *Vers un capitalisme cognitive?*, Harmattan, Parigi, 2002.

BAKHOUM M., CONDE GALLEGO B., MACKENORDT M.-O., SURBLYTE-NAMAVIČIENĖ G., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and IP Law – Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018.
BAKUNIN M.A., *Stato e anarchia*, Feltrinelli, Milano, 2013.
BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974.
BARBATI C., CAMMELLI M., CASINI L., PIPERATA G., SCIULLO G., *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017.
BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Utet, Torino, 1950.
BARFIELD W., PAGALLO U. (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Camberley, 2018.
BARFIELD W., PAGALLO U., *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2020.
BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
BARINETTI P., *Diritto romano. Parte generale*, Vallardi, Milano, 1864.
BARTOLE S., RAIMONDI G., CONFORTI B., *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001.
BARTOLINI A., BRUNELLI D., CAFORIO G. (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti di convegno,Assisi, 25-27 ottobre 2012), Jovene, Napoli, 2014.
BATTELLI E., CORTESE B., GEMMA A., MASSARO A. (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma Tre Press, 2017.
BAUMAN Z., *Capitalismo parassitario*, Laterza, Bari, 2009.
BENKLER Y., *The Wealth of Networks: How social production transforms markets and freedom/La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta la libertà*, Yale University Press/Università Bocconi ed., 2007.
BENKLER Y., *The Penguin and the Leviathan: How cooperation triumphs over self-interest*, Crown Business, New York, 2011.
BENTLY L., SUTHERSANEN U., TORREMANS P. (eds.), *Global Copyright Three Hundred Years Since the Statute of Anne, From 1709 to Cyberspace*, Cheltenham-Northampton, 2010.
BERGH A.E. (ed.), *Writings of Thomas Jefferson*, 1907.
BERTANI M., *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000.
BERTANI M., *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004.
BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, Quaderni di AIDA, n. 21, Giappichelli, Torino, 2011.
BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., NATOLI U., BRECCIA U., *Diritto civile*, I e II, Utet, Torino, 1987-1989.
BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967.
BLAKE J., *Developing a New Standard-setting Instrument for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage. Elements for Consideration*, UNESCO ed., Parigi, 2002.
BLAKE J., *Commentary on the UNESCO 2003 Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, Leicester, 2006.
BOBBIO N., *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963.
BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.
BODEN M., *The Creative Mind: Myths and Mechanisms*, Routledge, Londra, 2004.
BOMBARDELLI M. (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento n. 23, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
BONAIUTI M., *La teoria bioeconomica*, Carocci, Roma, 2001.
BONAIUTI M., *La grande trasformazione: dal declino alla società della decrescita*, Bollati Beringhieri, Torino, 2013.

BORGHI M., KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization, A Cross-Jurisdictional Perspective*, Oxford University Press, 2013.
BORRUSO R., RUSSO S., TIBERI C., *L'informatica per il giurista. Dal BIT ad Internet*, Giuffrè, Milano, 2009.
BORTOLOTTO C., ARNAUD A., GRENET S. (eds.), *Le Patrimoine culturel immatériel: Enjeux d'une nouvelle catégorie*, Maison des Sciences de l'homme, Parigi, 2011.
BOYLE J., *The public domain – Enclosing the commons of the Mind*, Yale University Press, 2008.
BRESSO M., *Per un'economia ecologica*, Carocci, Roma, 2002.
BUCK S.J., *The Global Commons*, Earthscan, Abingdon, 1998.
BURTON J.H. (ed.), *Benthamiana: or, Select extracts from the works of Jeremy Bentham: With an outline of his opinions on the principal subjects discussed in his works*, W.Tait publ., Edinburgh, 1843.

CACCIARI P. (a cura di), *La società dei beni comuni. Una rassegna*, Ediesse, Roma, 2010.
CALBOLI I., LEE E. (eds.), *Research handbook on intellectual property exhaustion and parallel imports*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.
CANNONE A. (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Caccucci, Bari, 2014.
CAPUNZO R., *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2010.
CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011.
CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2011.CASINI L. (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2010.
CASINI L., *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2016.
CASO R., GIOVANELLA F. (eds.), *Balancing copyright law in the digital age. Comparative perspectives*, Springer, Berlino, 2015.
CASO R., *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Ledizioni, Milano, 2020.
CASSANO F., *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Dedalo, Bari, 2004.
CASSARINO S., *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1962.
CASSELLA M., *Open Access e comunicazione scientifica: verso un nuovo modello di disseminazione della conoscenza*, Editrice Bibliografica, Milano, 2012.
CASSESE S., *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969.
CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo speciale*, t. II, Giuffrè, Milano, 2003.
CASTELLS M., *The Information Age: Economy, Society and Culture. The Rise of the Network Society*, *Malden, Mass.*/Blackwell, Oxford, 1996.
CASTELLS M., *The Information Age: Economy, Society and Culture. The Power of Identity*, *Malden, Mass.*/Blackwell, Oxford, 1997.
CASTELLS M., *The Information Age: Economy, Society and Culture. End of Millenium*, *Malden, Mass.*/Blackwell, Oxford, 1998.
CAVOUKIAN A., *Privacy by Design*, IPC Publications, Ottawa, 2009.
CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983.
CHABOD F., *L'idea di Nazione*, Laterza, Bari, 1967.
CHARRIER J.-L., *Code de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Litec, Paris, 2000.
CHIGNOLA S. (ed.), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Ombre Corte, Verona, 2012.
CHIMIENTI L., *Banche di dati e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1999.
CIERVO A., *I beni comuni*, Ediesse, Roma, 2012.

ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 2004.
COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale parte speciale, vol. I. I reati contro le persone. Vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali*, Cedam, Padova, 2019.
COGO A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2010.
COLACINO N., *La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2007.
COLANGELO G., *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2008.
COLANGELO G., *La proprietà delle idee*, Il Mulino, Bologna, 2015.
COLOMBO P., *I diritti di uso pubblico. Struttura e funzione*, Giuffrè, Milano, 1991.
COMPORTI M. (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005.
CORSANI A., DIEUAIDE P., LAZZARATO M., MONNIER J.M., MOULIER BOUTANG Y., PAULRÉ B., VERCELLONE C., *Le Capitalism cognitif comme sortie de la crise du capitalism industriel. Un programme de recherche,* UMR/Universidad de París, 2001.
COTTIER T., *The Prospects of Common Concern of Humankind in International Law*, Cambridge University Press, 2021.
CRUQUENAIRE A., DUSSOLLIER S. (eds.), *Le cumul des droits intellectuels*, Larcier, Bruxelles, 2009.
CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Rimini, 2012.
CUNIBERTI M., LAMARQUE E., TONOLETTI B., VIGEVANI G.E., VIVIANI SCHLEIN M.P., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

D'AMMASSA G., MAGGIPINTO A. (a cura di), *Diritto e tecnologie digitali per la valorizzazione e l'accessibilità delle conoscenze*, Nyberg, Milano, 2008.
DAGAN H., *Property: Values and Institutions*, Oxford University Press, 2011.
DALLA D., LAMBERTINI R., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001.
DALLMANN M., *Nachahmungsschutz für Werbeschlagwörter und Werbeslogans*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
DE BEER J., *Implementing the World Intellectual Property Organization's development agenda*, Wilfrid Laurier Univ. Press, Waterloo, 2009.
DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1983.
DE FRANCESCHI A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, ESI, Napoli, 2017.
DE GIOVANNI L., *Giuristi severiani: Elio Marciano*, D'Auria Editore, Napoli, 2014.
DE LUCA G.B., *Il Principe cristiano pratico*, Roma, 1680.
DE MARTINO F., *Diritto Romano e Sistemi Giuridici*, Giappichelli, Torino, 1999.
DE SANTIS V., *Il carattere creativo dell'opera dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971.
DE SANCTIS V., *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche*, Giuffrè, Milano, 2003.
DE CRISTOFARO G., *Diritto della pubblicità, tutele e contenzioso*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.
DEAZLEY R., *Rethinking Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.
DELMASTRO M., NICITA A., *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, Bologna, 2019.

DERCLAYE E., LEISTNER M., *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2010.
DERCLAYE E., *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, 2009.
DERCLAYE E., *The legal protection of databases*, Edward Elgar, 2008.
DI PORTO A., *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013.
DIAZ F., *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Einaudi, Torino, 1962.
DONOLO C., *Il distretto sostenibile: governare i beni comuni per lo sviluppo*, Franco Angeli, Milano, 2003.
DONOLO C., *Sostenere lo sviluppo: ragioni e speranze oltre la crescita*, Mondadori, Milano, 2007.
DOSSETTI G., *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in BALBONI E. (a cura di), *Non abbiate paura dello Stato! Funzioni e ordinamento dello Stato moderno. La relazione del 1951: testo e contesto*, Vita e Pensiero, Milano, 2014.
DRAHOS P., *A philosophy of intellectual property*, Dartmouth Pub. Co., Adershot/Burlington, 1996.
DREIER T., HUGENHOLTZ P.B. (eds.), *Concise on European Copyright Law*, Kluwer Law Int., Alphen aan den Rijn, 2006.
DREYFUSS R., GINSBURG J. (eds.), *Intellectual Property Stories*, Foundation Press, New York, 2006.
DREYFUSS R.C., FIRST H., LEENHEER ZIMMERMAN D. (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, OUP, Oxford, 2001.
DRUCKER P., *The Age of Discontinuity, Guidelines to our Changing Society*, Harper & Row, New York, 1969.
DUGUIT L., *Traité de droit constitutionel. La théorie générale de l'État*, Parigi, 1930.
DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C., *The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture*, Openbook, 2012.
DURANTE M., *Ethics, Law and the Politics of Information: A Guide to the Philosophy of Luciano Floridi. The International Library of Ethics*, Law and Technology, Springer, Amsterdam, 2017.
DURANTE M., *Il futuro del web. Etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, Giappichelli, Torino, 2008.
DURANTE M., *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Meltemi, Milano, 2019.
DURANTE M., PAGALLO U. (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Utet, Torino, 2012.
DUSI N., SPAZIANTE L. (a cura di), *Remix-Remake. Pratiche di replicabilità*, Meltemi, Roma, 2006.
DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Larcier, Bruxelles, 2005.
DUTFIELD G., SUTHERSANEN U., *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

ELKIN-KOREN N., WEINSTOCK NETANEL N. (eds.), *The Commodification of information*, Kluwer Law Int., L'Aia 2002.
ELLIOT M., MACKEY E., O'HARA K. TUDOR C., *The Anonymisation Decision-Making Framework*, UKAN Publications, 2016.

FABIANI M., *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1963.
FALCE V., *La modernizzazione del diritto d'autore*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2012.

FAMIGLIETTI G., PIGNATELLI N. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Neldiritto ed., Roma, 2015.
FENET P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, VI, Parigi, 1836.
FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 2., *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
FIDONE G., *Proprietà pubblica e beni comuni*, ETS, Pisa, 2017.
FINOCCHIARO G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017.
FINOCCHIARO G., DELFINI F. (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Utet, Torino, 2014.
FLORIDI L., *Infosfera: etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2009.
FLORIDI L. (a cura di), *Protection of Information and the Right to Privacy. A new Equilibrium?*, Springer, Dordrecht, 2014.
FLORIDI L. (ed.), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, Dordrecht, 2015.
FLORIDI L., *The fourth revolution/La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, OUP, Oxford, 2014/trad. di Durante M., Cortina, Milano, 2017.
FLORIDIA G., *Il riassetto della Proprietà Industriale*, Giuffrè, Milano, 2006.
FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO – Issoco, *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari. Una discussione interdisciplinare a più voci sul concetto di beni comuni*, Ediesse, Roma, 2013.
FORAY D., *L'economie de la connaissance*, La Decouverte, Parigi, 2000.
FORAY D., B.-Å. LUNDVALL (eds.), *Employment and Growth in the Knowledge-based Economy*, OECD, Parigi, 1996.
FORMENTI C., *Mercanti di futuro. Utopia e crisi della Net Economy*, Einaudi, Torino, 2002.
FRANKEL S., GERVAIS D. (eds.), *Evolution And Equilibrium: Copyright This Century*, Cambridge University Press, 2014.
FRASSI P., *Creazioni utili e diritto d'autore. Programmi per elaboratore e raccolte di dati*, Giuffrè, Milano, 1997.
FRISCHMANN B.M., MADISON M.J., STRANDBURG K.J., *Governing Knowledge Commons*, Oxford University Press, 2014.
FRISCHMANN B.M., *Infrastructure: The Social Value of Shared Resources*, Oxford University Press, 2012.
FROWEIN J., PEUKERT W., *Europäische Menschen Rechts Konvention. EMRK-Kommentar*, 2ª ed., N.P. Engel, Kehl, Strasburg, Arlington, 1996.
FUMAGALLI A., *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di* accumulazione, Carocci, Roma 2007.

GORZ A., *L'immateriel, Connaissance, valeur et capital/L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Éditions Galilée/Bollati Boringhieri, Parigi/Torino, 2003.
GRASSELLI P., *Per il bene comune oggi*, EDUCatt, Milano, 2011.
GRAZIADEI M., SMITH L. (eds.), *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017.
GRAZZINI E., *Il bene di tutti. L'economia della condivisione per uscire dalla crisi*, Editori Riuniti, Roma, 2011.
GRECO P., VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XI, Utet, Torino, 1974.
GREENLEAF G., LINDSAT D., *Public rights: Copyright's Public Domains*, Cambridge University Press, 2018.
GREFFE P., GREFFE F., *La pubblicité et la loi*, Litec, Parigi, 2004.
GROSHEIDE W. (ed.), *Intellectual Property & Human Rights: A paradox*, Edward Elgar, 2010.

GROSHEIDE W., BRINKHOF J. (eds.), *Intellectual Property Law: Articles on cultural expressions and indigenous knowledge*, Intersentia, 2002.
GROSSI P., *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.
GROSSMAN G.M., HELPMAN E., *Innovation and Growth in the Global Economy*, MIT Press, Boston, 1991.
GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose*, Giappichelli, Torino, 1941, ora in *Rivista di Diritto romano*, 2001, I, 41.
GROZIO U., *Il diritto della guerra e della pace*, rist. anast. a cura di RUSSO F., MASTELLONE S., Firenze, Centro editoriale toscano, 2002.
GROZIO U., *Mare liberum*, Liguori, Napoli, 2007.
GUIBAULT L., *Copyright limitations and contracts – An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Kluwer Law Int., L'Aia, 2002.
GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B. (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law Int., 2006.
GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P., POULLET, Y. (eds.), *European Data Protection: In Good Health?*, Springer, 2012.

HABERMAS J., *Strukturwandel der Offentlichkeit*, 1962, trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1971.
HANSEN H., *Intellectual Property Law and Policy*, Hart , Oxford-Portland, 2008.
HARDT M., NEGRI A., *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010.
HAROLD C., *OurSpace: resisting the corporate control of culture*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2007.
HARRIS D., O'BOYLE M., WABRIK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londra, 1995.
HARRISON J., *The Human Right Impact of the WTO*, Hart, Oxford-Portland, 2007.
HARVEY D.J., *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule Making in the Internet Age*, Hart, Oxford-Portland, 2017.
HAYEK F.A., *The Fatal Conceit. The errors of socialism*, University of Chicago Press, 1988.
HEAD S., *The New Ruthless Economy: Work and Power in the Digital Age*, Oxford University Press, 2005.
HEGEL G.W.F., *Philosophy of Right*, 1821, trad. Knox T.M., Oxford University Press, 1952.
HEGEL G.W.F., *Fenomenologia dello spirito*, 1807, trad. it. CICERO V., Bompiani, Firenze, 2017.
HEIM S., *Der kennzeichenrechtliche Schutz des Filmtitels*, Lang, Frankfurt, 2003.
HÉRITIER A. (ED.), *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002.
HESS C., OSTROM E. (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, Cambridge, 2007, trad. it. di Katerinov I., *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Mondadori, Milano, 2009.
HILDEBRANDT M., GAAKEER J. (eds.), *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Vol. 25, Springer, Dordrecht, 2013.
HILTY R.M., GEIGER C., *Impulse für eine europäische Harmonsierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Berlino, Heidelberg, New York, Paris, Litec/Springer, 2007.
HIMANEN P., *L'etica hacker e lo spirito dell'età dell'informazione*, Feltrinelli, Milano, 2001.
HINTZE M., *Viewing the GDPR through a de-identification lens: a tool for compliance, clarification, and consistency*, Oxford University Press, 2017.
HOBBES T., *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

HOVENKAMP H., *Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice*, St. Paul, Minnesota, 1994.
HOWE H., GRIFFITHS J. (a cura di), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2013.
HUGENHOLTZ P.B., *Auteursrecht op informatie*, Kluwer, Deventer, 1989.

IANNARELLI A., *Proprietà e beni: Saggi di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2018.
INGERL R., RONKE C., *Markengesetz*, 2ª ed., Beck, Monaco di Baviera, 2003.
IZZO U., *Tecnologia e interessi nella genesi del diritto d'autore. Studio di diritto comparato*, Carocci, Roma, 2010.

JARACH G., *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, Milano, 1968.

KABEL J.J.C., MOM G.J.H.M. (eds.), *Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law, L'Aia, 1998.
KANT I., *Of the Injustice of Counterfeiting Books*, *Essays and Treaties on Political and Various Philosophical Subjects*, 1798.
KANT I., *Scritti politici*, Utet, Torino, 2010.
KAPLAN B., *An Unhurried View of Copyright*, Columbia University Press, New York, 1967.
KAUL I., *Global Public Goods*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.
KAUL I., GRUNBERG I., STERN M. (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford University Press, 1999.
KILIAN W., HEUSSEN B., *Computerrecht*, C.H. Beck, Monaco di Baviera, 2011.
KOHLER J., *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrech*t, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907.
KÖRBER T., IMMENGA U., *Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie: Dateneigentum, Datenschutz, Datenmacht*, Nomos, Baden-Baden, 2016.
KOTHES T., *Der Schutz von Werbeslogans im Lichte von Urheber-, Marken-und Wettbewerbsrecht*, Logos, Berlino, 2006.
KRATTIGER A., MAHONEY R.T., NELSEN L., THOMSON J.A., BENNETT A.B., SATYANARAYANA K., GRAFF G.D., FERNANDEZ C., KOWALSKI S.P. (eds.), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, MIHR (Oxford, U.K.), PIPRA (Davis, U.S.A.), Oswaldo Cruz Foundation (Fiocruz, Rio de Janeiro, Brazil), bioDevelopments-International Institute (Ithaca, U.S.A.), 2007.
KUR A., MIZARAS V. (eds.), *The structure of intellectual property law: can one size fit all?*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2011.

LALLI A., *I beni pubblici – imperativi di mercato e diritti della collettività*, Jovene, Napoli, 2015.
LANDES W.M., POSNER R.A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press, Cambridge-London, 2003.
LATOUCHE S., *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2011.
LATOUCHE S., *Come sopravvivere allo sviluppo. Dalla decolonizzazione dell'immaginario economico alla costruzione di una società alternativa*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2005.
LATOUCHE S., *Giustizia senza limiti: la sfida dell'etica in una economia mondializzata*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
LATOUCHE S., *La scommessa della decrescita*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2007.
LEMENNICIER B., *La propriété des inventions: propriété naturelle ou monopole?*, Parigi, 1995.

LEMME F., *Compendio di diritto dei beni culturali*, Cedam, Padova, 2013.
LEONE G., TARASCO A.L. (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2006.
LESSIG L., *Code and other laws of cyberspace*, New York, 1999.
LESSIG L., *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Penguin, New York, 2004.
LEVY D., *Robots Unlimited: Life in a Virtual Age*, A K Peters/CRC Press, New York, 2005.
LIBERTINI M., *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2005.
LINEBAUGH P., *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for all*, University of California Press, Berkeley, 2008.
LIXINSKI L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford University Press, 2013.
LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo*, Milano, Rizzoli, 1998.
LOEWENHEIM U. (ed.), *Handbuch des Urheberrechts*, C.H. Beck, 2003.
LUCARELLI A., *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi, Lucca, 2011.
LUCARELLI A., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
LUPOI M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1971.
LUZZATTO G., *Breve storia economica dell'Italia medievale*, Einaudi, Torino, 1958.

MACLEOD C., *Inventing the Industrial Revolution*, Cambridge University Press, 1988.
MACMILLAN F. (eds.), *New Directions in Copyright Law*, Vol. 6, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2007.
MACPHERSON C., *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Clarendon, Oxford, 1973.
MADDALENA P., *Il territorio bene comune degli Italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Donzelli, Roma, 2014.
MANSELL R., WEHN U., *Knowledge Societies: Information Technology for Sustainable Development*, Oxford University Press, New York, 1998.
MANTOVANI F., *Diritto Penale, Parte Speciale I*, Cedam, Padova, 2016.
MARANDOLA M., *Il nuovo diritto d'autore: introduzione a copyleft, open access e creative commons*, DEC, Milano, 2005.
MARAZZI C., *Il posto dei calzini. La svolta linguistica dell'economia e i suoi effetti nella politica*, Edizioni Casagrande, Bellinzona 1994.
MARELLA M.R. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona, 2012.
MARINELLI F., *Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Jovene, Napoli, 2000.
MARINELLI F., POLITI F. (a cura di), *Domini collettivi ed usi civici*, Pacini Editore, Pisa, 2019.
MARTINELLI S., *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e privacy nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2017.
MARTINES V.T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011.
MARX K., *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, Vol. II, La Nuova Italia, Firenze, 1968-70.
MARX K., *Il Capitale*, Editori Riuniti, Roma, 1970.
MARX K., ENGLES F., *Opere*, *III (1843-1844)*, Editori Riuniti, Roma, 1976.
MASCELLA R., EUGENI F., La società e i fondamenti dell'informatica, Zikkurat, Roma, 2008.
MASKUS K., REICHMAN J. (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005.
MASKUS K.E., *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Institute for International Economics, Washington, D.C., 2000.

MASTROIANNI R., *Diritto internazionale d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997.
MATHELY P., *Le droit français des signes distinctifs*, Parigi, 1984.
MATTEI U., *Beni comuni*, *Un nuovo manifesto*, Roma-Bari, 2011.
MATTEI U., REVIGLIO E., RODOTÀ S. (a cura di), *Invertire la rotta*, Il Mulino, Bologna, 2007.
MATTEI U., REVIGLIO E., RODOTÀ S. (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Accademia Nazionale dei Lincei, 2010.
MAYER-SCHÖNBERGER V., *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, trad. Conversano P., Egea, Milano, 2010.
MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI-MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993.
MCCARTHY J.T., *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Clark Boardman Callaghan, 2002.
MCCLEAN D., SCHUBERT K. (eds.), *Dear images: art, copyright and culture*, Ridinghouse, London, 2002.
MCGONAGLE T., CABRERA Blázquez F.J., *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights*, Vol. III, IRIS Themes, Strasburgo, 2013.
MELLONI A., *Dossetti e l'indicibile. Il quaderno scomparso di "Cronache sociali": i cattolici per un nuovo partito a sinistra della DC (1948)*, Donzelli, Roma, 2013.
MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1957.
MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970.
MEZEI P., *Copyright Exhaustion. Law and Policy in the United States and the European Union*, Cambridge Univ. Press, 2018.
MONTAGNANI M.L., BORGHI M. (eds.), *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management*, Egea, Milano, 2006.
MONTAGNANI M.L., *Il diritto d'autore nell'era digitale: la distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 2012.
MORRIS J., MOWATT R., REEKIE W.D., TREN R., *Ideal matter: globalization and the intellectual property debate*, Centre for a new Europe, Bruxelles, 2002.
MORTATI C., *Raccolta di scritti – IV – Problemi di politica costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1972.
MULTZER H., *Proprietà senza furto,* trad. it. a cura di Miggiano A., Edizioni di comunità, Milano, 1948.
MUSSO A., *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*. Libro Quinto: Del lavoro art. 2575-2583, Zanichelli, Bologna-Roma, 2008.
MUSSO A., *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in DE NOVA G. (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2012.

NAFZIGER J., SCOVAZZI T. (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité – The Cultural Heritage of Mankind*, Brill Nijhoff, Leiden, 2008.
NEGRI A., *Spinoza sovversivo. Variazioni (in)attuali*, Pellicani, Roma, 1992.
NEGRI-CLEMENTI G., STABILE S., *Il Diritto dell'arte*, Vol. I – *L'arte, il diritto, e il mercato* e Vol. II – *La circolazione delle opere d'arte*, Skira, Milano, 2012-2013.
NETANEL N.W., *The development agenda*, Oxford Univ. Press, New York, 2009.
NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976.
NIVARRA L., RICCIUTO V., *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprieta` intellettuale nelle reti telematiche*, Giappichelli, Torino, 2002.
NIVARRA L. (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2005.

ODDENINO A., *La governance di Internet fra autoregolazione, sovranità statale e diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008.
ORABONA L., *Cristianesimo e proprietà. Saggio sulle fonti antiche*, Studium, Roma, 1964.
ORABONA L., *La Chiesa in età contemporanea: la questione sociale. Proprietà privata e destinazione universale dei beni in cento anni di encicliche sociali*, Luciano ed., Napoli, 1996.
OSTROM E., *Governing the Commons*, 1990, trad. it. *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2009.
OSTROM E., *The future of the Commons. Beyond Market Failure and Government Regulation*, IEA, Londra, 2012.
OTTOLIA A., *Big Data e innovazione computazionale*, Quaderni di AIDA, n. 28, Giappichelli, Torino, 2017.

NUNIN R., *La tutela del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Chiandetti, Udine, 1991.

PADELLETTI M.L., *La tutela della proprietà nella Conenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003.
PAGALLO U., *La tutela della privacy tra Stati Uniti ed Europa: modelli giuridici a confronto*, Giuffrè, Milano, 2008.
PAGALLO U., *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Law, Governance and Technology Series, Vol. 10, Springer, Dordrecht, 2013.
PAGALLO U., *Il diritto nell'età dell'informazione: Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2014.
PALACIO J.M., *Concetto cristiano della proprietà*, trad. it. a cura di FANFANI A., Vita e Pensiero, Milano, 1937.
PANETTA R., *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, *Commentario al Regolamento UE n. 679/206 e al D.lgs. n. 101/2018*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
PATTERSON L.R., LINDBERG S.W., *The nature of copyright: a law of users'right*, University of Georgia Press, 1991.
PELCZYNSKI Z.A. (ed.), *Hegel's Political Philosophy: Problems and Perspectives*, Cambridge University Press, 1971.
PEÑALVER A.G., PEÑALVER E.M., *An Introduction to Property Theory*, Cambridge University Press, 2012.
PENNACCHI L., *Filosofia dei beni comuni. Crisi e primato della sfera pubblica*, Donzelli, Roma, 2012.
PENNER J., SMITH H.E. (eds.), *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford University Press, 2013.
PENNOCK J.R., CHAPMAN J.W. (eds.), *Nomos XXIV: Ethics, Economics and the Law*, NYU Press, 1982.
PERLINGIERI C., *Profili civilistici dei social network*, ESI, Napoli, 2014.
PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, ESI, Napoli, 1971.
PERRI P., *Privacy, diritto e sicurezza informatica*, Giuffrè, Milano, 2007.
PERRI P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 2020.
PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.H. (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Parigi, 1999.
PEUKERT A., *Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PIEPOLI G., *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2009.
PIETRANGELO M., *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Giuffrè, Milano, 2007.
PINTON S., ZAGATO L. (eds.), *Cultural Heritage. Scenarios 2015-2017*, Cà Foscari, Venezia, 2017.
PIOLA CASELLI E., *Codice del diritto d'autore: commentario della nuova Legge 22 aprile 1941-XIX, n. 633*, Utet, Torino, 1943.
PIOLA CASELLI E., *Trattato del diritto di autore*, 2ª ed., Margheri-Utet, Napoli-Torino, 1927.
PIZZETTI F. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013.
PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2016.
PIZZOLATO V.F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999.
POMBENI P., *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948)*, Il Mulino, Bologna, 1979.
PONTI B. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienza europee e ordinamento nazionale*, Maggioli, Rimini, 2008.
POP V., *Who Owns the Moon? Extraterrestrial Aspects of Land and Mineral Resources Ownership*, Springer, Berlino, 2009.
PORSDAM H. (ed.), *Copyright and Other Fairy Tales. Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.
POTHIER R., *Traitè du droit de domaine de propriété*, Parigi, 1772.
POUILLET E., *Traitè théorique et pratique des dessins et modelés*, Marchal, Billard et C., Parigi, 1884.
PROSPERO M., *Filosofia del diritto di proprietà*, *vol. I, Da Aristotele a Kant*, Franco Angeli, Milano, 2009.
PROUDHON P.J., *Che cosa è la proprietà?*, Laterza, Roma-Bari, 1978.

QUARTA A., *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, ESI, Napoli, 2016.
QUARTA A., SMORTO G., *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier Università, 2020.

RAVÀ A., *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Fratelli Bocca, Torino, 1901.
RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, VII, Utet, Torino, 1982.
RESTA G. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Utet, Torino, 2010.
RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, Roma Tre Press, Roma, 2015.
RICKETSON S., GINSBURG J., *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford Univ. Press, New York, 2006.
RICOLFI M., SAPPA C. (eds.), *Extracting Value from Public Sector Information: Legal Framework and Regional Policies*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino nuova serie, 24, ESI, Napoli, 2013.
RICOLFI M., *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2015.
RIFKIN J., *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, trad. di *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, Putnam Publishing, New York, 2000.
RIIS T. (ed.), *User Generated Law. Re-Constructing Intellectual Property Law in a Knowledge Society*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.
RIMMER M. (ed.), *Indigenous Intellectual Property: A handbook of contemporary research*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015.

RISTUCCIA R., ZENO ZENCOVICH V., *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel d.lgs. 518/1992. Con 65 decisioni di giudici italiani*, Cedam, Padova, 1993.
ROBERTI M., *Svolgimento storico del diritto privato in Italia, II, Proprietà, possesso e diritti sui beni altrui*, Cedam, Padova, 1935.
ROBINSON F., ABDEL-LATIF A., ROFFE P. (eds.), *Protecting Traditional Knowledge: The WIPO Intergovernamental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources and Folklore*, Routledge, The Hague, 2017.
RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna, 1990.
RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
RODRIGUEZ J. (ed.), *The New Knowledge Economy in Europe. A Strategy for International Competitiveness and Social Cohesion*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002.
ROMANO R., *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001.
ROSATI E. (ed.), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Routledge, Abingdon/New York, 2021.
ROSEN L., *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall PTR, Upper Saddle River, NJ, 2004.
ROSSATO A., *Diritto e architettura nello spazio digitale*, Cedam, Padova, 2006.
ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2002.
ROUSSEAU J.J., *Origine della disuguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2009.
RULLANI E., *Economia della conoscenza*, Carocci, Roma, 2004.
RUSSO E., *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2008.

SACCONI L., OTTONE S. (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Il Mulino, Bologna, 2015.
SALVI C., *Capitalismo e diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 2015.
SAMMARCO P., *La revisione cinematografica e il controllo dell'audiovisivo*, Il Mulino, Bologna, 2014.
SANNA F., *Il messaggio estetico del prodotto. La tutela d'autore della forma industriale*, Quaderni di AIDA n. 29, Giappichelli, Torino, 2018.
SANTINI G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959.
SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1983.
SARTI D., *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996.
SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000.
SCHERILLO G., *Lezioni di diritto romano. Le cose. Parte prima: Concetto di cosa. Cose extra patrimonium*, Giuffrè, Milano, 1945.
SCHLATTER R., *Private property: The history of an idea*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1951.
SCHRICKER G. (ed.), *Urheberrecht. Kommentar*, 3ª ed., Beck, München, 2006.
SCHRICKER G., DREIER TH., KUR A. (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Nomos, Baden-Baden, 2001.
SCOVAZZI T., UBERTAZZI B., ZAGATO L. (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012.
SCOZZAFAVA O.T., *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014.
SELDEN J., *Mare clausum, seu de dominio maris libri duo*, Richardo Meighen, Londra, 1635.
SENFTLEBEN M., *Copyright, limitations and the Three Step-Test, An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law Int., The Hague, 2004.
SERMET L., *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Council of Europe Pub., 1998.
SETTIS S., *Paesggio Costituzione Cemento*, Einaudi, Torino, 2010.

SETTIS S., *Azione popolare, Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino, 2012.
SEVILLE C., *Literary Copyright Reform in Early Victorian England: the Framing of the 1842 Copyright Act*, Cambridge University Press, 1999.
SHIVA V., *Le guerre dell'acqua*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2003.
SHIVA V., *Il bene comune della Terra*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2011.
SHUTTE C.B., *The European Fundamental right of Property*, Kluwer, Deventer, 2004.
SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique*, 2ª ed., Dalloz, Parigi, 2004.
SMITH A., *La ricchezza delle nazioni,* trad. di *An inquiry into the nature and causes of wealth of nations*, Utet, Torino, 2006.
SOLARI G., *Filosofia del diritto privato, I, Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1959.
SPEDICATO G., *Il diritto d'autore in ambito universitario*, Simplicissimus Book Farm, 2011.
STAMATOPOULOU E., *Cultural rights in international law: article 27 of the UDHR and beyond*, Brill, Leiden-Boston, 2007.
STAMATOUDI I.A. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Information Law Series, Wolter Kluwer, 2016.
STAMATOUDI I.A., TORREMANS P. (eds.), *EU Copyright Law. A commentary*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014.
STEHR N., *Knowledge Societies: The Transformation of Labour, Property and Knowledge in Contemporary Society*, Sage, Londra, 1994.
STERLING J., *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 2003 e 2015.
STEWART T.A., *Il capitale intellettuale. La nuova ricchezza*, Ponte alle Grazie, Milano, 1999.
STOLFI N., *La proprietà intellettuale*, Vol. II., Utet, Torino, 2ª ed., 1915.
STUCKE M.E., GRUNES A.P., *Big data and competition policy*, OUP, Oxford, 2016. SYNODINOU T.-E. (ed.), *Towards a European Copyright Code – Challenges and Perspectives*, Kluwer Law Int., Alphen aan den Rijn, 2012.
TANNER S., *Reproduction charging models & rights for policy digital images in American art Museums*, Andrew W Mellon Foundation, New York, 2004.

TIERNEY B., *L'idea dei diritti naturali. Diritto naturale e diritto canonico, 1150-1625*, Il Mulino, Bologna, 2002.
TOFFLER A., *The third wave*, Morrow, New Tork, 1980.
TOMASELLA E., *Aspetti pubblicistici del regime dei beni regolieri*, Ist. Bellunese Ricerche Soc., Belluno, 2000.
TOMKOWICZ R., *Intellectual Property Overlaps, Theory, Strategies and Solutions*, Routledge, London, 2012.
TORREMANS P. (ed.), *Copyright law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.
TORREMANS P. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer, 2008,2015, 2020.
TORREMANS P., *Research Handbook on Copyright Law*, 2ª ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2018.
TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2009.

UBERTAZZI L.C. (a cura di), *La legge sul software – commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 1994.
UBERTAZZI L.C., *I savoia e gli autori*, Quaderni di AIDA, n. 3, Giuffrè, Milano, 2000.
UBERTAZZI L.C., *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, 2ª ed., Quaderni di AIDA, n. 5, Giuffrè, Milano, 2003.
UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2007, 2012 e 2019.

UBERTAZZI L.C., *Proprietà intellettuale*, in AJANI G., BENACCHIO G.A. (a cura di), *Trattato di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2011.
UBERTAZZI L.C., AMMENDOLA M., *Il diritto d'autore*, Utet, Torino, 1993.
ULLRICH H., HILTY R., LAMPING M., DREXL J. (eds.), *TRIPS plus 20 – From Trade Rules to Market Principles*, Springer, 2016.
ULMER E., *Urheber– und Verlagsrecht*, Springer, Berlin, 1951.
UMBECK J., *A Theory of Property Rights: With Application to the California Gold Rush*, Iowa State University Press, 1981.

VALGUARNERA F., *Accesso alla natura tra ideologia e accesso*, Giappichelli, Torino, 2010.
VAN BAEL I., BELLIS J.F., *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Giappichelli, Torino, 1995.
VAN BYNKERSHOEK C., *De dominio maris dissertatio*, in ID., *Opera minora, Apud Joannem van Kerckhem*, La Haye, 1744.
VAN DIJK P., VAN HOOF G.J.H. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 4ª ed., Kluwer Law, Deventer, 2006.
VAN EECHOUD M., HUGENHOLTZ P.B., GUIBAULT L., VAN GOMPEL S., HELBERGER N., *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law Int., The Hague, 2009.
VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2018.
VELU J., ERGEC R., *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990.
VERCELLONE C. (a cura di), C*apitalismo cognitivo. Conoscenza e finanza nell'epoca postfordista*. Manifestolibri, Roma, 2006.
VERCELLONE P., *Il diritto sul proprio ritratto*, Utet, Torino, 1959.
VESSIA F., *L'assicurazione dei diritti di proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2009.
VIGINI G., *Glossario di biblioteconomia e scienza dell'informazione*, Editrice Bibliografica, Milano, 1985.
VITALE E., *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013.
VIVIER N., DEMELAS M.-D., *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amerique latine*, Rennes, 2003.
VON HIPPEL E., *The Sources of Innovation*, Oxford University Press, 1988.
VON HIPPEL E., *Democratizing Innovation*, MIT Press, 2005.
VON JHERING R., *Lo scopo del diritto*, trad.it a cura di Losano M., Torino, 1972.
VON LEWINSKI S., *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Kluwer Law Int., The Hague, 2003.
VON SCHÖNFELD M., *Screen Scraping und Informationsfreiheit*, Nomos, Baden-Baden, 2018.
VUKAS B., ŠOŠIĆ T.M. (eds.), *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Božidar Bakotić*, Nijhoff, Leiden, 2010.

ZAGATO L. (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti Unesco. Un approccio nuovo alla costruzione della pace*, Cedam, Padova, 2008.
ZAMAGNI S., *L'economia del bene comune*, Città Nuova, Roma, 2011.
ZAMAGNI S., *I beni comuni per il bene comune*, Casa della Cultura, Milano, 2014.
ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. I mezzi dell'azione amministartiva*, IV, Giuffrè, Milano, 1958.
ZENO ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985.
ZICCARDI G., *Libertà del codice e della cultura*, Giuffrè, Milano, 2006.
ZIFF B., RAO P.V. (eds.), *Borrowed Power: Essays on Cultural Appropriation*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1997.

ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019.
ZUDDAS C., *Strumenti e modelli per la tutela giudica delle espressioni culturali tradizionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

XIFARAS M., *La propriété: Étude de philosophie du droit*, Presses Universitaires, Parigi, 2004.

WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.
WALDRON J., *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
WELLER M., KEMLE N.B., DREIER TH. (eds.), *Kunst im Markt – Kunst im Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
WESTIN A.F., *Privacy and freedom*, Athenum, New York, 1968.
Wienand P., BOOY A., FRY R., *A guide to copyright for museums and galleries*, Routledge, Abingdon, 2000.

2. *Articoli, Reserch Paper, Note a sentenza, Voci enciclopediche*

ACQUISTI A., BRANDIMARTE K., LOEWENSTEIN G., *Privacy and human behaviour in the age of information*, Science, 2015, 347.
ADOBATI E., *La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati*, Dir. com. e degli scambi internaz., 2012, 269-271.
AINIS M., FIORILLO M., *I beni culturali*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, II, Giuffrè, Milano, 2003, 1485.
AJANI G., *Contemporary Artificial Art and the Law. Searching for an Author*, Art and Law, 2019, 3.4, 1.
ALBAMONTE A., *L'oggetto della tutela penale del reato di rivelazione di segreti scientifici o industriali*, Giust. pen., 1974, II, 267.
ALBERTI C., *E-society e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2005, 5, 1237.
ALBERTINI L., *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e 13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE del febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, Law and Media Working Paper Series No. 2/2019.
ALGOSTINO A., *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, Costituzionalismo.it, 2013, 3.
ALIPRANDI S., *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali, oltre la proprietà intellettuale*, Archeologia e Calcolatori, 2017, 9, 95.
ALLEN T., *Compensation for Property under the European Convention of Human Rights*, Mich. J. Int'l L., 2007, 28, 287.
ALOVISIO M., *Criticità Privacy nel riuso dei dati pubblici*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 46.
ALPA G., *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, Contratto e impresa, 2017, 723.
ALVANINI S., *Misure tecnologiche di protezione e copia privata*, Dir. aut., 2009, 586.
ALVANINI S., *Creative Commons: condividere, modificare e riutilizzare legalmente*, Riv. dir. ind., 2009, 4, 392.
ALVISI C., *Spunti in tema di tutela del cosiddetto schema di trasmissione televisiva*, Riv. dir. ind., 1995, 218.

AMBRUS A., CALVANO E., REISINGER M., *Either or both competition: A "two-sided" theory of advertising with overlapping viewerships*, American Economic J.: Microeconomics, 2016, 8, 3, 189.
AMES E.K., *Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation*, Colum. L. Rev., 1993, 1473.
AMMENDOLA M., *La tutelabilità come marchio del titolo delle opere dell'ingegno*, Quaderni di AIDA, 1993, 13.
AMMENDOLA M., *Il diritto acquisito dagli enti indicati dall'art. 11 l.a. sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome e a loro conto e spese*, Quaderni di AIDA, 1994, 281.
ANDERMAN S.D., *Microsoft e il problema dell'interoperabilità*, Mercato concorrenza regole, 2007, 569.
ANDERSON M., *Emails (and other pure information) are not property*, JIPLP, 2013, 8, 5, 357.
ANGELICCHIO G., *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, Quaderni di AIDA, 2005, 569.
ANTIKAINEN M., *Copyright Protection and AI-Generated Works – A Fight We Have Already Lost?*, Quaderni di AIDA, 2018, 243.
ANTONELLI V., *Usi civici e insediamenti urbani*, Riv. notariato, 1999, 1, 65.
APLIN T., *Right to Property and Trade Secrets*, in GEIGER C. (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, 421.
APLIN T., *The ECJ Elucidates the Database Right*, IPQ, 2005, 2, 204.
ARCELLA G., *Il diritto all'oblio per i dati personali cede rispetto alle esigenze di pubblicità legale*, Notariato, 2017, 314.
AREZZO E., *Videogiochi e consolles tra diritto d'autore e misure tecnologiche di protezione*, Riv. dir. ind., 2008, 6, 449.
AREZZO E., *L'estrazione non autorizzata del contenuto di una banca dati*, Riv. dir. ind., 2009, 192.
ARMSTRONG M., WRIGHT J., *Two-sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts*, Economic Theory, 2007, 32, 2, 353.
ARROWSMITH S., *What is a Parody? Deckmyn v Vandersteen*, EIPR, 2015, 55.
ASCANI F., *La pubblicazione dell'opera postuma inedita e i diritti degli eredi*, Dir. aut., 2001, 489.
ATRIPALDI V., *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in ATRIPALDI V., GAROFALO G., GNEUSETTA C., LOTITO P.F. (a cura di), *Governi ed Economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Cedam, Padova, 1998, 10.
ATTOLICO L., *Profili giuridici delle opere dell'ingegno create da intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Attualità del diritto d'autore, Studi in onore di Giorgio Assumma*, Discendo Agitur, Roma, 2018.
AUTERI P., *Commento all'art.14*, in Commentario al d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198, in Le nuove leggi civ. comm., 1998, 131.
AUTERI P., *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in MONTAGNANI M.L., BORGHI M. (a cura di), *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management*, Egea, Milano, 2006, 23.
AUTERI P., *Le tutele reali*, in NIVARRA L. (ed.), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2005, 8.
AUTERI P., *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA, 2007, 155.

BABIE P., *Magna Carta and the Forest Charter: Two stories of property. What will you be doing in 2017?*, N.C.L. Rev., 2016, 94, 1431.
BAIRD D.G., *Does Bogart Still Get Scale? Rights of Publicity in the Digital Age,* Green Bag. An Entertaining Journal of Law (Second Series), 2001, 4, 4, 357.

BAKER K., *Indigenous Appropriation and Protections Provided by Intellectual Property Law*, North Carolina Central Un. Science & Intellectual Property L. Rev., 2018, 11, 1, 111.
BALDASSARRE V.A., *Iniziativa economica privata (libertà di)*, Enc. dir., XXI, Milano, 1971, 593.
BALDASSARRE V.A., *Diritti inviolabili*, Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989, 26.
BALDASSARRE V.A., *Il diritto di privacy e la comunicazione elettronica*, Percorsi costituzionali, 2010, 1, 49.
BALDUCCI ROMANO F., *La protezione dei dati personali dell'Unione Europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2015, 6, 1619.
BALKIN J.M., *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School of Regulation*, UCDL Rev., 2017, 1149.
BALLARINO T., *La proprietà protetta nel primo protocollo*, Riv. intern. dei diritti dell'uomo, 1989, 221.
BANTERLE F., *L'umorismo è il miglior strumento di difesa: la nozione comunitaria di parodia per la Corte di Giustizia*, Riv. dir. ind., 2016, 1, 75.
BANTERLE F., *Data ownership in the Data economy: a European dilemma*, in SYNODINOU T.-E., JOUGLEUX P., MARKOU C., PRASTITOU T., *EU Internet Law in the Digital Era*, Springer, 2020, 199-225.
BANTERLE F., BLEI M., *Alcune novità introdotte dalla direttiva trade secrets*, Riv. dir. ind., 2017, 4-5, 202.
BARBACETTO S., *Servitù di pascolo, civicus usus e beni comuni nell'opera di Giovanni Battista De Luca († 1683)*, in NERVI P. (a cura di), *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva. La consuetudine fra tradizione e modernità. Atti della VIII Riunione Scientifica (Trento, 14-15 novembre 2002)*, Cedam, Padova, 2003, 278.
BARBACETTO S., *Territorio e sfruttamento europeo delle risorse: letture dottrinali (secoli XV–XVIII)*, in BLANCO L. (a cura di), *Organizzazione del potere e territorio. Contributi per una lettura storica della spazialità*, Franco Angeli, Milano, 2008, 103.
BARBATI C., *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, Aedon, 2004/1.
BARBERIS M., *Il comunismo dei beni comuni*, Il rasoio di Occam, 30 aprile 2013.
BARIATTI S., *Genesi e interpretazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, Riv. intern. dei diritti dell'uomo, 1989, 215.
BARNES R.D., *The Caroline Verdict: Protecting individual privacy against media invasion as a matter of human rights*, Penn St. L. Rev., 2005, 110, 599.
BARON R.A., *Reconstructing the Public Domain: Metaphor as polemic in the Intellectual property Wars*, Art and Museum Law, 2007, 2, 1, 1.
BARTH S., DE JONG M.J.T., *The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review*, Telematics and Informatics, 2017, 34, 7, 1038.
BARTLETT R., *Developments in the Law-The Law of Cyberspace*, Harv. L. Rev., 1999, 112, 1634.
BARTOLINI A., *Beni culturali (diritto amministrativo)*, Enc. dir., Annali, VI, 2013, 96.
BARTOLINI A., *L'immaterialità di patrimoni culturali*, in BARTOLINI A., BRUNELLI D., CAFORIO G. (a cura di), I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche (Atti di convegno svoltosi ad Assisi, 25-27 ottobre 2012), Jovene, Napoli, 2014.
BARTOLINI A., *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, Dir. amm., 2019, 2, 223.
BASSI E., BLOISE N., DIRUTIGLIANO J., FICI G.P., PAGALLO U., PRIMATESTA S., QUAGLIOTTI F., *The Design of GDPR-Abiding Drones Through Flight Operation Maps: A Win-Win Approach to Data Protection, Aerospace Engineering, and Risk Management*, Minds and Machines, 2019, 29, 1, 579.

BASSI E., *PSI, protezione dei dati personali, anonimizzazione*, Informatica e dir., 1-2, 2011, 75.
BASSINI M., *Diritto d'autore e tutelabilità dell'interfaccia grafica utente del software: alcuni importanti rilievi della Corte di giustizia*, Dir. pub. comp. ed europeo, 2011, 508.
BASTIANON S., *Il caso "IMS": abuso di posizione dominante o legittimo esercizio del diritto d'autore?*, Foro it., 2004, IV, 361.
BECHTOLD S., *Comment on Directive 2001/29/EC*, in DREIER T., HUGENHOLTZ P.B. (eds.), *Concise on European Copyright Law*, Kluwer Law Int., Alphen aan den Rijn, 2006, 370.
BECKERMAN-RODAU A., *The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion*, Yale J.L. & Tech., 2010, 13, 35, 88.
BENABOU V.L., DUSOLLIER S., *Draw me a public domain*, in TORREMANS P. (eds.), *Copyright law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, 161.
BENATTI F., *La Street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà*, Giur. comm., 2017, 5, 781.
BENDER A., *Die absoluten Schutzversagungsgründe für die Gemeinschaftsmarke: rechtsprechung der Beschwerdekammern des Harmonisierungsamtes*, MarkenR, 2000, 4, 118.
BENKLER Y., *Free as the air to common use: First Amendment constraints on enclosure of the Public Domain*, New York University L. Rev., 1999, 74, 354.
BENTLY L., *Trade Secrets: 'Intellectual Property' But Not 'Property'?*, in HOWE H., GRIFFITHS J. (eds.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge Univ. Press, 2013, 60.
BENTLY L., GEIGER C., GRIFFITHS J., SENFTLEBEN M., XALABARDER R., *Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion of the European Copyright Society on the Judgment of the CJEU in Case EUGH Aktenzeichen C-201/13 Deckmyn*, IIC, 2015, 46, 93.
BERCOVITZ A., *Marcas y derecho de autor*, Revista de Derecho Mercantil, 2001, 204, 405.
BERKES F., FEENY D., MCCAY B.J., ACHESON J.M., *The benefits of the commons*, Nature, 1989, 340, 91.
BERLIOZ P., *Consécration du vol de données informatiques. Peut-on encore douter de la propriété de l'information?,* Revue des contrats, 2015, 4, 951.
BERTI C., *Tutela dei contenuti editoriali on line e problemi di enforcement*, Resp. civ. e prev., 2019, 6, 2063.
BERTANI M., *La prima pubblicazione delle opere di 'dominio pubblico'*, Quaderni di AIDA, 1999, 148.
BERTANI M., *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, Quaderni di AIDA, 2003, 867.
BERTANI M., *Proprietà intellettuale e circolazione delle informazioni brevettuali*, in AA.VV., *Studi in onore di Adriano Vanzetti*, Giuffrè, Milano, 2005, I, 153.
BERTANI M., *Banche dati ed appropriazione delle informazioni*, Europa e dir. priv., 2006, 319.
BERTONI A., MONTAGNANI M.L., *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, Dir. inf., 2015, 31, 1, 111-149.
BIBAS S.A., *A Contractual Approach to Data Privacy*, Harv. J. L. & Pub. Pol'y, 1994, 17, 592.
BIRD R.C., *This Bud's for You: Understanding International Intellectual property Law through the Ongoing Dispute over the Budweiser Mark*, Journal of legal studies, 2006, 23, 1, 53.
BIRNHACK M., *Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*, Univ. of Southern Cal. L. Rev., 2003, 76, 1275.
BITAN H., *L'interface graphique d'un logiciel constitue une oeuvre autonome distincte du logiciel*, Droit de l'immatériel, 2011, 70, 13.
BLAKE J., *On Developing a New International Convention for Safeguarding Intangible Cultural Heritage*, Art Antiquity and Law, 2003, 8, 4, 381.
BLAKENEY M., *Hans Christian Andersen and the Protection of Traditional Cultural Expres-*

sions, in PORSDAM H. (ed.), *Copyright and Other Fairy Tales. Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, 114.
BLAKENEY M., *The Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law*, EIPR, 2000, 22, 6, 251.
BŁASZCZYK C., *Lockean Intellectual Property Refuted. Critica della proprietà intellettuale in Locke,* Scienza & Politica, 2020, 63, 161-186.
BLENGINO C., SENOR M., *Il caso «Peppermint»: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer to-peer*, Dir. inf., 2007, 4-5, 835.
BLOCH M., *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII siècle*, *Annales. Historie. Economie. Sociètés*, 1930, II, 330.
BOBBIO N., *La filosofia giuridica di Hegel nell'ultimo decennio*, Riv. Critica di Storia della Filosofia, 1972, 27, 3.
BOCCA R., *La tutela della fotografia tra diritto d'autore, diritti connessi e nuove tecnologie*, Quaderni di AIDA, 2002, 402.
BOLDRIN M., LEVIN D.K., *The case against intellectual property*, American Economic Rev., Papers & Proceedings, 2002, 92, 209.
BONADIO E., ROVATI A.M., *Use of dedicated meta-search engine infringes database right: the CJEU's stance in Innoweb v Wegener*, JIPLP, 2014, 458-460.
BONADIO E., SANTO M., *"Communication to the public" in FAPL v QC Leisure and Murphy v Mediaprotection services (C-403/08 and C-429/08)*, EIPR, 2012, 277.
BONAVITA S., *Le ragioni dell'oblio*, Ciberspazio e diritto, 2017, 1, 85.
BONELLI G., *Diritto di riproduzione, misure tecniche di protezione e copia privata*, Dir. aut., 2010, 183.
BORGHI M., *Owning Form, Sharing Content: Natural-Right Copyright and Digital Environment*, in MACMILLAN F. (eds.), *New Directions in Copyright Law*, Vol. 6, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2007, 222.
BORGHI M., ERICKSON K., FAVALE M., *With Enough Eyeballs All Searches Are Diligent: Mobilizing the Crowd in Copyright Clearance for Mass Digitization*, Chi.-Kent J. Intell. Prop., 2016, 16, 135.
BORGOGNO O., PONCIBÒ C., *The Day After Tomorrow of Banking – On FinTech, Data Control and Consumer Empowerment*, in AGGARWAL N., EIDENMÜller H., ENRIQUES L., PAYNE J., ZWIETEN K. (eds.), *Autonomous Systems and the Law*, Nomos, Baden-Baden, 2019, 55.
BORGOGNO O., *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.*, Dir. Inf., 2019, 3, 689.
BOTT C., *Protection of Information Products: Balancing Commercial Reality and the Public Domain*, University of Cincinnati L. Rev., 1998-1999, 67, 237.
BOTTARINI M., VENTURELLO M., *I sensi e la proprietà intellettuale: il sapore di un alimento quale opera proteggibile con il diritto d'autore*, Riv. dir. ind., 2019, 3, 241.
BOYLE J., *Foreword. The opposite of Property?*, Law & Contemp. Probs., 2003, 1.
BOYLE J., *The Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 38.
BOYLE J., *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 33.
BRAUNEIS R., *Copyright and the World's Most Popular Song*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 2009, 56, 335.
BREAKEY H., *User's Rights and the Public Domain*, IPQ, 2010, 312.
BRICENO MORAIA L., *Risorse genetiche, traditional knowledge e brevettabilità dell'invenzione. Le richieste di tutela del Perù*, Dir. comm. internaz., 2006, 865.
BRICEÑO MORAIA L., *«Arte appropriativa», elaborazioni creative e parodia*, Riv. dir. ind., 2011, VI, 347.

BRIDY A., *Coding creativity: copyright and the artificially intelligent author*, Stan. Tech. L. Rev., 2012, 5, 1, 52.
BRIGNONE P., *Un tema giurisprudenziale raro: l'art. 623 c.p. in particolare sull'industrialità e sulla novità dell'idea inventiva e sul fondamento del segreto*, Cass. pen. mass., 1980, 100.
BROCCA M., *Cibo e cultura: nuove prospettive giuridiche*, Federalismi.it, 2017.
BROGI E., *La Corte di giustizia interpreta il concetto di "estrazione" dei contenuti di una banca dati*, Dir. Pub. comp. ed europeo, 2009, 348.
BRONCKERS M., MCNELIS N., *Is the EU obliged to improve the protection of trade secrets? An inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights*, EIPR, 2012, 673.
BROWN R.S.Jr., *Unification: A Cheerful Requiem for Common Law Copyright*, UCLA L. Rev., 1977, 24, 1070.
BROWNE M.F., *Can Culture be copyrighted?*, Current Anthropology, 1998, 39, 2, 193.
BRYNJOLFSSON E., HITT L.M., KIM H.H., *Strength in Numbers: How Does Data-Driven Decisionmaking Affect Firm Performance?*, 2011, http://ssrn.com/abstract=1819486.
BUCKLAND W.W., *Marcian*, in AA.VV., *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Arti Grafiche Castiglia Ed., Palermo, 1936, 273.
BUGIOLACCHI L., *Quale responsabilità per il motore di ricerca in caso di mancata deindicizzazione su legittima richiesta dell'interessato*?, Resp. civ. e prev., 2016, 2, 571.
BULAYENKO O., *Permissibility of Non-Voluntary Collective Management of Copyright Under EU Law: The Case of the French Law on Out-of-Commerce Books*, JIPITEC, 2016, 7,1.
BURGUNDER L.B., *The Scoop on Betty Boop: A proposal to Limit Overreaching Trademarks*, Loy. L.A. Ent. L. Rev., 2012, 32, 257.
BUSSEUIL G., *À propos de la numérisation des oeuvres par les bibliothèques: effet utile ou déconstruction des exceptions au droit d'auteur?*, Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication, 2014, 108, 55.
BUTLER K.C., *Keeping the World Safe from Naked-Chicks-in-Art Refigerator Magnets: $e Plot to Control Art Images in the Public Domain through Copyrights in Photographic and Digital Reproductions*, Hastings Communications and Entertainment L. J., 1998, 21, 1, 55.
BUTLER T., *Can a computer be an author? Copyright aspects of artificial intelligence*, Comm/Ent L.S, 1981, 4, 707.
BUXBAUM A.B., CURCIO L.A., *When you can't sell to your costomers, try selling your customers (but not under the bankruptcy code)*, Am. Bankr. Inst. L. Rev., 2000, 8, 395.

CAFFO R., *Il Piano d'azione dinamico per il coordinamento europeo della digitalizzazione di contenuti culturali e scientifici*, Digitalia, 2006, 1, 119.
CALBOLI I., *Trademarking Creative Works: Trends and Negative Effects on the Copyright Equilibrium*, in FRANKEL S., GERVAIS D. (eds.), *Evolution And Equilibrium: Copyright This Century*, Cambridge University Press, 2014, 6.
CALLENDER SMITH R., *From von Hannover (1) to von Hannover (2) and Axel Springer AG: do competing ECHR proportionality factors ever add up to certainty?*, Queen Mary J. of Intell. Prop., 2, 4, 2012, 389.
CAMARDI C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, Giust. Civ., 2019, 3, 49.
CAMERON C.T., *In defiance of Bridgeman: claiming copyright in photographic reproductions of public domain works*, Tex. Intell. Prop. L. J., 2006, 15, 31.
CAMPELL WOJCIK M., *The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain*, Hastings Comm&Ent. L. J., 2008, 30, 2, 257.
CAMPROUX DUFFRENE M.-P., *Repenser l'article 714 du Code civil français comme une*

porte d'entrée vers les communs, Rev. interdisciplinaire d'études juridiques, 2018, 81, 2, 297.
CAPIZZI M., *Diritto all'oblio, registro delle imprese e fallimento,* Giur. Comm., 2019, 4, II, 732.
CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., voce *Beni pubblici*, Enc. giur. Treccani, Vol. V, Roma, 1988, 2.
CARAVÀ E., *Personal Data Kept in Companies Registers: The Denial of the Right to Be Forgotten*, Eur. Data Prot. Law Rev., 2017, 28.
CARCIONE M., *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, Aedon 2013/2, 53.
CARETTI P., CARDONE A., *Diritto alla riservatezza e diritto all'informazione: premesse normative e sviluppi giurisprudenziali*, Diritti umani e dir. internaz., 2010, 1, 91.
CARLETTI F., *Gli usi civici come problema sociale irrisolto della modernità*, in RICOVERI G. (a cura di), *Beni comuni. La sfida più difficile del ventunesimo secolo*, Roma, 2005, 20.
CARON C., *La publication d'une "suite" d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe*, JCP G, 2007, II, 10025.
CAROTTI B., *Goggle Books, o di Alessandria d'Egitto ai tempi della globalizzazione*, Giornale dir. amm., 2011, 11, 1236.
CARPENTER M.M., *Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to The Needs of a Global Community*, Yale Hum. Rts. & Dev. L. J., 2004, 7, 51.
CARPENTIERI P., *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla "leale collaborazione" interistituzionale,* Giur. Cost., 2015, 4, 1246.
CARRARO G., *L'iscrizione nel registro delle imprese come lecita ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata,* N. giur. civ. comm., 2017, 1020.
CARRARO G., *Le opere orfane nella prospettiva delle formalità costitutive e pubblicitarie*, Quaderni di AIDA, 2013, 107.
CAROPPO E., MASTORE A., *Il declino dei beni comuni. Il caso degli usi civici e dei demani comunali nell'Italia meridionale nei secoli XIX-XX*, Hermes, J. Comm., 2018, 11, 9-28.
CARTABIA M., *La fabbrica della costituente: Giuseppe Dossetti e la finalizzazione delle libertà*, Quaderni Costituzionali, 2017, 2, 471.
CARUSO A., *Arrangiamento musicale e rielaborazioni creative*, Dir. aut., 2005, 105.
CASCIONE C.M., *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, Dir. inf., 2005, 1, 1.
CASCIONE C.M., *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, Giur. it., 2011, 12, 2506.
CASELLI S., *Le ultime tendenze sulla tutela autorale del design e sul requisito del "valore artistico"*, Riv. dir. ind., 2017, 2, 333.
CASINI L., *Per una nuova legge di tutela. Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, Aedon, 2012/1-2.
CASINI L., *"Noli me tangere": i beni culturali tra materialità e immaterialità*, Aedon, 2014/1.
CASO R., *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti peer to peer: in margine al caso Peppermint. Profili di diritto comparatore*, Dir. Internet, 2007, 461.
CASO R., *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, Trento Law and Technology Research Group Research Paper n. 38, 2020.
CASSANO G., CIMINO I.P., *Qui, là, in nessun luogo … Come le frontiere dell'Europa si aprirono ad Internet: cronistoria di una crisi annunciata per le regole giuridiche fondate sul principio di territorialità*, Giur. it., 2004, 1805-1809.
CASTELLUCCI P., *Dichiarazione di Budapest per l'accesso aperto: testo e commento,* Nuovi annali della scuola speciale per archivisti e bibliotecari, 2010, 24.
CASTETS-RENARD C., *Limitations du droit d'auteur européen portant sur les logiciels*, Droit de l'immatériel, 2012, 83, 6.

CASTETS-RENARD C., *Les opportunités et risques pour les utilisateurs dans l'ouverture des données de santé: big data et open data*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 2014, 108, 38.
CATALA P., *Ebauche d'une teorie juridique de l'information*, Informatica e dir., 1983, 1, 15.
CATALANI P.M., *La collocazione sistematica degli assetti fondiari collettivi in funzione del rapporto fra comunità e ambiente*, Archivio Scialoja-Bolla, Annali di studi sulla proprietà collettiva, 2014, 1, 1, 1.
CATERINA R., *Il benicomunismo come orientamento culturale: un bilancio teorico ed alcune questioni aperte*, Riv. critica dir. priv., 2017, 35, 2, 293.
CAVALLO PERIN R., *Il diritto al bene culturale*, Dir. amm., 2016, 4, 495.
CAVALLO PERIN R., *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in FANTI V. (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 309.
CAVALLO PERIN R., *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della nazione*, in ASTONE F. (a cura di), *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 15.
CAVANI G., *L'oggetto della tutela*, in UBERTAZZI L.C. (a cura di), *La legge sul software – commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 1994, 5.
ČERKA P., GRIGIENÉ J., SIRBIKYTÉ G., *It is possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?*, CLSR, 33, 5, 2017, 685.
CERULLI IRELLI V., DE LUCIA L., *Beni comuni e diritti collettivi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2013, II, 1131.
CERULLI IRELLI V., *Apprendere "per laudo". Saggio sulle proprietà collettive*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2016, 45, 346.
CERULLI IRELLI V., *Beni Pubblici*, Dig. disc. pubbl., 4ª ed., II, Torino, 1987, 276.
CERULLI IRELLI V., *Uso pubblico*, Enc. dir., XLV, Milano, 1992, 959.
CERULLI-IRELLI V., *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in CHITI M.P. (a cura di), *Beni culturali e Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1994, 47.
CERVATI G., *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato (1924-1951)*, Riv. trim. dir. pubbl., 1951, I, 2/3.
CHAFEE Z. JR., *Reflections on the Law of Copyright* (pt. 2), Colum. L. Rev., 1945, 40, 719.
CHANDER A., SUNDER M., *The Romance of the Public Domain*, Cal. L. Rev., 2004, 92, 1331.
CHANDER A., LE U.P., SUNDER M., *Golan v. Holder,* American J. of International L., 2012, 106.
CHARDEAUX A.M., *Les Choses Communes,* LGDJ, 2006, 230.
CHIABERGE A., *Tormentoni estivi e tutela del personaggio di fantasia – il caso del Pulcino Pio*, Riv. dir. ind., 2013, 6, 400.
CHIOLA C., *Appunti sul c.d. diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, Percorsi cost., 2010, I, 39.
CHIRULLI P., *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, Giustamm.it, 2012.
CHIRULLI P., *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, Dir. amm., 2019, 697.
CHITI M.P., *La nuova nozione di beni culturali nel d.lgs. 112/1998: prime note esegetiche*, Aedon, 1998/1.
CHON M., *New Wine Bursting from Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship*, Or . L. Rev., 1996, 75, 257.
CHUANG I., *Be Wary of Adding Your own Soundtrack: Lenz v. Universal and How the Fair Use policy should be applied to User Generated Content*, Loyola of Los Angeles Ent. L. R., 2009, 29, 164.
CIAMMOLA M., *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente al d.lg.n. 195 del 2005*, Foro amm. CDS, 2007, 2, 657.

CIANI J., *Cronaca rosa e diritto alla riservatezza della vita privata: non basta il carattere anonimo della notizia, se la persona offesa resta identificabile*, Dir. inf., 2014, 3, 349.
CIANI J., *Intellectual property rights and the growing interest in legal protection for culinary creations*, in NOBILE M. (ed.), *World Food Trends and the Future of Food*, Ledizioni, Milano, 2015, 15.
CIANI J., *A competition law oriented look at the application of data protection and IP law to the Internet of Things: towards a wider "holistic approach"*, in BAKHOUM M., CONDE GALLEGO B., MACKENORDT M.-O., SURBLYTE G., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and IP Law – Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018, 215.
CIANI J., *Learning from Monkeys: Authorship Issues Arising From AI Technology*, in MOURA OLIVEIRA P., NOVAIS P., REIS L. (eds.), *Progress in Artificial Intelligence EPIA 2019 Conference on Artificial Intelligence Proceedings Part I*, Springer, 2019, 275.
CISTARO M., *I limiti della tutela autoriale del software: individualità dell'opera e policy su concorrenza e innovazione nel mercato del software*, Riv. dir. ind., 2017, 4, 344.
CITARELLA G., *"Diritto all'oblio" e rilevanza del tempo*, Resp. civ. e prev., 2016, 2, 567.
CLIFFORD R.D., *Intellectual property in the era of the creative computer program: Will the true creator please stand up*, Tul. L. Rev., 1996, 71, 1675.
COCHE E., *Heks'nkaas or the 'Fifty Shades of Taste' Explained by the CJEU through EU Copyright Law*, EIPR, 2019, 41, 3.
COCUCCIO M.F., *Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"*, Dir. fam. e persone, 2016, 949.
COE S.J., *The story of a character: establishing the limits of independent copyright protection for literary characters*, Chicago-Kent L. Rev., 2011, 86, 3, 1305.
COGO A., *Copia privata e commercio transfrontaliero di supporti di registrazione*, Giur. it., 2012, 829.
COGO A., *Diritto d'autore ed autonomia negoziale negli ordinamenti italiano e tedesco*, 2011, http://dirittoautore.cab.unipd.it.
COGO A., *Opere cinematografiche e armonizzazione comunitaria del diritto d'autore*, Giur. it., 2013, 557.
COHEN J., *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, Berkeley Tech. L.J., 1998, 13, 1089.
COHEN JEHORAM H., *Restrictions on Copyright and their Abuse*, EIPR, 2005, 359.
COHN D.S., *Mere Ornamentation and Aesthetic Functionality Causing Confusion in the Betty Boop Case*, TMR, 2011, 101, 1218.
COLANGELO G., *Copia privata ed equo compenso per gli autori alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, Giur. comm. 2011, II, 1284.
COLANGELO G., *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, Mercato concorrenza regole, 2011, 367.
COLELLA P., *Sulla deputatio ad cultum publicum e sulla dicatio ad patriam di un polittico attribuito a Cocco di Pietro*, Giur. it., 1982, I, 74.
COMAN K., *Some unsettled problems of irrigation*, American Economic Rev., 1911, 101, 36.
CONDORELLI L., *La proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Riv. dir. int., 1970, 175.
CONDORELLI L., *Il protocollo rivisitato*, Riv. intern. dei diritti dell'uomo, 1989, 266.
CONSOLI L., voce "*Beni culturali*", Enc. giur. Treccani, Vol. V, Roma, 1988.
CONTE E., *Comune proprietario o Comune rappresentante? La titolarità dei beni collettivi tra dogmatica e storiografia*, Riv. di dir. agrario, 1999, LXXVIII/2, 188.
COOK T., *The Proposal for a Directive on the Protection of Trade Secrets in EU Legislation*, Journal of Intellectual Property Rights, 2014, 19, 54.
COOMBE R., *Protecting cultural industries to promote cultural diversity: dilemmas for interna-*

tional policymaking posed by the recognition of traditional knowledge, in MASKUS K., REICHMAN J. (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005, 602.

COOMBE R.J., *Fear, Hope and Longing for the Future of Authorship and a Rivitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property*, De Paul Law Rev., 2002-2003, 52, 1171.

COPPO G., *Article 82 CE et refus de licence des droits de propriété intellectuelle: nouvelles perspectives après l'arrêt "Microsoft"*, Revue du droit de l'Union européenne, 2008, 4, 783.

CORASANITI G., *Diritti d'autore e prospettiva sociale: quali opportunità per le biblioteche*, Dir. inf., 2008, 2, 129.

CORDES A., *The Search for a Medieval Lex Mercatoria*, Oxford University Comparative Law Forum, 2003, 5, 17.

CORIGLIANO A., *Web scraping e diritti di proprietà intellettuale nell'intermediazione di biglietti aerei low cost*, Riv. it. dir. turismo, 2018, 120.

CORREA C.M., *Traditional Knowledge and intellectual property – Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*, Quaker United Nations Office, Ginevra, 2011.

CORTESE F., *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, Giorn. Dir. amm., 2011, 1170.

CORTS K.S., LEDERMAN M., *Software exclusivity and the scope of indirect network effects in the U.S. home video game market*, International Journal of Industrial Organization, 2009, 27, 2, 121.

COSTES L., *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur: les précisions de la CJUE*, Droit de l'immatériel, 2012, 82, 20.

COSTES L., *Utilisation d'une photographie de portrait comme modèle pour établir un portrait-robot: l'analyse de la CJUE*, Droit de l'immatériel, 2012, 78, 14.

COSTES L., *Numérisation de livres par les bibliothèques: l'analyse de la CJUE*, Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication, 2014, 108, 21.

COTTIER T., PANIZZON M., *Legal Perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection*, in MASKUS K., REICHMAN J. (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005, 570.

CRAIG C.J., *Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law*, Queen's L. J., 2002, 28.

CRAMER E., BLOCK L., *Public Domain: Available but not always free*, Fordham Entertain. Media & Intell. Prop. L. J., 2011, 2, 1.

CREWS K.D., BROWN M.A., *Control of museum art images: the reach and limits of copyright and licensing*, in KUR A., MIZARAS V. (eds.), *The structure of intellectual property law: can one size fit all?*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2011, 269.

CREWS K.D., *Museum policies and art images: conflicting objectives and copyright overreaching*, Fordham IP Media Entertain. L. J., 2012, 22, 795.

CRISTIANI F., *Il diritto alla protezione dei dati personali oltre la vita nell'era digitale*, Resp. civ. e prev., 2015, 2031.

CROSIGNANI M., *Edizione critica e diritto d'autore: un'antitesi superata?*, Giur. it., 2001, 7, 1421.

CUBERT J.A., BONE R.G.A., *The law of intellectual property created by artificial intelligence*, in BARFIELD W., PAGALLO U. (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Camberley, 2018, 411.

CUFFARO V., *Cancellare i dati personali: dalla damnatio memoriae al diritto all'oblio*, in ZORZI GALGANO N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2019, 226.

CUSWORTH A., JOSEPH P., *Meltwater: liability for internet browsing*, JIPLP, 2014, 885-887.

DANI A., *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, www.historiaetius.eu, 2014, 6, 7, 45.

DANI A., *Tra 'pubblico' e 'privato': i princìpi giuridici sulla gestione dei beni comuni ed un "consilium" cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi*, in DILCHER G., QUAGLIONI D. (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico. 3: Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità*, Bologna-Berlino, 2011.

DAVENPORT T.H., BARTH P., BEAN R., *How 'Big Data' is Different*, MIT Sloan Management Rev., 2012.

DAVIDSON M., *Database Protection: The Commodification of Information*, in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law Int., 2006, 167.

DAVIES C., *An evolutionary step in Intellectual Property Rights – artificial intelligence and intellectual property*, CLSR, 2011, 27, 601.

DE CATA M., *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"*, Riv. dir. ind., 2008, II, 4.

DE COCCI M., *La disciplina dei beni culturali*, Analisi Giuridica dell'Economia, 2007, 1, 48.

DE COCK BUNING M., *Artificial Intelligence and the creative industry: new challenges for the EU paradigm for art and technology by autonomous creation*, in BARFIELD W., PAGALLO U. (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Camberley, 2018, 511.

DE FILIPPI P., MAUREL L., *The paradoxes of open data and how to get rid of it? Analysing the interplay between open data and sui-generis rights on databases*, Internat. J. of L. and Information Technology, 2015, 23, 1.

DE GIOVANNI L., *Per uno studio delle "Istitutiones" di Marciano*, Studia et documenta historiae et iuris, 1983, 49, 121.

DE HERT P., PAPAKONSTANTINOU V., MALGIERI G., BASLAY L., SANCHEZ I., *The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services*, CLSR, 2018, 334, 193.

DE ROBERTO F.B., *Plagio o (autonoma) revisione critica?*, Riv. dir. ind., 2012, III, 219.

DE SANCTIS V.M., *Cessione di un'opera d'arte in originale - Diritto di riproduzione - Distruzione dell'opera*, Dir. aut., 1952, 57, 127.

DE SANCTIS V.M., *La Conferenza diplomatica di Stoccolma della proprietà intellettuale*, Dir. aut., 1967, 3, 338.

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

DE SANCTIS V.M., *La copia privata nel d.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, Dir. aut., 2004, 127.

DE SANCTIS V.M., *"No Copyright"? Una risposta e un commento*, Dir. aut., 2006, 92.

DEAZLEY R., *Copyright's public domain*, in WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, 21.

DEL RE C., *Tutela dell'immagine: nozione estensiva del Tribunale di Milano*, Riv. dir. ind., 2015, 3, 292.

DELFINI F., *Gli approcci di Unione europea, Stati Uniti d'America e Cina nella gestione dell'identità digitale*, Riv. dir. priv., 2015, 335.

DELIA I., *La diffusione e il riutilizzo dei dati pubblici. Quadro normativo comunitario e nazionale: problemi e prospettive*, Informatica e dir., 2006, 32, 15, 1, 7.

DELL'ORO A., *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, Studi urbinati, XXXI, 1962-1963.

DELLA ROCCA F., *In tema di diritti cinematografici,* Giust. civ., 1959, I, 389.

DENICOLA R.C., *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, Rutgers University L. Rev., 2016, 69, 251.

DEPORTER B., *The several lives of Mickey Mouse: the expanding boundaries of intellectual property law*, Virginia J. of L. & Tech., 2004, 9, 4, 1.
DERCLAYE E., *What is a database? A critical analysis of the definition of a database in the European Directive and Suggestions for an international definition*, JWIP, 2002, 1005.
DERCLAYE E., *Databases sui generis right: should we adopt the spin-off theory?*, EIPR, 2004, 402.
DERCLAYE E., *The Court of Justice Interprets the Database sui generis Right for the First Time*, European Law Rev., 2005, 420.
DERCLAYE E., *Does the Directive on the Re-use of Public Sector Information Affect the State's Database Sui Generis Right?*, in GASTER J., SCHWEIGHOFER E., SINT P., *Knowledge Rights – Legal, Societal and Related Technological Aspects*, Austrian Computer Society, 2008, 3.
DERENBERG W.J., *Copyright No-Man's Land– Fringe Rights in Literamy and Artistic Property,* J. Pat. Off. Soc'y, 1953, 35, 770.
DERIEUX E., *Numérisation et mise à disposition des ouvrages des bibliothèques publiques*, Droit de l'immatériel, 2014, 108, 50.
DERO-BUGNY D., *Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, Journal droit int., 2011, 492.
DEWENTER R., LÜTH H., *Big Data: Eine ökonomische Perspektive*, in KÖRBER T., IMMENGA U., *Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie: Dateneigentum, Datenschutz, Datenmacht*, Nomos, Baden Baden, 2016, 10.
DHONT K., VAN HIEL A., DE CREMER D., *Externalities awareness in anticommons dilemmas decreases defective behavior*, Journal of Behavioral Decision Making, 2012, 25, 228.
DI CATALDO V., *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, Quaderni di AIDA, 1997, 21.
DI COCCO C., *Multimedialità e diritto d'autore*, Dir. Internet, 2007, 3, 297.
DI LAZZARO, *Fenomenologia del Three-Step Test: evoluzione sistematic dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le limitazioni ed eccezioni nei sistemi "chiusi", cenni comparativi con il fair use e valutazioni sull'applicazione di sistemi complementari*, Riv. dir. ind., 2019, 57.
DI NICOLA V., *L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale*, Contratto impresa, 2005, 463.
DI PAOLA S., *Concorrenza sleale per l'utilizzo di notizie "segrete": quale avvenire fu per l'ex dipendente?*, Foro it., 1992, I, 3154.
DI RIENZO M., *Le utilizzazioni libere. Non profit*, Quaderni di AIDA, 2002, 263.
DI ROBILANT E., *Il diritto nella società industriale*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1973, 225.
DICKENSON J., *Creative machines: ownership of copyright in content created by artificial intelligence applications*, EIPR, 2017, 39, 8, 457.
DIETZ A., *A Modern concept for the right of the community of authors (domaine public payant)*, Copyright Bulletin, 1990, 24, 4, 13.
DIETZ A., *Constitutional and Quasi-Constitutional Clauses for justification of Author's Rights (Copyright)*, GRUR Int., 2006, 7.
DIETZ A., *Term of Protection in Copyright Law and Paying Public Domain: A New German Initiative*, EIPR, 2000, 22, 11, 506.
DIJKMAN L., *CJEU rules that taste of a food product is not protectable by copyright*, JIPLP, 2019, 2.
DIMATTIA M., *Cronaca giudiziaria e diritti d'autore sull'opera fotografica di fronte alla Corte di giustizia*, Dir. inf., 2012, 212.

DINWOODIE G., *Trademark and Copyright: Complements or Competitors?*, in GINSBURG J.C., BESEK J.M. (eds.), *ALAI 2001 USA-Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001*, New York, 2002, 498.

DINWOODIE G., DREYFUSS R., *Patenting Science: Protecting the Domain of Accessible Knowledge*, in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law Int., 2006, 191.

DIX A., *Daten als Bezahlung – Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Datenschutzrecht*, Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP), 2017, 1.

DOGLIANI M., *Costituente ed identità nazionale*, in MOLASCHI V., VIDETTA C. (a cura di), *Scritti in onore di E. Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, 1088.

DOGLIOTTI M., *Tutela dell'onore, identità personale e questioni di compatibilità*, Giust. civ., 1980, I, 965.

DONATI A., *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, Quaderni di AIDA, 1997, I, 405.

DONATI A., *Quando l'artista si appropria dell'opera altrui*, Riv. dir. ind., 2018, 1, 86.

DONOLO C., *I beni comuni e l'episteme repubblicana*, Politica e società, 2013, III, 381.

DORNER M., *Big Data und "Dateneigentum", Grundfragen des modernen Daten – und Informationshandels*, Computer und Recht, 2014, 617.

DOROTHEOU E., *Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?*, Computer and Telecom. L. Rev., 2015, 21, 4, 85.

DOS SANTOS C., BASSI E., DE TERWANGNE C., SALMERON M., TEPINA P., *Policy Recommendation on Privacy and Personal Data Protection as Regards Re-Use of Public Sector Information (PSI)*, Masaryk Univ. J. of L. and Tech. (MUJLT), 2012, 6, 3.

DRAHOS P., *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting*, J. World Intell. Prop., 2002, 5, 765.

DRAHOZAL C.R., *Contracting out of national law. An empirical Look at the New Law Merchant*, Notre Dame Law Rev., 2005, 80, 523.

DRECHSLER L., *Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?*, in Datenschutz & LegalTech: Digitale Ausgabe zum Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS2018, 2018, 35.

DREIER T., *Germany: Creating New Property Rights on the Basis of General Legal Concepts – Without Limits?*, JIPITEC, 2011, 2, 152.

DREXL J., *Designing competitive markets for industrial data – between propertisation and access*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13.

DREXL J., *The competition dimension of the European regulation of public sector information and the concept of an undertaking*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-03.

DREXL J., HILTY R. et al., *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-13.

DREXL J., HILTY R.M., DESAUNETTES L., GREINER F., KIM D., RICHTER H., SURBLYTĖ G., WIEDEMANN K., *Data Ownership and Access to Data, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the current European Debate*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-10.

DREYFUSS R.C., *Information Products: A Challenge to Intellectual Property Theory,* N.Y.U. Int'l L. & Pol., 1988, 20, 925.

DURANTE D., MOGLIA G.G., NICITA A., *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust*, Contratto e impresa, 2001, 257.

DURANTE M., *Trust and Security in the Digital Age. Algorithms, standards, and Risks*, in BER-

KICH D., D'ALFONSO M.V. (eds.), *On the Cognitive, Etical, and Scientific Dimensions of Artificial Intelligence*, Springer, 2019, 371.

EICKEMEIER D., *Relevanter Zeitpunkt und Umfang einer Datenentnahme*, GRUR, 2009, 578.

ELKIN-KOREN N., *A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights*, in COOPER DREYFUSS R., FIRST H., LEENHEER ZIMMERMAN D. (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, OUP, Oxford, 2001, 192.

EPSTEIN R., *The Public Trust Doctrine*, Cato J., 1987, 7, 411.

ERDOS D., *Beyond 'Having a Domestic'? Regulatory Interpretation of European Data Protection Law and Individual Publication*, Computer Law and Security Rev., 2017, 33, 3, 275.

ERICKSON K., *User illusion: ideological construction of "user-generated content" in the EC consultation on copyright*, Internet Policy Rev., 2014, 3, 4, 3.

FABIANI M., *La protezione del titolo di giornale o periodico come marchio*, Riv. dir. ind., 1975, I, 423.

FABIANI M., *Proprietà dell'opera d'arte figurativa e diritti di utilizzazione economica*, Dir. aut., 1983, 41.

FABIANI M., *La protezione giuridica della parodia con particolare riferimento a recenti orientamenti di giuristi stranieri*, Dir. aut., 1985, 461.

FABIANI M., *Creative Commons. Un nuovo modello di licenza per l'utilizzazione delle opere in Internet*, Dir. aut., 2006, 2, 165.

FABIANI M., *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei paesi della Comunità*, Dir. aut., 2005, 146.

FABIANI M., *Protezione dell'opera d'arte figurativa: diritto di esposizione in pubblico e diritto dell'autore di riprodurre*, Dir. aut., 1990, 397.

FACCI G., *Il diritto all'immagine dei calciatori*, Contratto e impresa, 2014, 4-5, 1093-1120.

FAGGIONI L.S., *La libertà di panorama in Italia*, Riv. dir. ind., 2011, 6, 540.

FALCE V., *Sulle fondazioni filosofiche delle moderne dottrine economiche dell'innovazione*, Riv. dir. ind., 2004, I, 125.

FALCE V., *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, Riv. dir. ind., 2006, 6, 227.

FALCE V., *The (over protection) of information in the knowledge economy. Is the Directive 96/9/EC a faux pas?*, Dir. aut., 2009, 4, 602.

FALCE V., *Trade Secrets – Looking for (Full) Harmonization in the Innovation Union*, IIC, 2015, 940-964.

FALCE V., *Tecniche di protezione delle informazioni riservate. Dagli accordi Trips alla direttiva sul segreto industriale*, Riv. dir. ind., 2016, 129.

FALCON G., *Qualche sottolineatura in tema di principi generali del diritto dell'Unione Europea*, Riv. It. Dir. Pub. Com., 2017, 2, 363.

FANELLI M.G., *Le nuove proposte di Direttiva sulla vendita on line e a distanza e sulla fornitura di contenuti digitali*, Contr. e impr., 2016, 355.

FANTINI S., *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in BARTOLINI A., BRUNELLI D., CAFORIO G. (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti di convegno svoltosi ad Assisi, 25-27 ottobre 2012), Jovene, Napoli, 2014, 129.

FARZANEH S.F., *Cultural Appropriation of Traditional Garment Designs in the Post-Star Athletica Era*, Cardozo Arts & Ent. L.J., 2019, 37, 415.

FAUCEGLIA G., *Le banche dati relative a brevetti*, Quaderni di AIDA, 1997, 137.

FERRARA L., *Diritti spettanti sul quadro venduto*, Dir. aut., 1940, 69.
FERRARA L., *La protezione giuridica della parodia*, Giur. it., 1909, II, 11.
FICSOR M., *Collective Management of copyright and related rights at a triple crossroads: should it remain voluntary or may it be "extended" or made mandatory?*, UNESCO Copyright Bulletin, 2003, 9.
FICSOR M., *How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, RIDA, 2002, 110.
FINOCCHIARO G., *La valorizzazione delle opere d'arte on-line e in particolare la diffusione on-line di fotografie di opere d'arte. Profili giuridici*, Aedon, 2/2009.
FINOCCHIARO G., *Identità personale (diritto alla)*, Dig. disc. priv., sez. civ., aggiornamento, V, Torino, 2010, 730.
FINOCCHIARO G., *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, Dir. inf., 2010, 391.
FIORAVANTI M., *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, Quaderni Fiorentini, 2016, XLV, 67.
FIORENTINI M., *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, Analisi giuridica dell'economia, 2010, I, 67.
FLORIDI L., *Information Ethics, Its Nature and Scope*, in VAN DEN HOVEN J., WECKERT J., *Moral Philosophy and Information Technology*, Cambridge University Press, 2008, 40.
FLORIDI L., *Semantic Capital: Its Nature, Value, and Curation*, Philosophy & Technology, 2018, 31, 4, 481.
FLORIDIA G., *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, Dir. inf., 1989, 89.
FLORIO F., *Il diritto all'immagine, la necessità del consenso e le sue eccezioni*, Riv. dir. ind., 2015, 3, 276.
FLÖTER B., KÖNIGS, M., *Verletzung des Rechts am grundstücksinternen Bild der eigenen Sache und Übertragbarkeit der dreifachen Schadensberechnung auf deliktische Schadensersatzansprüche aus Eigentumsverletzung*, ZUM, 2012, 383.
FOGLIA G., *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di filesharing e di sistemi peer-to-peer*, Riv. dir. ind., 2007, 6, 585.
FOURES-DIOP A.-S., *Les choses communes*, Revue Juridique de l'Ouest, 2011, 1, 59.
FRANCESCHELLI V., *Digital Single Market, diritto d'autore e "società dell'informazione a pagamento"*, Riv. dir. ind., 2015, I, 252.
FRANCESCHELLI V., *Le rassegne stampa, i giornali e il diritto ad essere informati: il diritto all'informazione ai tempi di internet*, Riv. dir. ind., 2018, II, 24.
FRANZOSI M., *Misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore (art. 102-quater L.A.)*, Riv. dir. ind., 2016, 6, 544.
FRANZOSI M., *Copyright: chi è l'autore delle opere generate a computer?*, Dir. aut., 2018, 3, 168.
FRANZOSO F., *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali*, Riv. giur. ambiente, 2004, 5, 631.
FRASSI P., *La tutela delle compilazioni di informazioni attraverso il diritto d'autore*, Riv. dir. ind., 1994, II, 157.
FRENZEL E.M., *Facilitating the Flow of Public Information: The CJEU in Favour of Distinctive Rule/Exception*, EDPLR, 2017, 3, 2, 283.
FRIGO M., *Cultural Property v. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law?*, International Rev. of the Red Cross, 2004, 367.
FRIGO M., *La protezione di arte, scienza, ricerca e cultura. (Una prospettiva internazionale)*, Quaderni di AIDA, 2005, 86.
FROSINI T.E., *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, Dir. inf., 2012, IV-V, 910.
FROSIO G., *Communia and the European Public Domain Project: A Politics of the Public Domain*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C. (eds.), *The Digital Public Domain*, OpenBook Publishers, 2012, 3.

FUSI M., *Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità*, Riv. dir. ind., 2006, 3, 89.

GABBANI C., *Le cose d'interesse artistico nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Aedon, 2017/2.
GALETTA D.U., *Accesso civico trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, Federalismi.it, 2016, 5.
GALIČ M., *The CJEU Allposters Case: Beginning of the End of Digital Exhaustion*, EIPR, 2015, 389.
GALLETTI D., *Le utilizzazioni libere: copia privata*, Quaderni di AIDA, 2002, 152.
GALLI C., *Diritti di proprietà intellettuale e remunerazione degli investimenti*, Quaderni di AIDA, 2005, 68.
GALLI C., *La tutela "Europea" di diritto d'autore per le opere dell'Industrial design e la necessità di un approccio realistico*, Riv. dir. ind., 2020, 1, I, 51.
GALLO G., *Il decreto Art Bonus e la riproducibilità dei beni culturali*, Aedon, 2014/3.
GALTIERI G., *Folklore e diritto d'autore*, Dir. aut., 1973, 3, 381.
GAMBINI M., *Diritto d'autore e tutela dei dati personali: una difficile convivenza in Rete*, Giur. it., 2009, 2, 509.
GAMBINO A.M., *Le utilizzazioni libere: cronaca, critica e parodia*, Quaderni di AIDA, 2002, 127.
GARACI I., *La tutela dell'immagine dei beni*, Resp. civ., 2011, 836.
GARNETT K., *Case comment: copyright in photographs*, EIPR, 2000, 22, 5, 229.
GARSTKA K., *Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression*, in TORREMANS P., *Intellectual Property and Human Rights*, 4ª ed., Wolters Kluwer, 2020.
GASSER U., ERNST S., *EUCD Best Practice Guide: Implementing the EU Copyright Directive in the digital age*, University of Sankt Gallen Law & Economics Working Paper No. 2007-01.
GASTER J., *"Obtinere" of Data in the Eyes of the ECJ – How to interprete the Database Directive after British Horseracing Board Ltd et al. v. William Hill Organisation Ltd*, Computer und Recht: Int., 2005, 129.
GATT L., *Le utilizzazioni libere: di opere d'arte*, Quaderni di AIDA, 2002, 194.
GATTI S., *La disciplina giuridica dei personaggi di fantasia*, Riv. dir. comm., 1991, 1, 575.
GAUBIAC Y., *La théorie de l'unitè de l'art*, RIDA, 1982.
GAUTIER P.Y., *Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle"*, JCP, 1999, II, 10078.
GEIGER C., *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, IIC, 2004, 273.
GEIGER C., *Creating Copyright Limitations without Legal Basis: The "Buren" Decision as Liberation?*, IIC, 2005, 842.
GEIGER C., *La remise en cause du droit à l'image des biens: une privatisation du domaine public enfin freinée?*, Rev. Lam. Dr. Imm., 2005, 6, 6.
GEIGER C., *"Constitutionalising" Intellectual Property Law? – The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, IIC, 2006, 37, 4, 383.
GEIGER C., *Les exceptions au droit d'auteur en France*, in HILTY R.M., GEIGER C., *Impulse für eine europäische Harmonsierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Berlino, Heidelberg, New York, Paris, Litec e Springer, 2007, 335.
GEIGER C., *Flexibilising copyright – Remedies to the privatisation of information by copyright law*, IIC, 2008, 192.
GEIGER C., GERVAIS D., SENFTLEBEN M., *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the*

Test's Flexibility in National Copyright Law, American University Internat. L. Rev., 2014, 29, 3, 593.

GEIGER C., MACREZ F., BOUVEL A., CARRE S., *What limitations to Copyright in the Information Society? A comment in the European Commission's Green Paper "copyright in the Knowledge Economy"*, IIC, 2009, 40, 4, 412.

GEIGER C., *Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur*, Auteurs et Media, 2004, 213.

GEIGER C., *The Constitutional Dimension of Intellectual Property*, in TORREMANS P. (ed.) *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, London, 2008, 113.

GEIGER C., *Promoting Creativity through Copyright Limitations, Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, Vanderbilt J. of Entertain.& Tech. L., 210, 12, 3, 515.

GEIGER C., SCHÖNHERR F., *Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions*, in SYNODINOU T.-E. (ed.), *Towards a European Copyright Code – Challenges and Perspectives*, Kluwer Law Int., Alphen aan den Rijn, 2012, 133.

GEIGER C., SCHÖNHERR F., *The Information Society Directive (articles 5 and 6(4))*, in STAMATOUDI I.A., TORREMANS P. (eds.), *EU Copyright Law. A commentary*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014, 152.

GELLER P.E., *A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPs Criteria for Copyright Limitations?*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 2010, 57, 906.

GELLERT R., *We have always Managed Risks in Data Protection Law: Understanding the Similarities and Differences between the Rights-Based and the Risk-Based Approaches to Data Protection*, Eur. Data Prot. L. Rev., 2, 2016, 481.

GELLMAN R., *The Deidentification Dilemma: A Legislative and Contractual Proposal*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J., 2011, 21, 33.

GERACI A., *Copia di un software e violazione del diritto d'autore: la Corte di giustizia sul caso SAS c. WP*, Riv. dir. ind., 2012, 457.

GERADIN D., KUSCHEWSKY M., *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, Discussion Paper Tilburg Law and Economic Center, 2013.

GERVAIS D.J., *Golan v. Holder: A Look at the Constraints Imposed by the Berne Convention*, Vanderbilt L. Rev., 2011, 64, 147.

GERVAIS D.J., *How Intellectual Property and Human Rights Can Live Together: an updated perspective*, in TORREMANS P. (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights*, 3ª ed., Wolters Kluwer, 2015, 3.

GHIDINI G., *I limiti negoziali alla concorrenza*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1981, 89.

GHIDINI G., *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, Giur. comm., 1984, 270.

GHIDINI G., *Prospettive "protezionistiche" nel diritto industriale*, Riv. dir. ind., 1995, I, 73.

GHIDINI G., *La tutela del segreto: critica di una "riforma"*, Riv. dir. ind., 2008, 2, 169.

GHIDINI G., *Un appunto su marchio di forma*, Riv. dir. ind., 2009, I, 83.

GHIDINI G., BANTERLE F., *A critical view on the European Commission's Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market*, Giur. Comm., 2018, 6, 1, 921.

GHIDINI G., GHIGLIONI M., *Big Data e potere di mercato. Appunto sul controllo delle informazioni*, Diritto Mercato e tecnologia, 2016, 1, 108.

GIANNINI M.S., *I beni culturali*, Riv. trim. dir. pubbl., 1976, 3.

GIBSON J., *Audiences in Tradition: Traditional Knowledge and the Public Domain*, in WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, 174.

GILLE L., *La protezione della proprietà intellettuale, fattore della divisione internazionale della*

conoscenza, in PILATI A., PERRUCCI A. (a cura di), *Economia della conoscenza*, Il Mulino, Bologna, 2005, 207.
GINSBURG J., *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions*, RIDA, 2001, 17.
GINSBURG J., *People not machines: authorship and what it means in the Berne Convention*, IIC, 2018, 49, 2, 131.
GINSBURG J.C., *The concept of authorship in comparative copyright law*, DePaul L. Rev. 52, 2003, 1063.
GIORDANO D., *L'ambito di applicazione della direttiva europea 2012/28 sulle orphan works*, Quaderni di AIDA, 2013, 130.
GIRSBERGER M.A., *Legal Protection of Traditional Cultural Expressions: A Policy Perspective*, in GRABER C., BURRI-NENOVA M. (eds.), *Intellectual property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 123.
GIUDICI S., *Appunti sulla protezione del format*, Riv. dir. ind., 2011, 6, 401.
GIUDICI S., *Ancora in tema di design*, Riv. dir. ind., 2012, II, 459.
GIUDICI S., *Gli e-book*, in FINOCCHIARO G., DELFINI F. (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Utet, Torino, 2014, 933.
GIULIETTI W., *"Governing the commons" (E. Ostrom): i domini collettivi come ordinamento giuridico alla luce della legge 20 novembre 2017 n. 168*, Riv. giur. dell'edilizia, 2020, 5, 349.
GLASSER D., *Copyrights in Computer-Generated Works: Whom, if Anyone, do we Reward?*, Duke L. & Tech. Rev., 2001, 24-42.
GLORIOSO A., MAZZIOTTI G., *Alcune riflessioni sulle licenze* creative commons *e i diritti connessi degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di diffusione radiotelevisiva*, Dir. aut., 2008, 2, 135.
GOEBEL B., *Geographical Indications and Trademarks in Europe*, Trademark Rep., 2005, 95, 1165, 119.
GOLDENFEIN J., HUNTER D., *Blockchains, Orphan Works, and the Public Domain*, Columbia J. of Law & the Arts, 2017, 41, 1.
GOLDSTEIN P., *Copyright and the First Amendment*, Colum. L. Rev., 1970, 70, 983.
GOLDSTEIN P., *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, J. Copyright Soc'y U.S.A., 1983, 30, 209.
GOLDSTEIN P., *Copyright and Its Substitutes*, Wis. L. Rev., 1997, 869.
GOMMERS C., *Copyright: The autonomous concept of parody and conflicting fundamental rights: a balancing act*, JIPLP, 2014, 968.
GORDON W., *A Property Right in Self-expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, Yale L.J., 1993, 102, 1533.
GORDON W., *Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract*, Chi.-Kent L. Rev., 1998, 1480.
GORDON W.J., *Fair Use as a Market Failure: A structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, Columbia L. Rev., 1982, 82, 1600.
GORDON W.J., *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, Va. L. Rev., 1992, 149.
GORLANI M., *I cattolici e la costituzione: un confronto che continua*, Forum di Quad. cost., 2009.
GRABER C., *Using human rights to tackle fragmentation in the field of traditional cultural expressions: an institutional approach*, in GRABER C.B., NENOVA M.B. (eds.), *Intellectual property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 102.
GRABRUCKER M., FINK E., *Aus der Rechtssprechung des Bundespatentgerichts im Jahre 2006 – Teil I: Markenrecht*, GRUR, 2007, 267.

GRAEF I., HUSOVEC M., PURTOVA N., *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in E.U. Law*, German L. J., 2018, 19, 1359.
GRANDI M., voce "*Rapporto di lavoro*", in Enc. dir., XXXVIII, Milano, 1987, 313.
GRANDI M., *Le "choses communes" e l'art. 714 "Code Napoléon"*, RCDP, 2013, 230.
GRAZIOSI B., *Riflessioni sul regime giuridico delle opere della street art: tutela e appartenenza "pubblica"*, Riv. giur. dell'edilizia, 2016, 4, 423.
GREAVES R., *Magill est arrivé … RTE and ITP v. Commission of the European Communities*, ECLR, 1995, 4, 244.
GRIFFITHS J., *The Three-Step Test in European Copyright Law – Problems and Solutions*, Queen Mary University of London – Legal Studies Research Paper n. 31/2009.
GRIGGS L.D., *The consumer and virtual or digital property – is this an oxymoron?*, Property L. Rev., 2014, 4, 1, 35.
GRIMMELMANN J., *There's no such thing as a computer-authored work–and it's a good thing, too*, Colum. J.L. Arts, 2016, 39, 403.
GROSSI P., *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2012, LXVI, 4, 1081.
GROSSI P., *Modernità politica e ordine giuridico*, Quaderni Fiorentini, 1998, XXVII, 32.
GRÜTZMACHER M., *Dateneigentum – ein Flickenteppich*, CR, 2016, 8, 485.
GUADAMUZ A., *Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works*, IPQ, 2017, 2, 169.
GUALDANI A., *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, Aedon, 2014/1.
GUGLIELMETTI G., *Art. 5, Attuazione della Direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati*, Nuove leggi civ. comm., 2003, 1234.
GUGLIELMETTI G., *La tutela del segreto*, in GALLI C., *Le nuove frontiere del diritto dei brevetti*, Giappichelli, Torino, 2003, 128.
GUGLIELMETTI G., *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, Quaderni di AIDA, 2010, 148.
GUIBAULT L., *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC*, JIPITEC, 2010, 1, 55.
GUIBAULT L., *Evaluating Directive 2001/29/EC in the Light of the Digital Public Domain*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C., *The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture*, Openbook, 2012, 68.
GUIZZARDI S., *La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata da Intelligenza Artificiale*, Quaderni di AIDA, 2018, 42.

HAFENBRÄDL F., HILTY, R.M., Kȯklu̇ K., *Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective*, IIC, 2013, 263.
HAIGHT FARLEY C., *Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?*, Conn. L. Rev., 1997, 30, 1.
HALL J.L., *Blues and the Public Domain – No More Dues to Pay?*, Journal of copyright Society of the USA, 1995, 215.
HANSEN D., *Digitizing Orphan Works: Legal Strategies to Reduce Risks for Open Access to Copyrighted Orphan Works*, Kyle K. Courtney and Peter Suber eds., Harvard Library, 2016.
HARDIN G., *The tragedy of the commons*, Science, 1968, 162, 3859, 1243.
HARDING I., *Copyright, the ideas/expression dichotomy and harmonization: digging deeper into SAS*, JIPLP, 2012, 673.
HARN LEE Y., *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of "Used" Software and the Principle of Exhaustion*, IIC, 2012, 846.

HART M., *The Legality of Internet Browsing in the Digital Age*, EIPR, 2014, 630-639.
HARRISON J.L., *Rationalizing the Allocative and Distributive Relationship in Copyright*, Hofstra L. Rev., 2003-2004, 32, 853.
HARVEY E., *The domaine public payant in comparative law with special reference to Argentina, News and Information*, Copyright Bulletin, 1994, 28, 4.
HATFIELD G.K., *Producing Law for innovation*, in EWING MARION KAUFFMAN FOUNDATION, *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*, 2011, 23.
HAWKINS C., *Technological Measures: Saviour or Saboteur of the Public Domain?*, Journal of Law and Information Science, 1998, 45.
HELDRICH A., *Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*, NJW, 2004, 37, 2634.
HELFAND M.T., *When Mickey Mouse is as strong as Superman: the convergence of intellectual property laws to protect fictional literary and pictorial characters*, Stanford L. Rev., 1992, 44, 3, 623.
HELFER L.R., *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, Yale J. Int'l L., 2004, 29, 1, 2.
HELFER L.R., *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, U.C. Davis L. Rev., 2006-2007, 40, 971.
HELLER M.A., *Eisenberg R.S., Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, Science, 1998, 280, 698.
HELLER M.A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, Harvard Law Rev.*, 1998, 111, 622.
HETTINGER E.C., *Justifying intellectual property*, Philosophy & Public Affairs, 1989, 18, 31.
HEYMANN L.A., *Overlapping Intellectual Property Doctrines: Election of Rights versus Selection of Remedies*, Stan. Tech. L. Rev., 2013, 17, 241.
HEYMANN T., *EuGH: Kein Urheberrechtsschutz für Programmiersprache und Funktionalitäten eines Computerprogramms*, CR, 2012, 431.
HILTY R.M., *Die Rechtsnatur des Softwarevertrages*, CR, 2012, 625.
HILTY R.M., *Individual, multiple and collective ownership – What impact on competition?*, in ROSÉN J. (ed.), *Individualism and Collectiveness in Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2012, 3.
HILTY R.M., GEIGER C., GRIFFITHS J., *Declaration: A balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law*, IIC, 2008, 6, 707.
HILTY R.M., KAYA K., NÉRISSON S., TRUMPKE F., *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Commission Proposal for a Directive on Certain Permitted Uses of Orphan Works*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-14.
HOEREN T., *Big Data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, EIPR, 2014, 36, 12, 751.
HOEREN T., *Dateneigentum – Versuch der Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht*, MMR, 2013, 8, 486.
HOFFMAN S.J., *Limitations on the Right of Publicity*, Bull. Copyright Soc'y, 1980, 28, 111.
HOFFMEISTER F., *Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic Law*, Int'l J. Const. L., 2006, 4, 722.
HORNUNG GH., HOEBLE T., *"Data Ownership" im vernetzten Automobil*, CR, 2015, 270.
HOUGHTON J., *Open Access – What are the economic benefits? A comparison of the United Kingdom, Netherlands and Denmark*, Knowledge Exchange, 2009.
HUGENHOLTZ B., DAVISON M.J., *Football fixtures, horseraces and spinoffs: the ECJ domesticates the database right*, EIPR, 2005-3, 113-118.

HUGENHOLTZ P.B., *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in DREYFUSS R.C., FIRST H., LEENHEER-ZIMMERMAN D. (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, OUP, Oxford, 2001, 343.
HUGENHOLTZ P.B., *Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive – The "Spin-Off" Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe*, Fordham University School of Law, Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 14-25 Aprile 2003.
HUGENHOLTZ P.B., *Why the copyright directive is unimportant and possibly invalid*, EIPR, 2000, 499.
HUGENHOLTZ P.B., SENFTLEBEN M., *Fair Use in Europe: in search of flexibilities*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-39 e Institute for Information Law Research Paper No. 2012-33.
HUGHES J., *The Philosophy of Intellectual Property*, Georgetown L.J., 1988, 77, 287.
HUGHES J., *Size Matters (or Should) in Copyright Law*, Fordham L. Rev., 2005, 74, 575.
HUSOVEC M., *The End of (meta)Search engines in Europe?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-15.

IBBA C., *Banche dati e sanzioni civili*, Quaderni di AIDA, 1997, 175.
IEVI A., *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'"essential facility" e "monopoly leveraging" nel diritto antitrust*, Riv. dir. ind., 1996, 2, 189.
IHALAINEN J., *Computer creativity: Artificial Intelligence and Copyright*, JIPLP, 2018, 13, 724.

JABBOUR A., *Folklore protection and national patrimony: Developments and dilemmas in the legal protection of folklore*, Copyright Bullettin, 1982, 17, 1.
JACQUES S., *Are national courts required to have an (exceptional) European sense of humour?*, EIPR, 2015, 37, 3, 134.
JAMAL I., Onslow R., *Copyright Infringement and Software Emulation: SAS Inc. v World Programming Ltd*, EIPR, 2013, 352.
JAMES S., *And Breathe ... You can Continue Browsing the Internet, as the CJEU Hands Down its Decision in PRCA v NLA (Meltwater)*, Computer and Telecomm. L. Rev., 2014, 169-171.
JANI O., *Urheberrecht: Anforderungen an zulässige elektronische Leseplätze*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2014, 872.
JANSSENS M.C., *The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation*, in DERCLAYE E., *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, 317.
JANSSENS M.C., TRYGGVADÓTTIR R., *Facilitating access to orphan and out of commerce works to make Europe's cultural resources available to the broader public*, in STAMATOUDI I.A., *Copyright and the Digital Agenda for Europe: Current challenges for the future*, Sakkoulas, Atene, 2015, 27.
JARACH G., *Facoltà di esposizione e ritiro dell'opera dal commercio*, Foro pad., 1955, I, 1433.
JONES R.H., *The Myth of the Idea/Expression Dicothomy*, Copyright Law, Pace L.R., 1990, 3, 554.
JORDAN C., HUGHES P., *Which Way for Market Institutions? The Fundamental Question of Self-Regulation*, Berkeley Business L. J., 2007, 4, 2, 213.

KHOR M., *Negotiating a "development agenda" for the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, Third World Network, Penang, 2009.

KAHLER J., HELBIG K., *Umfang und Grenzen des Datenschutzes bei dem Screen Scraping von Online-datenbanken durch Online-reiseportale*, WRP, 2012, 48.
KAISER A., *Exhaustion, Distribution and Communication to the Public – The CJEU's Decision C-263/18 – Tom Kabinet on E-Books and Beyond*, GRUR Int., 2020, 69, 5, 489.
KAMPERMAN SANDERS A., *Incentives for and Protection of Cultural Expression: Art, Trade and Geographical Indications*, Journal of World Intellectual Property, 2010, 13, 2, 81.
KANG J., *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, Stan. L. Rev., 1998, 50, 1220.
KARJALA D.S., *Kirkwood Paterson R., Looking Beyond Intellectual Property in resolving Protection of Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples*, Cardozo J. of Int. and Comp. L., 2003, 11, 633.
KATHURIA V., LAI J.C., *User Review Portability: Why and How?*, TILEC Discussion Paper No. 2018-023.
KAUFMAN WINN J., WRATHALL J.R., *Who owns the customer? The emerging law of commercial transactions in electronic customer data*, Bus. Law, 2001, 56, 213.
KERBER W., *A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis*, Joint Discussion Paper Series in Economics no. 37/2016.
KERBER W., *Governance of Data: Exclusive Property vs. Access*, IIC, 2016, 47, 759.
KEREVER A., *La determinazione dell'autore dell'opera*, Dir. aut., 1992, 4.
KLINKERT F., SCHWAB F., *Markenrechtlicher Raubbau an gemeinfreien Werken – ein richtungsweisendes "Machtwort" durch den Mona Lisa-Beschluss des Bundespatentgerichts*, GRUR, 1999, 1067.
KNAAK, KUR, HILTY, *Comments of the Max Planck Institution for Innovation and Competition of 14 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) Against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, COM(2013) 813 final*, IIC 2014, 953.
KOBAYASHI B.H., RIBSTEIN L.E., *Law as Product and Byproduct*, Journal of Law, economics & policy, 2013, 9, 521.
KOELMAN K., *The Public Domain Commodified: Technological Measures and productive Information Use*, in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain– Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law, 2006, 105.
KOELMAN K., *Fixing the Three– Step Test*, EIPR, 2006, 8, 410.
KOGAN T., *Photographic Reproductions, Copyright and the Slavish Copy*, Columbia J. of Law & the Arts, 2012, 446.
KOPELMAN S., TURK T.A., YBARRA C.E., *Too many spoil the broth: how the tragedy of the anticommons emerges in organizations*, Economic Science Institute working papers, 2012.
KRASILOVSKY M.W., *Observations on Public Domain*, Bull. Copy. Socy., 1967, 14, 205.
KUHNE C.K. III, *The steadily shrinking public domain: inefficiencies of existing copyright law in the modern technology age*, Loy. L. Rev., 2004, 50, 549.
KUR A., *Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlappung von Schutzrechtstypen*, in SCHRICKER G., DREIER TH., KUR A. (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Nomos, Baden-Baden, 2001, 23.
KUR A., KNAAK R., *Protection of Traditional Names and Designations*, in VON LEWINSKI S. (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Kluwer Law Int., 2004, 434.
KURTZ L.A., *The independent legal lives of fictional characters*, Wisconsin L. Rev., 1986, 429.

LA ROCCA F., *L'esaurimento del diritto di distribuzione delle opere digitali*, Riv. dir. ind., 2015, 4-5, 210.
LADDIE H., *Copyright: Over-strengh, over-regulated, over-rated?*, EIPR, 1996, 253.

LAMBERT P., *Computer generated works and copyright: selfies, traps, robots, AI and machine learning*, EIPR, 2017, 39, 1, 14.
LAMBERTINI R., *Sull'esordio delle Istituzioni di Marciano*, Studia et documenta historiae et iuris, 1995, 61, 271.
LAMBRINI P., *Alle origini dei beni comuni*, IVRA Riv. intern. dir. romano e antico, 2017, 65.
LANDES W.M., Posner A.R., *An Economic Analysis of Copyright Law*, J. Legal Stud., 1989, 18, 325.
LANDES W.M., *Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: An Economic Approach*, U. Chicago Law & Economics, Working Paper No. 113, 2000.
LANDES W.M., Posner A.R., *Indefinitely Renewable Copyright*, U. Chi. L. Rev., 2003, 70, 471.
LANDINI S., *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, Riv. dir. ind., 2017, 180.
LANDSMAN V., STREMERSCH S., *Multihoming in two-sided markets: An empirical inquiry in the video game console industry*, Journal of Marketing, 2011, 75, 6, 39.
LANGE D., *Recognizing the Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 1981, 44, 147.
LANGE D., *Foreword: The Opposite of Property?*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 1, 29.
LANGE D., *Reimagining the Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 463.
LANGENBUCHER K., *Argument by Analogy in European Law*, Cambridge L. J., 1998, 57, 3, 481.
LANGHANKE C., SCHMIDT-KESSEL M., *Consumer Data as Consideration*, EuCML 2015, 218.
LAPOUSTERLE J., *L'arrêt Tom Kabinet ou le cantonnement de la théorie de l'épuisement des droits*, Dalloz IP/IT, 2020, 250.
LATZER M., JUST N., SAURWEIN F., SLOMINSKI P., *Regulation Remixed: Institutional Change Through Self – and Co-Regulation in the Mediamatics Sector*, Communications and Strategies, 2004, 50, 2, 133.
LAUDON K.C., *Markets and Privacy*, Communications of the ACM, 1996, 39, 9, 92.
LAVAGNINI S., *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, Dir. aut., 2018, 3, 360.
LAVAGNINI S., *La proprietà intellettuale in Internet*, Quaderni di AIDA, 2009, 228.
LEE E., *Digital Originality*, Vanderbilt J. of Ent. and Tech L., 2012, 14, 4, 919.
LEHMAN-WILZIG S.N., *Frankenstein unbound: towards a legal definition of artificial intelligence*, Futures, 1981, 13, 6, 442.
LEISTNER M., *Analysis of Different Areas of Indigenous Resources – Traditional Knowledge*, in VON LEWINSKI S., *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Kluwer Law Int., 2003, 84.
LEMLEY M.A., *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, Tex. L. Rev., 1997, 75, 989.
LEMLEY M.A., *Private Property*, Stan. L. Rev., 2000, 52, 1547.
LEONARD G.K., *The Proposed Google Books Settlement: Copyright, Rule 23, and DOJ Section 2 Enforcement*, Antitrust, 2010, 24.
LESSIG L., *The Architecture of Privacy*, Vand. J. Ent. L. & Prac., 1999, 63.
LIBERTINI M., *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, Quaderni di AIDA, 2005, 14, 1, 50-67.
LIBERTINI M., *Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale*, Riv. it. scienze giur., 2011, 137.
LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, Mercato concorrenza regole, 2014, 503.
LIBERTINI M., *Le informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) come oggetto di diritti di proprietà industriale*, Riv. dir. ind., 2017, 6, 572.
LIETO S., *"Beni comuni", diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, Politica del diritto, 2011, II, 331.

LIN P., ABNEY K., BEKEY G., *Robot ethics: Mapping the issues for a mechanized world*, Artificial Intelligence, 2011, 175, 5-6, 942.
LINCESSO I., PARDOLESI R., *Glorious Basterds: meraviglie e sortilegi del Google Books settlement*, Foro it., 2011, 1, 11.
LINDHORST H., *EuGH: Grafische Benutzeroberfläche genießt keinen Urheberrechtsschutz als Computerprogramm*, GRUR, 2011, 61.
LINDSKOUG M., *The legal position of sellers and buyers of used licences*, EIPR, 2014, 289.
LINKLATER E., *Make me an offer I won't regret: Offers to license works on acceptable terms cannot block libraries'"right" to digitize for access on dedicated terminals: Technische Universität Darmstadt*, Common Market L. Rev., 2015, 813.
LINTON V.K., *The Importance of Trade Secrets. New Directions in International Trade Polocy Making and Empirical Research*, Journal of Internat. Commerce and Economics, 2016, 1.
LIPSZYC D., DIETZ A., GLIHA I., KOJIMA R., GRANINGER G., RUISS G., *Domaine Public Payant and the Socio-Cultural Function of Authors'Rights*, in *ALAI Study Days 2010 Vienna – The Duration of Copyright and Related Rights*, Medien und Recht Pub., Vienna, 2010.
LITMAN J., *Information Privacy Information Property*, Stan. L. Rev., 2000, 52, 1283.
LITMAN J., *The Public Domain*, Emory L. J., 1990, 39, 965.
LOBEL O., *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, Minnesota L. Rev., 2004, 89, 342.
LOEWENHEIM U., *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, GRUR, 1987, 761.
LOLLI A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, Dir. amm., 1996, 1, 51.
LOLLI A., *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1997, 3, 629.
LOMBARDI G., *L'accesso alla casa tra libertà e uguaglianza*, Amministrazione e politica, 1982, 4-5, 107.
LONGHINI S., GIOFFRÉ A., *Anche i pupazzi a volte hanno un'anima*, Dir. aut., 2008, 3, 405.
LORENZ S., *Ist "Screen Scraping" in Deutschland zulässig? – Nur auf den ersten Blick*, jurisPR-ITR, 2014, 16, 3.
LÖWENHEIM U., *Grenzen der Nutzung elektronischer Leseplätze*, GRUR, 2014, 1057.
LUCARELLI A., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, Espaço Jurídico. Joaçaba, 2011, 12, 2, 14.
LUCAS A., *Droit d'auteur et liberté d'expression*, L'Essentiel – Droit de la propriété intellectuelle, 1 giugno 2017, n. 6, 3.
LUCAS A., GINSBURG C., *Libérté d'auteur, libérté d'expressione et libre accés à l'information (Etude comparée de droit américain et européen)*, Rev. Intern. dr. auteur, 2016, 249, 5.
LUCAS-SCHLOETTER A., *Folklore*, in VON LEWINSKI S. (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Kluwer Law Int., The Hague, 2003, 345.
LUCCHINI GUASTALLA E., *Duplicazione abusiva degli elenchi del telefono e tutela giuridica delle banche dati*, Giur. Comm., 1997, 4, 426.
LUCIONI C., *L'oggetto e l'estensione del diritto sui generis a favore del costitutore di banche dati compilative nell'interpretazione della Corte di Giustizia,* Dir. pubblico comparato ed europeo, 2005, 97.
LUGATO M., *Principio di proporzionalità e invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Dir. com. e scambi internaz., 1991, 67.
LUND A.B., BERG C.E., *Denmark, Sweden and Norway: Television Diversity by Duopolistic Competition and Co-Regulation*, International Communication Gazette, 2009, 71, 1-2, 19.

LUNDQVIST B., *"Turning Government Data Into Gold". The Interface between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive – with some comments on the Compass-case*, IIC, 2013, 44, 79.
LYNSKEY O., *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability*, European Law Review, 2017, 793.

MAAßEN V.W., *Panoramafreiheit in den preußischen Schlossgärten*, GRUR, 2010, 880.
MABELLINI S., *Un caso di "non prevalenza" della competenza statale che segna un ulteriore passo indietro per la potestà legislativa delle Regioni*, Giur. Cost., 2015, 4, 1214.
MACARIO F., *Le utilizzazioni libere: riparazioni e restauri*, Quaderni di AIDA, 2002, 219.
MACARIO F., *Art. 832. Contenuto del diritto*, in JANNARELLI A., MACARIO F. (a cura di), *Della proprietà*, in Commentario Gabrielli, Milano, 2012, 312.
MACHLUP F., PENROSE E., *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, J. Econ. Hist., 1950, 10, 1.
MACMILLAN F., *Human Rights, Cultural Property and Intellectual Property: Three Concepts in Search of a Relationship*, in GRABER C.B., BURRI-NENOVA M.B. (eds.), *Intellectual property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 76.
MADDALENA P., *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, Federalismi.it, 19/2011.
MADDALENA P., *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, Federalismi.it, 14/2012.
MADDALENA P., *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, Federalismi.it, 25/2011, 14.
MADDISON B., *Radical Commons Discourse and the Challenges of Colonialism*, Radical History Rev. 2010, 118, 29.
MADISON J., *Aspects of Monopoly One Hundred Years Ago*, Harper's Mag., 1914, 489.
MADISON M., *Reconstructing the Software License,* Loy. U. Chi. L.J., 2003, 35, 275.
MADISON M.J., *Beyond Creativity: Copright as Knowledge Law*, Vanderbilt J. of Ent. and Tech. Law, 2010, 12, 4, 817.
MAGELLI S., *Il know-how nell'esperienza giurisprudenziale italiana tra esclusiva e concorrenza sleale*, Riv. dir. ind., 2016, 2, 190.
MAGGIOLINO M., *Il riutilizzo dell'informazione detenuta dal settore pubblico. Alcune riflessioni di politica e diritto della concorrenza*, Concorrenza e mercato, 2012, 765.
MAGGIORE M., ZOBOLI L., *Interesse pubblico ed eccezione culturale: le limitazioni al diritto all'immagine dei personaggi famosi*, Riv. dir. ind., 2015, 3, 281.
MAGRINI S., *Lavoro (contratto individuale)*, Enc. dir., XXIII, Milano, 1973, 369.
MANAVELLO C., *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*, Riv. dir. ind., 2005, 420.
MANGINI V., *Il concetto di abuso di brevetto nelle esperienze nord-americana ed europea*, Riv. dir. ind., 1984, I, 255.
MANGINI V., *Opere protette registrabili come marchio*, Quaderni di AIDA, 1993, 5.
MANSANI L., *La protezione dei database in internet*, Quaderni di AIDA, 1996, 149.
MANSANI L., *La nozione di segreto di cui all'art. 6-bis l.i.*, Riv. dir. ind., 2002, 216.
MANSANI L., *La tutela delle espressioni di folklore*, Quaderni di AIDA, 2005, 337.
MANSANI L., *User Generated Content*, Quaderni di AIDA, 2010, 244.
MANSANI L., *Proprietà intellettuale e giacimenti culturali*, Quaderni di AIDA, 2013, 117.
Mantelero A., *Diritto all'oblio e pubblicità del registro delle imprese*, Giur. it., 2015, 2651.
MANTELERO A., *La Corte di giustizia su pubblici registri e c.d. right to be forgotten*, Giur. it., 2017, 1618.

MANTELERO A., *Right to be forgotten ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio*, Nuova giur. civ. comm., 2012, X, 836.
MANTELERO A., *Right to be forgotten e pubblici registri. I giudici italiani chiedono lumi alla Corte di Giustizia, ma lasciano poche possibilità al diritto alla cancellazione dei dati*, Nuova giur. civ. comm., 2016, I, 75.
MANZINI P., *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, 127.
MARESCA G., *Concorrenza sleale e tutela del diritto al titolo di un giornale. Brevettabilità del titolo come marchio*, Riv. dir, ind., 1980, I, 359.
MARGONI T., *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, Giur. it., 2011, 8-9, 1959.
MARGONI T., *The digitisation of cultural heritage: originality, derivative works and (non) original photographs*, Institute for Information Law (IViR), 2014.
MARLY J., *Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogramm*en, GRUR, 2011, 204.
MARLY J., *Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes*, GRUR, 2012, 773.
MAROSSI M., *Il decalogo di Strasburgo su informazione e privacy: un passo verso una giurisprudenza uniforme?*, Dir. inf., 2012, 416.
MARTIN C., *Mailing Lists, Mailboxes, and the Invasion of Privacy: Finding a Contractual Solution to a Transnational Problem*, Hous. L. Rev., 1998, 35, 850.
MARTIN S.M., *The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection*, Loyola Los Angeles L. Rev., 2002, 36, 253.
MASIYAKURIMA P., *The Futility of the Idea/Expression Dichotomy in UK Copyright Law*, IIC, 2007, 5, 548.
MASSON A., *Creation of Database or Creation of Data: Crucial Choices in the Matter of Database Protection*, EIPR, 2006, 261.
MASTROIANNI R., *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, Quaderni di AIDA, 2005, 14, 1, 9.
MASTROIANNI R., *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, Dir. Pubblico Comparato ed Europeo, 2010, 4, 21.
MASTROIANNI R., *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, Il diritto dell'Unione Europea, 2011, 16, 2, 319.
MASTRORILLI A., *Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust*, Foro it., 1995, IV, 270.
MATTEI U., *Beni comuni. Per un'alternativa di sistema*, in PEPINO L., REVELLI M. (a cura di), *Grammatica dell'indignazione*, Torino, 2013, 30.
MATTEI U., *Una nuova stagione nel governo dei beni comuni. Una bozza di lavoro oltre i patti di condivisione*, Rassegna di diritto pubblico europeo, 2017, 2, 87.
MATTIOLI M., *Disclosing Big Data*, Minnesota L. Rev., 2014, 99, 549.
MAYER-SCHÖNBERGER, *Beyond Privacy, Beyond Rights – Toward a "Systems" Theory of Information Governance*, California L. Rev., 2010, 98, 1862.
MAYR C.E., *La registrazione come marchio del nome di un teatro*, Quaderni di AIDA, 1994, 325.
MAYR C.E., *Banche dati e musei*, Quaderni di AIDA, 1997, 119.
MAYR C.E., *Critica, parodia, satira*, Quaderni di AIDA, 2003, I, 276.
MAYR C.E., *I diritti del proprietario sull'immagine della cosa*, Quaderni di AIDA, 2010, 597.
MCDONALD B., *Privacy, Princesses and Paparazzi*, N.Y.L. Sch. L. Rev., 2005, 50, 205.
MCDONALD A.M., CRANOR L.F., *The Cost of Reading Privacy Policies*, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, 2008, 4, 3, 543.
MCGEE A., SCANLAN G., *The Database Directive – sui generis and copyright: a practicable distinction?*, The Journal of Business Law, 2005, 422.

MCLEAN W.F., *All's not Fair in Art and War: A Look at the Fair Use Defense After Rogers v. Koons,* Brooklyn L. Rev., 1993, 373.
MELI V., *Le "utilizzazioni libere" nella direttiva 96/9 sulla protezione giuridica delle banche dati*, Quaderni di AIDA, 1997, 108.
MELL P., *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness,* Berkeley Tech. L., 1996, 11, 1, 26.
MENDOZA-CAMINADE A., *La protection pénale des biens incorporels de l'entreprise: vers l'achévement de la dématérialisation du délit*, Recueil Dalloz, 2015, 7, 415.
MENICHETTI E., *Accessibilità e tutela della riservatezza*, in PONTI B. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienza europee e ordinamento nazionale*, Maggioli, Rimini, 2008, 181.
MEREL L., *Big Data Protection. How to make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*, Tilburg University, 2014.
MERGES R.P., *The End of Friction? Property Rights and Contract in the "Newtonian" World of On-line Commerce,* Berkeley Tech. L.J., 1997, 12, 115.
MERGES R.P., *A New Dynamism in the Public Domain*, U. Chi. L. Rev., 2004, 71, 183.
MERLA F., *L'indirizzo IP dinamico quale dato personale*, Dir. inf., 2017, 2, 370.
MERRIL T.W., SMITH H.E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus*, Yale L.J., 2000, 110, 1, 8.
MESSINETTI R., *Beni comuni e nuovo fondamento del diritto soggettivo*, Federalismi.it., 8/2019, 3.
METZGER A., *Data as Counter-Performance. What rights and Duties do Parties have?*, JIPITEC, 2017, 8, 2.
METZGER A., EFRONI Z., MISCHAU L., METZGER J., *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, JIPITEC, 2018, 9, 90.
MEZEI P., *Digital First Sale Doctrine Ante Portas Exhaustion in the Online Environment*, JIPITEC, 2015, 6, 23.
MEZEI P., *The Doctrine of Exhaustion in Limbo – Critical Remarks on the CJEU's Tom Kabinet Ruling*, Jagiellonian University Intel. Prop. L. Rev., 2020, 2, 130.
MEZZANOTTE F., *Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE*, Quaderni di AIDA, 2016, 480.
MEZZANOTTE F., *Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore UE (parte II: Le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)*, Quaderni di AIDA, 2017, 301.
MEZZETTI C.E., *Dati pubblici e abuso di posizione dominante*, Giur. it., 2006, 548.
MEZZETTI C.E., *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, Riv. dir. ind., 2008, 246.
MEZZETTI, C.E., *Il caso Painer: una rivoluzione copernicana per la tutela della fotografia in Italia?*, Giur. it., 2012, 2563.
MICHAELS R., *The Mirage of Non-state Governance,* Utah L. Rev., 2010, 31.
MIELE A., *Res publica, res communes omnium, res nullius: Grozio e le fonti romane sul diritto del mare*, in Index, 1998, XXVI, 383.
MILLER A.R., *Copyright protection for computer programs, databases, and computer– generated works: is anything new since CONTU?*, Harv. L. Rev., 1993, 977, 1056.
MOFFAT V.R., *Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection*, Berkeley Tech. L. J., 2004, 19, 1473.
MOIR A., MONTAGNON R., NEWTON H., *CJEU increases burden on manufacturers of games consoles to prove the unlawfulness of devices circumventing technological protection measures and that their TPMs are proportionate*, JIPLP, 2014, 456.
MONE D., *Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei*, Costituzionalismo.it, 2016, 3, 64.

MONTAGNANI M.L., AIME G., *Il text and data mining e il diritto d'autore*, Quaderni di AIDA, 2017, 376-394.
MONTAGNANI M.L., *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, Mercato Concorrenza Regole, 2019, 2, 304-310.
MONTAGNANI M.L., *Le utilizzazioni delle opere orfane*, Quaderni di AIDA, 2013, 162.
MONTELEONE A.G., *Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli user-adapted content nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Medialaws – Rivista di diritto dei media, 1/2019.
MOORE A.D., *Intangible Property: Privacy, Power, and Information Control*, Am. Phil. Q., 1988, 35, 2.
MORBIDELLI G., *Il valore immateriale dei beni culturali*, Aedon, 2014/1.
MORI P., *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Diritto dell'Unione Europea, 2014, 2, 243.
MORRI F., *Le opere dell'industrial design tra diritto d'autore e tutela come modelli industriali: deve cambiare tutto perché (quasi) nulla cambi?*, Riv. dir. ind., 2013, I, 203.
MOSSOFF A., *Who Cares What Thomas Jefferson Thought About Patents? Reevaluating the Patent 'Privilege' in Historical Context*, Cornell L. Rev., 2007, 92, 953.
MOUCHET C., *Problems of the Domaine Public Payant*, VLA Art & L., 1983-84, 137.
MOUNTFIELD H., *Regulatory expropriations in Europe: The approach of the European Court of Human Rights*, N.Y.U. Envtl. L.J., 2002, 11, 136.
MÜLLER D.B., WIEBE A., *Die Zulässigkeit elektronischer Leseplätze in Bibliotheken*, Neue juristische Wochenschrift, 2015, 741.
MUMMERY J., *Property in the Information Age*, in BARR W. (ed), *Modern Studies in Property Law*, Vol. 8, Hart, Bloomsbury, 2015, 3.
MURGO C., *Ricerca delle origini, diritto all'identità personale e tutela della riservatezza: un tentativo di armonizzazione*, Riv. crit. dir. priv., 2017, 255.
MURPHY R.S., *Property rights in personal information: an economic defence of privacy*, Georgetown L. J., 1996, 84, 2381.
MUSATTI A., *Limiti al diritto del proprietario di opere d'arte*, Riv. dir. comm., 1910, II, 1080.
MUSSO A., *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella direttiva UE n. 790/2019*, Dir. Inf., 2020, 3, 411.
MUSSO A., *Impresa museale e libere utilizzazioni delle opere d'arte*, Quaderni di AIDA, 1999, 206.
MUSSO A., *Opere fotografiche e fotografie documentarie nella disciplina dei diritti d'autore e connessi: un parallelismo sistematico con la tutela dei beni culturali*, Aedon, 2010/2.
MUSSO A., *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistematica fra i regimi di proprietà industriale ed intellettuale*, Riv dir. ind., 2018, 2, 107.
MYRICK R.E., *Will intellectual property on technology still be viable in a unitary market*, EIPR, 1992, 9, 298.
MYSKA M., HARASTA J., *Less Is More? Protecting databases in the EU after Ryanair*, Masaryk Un. J. of L. and Tech., 2016, 10,2, 170-198.

NANOS A., *Liability of Online Service Providers After the Latest Changes in EU Law: Paradigm Change of Liability?*, Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper No. 2020/II/3
NATOLI R., *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*, Europa e dir. priv., 2005, 465.
NAZZARO V., *I beni culturali*, in VISINTINI G. (diretto da), *Trattato di diritto immobiliare*, Cedam, Padova, 2013, 140.

NESPOR S., *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, Federalismi.it, 7/2013.
NETANEL N.W., *Making Sense of Fair Use*, Lewis & Clark L. Rev., 2011, 747.
NETANEL, N.W., *First Amendment Constraints on Copyright after Golan v. Holder*, UCLA Law Rev., 2013, 60, 5.
NEWELL B.C., *A Comparative Look at International Restrictions on Public Photography*, Creighton L. Rev., 2010-2011, 44, 405.
NICITA A., RAMELLO G.B., SCHERER F.M., *Intellectual Property Rights and the Organization of Industries: new Perspectives in law and Economics*, J. of the Economics of Business, 2005, 289.
NICKLESS D., *Functionality of a computer program and programming language cannot be protected by copyright under the Software Directive*, JIPLP, 2012, 709.
NIEC H., *Legislative models of protection of cultural property*, Hast. L.J., 1976, 27, 5, 1089.
NIEDZIELSKA M., *The Intellectual Property Aspects of Folklore Protection*, Copyright: Monthly Rev. World Intell. Prop. Org., 1980, 16, 339.
NIKOLIC A., *Securisation of patents and its continued viability in light of the current economic conditions*, Alb. L. J. Sci. & Tech., 2009, 19, 393-420.
NIMMER M.B., *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, UCLA L. Rev., 1970, 17, 1180.
NIVARRA L., *La retroattività della legge civile*, Europa e dir. priv., 4, 1 dicembre 2017, 1219.
NORBERG P.A., HORNE D.R., HORNE D.A., *The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, The Journal of Consumer Affairs, 2007, 41, 1, 100.
NOTO LA DIEGA G., *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore. La Corte di Giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati*, Riv. dir. dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, 2013, 11, 69.
NOTO LA DIEGA G., *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, Europa e dir. priv., 2013, 2, 573.
NUNZIANTE E., *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, Law and Media Working Paper Series n. 06/2017.

O'CONNELL A., *Monkeys do not have standing under US Copyright Act*, JIPLP, 2018, 13, 8, 607.
O'REILLY S., *Nominative Fair Use and Internet Aggregators: Copyright and Trademark Challenges Posed by Bots, Web Crawlers and Screen-Scraping Technologies*, Loy. Consumer L. Rev. 2006-2007, 19, 273.
O'SULLIVAN N., ROSE D., *Football Dataco v Yahoo! Implications of the ECJ judgment*, JIPLP, 2012, 792-800.
OCHOA T.T., *Is the Copyright Public Domain Irrevocable?: An Introduction to Golan v. Holder*, Vand. L. Rev., 2011, 123.
OCHOA T.T., *Origin and Meanings of the Public Domain*, Dayton L. Rev., 2002, 28, 216.
OCHOA T.T., *Patent and Copyright Term Extension and the Constitution*, J. Copy. Soc'y., 2002, 49, 19.
ODDENINO A., *Diritti individuali, sicurezza informatica e accesso alla conoscenza in rete: la revisione delle "International Telecommunication Regulations dell'ITU"*, Dir. umani e dir. intern., 2013, 2, 532.
ODDENINO A., *La violazione di sistemi informatici contenenti informazioni riservate come illecito internazionale: tra dimensione interstatuale e tutela dei diritti umani*, in DISTEFANO M. (a cura di), *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale*, ESI, Napoli, 2017, 13.
ODDI A.S., *The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law*, Hastings Comm. & Ent. L.J., 2002, 25, 1, 6.

OHLY A., *Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law*, GRUR Int 2007, 712.
OHM P., *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, UCLA L. Rev., 2010, 57, 1711.
OKEDIJI R.L., *Traditional Knowledge and the Public Domain*, CIGI papers no. 176, giugno 2018.
OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, Riv. dir. comm., 1964, I, 192.
OPPO G., *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, Riv. Dir. comm., 1964, I, 189.
OSENBERG R., *Markenschutz für urheberrechtlich gemeinfreie Werke*, GRUR, 1996, 101.
OSTI C., *Il caso IMS: rifiuto di contrarre e diritti di proprietà intellettuale*, Europa e dir. priv., 2005, 455.

PAGALLO U., *Privacy e Design*, in PIETRANGELO M. (a cura di), *Diritti di libertà nel mondo virtuale della rete*, Informatica e dir., 2009, 18, 1, 123.
PAGALLO U., *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, Dir. inf., 2009, 4-5, 705.
PAGALLO U., *Designing Data Protection Safeguards Ethically*, Information, 2011, 2, 2, 247.
PAGALLO U., *On the Principle of Privacy by Design and its Limits: Technology, Ethics and the Rule of Law*, in GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P., POULLET, Y. (eds.), *European Data Protection: In Good Health?*, Springer, 2012, 331.
PAGALLO U., *What robots want: autonomous machines, codes and new frontiers of legal responsibility*, in HILDEBRANDT M., GAAKEER J. (eds.), *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Vol. 25, Springer, Dordrecht, 2013, 47.
PAGALLO U., *Even Angels Need the Rules: AI, Roboethics, and the Law,* in *ECAI 2016 22nd European Conference on Artificial Intelligence 29 August-2 September 2016, The Hague, The Netherlands Proceedings*, IOS Press, 2016, 209.
PAGALLO U., *The Legal Challenges of Big Data: Putting Secondary Rules First in the Field of EU Data Protection*, Europ. Data Protection L. Rev., 2017, 3, 1, 36.
PAGALLO U., *Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today's debate on the legal status of AI systems*, Phil. Trans. R. Soc. A376, 20180168, 2018.
PAGALLO U., BASSI E., *Open Data Protection: Challenges, Perspectives, and Tools for the Reuse of PSI*, in HILDEBRAND M., O'HARA K., WAIDNER M. (a cura di), *Digital Enlightenment Yearbook 2013*, IOS Press, Amsterdam, 179.
PAGALLO U., DURANTE M., *Diritto, memoria ed oblio*, in PIZZETTI F. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2013, 65.
PAGALLO U., DURANTE M., *Legal memories and the right to be forgotten*, in FLORIDI L. (ed.), *Protection of Information and the Right to Privacy. A new Equilibrium?*, Springer, Dordrecht, 2014, 17.
PAGLIARI G., *"Prime note" sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi")*, Il diritto dell'economia, 2019, 65, 98, 1, 11-41, 15.
PAGLIETTI C., *L'equo compenso e la copia privata nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Nuova giur. civ. comm., 2011, 11, I, 1101.
PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità dellaregula iuris*, in VASSALLI G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 49.
PALERMO G., *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, Riv. dir. civ., 2006, 602.
PALKA P., *Redefining "property" in the Digital Era. When online, do as the Romans did,* EUI Working Paper Law 2016/08.
PALMER, *Intellectual Property: A non-Posnerian Law and economics approach*, Hamline Law Rev., 1988-1989, 12, 261.

PALMIERI A., PARDOLESI R., *Gli "access contracts": una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, Riv. dir. priv., 2002, 2, 265.
PALMIERI A., PARDOLESI R., *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della "privacy" comunitaria*, Foro it., 2004, IV, Col. 59-64.
PALOMBINI A., *The rights of reproducing Cultural Heritage in the digital Era. An Italian Perspective*, EX NOVO Journal of Archaeology, 2017, 2, 49.
PANETTA R., *Trasferimento all'estero di dati personali e internet: storia breve di una difficile coabitazione*, Europa e dir. priv., 2004, 1002-1017.
PANETTA R., SARTORE F., *Proselitismo religioso e protezione dei dati personali: tra esigenze di tutela e particolarità della fattispecie*, Resp. civ. e prev., 2019, 1, 0101C.
PAPPALARDO C., *Esaurimento del diritto di distribuzione: il "riconfezionamento" dell'opera*, Riv. dir. ind., 2015, 315.
PARDOLESI R., *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, Riv. dir. ind., 2004, II, 323.
PARDOLESI R., *L'ombra del tempo (il diritto al) l'oblio*, Questione giustizia, 2017, 1.
PARDOLESI R., *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, Foro it., 2008, IV, 114.
PARDOLESI R., *Non c'è diritto all'oblio per i dati personali nel registro delle imprese. O forse sì*, Foro it., 2017, IV, 65.
PARRELLO S., *Osservazioni in tema di plagio musicale: il caso "Zingara"*, Riv. *dir. ind.* 2015, 4-5, II, 263.
PASCHI C., *La tutela concorrenziale per le informazioni non qualificate*, Riv. dir. ind., 2012, I, 95.
PASSALACQUA M., *"Oltre" la concezione proprietaria dei beni comuni. Diritto, economia e interesse generale*, Amministrazione in cammino, 2017, 7.
PASTORE M., *Prove (a)tecniche di tutela esclusiva dell'immagine dei beni,* Danno e resp., 2010, 5, 471.
PASTORE M., *La lesione dei diritti della personalità on line: la prospettiva della Corte di giustizia*, Dir. Inf., 2012, 247.
PATRONI GRIFFI U., *Il diritto di distribuzion*e, Quaderni di AIDA, 2010, 197.
PAVOLINI M., *Tutela dei personaggi di fantasia negli Stati Uniti ed in Italia o sei personaggi in cerca di diritto d'autore*, Dir. aut., 1995, 3, 405.
PAVONI F., PATRITO P., RICOLFI M., DREXL J., *The Exclusion of "Public Undertakings" from the Re-use of Public Sector Information Regime*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 147.
PEDRAZZI C., *Appropriazione indebita*, Enc. dir., II, Milano, 1958, 833.
PELANDA B., *Copyright's 'Traditional Contours'and 'Bedrock Principles': Golan's Potential to Secure First Amendment Protection Over the Public Domain*, Whittier L. Rev., 2012, 31, 547.
PELLECCHIA E., *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, Foro it., 2012, 2, I, 564.
PELOSI E., *Rafforzamento dell'accesso all'informazione ambientale alla luce della direttiva 2003/4/CE*, Riv. giur. ambiente, 2004, 1, 23.
PENNAZIO R., ROSSI P., *Open Data e tutela della riservatezza tra uniformazione europea e approcci nazionali*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 85.
PENNISI R., *Gli utilizzatori*, Quaderni di AIDA, 2005, 181.
PERITZ R.J.R., *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, Mercato concorrenza regole, 2007, 523.
PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, Rassegna dir. civ., 1990, 2, 329.
PERON S., *Calvin and Hobbes, o del discrimine tra il plagio e l'elaborazione*, Riv. dir. Ind., 2009, 1, 2, 117.
PEROT E. MOSTERT F., *Fake It Till You Make It: An Examination of the US and English Approaches to Personal Protection As Applied to Deepfakes on Social Media*, JIPLP, 2020, 15, 1.

PERRI P., *Un'introduzione alla information security*, Ciberspazio e diritto, 2001, 3-4, 337-345.
PERRY M., MARGONI T., *From music tracks to Google Maps: Who owns computer-generated works?*, CLSR, 2010, 26, 621.
PERUGINELLI G., *Le Licenze Creative Commons*, Dir. internet, 2008, 3, 312.
PERZANOWSKI A., Schultz J., *Digital Exhaustion*, UCLA L. Rev., 2011, 908.
PETRI G., *The public domain vs. the museum: the limits of copyright and reproductions of two–dimensional works of art*, J. Conserv. Mus. Stud., 2014, 12, 1, 1.
PETRONIO U., *Profili giuridici dell'appartenenza e della gestione delle terre di uso civico*, Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente, 1997, VI/6, 361.
PETRONIO U., *Usi civici*, Enc. dir., XLV, Milano, 1992, 931.
PIAZZA G., GOETZ D., *Il diritto all'immagine nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, Resp. civ. e prev., 1998, 2, 350.
PIEPOLI G., A*utonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, Contratto e impresa, 2009, 25, 3, 627-648.
PINTON S., *The Faro Convention, the Legal European Environment and the Challenge of Commons in Cultural Heritage*, in PINTON S., ZAGATO L. (eds.), *Cultural Heritage. Scenarios 2015-2017*, Cà Foscari, Venezia, 2017, 317.
POGGI A., *Verso una definizione aperta di bene culturale? (a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 94/2003)*, Aedon, 2003/1.
POIAGHI A., *Beni culturali e diritto d'autore*, Dir. aut., 2014, 149.
POLITI F., *Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive?*, Giur. Cost., 2018, 3, 1275C.
POLLAUD-Dulian F., *Saveur ou fragrance d'un produit et droit d'auteur: le goût du "Haksenkaas" n'ensorcelle pas la Cour de justice*, Recueil Dalloz, 2018, 44.
POLLICINO O., BASSINI M., *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in PIZZETTI F. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, 186.
POLLICINO O., *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, Giur. Cost., 2014, 3, 2946.
POLLOCK R., *The Value of the Public Domain,* Institute for Public Policy Research, Londra, 2006.
PORTER M.E., HEPPELMANN J.E., *How smart, connected products are transforming competition*, Harvard Business Rev., 2014, 11.
PORTER R., RONIT K., *Self-regulation as policy process: The multiple and criss-crossing stages of private rule-making*, Policy Sciences, 2006, 39, 1, 41.
PRINCIPATO L., *Gli usi civici non esistono*, Giur. Cost., 2014, 4, 3366D.
PRINCIPATO L., *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi*, Giur. Cost., 2015, 1, 207.
PRIORA G., *Diritto d'autore e accesso all'informazione giornalistica: accanimento o lungimiranza del legislatore comunitario?,* Dir. inf., 2020, 4, 833.
PURI K., *Preservation and conservation of expression of folklore*, Copyright Bull., 1999, 32, 4.
PURTOVA N., *The Illusion of Personal Data as No One's Property*, Law, Innovation, and Technology*,* 2015, 7, 1, 83.

QUARTA A., *Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale*, Rassegna dir. civ., 2019, 3, 933-942.
QUINTAIS J.P., *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*, EIPR, 2020, 42, 1, 28-41.
QUINTAIS J.P., FROSIO G., VAN GOMPEL S., HUGENHOLTZ P.B., HUSOVEC M., JÜTTE B.J.,

SENFTLEBEN M., *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics*, 2019, https://ssrn.com/abstract=3484968.

RAAB C.D., *Privacy Issues as Limits to Access*, in AICHHOLZER G., BURKERT H. (eds.), *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2004.

RABAZZI C., *Strumenti illegali o utili per potenziare e strutturare in maniera lecita un'opera dell'ingegno?*, Giur. merito, 2006, 7-8, 1750.

RADIN M.J., *Property Evolving in Cyberspace,* J.L. & Com., 1996, 15, 514.

RADIN M.J., *Human, Computers, and Binding Commitment*, Ind. L.J., 2000, 75, 1132.

RADONJANIN A., *Folklore, Human Rights and Intellectual Property*, in TORREMANS P. (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights*, 3ª ed., Kluwer Law, 2015, 498.

RAGGI V., *Il format package e la tutela autorale del format*, Dir. inf., 2007, 539.

RAGONESI G., *La tutela giuridica del folklore ed il diritto d'autore*, Dir. aut., 2009, 2, 263.

RAMALHO A., *Originality redux: an analysis of the originality requirement in AI-generated works*, Quaderni di AIDA, 2018, 23.

RAMALHO A., *Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems*, J. Internet L., 2017, 21, 1, 1.

RAVÀ A., *Sul diritto di esposizione*, Foro it., 1955, I, 717.

REED J., *ECJ protects simple Geographical Indications for their buddy*, EIPR, 2005, 27, 25.

REES C., *Who Owns our Data?*, Computer Law & Security Rev., 2014, 30, 1, 75.

REESE A., *Transformativeness and the Derivative Work Right*, Colum. J.L. & Arts, 2008, 467.

REESE A., *Photographs of Public Domain Paintings: How, If at All, Should We Protect Them?*, The Journal of Corporation L., 2009, 34, 4, 1033.

REICHMAN J.H., *Beyond the Historical Lines of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, and International Trade After the Gatt's Uruguay Round*, Brooklin J. of Intern L., 1993, 75.

REICHMAN J.H., *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms,* Colum. L. Rev., 1994, 94, 2434.

REICHMAN J.H., *Charting the Collapse of the Patent – Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System*, Cardozo Arts & Ent. L.J., 1995, 475.

REICHMAN J.H., OKEDIJI R., *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale*, Minnesota L. Rev., 2012, 96, 4, 1476.

REIDENBERG J.R., *E– Commerce and Trans-Atlantic Privacy*, Hous. L. Rev., 2001, 38, 730.

RENDAS T., *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, EIPR, 2015, 39.

RENUCCI J.F., *La CEDH et l'affaire "Von Hannover (n° 2)": un recul fort contestable du droit au respect de la vie privée*, Rec. Dalloz, 2012, 1040.

RESCIGNO P., *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, Quad. fior., 1976-1977, I, 861.

RESTA G., *Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, Politica del diritto, 2009, 4, 587.

RESTA G., *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, Dir. inf., 2004, 21.

RESTA G., *L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria*, Danno e resp., 2010, 5, 471.

RESTA G., *L'immagine dei beni*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Utet, Torino, 2010, 577.

RESTA G., *Le fotografie delle Catacombe e la proprietà intellettuale*, Dir. inf., 2012, 4/5, 2012.

RESTA G., ZENO ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2018, 411.
RICCHIUTO S., *L'edizione critica e la tutela d'autore*, Dir. aut., 2004, 247.
RICCI S., *Note in tema di "riutilizzo dell'informazione pubblica" e diritto alla privacy*, Federalismi.it., 28 luglio 2005.
RICCIO G.M., *L'esordio del diritto all'oblio nella giurisprudenza italiana*, Dir. inf., 2016, 2, 266.
RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, Dir. inf., 2018, 689.
RICKETSON S., *People or machines? The Berne Convention and the changing concept of authorship*, Colum. VLA J. L. Arts, 1991, 16, 1.
RICKETSON S., *Reflections on authorship and the meaning of a "work" in Australian and Singapore copyright law*, Sing. Acad. Law J., 2012, 24, 792.
RICOLFI M., *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, Quaderni di AIDA, 1992, 1, 59.
RICOLFI M., *Internet e le libere utilizzazioni*, Quaderni di AIDA, 1996, 115.
RICOLFI M., *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, Quaderni di AIDA, 2002, 72.
RICOLFI M., *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, Riv. dir. ind., 2002, 1, 511.
RICOLFI M., *Proprietà intellettuale, antitrust e reti*, in CAMBINI C., VALLETTI T., *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2002, 39.
RICOLFI M., *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, Quaderni di AIDA, 2004, 365.
RICOLFI M., *Individual and Collective Management of Copyright in a Digital Environment*, in TORREMANS P. (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 285.
RICOLFI M., *Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, Dir. aut., 2011, 3, 359.
RICOLFI M., *Consume and Share: Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C. (eds.), *The Digital Public Domain*, OpenBook Pub., 2012, 51.
RICOLFI M., *Towards an EU Copyright Code? A Conceptual Framework*, in STAMATOUDI I.A. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Information Law Series, Wolter Kluwer, 2016, 447.
RICOLFI M., MARGONI T., *Un'interpretazione equilibrata del "Three-Step Test" nel diritto d'autore (Traduzione con nota della Dichiarazione del Max Planck Institute)*, Dir. inf., 2009, 159.
RICOLFI M., DREXL J., VAN EECHOUD M., JANSSEN K., *The "Principles Governing Charging" for Re-use of Public Sector Information*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 105.
RICOLFI M., VAN EECHOUD M., MORANDO F., TZIAVOSZ P., FERRAO L., *The "Licensing" of Public Sector Information*, Inf. dir., 2011, 1-2, 129.
RIIS T., SCHOVSBO J., *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?*, Columbia J. of Law & the Arts, 2010, 471.
RIMOLI F., *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in BATTELLI E., CORTESE B., GEMMA A., MASSARO A. (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma Tre Press, 2017, 105.
RINGNALDA A., *Orphan Works, Mass Rights Clearance and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution*, Medien und Recht International (MR-Int), 2011, 8.
RIVARO R., *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti*, Giur. Comm., 2014, 6, 1149.
RIZZUTO F., *The European Court of Justice rules in Tom Kabinet that the exhaustion of rights*

in copyright has little place in the age of online digital formats, Comp. and Telecomm. L. Rev., 2020, 26, 4, 108.
RODOTÀ S., *La privacy tra individuo e collettività*, Politica del diritto, 1974, 551.
RODOTÀ S., *Intorno alla proprietà – Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi – Congresso dei civilisti italiani. Fondazione G. Cini, Isola S. Giorgio Maggiore*, Cedam, Padova, 1991.
RODOTÀ S., *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, Politica del diritto, 1991, 521.
RODRIGUEZ MORENO S., *La nuova disciplina delle opere orfane*, Nuove Leggi Civ. Comm., 2015, 5, 893.
ROGERS A., *Anheuser-Busch Hails European Court Ruling that Trademark Application get protections*, Int'l Trade Rep., 2007, 24, 72.
ROMANATO N., *Sullo sfruttamento dell'"immagine" di un bene nella disponibilità di una persona giuridica*, Riv. dir. ind., 2010, 2, II, 147.
ROMANO R., *Il diritto di riproduzione nel contesto della convergenza dei media*, Quaderni di AIDA, 2010, 166.
ROMANO R., *Attribuzione e revoca dello status di opera orfana ovvero nemesi dell'iperprotezionismo*, Quaderni di AIDA, 2013, 146.
ROMANO R., *Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi*, Riv. dir. civ., 2008, 6, 665.
ROSATI E., *Exhaustion also applies to first sale of downloaded software*, JIPLP, 2012, 786.
ROSATI E., *The Orphan Works Provisions of the ERR Act: Are they compatible with UK and EU laws?*, EIPR, 2013, 35, 724.
ROSATI E., *Copyright: CJEU rules on notion of parody (but it will not be funny for national courts)*, JIPLP, 2015, 80.
ROSATI E., *Five Considerations for the Transposition and Application of Article 17 of the DSM Directive*, JIPLP, 2021.
ROSATI E., *Online copyright exhaustion in a post-Allposters world*, JIPLP, 2015, 680.
ROSATI E., *Copyright: CJEU says that Member States may grant public libraries the right to digitize works in their collections*, JIPLP, 2015, 6.
ROSATI E., *Copyright as an Obstacle or an Enabler? A European Perspective on Text and Data Mining and its Role in the Development of AI Creativity*, Asia Pacific L. Rev., 2019, 27, 2, 198.
ROSATI E., *The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand*, JIPLP, 2013, 8,4, 303-310.
ROSE M., *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, Law and Contemp. Probs., 2003, 66, 80.
ROSE C.M., *Romans, roads, and romantic creators: traditions of public property in the information age*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 89.
ROSSA S., *Open data e amministrazioni regionali e locali. Riflessioni sul processo di digitalizzazione partendo dall'esperienza della Regione piemonte*, Dir. inf., 2019, 4, 1121.
ROSSI G., *L'intelligenza artificiale e la definizione di "opera dell'ingegno"*, Quaderni di AIDA, 2018, 268.
ROTH H.-P., *Urheberrecht: Schutz von Portraitfotografien*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, 189.
ROVATI A.M., *Prime note su proprietà intellettuale e riutilizzo dei dati pubblici*, Informatica e dir., 2011, 1-2, 156.
RUBENFELD J., *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality,* Yale L. J., 2002, 112, 1, 1.
RUBINFELD D.L., GAL M.S., *Access Barriers to Big Data*, Arizona Law Rev., 2017, 59, 339.

RUBINSTEIN I.S., HARTZOG W., *Anonymization and Risk*, *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper No. 15-36, 2015, 43.
RUFFLER F., *Is Trading in Used Software an Infringement of Copyright? The Perspective of European law*, EIPR, 2007, 380.
RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, Federalismi.it.,17/2013.
RUSE-KHAN G.H., *Proportionality and Balancing within the Objectives of Intellectual Property Protection*, in TORREMANNS P. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, Londra, 2008, 161.
RYAN M., *Cyberspace as Public Space: A Public Trust Paradigm for Copyright in a Digital World*, Or. L. Rev., 2000, 79, 647.

SAITTA N., *Bacini, stagni, pantani … et similia*, Dir. amm., 1995, 178.
SAMMARCO P., *L'attività di web scraping nelle banche dati ed il riuso delle informazioni*, Dir. inf., 2020, 2, 219.
SAMMARCO P., *Sull'ampiezza del diritto sui generis in relazione all'attività di estrazione del contenuto di una banca di dati non avente carattere creativo,* Dir. inf., 2008, 6, 780.
SAMUELS E., *The Public Domain in Copyright Law*, J. of Copy. Socy., 1993, 41, 137.
SAMUELSON P., *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, U. Pitt. L. Rev, 1985, 1185.
SAMUELSON P., *Privacy As Intellectual Property?*, Stan. L. Rev., 2000, 52, 1151.
SAMUELSON P., *Academic Author Objection to the Google Books Search Settlement*, J. of Telecomm. and High Tech., 2010, 8, 217.
SAMUELSON P., *Digital Information, Digital Networks, and the Public Domain*, Law & Contemp. Probs., 2003, 66, 148.
SAMUELSON P., *Mapping the Public Domain: Threaths and Opportunities*, Law & Contemporary Problems, 2003, 66, 147.
SAMUELSON P., *Challenges in the mapping of the public domain,* in GUIBAULT L., HUGENHOLTZ P.B., *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law Int., 2006, 9.
SAMUELSON P., *Enriching Discourse on Public Domains*, Duke L. J., 2006, 55, 783.
SAMUELSON P., *Legislative Alternatives to the Google Book Settlement*, Columbia J. of Law & the Arts, 2010, 34, 697.
SAMUELSON P., *The EU's Controversial Digital Single Market Directive*, Communication of the ACM, 2018, 61, 11, 20.
SAMUELSON P., *The Story of Baker v. Selden: Sharpening the Distinction between Authorship and Invention*, in DREYFUSS R., GINSBURG J. (eds.), *Intellectual Property Stories*, Foundation Press, New York, 2006, 159.
SAMUELSON P.A., *The Pure Theory of Public Expenditure, Revue of Economics and Statistics*, The Review of Economics and Statistics, 1954, 36, 4, 387
SANTORO E., *Brevi osservazioni in tema di parodia*, Dir. aut., 1968, 1.
SANTORO E., *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, Dir. aut., 1975, 307.
SANTORO E., *Diritto d'autore e libertà di manifestazione del pensiero (spunti di ricerca)*, Dir. aut., 1979, 754.
SAPPA C., *Diritti di proprietà intellettuale e dati pubblici nell'ordinamento italiano*, Informatica e dir., 2011, 37, 20, 1-2, 185.
SAPPA C., *IP e banche dati pubbliche*, Quaderni di AIDA, 2010, 19, 692.
SAPPA C., *Le opere orfane: la soluzione europea*, Nuove Leggi Civ. Comm., 2014, 3, 671.
SARACINO C.M., *Il caso IMS Health: proprietà intellettuale e diritto antitrust*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2005, 676.

SARTI D., *Copia privata e diritto d'autore*, Quaderni di AIDA, 1992, 52.
SARTI D., *Copia privata e apprendisti stregoni*, Quaderni di AIDA, I, 2014, 410.
SAVIČ M., *The legality of resale of digital content after UsedSoft in subsequent German and CJEU case law*, EIPR, 2015, 414.
SAVINI A., *Plagio dell'opera originaria e confini delle elaborazioni creative*, Dir. radiodiffusioni, 1986, 104.
SBARBARO E., *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni della valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, Riv. dir. ind., 2016, 2, 63.
SCACCIA G., *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA, 2005, 198.
SCAFIDI S., *Intellectual Property and Cultural Products*, Boston Un. L. Rev., 2001, 81.
SCALZINI S., *The New Related Right for Press Publishers: What Way Forward?*, in ROSATI E. (ed.), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Routledge, Abingdon/New York, 2021.
SCHAAR P., *Privacy by design*, in CAVOUKIAN A. (ed.), *Privacy by Design: The Next Generation in the Evolution of Privacy*, fascicolo monografico di Identity in the Information Society, 2010, 3, 2, 267.
SCHAFF S., *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, Dir. inf., 1987, 446.
SCHERMERS H.G., *The international protection of the right of property*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda, Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Carl Heymanns, Colonia, 1988, 571.
SCHIFFMAN S.M., *Movies in the Public Domain: A threatened species*, Columbia J. of Law and the Arts, 1996, 20, 633.
SCHULTZ T., *Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists*, Yale J. of Law & Tech., 2007, 151.
SCHULZE G., *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, GRUR, 1987, 769.
SCHWARTZ P., *Property, Privacy, and Personal Data*, Harvard L. Rev., 2004, 117, 7, 2098.
SCHWARTZ P., SOLOVE D., *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, NYU L. Rev., 2011, 86, 1814.
SCHWEMER S.F., *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, Nordic Intellectual Property Law Rev., 2020, 3, 400-435.
SCOGNAMIGLIO C., *Scopo informativo ed intento di lucro nella disciplina della pubblicazione del ritratto,* Dir. inf., 1991, 125.
SCOVAZZI T., *La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, in VUKAS B., ŠOŠIĆ T.M. (eds.), *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Božidar Bakotić*, Nijhoff, Leiden, 2010, 301.
SCOVAZZI T., *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in SCOVAZZI T., UBERTAZZI B., ZAGATO L. (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 3.
SCOVAZZI T., *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale*, in CANNONE A. (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Caccucci, Bari, 2014, 1.
SEIFERT F., *Markenschutz und urheberrechtliche Gemeinfreiheit*, WRP, 2000, 1014.
SELL S.K., *TRIPs and the Access to Medicines Campaign*, Wis. Int'l L. J., 2001-2002, 20, 481.
SENA G., *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, Riv. dir. ind., 2004, I, 55, 59 e in GOISIS G., *Studi in onore di Mario Talamona*, Cedam, Padova, 2004.
SENA G., *Efficienza e inefficienza della macchina normativa (note sui c.d. diritti non titolati)*, Riv. dir. ind., 2012, I, 83.
SENFTLEBEN M., *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights?*

WTO Panel Report Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law, IIC, 2006, 407.

SENFTLEBEN M., *Der kulturelle Imperativ des Urheberrechts*, in WELLER M., KEMLE N.B., DREIER TH. (eds.), *Kunst im Markt – Kunst im Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2010, 75.

SERVANZI R., *Il patrimonio culturale e le opere fuori commercio nella direttiva digital copyright*, Il nuovo dir. delle soc., 2019, 5, 657.

SESSA V.M., *La tutela degli interessi pubblici e privati nella riproduzione delle opere d'arte*, Foro Amm., 2001, 4, 1019.

SEVERINI G., *Immaterialità dei beni culturali?,* in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche – Atti Convegno Assisi (25-27 ottobre 2012)*, Aedon, 2014/1.

SEVERINI G., *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, Aedon, 2016/3.

SFERRAZZA PAPA E.C., *L'occupazione dello spazio e la presa di possesso: Carl Schmitt e Immanuel Kant*, Filosofia politica, 2017, 2.

SGANGA C., *The Eloquent Silence of Soulier and Doke and Its Critical Implications for EU Copyright Law*, JIPLP, 2017, 12, 4, 321.

SGANGA C., *Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale: un pericolo o una necessità?*, Dir. inf., 2019, 1, 21.

SGROI V., *Sull'esposizione dell'opera d'arte ceduta*, Giur. civ., 1955, I, 976.

SHIFFRIN V., *Lockean arguments for private intellectual property,* in MUNZER S. R. (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2001.

SHELANSKI H.A., *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, U. Pa. L. Rev., 2013, 161, 1679.

SHORR S., *Personal Information Contracts: How to Protect Privacy Without Violating the First Amendment,* Cornell L. Rev., 1995, 80, 1759.

SIANO M., *La pagina internet non "esporta" dati all'estero: la Corte di giustizia definisce l'ambito di applicazione della direttiva sulla tutela dei dati personali e sulla loro libera circolazione*, Dir. pub. comp. ed europeo, 2004, 461.

SICA S., D'ANTONIO V., *La procedura di de-indicizzazione*, inRESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, Roma Tre Press, Roma, 2015, 148.

SIMONATO A., *Integrazione europea e autonomia regionale: profili giuridici della governance multilivello e politiche di coesione 2021/2027*, Federalismi.it, 2017.

SINI F., *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, Diritto @ Storia, 2008, VII, 198.

SIRAGUSA M., BERETTA M., *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, Contratto e impresa Europa, 1999, 260.

SMITH L.J., *Whether Copyright Protects the Graphic User Interface of a Computer Program: Bezpečnostní softwarová asociace – Svazsoftwarové ochrany contre Ministerstvo kultury (C-393/09)*, Computer and Telecommunications Law Rev., 2011, 17.

SOLA A., *Quelques réflexions à propos de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, in NAFZIGER J., SCOVAZZI T. (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité – The Cultural Heritage of Mankind*, Nijhoff, Leiden, 2008, 487.

SOLARI F., BALLI R., *La tutela dell'immagine del personaggio noto: un'incognita a più variabili*, Dir. aut., 1999, 121.

SOLDA-KUTZMANN D., *Abuso di posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi*, Giur. it., 2007, 2145.

SOLOVE D., *Privacy Self-Management and the Consent Paradox*, Harvard L. Re., 2013, 126, 1888.

SOLUM L.B., *Legal personhood for artificial intelligences*, N.C. Law Rev.1992, 70, 1231.

SOLUM L.B., *Models of internet governance*, in BYGRAVE L.A., BING J. (eds.), *Internet governance: infrastructure and institutions*, New York, Oxford University Press, 2009, 56.
SORDELLI L., *Titolo di periodico, testata e marchio*, Foro pad., 1955, I, 116, 120.
SORDELLI L., *Inapplicabilità delle norme sui marchi per i titoli delle opere dell'ingegno*, Riv. dir. ind., 1957, II, 127.
SOSNITZA O., *Konvergenz und Interferenz der Schutzrechte*, in KELLER E., PLASSMANN C., VON FALCK A. (eds.), *Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburstag*, Heymanns, 2003, 895.
SPADA P., *Creazione ed esclusiva trent'anni dopo*, Riv. dir. civ., 1997, 215.
SPADA P., *Copia privata ed opere sotto chiave*, Riv. dir. ind. 2002, 591.
SPECHT-RIEMENSCHNEIDER L., PASCHWITZ J., *Gemeinfreiheit als Prinzip. Reichweite und Umset-zungsbedarf des Art. 14 DSM-Richtlinie*, RuZ, 2020, 1, 1.
SPEDICATO G., *Digitalizzazione di opere librarie e diritti esclusivi*, Aedon 2/11.
SPEDICATO G., *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, Dir. aut., 2011, 572.
SPEDICATO G., *Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore*, Giur. comm. 2013, 1, II, 109.
SPEDICATO G., *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nella normativa italiana e comunitaria*, Ciberspazio e diritto, 2006, 7, 4, 535-580 e in BISI S., DI COCCO C. (a cura di), *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, Gedit, Bologna, 2007, 171-244.
SPEDICATO G., *L'esaurimento UE dei diritti*, Quaderni di AIDA, 2016, 451.
SPEDICATO G., *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, Riv. dir. ind., 2019, 4, 253.
SPINDLER G., *Grenzen des Softwareschutzes*, CR, 2012, 417.
SPINDLER G., *Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content*, ERCL, 2016, 183.
SPINELLI A., *I diritti della personalità dell'imbarcazione famosa? La parola alla Corte,* Dir. maritt. 2011, 2, 443.
SPOLIDORO M.S., *Il contenuto del diritto connesso sulle banche di dati*, Quaderni di AIDA, 1997, 4.
SPOLIDORO M.S., *Le eccezioni e le limitazioni*, Quaderni di AIDA, 2007, 206.
SPOOR J.H., *General Aspects of Exceptions and Limitations to Copyright: General Report*, in BAULCH L., GREEN M., WYBURN M. (eds.), *The Boundaries of Copyright*, ALAI Study Days, University of Cambridge, 14 settembre 1998, Sidney, 1999, 27.
SPOTO G., *Usi civici e domini collettivi: "un altro modo" di gestire il territorio*, Riv. giur. Dell'edilizia, 2020, 1, 3.
SRINIVAS B., *The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, in NAFZIGER J., SCOVAZZI T. (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité – The Cultural Heritage of Mankind*, Nijhoff, Leiden, 2008, 529.
STABILE S., *Beni culturali e proprietà intellettuale dei musei: nuovi scenari*, Riv. dir. ind., 2002, 3, 300.
STALLA-BOURDILLON S., KNIGHT A., *Anonymous Data v. Personal Data – A False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data*, Wisconsin Int. L. J., 2017, 34, 284.
STANZIONE M.G., *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, Europa e dir. priv., 2016, 4, 1249.
STARACE V., *La tutela del diritto di proprietà nel protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella Costituzione Italiana*, Riv. int.. dir. uomo, 1989, 256.
STAUDENMAYER D., *Digitale Verträge – Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission*, ZEuP, 2016, 801.

STAZI A., *"Marketplace of ideas" e "accesso pluralistico" tra petizioni di principio e ius positum*, Dir. inf., 2009, 4-5, 635.
STEINHAUSER E.W., *EuGH-Urteil zu elektronischen Leseplätzen stärkt Wissenschaftsurheberrecht*, GRUR PRAX, 2014, 471.
STELLA FAGGIONI L., *La libertà di panorama in Italia*, Riv. dir. ind., 2011, 6, 538.
STELLA RICHTER P., *La nozione di patrimonio culturale*, Foro Amm.-C.d.S, 2004, 1280.
STELLA RICHTER P., *Proprietà collettive, usi civici ed interesse pubblico*, Dir. amm. 1983, 189.
STERN P., *Design principles for global commons: natural resources and emerging technologies*, International Journal of the Commons, 2011, 5, 2, 213-232.
STIGLITZ J.E., *The Contribution of the Economics of Information to Twentieth Century Economics,* Quarterly Journal of Economics, 2000, 115, 1448.
STOKES S., *Photographing paintings in the public domain; a response to Garnett*, EIPR, 2001, 23, 7, 354.
STOKES S., *Graves'case and copyright in photographs: Bridgeman v. Corel*, in MCCLEAN D., SCHUBERT K. (eds.), *Dear images: art, copyright and culture*, Ridinghouse, London, 2002, 108.
STOTHERS C., *When is copyright exhausted by a software licence?: UsedSoft v Oracle*, EIPR, 2012, 787.
SUBIOTTO R., *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, ECLR, 1992, 6, 234.
SURBLYTE G., *Data Mobility at the Intersection of Data, Trade Secret Protection and the Mobility of Employees in the Digital Economy*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper n. 16-03.
SURBLYTE G., *Data as digital resources*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-12.
SURBLYTE G., *Enhancing TRIPS: Trade Secrets and Reverse Engineering*, in ULLRICH H., HILTY R., LAMPING M., DREXL J. (eds.), *TRIPS plus 20 – From Trade Rules to Market Principles*, Springer, 2016, 725.
SUTHERSANEN U., *Who owns the orphans? Property in digital cultural heritage assets*, in TORREMANS P., *Research Handbook on Copyright Law*, 2ª ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2018, 359-390.
SUTHERSANEN U., FRABBONI M.M., *The Orphan Works Directive*, in STAMATOUDI I., TORREMANS P. (eds.), *EU Copyright Law: A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.
SVARIATI E., *Il diritto di noleggio dei compact disc in una recente pronuncia della Corte costituzionale nel d.lg. n. 685 del 1994*, Quaderni di AIDA, 1995, 348.
SYNODINOU T., *Databases and screen scraping: lawful user's rights and contractual restrictions do not fly together*, EIPR, 2016, 312.

TAMPIERI M., *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, Europa e dir. priv., 2019, 4, 1195.
TANCREDI A., *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, Riv. dir. int., 2006, 644.
TARASCO A.L., *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre solo) italiana*, Foro amm. CDS, 2008, 7-8, 2261.
TAUBMAN A., *The Public Domain and International Intellectual Property Law Treaties*, in WAELDE C., MACQUEEN H. (eds.), *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar, 2007, 53.
TAVELLA M., *Il parere del professionista - Appropriation art: contraffazione o libera forma di espressione artistica?,* Dir. ind., 2018, 6, 579.
TAVELLA M., *Il parere del professionista - La tutela delle espressioni culturali tradizionali*, Dir. ind., 2020, 6, 585.

TELESETSKY A., *Traditional knowledge: Protecting Communal rights through a Sui Generis System*, in NAFZIGER J., SCOVAZZI T., *Le Patrimoine Culturel de l'Humanitè – The Cultural Heritage of Mankind*, Nijhoff, Leiden, 2008, 297.
TESAURO G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, Riv. int. dir. uomo 1992, 426.
TEUBNER G., *Breaking Frames: The Global interplay of Legal and social Systems*, American J. of Comparative L., 1997, 45, 149.
TEUBNER G., *Rights of Non Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors*, Politics and Law, Journal of Law and Society, 2006, 33, 4, 497.
TONI A.M., *Il right of publicity nell'esperienza nordamericana*, Contratto e impresa, 1996, 82.
TORREGIANI S., *Il dato non personale alla luce del Regolamento (UE) 2018/1807: tra anonimizzazione, ownership e Data by Design*, Federalismi.it., 2020, 18, 321.
TORREMANS P., *The Road Towards the Harmonisation of Trade Secrets Law in the European Union*, Revista de La Propiedad Immaterial, 2015, 20.
TORSEN M.A., *Behind Oil on Canvas: New Media and Presentation Formats Challenge International Copyright Law's Ability to Protect the Interest of the Contemporary Artist*, Script-ed., 2006, 3, 45.
TORTI V., *Personaggi di fantasia tra plagio e contraffazione. Riflessioni sull'orientamento della Suprema Corte di Cassazione*, Riv. dir. ind., 2019, 2, II, 57.
TRAKMAN L.E., *From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law*, University of Toronto Law J., 2003, 53, 265.
TRAVERSO M., *La direttiva europea sui segreti commerciali e il diritto italiano: alcuni spunti*, Riv. dir. ind., 2017, 6, 578.
TRAVOSTINO M., *Alcuni recenti sviluppi in tema di licenze Creative Commons*, Ciberspazio e diritto, 2, 2006, 253.
TRAVOSTINO M., *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, Giur. it., 2011, 10.
TREMOLADA R., *Diritti di proprietà intellettuale, diritti umani e patrimonio culturale immateriale*, Riv. dir. ind., 2014, I, 23.
TREMOLADA R., *Esaurimento digitale. Il mercato secondario dei contenuti musicali protetti*, Riv. dir. ind., 2019, 3, 253.
TREZEGUET M., *Absence de protection des fonctionnalités et du langage de programmation d'un logiciel*, Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication, 2012, 78, 21.
TUCKER D.S., WELLFORD H.B., *Big Mistakes Regarding Big Data,* Antitrust Source, 2014, 14, 6.
TUMICELLI A., *La riproducibilità dell'immagine del bene culturale. L'immagine del bene culturale*, Aedon, 2014/1.
TUSHNET R., *Make me walk, make me talk, do whatever you please: Barbie and exceptions*, in GINSBURG J., DREYFUSS R.C. (eds.), *Intellectual Property at the Edge: the Contested Contours of IP*, Cambridge Univ. Press, 2014, 411.

UBERTAZZI B., *Su alcuni aspetti problematici della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, Riv. dir. int., 2011, 3, 777.
UBERTAZZI B., *Territorial and universal protection of intangible cultural heritage from misappropriation*, in SCOVAZZI T., UBERTAZZI B., ZAGATO L., *Il patrimonio intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 127.
UBERTAZZI B., *The principle of free movement of goods. Community exhaustion and parallel imports*, in STAMATOUDI I., TORREMANS P. (eds.), *EU Copyright Law. A commentary*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014, 38.
UBERTAZZI L.C., *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in ALPA G. (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984, 59.

UBERTAZZI L.C., voce *Diritto d'autore*, Dig. Disc. Priv. Sez. comm., Torino, 1989, 364.
UDSEN E., *Open source licenses*, in RIIS T. (ed.), *User Generated Law. Re-Constructing Intellectual Property Law in a Knowledge Society*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, 99.
ULLRICH H., *The Political Foundations of TRIPS Revisited*, in ULLRICH H., HILTY R., LAMPING M., DREXL J., *TRIPS 20 Years After: Which Way Forward?*, Springer, 2015, 85.
URBAN J.M., *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, Berkeley Tech. L. J., 2012, 27, 1379.

VAN ASBROECK B., DEBUSSCHE J., CÉSAR J., *Bird & Bird White Paper on Building the European Data Economy. Data Ownership*, 1 gennaio 2017.
VAN CAENEGEM W., *The Public Domain: Scientia Nullius*, EIPR, 2002, 325.
VAN DER SLOOT B., *Public Sector Information & Data Protection: A Plea for Personal Privacy Settings for the Re-Use of PSI*, Informatica e Dir., 1-2, 2011, 219.
VAN DIJK N., *Intellectual Rights as Obstacles for Transparency in Data Protection*, in DEUKER A. (ed.), *Mobile Marketing in the Perspective of Identity, Privacy and Transparency*, Fidis Report D.11.12., 2009.
VAN EECHOUD M., *Exclusive Rights and Limitations*, in VAN EECHOUD M., HUGENHOLTZ P.B., GUIBAULT L., VAN GOMPEL S., HELBERGER N. (eds.), *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law Int., 2009, 67.
VAN EIJK N., HOOFNAGLE C.J., KANNEKENS E., *Unfair commercial practices. A complementary approach to privacy protection*, European Data Protection Law Rev., 2017, 3, 1.
VAN GODTSENHOVEN K., *The DRIVER Project: The Socio-economic Benefits of a European Scientific Commons*, in DULONG DE ROSNAY M., DE MARTIN J.C. (eds.), *The Digital Public Domain*, OpenBook Pub., 2012, 139.
VAN-GOMPEL S., *The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From the Atlantic*, Berkeley Tech. L. J., 2012, 27, 3, 1347.
VANZETTI A., *La tutela "corretta" delle informazioni segrete*, Riv. dir. ind., 2011, I, 95.
VARIAN H.R., *Economic Aspects of Personal Privacy*, in LEHR W.H., PUPILLO L.M. (eds.), *Cyber Policy and Economics in an Internet Age*, Topics in Regulatory Economics and Policy Series, vol 43., Springer, Boston, 2002, 127.
VARIAN H., *Markets for Information Goods*, Institute for Monetary and Economic Studies Discussion Paper No. 99-E-9.
VERCELLONE P., *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, 1163.
VERKADE D.W.F., *The Cumulative Effect of Copyright Law and Trademark Law: Which Takes Precedence?*, in KABEL J.J.C., MOM G.J.H.M. (eds.), *Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law, The Hague, 1998, 69.
VERSACI G., *Personal data and Contract law: challenges and concerns about the economic exploitation of the right to data protection*, ERCL, 2018, 376.
VERSTEEG R., *Defining "author" for purposes of copyright*, Am. U.L. Rev., 1996, 45, 1323.
VESSIA F., *L'assicurazione dei diritti di proprietà intellettuale*, Quaderni di AIDA, 2009, 18, 1, 61.
VESTO A., *La tutela dell'oblio tra intimità e condivisione senza filtri*, Medialaws – Riv. dir. media, 2018, 2.
VÉZINA B., *Curbin Cultural Appropriation in the Fashion Industry*, CIGI Papers No. 19, 2019.
VEZZOSO S., *Consultazione di opere digitali: quadro europeo ed esperienze nazionali*, in D'AMMASSA G., MAGGIPINTO A. (a cura di), *Diritto e tecnologie digitali per la valorizzazione e l'accessibilità delle conoscenze*, Nyberg, Milano, 2008, 52.

VICTOR J.M., *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, Yale L. J., 2013, 123, 512.
VIDIRI G., *Diritto d'autore e tutela del disegno industriale tra passato e presente*, Giust. civ., 2003, I, 2093.
VIGEVANI G.E., *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento italiano. Regole ed eccezioni*, Dir. inf., 2016, 3, 473.
VIGLIAR S., *Pirate Bay: evoluzione del concetto di comunicazione al pubblico o nuova frontiera della responsabilità delle piattaforme telematiche?*, Dir. inf., 1, 2018, 108.
VINJE T.C., *The final word on Magill*, EIPR, 1995, 6, 297 e Riv. dir. ind., 1995, I, 239.
VIOLA F., *Beni comuni e bene comune*, Diritto e Società, 2016, 3, 381.
VISSER D.J.G., *The database right and the spin-off theory*, in SNIJDERS H.J., WEATHERILL S., *Ecommerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Kluwer Law Int., L'Aia/Londra/New York, 2003, 105.
VITALE C., *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in CASINI L. (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2010, 176.
VITI V., *Diritto sui generis al guado*, Dir. internet, 2005, 456.
VIVANT M., *Le transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droit voisins dans la societé de l'information en France, Analyse critique et prospective*, in HILTY R.M., GEIGER C., *Impulse für eine europäische Harmonsierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Berlino, Heidelberg, New York, Paris, Litec e Springer, 2007, 193.
VOORHOOF D., *Freedom of expression and the right to information: Implications for copyright*, in GEIGER C. (ed.), *Research Handbook on Human Right and Intellectual property*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, 331.

ZAGATO L., *TRIPS e Diritti umani*, Quaderni di AIDA, 2014, 247.
ZANARDI B., *La mancata tutela del patrimonio culturale in Italia*, Riv. trim. dir. pubbl., 2011, 2, 431.
ZATARAIN J., *The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence*, Int. Rev. of Law, Computers & Technology, 2017, 31, 1.
ZATTI F., *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Vol. IV, Jovene, Napoli, 2013, 2235.
ZDANOWIECKI K., *Recht an Daten*, in BRÄUTIGAM P., KLINDT T. (eds.), *Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0*, BDI, 2015.
ZECH H., *Daten als Wirtschaftsgut– Uberlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers",* CR*,* 2015, 146.
ZECH H.*, "Industrie 4.0" – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt*, GRUR, 2015, 1158.
ZECH H.*, A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data,* JIPLP*,* 2016, 11, 466.
ZENO-ZENCOVICH V., voce "*Cosa*", Digesto disc. priv., sez. civ., Vol. III, 4ª ed., Torino, 1989, 438.
ZENO-ZENCOVICH V., *Identità personale*, Dig. disc. priv., sez. civ., IX, Torino, 1993, 300.
ZENO-ZENCOVICH V., *Informazione (profili civilistici)*, Digesto disc. priv., sez. civ., Vol. IX, Torino, 1993, 423.
ZENO-ZENCOVICH V., *Uso a fini privati di dati personali in mano pubblica*, Dir. inf., 2003, 2, 197-203, 198.
ZENO-ZENCOVICH V., *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, Quaderni di AIDA, 2005, 155.

ZENO-ZENCOVICH V., *Mezzanotte F., Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, Dir. inf., 2008, 2, 141.
ZICCARDI G., "Free Culture" *e la realtà normativa italiana – Presentazione del volume "Cultura Libera" di Lawrence Lessig*, Ciberspazio e diritto, 1, 2005, 49.
ZIMMERMANN D.L., *Information as Speech, Information as Goods: some Thoughts on marketplaces and the Bill of Rights*, Wm. & Mary L. Rev., 1992, 33, 665.
ZIMMERMANN D.L., *Is there a right to have something to say – One view of the public domain*, Fordham L. Rev., 2004, 73, 297.
ZOBOLI L., *Fueling the European Digital Economy: A Regulatory Assessment of B2B Data Sharing*, European Business Law Rev, 2020, 31, 4, 663.
ZOGRAFOS D., *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
ZOPPINI A., *Nota alla Direttiva 96/9/CE*, Dir, Inf., 1996, 491.
ZUDDAS C., *Commons e diritti d'autore*, Quaderni di AIDA, 2016, 262.
ZUMBANSEN P., *Transnational law*, in J. SMITS (ed.), *Encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, 738.
ZWICK D., DHOLAKIA N., *Contrasting European and American Approaches to Privacy in Electronic Markets: Property Right versus Civil Right*, Electronic Markets, 2001, 11, 116.

YANISKY-RAVID S., *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3d Era. The Human-Like Authors Are Already Here*, Mich. St. L. Rev., 2017, 90, 659.
YANISKY RAVID S., LIU X., *When artificial intelligence systems produce inventions: the 3A era and an alternative model for patent law*, Cardozo L. Rev., 2018, 39, 2215.
YU P.K., *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, U.C. Davis L. Rev., 2006-2007, 40, 1039.

XALABADER R., *On-line teaching and copyright: any hopes for an EU harmonized playground?*, in TORREMANS P. (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, 383.

WALDRON J., *From Authors to copiers: Individual rights and social values in Intellectual property*, Chi.-Kent L. Rev., 1992-1993, 68, 841.
WALLACE A., EULER E., *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, IIC, 2020, 51, 844.
WALTER M.M., *Digitale Nutzung von Werken in Bibliotheken – "Terminalausnahme"*, MR-Int: Internationale Rundschau zum Medienrecht, IP- & IT-Recht, 2014, 82.
WALTER M.M., *Metasuchmaschine – Eingriff in Datenbankschutzrecht*, MR-Int: Internationale Rundschau zum Medienrecht, IP- & IT-Recht, 2014, 72.
WANDTKE A., BULLINGER W., *Die Marke als urheberrechtlich schutzfähiges Werk*, GRUR, 1997, 573.
WARREN S., BRANDEIS L., *The Right to privacy*, Harvard L. Rev., 1890, 4, 5, 193.
WEISSMAN R., *A Long, Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries*, U. Pa. J. Int'l Econ. L., 1996, 17, 1069.
WENDLAND M., *Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel? Die Richtlinien– vorschläge der Kommission zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und des Online-Warenhandels*, EuZW 2016, 126.
WIEBE A., *The economic perspective: exhaustion in the digital age*, in BENTLY L., SUTHERSANEN U., TORREMANS P. (eds.), *Global Copyright Three Hundred Years Since the*

Statute of Anne, From 1709 to Cyberspace, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, 321.
WIEBE A., *Protection of industrial data: a new property right for the digital economy?*, JIPLP, 2016, 12, 1, 62.
WIENER J.G., *Protection of folklore: a political and legal challenge*, IIC, 1987, 18, 59, 67.
WILF S., *Who Authors Trademarks*, Cardozo Arts & Ent. L. J., 1999, 17, 1.
WOLFRUM R., voce *Common Heritage of Mankind*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxhord University Press, 2009.
WU J., *From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs*, AIPLA Q. J., 1997, 25, 131.

3. *Atti ufficiali, Studi, Position Paper di Enti e Istituzioni governative, Organizzazioni non governative, Centri di ricerca*

AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data. Analisi della propensione degli utenti online a consentire l'uso dei propri dati a fronte dell'erogazione di servizi. Primi risultati*, 2018.
AGCM, AGCOM, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020, 12.

BENHAMOU Y., *Revised Report on Copyright Practices and Challenges of Museums*, 29 marzo 2019, WIPO SCCR/38/5.

CANAT J.-F., GUIBAULT L., *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Museums*, 2015, SCCR/30/2.
COMITATO DELLE REGIONI, *Sviluppare una cultura europea della governance multilivello: iniziative per dar seguito al Libro bianco del Comitato delle Regioni*, 18 aprile 2012, 2012/C 113/12.
COMMISSION ON NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS (CONTU), *Final report on the national commission on new technological uses of copyrighted works*, Computer L. J., 1981, 3, 53.
COMMISSIONE UE, *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale. Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione*, Bruxelles, 20 gennaio 1999, COM (1998) 585.
COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bruxelles, 13 settembre 2000, COM(2000) 559 def.
COMMISSIONE UE, *European Governance – a white paper*, Bruxelles, 25 luglio 2001, COM(2001) 428 final.
COMMISSIONE UE, *eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti – Piano d'azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia 21 e 22 giugno 2002*, Bruxelles, 28 maggio 2002, COM(2002) 0263 def.
COMMISSIONE UE, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, DG Internal market and services working paper, Bruxelles, 12 dicembre 2005.
COMMISSIONE UE, *i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione*, Bruxelles, 1 giugno 2005, COM(2005) 229 def.
COMMISSIONE UE, *i2010: le biblioteche digitali*, Bruxelles, 30 settembre 2005, COM(2005) 465 def.
COMMISSIONE UE, *Raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del materiale culturale e sulla conservazione digitale*, Bruxelles, 24 agosto 2006, 2006/585/CE.
COMMISSIONE UE, *Report from the Commission "Better lawmaking 2006" pursuant to Article*

9 of the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality (14th report), Bruxelles, 6 giugno 2007, COM(2007) 286 final.
COMMISSIONE UE, *Un'agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione*, Bruxelles, 10 maggio 2007, COM(2007) 242.
COMMISSIONE UE, *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, Bruxelles, 16 luglio 2008, COM(2008) 466.
COMMISSIONE UE, *Il patrimonio culturale europeo: basta un clic. Progressi in materia di digitalizzazione e accessibilità on line del materiale culturale e della conservazione digitale nell'UE*, Bruxelles, 11 agosto 2008, COM(2008) 513 def.
COMMISSIONE UE, *Comunicazione sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, Bruxelles, 19 ottobre 2009, COM(2009) 532.
COMMISSIONE UE, *Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT – Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future*, Bruxelles, 22 ottobre 2009.
COMMISSIONE UE, *Part III Annexes to Impact Assessment Guidelines*, Bruxelles, 15 gennaio 2009.
COMMISSIONE UE, *Relazione sulla competitività digitale in Europa: principali risultati della strategia i2010 nel periodo 2005-2009*, Bruxelles, 4 agosto 2009, COM(2009) 390 def.
COMMISSIONE UE, *Europe's Digital Competitiveness Report*, 17 maggio 2010, SEC(2010) 627.
COMMISSIONE UE, *Un'agenda digitale europea*, Bruxelles, 19 maggio 2010, COM(2010) 0245 def.
COMMISSIONE UE, *A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility,* Bruxelles, 25 ottobre 2011, COM(2011) 681 def.
COMMISSIONE UE, *Raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale*, 27 ottobre 2011, 2011/711/UE.
COMMISSIONE UE, *Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa*, Bruxelles, 24 maggio 2011, COM(2011) 287.
COMMISSIONE UE, *Principles for Better Self-and Co-Regulation*, 11 febbraio 2013.
COMMISSIONE UE, *Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2013.
COMMISSIONE UE, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market,* Publication Office of the European Union, aprile 2013, MARKT/2011/128/D.
COMMISSIONE UE, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2014.
COMMISSIONE UE, *Towards a thriving data-driven economy*, Bruxelles, 2 luglio 2014, COM(2014) 442 final.
COMMISSIONE UE, *Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l'Europa*, Bruxelles, 22 luglio 2014, COM(2014) 477 final.
COMMISSIONE UE, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, Bruxelles, 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final.
COMMISSIONE UE, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Bruxelles, 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final.
COMMISSIONE UE, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, Bruxelles, 9 dicembre 2015, COM(2015) 626 final.
COMMISSIONE UE, *Legal Review on Industrial Design Protection in Europe*, 6 giugno 2016, Final report, MARKT2014/083/D.
COMMISSIONE UE, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 maggio 2016, SWD/2016/0163 final.

COMMISSIONE UE, *Synopsis Report on the Contributions to the Public Consultation Regulatory Environment for Data and Cloud Computing*, 2016.
COMMISSIONE UE, *Building a European Data Economy*, Bruxelles, 10 gennaio 2017, COM(2017) 9 final.
COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Paper - Impact Assessment on the Cross-Border On-line Access to Orphan Works Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Permitted Uses of Orphan Works*, Bruxelles, 24 maggio 2011, SEC(2011) 615 final.
COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy accompanying the document Communication Building a European data economy*, Bruxelles, 10 gennaio 2017, SWD(2017) 2 final.
COMMISSIONE UE, *Setting up the Expert Group on Digital Cultural Heritage and Europeana*, Bruxelles, 7 marzo 2017, C(2017) 1444 final.
COMMISSIONE UE, *Implementation of Commission Recommendation on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation. Consolidated Progress Report 2015-2017 Working Document*, 2018.
COMMISSIONE UE, *Relazione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla valutazione di Europeana e i suoi sviluppi futuri*, Bruxelles, 6 settembre, 2018 COM(2018) 612 final.
COMMISSIONE UE, *Adopting Creative Commons as an open licence under the European Commission's reuse policy*, Bruxelles, 22 febbraio 2019, C(2019) 1655 final.
COMMISSIONE UE, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, 2019.
COMMISSIONE UE, *Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union*, Bruxelles, 29 maggio 2019, COM(2019) 250 final.
COMMISSIONE UE, *A European strategy for data*, Bruxelles, 19 febbraio 2020, COM(2020) 66 final.
COMMISSIONE UE, *A New Industrial Strategy for Europe*, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM(2020) 102 final.
COMMISSIONE UE, *Making the most of the EU's innovative potential. An intellectual property action plan to support the EU's recovery and resilience*, Bruxelles, 25 novembre 2020, COM(2020) 760 final.
COMMISSIONE UE, *Pharmaceutical Strategy for Europe*, Bruxelles, 25 novembre 2020, COM(2020) 761 final.
COMMUNIA, *Economic and Social Impact of the Public Domain: EU Cultural Istitutions and the PSI Directive*, 2009.
COMMUNIA, *The Public Domain Manifesto*, https://publicdomainmanifesto.org.
COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Online platforms and digital advertising. Market study final report*, 1 luglio 2020.
CONSIGLIO D'EUROPA, *Raccomandazione R (91) 10 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa alla Comunicazione a terzi di dati personali detenuti da organismi pubblici*, 9 settembre 1991.
CONSIGLIO UE, *Conclusions on the Digitisation and Online Accessibility of Cultural Material, and Digital Preservation*, 7 dicembre 2006, C 297/01.
CONSIGLIO UE, *Conclusions on the European digital library EUROPEANA*, 20 novembre 2008, C 319/07.
CONSIGLIO UE, *Conclusions on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation*, 10 maggio 2012, C 169/02.
CONSIGLIO UE, *Conclusioni del Consiglio sulla governance partecipativa del patrimonio culturale*, 23 dicembre 2014, C 463/01.

CONSIGLIO UE, *Conclusioni relative al patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile*, 21 maggio 2014, C 183/08.
CONSIGLIO UE, *Conclusioni sul ruolo di Europeana per l'accessibilità, la visibilità e l'utilizzo digitali del patrimonio culturale europeo*, 14 giugno 2016, C 212/06.
CONSIGLIO UE, *Intellectual property policy and the revision of the industrial designs system in the Union*, 10 novembre 2020, C 379 I/01.
CONSIGLIO UE, *Riunione del 25 e 26 giugno 2015 – Conclusioni*, 26 giugno 2015, EUCO 22/15.
CONSIGLIO UE, *Risoluzione su "Cultura e società della conoscenza"*, 21 gennaio 2002, C 32/01.
CONSIGLIO UE, *Risoluzione sulla conservazione della memoria del domani – conservazione dei contenuti digitali per le generazioni future*, 25 giugno 2002, C 162/02.
CRÉMER J., DE MONTJOYE Y-A, SCHWEITZER H., *Competition Policy for the digital era*, 2019.
CREWS K., *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, 2017, SCCR/35/6.
CSAIL, IViR, *Privacy Bridges – EU and US Privacy Experts in Search of Transatlantic Privacy Solutions*, Amsterdam/Cambridge, settembre 2015.

DELIPETREV B., TSINARAKLI C., KOSTIC U., *Historical Evolution of Artificial Intelligence*, EUR 30221EN, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2020.
DERCLAYE E., GRIFFITHS J., METZGER A., RICOLFI M., ROGNSTAD O.A., STROWEL A.M., *Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference Before the CJEU in Cofemel v G-Star, C-683/17*, 23 ottobre 2018.
DUSOLLIER S., *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*, 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1.

EBU, *EBU Reply to the Commission's Consultation on A European Strategy for Data*, 2002.
EDPB, *Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*, 29 gennaio 2020.
EDPB, *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR*, parte I, versione 2.0, 7 luglio 2020.
EDPS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, 11 aprile 2017.
EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, 19 dicembre 2019.
EDPS, *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 Settembre 2016.
EDPS, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 marzo 2017.
EDPS, *Parere sul "pacchetto dati aperti" della Commissione europea, costituito da una proposta di direttiva che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, da una comunicazione sui dati aperti e dalla decisione 2011/833/UE della Commissione relativa al riutilizzo dei documenti della Commissione*, Bruxelles, 18 aprile 2012.
EPO, EUIPO, *IPR-intensive industries and economic performance in the European Union*, Industry-Level Analysis Report, 3ª ed., settembre 2019.
EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Limitations and exceptions as key elements of the legal framework for copyright in the European Union – Opinion on the judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*, EIPR, 2015, 129.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 gennaio 2017.

EUROPEANA, *Statuto per il dominio pubblico di Europeana/The Europeana Public Domain Charter*, 2010.

EUROPEANA, *Stategy 2020-2025. Empowering digital change*, 2020.

FICSOR M., *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Folklore*, WIPO National Seminar on Copyright Related Rights and Collective Management, Khartoum, 28 febbraio-2 marzo 2005, febbraio 2005, WIPO/CR/KRT/05/82.

FLORIDI L., COWLS J., BELTRAMETTI M., CHATILA R., CHAZERAND P., DIGNUM V., LUETGE C., MADELIN R., PAGALLO U., ROSSI F., SCHAFER B., VALCKE P., VAYENA E., *AI4People – an ethical framework for a good AI society: opportunities, risks, principles, and recommendations*, Minds Mach., 2018, 28 4, 689.

FRANCE INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, *Rapporte de synthèse*, 2017.

FURMAN, J., COYLE D., FLETCHER A., MCAULEY D., MARSDEN P., *Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019.

GALETTA D.U., HOFMANN H.C.H., MIR PUIGPELAT O., ZILLER J., T*he General Principles of EU Administrative Procedural Law*, Bruxelles, 2015.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2019*, 2020.

GEIGER C., *The Future of Copyright in Europe: Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information/L'avenir du droit d'auteur en Europe: Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information*, Report for the Committee on Culture, Science and Education – Parliamentary Assembly, Council of Europe, Strasburgo, 2009.

GEIGER C. (ed.), *Intellectual Property and Access to Science and Culture: Convergence or Conflict?*, CEIPI/ICTSD publication series on Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System n. 3, Ginevra/Strasburgo, 2016.

GROUPEMENT FRANÇAIS DE L'INDUSTRIE DE L'INFORMATION, *Key Issues for Successful PSI Policies in Europe: Improve the Articulation with GDPR and Enhance Data Quality*, Parigi, 8 ottobre 2018.

GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Documento di lavoro sulla protezione dei dati relativo all'uso della tecnologia RFID*, 19 gennaio 2005, 10107/05/EN WP 105.

GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Raccomandazione 3/1999. La conservazione dei dati sulle comunicazioni da parte dei fornitori di servizi Internet a fini giudiziari*, 7 settembre 1999, WP25.

GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA TUTELA DEI DATI PERSONALI, *Parere n. 7/2003 sul riutilizzo delle informazioni del settore pubblico e la tutela dei dati personali*, 12 dicembre 2003, 10936/03/EN WP 83.

GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, 20 giugno 2007, 01248/07/IT WP 136.

GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 2 aprile 2013, 00569/13/EN WP 203.

GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Opinion 2/2013 on apps on smart devices*, 27 febbraio 2013, 00461/13/EN WP 202.

GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Opinion 5/2009 on online social networking,* 12 giugno 2009, 01189/09/EN WP 163.

GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 8/2014 sui recenti sviluppi nel campo dell'Internet degli oggetti*, 16 settembre 2014, 1471/14/IT WP 223.

GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione*, 10 aprile 2014, 0829/14/IT WP216.
GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on "Google Spain and Inc v. Agencia Espanõla de Proteccioń de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12*, 26 novembre 2014.
GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679,* 28 novembre 2017, WP259, 17/EN.
GRUPPO DI LAVORO *EX* ART. 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 28 novembre 2017, WP 259.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 2019.
HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES, *Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future*, 2009.
HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES, *Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues*, 18 aprile 2007.
HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, *Report on Trade Secrets for the European Commission*, Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) 23 settembre 2011, MARKT/2010/20/D.

IDC, Open evidence, *European data market Final Report*, SMART 2013/0063, 2017.
INFORMATION SANS FRONTIÈRES, *Response to the Final Compromise Text of the Orphan Works Directive*, 22 giugno 2012.
ITU, *Big Data – Cloud computing based requirements and capabilities*, Recommendation ITU-T Y.3600, 2015.

JISC, *In from the Cold: An assessment of the scope of 'Orphan Works' and its impact on the delivery of services to the public*, aprile 2009.
JOINT INSTITUTE FOR INNOVATION POLICY (JIIP) (ed.), *Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework*, 2020.

LAROUCHE P., PEIT M., PURTOVA N., *Consumer privacy in network industries. A CERRE (Centre on Regulation in Europe) Policy Report*, 26 gennaio 2016.
LEROUX C., LABRUTO R. (eds.), *Suggestion for a Green Paper on Legal Issues in Robotics*, euRobotics The European Robotics Coordination Action, 2012.
LÉVY M., NIGGEMANN E., DE DECKER J., *The new renaissance. Report of the Comité des Sages on bringing Europe's cultural heritage online*, Lussemburgo, 10 gennaio 2011.

MANYIKA J. ET AL., *Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity,* McKinsey Global Institute, 2011.
MENDIS D., KRETSCHMER M., *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions: A Comparative Review of the Underlying Principles*, UK Intellectual Property Office, 2013.

NAUTA G.J., VAN DEN HEUVEL W., TEUNISSE S., DEN FOUNDATION, *Europeana DSI 2– Access to Digital Resources of European Heritage,* D4.4. *Report on ENUMERATE Core Survey 4*, 31 agosto 2017.
NEVEJANS N., *European Civil Law Rules in Robotics*, Study for the JURI Committee commissioned, supervised and published by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 571.379, 2016.

OECD, *Regulatory Reform in Italy, Government Capacity to Assure High Quality Regulation*, 2001.
OECD, *Intellectual property as an economic asset. Key issues in valuation and exploitation*, 2005.
OECD, *Alternatives to Traditional Regulation*, 2006.
OECD, *Regulatory Policy Committee, Indicators of Regulatory Management Systems*, 2009.
OECD, *Better Regulation in Europe: Italy 2012*, revised edition, 2013.
OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing, Parigi, 2013.
OECD, *Supporting investment in knowledge capital, growth and innovation*, 2013.
OECD, *Data-Driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being*, 2015.

PALETHORPE S., VERHULST S.G., *Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*, University of Oxford, 2000.
PANTALONY R.E., *Managing Intellectual Property for Museums*, WIPO, 2013.
PARLAMENTO UE, CONSIGLIO UE, COMMISSIONE UE, *Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking*, 2003.
PARLAMENTO UE, *Risoluzione sul Quarto Forum mondiale dell'Acqua* (P6_TA(2006)0087), Città del Messico, 14 marzo 2006.
PARLAMENTO UE, *Europeana, le prossime tappe*, 2009/2158(INI), 15 marzo 2011.
PARLAMENTO UE, *Relazione sull'attuazione della Direttiva 2001/29/CE*, 2014/2256(INI), 24 giugno 2015.
PARLAMENTO UE, *Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, 16 febbraio 2017, 2015/2103(INL).
PARLAMENTO UE, *Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the re-use of public sector information (recast)* A8-0438/2018, 2018.
PARLAMENTO UE, *Draft Opinion of the Committee on Legal Affairs for the Committee on Industry, Research and Energy on a European strategy for data*, 2020/2217(INI), 29 ottobre 2020.

RAMIREZ E. ET AL., *Big Data A tool for Inclusion or Exclusion?, Understanding the issues*, FTC Report, 2016.
RAND EUROPE, *Review of the European Data Protection Directive*, 2009.
RICKETSON S., *Wipo Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights*, 5 aprile 2003, SCCR/9/7.

SALZBURG RESEARCH FORSCHUNGSGESELLSCHAFT MBH, *Rapporto DigiCULT. Scenari tecnologici per l'economia della cultura di domani. Dischiudere il valore del patrimonio culturale*, Bruxelles, 2002.
SCHWEITZER H., CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., *Competition Policy for the Digital Era*, 2019.
SENDEN L.A.J., KICA E., HIEMSTRA M., KLINGER K., *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU C*ontext. Explorative Study for the European Commission, DG Connect, Utrecht University, RENFORCE, 2015.
SUTHERSANEN U., *A2K and the WIPO Development Agenda: Time to List the "Public Domain"*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Policy Brief Number 1, dicembre 2008.

THUM-THYSEN A., VOIGT P., BILBAO-OSORIO B., MAIER C., OGNYANOVA D., *Unlocking*

Investment in Intangible Assets, Discussion paper 047, Publications Office of the European Union, Luxembourg, maggio 2017.
TNS OPINION & SOCIAL, *Data Protection Report. Special Eurobarometer 431*, giugno 2015.
TORSEN M., ANDERSON J., *Intellectual Property and the Safeguarding of Traditional Cultures. Legal Issues and Practical Options for Museums, Libraries and Archives*, WIPO, 2010.
TRIAILLE J.-P., *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (the "Infosoc Directive")*, 2013.

UHLIR P.F., *Policy Guidelines for the Development and Promotion of Governmental Public Domain Information*, UNESCO, Parigi, 2004.
U.N. CESCR, *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant)*, 12 gennaio 2006, E/C.12/GC/17.
U.N. ECOSOC, *Report of the Secretary-General on the Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights*, 14 giugno 2001 (52° sessione), U.N. Doc. E/CN.4/ Sub.2/2001/12.
U.N. ESCOR, Report of the Secretary-General, *Intellectual Property Rights and Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/12/Add.1 (52° sessione).
U.N. ESCOR, *Report of the High Commissioner. The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/ Sub.2/2001/13 (52° sessione).
U.N. ESCOR, *The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of which He or She is the Author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), General Comment No. 17 (2005)* (35° sessione), U.N. Doc. E/C.12/GC/17, 2006.
U.N. OHCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Intellectual Property Rights and Human Rights*, 17 agosto 2000 (25° sessione), Res. 2000/7.
U.N. OHCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Intellectual Property and Human Rights*, 16 Agosto 2001 (26° sessione), Res. 2001/21.
UNESCO, *Recommendation on Promotion and Use of Multilinguism and Universal Access to Cyberspace*, 15 ottobre 2003.
UNESCO, *Towards Knowledge Societies*, 2005.
UNESCO, WIPO, *Model provisions for national laws on the protection of expressions of folklore against illicit exploitattion and other prejudicial actions*, 1985.
US COPYRIGHT OFFICE, *Report on Orphan Works*, gennaio 2006.
US COPYRIGHT OFFICE, *Orphan Works and Mass Digitization*, giugno 2015.

VETULANI A., *The Problem of Orphan Works in the EU. An overview of legislative solutions and main actions in this field*, European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information, febbraio 2008.

WEF, *Personal Data: The Emergence of a New Assett Class*, 2011.
WEF, *Big Data, Big Impact: new possibilities for international development*, 2012.
WESTKAMP G., *Study on the implementation and effect in Member States'Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Part II: Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Commissione UE, Bruxelles, 2007.
WHO, *Public Health: Innovation and Intellectual Property Rights*, 2006.

WIPO, *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty*, 20 dicembre 1996, CRNR/DC/96.
WIPO, *Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders*, WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Ginevra, 2001.
WIPO, *Expressions of Folklore*, 16 maggio 2002, WIPO/GRTKF/IC/3/11.
WIPO, *Final Report on National Experiences with Legal Protection of Expressions of Folklore*, 25 marzo 2002, WIPO/GRTKF/IC/3/10.
WIPO, *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions*, 2 maggio 2003, WIPO/ GRTKF/IC/5/3.
WIPO, *Trademarks and their relation with literary and artistic works*, 1 settembre 2006, SCT/16/5, 2006.
WIPO, *Dissemination of Patent Information*, 18 febbraio 2009, SCP/13/5.
WIPO, *Intellectual Property and the Public Domain*, 18 settembre 2009, CDIP/4/3.
WIPO, *Note on the Meanings of the Term "Public Domain" in the Intellectual Property System With Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*, 24 Novembre 2010, WIPO/GRTKF/IC/17/I4F/8.
WIPO, *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*, 4 marzo 2011, CDIP/7/INF/2.
WIPO, *Study on Patents and the Public Domain*, 28 febbraio 2012, CDIP/8/INF/3 REV. 2.
WIPO, *Study on misappropriation of signs*, 14 marzo 2012, CDIP/9INF/5.
WIPO, *Study on Patents and the Public Domain (II)*, 16 settembre 2013, CDIP/12/INF/2/REV.
WIPO, *Technology Trends 2019. Artificial Intelligence*, 2019.
WIPO, *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI). Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence*, 21 maggio 2020, WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 Rev.
WTO Doha Ministerial Conference, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, 14 novembre 2001 (4ª sessione), WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 20.

ZUKUNFTSRAT DER BAYERISCHEN WIRTSCHAFT, *Zukunft digital – Big Data: Analyse und Handlungsempfehlungen*, 2016.

XALABARDER R., *Wipo Study on copyright limitations and exceptions for educational activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia, and Israel*, 5 novembre 2009, SCCR/19/8.

Ringraziamenti

Scrivere un libro è sempre stato il mio sogno nel cassetto. Ben presto però ho capito che il sogno non era più che tanto scriverlo, quanto piuttosto pubblicarlo.

Quando la tesi di laurea fu insignita della dignità di stampa, mi ero convinto di essere vicino alla realizzazione del mio sogno. Chiesi come funzionasse la "dignità di stampa" e scoprii che era un pro-forma e che la tesi sarebbe sì stata pubblicata, ma nella banca dati d'ateneo.

Ci riprovai con il dottorato, dopo aver scoperto che in quasi tutti i paesi d'Europa, il completamento del percorso dottorale coincide con la pubblicazione di una monografia. Mi fu detto che la fine del dottorato era in realtà un nuovo inizio.

Iniziavo – questo sì – a perdere le speranze di pubblicare le mie tesi. Il mio percorso accademico volgeva al termine, senza che si prospettassero all'orizzonte grosse opportunità di continuarlo.

Chi mi conosce sa che la trestardaggine è tra le mie "migliori" qualità. Passavo le pause pranzo a consultare la pagina del MIUR alla ricerca di qualche nuova occasione. Partecipai, senza grosse ambizioni, ad un bando dell'Università di Torino, per una borsa di studio di pochi mesi sul trasferimento trasfrontaliero dei dati. Io, di formazione prevalentemente industrialistica, coltivata alle straordinarie scuole di Marco Ricolfi prima e di Gustavo Ghidini poi, con due tesi alle spalle in materia di tutela del marchio d'impresa, improvvisamente alle prese con la *governance* dei dati. Quando ricevetti la telefonata di Alberto Oddenino per annunciarmi che avevo vinto il posto, ancora non sapevo che sarebbe stato l'Inizio (quello vero). Di lì è nata una proficua collaborazione con la cattedra di diritto internazionale e di filosofia del diritto ed informatica giuridica, che condividevano il progetto di ricerca. Una collaborazione che mi ha portato, tra le altre cose – e non lo dimenticherò mai – a parlare alla Stanford University di Palo Alto.

Tutto questo rende appena l'idea di quanto sia realmente grato oggi a Ugo Pagallo per aver reso possibile che il mio primo libro veda realmente la luce, immeritatamente ospitato in una collana che annovera tra i suoi contributi anche opere del calibro di *Infosfera* di Luciano Floridi.

Non vi propongo né la mia tesi di laurea, né quella di dottorato, ho abbandonato i miei amati marchi e soprattutto ho capito che il tempo per scrivere e per studiare non è mai troppo. Ma – come ho detto – scrivere non è mai stato il problema e anche questa volta è stato tempo ben speso, tanto più nelle lunghe giornate di lockdown e quarantena.

Grazie, dunque, a Ugo Pagallo per aver creduto in me e nella qualità del mio lavoro. Grazie per avermi letto, non aver lesinato, insieme a Massimo Durante, la di-

sponibilità, il confronto e i tanti suggerimenti riservatimi nella stesura di questo lavoro. Un ringraziamento sentito va a Massimo Tavella per avermi permesso da ormai qualche anno a questa parte di guardare a molte delle tematiche trattate in questo libro da un punto di vista unico e privilegiato e a tutti i colleghi di studio (Barbara su tutti) per avermi supportato e permesso di conciliare in questi anni attività lavorativa e scrittura.

Grazie a chi, in questo percorso, mi ha insegnato qualcosa, a partire dalla passione per ciò che faccio tutti i giorni.

Grazie infine ai miei genitori, perchè tutto parte di lì, alla mia Chiara, per l'infinita (e silenziosa) pazienza e i week end passati a osservarmi seduto alla scrivania. Questo lavoro lo dedico a voi, mentre a Carlotta dedicherò, d'ora in poi, qualche week-end finalmente libero e lontano dalla scrivania.