

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

2
—
2011



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Carlo Angelici - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Giuseppe Chirichiello - Andrea Di Porto - Laura Moscati - Bruno Romano - Giuseppe Santoro Passarelli - Federico Sorrentino - Giorgio Spangher - Romano Vaccarella

Comitato scientifico: Jean - Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Giovanni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Peter Häberle (Bayreuth) - Erik Jayme (Heidelberg) - Natalino Irti (Roma) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gilberto Lozzi (Roma) - Alessandro Pace (Roma) - Mattia Persiani (Roma) - Fabrizio Ramacci (Roma) - Jerome H. Reichman (Durham) - Pietro Rescigno (Roma) - Stefano Rodotà (Roma) - Alberto Romano (Roma) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redattore capo: Cesare Pinelli

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

3 ALESSANDRO PACE

La prolusione su «La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano» di Carlo Esposito

15 CARLO ESPOSITO

La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano

SAGGI

43 NICOLA PICARDI

La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti

NUOVI BENI, NUOVI DIRITTI

Atti del Seminario della Facoltà di Giurisprudenza
Sapienza - Università di Roma, 22 giugno 2011

81 GUIDO ALPA

Introduzione

85 GUIDO ALPA

Il diritto di godimento a tempo parziale su beni immobili denominato diritto di multiproprietà

99 GIOVANNI B. FERRI

L'Avant-projet dell'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens e l'attualità del "modello" codice civile

111 PAOLA FRATI

I diritti sulle cellule staminali del cordone ombelicale: note critiche sulla disciplina restrittiva in materia di conservazione autologa

137 MARIO LIBERTINI

Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale

- 187 NICOLÒ LIPARI
Il contratto come bene (Spunti di riflessione)
- 195 FABIO MERUSI
Certificati verdi e bianchi e il mercato dell'ambiente
- 199 LAURA MOSCATI
Tradizione storica e nuove frontiere della proprietà intellettuale
A proposito dell'Avant projet de droit des biens
e dello European Copyright Code
- 229 UGO PETRONIO
I beni e le proprietà
- 251 PAOLO SPADA
Prodotti finanziari, strumenti finanziari e valori mobiliari
tra "nuove" classi di beni e "nuovi" beni
Abstract anticipato di un saggio da scrivere

PROLUSIONI

La prolusione su «La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano» di Carlo Esposito

Alessandro Pace

Presentazione

1. La prolusione di Carlo Esposito al corso di diritto costituzionale dell'anno accademico 1956-57 nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma ha una sua qualità particolare nella pur ricca ed estremamente varia produzione scientifica del suo autore. Per chi conosca il percorso intellettuale e accademico di Carlo Esposito ed abbia avuto la fortuna di conoscerlo personalmente, essa è infatti qualcosa di più di un contributo scientifico per quanto importante: *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* è infatti lo stesso Carlo Esposito.

Intendo dire, meno retoricamente, che leggendo la sua prolusione romana è Carlo Esposito che viene alla mente nella sua personalità di uomo e di giurista, per come quotidianamente si manifestava con chi gli era vicino: con la sua fede nel «valore della persona umana», nel quale – egli scrive in questo saggio – consistono «le ragioni ideali del riconoscimento» della libertà di manifestazione del pensiero¹; con i suoi ricordi personali e più intimi, perché – quando si legge che questo diritto è «garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi»² – non può non venire alla mente la fotografia di Giuseppe Capograssi, “l'amico carissimo”³, che Esposito teneva, nel suo studio di casa, appoggiata ai libri, priva di cornice, come se ce l'avesse messa in quel momento.

Del pari, solo chi sa quanto Esposito tenesse alla sua indipendenza di pensiero – che gli faceva dire che solo la carriera universitaria fosse in grado di garantirla allo studioso – può comprendere e apprezzare la sua preoccupazione per la «rispondenza» delle manifestazioni del pensiero alle «interiori persuasioni»: perché è proprio la

¹ *Infra*, 22.

² *Infra*, 15.

³ Lo ricorda Esposito nelle parole introduttive della prolusione, riportate in nota all'inizio della stessa.

manifestazione delle «interiori persuasioni» ciò che ne giustifica il riconoscimento costituzionale, e quindi ne risulta garantita anche l'indipendenza di pensiero.

Quell'indipendenza di pensiero di cui Esposito aveva dato prova puranche nel ventennio fascista (tra l'altro, nel saggio del 1927 su *“Il valore dello Stato in Aristotele”*, nel quale aveva affermato «che lo Stato è una necessità e lo giustifica, ma non gli attribuisce mai un valore assoluto ed indipendente da quello che esso può prestare per il singolo e per la sua moralità e felicità», e nella prolusione patavina del 1940 su *“Lo Stato fascista”*, nella quale aveva sottolineato la perdurante subordinazione al Re del Duce del fascismo, il che aveva indotto il segretario federale patavino del Fascio ad allontanarsi dall'Aula Magna prima che la prolusione fosse terminata, ma che già prefigurava, come ebbe ad osservare Costantino Mortati, l'esito del 25 luglio 1943).

2. Idealmente *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* può essere distinta in tre parti. Una prima parte (§§ 1-3) nella quale si discute il rapporto tra ordinamento giuridico e manifestazione del pensiero. Una seconda parte (§§ 5-7) relativa a problemi ormai storicamente superati ma che allora erano attuali (la programmaticità dell'art. 21, la riserva di legge come garanzia della libertà di manifestazione e l'esclusione delle misure preventive come garanzia della libertà di manifestazione del pensiero). Una terza parte – che si collega al § 4 – nella quale Esposito sottopone l'art. 21 Cost. ad una attenta esegesi, affrontando, in primo luogo, il tema cruciale della potestà della legge sui mezzi di diffusione del pensiero (§ 8), per poi esaminare sia i limiti soggettivi (§ 9) che oggettivi della libertà di manifestazione del pensiero (§ 10) con una sorprendente enunciazione di problemi che solo successivamente si sarebbero posti in concreto e – aggiungo – con soluzioni che meriterebbero ancora oggi di essere tenute presenti.

Il saggio si conclude (§ 11) mettendo a fuoco i rapporti della libertà di manifestazione con la tutela dell'ordine pubblico e con l'obbligo di fedeltà allo Stato imposto a tutti i cittadini: temi classici del pensiero liberale che danno modo ad Esposito – dopo aver ribadito la qualificazione “individualistica” (e non “funzionale”) della libertà di manifestazione del pensiero – di affermare solennemente che

«(p)roclamando la libertà di manifestazione del pensiero, il costituente, conforme alla tradizione, conforme alle idee care ai grandi teorici di questa libertà, ha espresso la propria fede nel diritto proclamato, ha ritenuto che fuori dei casi direttamente vietati, l'esercizio di questo diritto non costituisca un pericolo generale per la saldezza degli istituti, per la conservazione della pace sociale e per la vita della Repubblica, perché le affermazioni pericolose sarebbero state contraddette da altre che ne avrebbero poste in luce la pericolosità eliminandola, e la propaganda delle idee sovversive sarebbe stata vinta da quella delle idee costruttive e la verità avrebbe illuminato se stessa e l'errore»⁴.

3. A causa di una dolorosa scelta editoriale dovuta ad esigenze di spazio, *La libertà di manifestazione del pensiero*, diversamente da quanto accadde nella sua prima apparizione in questa stessa *Rivista*, vol. IX, 1957-1958, viene oggi ripubblicata senza le note a piè di pagina. Il che costituisce una grave perdita per chi conosce quanta importanza Esposito desse al contenuto delle note, che gli consentivano di procedere speditamente nel testo, evitando così gli appesantimenti derivanti dagli approfondimenti, ancorché importanti.

Il lettore del 2011, diversamente dal lettore del 1958, non potrà pertanto apprezzare tali approfondimenti – fatti appunto a piè di pagina – a proposito delle manifestazioni anonime di pensiero; del diritto di perpetuarsi oltre la vita con le proprie manifestazioni di pensiero; delle critiche alla libertà di stampa come istituto democratico; dell'unitarietà dei sei commi dell'art. 21; della critica alla giurisprudenza costituzionale sui limiti impliciti della libertà di manifestazione del pensiero; dell'art. 23 Cost. come fondamento del principio di legalità; dell'immodificabilità dei diritti riconosciuti nell'art. 2 Cost.; della critica delle risalenti concezioni della libertà di espressione «salvo a rispondere dell'abuso del diritto»; della differenza concettuale del vocabolo anglosassone *press*; della portata psicologica della indicazione dei responsabili dello stampato; della differenza della nozione di diffusione rispetto a quella di manifestazione del pensiero; dell'inclusione, nel concetto di manifestazione del pensiero, di quelle a destinatario individuato o incerto, singolo o plurale, concreto o generale; della censura preventiva sul cinema rispetto a quella eserci-

⁴ *Infra*, 38.

tata con riferimento ad altri mezzi; dell'accostamento delle manifestazioni via radio alle manifestazioni di pensiero nelle riunioni in luogo pubblico; della legittimità di taluni sussidi ai mezzi di manifestazione del pensiero; dell'essenza del diritto garantito, identificabile nella libertà di espressione e non nella possibilità di uso dei mezzi⁵; dell'applicabilità della disciplina *anti-trust* ai mezzi di diffusione del pensiero; della possibilità logica dei monopoli dei mezzi di diffusione del pensiero; delle manifestazioni funzionali ed extrafunzionali del Presidente della Repubblica e della sua piena responsabilità relativamente a queste seconde; delle manifestazioni del pensiero come elemento determinante l'attitudine tecnica all'esplicazione di determinate mansioni; dei limiti alla libera manifestazione del pensiero conseguenti alla carica o all'impiego, pubblico o privato, eventualmente ricoperto; della spettanza agli stranieri di tale libertà e della possibilità di differenziare gli stranieri dai cittadini con riferimento alla proprietà o all'utilizzazione di taluni mezzi di diffusione; dei dubbi sulla legittimità costituzionale dell'uso di una lingua diversa da quella italiana; della libertà negativa di manifestazione del pensiero e dei limiti che questa incontra; della possibilità di accertamento della divergenza della manifestazione del pensiero dalla interiore persuasione; della proprietà della notizia; del fondamento della proprietà letteraria; del fondamento dei limiti del segreto; dell'inesistenza di un fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza; dell'indistinguibilità dell'affermazione di un fatto dall'espressione di un'opinione; della deducibilità dalla tutela dei buoni costumi della censura in materia di stampa; della differenza del buon costume dalla pubblica moralità; dell'inesistenza, nelle leggi civili, di divieti di comportamenti contrari ai buoni costumi e, invece, degli effetti derivanti da tale contrarietà nelle leggi civili; della tesi che le opere artistiche e scientifiche non possano caratterizzarsi finalisticamente come manifestazioni in perversione dei costumi; della particolare disciplina delle manifestazioni rivolte ai minori; del divieto, discendente dal-

⁵ Si tratta della importante nota 58 nella quale Esposito, sviluppando temi accennati in N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1955, 178 s., afferma – a proposito della legittimità dei monopoli dei mezzi di diffusione del pensiero – come talora si dimentichi «che l'essenza di questa libertà non è che il singolo abbia possibilità di uso dei mezzi di diffusione del pensiero, ma che egli possa liberamente manifestare ciò che pensa, con i mezzi a propria disposizione».

l'art. 3 Cost., di esprimere giudizi di indegnità sugli altri uomini; delle perplessità che sollevano i reati di vilipendio; del fondamento costituzionale del reato di minaccia; della garanzia costituzionale della propaganda; del fondamento costituzionale del reato di istigazione a delinquere; della particolare pericolosità delle manifestazioni nelle riunioni in luogo pubblico; della differenza della istigazione rispetto all'apologia e alla propaganda; infine, dell'autonomo obbligo di fedeltà alla Repubblica.

Le note a piè di pagina qui ricordate sono solo una parte, anche se la più importante (salvo miei errori od omissioni), delle 124 che corredano il saggio. L'indicazione, sia pure estremamente sommaria, del loro contenuto consente tuttavia al lettore che non abbia mai letto l'opera qui presentata, di farsi un'idea della vastità e della ricchezza dei temi affrontati, anche se non, ovviamente, dell'acume dell'a. e della profondità del suo pensiero.

4. *L'incipit* del saggio è memorabile. Per porre nella giusta luce la tesi di fondo della natura individualistica della libertà di manifestazione del pensiero nel nostro ordinamento costituzionale (che verrà enunciata nel § 4), Esposito ricorda, in rapida successione, la risalente distinzione delle leggi in formali e materiali; la ricomprensione delle dichiarazioni di principio tra le leggi meramente formali; le ragioni contingenti (politiche e di principio) che hanno determinato il riconoscimento del valore giuridico obbligatorio delle dichiarazioni di principio e le ragioni di fondo di tale mutamento.

Quest'ultime sarebbero legate alla "tradizionale opinione" secondo la quale l'ordinamento giuridico non si dissolve in una somma di puntuali volizioni, ma consiste in un complesso sistema nel quale principi e regole sono fortemente interrelati. «Accolta questa tesi» – rileva infatti l'a. – «ove siano formulate regole, l'accoglimento del principio è implicito; ove sia formulato il principio, la imposizione delle regole è implicita e da dedurre se non logicamente teleologicamente e finalisticamente da quello». E ancora: una volta che siano «imposte regole ed accolte come fondate e valide (cioè giuridicamente vere) le ragioni delle regole», non solo sarebbero «condannati o approvati determinati atti, ma insieme ripudiate le concezioni che porterebbero a conseguenze contrastanti con quelle imposte». In altre parole, sarebbe nella «"logica del diritto", di ogni diritto», che

esso sia «sempre, oltre che complesso di imperativi o di norme non trasgredibili (...), sistema di principi incontrovertibili, base di quei concreti giudizi di assoluzione e di condanna che seminano gioie e dolori tra gli uomini».

Questa tesi «apparentemente ineccepibile» viene però subito messa in dubbio da Esposito con la «constatazione concreta, per così dire empirica: che norme e principi giuridici non solo mutano in fatto, ma che in genere sono ritenuti mutevoli dallo stesso legislatore che li impone o, per essere precisi, dallo stesso ordinamento che entrano a costituire». Non interessava, però, al momento, a Esposito, se «questa mutevolezza sia connaturata al diritto come modo di organizzazione o componente organizzativa delle viventi comunità umane» – dato che il diritto è opera dell'uomo⁶, e quindi «i soggetti individui e compositi, fisici o meno», vanno continuamente facendo e disfando il diritto, mutandolo nelle sue componenti⁷ – oppure se essa consegua da «norme che prevedono e disciplinano i modi di produzione del diritto».

In entrambi i casi «la imposizione di una regola giuridica come obbligatoria non significa asserzione della verità assoluta del principio sottostante, bensì l'affermarsi di un principio pratico contingentemente persuasivo, ma non assolutamente vero, subiettivamente fondato, ma non apoditticamente certo. E resta inoltre acquisito che la preordinazione in un sistema giuridico di regole sulla produzione del diritto oltre che disciplinare formalmente tale creazione di norme nuove, significa pure che le regole dovranno permanere fin quando risultino fondati i principi che in esse si esprimono e dovranno essere variate da più adeguata conoscenza delle ragioni teoriche e pratiche favorevoli a diversa regolamentazione».

⁶ Lo scriverà lo stesso C. ESPOSITO, quattro anni dopo, ne *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1961, 622 testo e nota 64, quando sottolineerà che gli «atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa» in conseguenza de «l'attitudine degli uomini a creare, come le opere di arte e di scienza che trascendono l'atto o l'attimo di loro creazione, così anche norme di diritto che vigono oltre l'atto di loro imposizione». La tesi che il diritto abbia fondamento nella vita spirituale e sia creazione dell'individuo – oltre che dello Stato e di ogni società – che sottopone a valutazione «l'attività degli altri uomini e, a volte, gli stessi accadimenti del mondo esterno», era stata già assai prima sostenuta da C. ESPOSITO, *Lineamenti di una teoria del diritto*, Cedam, Padova, 1932, 168 ss., spec. 192 ss., ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, Jovene, Napoli, 1999, 216 ss., spec. 240 ss.

⁷ Così ancora C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, cit., 605.

Con il che Esposito, conformemente al suo metodo, pur muovendo da una premessa giuspositivistica (da lui qualificata, nella specie, «apparentemente ineccepibile»), la valuta realisticamente e la rimodella alla luce della storia rendendola conseguentemente accettabile pur senza abbandonare il rigore delle categorie giuridiche.

5. Pur nell'immeritata disattenzione per l'opera qui ripubblicata – dovuta anche al tempo trascorso – di essa è però rimasto, in dottrina, il ricordo, ma non sempre corretto, delle due tesi centrali de *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*: la distinzione tra diritti "individualistici" e diritti "funzionali" nel nostro ordinamento costituzionale e il rapporto esistente tra libertà e democrazia nel nostro ordinamento.

La distinzione tra diritti "individualistici" e diritti "funzionali" è appunto effettuata con riferimento alla proclamazione dell'art. 2 Cost. e si fonda sul rilievo che, mentre alcuni diritti ivi proclamati «sono attribuiti all'«uomo» come tale e a vantaggio dell'uomo» (sono cioè attribuiti al singolo «per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali»), gli altri gli sarebbero invece attribuiti «nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto»⁸.

La disamina, da parte dell'interprete, dell'interna struttura di ogni singolo diritto dovrebbe pertanto tendere, per Esposito, a verificare se l'esercizio di quel dato diritto sia «libero» – e in tal caso avrebbe natura individualistica – oppure sia «finalizzato» al perseguimento di interessi (pubblici o privati) diversi da quelli del titolare.

Mentre in questo secondo caso i limiti del diritto "funzionale" sono impliciti nella stessa proclamazione e il legislatore può, nella sua discrezionalità, positivizzarli, invece, nel caso dei diritti individualistici, «ogni limitazione, anche nello svolgimento della vita statale, lungi dal potersi dedurre dalla natura del diritto riconosciuto, dovrà trovare fondamento in particolari disposizioni che ne giustifichino l'affermazione».

⁸ *Infra*, 21.

Tale essendo la finalità pratica perseguita dalla distinzione (da tempo acquisita nella giurisprudenza costituzionale) non ha allora senso obiettarle che essa presupporrebbe una «concezione bidimensionale dello spazio giuridico» (l'individuo da un lato e il pubblico-sociale dall'altro) – concezione bidimensionale propria della sistematica dei diritti pubblici soggettivi della seconda metà del XIX secolo –, laddove «la nostra Costituzione, al pari di ogni costituzione democratica, ha adottato una visione meno *naïve* e più realistica, quella tridimensionale, dove l'individuale, il sociale e il pubblico, rappresentano tre distinte componenti, anche se spesso interagenti o intrecciate fra di loro»: visione che sarebbe alla base della c.d. *Drittwirkung*⁹.

L'osservazione, per quanto acuta, non coglie nel segno. L'importanza della verifica se un dato diritto abbia natura individualistica o funzionale sussiste, infatti, anche in una «visione tridimensionale». E ciò perché l'interesse «alieno» – che condiziona tanto la consistenza quanto l'esercizio della situazione giuridica soggettiva – può essere anche privato, come nel caso dei diritti sociali¹⁰.

Va, però, aggiunto che il pensiero di Esposito relativo a tale distinzione non è stato nemmeno colto né da chi ha sostenuto che, essendo il diritto di libera manifestazione del pensiero «socialmente utile», «la sua funzionalità non contraddice un'assoluta libertà di contenuto»¹¹, né da chi ha sostenuto che «il riconoscimento della libertà di pensiero (e di manifestazione del pensiero) non assolve soltanto una funzione di garanzia nei confronti del singolo che nel caso concreto se ne avvale, ma esercita anche una funzione sociale nella misura in cui favorisce il progresso»¹².

Mentre con riferimento al primo rilievo è lo stesso Esposito a sottolineare che il diritto di libera manifestazione resta garantito sia che esso apporti bene, sia che apporti male¹³, il che esclude che le

⁹ Così A. BALDASSARRE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Ist. Enc. it., Roma, 1989, 11.

¹⁰ V. sul punto quanto invece sottolineato al § successivo con riferimento al rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento statale.

¹¹ Così A. CERRI, *Tutela dell'onore, e diritto di critica, riservatezza e diritto di cronaca in alcune sentenze della Corte*, in *Giur. cost.*, 1974, 1352.

¹² A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero: Opportunità e rischi*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Bari, 2004, 65 ss.

¹³ *Infra*, 22.

manifestazioni del pensiero, ancorché costituzionalmente garantite, siano sempre socialmente utili, l'equivoco in cui cade la seconda affermazione risiede in ciò, che la qualificazione in senso funzionale (sociale) di tale diritto deriva da una mera eventualità, e cioè che l'esercizio della libertà di manifestazione sia svolta per fini sociali, anziché egoistici: ipotesi entrambe legittimamente rientranti nelle "facoltà" costituzionalmente garantite dall'art. 21.

6. Il rapporto tra libertà e democrazia nel nostro ordinamento costituzionale si lega, nel pensiero di Esposito, alla già accennata distinzione "diritti di natura individualistica – diritti funzionali" e presuppone la critica da lui svolta – a livello teorico – alle concezioni funzionali della libertà di manifestazione del pensiero nel rapporto dell'individuo con lo Stato.

Tale critica – che merita di essere qui ricordata, anche se sommariamente – risiede in ciò, che tali concezioni (che, oltre a tutto, confondono l'ovvia rilevanza interindividuale – e quindi obiettivamente "sociale" – dei diritti di comunicazione e manifestazione del pensiero con la natura giuridica della situazione giuridica soggettiva)¹⁴ sarebbero intimamente contraddittorie. Infatti, mentre è giustificata e condivisibile la tesi che la creazione del diritto – che per Esposito, come già ricordato, trae sempre «origine da atti e comportamenti degli uomini»¹⁵ – costituisca di per sé un «invito alle libere manifestazioni del pensiero», essa non è invece giustificata e condivisibile con riferimento all'attività di esecuzione del diritto, che è «un invito in senso opposto», in quanto, in sede di esecuzione, vengono «invocati limiti alle manifestazioni praticamente pericolose per la realizzazione dei principi o delle norme accolte»¹⁶.

Una volta qualificato come individualistico il diritto di libera manifestazione del pensiero non solo a livello teorico, ma perché, positivamente, l'enunciato costituzionale non presenta alcuna finalizzazione al perseguimento di interessi alieni, pubblici o privati¹⁷, ne se-

¹⁴ *Infra*, 18.

¹⁵ C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, cit., 599.

¹⁶ *Infra*, 18 s.

¹⁷ Ma sulle argomentazioni in base alle quali Esposito contrappone l'art. 21 agli artt. 41 e 49, come se questi prevedessero dei diritti funzionali, ho già manifestato talune mie perplessità nella *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova, 2003, 84 s.

gue, per Esposito, la conclusione che tale diritto «è garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche». In altre parole «si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero»¹⁸.

Conseguentemente, non vi è, da un punto di vista strettamente giuridico, alcun «nesso praticamente rilevante tra l'articolo stesso¹⁹ e la proclamazione della democraticità dello Stato italiano»²⁰. Il che però non significa che un ordinamento democratico non debba poter pretendere «che in via di principio sia riconosciuta innanzi tutto la possibilità di manifestare il proprio pensiero»²¹. Significa invece che «non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicché possa determinarne la funzione e i limiti²², ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè del valore della persona umana) porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico»²³.

Se questi sono i termini del rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e democrazia – con la conseguenza che «la generica dichiarazione che lo Stato è democratico, niente aggiunge e niente toglie alla solenne proclamazione della libertà» –, è però di difficile comprensione cosa si intenda dire dai critici della tesi quando si afferma che la libertà di manifestazione del pensiero sarebbe «funzionale in termini metodologici» (pur negandosi che ciò implicherebbe limiti sostanziali alla libertà in questione)²⁴.

¹⁸ *Infra*, 22.

¹⁹ ...e cioè l'art. 21 della Costituzione.

²⁰ *Infra*, 22.

²¹ *Infra*, 22.

²² Con la conseguenza, in tal caso, che le uniche manifestazioni del pensiero costituzionalmente garantite sarebbero le manifestazioni «del pensiero politico o politicamente rilevante».

²³ *Infra*, 23.

²⁴ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, 12, che cita in suo favore sia A. CERRI, *La tutela dell'onore*, cit., sia C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Utet, Torino, 1970, 465. Successivamente P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 229 dirà che la libertà di mani-

Se la «rispondenza funzionale della libertà di pensiero (...) in termini esclusivamente metodologici» viene riferita alle «finalità sostanziali di ordine economico-sociale» fissate in Costituzione²⁵, sorge infatti il dubbio che, nonostante le esplicite premesse garantistiche di questi discorsi, la libertà di espressione verrebbe comunque a risultare condizionata – in conseguenza di tale impostazione – dalle «finalità sostanziali di ordine economico-sociale», essendo queste interpretabili, a seconda delle situazioni politiche, in senso progressivo o conservatore, con una intrinseca ma non meno pericolosa limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

festazione del pensiero presenta un duplice profilo, uno individualistico, l'altro funzionale «in quanto tendente al buon funzionamento del regime democratico, che sulla partecipazione si fonda». A parte l'obiezione di fondo che la struttura di un diritto non può nel contempo essere sia individualistica che funzionale, è di tutta evidenza che la "funzionalizzazione" cui allude Barile è la stessa cui allude A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero*, cit., e cioè una mera eventualità, statisticamente assai rilevante, che però non incide sulla struttura della situazione giuridica soggettiva, la quale resta la stessa tanto se serva per dire una facezia o raccontare un fatto, quanto se serva per creare un'opera d'arte o di scienza quanto infine per svolgere attività politica o caritatevole.

²⁵ Così ancora C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 465, che ribadirà sempre tale tesi in tutte le successive edizioni dell'opera.

La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano^{* **}

Carlo Esposito

1. Idee dominanti nella dottrina del diritto pubblico fino a qualche anno fa, distinte le leggi in materiali e formali (le prime creative del diritto, le seconde con contenuto non corrispondente alla forma di atto legislativo creatore del diritto) enumeravano tra le leggi meramente formali le dichiarazioni di principio, le espressioni di concezioni etiche, politiche, scientifiche del legislatore, che, apoditticamente, si dicevano prive di forza o rilevanza giuridica. Oggi pochi giuristi italiani sottoscriverebbero quelle affermazioni. La distinzione tra leggi formali e materiali ha ancora molti seguaci, ma la etichetta di legge formale non si applica più alle dichiarazioni legislative o costituzionali di principio. A queste ultime si attribuisce oggi, sempre più, il medesimo valore che alla formulazione di norme. Ragioni contingenti di questo mutamento di opinione sono state la chiara intenzione del costituente di attribuire valore giuridico obbligatorio ed invalidante od almeno direttivo alle dichiarazioni di principio formu-

^{*} Scritto pubblicato in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1957-1958, 49-103, nonché in volume autonomo (Milano, Giuffrè, 1958, 55).

^{**} Questa prolusione al Corso di diritto costituzionale nell'Università di Roma letta il 2 febbraio 1957 è stata preceduta dalle parole che si riportano in questa nota:

«Ringrazio vivamente la Facoltà di giurisprudenza che, dopo la nomina di G. Ambrosini a giudice della Corte Costituzionale, ha accolto la mia domanda di trasferimento a questa cattedra illustrata dal fondatore della Scuola italiana del diritto pubblico e da Santi Romano. Santi Romano mi insegnò (e se non ho appreso la colpa è esclusivamente mia) che cosa sia visione unitaria dei temi del diritto costituzionale, che cosa linearità e chiarezza nell'impostazione e nelle soluzioni dei molteplici problemi giuridici. Né io saprei formulare all'inizio del mio insegnamento migliore augurio di questo: che io possa contribuire ad educare i giovani di questa Facoltà al metodo ed alla serietà negli studi di quel grande Maestro. Rivolgo un saluto affettuoso alle Facoltà che mi hanno finora accolto, ed esprimo la mia riconoscenza a quanti mi hanno confortato con la loro fiducia e il loro aiuto in momenti difficili della mia vita. In particolare a Vincenzo Arangio-Ruiz che mi ebbe allievo a Napoli e che ora trovo qui collega tanto di me maggiore, ad Adolfo Ravà dal quale ho appreso quanto la conoscenza di Kant, di Fichte ed in genere dei grandi classici del pensiero possa giovare all'approfondimento dei problemi giuridici, a Donato Donati che mi espresse il suo favore quando ciò poteva essere atto di coraggio, a Giuseppe Capograssi, l'amico carissimo, che mi pare impossibile ci abbia abbandonati» [N.d.A.].

late direttamente nel testo costituzionale o la cui formulazione era rimessa alle leggi, ed inoltre la ferma volontà ed il deciso comportamento di gruppi politici tesi ad ottenere rispetto ed attuazione concreta dei principi formulati nel testo costituzionale o, per lo meno, di alcuni tra di essi.

Ma, in verità, a parte le ragioni contingenti del superamento della tesi, spingeva in tal senso la tradizionale opinione che l'ordinamento giuridico non si dissolve in una somma di puntuali volizioni, ma consta di un complesso sistema di norme da interpretare organicamente come svolgimento di principi, e che delle disposizioni giuridiche può sempre ricercarsi e può sempre indicarsi la ragione, il senso ed il significato, sicché con ogni regola è anche inserito nell'ordinamento il principio giustificativo della regola. Accolta questa tesi, ove siano formulate regole, l'accoglimento del principio è implicito; ove sia formulato il principio, l'imposizione delle regole è implicita e da dedurre se non logicamente teleologicamente e finalisticamente da quello, ma nella sostanza le due ipotesi non diversificano. Tutte e due le volte sarebbero imposte regole ed accolte come fondate e valide (e cioè giuridicamente vere) le ragioni delle regole, condannati o approvati determinati atti, ma insieme ripudiate le concezioni che porterebbero a conseguenze contrastanti con quelle imposte. La condanna di queste concezioni, non che derivare da arbitrio o da eccesso di prudenza di qualche legislatore o essere fondata nelle caratteristiche specifiche di qualche ordinamento (per es. di quello canonico), sarebbe imposta dalla logica del diritto, di ogni diritto, che, sempre, oltre che complesso di imperativi o di norme non trasgredibili, sarebbe per natura sistema di principi incontrovertibili, base di quei concreti giudizi di assoluzione e di condanna che seminano gioie e dolori tra gli uomini.

2. Contro questa tesi apparentemente ineccepibile sta però una constatazione concreta, per così dire empirica: che norme e principi giuridici non solo mutano in fatto, ma in genere sono considerati mutevoli dallo stesso legislatore che li impone, o, ad essere precisi, entro lo stesso ordinamento che entrano a costituire.

Se questa mutevolezza sia connaturata al diritto come modo di organizzazione o componente organizzativa delle viventi comunità umane, oppure sia liberamente creata dalle disposizioni che preve-

dono o disciplinano i modi di produzione del diritto è questione che non interessa affrontare in questo momento. In tutte e due le ipotesi resta infatti acquisito che la imposizione di una regola giuridica come obbligatoria non significa asserzione della verità assoluta del principio sottostante, ma bensì l'affermarsi di un principio pratico contingentemente persuasivo, ma non assolutamente vero, subiettivamente fondato, ma non apoditticamente certo. E resta inoltre acquisito che la preordinazione in un sistema giuridico di regole sulla produzione del diritto oltre che disciplinare formalmente tale creazione di norme nuove, significa pure che le regole dovranno permanere fin quando risultino fondati i principi che in esse si esprimono e dovranno essere variate da più adeguata conoscenza delle ragioni teoriche e pratiche favorevoli a diversa regolamentazione.

Ma se in ogni ordinamento giuridico (che non sia somma di puntuali ed arbitrarie volizioni) va ricostruita ed intesa in tal senso la mutevolezza del diritto, le regole sulla produzione del diritto costituiscono anzitutto un invito a tutti ed a ciascuno ad offrire ogni elemento direttamente od indirettamente utile al miglioramento delle regole giuridiche e della loro applicazione, un appello generale perché sia espresso consenso, dubbio, incertezza, biasimo sui principi accolti, un invito insomma alle libere manifestazioni del pensiero di ogni genere o specie, perché nessun pensiero può dirsi a priori irrilevante giuridicamente. Corrispondentemente il riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero darebbe soddisfazione ad una necessità dell'ordinamento, più, o almeno, oltre che ad un bisogno dell'individuo.

Le molte concezioni diffuse nella dottrina corrente, che dichiarano superata la vecchia tesi del fondamento individualistico e liberale della libertà di manifestazione del pensiero come di un diritto inviolabile dell'individuo isolato di fronte allo Stato, oppure ritengono che quella tesi sia unilaterale ed incompleta, muovono da queste premesse, coscientemente od incoscientemente.

Molto probabilmente ha favorito il capovolgimento e spinto a concepire l'uso di questa libertà come esercizio di una funzione l'idea generale che la contrapposizione tra individuo e Stato sia astrazione e che il rapporto tra l'uno e l'altro sia quello della parte col tutto, della comunità con il partecipe e che perciò non solo l'adempimento dei doveri, ma anche l'esercizio delle libertà sia modo di

partecipazione del singolo alla vita dello Stato; in parte vi avrà anche contribuito la accentuazione del significato sociale di altri diritti in passato considerati individualistici e garantiti a vantaggio dell'individuo e non della collettività, e vi ha certamente contribuito la analisi della struttura intimamente sociale dei diritti di comunicazione, manifestazione o dichiarazione del pensiero che si svolgono necessariamente in una dualità, pluralità o collettività di persone e il cui significato pare perciò che non sia colto finché ci si soffermi ad indicare che cosa essi rappresentano per l'individuo isolato e quali soddisfazioni egli possa trarne nell'intimità del suo spirito, ma solo quando si stabilisca che cosa esse significhino per le persone collegate, e, perciò, ove si svolgano entro la comunità statale, che cosa significano per lo Stato.

Tuttavia la premessa prima e fondamentale per asserire che la ragione del riconoscimento giuridico della libertà di manifestazione del pensiero sia nel significato e nelle prestazioni che l'esercizio di questa libertà offre allo Stato è che vi sia in natura un legame specifico tra questa libertà e la struttura interiore degli ordinamenti giuridici.

3. Questi ordinamenti giuridici però, per comune consenso, sono cosa assai più complessa che mera affermazione ed imposizione di principi e di norme. Sono anche realizzazione o impulso alla realizzazione di essi: complesso insomma di norme e di principi attuanti, positivi, vigenti. Quando si riconosce, come oggi sempre più si riconosce, che l'ordinamento giuridico non consta solo di norme, ma è concreta e durevole organizzazione di una comunità, quando si afferma che la positività e la efficacia sono caratteri del diritto (se non della singola regola dell'ordinamento nel suo complesso), quando si afferma che lo Stato non esplica solo attività legislativa ma anche giurisdizionale ed esecutiva (e che le seconde, forse, sono più essenziali allo Stato che non la prima), in forma più o meno approfondita e conseguente, sotto profilo diverso, si riconosce questa complessità: l'essere e il voler essere degli ordinamenti giuridici, l'affermare e l'affermarsi, il discutere e il decidere, il porre cioè fine alle discussioni traducendone in atto i risultati.

Corrispondentemente, se è giustificata la tesi che la creazione del diritto di per sé costituisce invito alle libere manifestazioni del pensiero, altrettanto è esatto che la esecuzione è un invito in senso

opposto: ad evitare cioè ogni manifestazione del pensiero che possa rendere dubbi i principi da applicare o che sia pericolosa per la traduzione in atto, per la realizzazione dell'ordinamento e per la sua autorità.

Certamente anche la attuazione della legge può essere illuminata dalle manifestazioni del pensiero, dai dubbi e dalle manifestazioni del dubbio, perché l'interprete e l'esecutore del diritto non sono meri, inerti, meccanici strumenti mossi da un diritto preesistente e perché pure nella attività in applicazione del diritto (e non solo nella attività esecutiva discrezionale ed a causa della discrezionalità) vi sono elementi di creazione e di svolgimento dell'ordinamento. Tuttavia libertà di manifestazione del pensiero è qui invocata solo in quanto giovi alla migliore e più adeguata realizzazione dei principi accolti, mentre invece in tale sede, rispetto a tale momento dell'ordinamento, rispetto a quanti agiscono come esecutori o sudditi, sono invocati limiti alle manifestazioni praticamente pericolose per la realizzazione dei principi o delle norme accolte.

In sostanza ogni concezione funzionale della libertà di manifestazione del pensiero avanza o giustifica pretese intimamente contraddittorie: richiede e giustifica contemporaneamente assoluta libertà e limiti parimenti assoluti della invocata libertà, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo.

Sotto il profilo soggettivo tanto pretende o può pretendere che questa libertà sia concessa a tutti (poiché non vi è alcuno che con le sue manifestazioni del pensiero non possa utilmente contribuire alla formazione del diritto), quanto che essa sia limitata solo ad alcuni e cioè ai soli investiti del potere (e tra di essi ai soli investiti del potere legislativo e non di quelli esecutivo e giurisdizionale). Inoltre la concezione funzionale tanto può giustificare la intangibilità soggettiva della libertà, quanto che (come dice una recente costituzione di un Paese democratico) «la Corte costituzionale federale ne pronunci la perdita, e la misura di essa perdita, rispetto a quanti ne abbiano abusato per combattere i principi dell'ordinamento», oppure può pretendere che la libertà sia concessa solo a coloro che per natura, per nascita, classe, gruppo o partito cui appartengono diano garanzia di interiore fedeltà e legame all'ordinamento.

Pur quando la libertà di manifestazione del pensiero sia concessa a tutti, e cioè sia consentito ad ogni soggetto dell'ordinamento

di partecipare alla formazione delle disposizioni manifestando le proprie opinioni, in una concezione funzionale della libertà di manifestazione del pensiero la contemporanea sussistenza delle due qualifiche di sottoposto e di governante in ogni soggetto può giustificare ogni limite alla libertà, poiché garantita ad un governante che contemporaneamente è sottoposto, ed anzi governa proprio perché sottoposto. Infine, elevate le manifestazioni del pensiero a modo di partecipare alla formazione dei principi dell'ordinamento, elevati tutti i sudditi a membri di un grande Parlamento, che con le sue manifestazioni del pensiero dovrebbe determinare le decisioni e le direttive dell'ordinamento, dovrebbe dirsi giustificata tale penetrante regolamentazione del modo di esercizio della libertà da renderla adeguata al fine. Anche in questo grande Parlamento dei sudditi-governanti, cioè, le manifestazioni del pensiero dovrebbero avvenire non caoticamente, ma disciplinatamente, prima ma non dopo la deliberazione, sugli argomenti posti all'ordine del giorno e non arbitrariamente: e cioè nei modi di esplicazione di una funzione e non di un diritto.

Che tutte queste conseguenze non si traggano in genere dai sostenitori di questa tesi, in verità prova assai poco. Prova solo che questi scrittori non sono conseguenti o che non hanno voluto trarre dalle premesse queste conseguenze. Non dovrebbe invece destare sorpresa che una Costituzione abbia solennemente stabilito che: «in armonia con gli interessi dei lavoratori, ed allo scopo di rafforzare l'organizzazione socialista, la legge garantisce ai cittadini dell'URSS *a)* la libertà di parola, *b)* la libertà di stampa, *c)* la libertà di associazione, *a)* la libertà di cortei e di dimostrazioni in piazza....» e che perciò in tal Paese sia previsto che le manifestazioni del pensiero non solo nel campo del diritto o della economia, ma della storia, della scienza, e delle arti tutte non debbano svolgersi secondo un presunto obiettivismo, ma secondo linee generali più o meno rigidamente ed autoritariamente prefissate e che critiche, autocritiche e discussioni possono riguardare solo gli sviluppi delle dottrine ufficiali ma non il nucleo di esse, il modo di realizzazione dei principi ma non la loro sostanza, e che corrispondentemente sia disciplinato il modo di svolgimento di tali critiche, affermata la responsabilità personale per ogni manifestazione del pensiero deviazionistico, pur dopo che su di essa si sia esercitato un preventivo controllo politico-ideologico.

Tutto ciò dovrebbe solo considerarsi come logica o almeno ammissibile conseguenza di una concezione funzionale della libertà di manifestazione del pensiero, che vuole che essa sia garantita solo nei limiti della sua utilità storicamente determinata.

4. Chi legga senza preconcetti l'articolo 21 della Costituzione italiana: «Tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» affermerà per molte ragioni che questa dichiarazione non intende attribuire un diritto funzionale all'individuo, ma un diritto individuale. La collocazione dell'articolo nel titolo relativo ai rapporti civili, la attribuzione a «tutti» del diritto e non ai soli cittadini, la mancanza di ogni accenno ad una funzione sociale o politica di questo diritto in contrasto con la esplicita formulazione in altri casi («L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale...», «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurare la funzione sociale...», «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale»), infine i lavori preparatori offrono o dovrebbero offrire argomenti decisivi a favore di questa interpretazione individualistica della dichiarazione.

Che tali diritti individualistici esistano nel nostro ordinamento è solennemente affermato dalla nostra Costituzione nel suo secondo articolo quando proclama il fondamentale principio che «La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...». Con ciò non vuol dirsi naturalmente che vi siano diritti riconosciuti dalla comunità statale che non si svolgano nella comunità statale, diritti riconosciuti dall'ordinamento al singolo isolato e fuori dall'ordinamento, ma bensì che alcuni diritti sono attribuiti all'«uomo» come tale e a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali, mentre altri invece sono attribuiti al singolo nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto. Quando si afferma che la no-

stra Costituzione garantisce il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende dunque dire che esso è garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero.

Rispetto allo Stato, allo svolgimento della vita dello Stato, il diritto così riconosciuto a volte apporterà dunque bene, a volte male, a volte rafforzerà un regime, a volte ne corroderà le basi e ne preparerà la fine. Ma la comunicazione e la divulgazione di pensieri relativi allo Stato, o relativi a concreti ed attuali problemi politici per il fatto che dallo Stato esse sono garantite, non si troverà riconosciuta in misura diversa, maggiore o minore (per i vantaggi o per i danni che essa possa apportare alla comunità statale) di ogni altra manifestazione relativa ad altri oggetti; ed ogni limitazione, anche nei confronti dello svolgimento della vita statale, lungi dal potersi dedurre dalla natura del diritto riconosciuto, dovrà trovare fondamento in particolari disposizioni che ne giustifichino l'affermazione.

Una siffatta interpretazione dell'art. 21 della Costituzione esclude dunque ogni nesso praticamente rilevante tra l'articolo stesso e la proclamazione della democraticità dello Stato italiano e ritiene errati i diffusi tentativi di configurare questo diritto (allo stesso modo di quello di iscrizione ai partiti) come «essenzialmente» diretto a garantire ai singoli la possibilità di concorrere a determinare la politica nazionale.

Non si nega, sia detto ad evitare equivoci, che, sotto il profilo ideale, un regime nel quale si riconosce al cittadino la capacità di creare diritto e nel quale si vuole che chi governa consideri il suddito come potenziale governante e che non vi siano duci e seguaci, e che sia riconosciuta ad ogni cittadino capace di curare il proprio interesse la potestà di collaborare alla determinazione del comune destino, e che afferma la sovrana dignità di ogni cittadino... non si nega che tale ordinamento pretenda che in via di principio sia riconosciuta innanzi tutto la possibilità di manifestare il proprio pensiero. Si vuole solo affermare che non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il

riconoscimento di quella libertà, sicché possa determinarne la funzione ed i limiti, ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè del valore della persona umana) portano tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico.

Una diversa interpretazione sminuirebbe il significato della proclamazione dell'art. 21, si porrebbe in contrasto con le ragioni storiche della rivendicazione del diritto individuale di manifestazione del pensiero, immiserirebbe il senso della dichiarazione costituzionale (come che essa garantisca la sola manifestazione del pensiero politico o politicamente rilevante), senza alcun risultato pratico. Perché, in sostanza, sotto il profilo pratico, anche ammesso che nella nostra Costituzione esista un nesso inscindibile tra la proclamazione della democraticità dello Stato e quella della libertà di manifestazione del pensiero, il nesso non può essere che questo: che quella libertà nella sua pienezza, come specificamente proclamata e riconosciuta, e con i soli limiti che ad essa siano specificamente imposti da particolari disposizioni costituzionali, è ritenuta incontrovertibilmente utile allo svolgimento di una vita democratica, e che perciò la generica dichiarazione che lo Stato è democratico, niente aggiunge e niente toglie alla solenne e specifica proclamazione di libertà.

5. In contrasto con la solenne proclamazione costituzionale che sembra affermare, senza altro limite espresso che quello del rispetto del buon costume, la libertà di manifestazione del proprio pensiero e sembra garantire tanto la diffusione di affermazioni manifestamente errate e lesive dell'altrui onore o pericolose per il prestigio delle autorità e per la pace pubblica, quanto di opinioni fondate, utili, rigorose, comunemente accolte e comunque pacifiche, sta la realtà delle nostre leggi ordinarie che, conforme a lunga tradizione, consacrata in molti ordinamenti contemporanei, conosce molteplici limiti della libertà proclamata a tutela dell'altrui onore, del prestigio delle autorità, della pacifica convivenza, della conservazione dello Stato e del rispetto delle sue leggi.

Si spiega perciò come si sia tentato di conciliare la solenne dichiarazione costituzionale con il diritto positivo delle leggi ordinarie, sostenendo di volta in volta che alla dichiarazione dovesse attribuirsi il significato di un principio, di un ideale, di un programma, di una utopia affermata ma non imposta dal legislatore; oppure nella di-

chiarazione sia implicito un rinvio al legislatore a disciplinare negativamente e positivamente (a tutelare cioè contro le offese e a limitare contro gli abusi) il diritto proclamato; o infine che la proclamazione intenda tutelare la libera manifestazione del pensiero dalla possibilità di impedimenti giuridici, e cioè il fatto materiale della manifestazione e diffusione del pensiero. Ma la dichiarazione non intenderebbe escludere discriminazioni tra i pensieri manifestati ai fini della responsabilità per le manifestazioni e diffusioni avvenute.

Queste affermazioni, che riecheggiano vecchie tesi e vecchie soluzioni e tutta la tormentata storia della costruzione e della ricostruzione individualistica di questo diritto, debbono essere attentamente vagliate, non meno di quelle concezioni che nel legame tra libertà di manifestazione del pensiero e democrazia (e perciò in un falso «perché») credono di trovare la indicazione del «fin dove» si estenda la libertà di manifestazione del pensiero proclamata dalla nostra Costituzione.

Orbene: l'idea di un valore puramente programmatico della dichiarazione dell'art. 21, prevalente nella nostra giurisprudenza fino a che non ha iniziato la sua attività la Corte Costituzionale, si risolve in un circolo vizioso, o peggio ancora in una inversione logica, poiché non misura dalla sovraordinata dichiarazione costituzionale la validità delle leggi ordinarie, ma, viceversa, secondo una supposta validità delle leggi ordinarie statuisce il significato della Costituzione. Né è qui da ripetere quello che già altri ha ben dimostrato, e cioè che formula costituzionale e lavori preparatori sono contrari a siffatta interpretazione.

È peraltro da aggiungere in via generale che la norma programmatica, che si rivolge al legislatore o alla legislazione per la disciplina di determinata materia invece di regolarla immediatamente, è ammissibile o dove la attuazione del principio apra la via a più modi di regolamentazione legislativa o esecutiva, oppure dove la dichiarazione si proponga il raggiungimento di risultati materiali, la soddisfazione di esigenze di fatto e perciò svolgimento di attività legislativa o esecutiva, adeguantesi, secondo la mutevolezza delle circostanze, al raggiungimento del fine. Invece la dichiarazione, il riconoscimento di una libertà giuridica non richiede specifica attività legislativa per tradursi in atto, ma (come libertà di diritto) che le leggi si astengano dal disporre contro la riconosciuta libertà, e che gli

organi esecutivi e giurisdizionali condannino o impediscano ogni lesione di essa libertà. Non richiedono dunque le libertà giuridiche specifica regolamentazione, ma astensione dalla regolamentazione, e che non si svolga attività delle autorità o dei privati che conculchi o neghi la libertà. Perciò le libertà giuridiche o sono riconosciute ed allora le proposizioni che le proclamano non sono programmatiche ma norme e regole che consacrano una situazione giuridica di libertà garantita; oppure non sono riconosciute ed allora la proposizione che proclama una libertà non formula neanche un programma da realizzare, ma si risolve in una platonica affermazione del valore ideale e non giuridico di una libertà, in una dichiarazione priva di senso giuridico, anche se contenuta in un testo costituzionale.

Il vero è che chi ha sostenuto il valore programmatico della dichiarazione di libertà di manifestazione del pensiero non intendeva dire che essa fosse priva di senso giuridico, ma una cosa diversa ed astrattamente sensata: e cioè che il nostro testo costituzionale, pur riconoscendo la libertà di manifestazione del pensiero, consentiva però al legislatore di porvi limiti secondo necessità e perciò, a parte le parole, non dichiarava programmatica la libertà, ma bensì i limiti ad essa, ed intangibili, o comunque conformi a costituzione, i limiti preesistenti, perché preventiva esecuzione del programma.

6. La tesi che la dichiarazione dell'art. 21 abbia valore programmatico si converte dunque nell'altra che il riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero non esclude il potere della legge e della sola legge di porvi limiti materiali. E questa tesi, a prima vista, pare possa richiamare in suo favore argomenti testuali e le molte ragioni sostantive dalle quali per tradizione si deduce che la riserva di legge costituisce una garanzia della libertà, e cioè che, poiché ogni libertà deve incontrare limiti, quella riserva esclude però arbitrarie limitazioni dell'esecutivo e quelle dello stesso legislativo, poiché la legge è per sua natura norma generale o per lo meno non personale; che essa dà luogo solo a limiti autonomi, poiché la legge è consentita da coloro stessi che vi sono sottoposti direttamente o attraverso gli organi che li rappresentano.

Questi argomenti sostantivi, però, se pure hanno persuaso in passato, non convincono più oggi, poiché l'esperienza ha mostrato che peggiore dell'arbitrio dell'esecutivo può essere la oppressione in-

staurata dalla legge o divenuta legge, e che la generalità, se pure è caratteristica della legge e limita l'arbitrio del legislatore, non costituisce obiettiva garanzia della libertà, ma solo e se mai del principio di eguaglianza nelle limitazioni della libertà (che è cosa profondamente diversa), e che infine la cosiddetta autonomia delle leggi e la coincidenza tra consenso e legge, pur in regime parlamentare o di democrazia diretta, può essere solo artificiosamente affermata ma non effettivamente dimostrata, finché decisioni legislative in limite delle libertà siano prese a maggioranza invece che alla unanimità, e, come è inevitabile in ogni legge, si impongano per la autorità di un consenso passato indipendentemente dal consenso attuale.

D'altra parte, superati questi argomenti di natura generale a favore della sussistenza di una potestà della legge, non pare che si possa argomentare in modo più contingente che tale potere sia riconosciuto implicitamente lì dove la Costituzione ammette (all'art. 21) una legge sulla stampa, e delitti di stampa, e potestà della legge a provvedere per prevenire e reprimere manifestazioni contrarie ai buoni costumi, poiché non si tratta di vedere se la Costituzione abbia ammesso che un certo mezzo di manifestazione e diffusione del pensiero possa essere disciplinato con legge e se determinate manifestazioni (per esempio di pensiero non rispondente alle interiori persuasioni e perciò non garantite, o contrarie ai buoni costumi e perciò direttamente vietate dalla Costituzione) possano essere elevate a delitto.

Il problema è se esista un generale potere della legge di elevare a delitto manifestazioni del pensiero o di vietarle secondo opportunità. Che in altri tempi la legge abbia avuto tale potere può bene ammettersi, che essa abbia tale potere in altre costituzioni vigenti è parimenti da riconoscere e può anzi dirsi che in ogni costituzione flessibile alla legge è riconosciuto per implicito (con la potestà di mutare la costituzione) la possibilità di limitare diritti e potestà garantite. Ma in una costituzione rigida la situazione è profondamente diversa. Qui spetta alle sole leggi costituzionali di limitare il senso, la portata e le conseguenze di ogni dichiarazione di libertà, sicché occorre esplicito rinvio alla legge ordinaria (rinvio che, nella specie, nella nostra Costituzione manca) perché questa abbia reale potere.

Non varrebbe argomentare che, poiché il nostro ordinamento ammette che la stessa libertà personale possa essere limitata con legge (o secondo previsione di essa) e che possano essere limitate con

legge la libertà di domicilio e la libertà di soggiorno e la libertà di comunicazione e di corrispondenza e la libertà dalle prestazioni personali, abbia implicitamente ammesso che anche la libertà di manifestazione del pensiero possa essere limitata legislativamente. Questi ragionamenti sarebbero inesatti per due motivi: innanzi tutto perché, una volta ammessa una pluralità di individuate libertà, anche le limitazioni apposte a ciascuna di esse debbono essere specifiche, sicché dai limiti dell'una niente può dedursi circa i limiti delle altre; in secondo luogo perché un rinvio generale, o il riconoscimento di un generico potere della legge di porre limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, renderebbe, in questo caso, solo apparente la garanzia e anzi la muterebbe nel suo opposto. Esso, sostituendo il principio della autorità a quello della libertà, significherebbe nientemeno che hanno diritto a esprimersi solo le opinioni, conformi alle leggi e perciò conformantisi alle opinioni, ai pregiudizi, alle certezze dommatiche dei singoli, dei pochi o delle masse, che, acquisito il potere, dettano legge. Sta però in fatto che non la diffusione di queste opinioni, accette ai dominanti o dei dominanti, abbisogna di garanzia, ma soprattutto la diffusione di opinioni non accette a legislatori ed autorità.

Perciò, a parte la questione se proclamandosi che la repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo si sia inteso escludere la stessa potestà delle leggi costituzionali a negare o limitare questi diritti, ed in particolare quello della diffusione del pensiero, così come esso è stato riconosciuto nel testo costituzionale, o se per lo meno non si sia stabilito che la limitazione anche ad opera di legge costituzionale possa avvenire solo modificando o abrogando esplicitamente la dichiarazione della inviolabilità, vi sono ragioni specifiche per sostenere che la mancanza di ogni rinvio a leggi limitatrici non deriva da incompletezza della formula, ma da necessità o da natura intrinseca del diritto proclamato intimamente diverso da quelli garantiti con rinvio alla legge per regolamentazione o delimitazione.

7. Con le osservazioni così svolte si è anche criticata per implicito la tesi tradizionale che la proclamata libertà di manifestazione del pensiero consista in una puntuale libertà dalle leggi e dai vincoli legislativi nel momento della manifestazione del pensiero, in una materiale possibilità di diffondere pensieri senza sottoposizione a cen-

sure preventive, e di parlare, di scrivere e di stampare senza autorizzazione, ma non in un diritto sostantivo a non essere giudicato dalle leggi o in forza di legge per le manifestazioni del pensiero.

Che libertà sia questa minacciata dalle pene, che leggi penali siano queste che non consentono di impedire i reati, in verità, non si riesce a dire, né a costruire.

Comunque questa concezione dimentica che le classiche ragioni sempre addotte contro le misure preventive, le censure e gli impedimenti al libero uso dei mezzi di diffusione del pensiero (e cioè la fallibilità dei censori, la inutilità delle censure, la incertezza della distinzione tra vero e falso, la non pericolosità delle manifestazioni di opinioni, la incongruenza di ogni soluzione autoritaria dei problemi del pensiero), nei limiti in cui sono valide, non provano solo contro le censure o le misure preventive, quanto in maniera più generale contro la ammissibilità di poteri del legislatore sul contenuto delle manifestazioni del pensiero e contro le discriminazioni autoritarie di esse. Perciò, in via di principio, non esistendo esplicita disposizione contraria, il divieto di misure preventive sui mezzi di diffusione del pensiero, se pure fosse l'unica esplicitamente sancita nel nostro testo costituzionale, dovrebbe interpretarsi come escludente pure il potere della legge a giudicare del contenuto dei pensieri espressi.

Ma, soprattutto, la concezione criticata oltre che con lo spirito sarebbe in contrasto con ogni parola della proclamazione della libertà nel nostro testo costituzionale. Questo contempla un solo limite al contenuto del diritto sostantivo, e cioè vieta le manifestazioni contrarie ai buoni costumi, ed in quest'unico caso autorizza esplicitamente le leggi alle misure preventive oltre che repressive, e disciplina in maniera particolare un solo mezzo di manifestazione di pensiero e cioè la stampa, e rispetto ad esso, pur escludendo autorizzazioni e censure, non solo ammette la misura preventiva della indicazione dei responsabili, ma consente in caso di delitto il sequestro degli stampati e cioè un provvedimento che, successivo alla manifestazione del pensiero, impedisce la diffusione o la ulteriore diffusione parimenti garantita.

Degli altri mezzi particolarmente enumerati, poi, la parola parlata (come immediata e diretta espressione del pensiero) non tollera per sua natura controlli e censure preventive. Tuttavia la disciplina costituzionale dei modi di limitazione della libertà personale ad

opera delle autorità giudiziarie o di pubblica sicurezza indica la via per le eventuali misure impeditive dell'uso di tale mezzo, nella ipotesi che la dichiarazione in atto o attuantesi per il suo contenuto risulti direttamente o mediatamente vietata dalla Costituzione. Ed infine la disciplina costituzionale della libertà e del segreto delle comunicazioni e della corrispondenza mostra come pure qui sia prevista possibilità di controllo preventivo od impeditivo se non dello scrivere, del comunicare attraverso lo scrivere.

In sostanza dunque la tesi che in Italia la garanzia costituzionale del diritto di manifestazione del pensiero si limiti a sancire la libertà dall'azione preventiva dei censori, della polizia, dei giudici o delle leggi, ma non la libertà dalla disciplina o dalle limitazioni sostantive del diritto è doppiamente inesatta: per ciò che afferma e per ciò che nega. Non è esatto che sia vietato alle leggi, in modo specifico, di impedire, le manifestazioni vietate, perché in via di principio quando una manifestazione è vietata, le leggi hanno questo potere. Non è esatto che la Costituzione attribuisca alle leggi potestà di discriminare pensiero da pensiero e di vietare le manifestazioni per il loro contenuto, perché in via di principio proprio questo potere è negato alle leggi.

8. Il vero è che il potere delle leggi di impedire le manifestazioni condannate o condannabili in base alla Costituzione, nei limiti in cui possa correttamente ammettersi, rientra nel più generale ed incontrovertibile potere della legge di disciplinare (e garantire) le modalità di uso dei mezzi di diffusione del pensiero, e di statuire sulla loro organizzazione (ove essi per la loro complessità chieggano o consentano interiore organizzazione giuridica).

Nelle statuizioni sui mezzi di diffusione del pensiero l'attività legislativa incontra un solo limite assoluto e per il resto solo prescrizioni indicative. Il limite assoluto è che non sia riservato l'uso di un mezzo in generale solo a manifestazioni di un determinato contenuto (contro la statuizione costituzionale che stabilisce che i singoli possono liberamente manifestare con ogni mezzo di diffusione il proprio pensiero). La prescrizione indicativa è che la disciplina dei mezzi di diffusione del pensiero sia quanto più è possibile conforme o adeguata al raggiungimento del fine, ed in particolare che nella disciplina dell'uso dei mezzi siano evitate le misure preventive, le censure

e le condanne, che, per impedire le poche manifestazioni condannate, intralcerebbero o difficulterebbero le molte manifestazioni garantite dalla Costituzione, e sottoporrebbero in modo generale a restrizioni e ad accertamenti preventivi di conformità al diritto (o, se pare, di conformità alla Costituzione) fatti che in via di principio sono dichiarati dalla Costituzione conformi al diritto.

Ma l'invito a trattenersi dagli impedimenti alle manifestazioni del pensiero anche se illecite, o di non procedere ad accertamento preventivo della liceità della manifestazione del pensiero, ha solo una ragion d'essere pratica ma non logica, deriva da ragioni di opportunità e non di assoluta necessità. Essa conseguirebbe in via logica alla dichiarazione che garantisce il diritto sostantivo di manifestazioni del pensiero solo se questo diritto non incontrasse alcun limite costituzionale, solo se i mezzi di manifestazione non potessero essere usati anche per diffondere pensieri non garantiti o stati d'animo diversi del pensiero. Poiché però la realtà delle cose è ben diversa, solo una esplicita disposizione della Costituzione può dare luogo ad assoluto divieto (come è oggi, in virtù del secondo comma dell'art. 21, per alcuni provvedimenti preventivi in materia di stampa), mentre, quando la esplicita disposizione manchi, l'esclusione delle misure preventive contro l'abuso dei mezzi di diffusione in Italia è solo indicativa e superabile... e tanto più superabile, quanto più le misure preventive non abbiano gli stessi effetti negativi che avrebbero rispetto alla stampa, e quanto minore sia la possibilità di impedire la diffusione del pensiero condannato con altre e meno drastiche misure, quali il sequestro.

Parimenti non c'è dubbio che la solenne proclamazione del dovere della repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità umana, imponga al legislatore ed alle autorità di disporre ed operare positivamente perché i mezzi di diffusione del pensiero siano adeguati al fine.

Quella proclamazione, infatti, rispetto alla libertà di diffusione del pensiero vuole in via generale che le situazioni economiche di svantaggio o di privilegio non ostacolino la possibilità di concreto esercizio della libertà di manifestazione del pensiero. Vuole poi, più concretamente, che la disciplina, non esclusa quella fiscale, di quanto attenga a tali manifestazioni (e cioè dei fatti materiali in cui esse si

concretizzano e così: dei suoni e dei rumori in cui pur consiste la parola parlata, oppure degli strumenti materiali e giuridici di manifestazione, e così per esempio della carta e della cellulosa essenziali alla stampa, e delle stamperie e della editoria e delle imprese giornalistiche, e della radio e delle telecomunicazioni e, se si vuole, della proprietà e dei suoi limiti) sia tale da favorire secondo opportunità, secondo le mutevoli circostanze e la varietà delle situazioni, la espressione e diffusione del pensiero di tutti.

Ognuno però vede come si tratti di una indicazione estremamente elastica e programmatica e come la determinazione della migliore via per il raggiungimento del risultato pratico e del temperamento di questo fine materiale con altri fini e con l'attuazione di altri diritti, di altre libertà, e di altri interessi, pure essi consacrati dalla Costituzione, possa avvenire solo in base a contingenti criteri di opportunità.

Così, per esempio, per venire ad una questione specifica assai agitata in questi ultimi anni, è ammissibile e rispondente al fine l'accentramento in uniche e pubbliche mani di un mezzo di diffusione o la sua nazionalizzazione, come è per la stampa dell'URSS ed, a parte le parole, per la Radio in Italia?

Poiché in genere il monopolista o l'unico imprenditore di un mezzo di diffusione del pensiero assume veste di censore o di supremo controllore del pensiero da manifestare, e anzi assai spesso la ragione della istituzione di tali monopoli non è economica o tecnica, ma ideologica (e tende ad escludere le diffusioni di pensieri diversi da quello del monopolista ed a consentire la diffusione solo delle opinioni approvate), così si potrebbe essere spinti ad affermare che la Costituzione, riconoscendo a tutti il diritto di diffondere il proprio pensiero con ogni mezzo di diffusione, abbia escluso la costituzionalità di ogni legge che consenta o istituisca o non ostacoli qualsiasi forma di monopolio, e che in particolare siano da condannare pubblici monopoli o nazionalizzazioni di questi mezzi, poiché, secondo tradizione, le proclamazioni di libertà tendono a garantire i singoli, piuttosto che di fronte ai singoli, di fronte alle autorità.

Si potrebbe aggiungere che in materia di stampa, col vietare autorizzazioni alle imprese e censure sugli stampati, col prevedere che leggi generali possono disporre che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica, la Costituzione ha mostrato con-

cretamente di ritenere che nel settore dei mezzi di manifestazione del pensiero vi sia e debba permanere iniziativa economica privata, senza possibilità che a fini di utilità generale la legge possa riservare originariamente o trasferire allo Stato o ad enti pubblici o a comunità di lavoratori le imprese relative.

Senonché, a parte quel che veramente possa essere stato disposto o presupposto dalla Costituzione in materia di stampa, la conclusione eccederebbe largamente le premesse.

Rispetto ad alcuni mezzi di diffusione del pensiero il modo di organizzazione del mezzo offerto indiscriminatamente a tutti, il principio del segreto valido di fronte allo stesso imprenditore, eliminano (o dovrebbero eliminare alla radice) la possibilità del controllo ideologico dell'unico gestore del servizio sul pensiero in diffusione, sicché in tal caso si dovrebbero esaminare solo le questioni della convenienza tecnica della gestione in monopolio e la questione giuridica (esattamente agitata da costituzionalisti stranieri rispetto alla gestione in monopolio dei servizi di corrispondenza e telegrafici o telefonici) della eliminazione degli utili di monopolio, che costituirebbero ingiustificato ostacolo al maggior uso del mezzo di diffusione del pensiero.

Rispetto ai mezzi per i quali siano inevitabili scelte dei pensieri da manifestare o da diffondere, poiché molti sarebbero coloro che vorrebbero giovare del mezzo e pochi possono essere gli eletti, il problema è certamente più complesso, ed in genere non risolubile in base ai soli elementi del numero o della intensità economica della richiesta dei destinatari o col dare la prevalenza a chi abbia richiesto prima l'uso del mezzo, o a chi ne richiegga più lungo uso, oppure frazionando tra tutti i richiedenti l'uso del mezzo. Tuttavia, poiché potrebbe opportunamente evitarsi che le scelte avvengano secondo i criteri ideologici del monopolista e viceversa non può escludersi che il rispetto della libera iniziativa possa restringere ancora più che la nazionalizzazione il numero o la quantità delle idee in grado di giovare del mezzo di diffusione, anche in questa ipotesi il problema non può risolversi in base ad astratte argomentazioni, ma solo in modo contingente, storico e spesso individuato dalla natura stessa del mezzo. E le soluzioni errate potrebbero dirsi solo inopportune, ma non mai viziate da illegittimità costituzionale.

9. Nulli invece sono i poteri della legge nella determinazione o statuizione primaria dei limiti sostantivi della libertà di manifestazione del pensiero.

Sotto il profilo soggettivo, poiché il diritto è garantito a tutti, alle leggi non spetta di discriminare cittadini da cittadini per la particolarità delle qualifiche o dello status, per es. di pubblico impiegato o di militare, o per modo di dire, di Capo dello Stato e di restringere corrispondentemente in rapporto a tali qualifiche soggettive la proclamata libertà del soggetto in generale o della persona.

Non si esclude che la necessità di esplicazione delle funzioni possa determinare limiti alla possibilità di esercizio del diritto di manifestare il proprio pensiero in determinate forme e modi e che le manifestazioni del pensiero possano costituire uno degli elementi rilevanti per determinare l'attitudine tecnica o la opportunità che il singolo sia destinato alla esplicazione di determinate mansioni.

Ma nell'ultimo caso nessun limite è effettivamente posto alla libertà della persona, come invece sarebbe se fosse imposto a requisito positivo o negativo per l'assunzione di pubbliche funzioni in generale la manifestazione di determinate idee, mentre ancor meno il limite è soggettivo, quando sia legato alle necessità di esplicazione di determinate funzioni liberamente scelte oppure imposte da Costituzione o in base alla Costituzione dalle leggi. In sostanza, come malgrado il diritto ad esprimere liberamente il proprio pensiero con la parola non è lecito di parlare sempre ed in ogni luogo, o chi è privato legittimamente della libertà personale in generale può essere privato in pendenza di tale limitazione anche di quella specifica di manifestare il proprio pensiero con la parola o con lo scritto, è anche possibile, che, a causa dell'impiego, il pubblico impiegato incontri limiti alla possibilità di lecitamente manifestare il proprio pensiero.

Per gli stessi motivi per i quali non sarebbero ammissibili discriminazioni tra i cittadini, così neanche è ammesso discriminare tra cittadini e stranieri.

Da un punto di vista strettamente formale, in verità, vi sarebbero altrettanti argomenti per sostenere che ciò sia inammissibile perché il diritto è concesso dalla Costituzione a tutti (compresi, secondo le intenzioni dei costituenti, gli stranieri), quanto per sostenere che la discriminazione possa essere introdotta perché è disposto che «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge».

La disposizione costituzionale avrebbe perciò al più forza di legge ordinaria o di proclamazione derogabile con legge rispetto agli stranieri. Ma una tale soluzione, se è del tutto conciliabile con l'idea di un diritto funzionale alla manifestazione del pensiero che, come quello di partecipazione alla vita dei partiti, cui è stato spesso erroneamente paragonato, non potrebbe appartenere agli stranieri, non sarebbe rispondente al fondamento di questa libertà nel nostro ordinamento.

Si ammette bene che possano sottoporsi a particolare disciplina, sostitutiva di quella che esse avrebbero avuto in Italia, diffusioni di pensiero manifestato all'estero al momento della introduzione in Italia e che, forse, particolare disciplina possa esservi per ogni manifestazione in lingua straniera (meno facilmente controllabile dalle autorità italiane). Ma qui la discriminazione non riguarderebbe più i soggetti, bensì i modi di manifestazione che sono opportunamente controllabili dalla legge.

10. I limiti oggettivi della libertà proclamata, poi, sono solo quelli stabiliti esplicitamente o implicitamente dalla Costituzione, anche se la portata o la estensione possa in concreto determinarsi solo in funzione di elementi fissati ad altri fini nelle leggi.

Poiché è riconosciuto il diritto a manifestare il proprio pensiero restano escluse dalla garanzia (ma non però direttamente vietate) le manifestazioni che non rispondano alle interiori persuasioni o all'interiore pensiero, le affermazioni o le negazioni che non corrispondano alle effettive convinzioni e valutazioni, e consentito al legislatore ordinario di vietare e punire in vantaggio della fede pubblica in generale, o di più individuati interessi di singoli o di collettività, il subiettivamente falso, la menzogna (deformante, reticente, patente, latente), il dolo, l'inganno, il raggiro o la frode, ove sia raggiunta la prova della divergenza della espressione dall'interiore pensiero.

Ed escluse dalla garanzia debbono dirsi pure diffusioni di pensieri e di notizie e di complessi di pensieri e di notizie che, secondo forma o sostanza, siano considerati giuridicamente altrui, sicché la diffusione è riservata ad altro soggetto o sottoposta all'altrui consenso. Qui, e solo qui, può avere oggi fondamento la tutela della proprietà letteraria (originaria dell'autore o di quella derivata). Quivi solo possono trovare giustificazione le norme sull'obbligo del segreto

e non invece nella idea che la diffusione delle notizie, le dichiarazioni di scienza, non siano costituzionalmente garantite, oppure che le affermazioni dell'esistenza dei fatti non siano pensiero, o che esista un potere generale delle leggi sulle affermazioni di fatto.

In base ad esplicita disposizione della Costituzione sono poi vietate (e debbono essere prevenute) le manifestazioni contrarie al buon costume. Non spetta perciò all'autorità della legge, ma alla saggezza dell'interprete (sia pure del legislatore come interprete delle parole e dei concetti vaghi della Costituzione) di determinare la estensione del divieto.

In tale interpretazione si potrebbe essere spinti a sostenere che il divieto sia da restringere alle sole manifestazioni oscene, dato lo spirito liberale della nostra Costituzione ed, in modo più specifico, dato che in Assemblea Costituente non furono vietate le manifestazioni contrarie a morale in generale, e che represses oltre che vietate come contrarie ai buoni costumi, al momento della emissione della Costituzione, erano precisamente le manifestazioni oscene. D'altra parte vi potrebbe essere qualche ragione per sostenere che, secondo necessità concettuale, il divieto si estenda a tutte le manifestazioni in obbiettivo contrasto con le relative costumanze del nostro popolo sorrette dalla convinzione di loro necessità morale.

Con ogni probabilità, però, la tesi esatta è che il comma 6 dell'art. 21 non tanto vieta le manifestazioni contrarie al buon costume come fatto normativo, quanto come fatto psicologico ed effettivamente sussistente e perciò le manifestazioni «in perversione» dei costumi. In principio perciò il divieto riguarda le manifestazioni oscene (con esclusione delle opere di arte e di scienza) ed inoltre condanna, per la particolare sensibilità dei destinatari, pubblicazioni e manifestazioni anche semplicemente immorali e diseducative rivolte ai minori.

Inoltre certamente tra le limitazioni tradizionali della libertà di manifestazione del pensiero sono ammesse dalla Costituzione quelle relative all'onore delle persone, quando essa proclama la pari dignità sociale dei cittadini. Questa proclamazione pretende infatti, precisamente, che la società e ciascun membro di essa non si elevi mai, in buona o in mala fede, a giudice delle altrui indegnità e che non esprima con gli atti o con le parole, direttamente o attraverso il riferimento di determinati fatti ritenuti spregevoli, valutazioni negative

sulle persone, e che al giudizio qualificato delle autorità non si aggiungano quindi espressioni del giudizio non qualificato della società, ed alle espressioni di condanna di quelle, nuove espressioni di condanna di questa.

In base a questi principi accolti dalla nostra Costituzione, e non alla generica affermazione della democraticità dello Stato od a preconconcette seppure diffuse teorie, dovrebbe perciò esaminarsi oggi il problema della estensione e dei limiti del diritto di cronaca e di critica degli innocenti, dei presuntivamente innocenti e dei legalmente condannati, e degli uomini privati e degli uomini pubblici (che in verità non costituiscono, come oggi si ritiene, due diverse categorie di uomini diversamente tutelati nella dignità e nell'onore). Si dovrebbero rettificare perciò alla luce delle norme costituzionali le ricostruzioni delle norme vigenti ed a volte le stesse disposizioni di legge ordinaria come quelle relative alla eccezione della verità ed alla falsità dei fatti. La verità dei fatti, invero, non dovrebbe avere rilievo ai fini della condanna di manifestazioni contrarie alla dignità sociale delle persone, sempre vietate, vere o false che siano, ma della traslazione del danno (che non è sanzione) per le affermazioni errate, che, pur non ledendo la dignità delle persone, le abbiano tuttavia sotto altro profilo danneggiate.

Ed alla luce di disposizioni costituzionali apparentemente irrilevanti (ma sul cui significato ancora di recente è stata richiamata da qualche pensoso costituzionalista straniero l'attenzione degli studiosi) ed alla luce di approfondite indagini sui rapporti tra «autorità» esplicitamente conferita dalla Costituzione e «prestigio» immediatamente leso da manifestazioni in vilipendio, dovrebbe esaminarsi e risolversi il problema del fondamento e della giustificazione delle norme legislative in spregio di simboli della autorità e delle autorità o in vilipendio di istituzioni costituzionali o di corpi politici, amministrativi e giudiziari.

Così ancora, alla luce della solenne riaffermazione costituzionale della esclusiva potestà dello Stato e delle leggi di imporre imperativi e prestazioni o di consentirvi (e non alla idea che sia genericamente salvaguardata dalla nostra Costituzione accanto alla libertà personale anche la piena indipendenza morale o di autodeterminazione delle persone), dovrebbe essere esaminato il problema della inammissibilità di manifestazioni dirette ad esercitare (fuori dai limiti consentiti

dalle leggi) violenza morale sulle persone e ad imporsi ad esse in forma imperativa coartandone la volontà.

11. Attento esame meritano infine i problemi dei rapporti della libertà di manifestazione del pensiero con la tutela dell'ordine pubblico e con l'obbligo di fedeltà allo Stato imposto a tutti i cittadini.

Intesa la libertà di manifestazione del pensiero come funzionale, essa, per sua natura o per definizione, non deve svolgersi né contro la pace sociale e turbarla, né contro i principi dell'ordinamento cui deve essere fedele. In conseguenza non occorrono esplicite disposizioni della Costituzione perché le leggi abbiano potere di concretare i due limiti, ma all'opposto queste disposizioni occorrono perché un tale potere sia escluso. Ove invece sia riconosciuta la libertà come diritto inviolabile del singolo, la difesa della pace sociale, del tranquillo e quieto vivere dei soci e la conservazione dei principi dell'ordinamento, poiché si tratta di interessi diversi da quelli che sono a base del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero, possono essere imposti solo dall'esterno. In mancanza, non solo l'astratta e fredda esposizione di pensieri teorici o pratici, ma anche l'espressione vivificata dall'interiore adesione al pensiero esposto, e cioè la propaganda, l'apologia, la pubblica esaltazione e persino la manifestazione istigante alla realizzazione del pensiero espresso debbono dirsi consentite e garantite. Ora, mentre è indubbio che la speciale disposizione costituzionale che esclude il diritto di associarsi per fini che siano vietati ai singoli dalla legge penale, secondo spirito e secondo lettera, esclude dalla garanzia le espressioni in istigazione al delitto (che costituiscono modo di concorrere o di associarsi ad esso), nessuna disposizione costituzionale, salvo quelle relative alle pubbliche riunioni ed alle manifestazioni che in esse dovessero avere luogo, consente di escludere da quella garanzia, la diffusione, esaltazione e propaganda di affermazioni, pensieri o dottrine che costituiscano un pericolo per l'ordine pubblico e per quello costituzionale. Invece così è stabilito oggi in norme penali e di polizia, od in altre regole che a quelle vorrebbero aggiungersi!

Non varrebbe dire a favore di queste leggi che la proclamazione di libertà di manifestazione del pensiero non esiste unica ed isolata nel nostro testo costituzionale e che essa va conciliata con le molte altre che garantiscono in generale altri interessi, individuali, sociali o

statali, e che non importa perciò ricercare se le disposizioni che li contemplano statuiscono direttamente o indirettamente ma in modo specifico che essi vanno tutelati pure nei confronti delle manifestazioni del pensiero. Né varrebbe richiamare che la solenne e generale proclamazione dell'obbligo di fedeltà dei cittadini alla Repubblica da un lato conferma che ogni diritto (ivi compreso quello di manifestazione del pensiero) cessa di fronte a vitali interessi dello Stato, dall'altro impone ai cittadini interiore adesione alle concezioni fondamentali o ai dommi della nostra Repubblica.

Contro il tentativo di dedurre dall'obbligo di fedeltà alla Repubblica la sussistenza di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero sta la considerazione che solo la arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli. Questa identificazione però già inesatta in sé, è specificamente condannata proprio dalla solenne proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero.

L'obbligo di fedeltà alla Repubblica come realtà pratica non significa obbligo di aderire a questa o quella dottrina, ma di agire come membro e parte della Repubblica pur quando leggi, e giudici ed esecutori non siano in grado di farne valere coercitivamente la volontà.

Né maggior credito merita la pur diffusa e autorevolmente riaffermata tesi che la libertà di manifestazione del pensiero incontri un limite generale, naturale, «ordinario» nella necessità di tutela dell'ordine pubblico e costituzionale. Proclamando la libertà di manifestazione del pensiero, il costituente, conforme alla tradizione, conforme alle idee care ai grandi teorici di questa libertà, ha espresso la propria fede nel diritto proclamato, ha ritenuto che fuori dai casi direttamente vietati, l'esercizio di questo diritto non costituisca un pericolo generale per la saldezza degli istituti, per la conservazione della pace sociale e per la vita della Repubblica, perché le affermazioni pericolose sarebbero state contraddette da altre che ne avrebbero posto in luce la pericolosità eliminandola, e la propaganda delle idee sovversive sarebbe stata vinta da quella delle idee costruttive e la verità avrebbe illuminato se stessa e l'errore. Tali essendo i principi consacrati dalla Costituzione non è lecito alle leggi muovere da principi opposti.

Con questo non si esclude che possano darsi manifestazioni che, pur non istigando al delitto, pur non configurando casi individuatamente considerati dalla Costituzione come estranei alla garanzia, tuttavia, per imprevedibili circostanze di tempo, di luogo o di ambiente, possano in fatto, se pur non per nominata previsione costituzionale, costituire pericolo evidente, concreto, immediato, imminente, insuperabile per la pace sociale o internazionale, per l'ordine pubblico e costituzionale, e per la difesa della Patria proclamato sacro dovere dei cittadini, e per la indivisibilità dello Stato, e per l'osservanza della Costituzione e delle leggi imposta a tutti i cittadini. Ma in questi casi non previsti nella loro individuata astrattezza dalla Costituzione, e perciò non disciplinabili in via astratta e preventiva dalle leggi (contro la Costituzione), si potrà provvedere solo contingentemente e temporaneamente, con decisioni straordinarie ammesse dalla Costituzione.

Della saggezza di questa soluzione, unica conforme al nostro ordinamento, si è fortemente dubitato in questi ultimi anni e perché sono parse preferibili le catene perpetue delle leggi agli impedimenti transitori delle situazioni straordinarie, e perché molti teorici della libertà di manifestazione del pensiero, nell'atto stesso di esaltarne il significato teorico e pratico, con una inconseguenza che nessun artificio logico può mascherare, mostrano di temere la libertà di manifestazione del pensiero. Corrispondentemente essi invocano l'uso della forza contro la forza, non contro l'istigazione al delitto, ma contro la diffusione di dottrine sovversive o negatrici del valore della libertà di manifestazione del pensiero.

L'esegeta della nostra Costituzione deve però dichiarare da un lato che la eventualità dei casi straordinari e dei modi di farvi fronte è esplicitamente prevista e molto saggiamente disciplinata nel nostro testo costituzionale contro i pericoli di abuso, dall'altro che la proclamazione dell'art. 21 della nostra Costituzione, a differenza da altre proclamazioni di altre costituzioni contemporanee, è espressione di fiducia e di speranza; e che perciò in tale spirito va ricostruita, e che non è lecito all'interprete timoroso (si tratti pure del legislatore ordinario) di sostituire a quella fede il proprio scetticismo, la propria sfiducia ed i propri dubbi.

SAGGI

La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti

Nicola Picardi

SOMMARIO: I. ALLE ORIGINI DELLA GIURISDIZIONE STATUALE: 1. Premessa. – 2. La giurisdizione come emanazione della sovranità. – 3. La natura extrastatale della giurisdizione nell'ideologia medioevale. – 4. Alle origini della giurisdizione statale: sovranità e giurisdizione. – II. IL MONOPOLIO STATUALE DELLA GIURISDIZIONE E LA SUA CRISI: 5. Premessa. – 6. La crisi del monopolio statale della giurisdizione: il mutamento dei presupposti. – 7. (*Segue*) La proliferazione delle Corti. – 8. (*Segue*) La struttura multilivello ed il carattere transnazionale della giurisdizione. – III. ALLA RICERCA DI NUOVI ASSETTI DELLA GIUSTIZIA: 9. Premessa. – 10. Pluralità degli ordinamenti giuridici e pluralità degli ordinamenti giurisdizionali. – 11. Il problema delle relazioni fra diversi ordinamenti. – 12. (*Segue*) Il caso Voiotia.

I. ALLE ORIGINI DELLA GIURISDIZIONE STATUALE

1. *Premessa*

Giustizia e giurisdizione – suo principale cardine istituzionale, nella tradizione occidentale – sono «nozioni confuse», non sono «né del tutto chiare né del tutto oscure»¹: esse hanno assunto, nel tempo e nello spazio, valenze e significati diversi. Ripercorrendone la storia, ci troviamo in presenza di definizioni solo parziali ed approssimative, che riflettono un particolare aspetto dei problemi considerati; saremmo, pertanto, propensi a riconoscere loro solo un valore relativo.

Al di là della lunga serie di concezioni assolutistiche (o, se si preferisce trascendentali²) anche le più sofisticate³, giustizia e giuri-

¹ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, 42, 47 e 48.

² Cfr., da ultimo, AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Peuguins Books Ltd. U.K., 2009, trad. it. di L. Vanni, Ed. Mondadori, Milano, 2010, 21 ss. e 110 ss. (le ulteriori citazioni vanno riferite all'edizione italiana).

³ Ci riferiamo alla nota concezione della *giustizia come equità* di J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. di U. Santini, Ed. Feltrinelli, Milano, 2008, il quale, pur muovendo da un punto di vista assolutistico della giustizia (p. 18), struttura la sua teoria nei c.d. *principi di giustizia* nei quali trova largo spazio il concetto di ragionevolezza (p. 38). In particolare, egli ritiene che le istituzioni di giustizia, e quindi la giurisdizione, trovano la propria legittimazione, non nel consenso delle parti (è la risalente tematica del contratto sociale che Rawls revisiona e riformula), ma nel fatto che esse sono accettabili dal punto di vista di una *persona ragionevole*, che le identifica come istituzioni

sdizione rappresentano il risultato concreto della ragione pratica e delle circostanze particolari nelle quali esse operano in ogni comunità umana⁴.

Per cogliere il senso delle profonde trasformazioni che nella nostra epoca si sono prodotte al riguardo, occorre quindi ripensare i problemi utilizzando dialetticamente anche e soprattutto il metodo storico e comparativo⁵, metodo che ci permette di penetrare, pur nella loro relatività, le ragioni del dibattito che oggi si viene svolgendo; di interpretare i dati ora reperibili nell'ottica dei loro presupposti culturali e di intravedere, così, un'evoluzione che più indici ci indicano ancora in corso.

2. *La giurisdizione come emanazione della sovranità*

In alcuni recenti saggi⁶ abbiamo tentato di ricostruire la lunga evoluzione che è sfociata nella concezione classica della giurisdizione. In particolare abbiamo sottolineato come la cultura giuridica continentale⁷ del XIX e del XX secolo abbia considerato la giurisdizione

e ne riconosce quindi la legittimità. Da questo punto di vista John Rawls può essere considerato il punto di passaggio da una concezione assolutistica ad una concezione relativistica e dialettica della giustizia.

⁴ Cfr., da ultimo, AMARTYA SEN, *op. cit.*, 20 ss. e 31.

⁵ A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, *op. cit.*, 3 ss.

⁶ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 165 ss.; ID., *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione*, in *Studi in onore di Severino Caprioli* (in corso di pubblicazione) e in *Il giusto processo civile*, 2007, 609 ss.; ID., *Extraestatalidad de la jurisdicción* in *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, a cura del Consejo General del Poder Judicial, tomo II, Madrid, 2008, pp., 167; ID., *Il giudice secondo l'ideologia medioevale*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, I, 437 ss. (v. anche già in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1475 ss., edizione alla quale si intendono riferite le successive citazioni); ID., *Giurisdizione e sovranità: alle origini della giurisdizione statale*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale*, omaggio ad Aldo Attardi, tomo I, Padova, 2009, 1 ss. (v. già anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 685 ss., edizione alla quale si intendono riferite le successive citazioni) ed ID., *Le juge naturel, principe fondamental en Europe*, in *Revue Internationale de droit comparé*, 2010, 27 ss. (le successive citazioni si intendono riferite a questa edizione), nonché in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2010, 133 ss. (per una versione in italiano di questo lavoro cfr., del resto, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, in corso di pubblicazione, e già in *Diritto e Società*, 2008, 513 ss., I).

⁷ Discorso diverso richiede, invece, la giurisdizione nei sistemi di *common law*. Essa si colloca, infatti, al di fuori e al di sopra dello Stato. Il potere giurisdizionale non appartiene a giudici funzionari dello Stato. Il diritto viene continuamente riformulato ed

zione come uno degli attributi essenziali della sovranità ed abbia ricostruito un sistema giurisdizionale nettamente orientato su principi pubblicistici, basato sullo statualismo della giustizia e della sua organizzazione, nonché sul legalismo della procedura.

Nell'economia della presente indagine appare sufficiente ricordare le più autorevoli definizioni ottocentesche, tratte, rispettivamente, dai quattro ordinamenti continentali più rappresentativi.

Nell'*area culturale tedesca* – in cui si è prolungata più a lungo la coesistenza fra le giurisdizioni dell'Impero e quelle dello Stato – Adolf Wach, alla fine del XIX secolo, sentiva ancora la necessità di precisare che gli Stati hanno “una giurisdizione *propria*, non derivata dall'Impero... I loro tribunali non giudicano in nome dell'Impero... La giurisdizione statale è legata all'organizzazione nazionale dei tribunali”⁸ e Georg Jellinek precisava: “le leggi e le decisioni giudiziarie sono sempre atti dell'*imperium*”⁹.

In *Francia*, il decano Jean Baptiste Eugène Garsonnet scriveva: “due poteri dirigono le società moderne, il potere legislativo ed il potere esecutivo... L'autorità giudiziaria non è un terzo potere... rientra necessariamente nel potere esecutivo... Il popolo è la fonte di tutti i poteri... la giustizia è resa in suo nome dai giudici delegati... non si può negare loro il titolo di agenti del potere esecutivo”¹⁰.

In *Spagna*, Magín Fabrega y Cortés puntualizzava: “il potere è unico, perché corrisponde all'unità dello Stato, le funzioni, gli organi per realizzarle, sono molteplici, e si prestano ad una classificazione... in potere legislativo, esecutivo e giudiziario, per questo i diversi organi del potere si denominano a loro volta poteri”¹¹.

adattato da giudici giuristi, considerati quali autonomi depositari e interpreti del diritto nazionale (*common law*), che hanno il compito di garantire la libertà e gli interessi dei privati anche nei confronti dello Stato (cfr. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, op. cit., 78; ID., *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione*, op. cit., 632, ed *ivi* i relativi riferimenti bibliografici).

⁸ A. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1885, 310.

⁹ G. JELLINEK in riferimento al II *Reich* o alla Repubblica di Weimar, precisava che le decisioni giudiziarie sono sempre atti della sovranità nazionale (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3^a ed., Bad Homburg v.d. Höhe, Berlin, Zürich, 1921. Di tale opera vi è una traduzione italiana di M. Petroziello, con introduzione generale di V.E. Orlando, dal titolo *Le dottrine generali del diritto dello Stato*, Milano, 1949, 173).

¹⁰ E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. 1 (1892), 3^a ed., in collaborazione con CH. CESAR - BRU, Paris, 1912, nn. 1 e 4, 3 e 12.

¹¹ M. FABREGA Y CORTES, *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3^a ed., Barcelona, 1928, 9.

In *Italia*, Giuseppe Chiovenda ha insegnato che “l’esercizio del potere giurisdizionale si considera esclusivamente come *compito essenziale* della sovranità”, “sovranità e giurisdizione risiedendo esclusivamente nello Stato”¹².

Questi insegnamenti, espressioni del clima culturale che li ha generati ed in cui si inseriscono perfettamente, risultano ancora oggi ampiamente condivisi¹³.

In altri termini, fra il XIX ed il XX secolo, si è consolidata l’idea secondo cui, come lo Stato rappresenta un’entità, così anche il “potere”¹⁴ va considerato come entità unica e indifferenziata, derivata dalla sovranità nazionale. Ma il potere viene distribuito fra i diversi segmenti dell’apparato statale e si scompone in funzioni. Le funzioni, e gli organi che attuano la sovranità, sono, a loro volta, diverse e si articolano, per lo più, nella triplice classificazione: legislazione, amministrazione e giurisdizione.

Una volta radicata la convinzione che la giurisdizione è una funzione statale e che il giudice è uno degli organi che esercitano il “potere” dello Stato, attuando la sovranità, i diversi organi del “potere” statale sono stati, a loro volta, denominati “poteri”, finendo così col configurare, quanto meno, un potere legislativo, un potere amministrativo (o governativo) ed un potere giudiziario. Fra i tre poteri si è cercato, poi, di stabilire una specie di gerarchia interna, innescando così un processo di declassamento del potere giudiziario.

Durante il XIX ed il XX secolo, per lo più, si è continuato infatti a definire il giudiziario come potere autonomo: il “terzo potere”. Ma, a ben vedere, ormai era solo suggestione di una terminologia risalente.

Nella tradizione giuridica continentale la magistratura non costituiva più una di quelle sedi che detengono ed esercitano il “po-

¹² G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, (1906), 3^a ed., Napoli, 1923, 102 e 292.

¹³ Cfr., per tutti, in Germania, BAUR - GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, 8^a ed., Berlin, 1994, 6 ss.; in Francia, R. PERROT *Institutions judiciaires* (1983), 14^a ed., Paris, 2010 nn. 60 ss., 59 ss.; in Spagna, V. FAIREN GUILLEN, *Doctrina General del Derecho procesal*, Barcelona, 1990, 101 e, in Italia, E. FAZZALARI, *La giurisdizione internazionale nell’era della globalizzazione*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, I, Milano, 2005, 455 ss.

¹⁴ V., per tutti, B. BARNES, *The Nature of Power*, Cambridge, 1988, trad. it. L. Cecchini, Bologna, 1995, 17 ss.

tere”, nel senso weberiano di dominio (*Herrschaft*), come era avvenuto, ad esempio, in Francia durante l'*Ancien Régime*¹⁵. È stato giustamente osservato che “contrariamente alle apparenze, il *potere giudiziario* è stato stroncato dalla Rivoluzione francese e più ancora dalle strutture napoleoniche”¹⁶.

In definitiva, nell’area culturale euro-continentale, fra l’800 ed il ’900, è stato ritenuto principio incontestabile che la giurisdizione sia l’emanazione della sovranità e che l’amministrazione della giustizia costituisca monopolio esclusivo dello Stato. Abbiamo, però, l’impressione che si tratti soltanto di un’idea storicamente relativa, ormai superata nell’esperienza giuridica contemporanea.

3. *La natura extrastatuale della giurisdizione nell’ideologia medioevale*

Nel diritto comune, elemento fondamentale della storia giuridica europea¹⁷, si era venuto configurando una complessa trama di giurisdizioni (feudali, vescovili, comunali, signorili, delle arti e corporazioni, delle Università, consolati del mare e, in genere, giurisdizioni varie, riconducibili a corpi intermedi) che, in linea di principio, era riconducibile ancora alle somme autorità: l’Imperatore ed il Papa; ma in pratica non era monopolizzato, in tutte le sue articolazioni, da un’unica formazione politica¹⁸.

¹⁵ A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, (1987), Milano, 1995 §§ 4, 24, 25, 27, 43, 44, 49, 50, 52, 53, 54 e 56 ed ivi le relative fonti.

¹⁶ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, op. cit., n. 56, 54. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari, dall’assolutismo francese all’Italia repubblicana*, Roma, 2009, 30 ss. ricostruisce il dibattito che si svolse alla Costituente fra coloro che qualificavano la giustizia come *potere giudiziario* (che prevalsero ancora nella Costituzione del 1791, tit. I, cap. V) e coloro che propugnarono la qualifica di *ordine giudiziario* (che doveva successivamente imporsi in Francia: v. *retro* testo e nota 10).

¹⁷ Secondo la nota concezione di F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea*, in *Rev. intern. des droit de l’antiquité*, 1948, 441 ss. (successivamente, nel volume dello stesso A., *Storicità del diritto*, Milano, 1966), sulla quale, da ultimi, cfr. M. BELLOMO, *Medioevo edito e inedito*, II; *Scienza del diritto e società medioevale*, Roma, 1997, 149 ss.; M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo: ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005 e E. CONTE, *Diritto comune*, Bologna, 2009, 27 ss.

¹⁸ N. PICARDI, *La giurisdizione*, op. cit., 19 ss. ed ivi i necessari riferimenti bibliografici.

La giurisdizione non poteva essere più considerata una funzione dell'Impero o del Papato, ma neppure dello Stato che, all'epoca, non esisteva. Eravamo in presenza di un *diritto senza Stato*¹⁹ o, meglio, di un *pluralismo giuridico*, ossia alla coesistenza di diversi ordinamenti giuridici e di differenti giurisdizioni, ciascuno riconducibile a distinti gruppi sociali, anche se tutti insistevano su un territorio soggetto ad una stessa autorità politica. In un'epoca nella quale la legislazione era ancora silente, il potere veniva ripartito – come ha insegnato Mc Ilwain – fra istituzioni di governo (*gubernaculum*) e istituzioni di garanzia (*iurisdictio*)²⁰. Per delega o per consuetudine, ovvero addirittura *sine titulo*, si era venuta così formando una classe di giudici – e in genere di giuristi – che aveva finito per contrapporsi ai governanti ed a costituirsi quale garante di *iura et libertates*. Una volta delineata la separazione fra *iurisdictio* e *gubernaculum*, fra diritto e politica, il ruolo del giudice non poteva essere quello di un funzionario del governo condizionato da vincoli burocratici²¹. Il suo ruolo rifletteva una concezione del diritto come sapere universale, comune. Il diritto era costituito da un «tessuto di regole non scritte», che nascevano in una comunità ed erano vincolanti, in quanto esprimevano i relativi valori fondamentali²². L'ordinamento giuridico rappresentava il risultato di un lento progressivo lavoro di razionalizzazione dei precedenti da parte dei giudici e della dottrina. Esso tendeva all'organizzazione del consenso, non alla manifestazione della volontà di un sovrano.

L'attività del giudice assumeva un carattere professionale, al pari di quello del medico. Le cognizioni di entrambi rappresentavano il risultato critico delle passate esperienze, sulle cui basi venivano formulate, rispettivamente, nuove sentenze o nuove diagnosi. Non è

¹⁹ Paolo GROSSI, *Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medioevale* (1996), ora nel volume *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998 e, da ultimo, sempre dello stesso A. *L'Europa del diritto* (2007), Roma-Bari, 2009, 11 ss., spec. 15.

²⁰ Cfr. C.H. Mc ILWAIN, *Constitutionalism: Ancien and Modern*, New York, 1947 (trad. it. Venezia, 1956, 87 ss., nonché Bologna, 1990) e, su di esso, A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, op. cit., 25, nonché P. COLOMBO, *Governo*, Bologna, 2003, 17 ss.; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, 67 e P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, 2007, 253 ss.

²¹ N. PICARDI, *Il giudice secondo l'ideologia medioevale*, op. cit., 1485.

²² Paolo GROSSI, *L'Europa del diritto*, op. cit., 25.

senza significato la ricorrente equiparazione fra attività del giudice ed attività del medico in punto di responsabilità: *quare medicus in plus obligatur quam iudex*? Si domandava Giovanni Bassiano²³.

La procedura – o, per usare la terminologia dell'epoca, *l'ordo iudiciarius* – quale strumento operativo del giudice veniva confezionato dagli stessi giudici ed avvocati, con la collaborazione della dottrina e tradotta nella *prassi*, detta anche *stylus* o *consuetudo curiae*. Essa era considerata un capitolo della dialettica e dell'etica. Con la sua base sapienziale, *l'ordo iudiciarius* preesisteva al potere politico, non era posta da esso. Era considerata proiezione di valori e principi di giustizia naturale, connessi all'idea della parità dei contendenti: *l'ordo iudiciarius* come *ordine isonomico*²⁴. Conseguentemente veniva riconosciuta alla procedura funzione di garanzia e natura originaria: nessuno, neppure il papa, avrebbe potuto prescindere dall'*ordo iudiciarius*. L'intervento del principe, o comunque di una volontà esterna, avrebbe rappresentato non *l'ordo*, ma la *perversio ordinis*²⁵.

Pur consapevoli del rischio implicito nell'utilizzo di parametri concettuali attuali per descrivere esperienze del passato, potremmo dire che la giurisdizione all'epoca del diritto comune aveva natura originaria e in certo senso extrastatuale.

4. *Alle origini della giurisdizione statale: sovranità e giurisdizione*

Con l'età moderna centrali divennero i concetti di Stato e di sovranità²⁶. Soprattutto a partire da Jean Bodin la sovranità venne definita come potere supremo ed originario, perpetuo ed incondizionato, uno ed indivisibile, imprescrittibile ed illimitato. La sovranità divenne così il potere ultimo che, come tale, evita il rischio di una regressione all'infinito alla ricerca del principio su cui si fonda lo Stato. In altri termini, Bodin considera la sovranità il pilastro su cui regge lo Stato e, senza il quale, non vi è Stato²⁷.

²³ A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, op. cit., 23 ss.

²⁴ A. GIULIANI, *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 583 ss.

²⁵ N. PICARDI, *La giurisdizione*, op. cit., 35.

²⁶ N. PICARDI, *La giurisdizione*, op. cit., 82 ss. e 91 ss. ed *ivi* i necessari riferimenti bibliografici.

²⁷ «Le fondement principal de toute République» scrive J. BODIN, *Six livres de la République*, ristampa anastatica, Halen, 1977, Liv. I, Chap. VIII.

La teoria della sovranità ebbe una rapida diffusione in Europa e trovò, nell'area culturale tedesca²⁸, occasioni particolari di approfondimento e di sviluppo. In Germania, accanto all'Impero (*Reich*) coesistevano, infatti, Stati territoriali, feudi, province, città, domini, corporazioni, enti tutti dotati, per lo più, di sostanziale indipendenza. Si trattava di un coacervo di entità diverse che comportavano una frammentazione territoriale, sociale e confessionale. I rapporti fra queste differenti realtà costituivano, quindi, un nodo centrale della politica tedesca del XVII secolo²⁹.

I problemi erano, poi, destinati a divenire più attuali, e più acuti, alla conclusione della guerra dei trenta anni, con la necessità di una ricostruzione politico-costituzionale dei nuovi assetti risultanti dalle paci di Westfalia. Si trattava, in particolare, di stabilire se la sovranità andava riconosciuta all'Impero ovvero agli Stati (nazionali o territoriali), ovvero ancora ad altre entità indipendenti e, conseguentemente, di stabilire il rapporto fra sovranità e potere giurisdizionale. In altri saggi³⁰ abbiamo già tentato di individuare le principali tendenze che si andarono delineando nella dottrina tedesca del XVII secolo e le polemiche relative. Nell'economia di questo lavoro appare sufficiente ricordare che va ascritto a merito di Samuele Pufendorf la ricostruzione in forma sistematica della nuova realtà politico-costituzionale. Egli sostenne, da un lato, che la sovranità non costituiva più il potere supremo dell'Impero, ridotto ormai ad «irregolare aliquod corpus et monstro simile»³¹, dall'altro, con la formula «iudiciaria po-

²⁸ D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari-Roma, 2004, 71.

²⁹ Cfr., per tutti, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal medioevo alla rivoluzione francese*, Milano, 1951, 222 ss. e M. STOLLEIS *Policeywissenschaft 1600-1800*, München, 1988, trad. it. di C. Ricco, Milano, 2008, 123 ss. ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici (le ulteriori citazioni vanno riferite all'edizione italiana).

³⁰ Cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, *La normativa processuale nel Codex legum svecicarum fra 'ordo iudiciarius' e 'processus'*, in *Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, Lodz 1998, 124 ss. e in *Prefazione al Codex legum svecicarum* (1734), vol. II dei *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 1996, XIV ss., nonché, successivamente, N. PICARDI, *La giurisdizione*, op. cit., 96 ss. Per ulteriori notizie, ma in una prospettiva parzialmente diversa, v. anche M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*, I, op. cit., 273 ss.

³¹ SEVERINUS DE MONZANBANO (S. PUFENDORF), *De Statu Imperii Germanici ad Le-lium fratrem dominum trezolani*, Genevae 1667, ried. in *Klassiker der Politik*, Berlin, 1932, VI, 9.

testas pars summi imperii»³² teorizzò l'autonomia e l'autosufficienza dei sistemi giudiziari propri dei singoli Stati, che erano divenuti gli unici titolari della sovranità (*imperium*) e, pertanto, della giurisdizione. Dall'extrastatalità si passa alla statualità della giurisdizione.

II. IL MONOPOLIO STATUALE DELLA GIURISDIZIONE E LA SUA CRISI

5. Premessa

La nuova concezione secondo cui giurisdizione e sovranità sono connesse in modo inseparabile rappresenta, peraltro, solo l'inizio di un lungo e controverso processo storico³³. Mutamenti del genere si realizzano con gradualità e attraverso una serie di passaggi intermedi.

Con l'approssimazione inevitabile nel disegno complessivo dei grandi movimenti culturali che si sono sviluppati fra il XVII e il XIX secolo, può intravedersi una duplice linea evolutiva.

In una prima fase, la giurisdizione nell'antico regime era estremamente frammentata in una serie di organi di diversa origine e di differente autorità che esercitavano funzioni giudiziarie, in via esclusiva e in via cumulativa, con funzioni politiche, consultive o amministrative³⁴. Ad esempio, a Napoli, ancora agli inizi del XIX secolo, erano insediati 114 organi investiti di poteri giurisdizionali, alcuni dei quali godevano della c.d. *abdicativa* o *privativa* nei confronti di qualsiasi altra magistratura³⁵.

L'istituzione, o la ricostituzione, nei singoli Stati di Tribunali supremi (Rote, Senati, Regi Consigli, Consulte ecc.) contribuì alla unificazione del diritto nell'ambito dello Stato e, in qualche misura, anche all'armonizzazione fra diversi Stati³⁶, ma non valse ad eliminare il

³² S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum 1672, ried. in *Classics International law*, New York-London, 1964, VII, C. 4 § 4.

³³ Cfr. i relativi riferimenti bibliografici in N. PICARDI, *La giurisdizione*, op. cit., 105 ss. note 1-6.

³⁴ G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino, 1967, 97 ss. e G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1970-1971, 61.

³⁵ Cfr. A. DE MARTINO, *Antico regime e rivoluzione nel Regno di Napoli*, Napoli, 1972, 83.

³⁶ G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati preunitari italiani quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Olschki ed., Firenze, 1977, I, 447 ss., successivamente, parzialmente riprodotto nel volume dello stesso A., *Diritto comparato e diritto*

particolarismo delle giurisdizioni, complicato ulteriormente dal sistema delle immunità e dei privilegi del foro. La frammentazione, a sua volta, non poteva non incentivare conflitti di giurisdizione e/o di competenza e, quindi, incertezze nel riparto del potere giurisdizionale. A volte la confusione era, inoltre, accresciuta dal frequente uso improprio della ricasazione³⁷.

In una seconda fase, sotto l'influsso dell'illuminismo maturò, invece, il progetto di fare della giustizia un sistema "sicuro ed ordinato". Occorrerà, però, attendere la Rivoluzione francese e la legislazione napoleonica perché venga affermato un nuovo modello organizzativo: il monopolio statale della giurisdizione.

I difetti della giustizia dell'*Ancien Régime* erano stati, innanzitutto, amplificati e volgarizzati nei *cabiers de doléances*³⁸. Infatti, sui temi qui in esame, dai *cabiers* emerge, da un lato, la richiesta generalizzata di sopprimere le forme di giustizia feudali o municipali a vantaggio della sola giurisdizione che si ricollega alla sovranità nazionale, quella del re³⁹; dall'altro, la richiesta, altrettanto generalizzata, di abolire le commissioni straordinarie, le avocazioni e, in genere, gli strumenti tipici della *justice retenue* da parte del re⁴⁰.

Aboliti i privilegi di classe e di ceto, con la legislazione rivoluzionaria e poi definitivamente con quella napoleonica⁴¹, si provvede,

europeo, Milano, 1981, 543 ss., nonché, insieme ad altri saggi dello stesso A., con il titolo *Introduzione allo studio dei tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario. I: Documentazione storica*, Rimini, 1985, 328 ss. Su tali studi cfr. ora soprattutto M. ASCHERI, *I grandi tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, in M. SBRICCOLI e A. BETTONI, *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di Antico Regime*, Milano, 1993, XI ss.

³⁷ P.L. ROVITO, *Repubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Napoli, 1981, 289 ss.

³⁸ Cfr. in *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, sous la direction de J. MADIVAL et de E. LAURENT, 1^a série, 1787-1789, *états généraux*, 6 voll. Paris, 1868. Un significativo riassunto, con il titolo *Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la chancellerie* è pubblicato nell'allegato IV a E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, vol. I, Paris, 1901, 489 ss.

³⁹ Cfr., per tutti, F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution* (1948), Paris, 1988, §§ 386 ss. 516 ss.

⁴⁰ Art. 27 del *Résumé*, Allegato IV a E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, op. cit., 489 ss.

⁴¹ Art. 20 del *Résumé*, cit., 492 ed, in tema, anche R. AUBIN, *L'organisation judiciaire d'après les cahiers de 1798*, Paris, 1928, 19.

invece, a smantellare, nell'Europa continentale⁴², la pluralità delle giurisdizioni e ad affermare l'unicità e la statualità della giurisdizione⁴³. Emblematica resta la formula adottata dalla legge napoletana del 2 agosto 1806⁴⁴ che, all'art. 3, stabiliva: "tutte le giurisdizioni baronali ... sono reintegrate alla sovranità dalle quali saranno inseparabili". In altri termini, lo Stato ormai rivendica il monopolio della giurisdizione, non ammettendo più che istituti o persone diverse possano istituire giudici.

L'assioma della giurisdizione quale emanazione della sovranità era, poi, destinato a saldarsi, da un lato, con il principio della *statualità della procedura*, e, dall'altro, con la concezione del *giudice funzionario dello Stato*. In effetti, se la giurisdizione è esercizio di un potere sovrano, lo Stato può investire solo un giudice suo funzionario che, come tale, spende l'autorità dello stesso Stato⁴⁵. In secondo luogo, poiché si tratta di un'attività pubblica, il sistema giurisdizionale assume un carattere gerarchico, precostituito e controllato esclusivamente dallo Stato. Conseguentemente, anche la disciplina del singolo processo viene ricompresa nell'ambito del diritto pub-

⁴² Quanto all'Italia, per la diffusione dell'ideologia rivoluzionaria negli Stati preunitari, cfr. la documentazione raccolta nel volume *Legislazione processuale delle repubbliche giacobine in Italia (1796-1799)*, con *Introduzione* di C. CARCERERI DE PRATI, nella citata collana "Testi e documenti per la storia del processo", 2/V, Milano, 2004.

⁴³ R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile. Mémoire sur la réformation de la Justice*, Evreux, 1857, 128.

⁴⁴ Già ricordata da Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1923, 292 n. 1. Sull'abolizione delle giurisdizioni baronali nello Stato pontificio e l'opera del Cardinal Ercole Consalvi cfr., U. PETRONIO e N. PICARDI, *Prefazione al Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI, 1834*, in "Testi e documenti per la storia del processo" cit., 2/X, Milano, 2004, XXII ss.

⁴⁵ A. GIULIANI e N. PICARDI (a cura), *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, in *L'Educazione giuridica IV*, tre tomi, Perugia, 1981 e, in particolare, A. GIULIANI, *Dialectical Mind versus Bureaucratic Mind*, nel 3° tomo, 515 ss.; N. PICARDI, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 758 ss. e in *Studi in onore di E. Allorio*, vol. I, Milano, 1989, spec. 713 ss.; A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, op. cit., §§ 4, 6, 7, 12, 13, 14, 16, 24, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 49, 50, 52, 53, 54 e 56; IDD., *Prefazione al Codex legum svecicarum (1734)*, op. cit., XIX ss.; H. MOHNHAUPT, *Introduzione al Codex Fridericianus Marchicus*, t. I, in *Testi e documenti per la storia del processo*, cit., III, Milano, 2000, XXXII ss.; W. OGRIS e OBERHAMMER, *Introduzione al Regolamento giudiziario di Giuseppe II (1781)*, *ivi*, IV, Milano, 1999, XXXII, (e N. PICARDI, *Prefazione allo stesso volume*, XVI ss.), nonché W.H. RECHBERGER e G.E. KODEX, *Introduzione all'Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe (1895)*, *ivi*, VIII, Milano, 2004, XXVII ss.

blico⁴⁶ e le è attribuito un carattere rigidamente statuale. Il giudice funzionario, in definitiva, è tenuto a rispettare le regole di procedura fissate dal sovrano legislatore (*lex fori*), che, a partire sempre dall'epoca moderna⁴⁷ aveva iniziato a riservare a sé anche il *monopolio della legislazione processuale*.

Si sono venuti così costituendo tanti autonomi ed indipendenti sistemi giurisdizionali quanti sono gli Stati nazionali o territoriali. Il coordinamento fra i diversi sistemi non poteva non realizzarsi su base territoriale: ogni Stato deve riconoscere gli altri Stati come sovrani, entro i limiti dei rispettivi territori. *Sovranità, territorio e giurisdizione* sono divenute, così, tre nozioni che si sono intersecate ed hanno interagito con la conseguente coincidenza fra ambito della sovranità ed ambito della giurisdizione: *la giurisdizione tanto si estende quanto la sovranità stessa*⁴⁸.

Per evitare l'isolamento e soddisfare le esigenze legate al commercio e al traffico internazionale, allo Stato non rimaneva che ricorrere allo strumento convenzionale. Nel XX secolo si è, infatti, registrato un ricorso sempre più accentuato alle convenzioni internazionali, prima bilaterali e poi anche multilaterali, in tema di procedura civile ed assistenza giudiziaria. Le convenzioni presuppongono, ap-

⁴⁶ C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore. Introduzione all'Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe*, op. cit., LVII. Sulla concezione pubblicistica del processo civile e le possibili involuzioni autoritarie cfr., da ultimo, F. CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle origini del codice di procedura civile)*, nel volume dello stesso A., *Scritti in onore dei Patres*, Milano, 2006, spec. 362-363 (lo scritto è anche pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 75 ss.) e ID., *Dalla svolta autoritaria di De Francisci al Codice Grandi*, nel volume dello stesso A., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende interpretazioni documenti*, Napoli, 2007, 92 ss., nonché, in una prospettiva comparatistica, L. CORREIA DE MENDOZA, *Virus autoritario e processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 115 ss.

⁴⁷ A. GIULIANI e N. PICARDI (a cura), *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, in *L'Educazione giuridica V*, tre tomi, Napoli, 1988 e, in particolare, N. PICARDI, *Les racines historiques et logiques du code de procedure civile*, nel 1° tomo, 241 ss. ed in *Festschrift für G. Mitsopoulos*, Athen, 1993, 1015 ss.; ID., *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Digesto*, IV ed., vol. II, Torino, 1989, 457 ss., nonché ID., *Introduzione al Code Louis*, t. I, in *Testi e documenti*, cit., I, spec. XLVIII ss., ove il *Code Louis* viene considerato il momento di passaggio dalle consolidazioni alle codificazioni delle procedure.

⁴⁸ Sull'origine ed il significato di tale affermazione v. R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transazionali*, Padova, 2000, 11 ss.

punto, sistemi interni chiusi, di stampo nazionalistico ed operano una parziale limitazione della sovranità, e quindi della giurisdizione, solo a condizione di reciprocità. Conseguentemente, nell'ottica della sovranità, lo Stato moderno è diventato autoreferenziale: non ha accettato limiti diversi da quelli che esso stesso si è imposto.

In definitiva, l'indagine storica e comparativa conferma la relatività del concetto di giurisdizione: una serie di circostanze storiche hanno comportato che dal XVII al XX secolo lo Stato moderno si sia arrogato il monopolio della giurisdizione; ma il potere giurisdizionale storicamente preesisteva e non si risolveva necessariamente in una funzione dello Stato⁴⁹.

6. *La crisi del monopolio statale della giurisdizione: il mutamento dei presupposti*

Una volta stabilito la relatività dei concetti di giustizia e di giurisdizione, la loro attuale delimitazione non può non basarsi sulla concreta esperienza giuridica e, quindi, sulla realtà del nostro tempo⁵⁰.

Nella seconda metà del XX secolo si sono, innanzitutto, registrate in Europa continentale profonde evoluzioni. Oggi⁵¹, come è noto, è in discussione anche il primo presupposto della nostra problematica: la stessa concezione della sovranità statale⁵², nell'acce-

⁴⁹ SERRA, *Jurisdicción*, in *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, già ricordato da MONTERO AROCA in J. MONTERO AROCA, M. ORTELLS RAMOS e J.L. GOMEZ COLMER, *Derecho jurisdiccional*, I, Barcelona, 1989, 49-50 e 61.

⁵⁰ Così già J. MONTERO AROCA, *op. ult. cit.*, 50.

⁵¹ Nel 1949 Filippo VASSALLI, in un noto scritto (*Extrastatalità del diritto civile*, ora in *Scritti giuridici* dello stesso A., vol. III-2, Milano, 1960, 753 ss.), già osservava che l'«ultima grande guerra ha preparato il superamento dello Stato nazionale e il superamento della sovranità statale» (p. 754), giungendo alla conclusione secondo cui ormai «la sovranità statale è un nome senza contenuto» (p. 761). Va, però, anche ricordato che Santi ROMANO precedentemente nel 1909 aveva intitolato la sua prolusione pisana *Lo Stato moderno e la sua crisi* (ora nel volume dello stesso A., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, spec. 9 ss.).

⁵² N. MAC CORMICK, *Questioning Sovereignty, Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999, trad. it. A. Torre, Bologna, 2003, spec. 43 ss., nonché, sulla letteratura italiana, cfr., per tutti, C.A. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, con prefazione di N. IRTI ed introduzione di F. Margiotta Broglio, Bari, 1991, spec. 41 ss. e, da ultimo, N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Diritto e Società*, 2009, 465 ss. spec. 467 ss. e 478 ss.

zione che risale, come si è visto, alla formazione dello Stato moderno. Si pone, infatti, il problema di fondo: a chi va attribuita la titolarità della sovranità? Si è, anzi, sostenuto che la sovranità si sarebbe desubiettivizzata; i valori fondamentali si sarebbero svincolati dallo Stato e dalla sua sovranità ed avrebbero acquistato forza e validità oggettiva nella coscienza dei *popoli*⁵³ o meglio nella *comunità*⁵⁴. Anticipata o confermata dalla prassi, è, comunque, ormai diffusa l'idea della crisi della sovranità statale⁵⁵. Non è più possibile sostenere che lo Stato sia fonte prima, unica ed ultima del diritto, in quanto non riconoscerebbe poteri superiori e troverebbe, solo in se stesso, la propria legittimazione. Conseguentemente, si è, quindi, verificato uno stravolgimento del sistema delle fonti⁵⁶ e la previsione del c.d. costituzionalismo multilivello⁵⁷. In un *milieu* multilivello ben si inquadra, come meglio si vedrà, il fenomeno della moltiplicazione delle istanze di protezione dei diritti e, quindi, delle giurisdizioni. Ne consegue che la giurisdizione oggi si estende al di là della sovranità statale o, meglio, «oltre lo Stato»⁵⁸.

Sovranità, territorio e giurisdizione non rappresentano più i punti di riferimento sui quali ha lavorato la giurisprudenza teorica e quella pratica nel XIX e nel XX secolo. L'esperienza giuridica contemporanea, a nostro avviso⁵⁹, pone in dubbio che il potere giudizia-

⁵³ G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 55 ss. e, da ultimo, N. IRTI, *Tramonto della sovranità*, op. cit., 466.

⁵⁴ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, op. cit., 184 ss. ed ivi anche la distinzione fra nazione, popolo e comunità. Su quest'ultimo concetto, cfr., da ultimo, Paolo GROSSI, *L'Europa del diritto*, op. cit., 223 ss.

⁵⁵ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.

⁵⁶ Pierfrancesco GROSSI, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino, 2008, *passim*.

⁵⁷ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution - Making Revisited*, in *CML Rev.* 36 (1999), 703 ss.

⁵⁸ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 137 ss.

⁵⁹ Cfr. N. PICARDI, *Juge, État et Communauté*, in *Nouveaux Juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, 1996, 351 ss., spec. 358 ss.; ID., *Alle radici del conflitto tra magistratura e politica*, in *Il giusto processo*, 2002, 9 ss.; ID., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, I, 1179 ss. spec. § 9 (saggio già pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41 ss. e, successivamente, tradotto in portoghese nel nostro volume, *Jurisdição e Pro-*

rio possa essere ancora oggi inquadrato fra i poteri dello Stato. Al momento non mancano, infatti, indizi – se si vuole frammentari, ma certamente significativi – di una crisi del monopolio statale della giurisdizione e di una operazione di sganciamento del giudice dallo Stato.

7. (Segue) *La proliferazione delle Corti*

Sconvolti i parametri sui quali la cultura giuridica e politica aveva costruito il principio della giurisdizione quale emanazione della sovranità, va constatato, in via preliminare, come – al di là dei 192 sistemi giudiziari, che, pur nella loro diversità, restano legati agli Stati attualmente esistenti – nel globo attualmente agiscono un numero considerevole di Corti o Tribunali ultra o extrastatali ed un numero ancora maggiore di arbitrati amministrati, detti anche istituzionali (*institutional arbitration*) o, comunque, di organismi paragiurisdizionali, che operano anche in un quadro transazionale⁶⁰.

Si è tentato una loro prima classificazione, redigendo anche una tavola sinottica⁶¹. È stata, inoltre, evidenziata una progressiva proliferazione di questi organismi di garanzia⁶². Ai fini di questa indagine sembra, peraltro, sufficiente segnalare solo alcuni esempi emblematici di giurisdizioni o paragiurisdizioni non riconducibili alla sovranità statale e le cui decisioni hanno un'efficacia diffusa e territorialmente non limitata.

cesso, Rio de Janeiro, 2008, 1 ss.); ID., *La giurisdizione*, op. cit., 174 ss.; ID., *Extraestatalidad de la Jurisdicción*, 167 ss. ed ID., *Manuale del processo civile*, 2ª ed., Milano, 2010, §§ 8 e 9.

La tesi della crisi del monopolio statale della giurisdizione è oggi sostenuta anche da G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 379 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, 28-29.

⁶⁰ F. POCAR, *The Proliferation of International Courts and Tribunals: A Necessity in the Current International Community*, J.I.C.J., 2004, 304 ss.

⁶¹ Cfr. C. P.R. ROMANO, *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*, 31, N.Y.U.J. *Int'l L & Poli*, 1999, 709 ss. ed ID., *Project on International Courts and Tribunals* (PICT), Center on International Cooperation, New York University, in www.pict-pict.org enumera e raggruppa oggi in 15 sottogruppi ben 125 giurisdizioni o paragiurisdizioni di cui 98 attualmente operanti. Nel prosieguo di questa indagine forniremo, peraltro, altri esempi che potrebbero integrare ulteriormente la predetta tavola.

⁶² Y. SHANY, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford Univ. Press, 2007, *passim*.

È, innanzitutto, d'obbligo il riferimento alle *giurisdizioni europee istituite a Lussemburgo*⁶³. L'Unione europea non è uno Stato, né essa è dotata di sovranità, quasi fosse una sorta di federazione o confederazione⁶⁴. Ricondurre i poteri esercitati dai suoi giudici ad una pretesa sovranità europea – almeno al momento – sarebbe una finzione. Si tratta di un sistema giurisdizionale che si è sviluppato ed ha oggi conseguito una complessa articolazione (i Tribunali specializzati, il Tribunale e la Corte di giustizia) ed una piena effettività⁶⁵. Voller ricercare il fondamento delle relative sentenze in una cessione *pro-quota* delle diverse sovranità statali, operata a suo tempo con i trattati istitutivi, prima delle Comunità, poi dell'Unione Europea, rappresenterebbe una ricostruzione puramente astratta e formale. Nella stessa ottica di Lussemburgo, altrettanto significativi appaiono, del resto, anche i più recenti modelli americani, quali il *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, con sede in Quito (Ecuador)⁶⁶, ed il *Tribunal Permanente de Revision del Mercosur*, con sede in Asunción (Paraguay)⁶⁷.

Ancora più difficile è, poi, stabilire un collegamento con qualche forma di sovranità (sia pure soltanto potenziale) della *Corte Europea dei diritti dell'uomo*⁶⁸, c.d. *Corte di Strasburgo*, istituita dalla

⁶³ Cfr., per tutti, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2005 con ampia bibliografia.

⁶⁴ N. MAC CORMICK, *Questioning Sovereignty*, op. cit., 261.

⁶⁵ Cfr., per tutti, in generale L. DANIELE, *Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Digesto della "discipline pubblicistiche"*, III, Torino, 1989, 225 ss. e J.H.H. WEILER, *La Corte europea di giustizia e il potere giudiziario 'après Nice'*, in B. BEUTLER ed altri, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001, 227 ss. e 373 ss.

⁶⁶ Il Tribunale Andino, attualmente regolato dal *Protocolo de Cochabamba* del 1996, ha la funzione di assicurare la risoluzione delle controversie nell'ambito della Comunità degli Stati andini (Bolivia, Colombia, Ecuador e Perù), nonché, l'uniforme interpretazione del *Tratado de Cartagena* del 1969, istitutivo della Comunidad Andina, e successive integrazioni. In tema cfr., per tutti, F.J. SANCHEZ CHACON, *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias*, in *Aldea Mundo. Revista sobre fronteras y integración*, 1999, 38 ss.

⁶⁷ Il Tribunale del Mercosur, regolato dal *Protocolo de Olivos* del 2002, ha la funzione di assicurare la soluzione delle controversie nell'ambito degli Stati aderenti (Argentina, Brasile, Paraguay ed Uruguay) e l'uniforme interpretazione del *Tratado de Asunción* del 1991, istitutivo del Mercosur. In tema cfr., per tutti, G.M. MARCHESINI, *Soluciones de controversias en el Mercosur y en el derecho comparado*, in *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 2000, n. 33, 56 ss. e U. ZAMBRANO, *Diritti fondamentali, Trattato di Lisbona e l'esperienza del Mercosur*, in *Studi in onore di M. Acone*, Napoli, 2010, I, 285 ss. spec. 294 ss.

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Trattato di Roma del 1950). Lo stesso è a dirsi – fuori del contesto europeo – per le altre *Corti regionali dei diritti umani*⁶⁹, fra le quali particolare rilevanza⁷⁰ assume la *Corte interamericana de Derechos Humanos* di San José del Costa Rica⁷¹.

Non vanno, comunque, neppure dimenticate alcune giurisdizioni storiche non statuali, ma tuttora dotate di effettività. Nessuna forma di sovranità può scorgersi a fondamento delle sentenze emanate dal sistema di giustizia dell'ordinamento canonico, che, come si è già accennato, conserva una dimensione universale⁷², anche nella sua attuale articolazione in *Tribunale supremo della Segnatura Apostolica*, *Rota Romana* (nonché *Rota Madrilena* e *Rota Ungherese*) e

⁶⁸ Cfr., per tutti, J.P. MARGUÉNAUD, *La Cour Européenne des droits de l'homme*, Paris, 2002.

⁶⁹ Cfr. M.V. DANKWA, *Rapport général de la Conférence sur les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme en Afrique, Amérique et en Europe, tenue en juin 1992 à Strasbourg*, in *Human rights law journal*, 1992, 314 ss. e, da ultimo, D. PARAM CUMA RASW, *Human Rights and the Judiciary*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, op. cit., 39 ss.

⁷⁰ Quanto al sistema di protezione giudiziaria dei diritti dell'uomo nel continente africano, giova ricordare che – accanto alla apposita *Commissione*, organo amministrativo specializzato che opera dal 1987 – l'Organizzazione dell'Unità Africana (O.U.A.), con il *Trattato di Onagadongon* del 10 giugno 1998, ha creato la *Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* (J.L. ATANGA AMOUGOU, *Avancées et limites du système africain des droits de l'homme: la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, in *Rev. droits fondamentaux*, 2003, n. 3), la quale è in funzione a partire dal 2004. Sull'evoluzione ed i limiti di tale Corte cfr., da ultimo, I.C. FATOUMATA DIAKITE, *Justice et droits de l'homme en Afrique*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, op. cit., 221 spec. 230 ss.

⁷¹ Disciplinata attualmente dal Regolamento del 1997 sulla base della *Convención Americana sobre Derechos Humanos* del 1969, ma entrata in vigore nel 1978. Non aderiscono, tuttora, Canada ed U.S.A. In tema cfr., per tutti, J.C. HITTERS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991; C. AYALA CORAO, *El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos*, Mexico, 1999, 99 ss.; J.M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights*, Cambridge, 2003, nonché, da ultimi, P. TANZARELLA, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San José*, in *I diritti dell'uomo*, 2010, 12 ss. e S. BENETTI, *Duración del proceso y Derechos Humanos en América latina*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, op. cit., 311 ss.

⁷² Il sistema di giustizia del diritto canonico non va, peraltro, confuso con quello dello Stato Città del Vaticano, Stato autonomo, pur se di limitate dimensioni territoriali. Cfr. N. PICARDI, *Lo Stato Vaticano e la sua giustizia*, Bari, 2009.

*Tribunali diocesani*⁷³. Si aggiungano i *Tribunali magistrali* del Sovrano Militare Ordine di Malta che, pur essendo emanazione di un ente al quale è riconosciuta la sovranità giuridica internazionale⁷⁴, sono giurisdizioni senza territorio.

Particolare rilevanza oggi assumono, comunque, altre giurisdizioni istituite in forma stabile per la risoluzione delle controversie internazionali⁷⁵. Il principale organo giurisdizionale è rappresentato dalla *Corte internazionale di giustizia dell'Aja*, deputata a dirimere controversie tra Stati ed avente natura arbitrale⁷⁶. Vanno, poi, ricordati i tribunali amministrativi internazionali⁷⁷ e, in particolare, il *Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite*, al quale è demandata la risoluzione delle controversie tra i relativi dipendenti e l'ONU⁷⁸ ed il corrispondente *Tribunale amministrativo della Banca mondiale*⁷⁹. Più significativi ancora appaiono, poi, il *Tribunale internazionale del diritto del mare*⁸⁰ e, soprattutto, il *Tribunale arbitrale ICSID* per la soluzione delle controversie in materia di investimenti fra Stati e citta-

⁷³ Cfr., per tutti, P.A. BONNET, *I tribunali nella loro diversità di grado e di specie*, nel volume dello stesso A., *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul processo canonico*, Torino, 1998 60 ss.

⁷⁴ In tema, cfr. F. GAZZONI, *L'Ordine di Malta*, Milano, 1979, 12 ss., 40 ss. e 66 ss.; ID., *Fini e conformazione dell'ordine di Malta*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 391.

⁷⁵ T. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999, 37 ss. e P. SANDS, R. MACKENZIE e Y. SHANY, *Manual on International Courts and Tribunals*, London, 1999.

⁷⁶ U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, I, Torino, 1987 spec. § 4, 346 ss.; P. BENVENUTI, *Corte Internazionale di giustizia*, *ivi*, III, Torino, 1989, 241 ss. e S. MARCHISIO, *United Nations Organization (O.N.U.)*, *ivi*, XV, Torino, 1999, §§ 75 e 76, 555 ss.

⁷⁷ S. MARCHISIO, *Tribunali amministrativi internazionali*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992.

⁷⁸ Cfr. già lo studio di A.M. DEL VECCHIO, *Il Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite*, Milano, 1972.

⁷⁹ T. MERON, *World Bank Administrative Tribunal*, in *Encyclopedia of Public International Law*, V, 1983, 400 ss.

⁸⁰ La *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare* (UNCLOS), firmata a Montego Bay nel 1982 all'art. 287 offre agli Stati membri, per la verità, la possibilità di scegliere fra tre diverse procedure: il ricorso al Tribunale internazionale del mare, il ricorso alla Corte Internazionale di giustizia e la costituzione di un collegio arbitrale. Cfr. A.O. ADEDE, *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention of the Law of the Sea*, Dordrecht 1987, nonché, nella letteratura italiana, T. TREVES, *Le controversie internazionali*, op. cit., 102 ss. e A. CANNONE, *Il Tribunale internazionale del diritto del mare*, Bari, 1991.

dini di altri Stati⁸¹ che ha acquistato una naturale effettività, anche perché prevede la possibilità di impugnare lodo solo avanti ad un tribunale arbitrale, sempre ICSID, *ad hoc*⁸², con esclusione di ogni impugnativa avanti ad organi giudiziari statuali. Non men rilevanti sono i metodi di risoluzione delle controversie previste dall'*Organizzazione Mondiale del Commercio* (più nota con l'acronimo inglese W.T.O.)⁸³, nel cui ambito è stato istituito, ancora una volta, un organo di appello⁸⁴. Vanno, inoltre, anche ricordate le giurisdizioni sportive⁸⁵, che, sul piano internazionale, trovano l'espressione più significativa nel *Tribunale Arbitrale dello Sport di Losanna*⁸⁶. Alla loro base non v'è certamente alcuna sovranità, si tratta piuttosto di forme di "giustizia arbitrale". Del resto, noti sono i mutamenti registrati fra giurisdizioni statuali ed arbitrato (sia esso domestico⁸⁷ o estero⁸⁸), a tutto vantaggio di quest'ultimo che assume sempre più forme istituzionalizzate ed esibisce una accentuata tendenza alla *denazionalizzazione*⁸⁹.

Anche nel campo del settore penale si sono, del resto, moltiplicate forme di giurisdizioni non riconducibili alla sovranità nazionale⁹⁰. A parte le esperienze, ormai storiche del dopoguerra (i tribu-

⁸¹ Istituito con la *Convenzione di Washington del 1965* alla quale hanno aderito più di un centinaio di Stati. Cfr., per tutti, C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009.

⁸² Cfr. l'art. 51 che rinvia agli artt. 37 ss. della predetta *Convenzione di Washington*.

⁸³ Istituita nel 1994 con il *Marrakech Agreement Establishing the World Organisation*. In tema, cfr., per tutti, A. VON BOGDANDY, *Law and Policy of the World Trade Organisation. Text, Cases and Materials*, Cambridge Univ. Press, 2005.

⁸⁴ Sovrintendono, infatti, alla procedura tre organi distinti: il *Dispute Settlement Body*, il *Panel*, l'*Appellate Body*. In tema cfr., nella letteratura italiana, M. VELLANO, *L'organo di appello dell'O.M.C.*, Napoli, 2001.

⁸⁵ Cfr., per tutti, il classico studio di F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975.

⁸⁶ A. MERONE, *Il Tribunale arbitrale dello Sport*, Torino, 2009.

⁸⁷ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, spec. 19 ss. e G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004, 1 ss.

⁸⁸ A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 1 ss.

⁸⁹ A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, 14 ss. e 50 ss.

⁹⁰ Cfr., da ultimo, F. POCAR, *The Right to Be Tried by an Independent and Impartial Judge: Specific Features of International Criminal Tribunals*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, *op. cit.*, 180 ss.

nali di Norimberga⁹¹ e di Tokio⁹²), vanno, innanzitutto, ricordati diversi *tribunali penali temporanei*, specialmente quelli istituiti per la repressione dei crimini commessi in Sierra Leone⁹³, nell'ex Jugoslavia⁹⁴ ed in Ruanda⁹⁵ e, soprattutto, la *Corte penale internazionale* permanente, istituita all'Aja con il Trattato di Roma del 1998⁹⁶, munita, a presidio della propria indipendenza, della personalità giuridica internazionale.

Non meno significativi sono, poi, i fenomeni di *delocalizzazione* della giurisdizione dei tribunali statuali, che si vanno accentuando soprattutto in tempi recenti. Pur con le peculiarità proprie dei differenti ordinamenti penal-processualistici nazionali⁹⁷, numerose sono le ipotesi di esercizio della giurisdizione penale da parte di tribunali nazionali per condotte criminose verificatesi all'estero, in connessione con missioni militari. Valga, per tutti, il noto caso Calipari.

Emblematici restano, poi, i fenomeni di *delocalizzazione* della giurisdizione nel Regno Unito e in Spagna per i noti fatti cileni ed argentini. Nel Regno Unito, la *House of Lords* venne, infatti, chiamata a concedere o meno l'estradizione del generale Pinochet in Spagna

⁹¹ H. DONNEDIEU de VABRES, *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, in "Recueil des cours de l'Académie des Droit International" 1947, tomo I, vol. 70, 477 ss. In tema cfr., da ultimo, P. SANDS (a cura di), *From Nuremberg to the Hague: the Future of International Criminal Justice*, Cambridge Univ. Press, 2003.

⁹² B.V.A. ROELING e F. RUETER, *The Tokio Jugement*, 2 voll., Amsterdam 1977.

⁹³ F. POCAR, *The Right*, op. cit., 180 e 181.

⁹⁴ V. MORRIS e M.P. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington on Hudson, N.Y., Transnational Publishers, 1995 e F. LATTANZI, *La primazia del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia sulle giurisdizioni interne*, in *Riv. dir. internazionale*, 2000, 597 ss.

⁹⁵ V. MORRIS e M.P. SCHARF, *The international Criminal Tribunal for Rwanda*, Irvington on Hudson, N.Y., Transnational Publishers, 1998.

⁹⁶ Il trattato è stato sottoscritto, ma tuttora non ratificato, fra gli altri da Israele, Russia ed U.S.A., mentre la Cina non l'ha neppure sottoscritto. Sulla Corte Internazionale cfr., per tutti, A. CASSESE, P. GAETA e J. JONES, *The Rome Statute for International Criminal Court. A Commentary*, 3 voll., Oxford 2002 e A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO, *Problemi giuridici attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005.

⁹⁷ Cfr., per tutti, M. CHIAVARIO ed altri, *Procedure penali d'Europa*, 2ª ed., Padova, 2001, spec. 39 ss.

⁹⁸ P. SANDS, *After Pinochet: the Proper Relationship between National and International Court*, in *Liber Amicorum for Prof. Georges Abi Saab*, Martinus Nijhoff, 2001, 699 ss.

(e, poi, in altri Stati europei), in cui era stato avviato un procedimento penale a suo carico per i delitti di genocidio e tortura. Si trattava di una questione complessa, in quanto venivano in discussione principi configgenti: da un lato, il principio di sovranità e di parità fra gli Stati; dall'altro, l'esigenza di tutela internazionale nei casi di delitti contro l'umanità⁹⁸.

Da ultimo, va ricordata l'estensione della giurisdizione dei tribunali dello Stato Città del Vaticano per quanto riguarda alcune tipologie di reati commessi all'estero⁹⁹.

Quantomeno nell'ambito europeo, oggi si vanno, comunque, moltiplicando forme di collaborazione internazionale¹⁰⁰. Si pensi, in particolare, al mandato d'arresto europeo, al mandato europeo per lo scambio delle prove ed al sistema di informazione *Schengen* di seconda generazione (Sis II), che allarga i suoi confini alla cooperazione giudiziaria penale. In tali contesti si sono iniziate, anzi, a prospettare, in alcuni settori, forme di giurisdizione penale universale.

D'altra parte, la Corte costituzionale italiana ha avuto modo di constatare, in via generale, "una imponente tendenza alla *delocalizzazione* della giurisdizione"¹⁰¹. La verità è che la giurisdizione insegue il fenomeno della globalizzazione, provocando anche ipotesi di *de-territorializzazione* del potere giudiziario.

⁹⁹ Con la lettera *d* del *Motu proprio* «Per la prevenzione ed il contrasto» del 30 dicembre 2010, Benedetto XVI ha, infatti, attribuito alla giustizia vaticana la *giurisdizione penale* per i reati di riciclaggio di proventi illegali e di finanziamento del terrorismo nei confronti di soggetti ed enti anche non concernenti lo Stato Vaticano e ad esso esterni, ma dipendenti dalla Santa Sede, che, come è noto, è munita di una distinta personalità giuridica internazionale (cfr. N. PICARDI, *Relazione del Promotore di Giustizia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011*, Città del Vaticano, 2011, 64 ss. e 72 ss., nonché lo stesso *Motu proprio*, *ivi*, nell'Appendice, doc. n. 5).

Del resto, con *Motu proprio* «Venti anni or sono» del 7 luglio 2009, ai tribunali vaticani era stata già attribuita la *giurisdizione civile* nelle controversie di lavoro dei dipendenti da enti, anche diversi dallo Stato Vaticano, purché gestiti direttamente dalla Santa Sede. Cfr. N. PICARDI, *op. ult. cit.*, 59 ss. e 84 ss.; ID., *Il collegio di conciliazione ed arbitrato dell'ufficio del lavoro della sede apostolica in Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 623.

¹⁰⁰ A. GAITO (a cura), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006.

¹⁰¹ C. Cost. 18 ottobre 2000 n. 428, in *Corr. giur.*, 2001, 506 ss., con nota di M. MARINELLI, ma in tema cfr. già ampiamente P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, 115 ss. e R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, *op. cit.*, 8 ss.

In definitiva, l'esperienza giuridica contemporanea è caratterizzata da una proliferazione di giurisdizioni: ai sistemi giurisdizionali statuali, oggi divenuti intercomunicanti e tendenzialmente fungibili¹⁰², si sono sovrapposti corti e tribunali extra o ultrastatali. Si è venuta così creando una stratificazione di forme di giustizia, collocate a diversi livelli.

8. (Segue) *La struttura multilivello ed il carattere transnazionale della giurisdizione*

Nel diritto comune l'organizzazione giudiziaria in Europa era bicipite e faceva capo, rispettivamente, ai giudici ordinari, l'imperatore ed il papa (e, poi, ai relativi grandi tribunali: il *Reichskammergericht* e la *Rota romana*), ai quali, in via di principio, si ricollegavano – in un rapporto di superiorità e di correlativa subordinazione, che si andò progressivamente attenuando – le giurisdizioni inferiori¹⁰³.

A partire dall'età moderna, la comunità internazionale è divenuta, invece, una società di Stati a carattere paritario e, conseguentemente, l'organizzazione della giustizia si è trasformata. A parte le Corti europee, alla *Corte internazionale di giustizia dell'Aja* sono ormai affiancati numerosi organi giurisdizionali o paragiurisdizionali internazionali. Si tratta di Tribunali che – seppure posti a livelli diversi – presentano un carattere paritario, sono specializzati ed equiordinati¹⁰⁴. Non sono, infatti, previste impugnazioni delle loro decisioni davanti ad organi superiori.

Alla proliferazione delle Corti internazionali corrisponde, poi, la frammentazione del diritto internazionale che ormai risulta composto da tutta una serie di regimi normativi settoriali e separati¹⁰⁵. Si è

¹⁰² R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie transazionali*, op. cit., 188 ss. e P. BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 523 ss. spec. 537 ss.

¹⁰³ N. PICARDI, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, op. cit., 762 ss., 781 ss.

¹⁰⁴ Y. SHANY, *Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, op. loc. cit.

¹⁰⁵ T. TREVES, *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e studi*, 2008, 42 ss. In senso critico cfr., peraltro, B. CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: glissez, mortels, n'appuyez pas!*, in *Revue générale du Droit International Public*, 2007, III, n. 1, 5 ss.

già scritto che il diritto internazionale è una tela di Penelope, che si ricomincia a tessere *ex novo* ad ogni accordo normativo¹⁰⁶ ed – aggiungiamo noi – anche ad ogni accordo che si limita ad istituire o rinviare ad un nuovo tribunale internazionale.

A parte le organizzazioni giudiziarie dei singoli Stati, l'attuale assetto della giustizia extra o ultrastatuale è stato, quindi, emblematicamente definito un sistema anarchico¹⁰⁷ o, se si preferisce, un insieme di tribunali di Babele¹⁰⁸. Siamo, in effetti, in presenza di una pluralità di giurisdizioni e paragiurisdizioni statuali, europee ed internazionali, collocate a diversi livelli, ma non tutte collegate e coordinate fra loro¹⁰⁹.

La situazione è, peraltro, ancora più complicata, perché le controversie ai giorni nostri, vanno assumendo, sempre in maggior misura, carattere transnazionale¹¹⁰, nel senso che non si esauriscono nell'ambito puramente nazionale, o meglio statale, ma neppure nel contesto europeo o nel tradizionale quadro delle controversie internazionali. Esse esibiscono, per lo più, una dimensione trasversale e finiscono spesso per coinvolgere, contemporaneamente o successivamente, diverse o, addirittura, tutte le predette istanze giurisdizionali, come, ad esempio, nel caso *Voiotia*, sul quale ci soffermeremo nell'ultima parte di questo saggio.

Ne consegue che le misure adottate a livello del singolo Stato, senza coordinamento né cooperazione extra ed ultrastatuale, finirebbero per avere effetti molto limitati.

¹⁰⁶ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), 2^a ed., Firenze, 1946, 64.

¹⁰⁷ CESARE P.R. ROMANO, *Project on International Courts and Tribunals*, op. loco cit., e già I.I. BULL, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, London, 1977.

¹⁰⁸ Il presidente della Corte internazionale di giustizia Rosalyn HIGGINS, nelle sue riflessioni sull'attuale proliferazione delle Corti, si domanda se ci troviamo in presenza di una babele di decisioni giudiziarie (*A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, 791 ss.), espressione efficacemente ripresa, da ultimo, da S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, 7 ss.

¹⁰⁹ Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Court*, Oxford Univ. Press, 2007.

¹¹⁰ R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, op. cit., 2 ss. e M. TARUFFO, *Note sulla dimensione transnazionale delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1055 ss.

III. ALLA RICERCA DI NUOVI ASSETTI DELLA GIUSTIZIA

9. *Premessa*

Dalla indagine finora svolta sembra, quindi, emergere che la cultura giuridica dei nostri giorni non possa più riconoscersi nelle concezioni tradizionali che si erano andate consolidando, soprattutto fra la fine del XIX secolo e la prima metà del XX secolo. La giurisdizione oggi non appare più una funzione esclusiva dello Stato e gli organi cui è demandata la tutela giurisdizionale non sono sempre qualificabili quali organi dello Stato. Correlativamente, l'esperienza giuridica contemporanea sembra aver ormai superato sia il principio del monopolio statale dell'organizzazione giudiziaria e della disciplina processuale¹¹¹, sia l'idea del giudice funzionario dello Stato¹¹².

In altra sede¹¹³ abbiamo tentato di ricollegare la giurisdizione – intesa come potere indipendente, diffuso e professionale – non allo Stato, ma alla Comunità di riferimento. Nell'economia di questo saggio vorremmo ora limitarci ad abbozzare soltanto ad un ulteriore aspetto¹¹⁴ che più indici ci indicano di pressante attualità: la ricerca di nuovi assetti dell'organizzazione della giustizia.

10. *Pluralità degli ordinamenti giuridici e pluralità degli ordinamenti giudiziari*

Come è noto, Santi Romano formulò, nel 1918, il *principio della pluralità degli ordinamenti giuridici*¹¹⁵. Lo Stato è un ordinamento originario, ma nella sua sfera hanno spesso valore non solo le norme emanate direttamente da esso, ma anche da norme che derivano da altri ordinamenti che sono, rispetto allo Stato, anche essi originari.

¹¹¹ Con riferimento al nostro ordinamento, vanno, infatti, distinte *fonti dello Stato*, soprattutto il vigente codice di procedura civile, da altre *fonti di diritto processuale che comunque vigono nello Stato*, ad iniziare dai regolamenti comunitari (cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, op. cit., §§ 3 e 4).

¹¹² Cfr., *retro*, § 5 e nota n. 43.

¹¹³ N. PICARDI, *La giurisdizione*, op. cit., 185 ss.; ID., *Manuale*, op. cit., §§ 10, 11 e 12.

¹¹⁴ È appena il caso di osservare che la stessa presenza di una molteplicità di giudici, di origine e di culture differenti, oggi pone, ai futuri studiosi, anche tutta un'altra serie di problemi basilari: dalla ideologia del giudice alla sua formazione e alla sua professionalità.

¹¹⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., 104 ss.

Romano si riferisce, in particolare, alla Comunità internazionale, agli Stati stranieri ed alla Chiesa. Questi ordinamenti non hanno, però, direttamente efficacia, in sé e per sé, nell'interno dello Stato, ma solo e nei limiti in cui le leggi dello Stato gliela attribuiscono¹¹⁶.

Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici ha trovato piena conferma e rapida espansione nella successiva esperienza giuridica. Si è parlato di una pluralità di «ordinamenti giuridici, statuali o non statuali, quante sono le Società»¹¹⁷; l'ordinamento giuridico è stato ricollegato alla Società civile, o meglio alla Comunità, liberata dallo Stato; si è andata diffondendo una cultura che subordina lo Stato al diritto e si è finito per parlare di un "diritto senza Stato"¹¹⁸.

Nella nostra epoca alla pluralità degli ordinamenti giuridici si è affiancata – anche e soprattutto – la *pluralità degli ordinamenti giuridici* a seguito della straordinaria proliferazione delle Corti, *ultra ed extrastatali*, i cui poteri giurisdizionali, a volte, sono addirittura limitati – almeno in linea di principio – al solo trattato che le istituisce. Siamo, quindi, in presenza, nel contempo, di tribunali specializzati e di ordinamenti giuridici transnazionali a carattere settoriale. Ad es., sono stati già ricordati il Tribunale internazionale del mare, quanto al diritto internazionale del mare¹¹⁹, la complessa giurisdizione istituita nel quadro dell'organizzazione mondiale del commercio (W.T.O.), in ordine alla c.d. *lex mercatoria*¹²⁰, nonché il Tribunale arbitrale dello sport, con riferimento alla c.d. *lex sportiva*¹²¹.

11. Il problema delle relazioni fra diversi ordinamenti

Santi Romano faceva, però, notare che lo svolgimento e la riprova del principio della pluralità degli ordinamenti richiede un'in-

¹¹⁶ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, 307.

¹¹⁷ E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984, 114.

¹¹⁸ L. COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'État* (1985), 3^a ed. con prefazione di S. HOFFMANN, Puf, Paris, 2007, 13 ss. Del resto, si è già ricordato come Paolo GROSSI, con riguardo all'ordinamento giuridico medioevale, abbia parlato di *Un diritto senza Stato* (v., *retro*, nota 19).

¹¹⁹ T. TREVES, *Le controversie internazionali*, op. cit., 102 ss.

¹²⁰ M.J. BONELL, *Lex mercatoria*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. comm.*, IX, Torino, 1993, 10 ss.; R. MONACO, *Note sulla qualificazione della "Lex mercatoria"*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, II, Milano, 1994, 1249 ss. e F. GALGANO, *Lex mercatoria*, ult. ed., Bologna, 2010.

¹²¹ A. MERONE, *Il tribunale arbitrale dello sport*, op. cit., cap. V.

dagine delle «varie relazioni che possono intercedere fra i diversi ordinamenti giuridici» e ne disegnerà, anzi, uno schema¹²², costruito, ovviamente, sulla normativa statuale ed extrastatuale all'epoca vigente.

Oggi la realtà è in evoluzione.

Da un lato, gli ordinamenti giuridici statuali mantengono ancora una loro autonomia e, non ammettendo lacune¹²³, ricorrono a proprie regole di complemento¹²⁴. Ad es., in Italia, l'art. 12 delle *disposizioni sulla legge in generale* stabilisce che, se manchi una precisa disposizione, il giudice fa ricorso all'*analogia* e, in ultima istanza, ai «*principi generali* dell'ordinamento giuridico dello Stato». Tuttavia, i nostri ordinamenti oggi si aprono agli ordinamenti *ultra* ed *extrastatali*. Ad es., l'art. 10 della nostra Cost. stabilisce che «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute» e l'art. 11 dispone che «l'Italia ... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle *limitazioni di sovranità* necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni».

Dall'altro, le giurisdizioni statuali tuttora conservano, pur nelle loro diversità, un carattere originario ed unitario con una struttura giudiziaria c.d. piramidale, cioè, se non gerarchica, almeno a più gradi. Pur ormai tendenzialmente interdipendenti le giurisdizioni statuali, peraltro, sono per lo più poste su un piano di equivalenza¹²⁵ e, quindi, in un rapporto orizzontale di pari ordinazione¹²⁶.

Alcuni ordinamenti e le relative giurisdizioni, pur non essendo subordinati, sono, peraltro, oggi coordinati, ed a volte parzialmente subordinati, ad ordinamenti e giurisdizioni ultrastatali. Ci si riferisce ovviamente all'esperienza europea, ma abbiamo già ricordato anche taluni interessanti modelli organizzativi extraeuropei. In questi casi si pone, in una dimensione verticale, il problema dei rapporti fra il sistema giurisdizionale statale e quello della relativa organizza-

¹²² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., 138 ss. e 141 ss.

¹²³ Cfr., per tutti, G. CARCATERRA, *Analogia I. Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Roma, 1988, spec. 6 ss.

¹²⁴ Cfr., per tutti, E. FAZZALARI, *Ordinamento giuridico I*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Roma, 1990, 4 ss. e R. GUASTINI, *Ordinamento giuridico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, 419 ss.

¹²⁵ R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, 2000, 400 ss. e 529.

¹²⁶ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo fra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 10 e 11.

zione ultrastatuale. Pur nell'ambito del c.d. principio dell'autonomia processuale degli Stati membri¹²⁷, non mancano alcune normative di coordinamento. Conseguentemente alle fonti normative processuali statuali finiscono per sovrapporsi fonti normative ultrastatali.

A titolo di esempio, si tenga presente l'art. 4, lett i) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea del 2010 (Tr.F.U.E.) il quale precisa che la giustizia rientra nel novero delle materie a competenza concorrente, nelle quali, quindi, possono legiferare sia l'Unione che gli Stati membri, ma l'art. 81 §§ 1 e 3 dello stesso Trattato specifica che l'Unione, per quanto concerne la giustizia civile, può disciplinare solo le controversie «con implicazioni transnazionali», ponendo così un argine ad una più intensa armonizzazione processuale degli Stati membri¹²⁸.

Si aggiunga che un coordinamento di particolare rilevanza fra giurisdizioni statuali e giurisdizione europea è realizzato dal vigente art. 267 Tr.F.U.E. il quale disciplina il *rinvio pregiudiziale* (olim la pregiudiziale comunitaria)¹²⁹, per cui il giudice statale è divenuto il «primo motore» di un importante meccanismo per l'applicazione del diritto europeo negli Stati membri, trasformando il territorio dell'Unione in uno «spazio giuridico senza frontiere»¹³⁰.

Particolare rilevanza assume, poi, il c.d. *diritto europeo derivato*, tutta una serie di fonti di origine europee, soprattutto *regolamenti* e *direttive*¹³¹, con una duplice funzione: da un lato ed a livello verticale, attribuire alla giurisdizione degli Stati membri il compito di strumento di attuazione del diritto europeo; d'altro lato, assicurare, a livello orizzontale, una qualche forma di armonizzazione dei sistemi giurisdizionali statuali¹³². Si tratta, però, di una regolamentazione ancora settoriale che lascia aperti problemi di notevole rilievo.

¹²⁷ Cfr., per tutti, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritti dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, 447 ss.

¹²⁸ P. BIAVATI, *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 863 e 872.

¹²⁹ A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996 e, da ultimo, P. BIAVATI, *op. ult. cit.*, 865.

¹³⁰ Cfr. già la celebre sentenza della Corte di Giustizia Europea (C.G.E.) del 9 marzo 1978, c. 106/77, *Simmenthal*, in Racc. 629.

¹³¹ Cfr., da ultimi, P. BIAVATI e M.A. LUPOI, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, 9 ss.

¹³² P. BIAVATI, *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, *op. cit.*, 872 osserva, peraltro, come, in questi ultimi tempi, il nocciolo della legislazione europea si va

Il coordinamento diventa ancora più problematico, qualora ci si sposti sul piano internazionale, o, se si preferisce, su quello della globalizzazione. Santi Romano già considerava il diritto statuale come ordinamento presupposto del diritto internazionale: «la comunità internazionale ha per presupposto gli Stati che ne fanno parte, il che vuol dire che il diritto internazionale presuppone il diritto statale»¹³³. Ne consegue che entrambi i tipi di giurisdizioni, statuali ed internazionali, vengono chiamate ad applicare un misto di diritto statale ed internazionale¹³⁴.

Il coordinamento fra i diversi ordini di giurisdizioni viene, pertanto, demandato, innanzitutto, alle normative dei singoli Stati, quali, ad es., la nostra legge n. 218 del 1995. Ma già abbiamo evidenziato come le misure unilaterali, senza coordinamento e cooperazione ultrastatale, hanno scarsa effettività. Quanto, in particolare, alle norme italiane di diritto processuale internazionale, è stato, inoltre, precisato che esse «non esauriscono il panorama della materia, ma, in certo qual modo, ne governano la porzione quantitativamente più modesta»¹³⁵.

Centrale diventa, pertanto, l'individuazione delle differenti giurisdizioni in via pattizia. Ma si tratta, per lo più, di convenzioni internazionali settoriali, che oggi generalmente rinviando a differenti tribunali internazionali, specializzati ed equiordinati. Non essendo, pertanto, previsto alcun ordine gerarchico fra le varie istanze e in carenza di una Corte regolatrice, possono verificarsi conflitti di giurisdizione di difficile soluzione. Emblematico è il caso *Swordfish*¹³⁶, concernente una controversia fra la Comunità europea e lo Stato del Cile¹³⁷.

spostando dall'armonizzazione delle norme all'armonizzazione degli effetti. Sulla problematica dell'armonizzazione delle norme e per gli studi relativi, cfr., da ultimo, sempre P. BIAVATI, *op. ult. cit.*, 866 e nota 12.

¹³³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., 147.

¹³⁴ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo delle Corti*, op. cit., 34.

¹³⁵ P. BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale*, op. cit., 534.

¹³⁶ Già illustrato da T. TREVES, *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*, op. cit., 42 ss. e S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, op. cit., 31 ss.

¹³⁷ All'origine della controversia era la consuetudine delle navi spagnole di praticare la pesca del pesce spada nella fascia di alto mare adiacente le coste del Cile. Questo Stato, al fine di evitare il depauperamento del proprio patrimonio ittico, adottò misure di dissuasione, quale la chiusura dei propri porti alle predette navi spagnole per le necessarie operazioni di appoggio. Ne nacquero due procedure giudiziarie. La Comunità Europea, nel 2000, denunciò la violazione da parte del Cile delle regole sulla libertà

Altra possibile fonte di coordinamento è rappresentata dalle consuetudini internazionali. Ma i criteri relativi hanno un carattere subordinato e cedevole. Si pensi alla consolidata regola della *domestic jurisdiction* dello Stato: una serie di materie rimangono estranee al diritto internazionale consuetudinario, ma anche pattizio¹³⁸, in quanto restano dominio riservato (*domaine réservé*), ovvero competenza interna dello Stato. È stato, però, constatato¹³⁹ che questa regola, ai nostri giorni, si è andata progressivamente erodendo, fino a perdere il suo significato¹⁴⁰.

12. (Segue) *Il caso Voiotia*

In presenza di una molteplicità di giudici di diversa origine e di differenti culture non possono non verificarsi ipotesi di conflitti, di sovrapposizioni e di concorrenze, ma anche di convergenze, fra le rispettive sentenze. Per maggiore concretezza, vorrei ricordare a me stesso, come solevano dire i vecchi avvocati, il caso Voiotia. Si tratta di uno di quei *leading cases* che stiamo selezionando in funzione di una ricerca interuniversitaria che abbiamo proposto, con il collega internazionalista della mia Facoltà Angelo Davì che ne è il responsabile. Si tratta di una ricerca che ha per tema l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile ed i diritti umani fondamentali. Nel

di commercio (accordi GATT) e chiese la costituzione di un *panel* nell'ambito della procedura WTO (v., *retro*, nn. 79 e 80). Il Cile lamentò, invece, la violazione della Convenzione sul diritto del mare e, conseguentemente, provvide ad adire il Tribunale internazionale del diritto del mare (v., *retro*, § 7 e n. 78). Le due procedure sono state successivamente sospese a seguito di un accordo preliminare e la costituzione di una commissione di cooperazione bilaterale, sotto la cui direzione è stato, infine, raggiunto un accordo definitivo, che ha chiuso la controversia.

¹³⁸ Si veda, ad es., l'art. 27 § 7 della Carta ONU che prevede che «nessuna disposizione del presente Statuto autorizza l'ONU ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato». Tuttavia, il successivo art. 39 autorizza il Consiglio di Sicurezza ad intervenire in casi determinati fra i quali i conflitti fra Stati.

¹³⁹ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 4ª ed., Napoli, 1992, 232-233.

¹⁴⁰ B. CONFORTI, *op. cit.*, 233, peraltro, precisa che tale erosione riguarderebbe il diritto convenzionale, ma che la «nozione di *domestic jurisdiction* può essere ancora utilizzata con riguardo al diritto consuetudinario». A nostro avviso, dall'esame della più recente giurisprudenza, come meglio si vedrà, si dovrebbe, invece, dedurre che la tesi del dominio riservato ha perduto significato anche nel diritto internazionale consuetudinario, quanto meno per ciò che concerne i diritti fondamentali.

frattempo sul tema è intervenuto anche il collega processualista Claudio Consolo con un ampio ed articolato studio¹⁴¹.

A mio giudizio, tentando di sintetizzare, il complesso caso *Voio-tia* si presta ad essere scisso in tre diverse fasi.

A seguito del massacro compiuto in Beozia dalle forze di occupazione naziste, gli eredi delle vittime hanno promosso un'azione di risarcimento danni avanti ai tribunali greci (causa: *Prefettura di Voio-tia c. Repubblica federale di Germania*). La prima fase della procedura si è conclusa con la sentenza della Corte Suprema greca (Areopago) 4 maggio 2000, n. 11 che ha condannato la Germania al pagamento di 28 milioni di euro in favore degli attori, a titolo di riparazione dei danni morali e materiali loro arrecati¹⁴².

Si tratta di una decisione che introduce due nuove regole. Innanzitutto, essa pone un'eccezione al principio consuetudinario¹⁴³ dell'immunità degli Stati per le loro attività che rientrano nell'ambito delle loro sovranità (*acta iure imperii*): gli Stati esteri non possono – secondo l'opinione classica – essere convenuti avanti ad un giudice civile di altro Stato anche in sede cautelare ed esecutiva, in base all'antica regola *par in parem non habet iurisdictionem*¹⁴⁴. Tale regola, nella specie, è stata, però, disapplicata dall'Areopago in presenza di violazioni dei diritti umani, quali i crimini di guerra (c.d. *tort exception*). In secondo luogo, la Corte Suprema greca ha ritenuto la imprescrittibilità dell'azione civile, al pari dell'azione penale¹⁴⁵.

¹⁴¹ C. CONSOLO, "Jus cogens" e "rationes" dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita), nel volume *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, promosso da V. COLESANTI, C. CONSOLO, C. GHIA e F. TOMMASEO, t. I, Padova, 2009, 307 ss.

¹⁴² Pubblicata in *American Journal of International Law*, 2001, 198 ss. ed in *Riv. dir. internazionale*, 2002, 688 ss. con nota di N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*.

¹⁴³ In effetti, la *Convenzione dell'ONU del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni* non è entrata ancora in vigore (cfr. N. RONZITTI e G. VENTURINI, *La Convenzione dell'ONU del 17 gennaio 2005* nel volume degli stessi, *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Padova, 2008, 1 ss.) e la *Convenzione europea di Basilea sull'immunità degli Stati del 6 maggio 1972* non è stata ratificata dalla Grecia e dall'Italia.

¹⁴⁴ Cfr., per tutti, LUZZATTO e QUEIROLO, *Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità* in CARBONE, LUZZATTO e SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 3ª ed., Torino, 2006, 203 ss.

¹⁴⁵ La *Convenzione di New York del 26 novembre 1968* sull'imprescrittibilità dei

Si trattava di una sentenza innovativa, non solo nel contesto europeo¹⁴⁶. Vero è che, nel 2002, in Francia si registrò il caso *Boucheron*, che, per fatti analoghi¹⁴⁷ in primo grado sfociò nella condanna della Germania da parte del *Conseil de prud'homme* di Fontainebleau¹⁴⁸, ma, successivamente, ad opera prima della C. di appello di Parigi e poi dalla Cassazione, venne dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice francese, riconoscendo l'immunità della giurisdizione allo Stato tedesco¹⁴⁹. La tesi classica era stata, del resto, di recente recepita anche nella nota sentenza della Camera dei Lords del 24 marzo 1999, a proposito del celebre caso *Pinochet*¹⁵⁰.

In questo quadro si innesta la seconda fase del caso *Voiotia*. Passata in giudicato la condanna dello Stato tedesco, gli attori hanno iniziato il processo esecutivo, procedendo al pignoramento della sede di Atene del *Goethe Institut*. Lo Stato tedesco si è opposto rilevando che non era stata concessa (né verrà concessa in seguito) l'autorizzazione governativa prevista dall'art. 923 del codice di rito ellenico, per pro-

crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, peraltro, non è stata ratificata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, mentre la *Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1974* sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra è stata ratificata solo dal Belgio, Paesi Bassi e Romania. Si aggiunga, inoltre, che le due Convenzioni riguardano il settore penale, non l'azione civile.

¹⁴⁶ Negli USA si era, peraltro, registrata la condanna dello Stato tedesco da parte della *District Court for the District of Colombia* con la sentenza 23 dicembre 1992 nella causa *Princz v. Federal Republic of Germany*, in *International Legal Reports*, 1996, 568 ss. Si trattava di un caso in cui il Princz, cittadino USA di razza ebraica, chiedeva il risarcimento dei danni per essere stato arrestato dalle SS naziste nel 1942, internato nei campi di Auschwitz e Dachau e, poi, costretto ai lavori forzati presso industrie belliche tedesche. Peraltro, in grado di appello, la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, con la sentenza 1 luglio 1994 in *International Legal Reports*, 1996, 604 ss., ha, invece, accordato l'immunità allo Stato tedesco. In tema cfr., per tutti, GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. intern.*, 2004, 655 ss.

¹⁴⁷ Boucheron, come Princz (v. nota precedente), nel 1944 venne, infatti, arrestato ed avviato ai lavori forzati.

¹⁴⁸ Cfr. la sentenza 5 febbraio 2002 già ricordata da P.L. SIMONE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione di norme imperative del diritto internazionale. Considerazione in margine al caso Ferrini*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 546 ss.

¹⁴⁹ Cfr. Corte d'Appello di Parigi 9 settembre 2002 già citata da P.L. SIMONE, *op. cit.*, 550, successivamente confermata dalla Cassazione, I camera civile, 16 dicembre 2003.

¹⁵⁰ Cfr., per tutti, DE SENA, *Immunità di ex Capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in *Riv. dir. intern.*, 1999, 933 ss. e C. CONSOLO, *Jus cogens*, *op. cit.*, 363 ss.

cedere all'esecuzione forzata su beni dello Stato presenti in Grecia. È sorta, pertanto, autonoma controversia che ha avuto per oggetto la legittimità dell'autorizzazione governativa alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, controversia che si è conclusa con la sentenza della Corte di Cassazione greca del 28 giugno 2002 nn. 36 e 37¹⁵¹, che hanno stabilito che l'autorizzazione ministeriale non inficerebbe il diritto a una protezione effettiva e che, d'altra parte, l'autorizzazione era dettata al fine di evitare le controversie tra Stati e di favorire le relazioni internazionali¹⁵². Il successivo ricorso dei parenti della vittima alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo venne, poi, dichiarato irricevibile¹⁵³ e venne rigettata dal *Bundesgerichtshof* anche l'azione di risarcimento proposta direttamente in Germania¹⁵⁴. A questo punto la vicenda sembrava chiusa¹⁵⁵.

Nel frattempo, però, l'orientamento generale sull'immunità degli Stati esteri cominciava a mutare. L'origine del nuovo orientamento, probabilmente, rimonta al celebre caso *Al-Adsani*. Era questi un pilota militare kuwaitiano, che godeva anche della cittadinanza britannica. Nel 1991 egli aveva partecipato alla guerra contro l'Iraq, venne arrestato dalle autorità del Kuwait e, in carcere, venne sottoposto a torture. Adita la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, la CEDU, con la sentenza 21 novembre 2001¹⁵⁶, a maggioranza (nove voti contro

¹⁵¹ Cfr., per tutti, N. RONZITTI, *Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2002, 41 e C. CONSOLO, *Jus cogens*, op. cit., 313 ss.

¹⁵² Autorizzazione, che esisteva anche in Italia, ma era stata, invece, dichiarata incostituzionale da Corte Cost. 15 luglio 1992 n. 329, Soc. Condor e altro c. Ministero di Grazia e Giustizia.

¹⁵³ Cfr. l'ordinanza 12 dicembre 2002 emanata nella procedura *Kalogeropoulos ed altri c. Germania e Grecia*, in *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2000, X e, su di essa, per tutti, GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati*, op. cit., 657 ss.

¹⁵⁴ Cfr. la sentenza 26 giugno 2003 del *Bundesgerichtshof*, in *International Legal Materials*, 2003, 1030 ss. sulle quali cfr., per tutti, GIANNELLI, op. cit., 658 ss. e C. CONSOLO, *Jus cogens*, op. cit., 313 n. 1.

¹⁵⁵ Anzi, la Corte Suprema Speciale greca, adita dalle Corti di Cassazione, in un caso analogo, con sentenza 17 settembre 2002, a maggioranza, ha abbandonato il principio affermato nel caso *Voiotia*, riconoscendo allo Stato tedesco l'immunità dalla giurisdizione civile. Cfr. la decisione, con nota di M. PANEZI, *Sovereign immunity and violation of ius cogens norms*, in *Revue hellénique de droit International*, 2003, 199 ss.

¹⁵⁶ Pubblicata in *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2001-XI, *Int'l Lis* 2002, 2, 91 ed in *Riv. dir. int.*, 2002, 404 ss. Su

otto), ebbe a confermare la tesi tradizionale, riconoscendo allo Stato, e ai suoi agenti, l'immunità giurisdizionale, anche nell'ipotesi di tortura. Il caso è stato giustamente pubblicizzato, non per la decisione come tale, ma, soprattutto, per la nitida opinione dissenziente scritta da sette degli otto giudici dissenzienti: «En admettant que la règle prohibant la torture est une règle de *jus cogens*, la majorité reconnaît que cette règle est hiérarchiquement supérieure à toute autre règle du droit International, générale ou particulière, coutumière ou conventionnelle, sauf bien sûr les autres normes de *jus cogens*. Une règle de *jus cogens* a en effet cette caractéristique essentielle que, en tant que source du droit dans l'ordre juridique International vu sous l'angle vertical, elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit International, la première l'emporte. Du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative». In altri termini ci troviamo, in questo caso, in presenza di due regole; l'una, la regola che proibisce la tortura, che è un principio di *jus cogens*, come tale, gerarchicamente superiore ad ogni altra regola di diritto internazionale, generale o particolare, consuetudinario o convenzionale, salvo che su altre norme di *jus cogens*; l'altra, la regola di origine consuetudinaria che garantisce agli Stati l'immunità per la loro attività che rientrano nell'ambito della sovranità. In caso di conflitto fra una norma di *jus cogens*, quale la proibizione della tortura, ed altre norme di diritto internazionale, quale l'immunità degli Stati, prevarrà, pertanto, la prima.

Questa opinione dissenziente, come a volte accade, era destinata a prevalere. Rovesciando il precedente della Cassazione francese esattamente in termini (*caso Boucheron*), le SS.UU. della nostra Cassazione, con la sentenza 11 marzo 2004, n. 5044 *caso Ferrini*¹⁵⁷, se-

di essa, per tutti, BIANCHI, *L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit International*, in *Rev. gén. dir. int. publ.*, 2004, 76 ss.; GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati*, op. cit., 653 ss.; SIMONE, *Immunità degli Stati*, op. cit., 535 ss. e C. CONSOLO, *Jus cogens*, op. cit., 329 ss.

¹⁵⁷ La sentenza Ferrini ha avuto ampia diffusione. In Italia, è stato, fra l'altro, pubblicato in *Giust. civ.*, 2004, I, 1191 ss. con nota di BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, *ivi*, 1200 ss.; in *Riv. dir. int.*, 2004, 539 ss. con nota di GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati*

guito da ben 12 analoghe ordinanze tutte del 29 maggio 2008¹⁵⁸ hanno inaugurato un importante filone giurisprudenziale con il quale hanno negato l'immunità allo Stato tedesco in tante altre vicende pendenti avanti a diversi tribunali italiani da Bari a Torino. Dialogando criticamente con le altre Corti europee e con alcune Corti americane, la Cassazione ha constatato, infatti, che «il principio consuetudinario di immunità della giurisdizione dello Stato straniero ... coesiste ..., nell'ordinamento internazionale, con l'altro parallelo principio, di pari portata generale, per cui i crimini internazionali ...

dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini, *ivi*, 643 ss.; in *Guida al diritto*, 14, 2004, 34 ss. con nota di RONZITTI, *Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce i risarcimenti delle vittime*, *ivi*, 38 ss.; in *Diritto e giurisprudenza*, 2004, 505 ss. con nota di SICO, *Sulla immunità dalla giurisdizione italiana della Repubblica Federale di Germania in rapporto alle conseguenze patrimoniali di atti compiuti dalle forze armate tedesche in Italia nell'anno 1944*. A tale sentenza sono stati dedicati diversi commenti, fra i quali, da ultimi, P.L. SIMONE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione di norme imperative del diritto internazionale. Considerazioni in margine al caso Ferrini*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 527 ss.; N. RONZITTI, *Azioni individuali per violazione da parte dello Stato estero di norme imperative del diritto internazionale: un punto fermo nella giurisprudenza italiana*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*. Liber F. Pocar, Milano, 2009, 789 ss.; G. SERRANÒ, *Immunità degli Stati stranieri e crimini internazionali nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 617 e C. CONSOLO, *Jus cogens*, op. cit., 313 ss.

Per ulteriori pubblicazioni fuori d'Italia sull'orientamento della nostra Cassazione cfr., per tutti, IOVANE, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Court to Claims of Reparations for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *It. Yearb. Int. Law*, 2004, 165 ss.; P. DE SENA e F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2005, 89 ss.; GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Jour. Int. Crim. Just.*, 2005, 224 ss.; FOSCARELLI, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the Ferrini Decision*, in *Int. Comp. Law, Quarterly*, 2005, 951 ss.

Articolate e sottili sono, infine, le *opinions* svolte, nel 2006, dai *Lords of Appeal* dell'*House of Lords* negli appelli riuniti *Jones Mitchell* ed altri v. *Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A.S. Sandiya* (the Kingdom of Saudi Arabia), (2006) UKHL, particolarmente alle pp. 11 e 29. Su tali *opinions* cfr., ampiamente, C. CONSOLO, *Jus cogens*, op. cit., 332 ss.

¹⁵⁸ Cfr., per tutti, SS.UU. n. 14199/2008 in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 425 ss.; n. 14209/2008 in *Riv. dir. intern.*, 2008, 896 e SS.UU. n. 14201/2008 in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 651 ss., in *Guida al diritto*, 2008, 52 con nota di CASTELLANETA; ed in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2255 ss. Con nota di PERSANO, nonché, fra le altre, soprattutto le ordinanze 14199/2008; 14205/2008; 14206/2008; 14210/2008 e 14211/2008 e su di esse cfr. N. RONZITTI, *Azioni individuali*, op. cit., 789 ss. e G. SERRANÒ, *Immunità*, op. cit., 605 ss.

minano le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli»¹⁵⁹. È pervenuta, quindi, alla seguente decisione: «l'innegabile "autonomia" tra i riferiti principi – ... entrambi automaticamente recepiti dal nostro ordinamento ... [(ex)] art. 10 Cost. – nel momento in cui vengono ..., contemporaneamente ed antagonisticamente, in rilievo, non può altrimenti risolversi ... che, sul piano sistematico, dando la prevalenza alle norme di rango più elevato (secondo il criterio già prospettato dai giudici di minoranza della ... CEDU 21 novembre 2001 [caso Al-Adsani])»¹⁶⁰.

Il nuovo orientamento della Cassazione italiana non poteva non avere ripercussioni anche in altri ordinamenti. Innanzitutto, esso ha consentito che si aprisse la terza fase del *caso Voiotia*. In forza della citata sentenza della Corte di Cassazione greca che aveva condannato lo Stato tedesco anche al pagamento delle spese del giudizio i parenti delle vittime hanno iscritto, in Italia, ipoteca giudiziale sulla Villa Vigoni, centro culturale italo-tedesco sul lago di Como. Nel giudizio che ne è seguito, la Germania ha proposto regolamento di giurisdizione. La Cassazione, a SS.UU., con ordinanza 29 maggio 2008 n. 14201 già cit., ha, peraltro, disconosciuto allo Stato tedesco l'immunità dalla giurisdizione civile.

La Germania, da parte sua, aveva, comunque, anche adito la Corte Internazionale di Giustizia. Nel relativo ricorso lo Stato tedesco asserisce la violazione della propria immunità per il fatto che in Italia pendono, davanti a 24 tribunali e 2 Corti d'appello, richieste di risarcimento danni provocati da crimini di diverso genere commessi dal regime nazista¹⁶¹.

L'Italia, da un lato, ha emanato un decreto legge con il quale ha sospeso l'efficacia dei titoli esecutivi in pendenza dell'accertamento dell'immunità della giurisdizione italiana degli Stati esteri¹⁶², dall'altro, ha proposto una domanda riconvenzionale chiedendo la condanna della Germania, anche per il fatto in sé della violazione di un obbligo internazionale di risarcire le vittime dei crimini contro l'umanità perpetrati dal III Reich.

¹⁵⁹ SS.UU. 28 maggio 2008 n. 14120.

¹⁶⁰ Cfr. FRANZINA, *Norme sull'efficacia delle decisioni straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, in caso di violazioni gravi di diritti dell'uomo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, 638 ss.

¹⁶¹ D.L. 28 aprile 2010 n. 63.

La Corte Internazionale dell'Aja, con sentenza parziale del 20 luglio 2010, ha dichiarato irricevibile la domanda riconvenzionale per ragioni procedurali¹⁶³ ed ha rimesso la causa sul ruolo per il prosieguo.

Jürgen Habermas, a suo tempo, ha chiarito che i giudici non sono solo i destinatari delle norme, ma, a volte, anche gli autori di esse¹⁶⁴. In difetto, oppure in insufficienza di regolamentazione dei rispettivi ambiti di giurisdizione, oggi le Corti divergono, concordano o, comunque, dialogano fra di loro. Siamo all'inizio di un nuovo assetto della giustizia?

Abstract

Justice and jurisdiction are two confused notions, which have taken different values and meaning and, on closer inspection, relative because referred only to some specific aspects of the problem.

The legal culture of the nineteenth and twentieth century considered jurisdiction as one of the fundamental attributes of sovereignty, rebuilding a legal system based on state's law and its organization, as well as on the legalism of the procedure. Ultimately, in the Euro-continental cultural area, between '800 and '900, it was held that jurisdiction was the issue of sovereignty and that the administration of justice was the exclusive monopoly of the state.

Hence, once established the lack of certainty of the concepts of justice and jurisdiction, their definition must be based on the practical legal experience of our time. In the second half of the twentieth century far-reaching progress was first recorded in Europe, which questioned the very concept of state sovereignty, so much that it is now widely believed that one should speak of a real crisis of state sovereignty.

Once altered the parameters according to which the idea of jurisdiction was the issue of sovereignty, it must be noted how today a large number of paralegal organisms operate in a transactional framework.

If in common law the judicial organization in Europe was two-headed and referred to the emperor and the pope's ordinary courts, since the modern age the international community has become a society of states with equal rights, with the birth of many international judicial or quasi-judicial organs, specialized and equally organized, and in fact there are no appeals of their decisions before higher organs.

Therefore, it appears obvious that legal culture can no longer be recognized in the traditional conceptions; the jurisdiction is no longer the exclusive function of the state and the organs to which it is referred are not always qualified as State organs.

¹⁶² *Court Int. de Justice* 20 juillet 2010 www.Icj-iic.org.

¹⁶³ La Corte ha, infatti, dichiarato la propria incompetenza ai sensi dell'art. 80, prf. 1, del suo *Regolamento*, in quanto i fatti dedotti dall'Italia in via riconvenzionale sono anteriori (1947), all'entrata in vigore della Convenzione europea fra le parti (1961).

¹⁶⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (traduzione it. a cura di Ceppa), Milano, 1996, 143 ss. e 556 ss.

NUOVI BENI, NUOVI DIRITTI

Il 22 giugno 2011 la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza ha invitato alcuni docenti a trattare temi concernenti le nuove prospettive della proprietà (o, come direbbe Salvatore Pugliatti, *delle proprietà*), intitolando a «nuovi beni, nuovi diritti»: una formula sollecitante per rivedere dogmi, principi, regole, convinzioni riguardanti *la* o *le* proprietà nel nuovo millennio. I contributi, diversi per matrice culturale, per settore disciplinare, per metodo, hanno un *leit motiv* in comune: senza pretese di carattere sistematico ma consapevoli delle grandi novità che stanno percorrendo il settore dei beni (qui, per il momento circoscritto ai *beni privati*, ma seguirà secondo il progetto un seminario sui *beni pubblici*) i relatori hanno attirato l'attenzione su tipologie di beni e su esperienze concrete emergenti dalla prassi, dalle nuove discipline, o dai modelli stranieri, per indicare come la materia non possa più essere dipinta come un coerente nucleo di norme, ma piuttosto come una rassegna di vicende normative e pratiche tra loro autonome, di cui è difficile – forse impossibile – individuare i tratti comuni. Se si vogliono conservare i concetti e le formule consegnati dalla tradizione occorre correggerne il significato adattandolo alle nuove realtà. Ed oggi che si pone in dubbio la possibilità di trattare la teoria generale del contratto (il più flessibile tra gli istituti del diritto privato) si può ben comprendere come sia difficile insistere su una teoria generale dei diritti reali.

Di qui allora la individuazione del punto di partenza: il passaggio dall'Ancien Régime al Code Napoléon e alle altre codificazioni continentali (PETRONIO, *I beni e le proprietà*; MOSCATI, *Tradizione storica e nuove frontiere della proprietà intellettuale. A proposito dell'Avant-projet du droits des biens e dello European Copyright Code*) e progetti attuali di riforma di quel codice civile (oltre a Moscati, cit., v. G.B. FERRI, *L'Avant-projet dell'Association Henri Capitant pour une réforme du droits des biens e l'attualità del «modello» codice civile*).

Altrettanto problematica è l'analisi del modello del codice civile italiano (v. ancora G.B. FERRI, cit., e ALPA, *Il diritto di godimento a tempo parziale su beni immobili denominato diritto di multiproprietà*),

con le sue luci e le sue ombre, che Lodovico Barassi aveva posto in luce in modo limpido e pregevole nel primo capitolo della sua monografia su *Diritto reali e possesso. I. I diritti reali*, Milano, 1952.

Già allora le problematiche evidenziate nella discussione della Pandettistica e poi trascinate per tutta la prima metà del Novecento erano così complesse e inestricabili che neppure la Relazione al Re riuscì a dipanarle: il codice del 1942 non risolve infatti le questioni dogmatiche riguardanti l'assolutezza, l'inerenza, il numero chiuso, la prevalenza del diritto soggettivo sul rapporto giuridico. Quelle questioni hanno finito per riprodursi nella nostra cultura giuridica della seconda metà del Novecento e sono ancora attuali.

Nelle pieghe delle relazioni qui riportate queste problematiche emergono con nettezza, sia appunto in prospettiva storica, sia con riguardo a singole vicende riguardanti il contratto (LIPARI, *Il contratto come bene*), le energie (MERUSI, *Certificati verdi e bianchi e il mercato dell'ambiente*), i prodotti finanziari (SPADA, *Prodotti finanziari, strumenti finanziari e valori mobiliari tra «nuove» classi di beni e «nuovi» beni*), i prodotti dell'intelletto e le nuove tecnologie anche informatiche (MOSCATI, cit.), i prodotti delle tecnologie biologiche (FRATI, *I diritti sulle cellule staminali del cordone ombelicale*), le informazioni aziendali segrete (LIBERTINI, *Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale*).

Ma oggi sono questioni complicate anche per il fatto che la «giuridicità» – per usare un termine caro ad Angelo Falzea – si esprime attraverso la complessità: in primis, la complessità delle fonti (v. la tavola rotonda su *Produzione e interpretazione del diritto*, in questa Rivista, 1/2010, 293 ss., in cui si sono intrecciate le voci di Lipari, Corapi, Ghera, Modugno, Ramacci, G.U. Rescigno). E può apparire davvero curioso che discutendo di diritti reali, i diritti in cui si esprime(va) la propensione forse più egoistica dell'individuo, portatore di quel *terribile diritto* incentrato nella proprietà (RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna, 1990) si faccia ricorso a codici etici, come avviene per l'uso di cellule staminali, le parti staccate del corpo, gli interventi medico-chirurgici che involgono uno degli aspetti più rilevanti della persona, la sua «materialità». Così come può apparire curioso che sempre in materia di proprietà, il diritto soggettivo per eccellenza, oggi si debba tener conto degli interessi collettivi, della tutela dell'ambiente, della razio-

nale distribuzione delle risorse e dei profitti che provengono dalla edificazione. E che dire delle creazioni dell'ingegno, specie se dirette a far progredire la società mediante un apporto culturale che dovrebbe appartenere a tutti: di qui il difficile equilibrio tra la posizione egoistica del creatore e gli interessi della collettività. Problemi affidati non solo alla legislazione statuale, ma anche alla legislazione comunitaria e alle convenzioni internazionali.

I beni frutti dell'intelletto sono stati i primi, nella loro «immaterialità», a porre il problema della assolutezza, inerenza, pienezza del diritto reale; poi hanno complicato il problema i beni per così dire invisibili, come l'energia elettrica (alla cui natura giuridica si dedicò Francesco Carnelutti nei suoi anni giovanili); e poi le operazioni contrattuali assunte nella loro attitudine a creare ricchezza: se ne era discusso a proposito della lettera di cambio, della polizza di carico, ed ora se ne discute in ordine alla natura giuridica dei «prodotti» finanziari, che per l'appunto incorporano un valore (ma la sofisticata ingegneria finanziaria ben sa distinguere tra valori, prodotti e strumenti, come ci rammenta Spada); se ne discute a proposito della dematerializzazione dei titoli di credito; e ancora a proposito del contratto inteso come un bene: il contratto non preesiste al bene, ma diventa esso stesso un bene da scambiare, come dimostra la vicenda della multiproprietà (Lipari, Alpa).

In questo quadro, se Barassi dovesse ritornare a riflettere sui diritti reali si troverebbe in difficoltà a predicarne l'assolutezza (che peraltro già Michele Giorgianni, dalle pagine del *Novissimo Digesto Italiano* aveva avuto modo di contrastare), l'inerenza, non essendovi più un bene materiale (requisito contestato da Antonio Gambaro nella voce ad hoc dell'*Enciclopedia del Diritto. Appendice*), il numero chiuso, perché se la vicenda giuridica di questa categoria di diritti è connotata dalla obbligatorietà e dalla negozialità – il contratto come bene, lo strumento finanziario come bene – l'autonomia contrattuale sarebbe destinata a prevalere sulla tipicità dei diritti reali.

La statualità del diritto anche qui è definitivamente erosa, come si è posto in luce nel seminario sulle fonti sopra menzionato: ciò non tanto a vantaggio della pluralità degli ordinamenti (come in senso storico ci ha dipinto MARIO CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, 1994) quanto a vantaggio di fonti extra-

legislative, che si incentrano sulla prassi e sulla «volontà» contrattuale, le quali a loro volta si impongono sulla volontà statuale.

È un segno, tutto ciò, della vitalità del diritto, delle sue forme e delle sue epifanie, che non porta al nichilismo giuridico ma ad un nuovo modo di considerare diritti e beni.

Il diritto di godimento a tempo parziale su beni immobili denominato diritto di multiproprietà

Guido Alpa

SOMMARIO: 1. Problemi attuali dei diritti reali. – 2. La distinzione tra beni e cose e le semplificazioni della Relazione al Re. – 3. Un esempio di nuovo bene con terminologia ambigua e valore bivalente: la multiproprietà. – 4. L'attuazione delle direttive comunitarie. – 5. La denominazione di "multiproprietà" e il suo contenuto di "diritto di credito". – 6. La multiproprietà come diritto reale.

1. *Problemi attuali dei diritti reali*

Vent'anni fa alcuni studiosi di diverse discipline – il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto tributario – si sono interrogati sulla configurazione giuridica di "nuovi beni", cioè di utilità ora configurabili come cose materiali ora come cose immateriali, sulla possibilità di raggrupparli in una nuova categoria, e, ancora, sulla attualità stessa della categoria di bene intesa nel senso tradizionale consegnato dal codice civile (art. 810 ss.). L'argomento era gustoso, perché, nonostante l'apparenza di un corpus di regole compatto e di una tradizione risalente quasi inattaccabile, contenute nel codice civile e riprese, non completamente però, dai codici preunitari e dal Code Napoléon, la materia dei beni – inclusiva della proprietà ovviamente – aveva fatto fino a quel momento un lungo tragitto molto accidentato; da quel momento, forse anche per altre ragioni, altre spinte, altre esigenze, il percorso si sarebbe vieppiù complicato¹.

Innanzitutto occorre dare ragione di questa *complessità*, dogmatica, storica, ma anche politica (e ideologica), economica e tecnica, che non ha eguali negli altri settori del diritto civile, salvo forse quello dei diritti della personalità. La complessità è data innanzitutto dalle categorie ordinatorie che si assumono a direttrici dell'indagine: la materia si può infatti per semplicità (ma non senza semplicismi) riguardare come disciplina dei beni (e delle cose intese in senso giuridico); oppure come la disciplina della categoria dei diritti reali, come distinta dai diritti di credito e dagli elementi fattuali rilevanti per il

¹ *Dalle res alle new properties*, (a cura di) G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini, con contributi di F. Anelli, F. Colucci, E. Gerelli, G. Gitti, M. Martini, D. Memmo, C. Motti, G. Muraro, G. Nanni, R. Pardolesi, A. Pedone, F. Piro, F. Pulitini.

diritto come il possesso e la detenzione; oppure come la disciplina del diritto per eccellenza, il diritto di proprietà. Ciascuna di queste direttrici ha la sua storia e la sua composita costruzione giuridica, sì che, se si vuol fare solo l'esperimento di avvicinare tra loro le voci enciclopediche che trattano questi temi, ci si avvede che esse in parte si sovrappongono, in parte diventano eccentriche, perché il brulicare di questioni non tollera una descrizione sistematica compiuta di tutto il settore².

La complessità si affianca alla *mutevolezza*: è uno scenario cangiante quello che si presenta all'interprete giorno per giorno, fase per fase: non cambiano solo, accrescendosi in modo erratico e stratificato, le leggi e le normative di settore che hanno ad oggetto sia i beni, sia i diritti sui beni, ma cambia anche il supporto dei diritti, indicando per tale ciò che costituisce l'oggetto del diritto.

Alla mutevolezza poi si affianca la *versatilità* del giurista e quindi le modalità con cui comporre, scomporre, ricomporre le antiche diatribe, mai definitivamente sopite, e con cui prospettare le problematiche attuali dei beni, dei diritti reali, della proprietà.

Ma riprendiamo dall'inizio. Perché si era avvertita l'esigenza di studiare in modo interdisciplinare i nuovi beni – sotto un titolo accattivante e allusivo (*Dalle res alle new properties*)? Perché innanzitutto ci si chiedeva se il mercato, avvalendosi delle nuove tecnologie, nelle economie avanzate, non avesse creato beni diversi da quelli considerati tradizionalmente, da quelli percepibili fisicamente, da quelli che per prassi sono considerati oggetto di proprietà, e quindi, assodato che così era, se le categorie esistenti in materia di (diritti

² Mi riferisco in particolare alle voci di Giorgianni sul Novissimo Dig. it., di Pugliese, sull'Enc. dir., e di Comporti sulla Enc. giuridica Treccani. Sono tre voci sintomatiche: la prima, che riprende una concezione originale dei diritti reali avvicinati ai diritti di credito formulata dall'A. all'inizio degli anni Quaranta, appare la più innovativa, pur essendo la più vecchia delle tre, proprio perché riduce il potere del titolare del diritto reale alla soggezione imposta ai terzi di rispettare il diritto; la seconda è la più colta, perché ripercorre non solo tutta la storia della categoria a partire dal diritto romano – epoca nella quale però si conoscevano singoli diritti, ma non la loro astratta concezione comprensiva – ma si dipana nei secoli a sviluppare le diverse concezioni medievali e moderne con l'opera chiarificatrice di Donello, per attraversare la complessa vicenda della Pandettistica e pervenire alle concezioni variegiate dei contemporanei; la terza, perché, ancorandosi al diritto effettivamente praticato, trasfonde nel testo le prassi e gli orientamenti della giurisprudenza, che coniugano la concezione "fisica" di inerenza alla cosa con l'invenzione di nuove opportunità che superano il numero chiuso.

reali e di) proprietà fossero all'altezza della situazione, pronte a riceverli e ad includerli nel proprio ambito di applicazione.

Ecco qualche esempio: le energie e l'ambiente, i beni immateriali come le invenzioni e la produzione di idee, l'immagine e i messaggi pubblicitari, il segreto industriale, il know how, i prodotti finanziari, le griffes, le reti di distribuzione, il franchising, e così via.

Ai prodotti finanziari e alla ingegneria finanziaria si dovrebbe dedicare molta attenzione: ormai, a fronte della dematerializzazione della moneta e delle tecniche rappresentative del valore, si è fatto fronte mediante la tecnologia informatica.

Con l'evolvere della tecnologia informatica si sono inventati nuovi prodotti, di cui val la pena di ricordare almeno il nome: a cominciare dai dati personali e dalle banche che li raccolgono, alle operazioni effettuate con gli algoritmi, a tutte le invenzioni, le connessioni, le rappresentazioni virtuali che hanno trasformato irreversibilmente il nostro modo di vivere, di pensare, di essere³.

E pure con la evoluzione rapidissima della tecnologia media e biologica si sono creati o utilizzati nuovi beni come le cellule staminali, gli organi, i tessuti, le altre parti del corpo, le cellule embrionali, le componenti del sangue, e così via⁴.

Ancora. Beni che un tempo non potevano o non era considerati tali hanno acquisito nuova dignità: le cose comuni, i beni pubblici, sono stati rivoluzionati da una nuova coscienza del bene collettivo e una nuova coscienza della vita vivibile: dall'acqua all'aria, dall'ozono che circonda la Terra ai "patrimoni dell'umanità", alla cultura e ai prodotti culturali, e ad altri "beni" ancora⁵.

Così come descritti in questo scenario ci si avvede che si tratta di beni assai diversi tra loro difficilmente riconducibili alle categorie giuridiche tradizionali anche se nei loro confronti si continua ad usare la terminologia con cui quelle categorie vengono impiegate. Il "terribile diritto" costituisce ancora un punto di riferimento, un modo di essere del diritto, e delle regole che governano le società, anche se definite post-moderne, insomma, una categoria dello spirito di cui non è facile liberarsi⁶.

³ RESTA (G.), cur., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011.

⁴ RODOTÀ, in *Trattato di biodiritto*, vol. II, *Il governo del corpo*, Milano, 2011.

⁵ MATTEI, *I diritti reali*, Torino, 2003; Id., *L'acqua e i beni comuni*, Roma, 2011.

⁶ RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.

Due le tentazioni più facili per dichiararlo superato e per dire dunque che il nuovo diritto dà luogo a nuovi diritti, ai quali le vecchie categorie non possono più applicarsi: dire che ormai l'economia è tutta dematerializzata, e quindi non ai beni ci si deve rivolgere ma ai servizi, dire che il diritto reale, in particolare il diritto di proprietà, ha ceduto al diritto di credito, e che l'economia, dematerializzata, è anche diventata creditizia, concentrata sulla moneta e su ciò che essa rappresenta.

Vent'anni dopo quella riflessione collettiva possiamo registrare ulteriori articolati sviluppi di quell'indirizzo, che aveva segnato la linea entro la quale si sarebbe evoluto il diritto dei beni. La dottrina dogmaticamente più avvertita se ne è fatta carico, ma allo stato appare più realistico descrivere questi fenomeni che ricondurli ad una trattazione sistematica: ciò perché ogni bene ha la sua storia e la sua disciplina, e forse perché nel diritto post-moderno non vi è più posto per i "sistemi".

Per tentare l'avvio di una descrizione delle problematiche attuali che investono il settore dobbiamo sgombrare il campo da alcuni *feticci*. Per i giuristi i feticci sono le frasi fatte, i concetti acquisiti acriticamente, le aporie insolute, la riproposizione stanca e poco produttiva delle vecchie categorie. Ecco qualche esempio. La distinzione tra beni e cose (e le semplificazioni della Relazione al Re). La distinzione tra cose corporali e cose incorporali. La distinzione tra proprietà, diritto di proprietà, diritto di proprietà sui crediti. La distinzione tra le facoltà del diritto di proprietà. La distinzione dei connotati della realtà, cioè l'inerenza, l'incorporazione, il diritto di sequela. Il ritorno ciclico della cultura prodotta dalla tradizione romanistica. Le innovazioni delle codificazioni e della loro lettura. La modesta utilità della comparazione giuridica. Il declino del principio consensualistico.

2. *La distinzione tra beni e cose e le semplificazioni della Relazione al Re*

All'appuntamento con la codificazione unitaria del 1942 la materia delle cose arrivava già in fase di travaglio. Non erano bastate le interminabili discussioni dell'Ottocento, e le diverse prospettazioni della Pandettistica, che avevano consumato l'ambizioso progetto di

rendere tutto l'universo giuridico, in particolare quello del diritto civile, in un disegno architettonico lineare e armonico.

Le *Note dei Traduttori al Diritto delle Pandette* di Bernard Windscheid, in particolare quelle al vol. I parte II e parte III, dedicato (nel suo Libro terzo) a *Il diritto delle cose*, sono le più curate e ponderose: tanto per dare un'idea solo considerando l'ampiezza della trattazione, rispetto ad un testo che si estende per circa quattrocento pagine le note abbracciano più di milletrecento pagine scritte in caratteri minutissimi. L'edizione pubblicata nel 1925 aveva visto alternarsi nel ruolo di traduttore e annotatore Carlo Fadda, Paolo Emilio Bensa, e l'opera era stata continuata da Pietro Bonfante e Lodovico Barassi e con gli aggiornamenti di Fulvio Maroi⁷. Vi era condensata tutta la scienza giuridica che si era profusa sui diritti reali e sul diritto di proprietà, sul possesso e sulle azioni petitorie e possessorie, tenendo conto delle diverse interpretazioni dei testi, dei frammenti e della tradizione del diritto romano, della rielaborazione dell'Età di Mezzo, dei Canonisti e degli indirizzi della Pandettistica con le novità della dottrina italiana: una dottrina nella quale il fondamento culturale romanistico aveva così permeato gli studi e gli istituti del diritto civile da rendere labile il confine tra diritto romano e diritto civile vigente, e mero dettaglio normativo le regole scritte nel codice civile del 1865, largamente debitore al Codice Napoleonico e ai codici pre-unitari. Anche se gli annotatori esaminano con attenzione i codici civili vigenti all'epoca, in particolare il francese, per la sua importanza storica e il tedesco, per la sua novità, il diritto attico per la sua influenza sul diritto romano.

Tutti i problemi dei diritti reali, dei limiti alla proprietà privata, dei beni e delle cose, sui beni pubblici e privati, sui rapporti con la pubblica Amministrazione, sulle diverse facce della proprietà e sul suo rapporto con il possesso, sulle tecniche di tutela, sono riflessi in queste pagine, mirabile monumento della scienza giuridica italiana che finisce per oscurare per bellezza, eleganza, profondità, informazione, completezza, il testo winscheidiano dal quale è scaturito. Tra le questioni alle quali il legislatore del 1942 avrebbe dato una risposta, non sempre uniformandosi alle proposte della Commissione reale per la riforma dei codici - Sottocommissione per il codice civile, con-

⁷ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I, Parte Seconda, Torino, 1925.

segnate nel 1937 da Mariano D'Amelio al Ministro Guardasigilli dell'epoca, Arrigo Solmi, vi erano aspetti vitali per il diritto.

Tanto per esemplificare, il rapporto tra universalità dei beni e il patrimonio della persona fisica, riguardata l'una come un complesso di cose omogenee, l'altro come un complesso di cose e diritti, ancorché considerato in modo unitario; la definizione di cose mobili e cose immobili, legate alla loro possibile fissità al suolo, ripresa poi dalla Commissione reale, la distinzione tra immobili per destinazione e pertinenze (formulazione preferita dalla codificazione tedesca poi passata nel codice italiano vigente), la distinzione tra diritti che si esercitano sulla cosa e diritti di credito, sì che il diritto di proprietà non può considerarsi un diritto di credito, né il diritto di credito oggetto di proprietà, la irrilevanza della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*.

La definizione delle cose («cose nel senso della legge sono tutti gli oggetti corporali o altre entità naturali suscettibili di appropriazione o di utilizzazione») ancorata al passato è rigettata nel codice civile vigente. La Relazione e il codice non parlano di cose ma di *beni*, anche se poi l'espressione beni è utilizzata in vario modo, compreso anche l'ambito del patrimonio con cui il debitore risponde dei suoi debiti, inclusivo quindi dei crediti: all'interno della categoria delle cose vi sono i beni, e «beni sono le cose che possono formare oggetto di diritti».

Sì che oggi si scontrano ancora due diverse concezioni dei diritti reali, che si riflettono anche sulla distinzione tra diritti reali e diritti di credito: quella per così dire naturalistica o cosale, che considera il diritto di proprietà come un potere che si esercita sulla cosa e che si *incorpora* nella cosa (per cui proprietà e cosa si identificano) e quella funzionale, che considera il diritto di proprietà nei suoi effetti, di escludere altri dall'uso, la fruizione, la destinazione, la disposizione della cosa, cioè come un diritto esclusivo. Nel primo caso non possono rientrare tra i beni oggetto di proprietà le cose immateriali, nel secondo sì. L'evoluzione dei rapporti e le esigenze dell'economia hanno postulato una concezione meno cosale e fisica del diritto di proprietà e dei diritti reali minori. Nello stesso tempo vi sono categorie di diritti di credito assistiti da una «vena di realtà», come i diritti di godimento che discendono dai contratti di locazione.

Anche i nuovi diritti immateriali, che nascono dalla immaginifica utilizzazione delle tecnologie informatiche, sono oggetto di tensione

interpretativa. Da un lato, se ne vorrebbero fare altrettanti oggetti di proprietà, e quindi assimilarli alle cose naturali, anche se nell'era della riproducibilità tecnica viene a mancare la res unica sulla quale si concentra il diritto reale inteso tradizionalmente. Dall'altro lato, lo sfruttamento individuale tende alla esclusione che altri si appropriino dell'invenzione, dell'informazione, del segreto, del *domain name*, e delle altre creazioni dell'autore, sì da pervenire alla definizione di diritti di esclusiva. Esclusiva che ci si chiede se debba essere imposta solo dalla legge o possa essere costruita anche in via giurisprudenziale.

Il diritto vivente non dà certezze univoche, ma è valso a dissolvere la concezione dei diritti reali inclusi in un numero chiuso.

Ed allora si apre l'altra diatriba che riguarda le modalità di tutela della proprietà e dei diritti reali in generale: se vi debbano essere solo azioni tipiche, oppure, oltre all'azione generale di danno, si possa ricorrere ai rimedi offerti dalla concorrenza sleale e dalla legislazione speciale, in particolare quella che tutela il diritto d'autore.

3. *Un esempio di nuovo bene con terminologia ambigua e valore bivalente: la multiproprietà*

Con la direttiva 2008/122/CE del 14 gennaio 2009 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno integrato e aggiornato la direttiva 1994/47/CE del 26 ottobre 1994. La nuova direttiva è destinata a tutelare i consumatori "per quanto riguarda taluni aspetti del contratto di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio". La precedente aveva uno scopo più circoscritto, essendo diretta a tutelare l'acquirente per taluni aspetti "dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale su beni immobili".

La nuova direttiva prende in considerazione una più variegata tipologia di contratti, perché, oltre al contratto di multiproprietà, di cui dà una definizione, si occupa anche dei contratti relativi ad un "prodotto per le vacanze di lungo termine", ai contratti di rivendita aventi ad oggetto i diritti connessi all'acquisto della multiproprietà, i contratti di scambio per alloggio, accesso temporaneo etc. connessi alla multiproprietà.

Il contratto di multiproprietà è definito come «il contratto di durata superiore ad un anno tramite il quale un consumatore acqui-

sisce a titolo oneroso il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione».

La nuova direttiva detta regole sul comportamento delle parti anteriore alla conclusione del contratto, imponendo obblighi di informazione precontrattuale, regola modalità di conclusione e la forma (scritta) del contratto, il diritto di recesso e i suoi effetti, il collegamento negoziale con gli altri contratti connessi al contratto di multiproprietà, i rimedi dei consumatori e delle loro associazioni per la violazione delle norme imperative, nonché sanzioni per gli operatori che non le abbiano osservate.

La precedente direttiva disciplinava «il contratto o un insieme di contratti concluso per un periodo di almeno tre anni con il quale direttamente o indirettamente, dietro corrispettivo di una certa somma globale, un diritto reale ovvero un altro diritto vertente sul godimento di uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana, è costituito o forma oggetto di un trasferimento o di un impegno di trasferimento».

Il contratto di multiproprietà ora è definito come «contratto di durata superiore ad un anno tramite il quale un consumatore acquisisce a titolo oneroso il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione».

Al di là delle differenze di ambito di applicazione, della terminologia e di collocazione delle norme nell'ambito delle fonti dell'ordinamento, quindi al di là delle scelte effettuate negli ordinamenti nazionali entro i limiti concessi dal perimetro del diritto comunitario, e al di là della connotazione tipica del contratto di multiproprietà e della soluzione delle questioni di natura contrattuale riguardanti anche i contratti collegati, ciò che rileva ai fini della discussione riguardante i nuovi beni è la natura giuridica del diritto insistente sui beni immobili oggetto del contratto.

4. *L'attuazione delle direttive comunitarie*

La nuova direttiva è stata attuata con d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (entrato in vigore il 21 giugno 2011), che ha modificato il codice del consumo, artt. 69-81, aggiungendo inoltre gli artt. 72-*bis* e 81-*bis*, e quattro formulari che debbono essere completati e consegnati dall'operatore parte del contratto all'acquirente, uno riguardante i contratti di multiproprietà, un altro i contratti relativi a prodotti per le

vacanze a lungo termine, ancora il formulario riguardante la rivendita e finalmente il formulario concernente il diritto di recesso.

Molteplici sono i problemi di diritto contrattuale che le innovazioni sollevano.

Innanzitutto, se le diverse operazioni economiche disciplinate rispondano ad altrettanti tipi legali, oppure si sia in presenza di una semplice connotazione, in cui sono stabilite alcune regole, rimettendosi poi l'interprete al tipo di riferimento. La seconda soluzione appare la più ragionevole; essa era quella seguita dalla dottrina formatasi sotto il codice di consumo nella versione precedente; in ogni caso, vale a ribadire questa conclusione il disposto dell'art. 81-*bis* (tutela in base ad altre disposizioni) a mente del quale "per quanto non previsto dal presente capo si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratti".

Poi, quali siano le conseguenze sul piano degli effetti civili della mancata o inesatta o dolosa comunicazione delle informazioni precontrattuali previste ex lege (art. 71 cod. cons.), della mancata consegna del testo del contratto, della mancata consegna del formulario contenente informazioni ulteriori, rispetto a quelle elencate dall'art. 71 cod. cons., o della inesatta o dolosa comunicazione contenuta nel formulario. Si propende per i rimedi derivanti dalla responsabilità precontrattuale, ma ove ne sussistano i presupposti, si ritengono applicabili sia i rimedi dell'annullamento per dolo omissivo o per errore, sia i rimedi del risarcimento del danno contrattuale (nel caso le informazioni precontrattuali, quali espressione di un obbligo legislativo implicino violazione di obblighi contrattuali).

Ma le questioni più complesse riguardano l'oggetto del diritto di cui si dispone mediante il contratto di *multiproprietà*. Ciò perché la definizione di contratto di *multiproprietà*, ricalcando pedissequamente quella introdotta dalla nuova direttiva recita: «un contratto di durata superiore a un anno tramite il quale un consumatore acquisisce a titolo oneroso il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione».

5. *La denominazione di "multiproprietà" e il suo contenuto di "diritto di credito"*

Nella direttiva del 2008 n. 122, rispetto alla precedente, la nuova formula appare più semplice (perché non articola le modalità

dirette o “indirette” di acquisto del diritto, la sua durata e così via), ed ancora più ampia, per un verso, e più precisa, per altro verso, rispetto a quella originaria. Più ampia, perché estende l'applicazione ai contratti aventi durata anche inferiore al triennio e perché include diritti di godimento anche non correlati a diritti reali; più precisa perché stabilisce che l'acquisto del diritto deve avvenire a titolo oneroso e può riguardare “uno o più alloggi”. In più, per la prima volta, il legislatore comunitario utilizza direttamente l'espressione *multiproprietà*, che aveva riprovato originariamente sia per la difficoltà di tradurre concettualmente il termine in altre lingue e in altri ordinamenti sia perché non tutti i diritti il cui effetto può portare al godimento a tempo parziale di un bene immobile sono qualificabili in termini di proprietà. Si usa infatti universalmente l'espressione *timesharing* o quella più fantasiosa di proprietà “intermittente”.

La formula generica è stata dettata anche dalla preoccupazione di non eccedere le competenze dell'Unione europea in materia di disciplina della proprietà e di aggregare tutte le possibilità modalità d'uso di un bene: sì che nel Regno Unito si è preferito dare a questo diritto un contenuto di *ownership* o di *use of a property*, in Portogallo lo si è considerato un diritto reale a sé, aggiunto ai diritti reali della tradizione; in Francia lo si è considerato un diritto di godimento assimilabile ad una locazione.

L'uso di questa espressione nella nuova direttiva è certamente stravagante, perché essa è destinata a disciplinare soltanto gli aspetti di diritto contrattuale dell'operazione economica e non ha alcun riferimento ai diritti reali. Ma pone problemi anche per il diritto interno, perché l'aver usato l'espressione “*multiproprietà*” che si era radicata nella tradizione italiana solleva la questione se queste regole siano destinate a disciplinare solo i contratti con i consumatori che hanno ad oggetto un diritto di godimento come definito in apertura, oppure anche i contratti che non hanno ad oggetto un diritto di godimento ma un diritto di *multiproprietà*, eventualmente collegato con le altre tipologie di godimento degli immobili, siano esse a contenuto reale oppure a contenuto obbligatorio. Per semplicità di interpretazione – e per rendere più facilmente applicabile la disciplina comunitaria – appare ragionevole ritenere che la nuova disciplina *amplia* il suo raggio di azione, fino a ricomprendere tutte le forme di godimento riconducibili alla fruizione turnaria di “alloggi”.

L'art. 69 del Codice del consumo qualificava questo diritto come diritto *reale*, ma ne estendeva la possibile qualificazione anche ad un diritto di *godimento*. Ciò perché delle diverse tipologie di “multiproprietà” (cioè di godimento a tempo parziale di un bene) la configurazione di un diritto reale era la formula dominante nella esperienza anteriore alla introduzione della direttiva, e dominante anche nei progetti di legge che si erano susseguiti, peraltro senza giungere a compimento, prima dell'intervento del legislatore comunitario. Altre tipologie riguardano la locazione alberghiera, nei casi in cui la utilizzazione del bene sia connessa con l'impiego di una struttura alberghiera, di cui sono clienti solo i titolari del diritto, e la multiproprietà azionaria, in cui il diritto è connesso con la titolarità dell'azione o della quota della società che è proprietaria dell'immobile nel quale è stata realizzata l'operazione economica.

La formula attuale dell'art. 69 può dunque interpretarsi in due modi diversi. O essere considerata come onnicomprensiva di tutte le tipologie di “multiproprietà”, quasi che il contenuto reale del diritto oggetto del contratto fosse un modo espressivo dell'operazione economica, e quindi attribuisca appunto quella facoltà di godimento che la formula traduce in termini di “diritto” di godimento; in questa stessa formula si conterrebbero dunque anche la multiproprietà alberghiera, che ha sempre un contenuto reale, ma si accompagna ad un accordo relativo alla fruizione dei beni comuni oltre che del bene turnario costituito dall'alloggio; e pure la multiproprietà azionaria, che, insieme con la locazione turnaria, risponderebbe letteralmente alla nuova definizione, non tanto con riguardo alla titolarità dell'azione, quanto con riguardo al contratto che vincola l'azionista al gestore dell'albergo o della struttura con cui si è effettuata l'operazione economica. Oppure essere considerata come più circoscritta rispetto alle altre tipologie, e quindi tutta la disciplina sia destinata alle ipotesi in cui venga negoziato solo il diritto di godimento, e per questo siano previste tutte le disposizioni a favore dell'acquirente, a cui poi si offrirebbe la tutela additiva nel caso di cessione di un diritto più ampio (ad es., un diritto reale). Questa alternativa però non si adegua alle disposizioni che prevedono che l'immobile sia in costruzione, e delineano garanzie particolari per questa eventualità. Considerazione che suffraga la tesi della applicazione estensiva della nuova disciplina.

6. *La multiproprietà come diritto reale*

Nel caso in cui il diritto abbia natura reale si sono prospettate diverse sue configurazioni.

Si è fatto riferimento:

– alla comunione sull'unico bene, con due varianti: la comunione sull'intero *complesso immobiliare*, comprendente alloggi e attrezzature, con diritto esclusivo di utilizzo di una frazione dell'immobile per un determinato periodo nel corso di ogni anno; comunione di un *alloggio* con uso turnario annuale e titolarità di quota dei beni comuni *condominiali* con uso per il periodo corrispondente; in entrambi i casi i multiproprietari sono comproprietari delle singole unità abitative e condomini del complesso; si è parlato anche di comunione speciale; la turnarietà, l'obbligo di non modificare l'alloggio e le altre caratteristiche tipiche che nella prassi disciplinano le modalità di esercizio del diritto sono oggetto di regolamento di comunione ed hanno natura contrattuale (si discute poi se i regolamenti siano opponibili ai terzi); il regolamento include il divieto di divisione (peraltro la indivisibilità è di natura oggettiva, perché ove fosse ammessa, l'intero sistema si dissolverebbe); le clausole hanno efficacia reale, e sono rese necessarie dalla perseguibilità dello scopo;

– alla proprietà di un nuovo bene, che è composto dai moduli temporali di utilizzazione connessi ai caratteri spaziali (in Francia, la m. viene anche definita proprietà spazio-temporale); il bene non viene quindi inteso in senso fisico, ma come configurazione giuridica di diritti che insistono su di una cosa; si semplifica allora l'uso turnario di più soggetti, perché ogni soggetto può godere della "propria" cosa solo nel periodo acquisito, essendo essa negli altri periodi cosa altrui;

– alla proprietà temporanea, cioè alla proprietà tradizionale che si esercita però in periodi annuali e per una durata indeterminata;

– al diritto reale atipico, che coniuga il diritto sul bene con obblighi inerenti la turnazione, l'uso etc.

Comunque configurato, il diritto reale di multiproprietà consente al suo titolare di costituire diritti reali limitati su di esso, e diritti personali di godimento.

La multiproprietà configurata come diritto reale ha comunque caratteri peculiari, perché non è possibile istituire su di essa ipoteca, è necessario che sia stipulato dai titolari il patto di indivisibilità, ed

inoltre essa richiede in modo costitutivo la frazione temporale del godimento.

L'inerenza e l'incorporazione del bene sulla cosa, oggetto di recente rivisitazione del diritto di proprietà, e ritenuti caratteri essenziali del diritto reale, vengono messe in forse, e così pure la "corpo-ralità" della cosa quale caratteristica essenziale del bene oggetto del diritto.

Abstract

Twenty years ago, some scholars questioned the legal form of "new goods" and the relevance of the traditional category.

The argument was of no small importance. In fact, despite the appearance of a compact set of rules and a tradition dating back, this matter has, even today, a complexity that is unmatched in other areas of civil law.

The need for an interdisciplinary study arose mainly from the need to understand if the market had not created goods different to those traditionally recognized.

Twenty years after that collective reflection, it is possible to record further developments in that direction which had marked the line within which the right of property would evolve.

Timeshare represents a typical example and is defined by the Directive 2008/122/EC of 14th January 2009 as the "contract for a term exceeding one year by which a consumer acquires, after payment, the right to use one or more accommodations, for more than one period of occupation".

The Directive has been implemented by the Legislative Decree No. 79 of 23rd May 2011, which amended the Consumer's Code and added the art. 72 and 81-*bis*, and four forms to be completed and delivered by the operator to the purchaser.

Innovations raise several problems of contract law, but the most complex issues refer to the right that can be claimed by the timeshare contract.

In fact, if this right has a real nature, we can point out a number of its configurations and, however, the property right of timeshare allows the holder to establish limited rights on it, and personal rights of use.

Timeshare as a property right has particular characteristics, indeed, the relevance and the incorporation of the good on the object, considered essential features of property right, are put into question, as well as the physicality of the object as a key feature of the good, subject of the right.

L'Avant-projet dell'Association Henri Capitant
pour une réforme du droit des biens
e l'attualità del “modello” codice civile

Giovanni B. Ferri

1. Il recente Avant-projet di riforma del Libro secondo del Code civil che contiene la disciplina *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, proposto da l'Association Henri Capitant, si inquadra nelle numerose iniziative di revisione del Code civil, elaborate dalla dottrina francese su fondamentali aspetti di questo; penso ad esempio, agli Avant-projets Catala, Terré e anche a quello predisposto in materia di *Droit des Contrats* dal Ministère de Justice. Un elegante civilista francese ha di recente sottolineato, con fondata ironia, come “L'agitation que suscite le code civil, depuis quelques années, suggère que l'histoire bégaye. A chaque centenaire, une fièvre de rénovation du code s'empare de la doctrine»¹. Così è, ad esempio, accaduto, dopo il primo centenario, nel 1904, per il timore di vedere «ce monument d'orgueil national dépassé par la révolution industrielle et par le code civil allemand»² entrato in vigore nel 1900. Così è, appunto, accaduto, anche dopo il secondo centenario del 2004, per la minaccia di vedersi superato dai codici stranieri, e soprattutto «de voir se construire un code civil européen»³.

E veniamo all'Avant-projet Capitant e alle proposte che suggerisce, con riguardo al libro secondo del Code civil; proposte, alcune di *carattere sistematico*, ed altre di *carattere contenutistico* in astratto ma non in concreto facilmente separabili.

Per quanto riguarda le innovazioni di *carattere* in prevalenza anche *sistematico* nell'Avant-projet Capitant, la novità più rilevante è indubbiamente costituita dallo spostamento, nel libro secondo, proprio a ridosso della definizione della proprietà (art. 534), delle norme in tema di possesso e detenzione, con gli artt. 543 ss. e 559, che dettano la disciplina di tali istituti.

¹ F. ZENATI - CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *RTD civ.*, n. 2 (avril/juin) 2009, 211.

² F. ZENATI - CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, cit., loco ult. cit.

³ *Id.*, o.c., 211 *loco*.

In tal modo nell'Avant-projet Capitant, vengono disciplinati istituti che nel Code civil si trovano disciplinati nel titolo ventesimo del terzo ed ultimo libro, (intitolato "*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*") che (oltre che del possesso e della detenzione) contiene norme in tema di prescrizione. Per la definizione e la regolamentazione del possesso cfr. gli artt. 2228 e seg. e per la detenzione gli artt. 2236 e seg., senza tuttavia dimenticare che gli artt. 549 e 550 del Code civil, a ridosso della definizione della proprietà (art. 544 del secondo libro), coinvolgono non irrilevanti tematiche che riguardano la disciplina del possesso.

Infatti, il Code civil, dopo aver stabilito, in materia di frutti, che "le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi" (art. 549), offre di questa figura una definizione (appunto all'art. 550), in cui si stabilisce che "le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de la propriété dont il ignore les vices".

Dunque il possesso continuato, come stabilisce l'art. 2229 del Code civil può portare alla prescrizione acquisitiva e, dunque all'usucapione del bene, da parte del possessore, mentre ciò non appare evidentemente possibile per il detentore, che tale sia nel tempo rimasto.

A proposito della prescrizione acquisitiva (usucapione) un insigne ed elegante civilista francese chiarisce come "*la prescription acquisitive tend à ramener le fait au droit en faisant sortir du fait un droit nouveau*"⁴.

Principi non dissimili erano, nel codice civile italiano del 1865, affermati nell'art. 687 (secondo comma, in particolare) ed anche nell'art. 2115 che non era disciplinato nel libro secondo, ma nel terzo e ultimo libro intitolato "*Dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*" e comunque desumibili anche dagli artt. 2105, 2106 (anch'essi, come l'art. 2115, collocati nel libro appena citato del precedente codice civile italiano).

In proposito, nel Code civil, l'art. 2219 sottolinea come «la prescription c'est un moyen de d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi».

A ridosso della definizione di proprietà (art. 534), l'Avant-projet Capitant offre una definizione unificante, certamente nuova e più

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil - 3 Les Biens - monnaie - immeubles-meubles*, Paris, 1990, 299.

semplice del concetto di possessore di buona fede (art. 544), con la formula “Est de bonne foi le possesseur qui peut légitimement se croire titulaire du droit qu’il exerce” (primo comma), aggiungendo (secondo comma) che “la bonne foi est toujours présumée”.

Per altro, con riferimento all’art. 543 dell’Avant-projet Capitant (sopra citato) la dottrina ha messo in luce come, con tale norma, si sia inteso dettare una sorta di «réécriture de la définition légale de la possession dans une formulation qui se veut à la fois plus complète que celle figurant à l’art. 2228» e volta all’essenziale «puisqu’elle ne s’intéresse qu’à la possession prédisposée à un effet créateur de droit»⁵.

In questo senso, rispetto alla nuova definizione del possesso, è stato anche sottolineato, come essa «maintient l’analyse traditionnelle venant du droit romain, qui distingue entre les deux composants de la possession, le *corpus* et l’*animus*, mais intègre trois des qualités qu’elle doit présenter: l’absence de violence, le caractère public et l’absence d’équivoque»⁶.

Ricordiamo che il primo comma del citato art. 2279 Code civil, che stabilisce come “en fait de meubles possession vaut titre”, conterrebbe in un’unica formula due distinte funzioni: *quella probatoria*, che, nell’Avant-projet Capitant, verrebbe affidata all’art. 555 quando, al primo comma, stabilisce che “le possesseur d’un meuble corporel est présumé posséder en vertu du titre qu’il allègue” e la *funzione acquisitiva* al primo comma dell’art. 556 che afferma il principio per cui “Le possesseur de bonne foi d’un meuble corporel qui l’a acquis par un non-propriétaire en devient propriétaire dès son entrée en possession”⁷.

Insomma, l’Avant-projet Capitant ha rinunciato (come ha fatto il legislatore italiano del 1942 con l’art. 1140 del cod. civ.), nel definire il possesso (artt. 543), all’evocazione del concetto di *detenzione* (cosa che, del resto, faceva l’art. 685 del cod. civ. italiano del 1865 e come continua a fare l’art. 2228 del Code civil).

Evocazione che sembra non avere una specifica *valenza* (come dire?) *tecnica* o un *significato* per designare una forma “giuridicamente qualificata” di *appartenenza*; infatti, il termine “detenzione”,

⁵ L. JACQUES, *La possession et la détention*, cit., 63.

⁶ Id. o.c., 63.

⁷ L. JACQUES, *La possession et la détention*, cit., 64.

sembra sostanzialmente essere utilizzato nell'art. 2228 Code civil e nell'art. 685 del cod. civ. italiano del 1865 (a quello evidentemente ispirato) nella accezione più generica di una sorta di mera “*disponibilità materiale*”.

Insomma, in tema di possesso e di detenzione, l'Avant projet Capitant, con gli artt. 543 e 559, invece di mantenere le definizioni presenti nel Code civil, bene ha fatto, a nostro giudizio, a tenere distinta la definizione di possesso e di detenzione, dando di quest'ultima una nozione opportunamente autonoma, rispetto a quella di possesso e avvicinandosi, in tal modo, alle soluzioni adottate dal legislatore italiano del 1942, con gli artt. 1140 e 1141.

2. Per quanto riguarda gli *aspetti* prevalentemente (ma non solo) *contenutistici* ci limitiamo a segnalare le nuove definizioni prospettate in materia di proprietà. A tal proposito, ricordiamo come nel Code civil, nell'art. 544, la proprietà viene definita (come nell'art. 436 del codice civile italiano del 1865), come “le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on ne fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements”. Sempre nel Code civil, l'art. 545 afferma (come del resto sostanzialmente faceva l'art. 438 del codice civile italiano del 1865) che “Nul peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste préalable indemnité”.

L'Avant projet Capitant all'art. 534 nel primo comma afferma che «La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et de droits»; al secondo comma si chiarisce che «elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent». Nulla di sostanzialmente nuovo, anche se l'Avant projet Capitant non ha inteso, come ha sottolineato la dottrina, mantenere questa formulazione “en partie parce que elle avait une charge émotionnelle trop forte et qu'elle avait fait l'objet de multiples critiques”⁸. E così l'art. 534 dell'Avant-projet «dit la même chose en deux phrases séparées et moins bien que l'actuel article 544 diront les nostalgiques»⁹.

⁸ Ph. MALINVAUD *La propriété*, in AA.VV., *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme de droit de biens*, Paris, 2009, 42.

⁹ Ph. MALINVAUD *La propriété*, cit., loco cit.

Infatti, l'art. 543 dell'Avant-projet Capitant, a proposito della definizione del possesso, afferma che "La possession est l'exercice paisible, public et non équivoque d'un droit", da parte di chi, non essendo titolare, «se comporte en fait et intention» come se lo fosse. Le norme in tema di possesso e detenzione sono istituiti che, nel Code civil, si trovano disciplinati nel titolo ventesimo del terzo ed ultimo libro, (intitolato "*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*").

L'art. 2228 del Code civil definisce il possesso come «la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom». Ricordiamo che, nell'art. 2230 del Code civil, si chiarisce che «On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre».

Nell'art. 2229 del Code civil si afferma il principio per cui «pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible et publique, non équivoque et à titre de propriétaire» (in questo senso, sostanzialmente gli artt. 686 e 687 cod. civ. it. 1865).

L'art. 559 dell'Avant-projet Capitant definisce la detenzione con la formula seguente: «La détention est l'exercice licite d'un pouvoir précaire exercé sur un bien en vertu, notamment, d'un titre prévoyant sa mise à disposition tel le bail, le dépôt ou le prêt».

In tema di detenzione, l'art. 2236 (nel terzo libro del Code civil intitolato «des causes qui empêchent la prescription») sottolinea, nel primo comma, che «Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit»; mentre nel secondo comma chiarisce che «Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent pas la prescrire».

È stato anche notato come, diversamente da quanto fa l'art. 534 dell'Avant-projet che, nel definire la proprietà fa riferimento ai *droits*, oltre che alle *choses*, il nuovo articolo 543, dettando la definizione del possesso sembra volersi riferire solo alle cose e, dunque, non ai diritti; riferimento che, invece, fa, in modo diretto, l'art. 2228 del code civil che, nel definire il possesso, espressamente si richiama sia alle cose che ai diritti.

Questa che è stata considerata chiusura nei confronti dell'*im-materiel* finisce per «reléguer la possession des meubles incorporels

hors du droit commun en l'abandonnant aux législations spéciales (art. 558)»¹⁰.

La scelta operata dai redattori dell'Avant-projet Capitant può essere stata influenzata anche dalla constatazione della progressiva *dimensione immateriale* che hanno finito per assumere i beni nella odierna realtà dei traffici e degli scambi; e ciò forse è anche servito alla dottrina a sottolineare come, ferma restando, per quanto riguarda la proprietà intellettuale, la preminenza appunto «des dispositions du Code de la propriété intellectuelle», (la proprietà) «n'est pas un droit comme les autres»¹¹.

Ma per quanto poi riguarda le tematiche dell'*incorporel*, c'è da dire che, nell'Avant-projet Capitant, se ad esse sembra fare implicito riferimento, come abbiamo visto, il citato art. 534 (che nel definire la proprietà evoca le cose e i diritti), più espliciti in materia appaiono sia l'art. 520 che detta la definizione di beni, sia l'art. 575 in tema di usufrutto, nei quali sono, appunto, direttamente evocati i beni corporali e incorporali¹².

Tuttavia, in dottrina, si è anche ritenuto che, come gli articoli, appena citati, anche l'art. 543, che detta la definizione di possesso, contenga anche un riferimento ai beni *incorporels*; e ciò, in base alla considerazione (un po' debole, in verità) che gli studiosi, che hanno partecipato alla redazione dell'Avant-projet Capitant, si sono occupati dell'*incorporel* «de manière systématique. Toutes les définitions fondamentales du droit des biens y font référence»¹³.

Indubbiamente la formula dell'art. 534 dell'Avant-projet Capitant non modifica nella sostanza la formula dell'art. 544 del codice civile. Interessante è il contenuto dell'articolo 535, ritenuto una delle novità¹⁴ di questo Avant-projet, che in tema di abuso, stabilisce il principio per cui «Nul peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui».

¹⁰ Così, F. ZENATI - CASTAING, *La proposition de refonte du livre II*, cit., 230.

¹¹ Ricordiamo che l'art. 437 del cod. civ. italiano del 1865 affermava il principio per cui «le produzioni dell'ingegno appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite dalle leggi speciali», nel vigente codice disciplinate negli artt. 2575 ss. del libro V del lavoro.

¹² H. PÉRINET-MARQUET, *Présentation des travaux du group de travail*, in AA.VV., *Propositions de l'Association Henri Capitant*, cit., 13.

¹³ ID., *o.c.*, loco ult. cit.

¹⁴ Cfr., per tutti Ph. MALINVAUD, *La propriété*, cit., 44.

Principio, questo, abbastanza ovvio e certamente non nuovo, atteso che esso è ben conosciuto in dottrina ed in giurisprudenza¹⁵. Infatti, “La théorie de l’abus des droits, un peu hâtivement attribuée à la pensée juridique de la société industrielle, est en réalité, la formulation d’un principe juridique des plus traditionnels”¹⁶ che affonda le sue origini nel diritto romano e nel pensiero dei canonisti medioevali.

Codificarlo o meno non appare molto rilevante, atteso che spetterà sempre alla giurisprudenza e alla dottrina dare concreta fisionomia alla generica formula “de l’intention de nuire”, per determinare se l’oggettivo comportamento del proprietario sia effettivamente abusivo.

Per altro, l’abuso del proprietario sembrerebbe emergere soprattutto con riferimento alla *propriété foncière*; la dottrina ha autorevolmente chiarito che perché si realizzi l’ipotesi di *intention de nuir* non sarebbe sufficiente che il proprietario «eût commis une négligence ou une imprudence en usant sa propriété; il doit avoir causé le dommage» intenzionalmente per dolo o «par esprit de malveillance envers son voisin»¹⁷.

Sempre in materia di proprietà, l’art. 537 dell’Avant-projet fissa il principio, anch’esso abbastanza ovvio, per cui «La propriété ne se perd pas par le non-usage» (primo comma) e che «L’action de revendication est perpétuelle» (secondo comma). Anche questo principio non costituisce una novità in quanto la dottrina ha dovuto subito precisare, fin dai suoi primi commenti, che esso «évidemment n’empêche pas qu’un tiers puisse acquérir la propriété par usucapion»¹⁸.

2. La scelta di concentrare nel libro secondo del Code civil la complessa disciplina dei beni, come propone l’Avant-projet de l’Association Henri Capitant elaborato nel 2008, appare una scelta certamente rischiosa, perché anche essa si muove, nel senso di «faire des livres du code des sites de spécialité», mentre un codice, in quella sua moderna concezione, iniziata con il codice di Napoleone, do-

¹⁵ Per la dottrina, in particolare, cfr. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, 2009, 420-422 e J. CARBONNIER, *Droit civil - 3 Les Biens*, cit., 269.

¹⁶ F. ZENATI - CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, cit., 224.

¹⁷ Così, J. CARBONNIER, *Droit civil - 3 Les Biens*, cit., 270.

¹⁸ Così, Ph. MALINVAUD, *o.c.*, 43.

vrebbe continuare ad essere «un recueil des principes généraux constitutifs du droit commun»¹⁹.

Insomma, i limiti dei tentativi di riforma del Code civil, a me sembrano derivare soprattutto dalla frammentaria organizzazione delle commissioni di riforma, che danno la sensazione di essere quasi in concorrenza tra di loro e che sembrano anche non credere forse più alla stessa centralità del ruolo del codice civile. Anche per questo, i vari Projets o Avant-projets sembrano aver proceduto più che a vere proprie riforme, a non decisivi *maquillages* di alcuni settori normativi.

Una riforma di un codice civile (se si ritiene necessario farla) deve, a mio modo di vedere nascere dalla considerazione complessiva del sistema che lo stesso codice esprime. Del resto è stato opportunamente sottolineato come «le résultat que produit la méthode de recodification par tranches est désastreux. Le système du code d'origine est détruit par successifs démantèlements, sans qu'un nouveau système lui soit substitué»²⁰ Il che, evidentemente, non significa che una riforma debba necessariamente interessare ogni parte, ogni libro di cui il codice è composto.

Vero è che, ad essere sopraffatto da una disordinata miriade di specifiche normative cui si offre il nome pomposo immeritato e fuorviante di Code²¹, anche se in verità si tratta soltanto di mere *compilations* (si pensi al Code rural, al Code de la propriété industrielle, al Code de la construction et de l'habitation, al Code des assurances, al Code de la consommation), è a ben vedere non tanto il Code civil, quanto piuttosto le droit civil.

E ciò perché il Code civil sembra in grado ancora di mantenere «son caractère de texte référence pour l'ensemble du droit civil»²² e, quindi, «dans sa architecture a sans doute su résister à l'usure du temps»²³ e, ciò, nonostante le novità e i cambiamenti che il vivere sociale produce; dunque, le Code civil, tutto sommato, «a pour le moment su s'adapter, en sauvegardant son âme»²⁴.

¹⁹ Così, F. ZENATI - CASTAING, *La proposition de refonte du livre II*, cit., 230.

²⁰ F. ZENATI - CASTAING, *o.c.*, 214.

²¹ J.-L. HALPÉRIN, *Le Code Civil*, Paris, 1996, 133.

²² J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, *Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale* in AA.VV., *Le code civil*, Paris, 2003, 141.

²³ J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, *Le droit civil*, cit., loco ult cit.

²⁴ In questo senso, R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Paris, 1997, 52.

Mentre è il diritto civile ad essere diventato un *droit civil* ormai «à la carte»²⁵, utilizzato secondo strategie di gruppi sociali o di individui o secondo mode consumistiche e confortato dallo sviluppo di norme giuridiche sempre più mobili «reformulées par les juges... dans un système de valeurs européens»²⁶. E ciò, purtroppo, senza nostalgia o rimpianti per «un droit structuré, construit par un législateur unique sur les valeurs de l'État-nation»²⁷.

Ma se è vero che il modello codice può ancora rappresentare un punto di riferimento, atteso che la sua architettura ha saputo «résister à l'usure du temps», e se è vero che, per rimanere all'esperienza francese, il ritmo forzato dei cambiamenti introdotti ha finito per interessare soltanto «une petite moitié du Code civil»²⁸, non sembra, allora, avere senso fare riferimento ad una (non meglio precisata) esperienza europea, atteso che sulla possibilità e sull'opportunità di una unificazione della legislazione civile europea esistono quel diffuso scetticismo e quelle sostanziali ostilità che hanno spinto, ancor di recente, un autorevole giurista francese a scrivere che «l'unification de la législation civile en Europe...apparaît comme une chose dangereuse politiquement, nuisible culturellement et économiquement inutile. Quant à ma passion, elle me porte à espérer que la France ne sorte pas de l'histoire»²⁹.

C'è dunque da chiedersi se il *modello* “codice” possa ancora considerarsi idoneo a comporre ed organizzare la *modernità* che stiamo vivendo, scandita come è dalla internazionalizzazione e dalle estreme mobilità e variabilità dei rapporti tra privati, o sia preferibile cercare di mettere in pratica quella dimensione di *estrastatualità* del diritto civile affermata da Filippo Vassalli.

Ma tentare di mettere in pratica la dimensione dell'*estrastatualità* del diritto civile, in verità, altro non significherebbe che affidare sostanzialmente il governo dei rapporti privati alle prassi consuetudinarie e dunque ad una sorta di *lex mercatoria*, la cui idoneità a cogliere gli attuali caratteri di mobilità e di internazionalizzazione dei rapporti tra privati appare tuttavia incerta.

²⁵ J-P JEAN et J-P ROYER, *Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale*, loco cit.

²⁶ Id., o.c., 141.

²⁷ Id., J-P JEAN et J-P ROYER, *Le droit civil, de la volonté politique*, loco ult cit.

²⁸ Così, J-L. HALPÉRIN, *Le Code Civil*, cit., 133.

²⁹ Y. LEQUETTE, *Vers un code civil européen?*, in AA.VV., *Le code civil*, cit., 124.

E ciò, da un lato, perché un comportamento per diventare prassi e, dunque, avere valenza normativa, deve in qualche modo essersi consolidato e cioè deve essere ripetuto nel tempo in maniera uniforme: e ciò non so quanto possa, concretamente, coniugarsi con la mobilità dei rapporti economici che è chiamato a governare; d'altro lato il carattere sempre più sovranazionale di tali rapporti rischia di dover fare i conti con una possibile pluralità di prassi e consuetudini, espressione di specifiche realtà sociali, non necessariamente omogenee e compatibili tra loro; vogliamo con ciò sottolineare come tali prassi tenderebbero comprensibilmente a formarsi soprattutto riguardo a comportamenti ed iniziative specifiche, e, dunque, regolare questi soltanto ed, in conseguenza, di non essere facilmente al di là di questi utilizzabili.

Per altro, e non a caso, proprio un illustre cultore del diritto commerciale anglosassone ha affermato come «il ragionamento giuridico, così come il ragionamento in ogni altro settore della conoscenza, richiede una struttura organizzativa. Senza la guida di concetti, principi e teorie, le corti deciderebbero in merito alle particolari fattispecie semplicemente su una base statistica; di conseguenza, la decisione di un caso non sarebbe una guida indicativa del probabile risultato di future controversie che implicino lo stesso problema giuridico»³⁰.

Lo stesso giurista, citando uno scritto di un importante esperto di diritto commerciale statunitense (Karl Lewellyn) ricorda come questi avesse, in un noto scritto (*Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*) con forza sottolineato che «le regole, i concetti non devono essere eliminati...Il comportamento umano è troppo eterogeneo perché lo si possa regolamentare senza averlo ordinato artificialmente. Né può il pensiero provvedere senza categorie»³¹.

In siffatta prospettiva, siamo pienamente consapevoli che il *modello codice* può presentare non irrilevanti punti deboli che, per altro, sono stati, con ragione, autorevolmente sottolineati³²; tuttavia,

³⁰ Così, R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, volume n. 37 della Collana di traduzioni proposte da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano *Giuristi stranieri di oggi*, Milano, 2003, a cura di B. Cassandro Sulpasso (trad. it. di J. D'Almeida), 43.

³¹ ID., *o.c.* loco cit.

³² P. GROSSI, *Novecento giuridico. Un secolo postmoderno*, Napoli, 2011, 70 ss.

appare difficile negare che tale *modello* possa ancora, in quanto *raison écrite* e per l'esperienza spesso secolare che ha alle spalle, dimostrarsi in grado di esprimere forme di *razionalità organizzate* in categorie concettuali, tutto sommato ancora socialmente condivise, che non è detto abbiano del tutto perduto, se non una piena attualità, quanto meno una pratica utilizzabilità.

È tuttavia opportuno ricordare che l'ipotesi *organizzativa* che il codice ha, istituzionalmente e storicamente, rappresentato a livello nazionale, è dubbio possa costituire, anche in una dimensione *pluri e sovranazionale* un vero e credibile punto di riferimento, proprio per le evidentemente enormi, non prevedibili e governabili complessità che tale dimensione caratterizzano.

Vogliamo con ciò dire che non possiamo nasconderci che il *modello codice* sia difficilmente utilizzabile al di fuori di una dimensione che prescinda da quella fonte unitaria che lo Stato nazionale ha saputo storicamente rappresentare e nella quale è stato proprio attraverso il *codice* (con le *razionalità organizzate*, consolidate e socialmente condivise, che esso esprime), che il *diritto civile* ha potuto esprimere quella realtà normativa, in cui i dati della vita, come insegnava proprio Filippo Vassalli, teorico dell'*estrastatualità* del diritto civile (ma anche padre del codice civile italiano del 1942), si sono potuti comporre e trasformare, appunto, in *schemi di pensiero* e, dunque, in categorie concettuali. Il timore di Vassalli sui concetti era che questi potessero, in quanto certamente astratte elucubrazioni, diventare del tutto sterili ed anche eccessivamente autoreferenziali.

La nostra risposta sulla attualità del codice è stata pacatamente pensosa, e ciò nonostante l'indubbia fascinazione che può suscitare l'idea di *estrastatualità* del diritto civile, cara a Filippo Vassalli.

Per altro, è indubbio che anche le codificazioni europee, ispirandosi naturalmente all'esigenza di organizzare razionalmente la varietà e le complessità di situazioni e di interessi che le realtà socio-economiche esprimono, modellano i loro contenuti (di certo meno articolati e completi) su quelli presenti nei codici nazionali e nelle categorie concettuali liberiste che li caratterizzano: libertà contrattuale, di iniziativa economica e di concorrenza³³.

³³ Sul punto, S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2010, 639.

Abstract

The *Avant-projet* of reform in the Second Book of the Civil Code of the Henri Capitan Association is one of the many initiatives to reform the *Code Civil* framed by the French doctrine. This project suggests a number of proposals, some of systematic character and others referring to the content.

With respect to the first group of innovations, undoubtedly the most important change appears to be the displacement of the rules regarding possession and detention, in the Second Book, close to the definition of property (art. 543 ss. and 559). These institutions are currently regulated in the twentieth title, in the third and last book entitled *Des Différentes manières dont on acquiert la propriété*. As for content, it will be sufficient to point out that a number of new definitions related to property have been proposed.

However, the limitations of the attempts to reform the *Code Civil* appear obvious, even with respect to this project; these limitations follow mainly from the fragmented organization of the Reform Boards, which seem to act in competition with each other rather than move towards the general consideration of the system expressed by the code.

Nevertheless, one must think that the Code Civil is still able to maintain *son caractère de texte référence pour l'ensemble du droit civil*, while the civil law overwhelmed by a chaotic mass of specific regulations has become a *droit civil* “à la carte”. In this perspective, if it is true that the code model may show not insignificant weak points, it is however difficult to deny that this model can again prove to be able to express forms of rationality organized in conceptual categories still socially shared.

But if it is true that the code model stood the test of time, one must question the opportunity to unify the European civil law. And also, it is appropriate to question whether the model code may constitute, even outside of a homogeneous dimension that the national state has historically represented, a real and credible reference point because of the obvious complexity which characterizes this dimension.

I diritti sulle cellule staminali del cordone ombelicale: note critiche sulla disciplina restrittiva in materia di conservazione autologa*

Paola Frati

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il cordone ombelicale tra diritto di proprietà e diritti della personalità. – 2.1. Analisi degli argomenti a sostegno dell'impostazione proprietaria. – 2.2. Le ragioni a sostegno del superamento dell'impostazione proprietaria. – 2.3. Il diritto sulle parti staccate nell'ambito dei diritti della personalità. – 3. I limiti all'impiego autologo delle cellule staminali cordonali. Critica. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema delle cellule staminali cordonali rientra nella moderna tendenza allo sviluppo di forme di disposizione della persona le quali, pur coinvolgendo l'identità personale, sono prive di incidenza attuale sulla corporeità del soggetto disponente¹.

Il progresso scientifico, infatti, ha «modificato la percezione stessa del corpo»². L'attenzione della medicina e delle biotecnologie si rivolge a parti sempre più piccole dell'organismo. Anche le categorie giuridiche, conseguentemente, si sono dovute misurare con realtà in passato sconosciute e persino invisibili ad occhio nudo, come appunto le cellule, il DNA, le proteine, gli enzimi, ecc.³.

* Alla redazione del saggio ha collaborato il Dott. Gianluca Montanari Vergallo della "Sapienza" Università di Roma-Facoltà di Farmacia e Medicina-Dipartimento di Scienze anatomiche, istologiche, medico-legali e dell'apparato locomotore.

¹ G. ANZANI, *Gli «atti di disposizione della persona» nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 11.

² S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467. Cfr. altresì P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Enc. bioetica e scienza giur.*, vol. III, Napoli, 2010, 340 s., la quale rileva che le biotecnologie, avendo scoperto nuovi modi e scopi dell'uso delle singole parti del corpo, «hanno determinato la dilatazione dell'ambito di operatività della volontà del soggetto diretta al perseguimento di finalità pratiche proprie ed altrui».

³ Come rileva S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 74, «la modernità giuridica allontana da sé la corporeità, e si costruisce intorno a una trama di concetti astratti, che definiscono il soggetto facendo appunto astrazione da tutte le condizioni materiali della sua esistenza».

Tali componenti del corpo, essendo capaci di produrre utilità, rappresentano un polo d'attenzione intorno al quale ruotano gli interessi dei singoli pazienti, dei medici e della collettività⁴.

Un campo di particolare interesse, non soltanto per il valore ma anche per la diffusione degli interessi coinvolti, è rappresentato dalle cellule staminali del cordone ombelicale, per le quali la scienza consente la conservazione autologa, ossia in vista di eventuali future esigenze terapeutiche del neonato stesso o dei suoi consanguinei. Il legislatore, invece, come vedremo, ha posto limiti stringenti all'impiego autologo di tali cellule.

Occorre, dunque, valutarne la compatibilità alla luce della Costituzione e, prima ancora, ricostruire la natura dei diritti della donna sul cordone ombelicale.

Infatti, se le cellule cordonali fossero oggetto di un diritto della personalità, troverebbe applicazione il divieto di strumentalizzare l'individuo in funzione di interessi della collettività, sancito dall'art. 2 della Convenzione di Oviedo, ratificata dall'Italia con la legge n. 145/2001, e desumibile dall'impostazione personalista della Carta costituzionale.

Ove, invece, le cellule cordonali fossero inquadrabili in un rapporto di tipo proprietario, l'interesse individuale alla loro conservazione rischierebbe di essere asservito a quello collettivo, data la preminenza che quest'ultimo può avere in virtù dell'art. 42, commi 2 e 3, Cost.

2. *Il cordone ombelicale tra diritto di proprietà e diritti della personalità*

La prospettiva tradizionale propende per configurare le parti staccate del corpo come oggetto di un diritto di proprietà. Tale impostazione è stata sostenuta con varietà di argomenti, ciascuno dei quali, tuttavia, ha incontrato rilevanti critiche.

⁴ Per una panoramica delle scuole di pensiero in ordine alla titolarità dei diritti sulle parti staccate del corpo, si rinvia a G. CALABRESI, *Una introduzione al pensiero giuridico: quattro approcci al diritto e al problema del regime giuridico delle parti del corpo umano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 755, aggiornato e pubblicato anche con il titolo *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, in *Stan. L. Rev.*, 55, 2113, 2002-2003, anche al sito <http://beinonline.org>.

2.1. *Analisi degli argomenti a sostegno dell'impostazione proprietaria*

Secondo la dottrina dello *ius in se ipsum*, il diritto di proprietà che ciascuno vanta sul proprio corpo si estende anche sulle parti staccate, che, quindi, continuano senza alcuna interruzione ad appartenere alla sfera giuridica patrimoniale del soggetto stesso⁵.

Tuttavia, la configurabilità stessa di un generale e onnicomprensivo *ius in se ipsum* è stata criticata, in primo luogo, perché il diritto positivo, «mentre espressamente attribuisce all'individuo un diritto amplissimo e indeterminato sulle cose esterne (art. 832 cod. civ.), non gli attribuisce un analogo diritto su sé medesimo [...] L'ordinamento giuridico ha dunque elaborato, come dato oggettivo, la *cosa*, ma non l'*uomo*: rispetto a questo, ha attribuito dignità oggettiva di *bene* solamente a determinate sue qualità, o attributi, come la vita, l'integrità fisica, l'onore, ecc.»⁶.

Inoltre, l'ordinamento ha previsto norme che difendono l'individuo «da quelle influenze esteriori che possono intaccare l'integrità del suo essere fisico, o pregiudicare la sua libertà di azione, od offendere la sua dignità morale ..., ma certo non intende apprestare una generale difesa contro *tutte* le influenze che i terzi possono esercitare sui suoi sensi e sul suo spirito»⁷.

Dunque, non sussistendo uno *ius in se ipsum*, occorre individuare precisi riferimenti normativi che spieghino quale situazione giuridica soggettiva attinge le parti staccate del corpo.

⁵ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 206. Per questa via si pone il problema che, se il corpo umano fosse oggetto di proprietà, si verificherebbe un'inaccettabile confusione tra soggetto e oggetto. Ma tale obiezione viene superata da questa dottrina attraverso la distinzione tra persona, intesa come soggetto, ossia spirito svincolato dal corpo, e uomo come oggetto dei rapporti giuridici di cui la persona è titolare. Cfr. altresì F. CARNELUTTI, *Problema giuridico della trasfusione di sangue*, in *Foro it.*, 1938, IV, 95 s.

⁶ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, vol. I, Milano, 1959, 38.

⁷ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 39 s., il quale fa notare che «per quanto attiene alle influenze di natura fisica, non esiste, ad es., una difesa contro le esternazioni sonore, rumorose, provenienti da terzi soggetti, a meno che le stesse siano tali da pregiudicare la salute dell'individuo costretto a subirle, il suo benessere fisico». Secondo G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 1-2, 268, la teoria dello *ius in se ipsum* finisce per estendere il dominio sul corpo ad un «oggetto che non è più corpo». Sulla dottrina dello *ius in se ipsum*, in senso critico, cfr. altresì P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, E.S.I., Napoli, 1972, 182 s.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino, 1983, 16 ss.

Un autorevole orientamento sostiene l'applicabilità degli artt. 922-923 c.c. In sostanza, le parti staccate sarebbero oggetto di proprietà acquisibile per occupazione perché, in seguito alla loro separazione dal corpo, si trasformano in cose esterne, quindi suscettibili di possesso. Anzi, non offrendo solitamente alla persona un interesse di godimento o di scambio, se ne dovrebbe presumere l'abbandono, rendendosi perciò legittima l'appropriazione da parte di chi abbia interesse all'utilizzo⁸.

Tuttavia, l'abbandono, quale condizione dell'acquisto della proprietà per occupazione, presuppone che chi lo pone in essere sia titolare del diritto di cui si vuole disfare⁹. In sostanza, questa tesi sembra dare per dimostrato ciò che si dovrebbe, invece, dimostrare, ossia che la parte staccata del corpo è oggetto del diritto di proprietà della persona da cui è stata separata.

Inoltre, la giurisprudenza ha chiarito che l'abbandono rilevante ai fini dell'occupazione presuppone un *animus dereliquendi*; che, in ambito sanitario, può sussistere solo se il medico informa il paziente dell'utilizzo cui intende destinare la porzione staccata¹⁰.

In terzo luogo, proprio in materia di cellule staminali del cordone ombelicale, il soggetto ha un interesse all'utilizzo di tali parti staccate del proprio corpo, data la loro potenzialità terapeutica. Di conseguenza, essendovi la possibilità che il paziente tragga un qualche beneficio dalla parte di corpo staccata, viene meno il presupposto per la presunzione di abbandono¹¹.

Tale conclusione trova conferma in almeno due riferimenti normativi.

In primo luogo, secondo l'art. 3 legge n. 219/2005, l'utilizzo del cordone ombelicale ai fini dell'impianto delle relative cellule staminali in altri pazienti presuppone necessariamente il consenso della

⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. I, Milano, 1978, 163 s.

⁹ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 269.

¹⁰ Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. giur.*, 1972, 394; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, Milano, 2002, 176.

¹¹ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 269; sul valore che la parte staccata può rappresentare per la persona da cui proviene, cfr. altresì L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, 110 ss.

partoriente, anche se minorenne, alla donazione¹². Dunque, solo un'espressa manifestazione di volontà fa uscire le cellule staminali cordonali dalla sfera giuridica della paziente.

Di conseguenza, la separazione dal corpo non trasforma affatto il cordone ombelicale in una *res nullius* suscettibile di occupazione.

Inoltre, ai sensi dell'art. 22 della Convenzione di Oviedo, la parte del corpo prelevata nel corso di un intervento «non può essere conservata e utilizzata per scopo diverso da quello per cui è stata prelevata in conformità alle procedure di informazione e di consenso appropriate». Quindi, l'asportazione del cordone ombelicale non consente al medico di impossessarsene¹³.

¹² Legge 21 ottobre 2005, n. 219, recante «Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati», pubblicata in *Gazz. Uff.*, 27 ottobre, n. 251, il cui art. 3, rubricato «Donazione di sangue, emocomponenti e cellule staminali emopoietiche», così recita ai commi 2 e 3: «2. [...] La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato.

3. La donazione della placenta e del sangue da cordone ombelicale è un gesto volontario e gratuito al quale ogni donna può dare il proprio assenso informato al momento del parto».

¹³ In proposito, nell'ambito dell'esperienza statunitense, è noto il caso di John Moore, al quale, nel 1976, venne asportata per ragioni di salute la milza, che successivamente si scoprì essere in grado di produrre una proteina del sangue particolarmente efficace nella cura della leucemia. Alcuni anni dopo questa cellula venne brevettata e si diede inizio allo sfruttamento economico della scoperta. Moore, venuto a conoscenza di tali vicende, intentò un'azione civile per il riconoscimento di un diritto di partecipazione agli utili derivanti dallo sfruttamento della sua milza, sebbene rispetto alla stessa, ignorandone le eccezionali potenzialità, avesse in principio ovviamente assunto un inequivoco atteggiamento di disinteresse. In primo grado, nel 1986, la sua domanda venne respinta affermando che non sussiste un diritto di proprietà sulle parti staccate del proprio corpo. Tale diritto, invece, è stato riconosciuto dalla Corte d'appello della California con sentenza del 31 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, IV, 414. La sentenza definitiva non riconobbe al sig. Moore un diritto di proprietà sulle cellule e sui tessuti di quella parte staccata del suo proprio corpo ma, al contempo, censurò la violazione della relazione fiduciaria fra medici e paziente, non essendo stato quest'ultimo informato delle potenzialità economiche dell'organo espianato e dell'interesse del medico al trattamento, anche a fine commerciale, dei materiali biologici prelevati. Sul caso Moore, si rinvia a M. PAGANELLI, *Alla volta di Frankestein: biotecnologie e proprietà (di parti) del corpo umano (nota a Corte di appello della California 31 luglio 1988)*, in *Foro it.*, 1989, IV, 417; H. EDELMAN, *Discussendo il caso Moore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 469. In un caso analogo a quello Moore (*Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, citato da G. RESTA, *Do we own our bodies? Problemi in tema di utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, vol. II, 2008, 2477 ss.), invece, è stata esclusa la violazione del principio del con-

Un orientamento che ha incontrato diffusa adesione individua nel distacco il fatto da cui deriva l'immediato sorgere a titolo originario del diritto di proprietà a favore del soggetto dal cui corpo è avvenuto il distacco stesso. La parte separata dal corpo entra direttamente nella sfera giuridica patrimoniale dell'individuo da cui proviene, senza mai diventare *res nullius*¹⁴. Relativamente alle parti staccate del corpo, dunque, «proprio a causa del loro distacco, non possono più raffigurarsi attributi, o qualità, di natura personale; ma poiché prima del distacco costituivano parte integrante del corpo umano, e quelle qualità od attributi, protetti dal diritto, concernevano anch'esse, si spiega perché, successivamente al distacco, su esse stesse sorga un diritto di proprietà a favore del soggetto»¹⁵.

Anche quest'impostazione è stata criticata in quanto non spiega in virtù di quale presupposto legale il distacco possa assumere il valore di causa o titolo dell'acquisto della proprietà sulle parti staccate del corpo.

Inoltre, la tipicità dei diritti reali non riguarda esclusivamente il loro numero, ma coinvolge anche la loro genesi. Di conseguenza, «non si può dar vita ad un qualsiasi *ius in rem* se non attraverso uno dei modelli predisposti dalla legge. E, per quanto ci si spreme, il distacco, da qualunque lato lo si guardi, non è uno di quegli schemi»¹⁶.

Un'ulteriore tesi prospetta un parallelismo tra l'acquisto della proprietà sulle parti staccate del corpo e quello a titolo originario sulle opere dell'ingegno per il fatto e nel momento della loro creazione *ex art.* 2576 c.c.¹⁷.

Tuttavia, le diversità tra queste ultime e le parti staccate del corpo sono così radicali, specie per quanto riguarda produzione, og-

senso informato perché imporre al medico l'obbligo di informare anche degli interessi economici potenzialmente derivanti dalle parti staccate del corpo ostacolerebbe il progresso delle conoscenze medico-scientifiche e lo costringerebbe a cercare di esercitare un, in realtà impraticabile, controllo sui possibili sviluppi della ricerca.

¹⁴ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 160, secondo il quale, «Ciò che era parte del corpo umano, e compreso quindi nella sfera giuridica strettamente personale, separandosi dallo stesso corpo umano si esteriorizza, diviene semplice cosa, oggetto del diritto patrimoniale e reale dello stesso soggetto dal cui corpo si è separato».

¹⁵ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 163.

¹⁶ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 270 s.; P. D'ADDINO SERRAVALLE P., *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Enc. bioetica e scienza giur.*, vol. III, Napoli, 2010, 352.

¹⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 52.

gettività, utilità e utilizzazione, da impedire l'applicazione analogica di tale disposizione¹⁸.

Altra impostazione ritiene che la proprietà sulle parti staccate del corpo si acquisti secondo lo schema della fruttificazione *ex art.* 820 c.c. Infatti, «la qualifica di frutti è propria di tutti quei beni i quali presentano le seguenti note: *i*) che la loro esistenza consegua ad un rapporto di derivazione dalla cosa-madre; *ii*) che, correlativamente a tale particolare origine, abbiano lo stemma di bene nuovo, ossia di bene autonomo e come entità strutturale e come fonte di godimento»¹⁹.

Anche questa tesi si espone a precise riserve.

Invero, l'art. 821 c.c. afferma che i frutti naturali appartengono al proprietario della cosa che li produce.

Di conseguenza, per sostenere la natura dominicale del rapporto con le cellule staminali cordonali occorre partire dal presupposto che ciascuno è proprietario del suo corpo, ossia tornare alla concezione dello *ius in se ipsum*, che, però, incontra le critiche sopra illustrate²⁰.

Per superare quest'ostacolo, la tesi della fruttificazione evidenzia che numerose disposizioni, in particolare gli artt. 52-56, 324, 959, 984, 1021, 1148, 1615, 1635-1636, 1960 e 2155 c.c. riconoscono il diritto ai frutti anche ai titolari di diritti di godimento²¹.

Tuttavia, com'è noto, l'individuo vanta sul proprio corpo il diritto all'integrità fisica e non un diritto di proprietà o di godimento²².

A questo riguardo, si è anche replicato che il diritto all'integrità fisica potrebbe essere configurato come diritto di godimento, perché

¹⁸ *Amplius*, G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 271.

¹⁹ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 273.

²⁰ Non potendo considerare l'individuo come titolare di un diritto di proprietà del proprio corpo, diventa irrilevante anche la tesi che propone di qualificare il materiale genetico come pertinenza del corpo, così da attrarlo nella logica proprietaria; su quest'aspetto, si rinvia a S. AMATO, *Il corpo-oggetto*, in M.L. BORGIA, L. MAZZARINI, A. TAGLIABRACCI, *Bioetica generale e clinica*, Torino, 2009, 27.

²¹ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 275.

²² Corte cost., 30 gennaio 1986, n. 18, in *Foro it.*, 1986, I, 1783, ha chiarito come il corpo, essendo indissolubilmente legato alla persona, non può essere assimilato ai beni economici, anche perché è tutelato dall'art. 2 Cost. insieme a tutti i diritti della personalità, mentre la proprietà è destinataria di un'autonoma garanzia nell'art. 42 Cost.

«le facoltà relative ai diritti fondamentali non sono altro che modi di essere della potenzialità espressiva dell'unità psico-fisica della persona stessa. In questo senso il loro esercizio è fonte di godimento non già di ciò che si possiede ma di ciò che si è, del bene che si è, concretandosi esse definitivamente in forme di attuazione della personalità»²³.

Tuttavia, appare evidente che, seguendo questa logica, tutti i diritti della personalità e persino lo stesso diritto alla vita sarebbero assorbiti nella categoria dei diritti di godimento, il che è in contrasto con l'insegnamento tradizionale e tende ad assimilare i concetti di persona e di bene materiale, i quali, invece, sono ben distinti anche nella Costituzione, come ricordato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 18/1986²⁴.

Dunque, ciascun argomento elaborato a sostegno dell'approccio proprietario è stato oggetto di rilevanti riserve.

2.2. *Le ragioni a sostegno del superamento dell'impostazione proprietaria*

Sia la giurisprudenza sia la più recente dottrina hanno individuato precisi motivi contro l'impostazione dominicale.

Questa, innanzitutto, trova una smentita nell'art. 5 c.c., che «non consente di configurare il diritto sul proprio corpo come una sorta di proprietà su se stessi, ma come libertà»²⁵.

Inoltre, la configurazione del diritto di proprietà su se stessi, che all'apparenza predispone una protezione pervasiva contro le interferenze dei terzi, rischia di risolversi in una *deminutio* di tutela almeno sotto due profili.

In primo luogo, infatti, «potrebbe in realtà disconoscere all'autonomia privata il potere di disporre in via assoluta del proprio corpo, specialmente di quelle parti che non siano più indefettibilmente costitutive della persona, giacché la scelta del paradigma proprietario porta con sé la legittimità del ricorso a taluni istituti che mi-

²³ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 275.

²⁴ *Supra*, nota 22.

²⁵ F. MASTROPAOLO, *Il diritto alla vita e all'integrità corporea tra biotecnica e bioetica*, in AA.VV., *Studi in onore di Angelo Falzea*, vol. II, tomo 2, Milano, 1991, 594 (note omesse).

rano a soddisfare interessi pubblici o collettivi (come, ad esempio, l'espropriazione per pubblica utilità)»²⁶.

Inoltre, poiché nella gran parte dei casi, come ad esempio per i residui post-operatori, il soggetto non fa valere la propria posizione dominicale nei confronti delle parti staccate, tale comportamento omissivo potrebbe essere configurato come atto dismissivo equiparabile alla derelizione della *res* da parte del proprietario. Conseguentemente, su tali parti staccate e di fatto abbandonate dal paziente, il medico potrebbe lecitamente svolgere attività di ricerca senza il suo consenso²⁷. Non a caso, anche organismi governativi e parte della letteratura internazionale cerca di argomentare un'equiparazione tra materiale biologico e *res nullius*²⁸.

Questa dottrina individua ulteriori distorsioni cui condurrebbe la logica proprietaria.

Nel caso di una famiglia portatrice di un gene ritenuto collegato allo sviluppo di elevati quozienti intellettivi, a fronte della scelta di uno dei portatori del gene di consentire ad una società farmaceutica di svolgere esperimenti sul gene stesso, secondo una logica proprietaria, il fratello «potrebbe opporsi allo svolgimento di attività di ricerca anche qualora questa abbia finalità puramente scientifiche o terapeutiche e non persegua interessi di carattere commerciale»²⁹. Ipotesi respinta anche dal Comitato nazionale per la bioetica³⁰.

²⁶ G. ANZANI, *Identità personale e «atti di disposizione della persona»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 217.

²⁷ G. RESTA, *Do we own our bodies? Problemi in tema di utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, cit., 2451; G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 269, il quale aggiunge che «Non si possono ammettere corse, in sala operatoria, per la prima *adprehensio* dell'uno o dell'altro organo o tessuto utilizzabile per un trapianto al fine di acquistarne la proprietà e la disponibilità».

²⁸ Cfr. NBAC, *Research Involving Human Biological Materials: Ethical Issues and Policy Guidance, Report and Recommendations*, Rockville, Maryland, August 1999, <http://www.georgetown.edu/research/nrcbl/nbac/hbm.pdf>; Office of Technology Assessment (OTA), *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells, Special Report*, OTA-BA-337, U.S. Government Printing Office, Washington DC, March, 1987, citati da M. TALLACCHINI, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, Milano, 2003, 187 ss.

²⁹ G. RESTA, *Do we own our bodies? Problemi in tema di utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, cit., 2475.

³⁰ Infatti, «non si può certo ipotizzare che la previsione, molto speculativa, di un danno indiretto conseguente a una ricerca cui non si è dato l'assenso possa configurare

Così pure, nel caso di una donna, affetta da glaucoma bilaterale, che aveva chiesto di accedere ai dati genetici e sanitari del padre al fine di valutare, tramite consulenza genetica, il rischio della trasmissione della malattia, «l'adozione di una logica proprietaria dovrebbe indurre [...] a negare l'accesso ai dati genetici del padre, dal momento che costui potrebbe invocare la sacralità e l'intangibilità della propria sfera privata. È evidente, però, che in questo modo si finirebbe per accordare protezione ad interessi di natura puramente idiosincratica e per sublimare gli egoismi individuali, invece di incentivare un approccio solidaristico alle dinamiche intersoggettive»³¹. Infatti, il Garante per la *privacy* ha autorizzato la comunicazione dei dati, nonostante il rifiuto opposto dal padre della donna, in quanto la richiesta di accesso era dettata da legittime esigenze di tutela della salute e del diritto alla procreazione cosciente e responsabile³².

Anche la giurisprudenza ha offerto un rilevante contributo al superamento della logica proprietaria.

Il Tribunale di Napoli è stato chiamato a decidere sul caso di un paziente che, sottoposto ad un intervento chirurgico, si era visto opporre dalla struttura sanitaria un rifiuto alla richiesta di consegna del reperto anatomico-patologico, necessaria per risolvere i dubbi diagnostici sulla sussistenza di una patologia neoplastica.

Il giudice ha riconosciuto il diritto del paziente di «disporre del proprio reperto anatomico-patologico complessivamente inteso, comprendente quindi l'inclusione in paraffina», ma non per la sussistenza del diritto di proprietà sulla parte staccata del proprio corpo³³. Infatti, «La ragione ostativa nel nostro contesto normativo di riferimento è

una sorta di veto di ognuno degli appartenenti al gruppo a che la ricerca sia condotta sugli individui consenzienti. Si può però auspicare – in casi speciali e quando la ricerca riguarda gruppi considerati vulnerabili – che l'ottenimento del consenso informato individuale venga preceduto e accompagnato da una corretta campagna di sensibilizzazione e di consultazione» (Comitato nazionale per la bioetica, *Dalla farmacogenetica alla farmacogenomica*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 21 aprile 2006, 51, www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html).

³¹ G. RESTA, *Do we own our bodies? Problemi in tema di utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, cit., 2475.

³² Garante della protezione dei dati personali, provvedimento del 22 maggio 1999, in *Bollettino*, n. 8, 1999, 13.

³³ In tal senso, invece, come accennato, si è espressa la Corte di Appello della California, 31 luglio 1998, in *Foro it.*, 1989, V, 2695.

data dall'evidente impossibilità che essa costituisca oggetto di godimento e disposizione in modo pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.), stante la peculiarità della genesi della res quale parte separata dal corpo dal quale ha tratto origine e delle ragioni, attinenti a finalità d'interesse pubblico, poste a base della necessità della sua conservazione.

Ciò, peraltro, non impedisce di ritenere la fondatezza della domanda attrice nel contesto di tutela di quelle situazioni, che pur non configuranti esse stesse diritti assoluti, si pongono in funzione di protezione di diritti assoluti quali sono indubbiamente quelli della persona e della salute *ex* artt. 2 e 32 della Costituzione»³⁴.

Sebbene il caso deciso dal Tribunale partenopeo riguardi un reperimento anatomico-patologico, il principio affermato appare applicabile alle cellule staminali cordonali. Anche queste ultime, infatti, non possono essere oggetto di un diritto di godimento e di disposizione pieno ed esclusivo, qual è quello del proprietario ai sensi dell'art. 832 c.c., ma è necessario attrarle alla sfera giuridica del neonato e della madre in funzione della protezione dei loro diritti fondamentali.

Esiste, invero, un ulteriore profilo che sembra minare l'ipotizzata configurabilità del diritto di proprietà sulle cellule staminali cordonali.

Infatti, l'art. 832 c.c. collega chiaramente la proprietà alle cose³⁵. Quindi, non sembra possibile parlare di proprietà nei confronti di parti del corpo che, come le cellule, sono viventi e suscettibili di tornare ad essere parte integrante della fisicità dell'individuo³⁶. Come

³⁴ Trib. Napoli, sez. I, 14 gennaio 2005, n. 377, in *Dir. giur.*, 2008, 2, 300 ss., con nota di C. GHIONNI, *Le parti staccate dal corpo umano tra proprietà e diritto alla salute*. Dunque, il giudice ha affermato e tutelato il diritto del paziente «ad una corretta informazione sul proprio stato di salute, che rientra pur sempre tra gli obblighi connessi al rapporto contrattuale instaurato tra paziente e struttura ospedaliera».

³⁵ Tornando a considerare la tesi della fruttificazione, anche i frutti sono beni, come conferma espressamente anche la dottrina che sostiene tale tesi (cfr. G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., 273). I beni, a loro volta, secondo la definizione stabilita dall'art. 810 c.c., sono «le cose che possono formare oggetto di diritti». Quindi, anche i frutti sono cose.

³⁶ Come rileva C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 4-5, 795, il progresso scientifico e tecnologico, in particolare con la scoperta del DNA e delle cellule staminali, sembra aver reso «inattuale» la concezione delle porzioni staccate come *res*. Nello stesso senso, *amplius*, cfr. P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, 2011, 130.

autorevolmente rilevato, solo nelle ipotesi più marginali, come i capelli, la parte staccata esce dalla sfera vitale per passare all'ambito della materialità inorganica. Invece, «l'elemento corporeo isolato e destinato ai nuovi usi consentiti dalla biomedicina e dalle biotecnologie, è materia vivente, circondata da particolari cautele di trattamento (basti pensare alla necessità e alla tempestività delle tecniche di crioconservazione) e dalla recente, speciale considerazione ad essa riservata dal diritto vigente, particolarmente elevata per la materia vivente umana»³⁷.

Inoltre, l'impostazione proprietaria tende ad applicare analogicamente alle parti staccate del corpo le sopra indicate disposizioni, che, però, riguardando la sfera delle cose (per quanto riguarda gli artt. 922 e 820 c.c.) o quella dei beni immateriali (relativamente all'art. 2576 c.c.), non possono essere considerate come casi simili o materia analoga a quella delle cellule staminali, la quale, invece, riguarda la materia vivente. Di conseguenza, viene a mancare un presupposto indispensabile dell'interpretazione analogica.

Pertanto, come stiamo per illustrare, proprio alle cellule staminali cordonali sono applicabili autonome disposizioni³⁸; il che conferma l'impercorribilità dell'applicazione analogica di quelle sulla proprietà.

2.3. *Il diritto sulle parti staccate nell'ambito dei diritti della personalità*

Secondo la recente dottrina, il potere di controllo dell'individuo su parti e prodotti del proprio corpo rappresenta «una immediata espressione del fondamentale principio di autodeterminazione nelle scelte personali», come confermano sia l'art. 22 Conv. Oviedo, sia l'art. 14 del Protocollo Addizionale relativo alla ricerca biomedica del 25 gennaio 2005 nonché l'art. 5, comma 3, D.L. n. 3/2006 di attua-

³⁷ P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (atti di disposizione del)*, cit., 547. Analogamente, M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 219 s., rileva che la reificazione delle parti del corpo è impedita dal divieto di trasformarle in fonte di profitto ex art. 21 Conv. Oviedo.

³⁸ In chiave comparatistica, si rinvia a M. CASINI, E. TRAISCI, F. PERSANO, *Analisi comparativa delle legislazioni nazionali, comunitarie e internazionali in materia di utilizzo di cellule staminali*, in *Med. mor.*, 2009, 924 ss.

zione della direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, convertito nella legge 22 febbraio 2006, n. 78³⁹.

Tuttavia, anche questa tesi sembra lasciare in ombra il fondamento giuridico che spiega per quale motivo la persona può autodeterminarsi anche in ordine alla propria parte staccata.

Parte della dottrina ha risposto a tale questione non in termini di proprietà, bensì di sovranità: «Affermare la sovranità di ciascuno su ciò che è *costitutivo* dell'identità e da essa *non distinguibile* – su ciò che è “mio” nel senso che è *il luogo in cui io sono me* – è lo stesso che affermare la dignità dell'uomo, che è anche *in radice* sovranità dell'uomo riguardo a sé. La dignità come condizione in cui non si può essere fatti strumento di scopi e interessi altrui è fondativa di un principio di sovranità sullo spazio dell'identità [...] La parte isolata, separata o ancora da separare, è me e non-me, ma come “frutto” di me o “resto” di me e “traccia” di me, è in mia mano. Il suo *isolamento* ideale ne fa un oggetto idealmente distinto, la sua *separazione* ne fa un oggetto materialmente non incluso nel confine della pelle ma non nel confine dell'io perché è solo relativamente non-me, perché di me è un frammento e una reliquia, in senso identificativo»⁴⁰.

Infatti, il corpo «è il simulacro dell'identità di una persona, nel

³⁹ G. RESTA, *Do we own our bodies? Problemi in tema di utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, cit., 2451-2452, il quale spiega che proprio in virtù del principio di autodeterminazione, sancito anche dall'art. 5 Conv. Oviedo e dall'art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la persona deve essere messa in condizione di scegliere liberamente non soltanto in ordine alle modalità di interferenza con la propria integrità fisica, ossia al prelievo di materiale biologico, ma anche relativamente alla successiva destinazione dello stesso, ossia alla raccolta, alla conservazione e a tutti gli usi secondari del proprio materiale genetico, siano essi di natura terapeutica, di ricerca scientifica o di applicazione industriale. Cfr. altresì VENUTI M.C., *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 180; M. TALLACCHINI, *Habeas corpus? Il corpo umano tra non-commercibilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, 531; M. TALLACCHINI, *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in *Med. mor.*, 1998, 499. Nell'ambito della dottrina d'oltreoceano, si rinvia a T. MCINTYRE, *Legal Issues of Stem Cell Transplantation and the Family*, in *U. Mem. L. Rev.*, 2002, 727.

⁴⁰ P. ZATTI, *Di là del velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti dell'uomo*, in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 92, 95 e 99. Come evidenziano G. NOVELLI, I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, 2011, 1037, «i campioni biologici prelevati a fine diagnostico o dei cosiddetti scarti operatori [...] sono espressione dell'identità biologica del soggetto dal quale provengono». In tal senso, anche G. FERRANDO, *Diritto e scienze della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, in *Familia*, 2005, 1165.

senso che ne è l'esteriorità percepibile, ma – così come il simboleggiato è ben più del simbolo – l'identità non si esaurisce nel corpo»⁴¹.

Dunque, l'identificazione tra individuo e parte staccata non può essere trascurata nella riflessione sulla materia *de qua*⁴².

Tuttavia, prima di farla assurgere a fattore risolutivo del problema giuridico in esame, occorre dimostrare che il diritto all'identità personale coinvolge e tutela anche le cellule staminali cordonali.

In generale, con riferimento alle parti del corpo, si è sostenuto che ricorrono «le stesse esigenze di tutela del diritto all'immagine. Il DNA o il fegato sono elementi fondamentali della mia identità: io non sono il mio fegato e il mio DNA, come non sono la mia immagine, tuttavia è innegabile che costituiscano un aspetto rilevante dell'io, la cui utilizzazione incide sulla dignità personale»⁴³.

⁴¹ G. ANZANI, *Gli «atti di disposizione della persona» nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, cit., 11. Come spiega ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 6, «il confine dell'io, e lo stesso confine del corpo, può collocarsi anche al di là dell'involucro della pelle. Può estendersi, per esempio, alle *protesi*, le quali possono assumere quella familiarità, quella integrazione materiale e/o percettiva e di riflessi neurologici che le assimila a parti del corpo, le fa «appartenere» in un senso che si distanzia di molto da quello dell'appartenenza proprietaria dell'oggetto materiale». In tal senso, cfr. altresì S. AMATO, *Il corpo-oggetto*, cit., 29. Analogamente, secondo G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 366, «Se da una parte il corpo «contenendo» la persona costituisce il suo baluardo, dall'altra è però diventato un «*surplus*» poiché, essendo la persona stessa ridotta ad un insieme di informazioni («corpo elettronico»), è sempre possibile ricostruirla al di là dei confini naturali costituiti dal corpo».

⁴² Anzi, secondo G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, 2011, 819, l'approccio di tipo proprietario deve essere abbandonato proprio «per la sua incapacità di riflettere la funzione identitaria [...] che in determinati contesti deve essere riconosciuta al materiale biologico umano, anche dopo il suo distacco». Del resto, come rileva G. ANZANI, *Identità personale e «atti di disposizione della persona»*, cit., 217, applicando rigorosamente le categorie proprietarie, l'interprete «sarebbe in dubbio, ad esempio, su quale sia la persona a cui appartenga un arto accidentalmente amputato: si potrebbe in teoria sostenere, infatti, che l'arto appartiene a colui che ne ha subito il distacco; o alla persona alla quale sia stato impiantato, pur senza il consenso dell'originario titolare; o a chiunque se ne sia impossessato». Invece, «la corretta soluzione del dilemma giuridico è suggerita dall'imperativo di tutelare l'identità personale: l'arto non può che appartenere a quell'individuo la cui identità, in un dato momento ed in concreto, getta su di esso il fascio di luce più intenso».

⁴³ S. AMATO, *Il corpo-oggetto*, cit., 30. Per la concezione dell'identità biologica come espressione dell'identità personale, si rinvia G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 307 ss.

Inoltre, il collegamento tra identità dell'individuo e parti del corpo è ben noto al nostro ordinamento. Infatti, proprio l'esigenza di tutelare l'identità personale ha indotto il legislatore a vietare, con l'art. 3, comma 3, legge n. 91/1999, il trapianto dell'encefalo e delle gonadi, essendo «intrinseci dell'essenza irripetibile, e quindi inappropriabile, di ogni persona»⁴⁴.

In terzo luogo, il diritto all'identità personale è tradizionalmente considerato come «diritto ad essere se stesso, [...] con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano l'individuo»⁴⁵. Dunque, si tratta del «diritto di distinguersi e di essere distinto da tutti gli altri, di connotarsi e rivendicare la signoria sulla propria identità»⁴⁶.

Chiaramente, la manifestazione più evidente di tale diritto consiste nella pretesa di non vedersi attribuire frasi o comportamenti che, seppur leciti, sono incompatibili con i propri valori e convinzioni, che indubbiamente connotano l'identità di una persona. Ma se questo è il contenuto del diritto all'identità personale, dovrebbe a maggior ragione esservi ricompresa la facoltà di far valere il rapporto di appartenenza con una parte del proprio corpo, seppur staccata e microscopica, sussistendo il medesimo DNA.

Del resto, essendo pacifico che il diritto all'identità personale sia tutelato con riferimento al corpo⁴⁷, dovrebbe trovare protezione anche limitatamente alle sue parti staccate, se si tratta di materia vivente e suscettibile di essere reimpiantata, come appunto le cellule staminali cordonali. Ciò perché anche queste partecipano della natura umana, e delle relativa dignità, propria del corpo⁴⁸.

⁴⁴ G. ANZANI, *Identità personale e «atti di disposizione della persona»*, cit., 217, il quale evidenzia che la tutela dell'identità personale costituisce la ragione giustificatrice anche di altri divieti, come la clonazione e la sperimentazione sugli embrioni.

⁴⁵ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *www.giurcost.org*, punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ G. PAESANO, *Clonazione umana e diritto all'identità*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 02, 546.

⁴⁷ Come rileva M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 2, 827, il corpo è il «luogo dell'identità del soggetto»; nello stesso senso, cfr. gli studiosi citati alla nota 35.

⁴⁸ Come spiega S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, 2011, 56, il divieto, posto dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione eu-

3. *I limiti all'impiego autologo delle cellule staminali cordonali. Critica*

L'ordinanza Sirchia dell'11 gennaio 2002 e successive proroghe mettevano sullo stesso piano l'utilizzo autologo e quello allogenico delle cellule staminali cordonali, richiedendo per entrambi l'autorizzazione del Ministero della salute-Direzione generale della prevenzione all'importazione e all'esportazione di tali cellule nel rispetto dei requisiti di cui all'allegato 3 del decreto ministeriale 7 settembre 2000.

Singolarmente, proprio con l'aumentare delle conoscenze scientifiche che fanno apparire possibile l'utilizzo delle cellule staminali cordonali per scopi terapeutici diversi rispetto a quelli ematologici, si è assistito alla limitazione normativa dell'utilizzo autologo⁴⁹.

ropea, di utilizzare il corpo e le sue singole parti come fonte di lucro deriva «dal loro comune riferimento alla persona. Solo l'inerenza al corpo-persona nella sua interezza evita alle sue parti di essere assimilate a qualsiasi altra merce».

⁴⁹ Infatti, l'ordinanza Turco del 4 maggio 2007 e successive proroghe così dispone all'art. 1, commi da 2 a 6: «2. È sempre consentita la conservazione di sangue da cordone ombelicale donato per uso allogenico a fini solidaristici, ai sensi dell'art. 3, comma 3 della legge n. 219 del 2005. 3. È consentita la conservazione di sangue da cordone ombelicale per uso dedicato al neonato o a consanguineo con patologia in atto al momento della raccolta, per la quale risulti scientificamente fondato e clinicamente appropriato l'utilizzo di cellule staminali da sangue cordonale, previa presentazione di motivata documentazione clinico sanitaria. 4. È altresì consentita la conservazione di sangue da cordone ombelicale per uso dedicato nel caso di famiglie ad alto rischio di avere ulteriori figli affetti da malattie geneticamente determinate per le quali risulti scientificamente fondato e clinicamente appropriato l'utilizzo di cellule staminali da sangue cordonale, previa presentazione di motivata documentazione clinico sanitaria rilasciata da parte di un medico specialista in genetica medica. 5. Nelle more di una iniziativa legislativa che disciplini le modalità e le condizioni per la conservazione ad uso autologo del sangue cordonale, con contestuale donazione allogenica su base solidaristica, il servizio sanitario nazionale promuove la donazione volontaria di sangue cordonale ad uso allogenico, a fini solidaristici. 6. La conservazione di sangue da cordone ombelicale di cui ai commi 3 e 4 è autorizzata dalle regioni e province autonome, previa richiesta dei diretti interessati, e non comporta oneri a carico dei richiedenti».

Dunque, l'ordinanza Turco limitava l'uso dedicato soltanto ai casi di «patologia già in atto al momento della raccolta» e ai casi di «famiglie ad alto rischio di avere ulteriori figli affetti da malattie geneticamente determinate», ferma restando la necessaria, motivata e documentata indicazione scientifica all'utilizzo di tali cellule. La locuzione «ulteriori figli» lasciava intendere che, per l'utilizzo autologo, richiedesse che fosse già nato un figlio con malattia geneticamente determinata.

In tale quadro si è inserita la legge 28 febbraio 2008, n. 31, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga di ter-

L'evoluzione normativa in materia ha trovato un punto d'arresto nel decreto ministeriale del 18 novembre 2009⁵⁰. Ai sensi del suo art. 2, «1. È consentita la conservazione di sangue da cordone ombelicale donato per uso allogenico a fini solidaristici ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge n. 219/2005.

2. È consentita la conservazione di sangue da cordone ombelicale per uso dedicato al neonato con patologia in atto al momento della nascita o evidenziata in epoca prenatale, o per uso dedicato a consanguineo con patologia in atto al momento della raccolta o pregressa, per la quale risulti scientificamente fondato e clinicamente appropriato l'utilizzo di cellule staminali da sangue cordonale, previa presentazione di motivata documentazione clinico sanitaria.

mini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria», il cui art. 8-*bis* stabiliva che «per incrementare la disponibilità di cellule staminali del cordone ombelicale ai fini di trapianto, sono autorizzati la raccolta autologa, la conservazione e lo stoccaggio del cordone ombelicale da parte di strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano, sentiti il Centro nazionale trapianti e il Centro nazionale sangue. La raccolta avviene senza oneri per il Servizio sanitario nazionale e previo consenso alla donazione per uso allogenico in caso di necessità per paziente compatibile».

Tale espressa apertura all'autologa (sia pur previo consenso alla donazione che li rendesse necessaria) e alle strutture private autorizzate, è stata abrogata e sostituita dall'art. 35, commi 14 e 15, legge 27 febbraio 2009, n. 14, che, invece, fanno riferimento esclusivamente e genericamente alla raccolta, alla conservazione e allo stoccaggio del cordone ombelicale da parte di strutture pubbliche e di quelle individuate ai sensi dell'art. 23 legge n. 219/2005 e in base all'accordo del 10 luglio 2003, autorizzate dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano, sentiti il Centro nazionale trapianti e il Centro nazionale sangue.

Si è andati avanti con le ordinanze ministeriali, in particolare la n. 37020 del 26 febbraio 2009, che ha eliminato alcune asperità dell'ordinanza Turco. Infatti, per quanto riguarda l'uso dedicato, è sufficiente il rischio di avere figli affetti da malattie geneticamente determinate, mentre l'ordinanza Turco richiedeva «alto rischio di avere ulteriori figli affetti da malattie geneticamente determinate» (art. 1, comma 4). Tuttavia, per quanto riguarda la disciplina della conservazione del sangue cordonale per uso autologo, l'ordinanza demandava ad un decreto ministeriale da emanare entro il 31 dicembre 2009.

⁵⁰ Decreto Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 18 novembre 2009, «Disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo-dedicato», in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 303 del 31 dicembre 2009. In pari data il Ministero ha adottato altresì il decreto recante «Istituzione di una rete nazionale di banche per la conservazione di sangue da cordone ombelicale», anch'esso pubblicato nella Serie Generale della *Gazzetta Ufficiale*, n. 303 del 31 dicembre 2009.

3. È altresì consentita la conservazione di sangue da cordone ombelicale per uso dedicato nel caso di famiglie a rischio di avere figli affetti da malattie geneticamente determinate per le quali risulti scientificamente fondato e clinicamente appropriato l'utilizzo di cellule staminali da sangue cordonale, previa presentazione di motivata documentazione clinico sanitaria rilasciata da parte di un medico specialista nel relativo ambito clinico.

4. La conservazione di sangue da cordone ombelicale di cui ai commi 2 e 3 è autorizzata dal responsabile della struttura deputata alla conservazione del sangue cordonale (Banca) e non comporta oneri a carico dei richiedenti.

5. La conservazione di sangue cordonale, per le finalità di cui ai commi 2 e 3, è consentita per le indicazioni cliniche per le quali è consolidato l'uso per il trapianto di cellule staminali emopoietiche, riportate nell'elenco di cui all'allegato 1 al presente decreto.

6. Con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, in relazione al progresso tecnico-scientifico, viene periodicamente aggiornato l'elenco delle indicazioni cliniche di cui all'allegato 1, sulla base delle indicazioni fornite dal Centro nazionale trapianti di concerto con il Centro nazionale sangue, sentite le società scientifiche di settore e gruppi tecnici nazionali ed internazionali.

7. La conservazione del sangue da cordone ombelicale ad uso autologo-dedicato può essere consentita nel caso di particolari patologie non ancora ricomprese nell'elenco di cui all'allegato 1, ma per le quali sussistano comprovate evidenze scientifiche di un possibile impiego di cellule staminali del sangue da cordone ombelicale anche nell'ambito di sperimentazioni cliniche approvate secondo la normativa vigente, previa presentazione di una documentazione rilasciata da un medico specialista nel relativo ambito clinico. Il responsabile della Banca autorizza la conservazione del sangue da cordone ombelicale sentito il parere di un apposito gruppo tecnico multidisciplinare coordinato dal Centro nazionale trapianti, con oneri a carico del S.S.N.

8. Non è consentita la conservazione del sangue cordonale ad uso personale per finalità diverse da quelle previste ai commi 2, 3 e 7 del presente articolo.

9. È autorizzata l'esportazione di campioni di sangue da cordone ombelicale per uso personale ai fini della loro conservazione

presso banche operanti all'estero secondo quanto previsto dall'ordinanza ministeriale del 26 febbraio 2009».

Dunque, il decreto consente un utilizzo diverso da quello allogenico soltanto per il neonato o per un consanguineo con patologia in atto al momento, rispettivamente, della nascita e della raccolta, e per le famiglie a rischio di avere figli affetti da malattie geneticamente determinate.

Il dossier del Ministero su «Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale» spiega le ragioni dell'ostilità verso l'impiego autologo: «È importante non confondere la conservazione ad uso effettivamente "autologo" (cellule di una persona destinate alla stessa), con la conservazione a scopo "dedicato", in cui l'obiettivo è quello di un possibile trapianto allogenico intra-familiare. La conservazione del sangue cordonale a scopo "dedicato" è finalizzata a disporre di cellule in caso di necessità per un membro della famiglia e può risultare utile in caso di famiglie a rischio di specifiche patologie o nell'ambito delle quali un soggetto sia già affetto da una malattia per la quale è indicato il trapianto emopoietico (esempio tipico di quest'ultimo caso è la forma grave di anemia mediterranea, la "talassemia major")»⁵¹.

Ebbene, «se la conservazione del sangue cordonale può avere un razionale nel caso in cui vi sia un familiare (generalmente un fratello o una sorella) affetto da una patologia curabile con un trapianto allogenico, non esistono evidenze scientifiche che giustificano una conservazione puramente autologa, dedicata allo stesso neonato»⁵².

Il dossier così definisce il trapianto autologo: «termine improprio con il quale viene indicato un trattamento chemio/radioterapico ad alte dosi di farmaci a cui segue l'infusione di cellule staminali emopoietiche provenienti dal paziente stesso, precedentemente prelevate.

Tale procedura rientra in protocolli specifici per il trattamento di particolari patologie e ha l'obiettivo primario di stabilizzare e consolidare i risultati ottenuti con i cicli chemioterapici a cui il paziente è stato precedentemente sottoposto. I limiti di questo trattamento consistono nel fatto che le cellule infuse possono contenere cellule

⁵¹ Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, *Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale. Linee essenziali*, in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_941_allegato.pdf, 6.

malate residue, dalle quali potrebbe derivare una ripresa della malattia, e dall'assenza di una risposta da parte delle cellule infuse nei confronti di cellule malate residue dopo la stessa terapia, dal momento che, appartenendo alla stessa persona, possono non essere riconosciute come estranee.

Lo scopo di questa procedura è essenzialmente quello di ripopolare il midollo osseo del paziente con le proprie cellule staminali emopoietiche, dopo una chemio e/o radioterapia. Per questo trattamento non è indicata la conservazione autologa di cellule staminali emopoietiche del sangue cordonale raccolte alla nascita, per le seguenti motivazioni:

- le cellule del sangue da cordone ombelicale hanno una significativa probabilità di contenere gli stessi difetti genetici e/o predisponenti che possono essere alla base della malattia;
- queste cellule possono essere raccolte prima della terapia dal sangue periferico dello stesso paziente previa stimolazione con specifici farmaci biologici, denominati “fattori di crescita”.

Pertanto, si ribadisce che le indicazioni per la conservazione del sangue cordonale alla nascita, in vista di un futuro trapianto emopoietico autologo sono al momento inesistenti⁵².

Secondo tale documento, l'utilizzo autologo solleva anche problemi etici: «Vari autori, società scientifiche e comitati etici internazionali hanno espresso parere sfavorevole sulla conservazione autologa nel corso degli anni, scoraggiando l'istituzione di banche private a scopo di lucro e incoraggiando la donazione allogenica solidaristica in strutture pubbliche e la conservazione dedicata nei casi in cui l'evidenza scientifica abbia dimostrato un vantaggio.

La conservazione autologa sovverte completamente il concetto di donazione volontaria, gratuita, anonima e consapevole, intesa come patrimonio sociale per la vita, come fondamentale elemento di consolidamento dei rapporti civili e, non ultimo, come risorsa del SSN fino ad oggi insostituibile al fine di garantire a tutti i cittadini assistiti la possibilità di fruire di determinati trattamenti terapeutici, nel rispetto dei basilari principi di equità e di pari opportunità di accesso.

⁵² Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, *Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale. Linee essenziali*, cit., 4.

⁵³ Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, *Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale. Linee essenziali*, cit., 6.

Inoltre, se tutte o molte delle mamme scegliessero la conservazione autologa, si assisterebbe ad una diminuzione della disponibilità delle unità di sangue cordonale donate ad uso trapiantologico allogenico e molti bambini ed adulti in attesa di un trapianto non potrebbero trarre vantaggio da tale procedura terapeutica.

È molto importante evidenziare che le mamme che, liberamente, scelgono la strada della conservazione autologa quale *assicurazione biologica*, devono essere informate e consapevoli che, nel caso in cui il proprio figlio avesse bisogno nel corso della vita di un trapianto emopoietico, sarebbe necessario ricorrere a cellule staminali emopoietiche donate da genitori che hanno fatto una scelta diversa dalla loro»⁵⁴.

Tale impostazione sembra trascurare quanto evidenziato nel precedente paragrafo, ossia che le cellule staminali cordonali partecipano dell'identità e della dignità della persona da cui provengono, che sono diritti fondamentali.

La loro natura di diritti della personalità appare incompatibile con l'imposizione di un *aut aut* tra donare il cordone o esportarlo all'estero.

Tale argomento di principio non appare vanificabile attraverso il richiamo alle incertezze circa l'idoneità terapeutica dell'utilizzo autologo. L'esistenza di opinioni contrastanti al riguardo non legittima la lesione di diritti fondamentali. Peraltro, se davvero si trattasse di prospettive terapeutiche inconsistenti, il legislatore non avrebbe consentito di procedere alla conservazione autologa all'estero, la quale, anzi, può avvenire anche in strutture private⁵⁵.

Del resto, quanto al paventato spreco di cellule che si verificerebbe se si autorizzasse la conservazione autologa, occorre notare che tale preoccupazione ha animato il legislatore soltanto nella materia in esame e non anche riguardo all'autotrasfusione. Quest'ultima,

⁵⁴ Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, *Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale. Linee essenziali*, cit., 9.

⁵⁵ PENASA S., *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, 2011, 1106, evidenzia la contraddittorietà della normativa in esame sia perché vieta la conservazione autologa in Italia per ragioni di incertezza scientifica, ma consente l'esportazione delle cellule, sia perché impone di conservarle in Italia solo in strutture pubbliche a ciò dedicate, ma ammette che quelle esportate siano tenute in strutture private. In proposito, cfr. altresì L. MARINI, *Le biobanche di cellule staminali cordonali tra norme comunitarie e disciplina nazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 893.

infatti, è pienamente consentita dal D.M. 3 marzo 2005, che non la subordina neppure al consenso alla donazione della o delle unità che risultassero superflue, come invece avveniva per la conservazione autologa delle cellule cordonali (prima che fosse vietata)⁵⁶.

Dunque, in materia di trasfusioni, il legislatore preferisce opportunamente tutelare la salute e la libertà della persona in via preferenziale rispetto all'interesse collettivo alla donazione, nonostante si finisca in questo modo con lo sprecare le unità inutilizzate.

Analogamente, negli Stati, tra cui anche l'Italia prima della legge n. 40/2004, nei quali è consentita la crioconservazione degli embrioni in vista di un successivo, ma eventuale, impianto, il legislatore accorda tutela preferenziale al diritto alla procreazione della coppia, finendo così per sprecare gli embrioni con più impianti, che invece potrebbero sia alimentare l'interesse collettivo alla ricerca scientifica sia realizzare il diritto alla genitorialità di altre persone⁵⁷.

Invece, in materia di cellule staminali cordonali il legislatore ha scelto di incentivare la donazione, privilegiando quindi l'interesse pubblico.

Tale funzionalizzazione della libertà individuale all'interesse collettivo non trova conferme in altre disposizioni normative ed appare in contrasto sia con l'impostazione personalista della nostra Costitu-

⁵⁶ Il decreto del Ministero della Salute 3 marzo 2005, intitolato «Caratteristiche e modalità per la donazione del sangue e di emocomponenti», in *Gazz. Uff.*, 13 aprile 2005, n. 85, all'allegato 2, «Unità di predeposito per autotrasfusione», reca una puntuale disciplina: «1. L'unità di predeposito per autotrasfusione consiste in una unità di sangue intero e/o di emocomponenti prelevata al paziente cui è destinata per corrispondere a proprie esigenze terapeutiche. 2. Il preparato è di esclusivo uso autologo pertanto non è soggetto ai vincoli imposti dai protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue. [...] 4. Più unità di sangue intero e/o di emocomponenti, in funzione delle esigenze terapeutiche, possono essere prelevate dal paziente a brevi intervalli di tempo, secondo le procedure adottate nella struttura trasfusionale e con l'eventuale supporto farmacologico, e predepositate. [...] 6. Il paziente deve essere informato che le unità predepositate sono conservate fino a scadenza della componente eritrocitaria e che sono disponibili per le sue necessità trasfusionali. 7. La scadenza dell'unità di predeposito, le relative modalità di conservazione e di trasporto sono analoghe a quelle per le unità allogene».

⁵⁷ In senso favorevole all'adozione degli embrioni soprannumerari si è espresso il Comitato nazionale per la bioetica, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 18 novembre 2005, www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html.

zione⁵⁸ sia con l'art. 2 della Convenzione di Oviedo, secondo cui «L'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza».

Il decreto ministeriale sembra sollevare profili di incostituzionalità, innanzitutto per violazione delle riserve di legge *ex* artt. 13 e 32, comma 2, Cost. Infatti, la scelta sull'utilizzo autologo o allogenico rientra nella tutela della libertà personale in ambito sanitario, che, essendo pacificamente materia riservata al legislatore, non può essere disciplinata con decreto ministeriale.

Sotto un secondo profilo, la Corte costituzionale ha da tempo evidenziato che i diritti garantiti dagli artt. 13 e 32, comma 2, Cost. presentano non soltanto una dimensione passiva, che consiste nella facoltà di impedire le altrui intromissioni lesive del «valore costituzionale della inviolabilità della persona», ma anche un aspetto attivo, inteso come libertà e «potere della persona di disporre del proprio corpo»⁵⁹. Infatti, con tale sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 696 c.p.c. nella parte in cui non consentiva di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante⁶⁰.

Dunque, in virtù degli artt. 13 e 32, comma 2, Cost., nessuno può essere obbligato né a sottoporsi né a non sottoporsi a un trattamento sanitario. Di conseguenza, la normativa in esame, impedendo di eseguire la conservazione autologa sulle staminali del proprio cordone ombelicale, sembra risolversi in una violazione del principio di inviolabilità della persona, sancito dalla Corte costituzionale *ex* art. 2 Cost.

Tale impostazione generale è stata sostanzialmente ribadita anche in materia di trattamenti scientificamente controversi. Infatti, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto, introdotto da alcune legge regionali, di praticare terapia elettroconvulsivante (TEC), lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psichirurgia.

La Corte ha argomentato le proprie declaratorie di incostituzio-

⁵⁸ In proposito, si rinvia a VERONESI P., *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, 2011, 140 ss.

⁵⁹ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Giur. cost.*, 1990, 2818. In dottrina, cfr. G. FERRANDO, *Principio di gratuità biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 769 ss.

⁶⁰ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, cit., 2818.

nalità spiegando che le scelte legislative dirette «a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie – la cui adozione ricade in linea di principio nell’ambito dell’autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare col consenso informato del paziente e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione – non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica, e non prevedano l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, né costituiscano il risultato di una siffatta verifica»⁶¹.

Ebbene, la scelta di ostacolare l’uso autologo sembra più espressione di «pure valutazioni di discrezionalità politica», che non di comprovate ragioni scientifiche, tanto più che il Ministero stesso ammette il valore provvisorio dei dati scientifici esistenti e garantisce l’impegno a proseguire nella ricerca sulle prospettive terapeutiche dell’utilizzo autologo⁶².

4. Conclusioni

Sulla base dell’indicato quadro dottrinale e giurisprudenziale, la disciplina in materia di utilizzo autologo delle cellule staminali del cordone ombelicale appare viziata da illegittimità costituzionale.

⁶¹ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2012 legge della Regione Marche n. 26/2001; Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro it.*, 2004, I, 343 leggi della Regione Piemonte n. 14 del 3 giugno 2002, e della Regione Toscana n. 39 del 28 ottobre 2002. In dottrina, cfr. P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit., 152 ss. Queste sentenze hanno ispirato anche la successiva giurisprudenza, in particolare Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1656, con nota di Tripodina C., *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*; e in *Giust. civ.*, 2009, 6, 1177, con nota di E. GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni “a caldo” a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*, nella quale la Consulta ribadisce, «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l’accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l’arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)».

⁶² Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, *Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale. Linee essenziali*, cit., 9.

Come detto, la madre e il neonato hanno il diritto a vedersi riconoscere come proprie le cellule staminali cordonali, perché su di esse estendono la loro identità personale e si tratta di materiale biologico che potrebbe tutelare la loro salute.

Tuttavia, impedendo la conservazione autologa di tali cellule in Italia, si induce alla donazione, che anzi è di fatto l'unica alternativa alla loro distruzione per tutti coloro che non dispongono delle risorse finanziarie necessarie all'esportazione e alla conservazione all'estero.

Di conseguenza, oltre ad essere pregiudicata la necessaria libertà e spontaneità della scelta di donare, risulta limitato il diritto all'identità personale, perché si ostacola la sovranità dell'individuo sulle parti del corpo che esprimono la sua identità.

Ebbene, i diritti della personalità, come quelli all'identità personale e alla salute, in quanto fondamentali, appartengono all'individuo in quanto tale e devono essere garantiti dallo Stato, come previsto dall'art. 2 Cost.

Quindi, la normativa in esame, costringendo a rivolgersi a Paesi esteri per ottenere la conservazione autologa, esautorava la donna dal controllo del materiale biologico proprio e del neonato. Risultandone una limitazione del diritto all'identità personale, tale disciplina appare in contrasto con l'art. 2 Cost.

Ulteriori profili d'illegittimità costituzionale riguardano, come rilevato, la violazione sia della riserva di legge sia della libertà terapeutica *ex* art. 13 e 32, comma 2, Cost. nonché la funzionalizzazione dell'interesse individuale a quello collettivo, anch'essa in contrasto con l'art. 2 Cost.

Peraltro, tale prevalenza dell'interesse collettivo rende incoerente l'ordinamento.

Anche in materia di trapianti *post mortem*, infatti, la collettività è portatrice di un pressante interesse a normative che aumentino la disponibilità di organi espianabili. Tuttavia, le discipline nel tempo succedutesi in materia, pur ricorrendo a meccanismi di consenso presunto o di silenzio assenso, hanno lasciato alla persona la possibilità di opporsi all'espianto senza oneri o costi.

Solo in materia di conservazione autologa di cellule staminali cordonali, invece, si attribuisce preminenza all'interesse collettivo alla donazione, finendo così con l'apprestare per il neonato e per i suoi consanguinei una tutela inferiore a quella garantita al cadavere.

Pertanto, appare auspicabile un intervento legislativo che consenta la conservazione all'interno del territorio nazionale delle cellule staminali cordonali per uso autologo, eventualmente stabilendo un consenso preventivo alla donazione. Quest'ultima, tuttavia, dovrebbe avvenire soltanto dopo il decorso di un lasso di tempo al di là del quale si ritiene, in base alle più accreditate conoscenze scientifiche, che le cellule stesse perdono la loro idoneità terapeutica.

Abstract

The modern medicine knows, even though not completely, the techniques to conserve the umbilical cord blood stem cells and to use them in the future in case of illness of the newborn or his consanguineous.

The paper focuses the legal issues relating to such practice, so-called autologous conservation. Particularly, the authors maintain that woman has not a right of property on the umbilical cord blood stem cells because these cells are biological material and not things. Therefore, they don't form part of the concept of property.

Other issue is the woman's right on the umbilical cord blood stem cells. The authors maintain that taking possession of these cells without consent violates the right to personal identity, because they contain the identity of the individual.

Therefore, the authors criticize the choice of the legislature to forbid the autologous conservation.

This prohibition, in fact, brings about an "expropriation" of the biological material and injures the freedom of the individual in medical treatments.

Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale

Mario Libertini

SOMMARIO: 1. Il rafforzamento della tutela delle informazioni aziendali segrete mediante il riconoscimento di un diritto di proprietà industriale sulle stesse: dallo *Uniform Trade Secrets Act* al codice italiano della proprietà industriale. Profili generali del tema. – 2. Il timore di *overprotection* del segreto. Critica: possibilità di inquadrare coerentemente la tutela dei segreti nel sistema generale di tutela della proprietà industriale. – 3. I requisiti dell'informazione aziendale, come oggetto di un diritto non titolato di proprietà industriale, nell'art. 98 c.p.i. – 4. Il concetto di segretezza dell'informazione. – 5. La relatività del concetto di segretezza. – 6. La protezione della segretezza delle informazioni: l'adozione di misure «ragionevolmente adeguate» a tutelare le informazioni. – 7. Informazioni isolate e *know-how*. – 8. Gli altri dati segreti protetti, di cui al secondo comma dell'art. 98 c.p.i. – 9. Gli atti lesivi del segreto aziendale. – 10. In particolare: il contemperamento fra i diritti dell'impresa sulle informazioni riservate e i diritti dei lavoratori dipendenti. – 11. I rimedi esperibili dal titolare del segreto. Inibitoria e risarcimento. In particolare: il valore economico delle informazioni. – 12. La protezione ulteriore delle informazioni aziendali attraverso la disciplina della concorrenza sleale. – 13. Conclusioni sull'informazione aziendale segreta come bene giuridico.

1. *Il rafforzamento della tutela delle informazioni aziendali segrete mediante il riconoscimento di un diritto di proprietà industriale sulle stesse: dallo Uniform Trade Secrets Act al codice italiano della proprietà industriale*

Gli artt. 98 e 99 c.p.i. hanno portato a compimento un processo storico di valorizzazione dell'informazione, intesa come risorsa essenziale dell'impresa, giungendo a qualificare le informazioni aziendali riservate come oggetto di un diritto assoluto di proprietà industriale.

In precedenza, le informazioni aziendali riservate erano pur sempre tutelate, ma solo su base contrattuale e mediante la disciplina della concorrenza sleale¹. La novità legislativa ha espresso l'inten-

¹ Un'accurata bibliografia, comprensiva della giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del c.p.i., può trovarsi in L. INNOCENTE, *Informazioni segrete*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, Cedam, Padova, 2007, 506-7.

zione del legislatore di rafforzare la tutela giuridica di tali informazioni (questa intenzione è stata messa in dubbio dopo il decreto correttivo del 2010, che ha in parte modificato l'art. 99, ma, a nostro avviso, non ci sono ragioni per attribuire al decreto correttivo un tale effetto dirompente: v. *infra*, § 12).

La scelta del legislatore italiano non è isolata sul piano comparatistico. In particolare, una tutela *erga omnes* dei segreti aziendali è stata prevista nello *Uniform Trade Secrets Act*, legge uniforme americana, oggi adottata da 46 degli stati dell'Unione².

² Nella dottrina americana è ancora acceso il dibattito sulla «natura» della protezione dei segreti aziendali.

La Corte Suprema (*Kewanee Oil Co. V. Bicron Corp.*, 417 U.S. 470 [1974]; *Ruckelshaus v. Monsanto*, 467 U.S. 986, 1001-1004 [1984]) ha riconosciuto il segreto aziendale – modificando precedenti orientamenti – come oggetto di un IPR (*Intellectual Property Right*). La stessa concezione è stata, di recente, vigorosamente difesa da M.A. LEMLEY, *The Surprising Virtues of treating Trade Secrets as IP Rights*, in 61 *Stanford Law Rev.*, 311 ss. [2008] (*ivi*, alla nt. 45, indicazioni di altra dottrina orientata nello stesso senso, fra cui va comunque segnalato M. RISCH, *Why do we have Trade Secrets?*, in 11 *Marquette Intellectual Property Law Rev.*, 1 ss. [2007]). V. anche P. SAMUELSON, *Principles for Resolving Conflicts Between Trade Secrets and the First Amendment*, in 58 *Hastings Law Rev.*, 777 ss. [2007]: «Today, trade secrecy law is widely perceived as a strong form of a legal protection and courts and commentators more commonly refer to trade secrets as 'property'» (p. 789); l'a. si esprime però criticamente su tale orientamento.

La concezione proprietaria dei *trade secrets* non può dirsi generalmente condivisa. Ad essa si contrappongono diverse tesi, fra cui vanno segnalate quella, tradizionale, che configura la tutela dei segreti come mera somma di rimedi già ricavabili dalla disciplina generale dei contratti e dei *torts* (oltre a Samuelson, cit., v. R.G. BONE, *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in search of Justification*, in 86 *California Law Rev.*, 241 ss. [1998]) e quella che configura la tutela dei segreti come il risultato di regole oggettive di «moralità economica» (V. CHIAPPETTA, *Myth, Chameleon, or Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law*, in 8 *George Mason Law Rev.*, 69 ss. [1999]), con accenti che fanno venire in mente i principi della correttezza professionale nella disciplina italiana della concorrenza sleale.

In buona parte questo dibattito è influenzato dal timore di *overprotection* dei segreti, di cui si parla nel testo.

Una esauriente esposizione della storia delle idee in materia, che ha visto, nella giurisprudenza statunitense, una sorta di moto pendolare da ottocentesche concezioni proprietarie del segreto industriale (proprietà sui «frutti del proprio lavoro») a concezioni volte ad inquadrare la tutela dei segreti nella disciplina della concorrenza sleale, fino alla più recente ripresa di concezioni proprietarie, tendenzialmente temperate dall'esigenza di bilanciamento con altri valori costituzionalmente garantiti, può leggersi in M.P. SIMPSON, *Future of Innovation Trade Secrets, Property Rights and Protectionism - an Age-Old Tale*, in 70 *Brooklyn Law Rev.*, 1121 ss. [2005] (autore ostile alla concezione proprietaria).

L'osservazione di questa tendenza pone due problemi di ordine generale:

- (i) quello riguardante la giustificazione stessa della scelta politico-legislativa volta a rafforzare e ad ampliare la tutela dei segreti aziendali;
- (ii) quello riguardante l'effettiva portata normativa del riconoscimento del segreto come oggetto di un diritto di proprietà industriale, anziché come oggetto di un interesse occasionalmente tutelato mediante norme di responsabilità contrattuale od extracontrattuale, nonché mediante la disciplina della concorrenza sleale.

Il presente scritto sarà articolato nel modo seguente: nel § 2 si discuterà brevemente il problema di politica legislativa relativo al riconoscimento della tutela *erga omnes* dei segreti; nei §§ 3-12 si svolgerà un'ampia esegesi dell'art. 98 e dell'art. 99 c.p.i.; infine, nel § 13 si svolgerà qualche riflessione sulla portata sistematica del riconoscimento legislativo dell'informazione aziendale segreta come oggetto di un diritto di proprietà industriale.

2. *Il timore di overprotection del segreto. Critica: possibilità di inquadrare coerentemente la tutela dei segreti nel sistema generale di tutela della proprietà industriale*

Nella ideologia «moderna» della proprietà industriale, di matrice ottocentesca, la tutela dei segreti è stata vista con una certa diffidenza: quasi come un retaggio di un passato corporativo, destinato ad essere abbandonato con l'affermazione del moderno istituto del brevetto. La tutela dei segreti assumeva dunque, nel sistema, un ruolo residuale, legato al rispetto di particolari vincoli contrattuali (servizi professionali, rapporti di lavoro) o alla dissuasione – mediante la disciplina della concorrenza sleale – di comportamenti commerciali scorretti (spionaggio industriale). Da qui anche una tendenza all'interpretazione restrittiva della norma penale sulla tutela dei segreti industriali e commerciali.

L'opportunità di una più ampia tutela del segreto era posta in dubbio, perché si temeva che la stessa potesse depotenziare l'incentivo a brevettare le nuove invenzioni, in una prospettiva in cui il bre-

vetto era (come è tuttora) giustificato – sul piano economico-sociale – anche perché, per sua natura, richiede la messa a disposizione del pubblico delle informazioni tecniche relative al trovato e ne prefigura il successivo passaggio in dominio pubblico.

Questa posizione è stata di recente riaffermata, proprio in critica all'innovazione normativa introdotta dal citato art. 98 c.p.i.³.

In realtà, queste critiche non si appuntano contro la tutela di quelle informazioni (soprattutto di carattere commerciale: dalle liste di clienti ai progetti di prossime campagne promozionali), che non sono suscettibili di brevetto. Per queste informazioni, è sempre sembrato ragionevole, al fine del buon funzionamento del mercato e dello sviluppo della concorrenza, che ciascuna impresa possa giocare liberamente le sue carte, senza subire la concorrenza «differenziale» altrui (cioè la concorrenza di chi conosce i progetti dell'avversario, e si avvale di questa conoscenza, senza condizione di reciprocità). E il fatto che ora queste informazioni siano protette da un «diritto di proprietà industriale» non sembra suscitare critiche particolari.

Le perplessità nascono quando la tutela del segreto abbia ad oggetto innovazioni «industriali», cioè suscettibili di brevettazione. Si teme allora che una tutela rafforzata del segreto possa disincentivare l'uso del brevetto e possa anche cristallizzare la produzione delle singole imprese su programmi di sfruttamento di innovazioni già conseguite, anziché spingerle ad investire per la ricerca di altre innovazioni.

A mio avviso, queste preoccupazioni non sono fondate, per le seguenti ragioni:

³ V. G. GHIDINI - V. FALCE, *Upgrading Trade Secrets as IPRs: a recent break through in Italian Ip Law*, in *Dir. aut.*, 2008, 117 ss.; G. GHIDINI, *La nuova disciplina del segreto nel Codice della Proprietà Industriale: critica di una «riforma»*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 2-2011. Gli aa. citati propongono di interpretare in modo molto restrittivo le norme di tutela dettate dal c.p.i. Analoghe critiche, ma senza giungere ad interpretazioni eversive degli artt. 98 e 99 c.p.i., sono espresse da R. ROMANO, *Brevi riflessioni in tema di diritti titolati e non titolati nel campo dell'innovazione tecnologica*, in *Studi in memoria di P.A. Frassi*, Giuffrè, Milano, 2010, 599 ss.

Più in generale, ancor oggi si leggono affermazioni autorevoli (R.J. PERITZ, *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 531) secondo cui vi sarebbe un contrasto fra l'obbligo di divulgazione, proprio della disciplina brevettuale, e la protezione dei segreti. Probabilmente questa posizione è influenzata dal contesto, in cui si discute degli abusi di posizione dominante di Microsoft, spesso caratterizzati dall'uso strategico combinato di diritti di brevetto e di segreti industriali.

- a) la tutela dei segreti, per quanto rafforzata, rimane intrinsecamente fragile: il segreto rimane sempre esposto al rischio letale della divulgazione (con conseguente distruzione/estinzione del bene) e al rischio (minore, ma reale) di condivisione incidentale con altri soggetti che, autonomamente, pervengano al possesso dell'informazione stessa;
- b) in ragione di ciò, la tutela di un segreto tecnico-industriale richiede sempre misure organizzative non semplici (anche se non tanto, e non necessariamente, in termini di spese vive richieste dall'approntamento di misure tecniche di protezione: una misura organizzativa non semplice è anche quella di mantenere molto ristretta la cerchia dei soggetti aventi accesso all'informazione segreta);
- c) la tutela del segreto è concepibile solo per informazioni che, pur destinate ad essere «incorporate» nel bene o servizio offerto nel mercato, non sono ricostruibili da una analisi dall'esterno delle caratteristiche (strutturali, chimiche etc.) del prodotto (*reverse engineering*); e ciò può avvenire solo per una serie abbastanza limitata di informazioni;
- d) un'impresa standard non ha dunque interesse a sostituire la tutela brevettuale (malgrado il costo, comunque non proibitivo, di quest'ultima), se non per informazioni che siano (i) strettamente puntuali, e quindi più facilmente proteggibili mediante vincoli di segreto, e (ii) idonee a rimanere tecnicamente valide per tempi più lunghi di quelli consentiti dalla tutela brevettuale (esempio tipico: la formula degli ingredienti di una bibita o di un liquore);
- e) la tutela del segreto può rivelarsi davvero utile per l'impresa (a parte il caso eccezionale dei segreti puntiformi, di cui si è detto sopra), se e in quanto costituisca strumento per rafforzare la gestione strategica del *know-how* dell'impresa stessa, cioè dell'insieme di informazioni, brevettate e non, che, nel loro insieme, costituiscono strumento fondamentale per il posizionamento concorrenziale dell'impresa nei mercati in cui opera⁴.

⁴ Ciò in una prospettiva di concorrenza «imperfetta», che caratterizza i mercati contemporanei e deve costituire quadro di riferimento per la costruzione sistematica delle norme in materia di concorrenza e di proprietà intellettuale. V. sul punto *infra*, nt.

In questa prospettiva, la tutela brevettuale e la tutela dei segreti aziendali si presentano come complementari⁵, in una prospettiva di *favor* per l'efficienza dinamica dei mercati: la tutela brevettuale rappresenta lo standard, in tutte le situazioni (normali, in economie capitalistiche sviluppate) in cui le innovazioni si caratterizzano come un flusso continuo, *lato sensu* incrementale⁶, e l'innovatore ha interesse a cristallizzare la tutela su un certo risultato, per prevenire il rischio che lo stesso risultato possa essere raggiunto in breve tempo dai concorrenti. L'innovazione brevettata ha inoltre, spesso una funzione di «prenotazione» di esclusiva, nel quadro di un processo di sviluppo dell'innovazione che porta al prodotto commerciabile solo mediante diversi passaggi (e, spesso, una serie di brevetti). In molti casi, poi, alla scadenza del termine di protezione l'innovazione tecnica ha perduto il suo valore commerciale. Il segreto si presenta invece come uno strumento idoneo solo per innovazioni eccezionali e puntiformi, che possono rimanere valide per periodi di tempo molto lunghi.

In altri termini, il fatto che alla tutela brevettuale si affianchi la possibilità di una tutela rafforzata del segreto non sembra presentare il rischio di un rallentamento degli incentivi dell'impresa ad investire per l'innovazione.

D'altra parte, oggi le informazioni (anche segrete) sono sempre ampiamente documentate (all'interno dell'azienda), sicché appare meno drammatica che in passato la preoccupazione che invenzioni rimaste segrete possano essere irrimediabilmente perdute per l'umanità, come invece è accaduto più volte nella storia.

Problema ben diverso è quello della tutela delle informazioni segrete non brevettabili: dalle informazioni commerciali od organizzative (liste clienti, programmi di iniziative promozionali o di strategie di mercato), alle informazioni tecniche in continuo aggiornamento, che costituiscono il c.d. *know-how* d'impresa (in quest'ultimo caso, l'informazione protetta non è alternativa al brevetto, ma piuttosto integrativa di uno o più brevetti, utilizzati nel processo produt-

9, nonché da ultimo, con riferimento alla disciplina dei segni distintivi, D.R. DESAI - S.W. WALLER, *Brands, Competition and the Law*, in *Brigham Young Univ. Law Rev.*, 2010, 1423 ss.

⁵ Cfr., su questi temi, G. GUGLIELMETTI, *La tutela del segreto*, in *Le nuove frontiere del diritto dei brevetti*, a cura di C. Galli, Giappichelli, Torino, 2003, 109 ss.

⁶ V. soprattutto W.J. BAUMOL, *The Free-Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of the Capitalism*, Princeton University Press, 2004.

tivo, e valorizzati dall'essere inquadrati in un'esperienza di saper-fare produttivo che, di per sé, non potrebbe essere oggetto di brevetto).

Per questo tipo di informazioni non è possibile una tutela rigida mediante vincoli di segreto in cerchie molto ristrette di persone, come accade per i segreti aziendali in senso stretto: il carattere e la funzione di queste informazioni richiede sempre un certo grado di circolazione, e quindi di condivisione delle informazioni, a diversi livelli, all'interno dell'organizzazione aziendale⁷. Ne consegue che le misure tecniche di protezione non potranno essere molto diverse da impegni standard di confidenzialità, di fonte negoziale, e che buona parte della possibile protezione di queste informazioni è affidata proprio alla disciplina normativa generale del fenomeno.

Rispetto a questo tipo di informazioni, l'idea di una tutela rafforzata non sembra incontrare critiche particolari. Sembra convinzione generale che ogni impresa debba avere giusti incentivi a differenziare e caratterizzare le sue strategie e le sue offerte e ad investire per costruire una sua offerta ed una sua «immagine» differenziata nel mercato; ciò che non accadrebbe se fossero facilitati, in modo indiscriminato, l'accesso e l'utilizzazione di informazioni formatesi nell'esperienza imprenditoriale dei concorrenti. In altri termini, una tutela combinata di diritti titolati di proprietà intellettuale e di diritti non titolati (segreti e *know-how*) sembra la base normativa migliore per sostenere quella concezione dell'impresa come organizzazione di gestione accentrata e strategica di complessi di informazioni, che costituisce la frontiera più avanzata delle attuali teorie economiche dell'impresa⁸.

⁷ Complesso e interessante è il problema – che non può essere trattato in questa sede – dei modelli più efficienti di circolazione di queste informazioni riservate all'interno dell'organizzazione aziendale. V., in proposito, J. ZÁBOJNÍK, *A Theory of Trade Secrets in Firms*, in *International Economic Review*, vol. 43 [2002], 831 ss.

⁸ Questa concezione trova la sua base nella combinazione tra la fondamentale tesi di O. HART, *An Economist's Perspective on the Theory of the Firm*, in 89 *Columbia Law Rev.*, 1757 ss. [1989], che costruisce la funzione economica dell'impresa intorno ai vantaggi della gestione accentrata di *property rights*, e le idee di H. Simon sulla razionalità limitata e sulla circolazione imperfetta delle informazioni. Ciò porta a vedere la funzione essenziale dell'impresa nella capacità di elaborare razionalmente e in modo accentrato, in una strategia di conquista dei mercati, flussi molto ampi di informazioni, che non sarebbero alla portata del singolo individuo (cfr. E. NOAM, *L'impatto economico della conoscenza sull'impresa*, in *Economia della conoscenza*, a cura di A. Pilati e A. Petrucci, Il Mulino, Bologna, 2005, 52 ss.; L. MARENGO - C. PASQUALI, *L'impresa, i mercati e il pri-*

In altri termini, la tutela rafforzata delle informazioni aziendali riservate, nelle sue diverse prospettive (tutela dei segreti eccezionali e puntiformi, tutela di informazioni commerciali e *know-how*) non sembra contrastare con i principi fondamentali in materia di tutela della concorrenza e della proprietà intellettuale. Tali principi – secondo l'orientamento che mi sembra preferibile⁹ – convergono verso

mato della conoscenza, in *Le nuove economie*, a cura di A. Viale, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005).

Connesso a questa teoria dell'impresa è l'insieme di teorie che tendono ad enfatizzare (talora eccessivamente) le caratteristiche complessive del sistema capitalistico contemporaneo, definendolo come *knowledge-based economy* o «capitalismo cognitivo» (per ampi riferimenti v. V. ZENO-ZENCOVICH - F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. informaz. Informatica*, 2008, 141 ss.).

⁹ Mi permetto di rinviare, sul punto, a quanto scritto in M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir. - Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, 191 ss.; e già in M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *A.I.D.A.*, 2005, 50 ss. È noto però che, nello sterminato dibattito in materia, è ampiamente rappresentata (ma non più prevalente, oggi) l'idea che diritto della concorrenza e diritto della proprietà intellettuale siano posti a tutela di interessi diversi e conflittuali, fra i quali legislatore e giudice dovrebbero realizzare i necessari compromessi. Per una ricca antologia di saggi in materia (però soltanto americani) v. *Intellectual Property and Competition*, ed. by M.A. CARRIER, Elgar, Cheltenham (UK), 2011.

Si deve precisare (il punto dovrà essere ripreso anche nel testo, nell'ambito dell'esegesi delle norme sulla protezione delle informazioni aziendali) che, anche seguendo l'impostazione preferita, secondo cui disciplina della concorrenza e disciplina della proprietà intellettuale mirano a realizzare un comune obiettivo (l'efficienza dinamica dei mercati), si pongono problemi molto complessi di determinazione del giusto livello di protezione, affinché la protezione delle esclusive serva da incentivo ad ulteriori innovazioni e non si trasformi in strumento di percezione di rendite.

Un tentativo recente di riflessione sul punto, che contrappone l'esperienza americana (come caratterizzata da una concezione funzionalistica ed utilitaristica degli IPR) e l'esperienza europea (come caratterizzata da una concezione proprietaria, e quindi da una tutela tendenzialmente più rigida, degli stessi diritti), è quello di A. OTTOLIA, *The Public Interest and Intellectual Property Models*, Giuffrè, Milano, 2010 (*Quaderni di AIDA*, 19).

Si deve infine aggiungere che, nell'ambito delle trattazioni sui rapporti fra proprietà intellettuale e concorrenza, il profilo della tutela dei segreti è di solito oggetto di scarsa attenzione. Così accade di leggere che uno dei maggiori fautori della convergenza fra tutela della proprietà intellettuale e tutela della concorrenza (Peritz), costruisca il sistema della proprietà intellettuale come «regime che promuove il flusso di informazioni [nei mercati] per incoraggiare la concorrenza», e non trovi giustificazione alla tutela dei segreti.

Questo contrasto ci sarebbe, in effetti, se la «diffusione» delle informazioni dovesse intendersi come «condivisione» delle informazione da parte di tutti i soggetti del mercato (come è nel modello di concorrenza perfetta, e come storicamente accade nei

la tutela dell'efficienza dinamica dei mercati, come strumento per la realizzazione del massimo benessere collettivo. Dalla convinzione che un'economia di mercato tanto più contribuisce al benessere generale quanto più è in grado di produrre innovazione deriva l'altra convinzione per cui la tutela degli investimenti dell'impresa nel produrre innovazione e conoscenza, e nel differenziare la propria posizione rispetto a quella dei concorrenti, meritino ampia protezione giuridica da parte dell'ordinamento.

L'integrazione della tradizionale tutela brevettuale con una specifica tutela dei segreti aziendali si può inserire coerentemente in questo orientamento¹⁰. Naturalmente, perché questa coerenza sia effettiva, occorre che i problemi di interpretazione del nuovo testo normativo vengano affrontati tenendo sempre presente questa funzione della tutela dei segreti aziendali, ed evitando sia di guardare alle norme in questione come presenze spurie nel sistema – come tali meritevoli di applicazione il più possibile restrittiva – sia di evitare di sopravvalutare la qualificazione normativa del segreto come oggetto di diritto; di giungere, in altri termini, a soluzioni di *overprotection* del segreto, che possano effettivamente creare qualche disincentivo alla brevettazione di trovati. Occorre anche tenere sempre presente che il diritto di proprietà industriale sul segreto, può talora essere esercitato, come tutti i diritti, in modo abusivo; e che, in particolare, quando il segreto sia in possesso di un'impresa dominante, l'uso dello stesso può dar luogo ad un abuso di posizione dominante.

mercati più semplici e primitivi). Nella realtà dell'economia contemporanea le asimmetrie informative costituiscono invece la regola ed ogni soggetto del mercato possiede solo frammenti dell'informazione complessivamente utilizzata nel realizzare i cicli produttivi. Il progresso è dato dal fatto che flussi crescenti di informazioni (il cui possesso rimane frammentato) alimentano l'insieme delle offerte che affluiscono nei mercati. Perché questo processo di efficienza dinamica dei mercati sia sostenuto, occorre che l'ordinamento tuteli il *know-how* differenziato di ciascuna impresa, e quindi anche la componente di esso che è costituita dalle informazioni aziendali riservate.

¹⁰ È questo il punto di partenza delle principali trattazioni sistematiche della materia, che saranno tenute presenti nella ricostruzione della disciplina, svolta nei §§ seguenti. V., in particolare, G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, in P. AUTERI e aa., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*³, Giappichelli, Torino, 2009, 192 ss.; più ampiamente v. P. AUTERI, *Il segreto industriale*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padova, 1983, 343 ss.; A. FRIGNANI, *Segreti d'impresa*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Commerciale*, XIII, Utet, Torino, 1996, 334 ss.; nonché M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in *A.I.D.A.*, 2005, 313 ss.

Questi necessari correttivi devono essere tenuti sempre presenti, ma non costituiscono, a mio avviso, valida ragione per criticare in radice l'idea della tutela *erga omnes* dei segreti aziendali e della qualificazione degli stessi come beni giuridici oggetto di diritti soggettivi. Infatti, questo inquadramento comporta dei vantaggi di ordine sistematico, in quanto facilita la qualificazione giuridica di atti di disposizione aventi ad oggetto le informazioni aziendali riservate ed emancipa la tutela giudiziaria degli atti lesivi di tali informazioni dalle remore derivanti dal tradizionale orientamento restrittivo in tema di legittimazione (attiva e passiva) nelle azioni di concorrenza sleale. Per contro, i possibili svantaggi di «sovraprotezione», sul piano sostanziale, possono essere evitati mediante una corretta interpretazione sistematica (teleologica) delle norme di cui si tratta.

Perciò non condivido neanche quelle posizioni che – pur senza arrivare alle critiche estreme di ordine «politico», sopra discusse – ritengono che sarebbe stato preferibile mantenere la disciplina delle informazioni aziendali riservate esclusivamente nell'ambito delle norme sulla concorrenza sleale¹¹.

In questa chiave si cercherà di svolgere l'analisi seguente (§§ 3-12).

3. *I requisiti dell'informazione aziendale, come oggetto di un diritto non titolato di proprietà industriale, nell'art. 98 c.p.i.*

Passando ora alla ricostruzione della disciplina¹² dettata dall'art. 98 c.p.i., si deve muovere dalla individuazione dell'oggetto della protezione. Esso oggi comprende qualsiasi informazione (tecnica, commerciale, finanziaria, organizzativa)¹³, che possa avere valore come ri-

¹¹ È questa la posizione autorevolmente sostenuta da A. VANZETTI, *La tutela «corretta» delle informazioni segrete*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, I, 95 ss., anche dopo il decreto correttivo del 2010.

¹² Oltre alle trattazioni generali citate nella nota precedente, il tema è stato oggetto, di recente, di trattazioni monografiche. V. B. FRANCHINI STUFLE, *Il know-how e la tutela dei segreti d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2009 (attenta all'esame dei singoli problemi applicativi, anche se poco approfondita sul piano dei principi generali); G. CHIAPPETTA, *Persona e informazioni aziendali riservate*, E.S.I., Napoli, 2010 (quest'ultima limitata ad una rassegna di alcuni profili di carattere sistematico).

¹³ P. AUTERI, *Commento al decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1998, 129; L. MANSANI, *La nozione di segreto di cui all'art. 6 bis*

sorsa utilizzabile per finalità imprenditoriali. In altri termini, è suscettibile di divenire bene giuridico protetto, come informazione aziendale segreta, qualsiasi informazione che possa avere qualche concreta utilizzazione nel processo produttivo, e quindi sia idonea a fornire un vantaggio competitivo a chi la possiede.

Le informazioni tecniche sono proteggibili a prescindere dalla circostanza che siano brevettabili o no¹⁴. In particolare, non vedo ragione per non proteggere anche l'informazione «teorica», suscettibile di sviluppo anche se non (ancora inserita in un trovato) brevettabile¹⁵. Se non si proteggesse anche questo tipo di informazioni, si creerebbe un disincentivo all'intero processo di ricerca industriale interna alle imprese.

Si deve subito aggiungere che l'informazione aziendale, per essere suscettibile di tutela giuridica, deve rientrare nella disponibilità di fatto dell'impresa che ne reclama la tutela, ma non occorre anche che sia effettivamente utilizzata nel processo produttivo.

Può darsi infatti che il segreto non sia, allo stato, effettivamente utilizzato nel processo produttivo, ma sia conservato, all'interno dell'organizzazione aziendale, in vista di possibili, future utilizzazioni (o sia conservato come segreto anche soltanto perché è frutto di ricerca industriale aziendale, che non si intende condividere con terzi). La risposta al quesito relativo alla proteggibilità di questi segreti dev'essere, a mio avviso, positiva. La ricerca industriale è un processo continuo, e la disciplina della proprietà intellettuale deve fornire i giusti incentivi agli investimenti in tale processo. Sarebbe, sotto questo profilo, incoerente che i risultati della ricerca industriale (o della programmazione commerciale) che, per qualsiasi motivo, l'impresa ha ritenuto opportuno non utilizzare, rischiassero di divenire immediatamente di dominio pubblico, senza possibilità di reazioni giudiziarie da parte dell'impresa. A maggior ragione, deve dirsi ciò per quelle informazioni che, pur in atto non utilizzate, potrebbero esserlo in un prossimo futuro.

l.i., in *Dir. ind.*, 2002, 216; M. BORGHESE, in *Il codice della proprietà industriale*, a cura di M. Scuffi e aa., Cedam, Padova, 2005, 450; L. INNOCENTE (nt. 1), 509.

¹⁴ P. AUTERI (nt. 13), 129; L. MANSANI (nt. 13), 216; L. INNOCENTE (nt. 1), 509.

¹⁵ Apparentemente contrario M. BERTANI (nt. 10), 322 ss., il quale però ammette poi la tutela del possessore dell'informazione mediante l'applicazione delle norme sulla concorrenza sleale (v. *infra*, § 12).

A questo primo risultato interpretativo non restrittivo se ne deve subito aggiungere un altro, riguardante il requisito della «creatività» delle informazioni oggetto di tutela.

Stavolta si tratta di aspetti effettivamente verificati nell'esperienza giudiziaria. Infatti, per quanto riguarda le informazioni commerciali, la giurisprudenza italiana tende ad interpretare restrittivamente la disposizione in esame, ritenendo che *«L'informazione aziendale rappresenta categoria giuridica tecnicamente riferibile alle notizie che risultano elaborate nell'esercizio dell'attività commerciale, e dunque può includere la lista precostituita contenente i nominativi dei clienti, ma solo se ne reca non solo i dati identificativi ma nel contempo le ulteriori indicazioni, utili non solo al loro riferimento, ma piuttosto e soprattutto a determinarne il profilo qualificante»*¹⁶; in altri termini, una lista di clienti diverrebbe informazione qualificata, tutelabile ai sensi dell'art. 98, solo se i dati identificativi siano stati oggetto di una *«elaborazione qualificante in senso aziendale»*¹⁷, cioè, come si suol dire in gergo aziendale, abbiano dato luogo ad una «profilatura» dei clienti stessi.

Dev'essere subito precisato che la giurisprudenza citata non afferma che la sottrazione di liste di clienti «non elaborate» sia priva di conseguenze giuridiche: ritiene piuttosto che questa fattispecie debba continuare ad essere inquadrata nella disciplina generale della concorrenza sleale (con le relative, e praticamente importanti, conseguenze, in tema di riconoscimento o meno della competenza delle sezioni specializzate).

A mio avviso, questa interpretazione restrittiva della Suprema Corte – sostanzialmente condivisa da parte della dottrina¹⁸ – non è convincente. Il dato testuale dell'art. 98 non suggerisce alcuna indicazione in tal senso, perché parla genericamente di «informazioni aziendali», e difficilmente può negarsi che una lista di clienti rientri

¹⁶ Cfr. Cass. civ., sez. I, 19 giugno 2008, n. 16744, in *Giur. it.*, 2009, 897 ss., con nota parzialmente critica di S. SCIACCA.

¹⁷ L'espressione è tratta dalla sentenza della Cassazione, citata alla nota precedente. Ma v. anche Trib. Bologna, 27 maggio 2008, in *Pluris - Utet/Cedam*, secondo cui le informazioni tutelate ex art. 98 *«devono altresì essere state accumulate con un lavoro intellettuale di progettazione individuale»*.

La stessa opinione è rappresentata anche in dottrina (cfr. A. FRIGNANI [nt. 10], 338; M. BORGHESE [nt. 13], 451).

¹⁸ Cfr. M. BERTANI (nt. 10).

in tale categoria concettuale. L'accoglimento dell'interpretazione restrittiva richiederebbe quindi il riconoscimento di una *eccezionalità* della disposizione in esame, cioè una ricostruzione dell'art. 98 che – sulla base di un giudizio di valore – qualifichi questa disposizione come derogatoria a principi generali dell'ordinamento. Sembra però evidente che un simile riconoscimento contrasta con l'assunto – generalmente condiviso anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 98 c.p.i. – secondo cui l'utilizzo parassitario di una lista di clienti altrui sia contrario ai principi di correttezza professionale di cui all'art. 2598 c.c. Ciò significa che – nell'opinione corrente – il rispetto delle informazioni aziendali riservate del concorrente corrisponde alle regole generali di buon funzionamento dei mercati, e non costituisce affatto una deroga alle stesse. Ma se così è, non si vede per quale ragione si debba affermare una interpretazione restrittiva dell'art. 98.

In effetti, se si condivide la tesi prima svolta (§ 2), secondo cui la concorrenza, come bene giuridicamente tutelato, dev'essere intesa come un modo di funzionamento del mercato caratterizzato dall'esigenza di ogni impresa di differenziare la propria offerta da quella dei concorrenti e di arricchire il proprio patrimonio di risorse «immateriali», la gestione riservata delle informazioni che possono risultare utili nella conquista e nella conservazione della clientela appare come una regola basilare del «gioco della concorrenza». Una norma, come quella dell'art. 98 c.p.i., che tende ad assecondare questa modalità del gioco concorrenziale, e ad impedire forme di concorrenza differenziale (i.e. caratterizzate dal possesso – unilaterale, non reciproco – delle informazioni sull'azienda di un concorrente, da parte di un altro), è dunque una norma attuativa dei principi di libertà d'impresa e di tutela della concorrenza, e non una norma che deroga agli stessi.

Una interpretazione restrittiva potrebbe, per altra via, giustificarsi se la tutela data dalle norme del codice fosse tanto più forte e stringente di quella offerta dalle norme sulla concorrenza sleale, da richiedere una delimitazione della stessa ai soli casi gravi. Per contro, come si cercherà di dimostrare più avanti (§ 12) la differenza fra le due discipline (a parte il profilo della competenza delle sezioni specializzate, e qualche limitata differenza di diritto sostanziale) non è affatto netta.

Pertanto non vedo ragioni convincenti per discostarsi da un'interpretazione letterale dell'art. 98 e per sostenere un'interpretazione restrittiva di tale disposizione.

Per contro, può dirsi che l'interpretazione ampia dell'art. 98 non merita di essere estesa all'interpretazione della nozione di «segreto aziendale o commerciale», di cui all'art. 623 c.p. Qui anzi sembra giustificarsi un ragionamento inverso a quello fatto per la disciplina privatistica: è ragionevole restringere a casi delimitati, di maggiore rilievo sociale, la tutela penale del «segreto aziendale o commerciale», di cui all'art. 623 c.p.¹⁹.

4. *Il concetto di segretezza dell'informazione*

È affermazione corrente che l'informazione aziendale è bene giuridicamente tutelato, mediante il riconoscimento legislativo di uno *ius excludendi*, soltanto finché sia segreta. «*La divulgazione distrugge il segreto e opera come limite alla sua tutela*»²⁰. A nessuno è venuto finora in mente di proporre sistemi di c.d. dominio pubblico pagante, per ciò che riguarda le informazioni aziendali, originariamente segrete, che siano state ormai divulgate al pubblico.

Ciò accade perché quello che chiamiamo «informazione aziendale» è, in realtà, un dato multiforme e volatile: l'informazione è un prodotto culturale soggetto a continuo cambiamento. Finché essa è sotto il controllo di una persona, all'interno di un'organizzazione, il titolare ne può controllare gli sviluppi. Se invece l'informazione è divulgata, gli sviluppi possono essere tanti e seguire mille rivoli diversi. Sarebbe pressoché impossibile seguire passo passo tali sviluppi, per cui è più razionale un assetto normativo dicotomico («tutto o niente»).

Da qui la scelta normativa fondamentale, per cui l'informazione aziendale non può costituire bene giuridicamente protetto quando sia «*generalmente nota o facilmente accessibile agli esperti e agli operatori del settore*» (art. 98, comma 1, c.p.i.).

Il dato testuale chiarisce già che il requisito della segretezza ha carattere di relatività (v. anche *infra*, § 5): così come non è segreta l'informazione «*facilmente accessibile*», il contrario è a dirsi per qual-

¹⁹ In tal senso v. Trib. La Spezia, 26 novembre 2007, in *Riv. pen.*, 2008, 177, che trae spunto proprio dall'interpretazione estensiva dell'art. 98 c.p.i. per sostenere che la disciplina civile e quella penale delle informazioni aziendali segrete si riferiscono ormai a due fattispecie diverse (nel senso che la fattispecie penalistica è nettamente più ristretta).

²⁰ P. AUTERI (nt. 13), 134.

siasi informazione «non *facilmente accessibile*»; e per tale deve ragionevolmente intendersi non solo l'informazione che è detenuta da poche persone che «sanno tenere» il segreto, ma anche l'informazione che può, in effetti, essere ricostruita mettendo insieme una serie di dati reperibili attraverso fonti pubbliche o legittime ricerche mirate, quando però tale ricostruzione richieda un elevato sforzo organizzativo e/o economico²¹.

Questa nozione allargata di informazione «non pubblica», come informazione che può sì essere ricostruita dall'esterno, ma solo a prezzo di impegno organizzativo e finanziario, è ormai riconosciuta come rilevante anche nel diritto antitrust europeo: ogni accordo relativo alla condivisione di informazioni di questo tipo è considerato come incidente sul processo concorrenziale («restrittivo della concorrenza»), e pertanto soggetto ai criteri di valutazione dell'art. 101 T.F.U.E.²².

In ogni caso, la nozione di «facile accessibilità», come ogni nozione giuridica indeterminata, dev'essere applicata dal giudice con discrezionalità; ciò significa – in altre parole – che il giudizio sul punto dev'essere adeguatamente motivato, nella decisione giudiziaria²³. L'indicazione legislativa non è comunque nel senso che «facile accessibilità» significhi piena pubblicità o accessibilità gratuita e senza alcuno sforzo. Si deve piuttosto trattare di una accessibilità «facile» in relazione alle caratteristiche socioculturali del mercato di cui si tratta e alla dimensione organizzativa e finanziaria delle imprese interessate. Per fare un esempio, direi che è, di norma, «facilmente accessibile» l'informazione relativa ai nomi degli agenti di una determinata impresa²⁴, mentre lo stesso non può dirsi per le liste dei

²¹ In tal senso v. App. Milano, 20 novembre 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, 4533. V. però anche la giurisprudenza citata *infra*, che adotta concezioni più restrittive.

²² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, G.U.U.E., 2011/C 11/01 (14.1.2011), § 92.

²³ Mi permetto di rinviare, sul punto, a M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.

²⁴ Su questa base sembra da condividere Trib. Venezia, 8 marzo 2006, in *Dir. ind.*, 2007, 261, con nota adesiva di C. BELLOMUNNO, che ravvisa il requisito della facile accessibilità nella ricostruzione di una lista di agenti di commercio di un'impresa, dal momento che gli agenti esercitano la loro attività con modalità normalmente note negli ambienti commerciali del mercato geografico in cui operano.

clienti (caso più ricorrente di controversie in materia), salvo il caso in cui si tratti di imprese che operano solo a livello *wholesale* e con pochi clienti.

La stessa disposizione dell'art. 98, lett. c, richiede poi che le informazioni protette siano sottoposte, da parte dell'imprenditore, ad adeguate misure tecniche di protezione.

Da ciò la giurisprudenza²⁵ ha dedotto che, ai fini della tutela *ex* art. 98 c.p.i., non è sufficiente che una certa informazione costituisca «dato personale» dell'impresa, ai sensi della disciplina della *privacy*. Occorre invece un *quid pluris*, in termini di protezione effettiva dei dati di cui si tratta.

L'assunto, in termini generali, è condivisibile. Una informazione non è «segreta» per il fatto che poche persone oggi, di fatto, la posseggano, ma per il fatto che non sia «facilmente accessibile» a chi, interessato, volesse conoscerla.

Si tratta però di chiarire se la mancanza di tutela derivi da un atto di volontà dell'impresa, che abbia deciso di mettere a disposizione di qualsiasi interessato un suo dato personale, o da una mera situazione di fatto, cioè quella per cui il dato personale in questione non è sufficientemente protetto, sul piano delle misure tecniche adottate per proteggerne la segretezza.

5. *La relatività del concetto di segretezza*

Il concetto di «segretezza» di un'informazione è quindi più problematico di quanto sembri a prima vista.

È stato giustamente evidenziato dalla dottrina²⁶ che il concetto stesso di «segreto aziendale» presuppone che l'informazione di cui si tratta sia posseduta da uno o più soggetti, oltre al titolare, e che questi soggetti siano vincolati al rispetto del segreto stesso (ovvio che, nel caso frequente in cui titolare formale sia una persona giuridica, tutti i detentori effettivi del segreto saranno giuridicamente vincolati al rispetto del segreto nell'interesse altrui).

In altri termini, non c'è segreto giuridicamente rilevante finché una certa informazione sia posseduta esclusivamente dall'individuo

²⁵ V. ancora Cass. civ., sez. I, 19 giugno 2008, n. 16744 (nt. 11).

²⁶ Cfr. P. AUTERI (nt. 13), 125 ss. (ove riferimenti ai precedenti scritti in argomento dello stesso a.).

che l'ha scoperta o creata. Ciò giustifica il luogo comune per cui la segretezza, di cui si parla in relazione alle informazioni aziendali, non può essere mai assoluta²⁷.

C'è dunque qualcosa di paradossale nell'atto stesso della creazione dell'informazione aziendale, come bene giuridicamente tutelato, quando vi sia un individuo scopritore o inventore: il bene giuridico nasce nel momento stesso in cui l'informazione viene rivelata a terzi sotto vincolo di segreto.

Viceversa, nel caso dell'informazione che viene creata collettivamente nell'ambito di un centro di ricerca o di altro ufficio aziendale (tanto più se intestato ad una società; ma la soluzione non muta nel caso in cui il centro di ricerca o l'ufficio sia composto da dipendenti di un imprenditore individuale), l'informazione come bene giuridico nasce nel momento stesso in cui l'informazione stessa viene creata (con conoscenza condivisa fra i soggetti partecipanti al processo creativo, e tutti reciprocamente vincolati al segreto).

Però – si è correttamente affermato²⁸ – «*alla base della protezione del segreto vi sono [sempre] obblighi contrattuali*»: obblighi che nascono insieme con la rivelazione, nel caso di segreto individuale comunicato a terzi sotto vincolo di rispetto; obblighi che preesistono – per i dipendenti e i collaboratori esterni – nel caso di informazione che viene da essi stessi creata, nell'ambito dell'organizzazione aziendale. Il fatto che, una volta elevata ad oggetto di un diritto di proprietà industriale, l'informazione segreta sia protetta *erga omnes*, non fa venire meno questo dato essenziale della fattispecie: il nucleo della stessa è costituito dall'esistenza di una cerchia limitata di persone vincolate a mantenere il segreto sull'informazione, nell'interesse dell'impresa che ne è titolare.

Ciò evidenzia un secondo apparente paradosso: l'informazione può essere di proprietà di un soggetto che non la conosce direttamente (o, più frequentemente, non è in grado tecnicamente di comprenderla, di riprodurla e di comunicarla a terzi). Ciò può accadere quando titolare del diritto sull'informazione sia un imprenditore in-

²⁷ Cfr. *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, dir. da A. SIROTTI GAUDENZI, I, Utet, Torino, 2008, 445, ove altre indicazioni dottrinali; *adde*, da ultimo, C. PASCHI, in *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, a cura di C. Galli e A.M. Gambino, Utet, Torino, 2011, 903 ss.

²⁸ P. AUTERI (nt. 13), 128.

dividuale. Quando invece (e sarà il caso più frequente), titolare del diritto esclusivo sia una società, o altra organizzazione collettiva, potrà bene accadere che legittimato ad esercitare il diritto di gestione e di disposizione dell'informazione sia un organo (di norma: l'organo amministrativo), i cui componenti non hanno conoscenza personale dell'informazione (che, come tale, è invece posseduta da personale tecnico qualificato o da altri soggetti determinati).

Tutto ciò consente di evidenziare che la «segretezza» di un'informazione è un dato organizzativo, eminentemente relativo.

Un ulteriore elemento di relatività nasce dal fatto che un'informazione, idonea a fornire un vantaggio competitivo, può essere accidentalmente condivisa da più soggetti indipendenti (ed anche fra loro concorrenti) [v. *infra*, § 8].

6. *La protezione della segretezza delle informazioni: l'adozione di misure «ragionevolmente adeguate» a tutelare le informazioni*

La protezione del segreto dipende da una scelta volontaria del titolare di proteggere l'informazione come tale. Il dato testuale dell'art. 98 statuisce chiaramente che non basta una segretezza «di fatto» dell'informazione, ma occorre anche che la segretezza sia volontariamente protetta da «*misure ragionevolmente adeguate*» a mantenere le condizioni di segretezza.

In linea di principio, deve riconoscersi che questa tutela della scelta di mantenere segreta una certa informazione aziendale dev'essere inquadrata, a livello costituzionale, nell'esercizio della libertà di iniziativa economica, e quindi soggetta ai relativi limiti²⁹.

Quanto alla «ragionevolezza» delle misure, è ragionevole escludere che sia necessario il ricorso a misure particolari di tipo tecnico³⁰: può essere sufficiente il vincolo giuridico di segreto, imposto su base negoziale a carico di coloro che condividono l'informazione.

A tal proposito, deve peraltro muoversi dalla considerazione che tutte le informazioni aziendali costituiscono, in linea di principio, dati personali di proprietà dell'impresa³¹, ai sensi della disciplina

²⁹ Così G. CHIAPPETTA (nt. 12), 135.

³⁰ P. AUTERI (nt. 13), 130.

³¹ Prima dell'affermazione normativa della tutela dei dati personali delle persone giuridiche, si affermava tradizionalmente che la tutela dei segreti industriali era ricono-

della *privacy* (art. 4, d.lgs. 196/2003). È noto che la tutela dei dati personali è estesa anche ai dati di cui sono titolari persone giuridiche, e che anzi, secondo la C.E.D.U., questa situazione dev'essere tutelata come diritto fondamentale³².

Ciò posto, deve però subito rilevarsi che l'art. 24 del c.d. codice della *privacy* (d.lgs. 196/2003) consente il trattamento dei dati, anche senza esplicito consenso del titolare, quando ciò sia necessario «*per eseguire obblighi derivanti da un contratto*» o per «*lo svolgimento di attività economiche... nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale*».

Ai fini dell'interpretazione di quest'ultima disposizione si deve considerare che il «trattamento» dei dati non implica affatto – nella maggior parte dei casi – il venir meno del segreto e della proprietà aziendale delle informazioni. Di norma il trattamento comprenderà operazioni di raccolta, registrazione, organizzazione dei dati che sono funzionali ad una valorizzazione degli stessi proprio nell'interesse dell'impresa. È però possibile che, in certi casi, l'interesse aziendale richieda anche la comunicazione di dati a terzi, o perfino la diffusione degli stessi al pubblico. Queste operazioni possono dunque ritenersi lecite, talora, già sulla base degli usi aziendali e dell'esperienza comune relativa all'esecuzione in buona fede dei contratti dell'impresa.

In altri termini, per rendere lecita la comunicazione a terzi di dati aziendali non occorre sempre una dichiarazione di consenso formale dell'imprenditore. Ma non è neanche vero il contrario: non occorre una dichiarazione formale per vincolare a riserbo dati aziendali che, secondo l'uso e le ragionevoli aspettative delle parti, non sono destinati ad essere comunicati a terzi estranei all'impresa³³.

Si dà però il caso che un'informazione (più spesso: un insieme di informazioni come, tipicamente, una lista di clienti), che dovrebbe rimanere riservata, sia scarsamente protetta, di fatto, all'interno di

sciuta all'interno delle norme sul rapporto di lavoro e sulla concorrenza fra imprese, e non costituiva espressione di una più ampia tutela della «riservatezza» dell'impresa [cfr. A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 878].

³² Per una utile rassegna delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, su questa materia, v. G. CHIAPPETTA (nt. 12), 139 ss.

³³ Diversamente L. MANSANI (nt. 13), 219, il quale ritiene che non vi siano dati aziendali vincolati a segreto di per sé, senza l'adozione di apposite misure da parte dell'imprenditore.

un'organizzazione aziendale. Così pure, può accadere che un insieme di informazioni o una banca-dati, elaborata da una certa impresa (tipicamente: un sistema di codificazione informatizzato delle componenti di un certo macchinario, utilizzabili a fini di assistenza tecnica e di fornitura di pezzi di ricambio)³⁴, sia detenuta anche da una serie di clienti dell'impresa stessa, così sottraendosi al controllo di fatto pieno del titolare (ancorché rimanendo protetta da vincoli giuridici contrattuali di riservatezza).

Una interpretazione letterale della norma farebbe pensare che, in casi del genere, non ci sia più una informazione aziendale protetta. In altri termini, l'inadeguatezza (o non-sicurezza) tecnico-organizzativa della protezione dell'informazione sembrerebbe far venire meno il bene giuridicamente protetto³⁵.

Questa interpretazione sarebbe però incongrua – a mio avviso – rispetto alla *ratio* della disciplina. La protezione delle informazioni aziendali riservate non può essere intesa come un premio eccezionale (o quasi) attribuito ad un'impresa particolarmente meritevole, ma è piuttosto una regola generale del gioco concorrenziale, che porta a disincentivare i comportamenti di chi tenda ad acquisire vantaggi competitivi in modo parassitario.

Su questa base si può meglio affrontare il problema della rilevanza dell'adozione di misure «ragionevoli» di protezione.

Si torna dunque al problema (accennato alla fine del § precedente) se ciò che fa venir meno il bene (i.e. la protezione del segreto come bene giuridico) è l'assoluta mancanza (o assoluta inadeguatezza tecnico-organizzativa) delle misure di protezione, ovvero il semplice fatto che vi sia stata una gestione imprudente, con conseguente esposizione del segreto a pericolo notevole (come nel caso della trasmissione dell'informazione a clienti, non direttamente interessati a tutelarne la segretezza), ovvero ancora il fatto che l'informazione sia divenuta effettivamente di pubblico dominio.

³⁴ V., per esempio, Trib. Bologna, sez. spec. p.i., 27 maggio 2008, in *Pluris - Utet/Cedam*, che, in un caso del genere, riconosce la tutela concorrente del diritto *sui generis* sulle banche-dati e di quella dell'art. 98 c.p.i.

³⁵ In tal senso, sembra, Trib. Verona, 28 dicembre 1985, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1985, n. 2011.

In dottrina v. L. INNOCENTE (nt. 1), 509, il quale però ammette che il titolare dell'informazione possa essere ugualmente tutelato mediante l'applicazione delle norme sulla concorrenza sleale (v. *infra*, § 12).

A me sembra preferibile l'ultima opinione, per due ordini di ragioni. In primo luogo, la norma in esame protegge l'informazione se e in quanto sia ragionevolmente protetta nel momento in cui sorge la controversia. I fatti precedenti dovrebbero, in tale contesto, essere irrilevanti: se l'informazione è stata esposta, in passato, a pericolo, ma è rimasta di fatto segreta fino al momento dell'insorgere della controversia, non vedo ragione per negarle tutela attuale. Se invece è stata sottoposta a misure ferree, ma è ugualmente stata divulgata ed è divenuta di dominio pubblico, la protezione dev'essere negata, già per l'operare della disposizione del primo comma dell'art. 98.

In altri termini, la norma in esame sembra dovere essere interpretata in senso non letterale, e precisamente come regola di decadenza dal diritto di segreto in caso di avvenuta «volgarizzazione» dell'informazione, da intendersi in senso oggettivo.

In sostanza, a mio avviso, il requisito di proteggibilità dell'informazione sta tutto scritto nella lettera *a*) dell'articolo in esame: l'informazione segreta cessa di essere protetta solo quando sia divenuta «*generalmente nota o facilmente accessibile*» a tutti gli interessati. La protezione del segreto non viene meno, invece, quando l'informazione sia stata, per un certo periodo, inadeguatamente protetta, od anche sia stata illecitamente comunicata a terzi, ma il titolare sia stato in grado di riprenderne il controllo³⁶.

È questo, insieme, il vantaggio e il limite dell'essere l'informazione segreta protetta come oggetto di un diritto «non titolato»: la fattispecie che fonda la tutela sta qui in una situazione di fatto, e ciò dà al titolare il vantaggio di una tutela potenzialmente *sine die*³⁷; il fondamento puramente fattuale della tutela la rende però più fragile di quanto normalmente avvenga per i diritti titolati.

Può darsi tuttavia (si tratterà di una situazione sempre meno rara, nell'attuale era digitale³⁸) che il titolare del diritto sull'informazione riesca a cogliere il fenomeno della propagazione del segreto allo «stato nascente», quando ancora l'informazione sia stata rivelata solo ad una o a poche persone, che non sono vincolate contrattualmente a segreto con il titolare.

³⁶ P. AUTERI (nt. 13), 134.

³⁷ Cfr. A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*⁶, Giuffrè, Milano, 2009, 488.

³⁸ Cfr. V.A. CUNDIFF, *Reasonable Measures to Protect Trade Secrets in a Digital Environment*, in *Idea*, 2009, 359 ss.

È con riferimento a queste situazioni che la tutela *erga omnes* del segreto mostra la sua potenzialità (v. anche *infra*, § 9)³⁹.

7. Informazioni isolate e know-how

L'art. 98 distingue tra «informazioni aziendali» ed «esperienze tecnico-industriali», equiparando peraltro la tutela di queste due categorie di beni (pur sempre costituite da informazioni aziendali). L'art. 99 c.p.i., dopo il decreto correttivo, ha adottato una terminologia diversa, distinguendo «informazioni aziendali» ed «esperienze aziendali», con l'implicita intenzione di richiamare e confermare la disposizione dell'articolo precedente.

È opinione corrente che la nozione di «esperienze tecnico-industriali» (o «esperienze aziendali») corrisponda a quel tipo di bene che, nel linguaggio comune, è designato come *know-how*. Questo è costituito da un insieme di informazioni che, coordinate fra loro, consentono di sviluppare un'attività produttiva avente specifiche, individuabili caratteristiche; e che, proprio per ciò, sono in grado di fornire all'impresa un vantaggio competitivo⁴⁰.

Bisogna però subito precisare che, nel linguaggio corrente, si parla anche, spesso, di «*knowhow aziendale in senso lato, inteso sia come costituito da vere e proprie invenzioni non brevettate o brevettabili, sia come generico insieme di esperienze e conoscenze esclusive dell'azienda, tanto tecniche che commerciali*»⁴¹. Questa accezione lata di *know-how* è di solito contrapposta al c.d. *know-how* «proprio».

Il *know-how* proprio, così come oggi definito dall'art. 1, comma

³⁹ Peraltro, anche in impostazioni non proprietarie della tutela dei segreti, si giunge talora alla conclusione per cui la diffusione limitata (e non autorizzata) di una certa informazione aziendale non comporta ancora caduta in pubblico dominio della stessa, e quindi non impedisce al titolare di esercitare azioni (contrattuali o di concorrenza sleale) a tutela del proprio interesse allo sfruttamento esclusivo del segreto. Cfr. G.S. CLARKE, *Confidential information and trade secrets: When is a Trade Secret in Public Domain?*, in *Australian Law Journal*, 2009, 251.

⁴⁰ Cfr. B. FRANCHINI STUFLER (nt. 12), 33.

⁴¹ Così (riprendendo una definizione di L. Sordelli) E. BATTELLI, *Concorrenza sleale: utilizzazione dell'elenco clienti posseduto da ex agente e vendite sottocosto*, in *Corriere del Merito*, 2007, 59.

V. anche B. FRANCHINI STUFLER (nt. 12), 3 ss., che distingue un *know-how* in senso economico da un *know-how* in senso giuridico, ma critica, sul piano giuridico, la distinzione fra un *know-how* in senso stretto e un *know-how* in senso ampio.

3, l. 6 maggio 2004, n. 129 (legge sul *franchising*) [che, a sua volta, recepisce la definizione data dal diritto comunitario, in particolare dal Reg. 772/04/CE], è «*un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto [si intende] che il know-how, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il know-how comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità*».

Da questa definizione si desume che i requisiti caratterizzanti questa particolare categoria di bene (segretezza, sostanzialità, individuazione) coincidono con quelli oggi richiesti in generale, per la protezione di qualsiasi informazione aziendale, ai sensi dell'art. 98. Quanto alla «segretezza», la coincidenza è testuale. Quanto alla «sostanzialità», può dirsi che corrisponda al «valore economico» dell'informazione, di cui parla l'art. 98. Infine, il requisito della «individuazione», pur non essendo testualmente evidenziato nell'art. 98, può dirsi in esso contenuto *in re ipsa*, dal momento che non è concepibile un'istanza di tutela per un'informazione aziendale indeterminata.

Il requisito merita particolare evidenza nel caso del *know-how* perché questo – in quanto complesso di informazioni – può assumere, in diverse situazioni concrete, una fisionomia «volatile» o ridursi ad una serie di indicazioni generiche. Da qui la necessità che il *know-how*, di cui si chiede la protezione, sia documentato in qualche manuale o supporto elettronico, che consenta ad un osservatore terzo di valutarne il contenuto, anche sotto il profilo del valore aziendale⁴².

La definizione legislativa richiede che il *know-how* sia costituito da un insieme di conoscenze pratiche «non brevettate». Questo requisito è da intendere nel senso che il *know-how* non può essere protetto da brevetto nel suo insieme. In altri termini, esso, come «patri-

⁴² Perciò l'individuazione (e documentazione in giudizio) del *know-how* è ritenuta dalla giurisprudenza un presupposto per l'ottenimento della relativa tutela *ex art. 98 c.p.i.*: cfr. Trib. Torino, 23 aprile 2008, in *Giur. it.*, 2008, 2747, con nota adesiva di B. VERONESE.

monio di conoscenze pratiche», non solo non è protetto in atto da un brevetto, ma non potrebbe neanche esserlo in futuro⁴³, se considerato come insieme di informazioni funzionalmente collegate. Tutto ciò non esclude che singole informazioni, presenti all'interno di un complessivo *know-how*, possano essere protette da brevetto, o anche da altro diritto di proprietà intellettuale.

La protezione del *know-how* è condizionata dalle sue stesse caratteristiche: esso non è, in linea di massima, divisibile, ed è inoltre una realtà dinamica, nel senso che richiede un aggiornamento permanente, per mantenere la sua validità come fonte di vantaggi competitivi⁴⁴. Proprio per ciò, l'utilizzazione del *know-how* altrui richiede anche una qualche forma di indirizzo e di collaborazione – che a sua volta dovrà avere una base contrattuale – da parte del titolare del *know-how* ed a favore dell'utilizzatore dello stesso.

Questo ultimo elemento, con la relativa proiezione dinamica aziendale, è la caratteristica saliente del *know-how* proprio, che lo differenzia dalla informazioni aziendali semplici, le quali a loro volta possono avere contenuto anche complesso, e talora dar luogo a banche-dati anche di notevoli dimensioni⁴⁵.

Ciò posto, mentre non possono esserci dubbi sulla tutelabilità *ex art.* 98 c.p.i. del *know-how* proprio, non può escludersi che la tutela legislativa possa estendersi anche ad «esperienze aziendali» non aventi tutte le caratteristiche sopra ricordate, ma comunque dotate di determinatezza e idonee a caratterizzare l'attività d'impresa (*know-how* in senso lato). Certamente, la mancanza di strumenti precisi di documentazione (manuali di *know-how*) e simili potrebbe ren-

⁴³ Risulta quindi non condivisibile un'affermazione (v. Trib. Mantova, 3 ottobre 2008, ne *Il caso.it*) che qualifica come *know-how* un'invenzione in corso di brevettazione.

⁴⁴ Questa caratteristica dinamica del *know-how* impedirebbe di qualificarlo come bene giuridico, secondo B. FRANCHINI STUFLER (nt. 12), 34. L'affermazione non è condivisibile: essa muove dall'assolutizzazione di caratteristiche proprie della tutela dominicale tradizionale e non considera come analoga mobilità caratterizzi altri beni, tutelati anche con riferimento all'impresa (reputazione commerciale, avviamento etc.).

⁴⁵ È stato così giustamente deciso – anche se per finalità diverse da quelle di cui ci si occupa nelle presenti note – che non costituisce *know-how*, a fini tributari, una serie di consulenze qualificate acquisite da una società ed ordinate in apposita raccolta (Comm. Trib. Prov. Toscana - Pisa, 13 febbraio 2008, n. 157, in *Fisco on line*). È evidente però che, in un caso del genere, le consulenze godrebbero della protezione attribuita dall'art. 98 alle informazioni aziendali riservate.

dere difficile e precaria la prova del diritto e la relativa tutela, ma questa estensione non mi sembra da escludere in assoluto.

In ogni caso, in virtù delle sue caratteristiche, il *know-how*, come bene tutelato ai sensi dell'art. 98 c.p.i., non richiede un rispetto del vincolo di segretezza altrettanto stringente di quanto accade per le informazioni isolate⁴⁶. In altri termini, fenomeni di rivelazione parziale del *know-how* non ne intaccano il requisito di segretezza, in quanto una conoscenza parziale non consente lo sfruttamento economico effettivo di quel bene complesso che è il *know-how*.

8. *Gli altri dati segreti protetti, di cui al secondo comma dell'art. 98 c.p.i.*

Il secondo comma dell'art. 98 c.p.i. dispone che «*Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche*».

È stato autorevolmente affermato⁴⁷ che il secondo comma dell'articolo in esame, pur essendo testualmente dettato come disposizione *aggiuntiva* rispetto al primo comma, «*non aggiunga nulla a quanto stabilisce il comma 1° né sul piano della fattispecie né su quello della disciplina*».

In realtà, una differenza sembra a prima vista esserci, sul piano della fattispecie, perché il testo normativo richiede che la raccolta delle prove o dei dati, rientrando in questa categoria residuale, abbia «*comportato un considerevole impegno*»; requisito che, come tale, non è invece richiesto nella disciplina del primo comma.

⁴⁶ La dottrina parla, in proposito, di segreto «blando» (F. MASSA FELSANI, *Contributo all'analisi del know-how*, Giuffrè, Milano, 1997, 31).

⁴⁷ P. AUTERI (nt. 13), 134. Le affermazioni riportate nel testo sono riferite all'art. 6-bis dell'abrogata legge brevetti, che costituisce l'immediato antecedente storico della norma in esame. Fra le due disposizioni non ci sono differenze sostanziali, per quanto riguarda il rapporto fra i due commi.

La differenza, come si ricorda più avanti nel testo, sta nel fatto che il vecchio art. 6-bis inquadrava la protezione delle informazioni aziendali riservate nella disciplina della concorrenza sleale, mentre l'attuale art. 98 configura un nuovo diritto di proprietà industriale.

Ciò che il legislatore ha avuto in mente è dunque probabilmente il caso in cui certe raccolte di dati vengono formate dall'impresa come atto dovuto, all'interno di un procedimento amministrativo di autorizzazione alla produzione o commercializzazione di determinati beni (o della stessa attività), o di una determinata procedura di gara.

Questi complessi di informazioni non sono di per sé idonei ad attribuire un vantaggio competitivo. In altri termini, non hanno «*un valore economico in quanto segrete*». Ciò potrebbe far pensare a qualcuno che questi dati, una volta comunicati all'autorità amministrativa, divengano di dominio pubblico.

La disposizione in esame chiarisce, per contro, che, se la raccolta di dati ha richiesto un «considerevole impegno», questa caduta in dominio pubblico non si verifica: il diritto di utilizzazione esclusiva dell'informazione aziendale segreta è così riconosciuto e tutelato anche nei confronti della pubblica amministrazione.

La *ratio* di questa disposizione sta nel fatto che le informazioni di cui si tratta, pur non essendo idonee a fornire un vantaggio competitivo diretto, possono inquadrarsi in un patrimonio di conoscenze che fa parte del capitale immateriale dell'impresa, che costituisce comunque un valore potenziale, in vista dei possibili sviluppi futuri dell'impresa stessa. Da qui l'esigenza di escludere la condivisione con i concorrenti di questo insieme di informazioni.

Questa disposizione ha una importanza pratica piuttosto limitata, ma non può essere trascurata sul piano sistematico, e fornisce ulteriore argomento a sostegno dell'interpretazione non-restrittiva della disposizione del primo comma (v. *supra*, § 3 e segg.).

9. *Gli atti lesivi del segreto aziendale*

Una conseguenza significativa della qualificazione dei segreti come oggetto di proprietà industriale è l'oggettività della loro tutela: questa prescinde dall'esistenza di un rapporto di concorrenza, attuale o potenziale, fra il titolare del segreto e l'utilizzatore *sine titulo*, e quindi anche dalla circostanza che l'utilizzazione del segreto da parte del terzo avvenga nello stesso modo e per le stesse finalità aziendali con cui questo era utilizzato (o potenzialmente utilizzato) dal titolare⁴⁸. In ogni caso, la legittimazione dell'uso in capo a un terzo fa-

⁴⁸ Cfr. G.S. CLARKE (nt. 39), 244.

rebbe venir meno il carattere proprio della segretezza, cioè del controllo esclusivo sull'informazione da parte del titolare e così distruggerebbe il valore economico dell'informazione stessa.

È però ovvio che, nella maggior parte dei casi, la violazione dei segreti avverrà ad opera di un concorrente, o comunque nell'interesse di un concorrente.

Nella esperienza tradizionale in materia di protezione dei segreti aziendali, sono state individuate tre situazioni tipiche di atti lesivi del segreto⁴⁹:

- a) quella dell'ex-dipendente (o ex-socio, o ex-collaboratore autonomo) che avvia un'attività concorrente o comunque mette le informazioni a disposizione di un concorrente dell'impresa;
- b) quella del soggetto, che sia venuto a conoscenza di informazioni riservate nell'ambito di un rapporto contrattuale con l'impresa o nel corso di negoziazioni con l'impresa stessa (magari non andate a buon fine), e viola il vincolo di confidenzialità assunto nell'ambito del rapporto negoziale;
- c) quella del vero e proprio spionaggio industriale, cioè l'acquisizione di informazioni altrui con mezzi scorretti, che normalmente consistono nella corruzione di dipendenti o collaboratori dell'impresa (e quindi riportano alla fattispecie a), ma possono anche prescindere da questi rapporti.

È fuori discussione che queste ipotesi possono essere oggi richiamate anche come ipotesi tipiche di comportamenti illeciti per lesione del diritto soggettivo sull'informazione.

Tuttavia, il riconoscimento legislativo dell'informazione come diritto di proprietà industriale induce a chiedersi se la tutela dell'informazione aziendale abbia ora assunto contorni più ampi e si estenda perciò anche a fattispecie diverse, di oggettiva lesione di quella situazione di interesse, che la legge dichiara protetta da un diritto (sia pure non titolato) di proprietà industriale.

Un primo problema si pone per il caso in cui un soggetto diverso sia pervenuto al possesso dell'informazione segreta in modo indipendente. Rispetto a questa ipotesi non si dubita, tradizionalmente, che il terzo possa liberamente fruire del segreto a cui è auto-

⁴⁹ Cfr. M.A. LEMLEY (nt. 2).

nomamente pervenuto. Tuttavia, proprio il riconoscimento dell'informazione come diritto di proprietà industriale ha portato qualcuno, in un primo tempo, a sostenere che requisito della protezione dell'informazione segreta debba essere – secondo un supposto principio generale in materia di proprietà industriale – quello della «novità»⁵⁰, con la conseguenza che – come avviene in materia di marchi e brevetti – solo il soggetto arrivato per primo potrebbe godere in via esclusiva della creazione intellettuale.

La tesi era molto discutibile già allora, ed era disattesa da larga parte degli interpreti⁵¹.

Il problema è stato ora testualmente risolto, nel senso della tutela del terzo scopritore indipendente, dalla riformulazione dell'art. 99 c.p.i., compiuta dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131 (c.d. decreto correttivo del c.p.i.).

Si deve dunque escludere che chi sia arrivato per secondo a scoprire una certa formula o altra informazione rilevante, possa essere impedito dall'utilizzare la stessa per il solo fatto che qualcun altro dimostri di essere arrivato prima a possedere l'informazione di cui si tratta. La logica del «premio esclusivo» è propria dell'istituto brevettuale ed è funzionalmente collegata alla *disclosure* che il brevettante effettua in relazione alla propria creazione intellettuale. Nel caso dei segreti, la tutela è fondata su un certo stato di fatto. Se la tutela si estendesse anche contro chi giunga, in modo del tutto autonomo, alla individuazione della medesima informazione segreta, diventerebbe una tutela più forte di quella del brevetto (con ciò legittimando quelle critiche, da cui sopra [§ 2] si è ritenuto invece di dovere dissentire).

Per quanto detto, la stessa affermazione della tutela *erga omnes* dei segreti aziendali dev'essere ridimensionata, perché non si estende

⁵⁰ Cfr. G. FLORIDIA (nt. 10), 193. Alle stesse conclusioni sembra giungere G. CHIAPPETTA (nt. 12), 131 e *passim*, secondo cui il riconoscimento di un diritto di proprietà industriale sul segreto porta a riconoscerne la tutela anche contro «chi sia pervenuto correttamente alla stessa invenzione o conoscenza» (ma senza la distinzione, sviluppata nel testo, fra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo).

Talora si è sovrapposto il concetto di «novità» con quello di «inaccessibilità» del segreto (F. MASSA FELSANI [nt. 46], 123), ma è un dato di comune esperienza che quest'ultima caratteristica non può garantire, in assoluto, la novità della creazione intellettuale.

⁵¹ Cfr. G. GUGLIELMETTI (nt. 5), 127; A. FRIGNANI (nt. 10), 343; L. INNOCENTE (nt. 1), 510; A. VANZETTI - V. DI CATALDO (nt. 37), 489; M. BORGHESE (nt. 13), 454.

al caso di chi abbia conseguito la stessa informazione a titolo originario e mediante uno sforzo autonomo.

Inoltre si deve subito notare che, come conseguenza della soluzione accolta, una informazione aziendale rilevante può essere condivisa, consapevolmente o inconsapevolmente, da due o più imprese, senza che per ciò stesso sia resa accessibile a tutti gli interessati, né perda la propria utilità aziendale (v. sul punto anche *infra*, § 13).

Un secondo e diverso problema si pone nel caso in cui il secondo arrivato sia pervenuto al segreto non a seguito di un lavoro indipendente di ricerca, ma a seguito di un'attività di *reverse engineering*, cioè di studio approfondito del prodotto del concorrente, al fine di trarne informazioni sulle caratteristiche tecnico-produttive.

In proposito si potrebbe a prima vista pensare ad un'applicazione analogica della regola dell'art. 64-*quater* l.d.a., che ammette la decompilazione del *software*, ma al limitato fine di realizzare risultati di interoperabilità del programma, fermo restando il diritto di esclusiva del titolare dello stesso.

Questa soluzione non sarebbe però convincente. Nel caso del *software*, la disciplina del *reverse engineering* costituisce una limitazione *ex lege* ad un diritto di esclusiva titolato, che ha un preciso oggetto, formalmente delimitato. Nel caso del segreto, la determinazione dell'oggetto della tutela è invece fondata sulla volontà del titolare e sul mantenimento, da parte di costui, di una certa situazione di fatto. Non è ragionevole pensare che questa duttilità, nella determinazione dell'oggetto tutelato, si accompagni ad un diritto di esclusiva pieno, come quello che caratterizza i diritti titolati.

Questo problema rappresenta effettivamente un banco di prova per saggiare i rischi di *overprotection* del segreto, temuti da parte della dottrina (v. § 2). Effettivamente, il dato testuale delle norme sui segreti non osterebbe all'affermazione di una soluzione per cui l'oggetto dello stesso venga tutelato con un'esclusiva assoluta, opponibile anche a chi abbia scoperto il segreto mediante un'attività di *reverse engineering*. L'art. 99 c.p.i. tutela il terzo che abbia conseguito l'informazione «in modo indipendente», e tale espressione potrebbe indurre piuttosto ad escludere, che non a comprendere, l'attività di *reverse engineering*.

Sul piano sistematico, tale soluzione non appare però convincente. Un inquadramento coerente delle norme sui segreti nella di-

disciplina della proprietà industriale richiede che non vi sia un incentivo a tenere segreta l'innovazione quando l'impresa abbia conseguito risultati brevettabili. La tutela del segreto dev'essere complementare e non sostitutiva di quella brevettuale.

Inoltre, la tutela del segreto non deve costituire disincentivo all'autonoma ricerca di soluzioni da parte dei concorrenti. Gli sforzi di chi raggiunga autonomamente lo stesso risultato devono essere premiati (come si è detto poco fa). Ma anche lo sforzo di chi svolga una efficace attività di decompilazione implica un impegno competitivo, e perciò stesso può apparire meritevole di protezione. Questo sforzo non è premiato dalla legge in caso di contraffazione di diritti di privativa titolati; ma in questo caso l'estensione massima della tutela è compensata dalla temporaneità della stessa. Invece, per quanto riguarda l'imitazione di forme e di altri aspetti del prodotto non coperti da diritti titolati di proprietà industriale, la regola è quella dell'imitabilità. Questa regola costituisce utile incentivo al continuo miglioramento qualitativo del prodotto-base imitato.

Lo stesso si può dire, a mio avviso, per la soluzione del problema in esame. Consentire all'autore di un'attività di *reverse engineering* di riprodurre il trovato di cui sia riuscito a venire a conoscenza – o di fornire a terzi interessati il servizio di *reverse engineering*⁵² – costituisce incentivo, per il titolare del segreto, ad alzare il livello del segreto stesso, sì da renderlo sempre più difficilmente imitabile da parte di terzi, pur tecnicamente abili.

In questo modo, la disciplina della tutela dei segreti viene resa più funzionale al conseguimento di risultati di efficienza dinamica dei mercati.

Un terzo tipo di problemi, ben diverso dai primi due sopra esaminati, riguarda il caso di chi sia venuto a conoscenza del segreto in buona fede, ma non per averlo acquistato a titolo originario (i.e. mediante una propria attività di creazione o ricostruzione dell'informazione), bensì per averlo acquistato a titolo derivativo, da un soggetto non legittimato a disporne.

Per questo ordine di problemi, la disciplina della concorrenza sleale non offre probabilmente tutela al titolare del segreto, dal mo-

⁵² Quindi l'eccezione di *reverse engineering* non richiede la prova, da parte del convenuto, di avere compiuto la relativa attività con mezzi propri. Sul punto cfr. G.S. CLARKE (nt. 39), 242 ss.

mento che il comportamento del terzo acquirente non può qualificarsi come professionalmente scorretto.

Anche dopo l'emanazione del codice della proprietà industriale, si è ipotizzato da parte di diversi autori che in questo caso i terzi, se hanno acquistato l'informazione in buona fede, non abbiano obblighi di protezione nei confronti del titolare⁵³.

La tesi mi lascia perplesso. Da un lato, è vero che il riconoscimento di un diritto soggettivo sull'informazione, per quanto non titolato, rende lineare la conclusione per cui tale diritto, in mancanza di norme di divieto, è disponibile, come qualsiasi diritto di natura patrimoniale, e come tale può essere oggetto di cessione, onerosa o gratuita. La cessione dovrà sempre essere accompagnata da vincoli obbligatori di segreto (almeno a carico del cedente), per garantire la sopravvivenza stessa del bene. Rimane comunque una cessione di diritti. Ne consegue l'applicabilità delle regole generali sugli acquisti a titolo derivativo. Queste non prevedono però l'estensione della regola dell'acquisto *a non domino* al di fuori dei casi espressamente previsti (che sono casi di acquisto di beni normalmente circolanti su mercati organizzati; cosa che non può certo dirsi per la cessione di informazioni)⁵⁴.

D'altra parte, 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

⁵³ Così, sia pure indicando la soluzione solo come probabile, A. VANZETTI - V. DI CATALDO (nt. 37), 488; più decisamente, B. FRANCHINI STUFLER (nt. 12), 119-120. Nello stesso senso, per la disciplina anteriore all'entrata in vigore del c.p.i., A. FRIGNANI (nt. 10), 337; per la disciplina successiva G. GHIDINI - V. FALCE (nt. 3), 120; G. GHIDINI (nt. 3); A. VANZETTI (nt. 11), 102 ss.; nonché, ritenendo la soluzione testualmente fondata a seguito della riforma del 2010, C. PASCHI (nt. 27), 896.

Da ultimo, G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*⁴, Giuffrè, Milano, 2011, 206, afferma addirittura che «è certo che i terzi che sono giunti a conoscenza dell'invenzione [non brevettata], sia come inventori autonomi, sia per la divulgazione (volontaria o involontaria) che ne abbia fatto il primo inventore, sia a causa della violazione del segreto da parte di chi era obbligato a conservarlo, possono lecitamente attuarla e trarne profitto». Il che è vero per ciò che riguarda le prime due affermazioni, ma non anche per la terza, che, anche prima della riforma introdotta dal c.p.i., poteva dirsi accettabile solo per l'acquirente di buona fede.

⁵⁴ Per l'applicazione analogica v. invece, espressamente, G. GHIDINI - V. FALCE (nt. 3), 129-130. In senso contrario, per condividendo, *de iure condendo*, le critiche alla disciplina vigente, R. ROMANO (nt. 3), 613-4, che critica la proposta interpretativa di applicazione dell'art. 1153 c.c. al problema in esame, perché fondata su concezioni dogmatiche oggi superate.

piano soggettivo, estendendola *erga omnes*, anche nei confronti dei terzi detentori di buona fede⁵⁵ (mentre la vecchia disciplina, fondata sulle norme sulla concorrenza sleale, non consentiva di estendere la tutela a carico di chi non si fosse comportato in modo professionalmente scorretto).

Questa conclusione non dev'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 conoscenza⁵⁶. La modifica legislativa è stata, in effetti, subito interpretata come espressione della volontà del legislatore di riportare la tutela dei segreti al livello proprio della disciplina TRIPS, che aveva portato all'introduzione in Italia dell'(ora abrogato) art. 6-*bis*, l. inv.: la conseguenza sarebbe che il terzo utilizzatore del segreto sarebbe ora sanzionabile solo se il suo comportamento fosse doloso o almeno colposo⁵⁷.

Sembra però difficile ammettere che il legislatore abbia voluto dettare una riforma così radicale, senza passare per una modifica (o piuttosto abrogazione) dell'art. 1 (*in parte qua*) e dell'art. 98 del Codice. Del resto, gli accordi TRIPS erano in vigore all'atto dell'entrata in vigore del Codice, e la scelta legislativa era stata allora quella di andare oltre la tutela minima, prevista da tali accordi.

Credo dunque più plausibile che l'espressione («*in modo abusivo*»), utilizzata dal legislatore, si riferisca piuttosto a quelle situazioni in cui un soggetto (in particolare: l'ex-dipendente) abbia un diritto personale di utilizzazione di informazioni (parte del *know-how*, informazioni su clienti etc.), che contemporaneamente sono oggetto di diritto non titolato di proprietà industriale dell'impresa di provenienza⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. G. GUGLIELMETTI (nt. 5), 119.

⁵⁶ Valorizza invece la novità legislativa, per sostenere che la disciplina dei segreti è stata riportata, dal decreto correttivo, ad una situazione simile a quella pre-codice, G. SENA (nt. 53), 206, 417.

⁵⁷ Cfr. C. PASCHI, *La tutela delle informazioni riservate*, in *Codice della Proprietà Industriale: la riforma 2010*, a cura di C. Galli, IPSOA, Milano, 2011, 113.

⁵⁸ Ritiene invece che questa accezione del termine «abusivo», tecnicamente coerente alle impostazioni di teoria generale, sia inapplicabile alla disposizione dell'art. 99, A. VANZETTI (nt. 11), 101 ss.

Per contro, l'ipotesi che alla domanda di tutela giudiziaria del diritto sul segreto industriale venga contrapposta l'eccezione di esercizio di un contrastante diritto, può

Non credo pertanto che la riformulazione dell'art. 99 c.p.i. abbia comportato una abrogazione implicita dell'art. 98, come norma che ha introdotto una tutela *erga omnes* dei diritti sui segreti industriali e, per ciò, nega tutela a chi abbia acquistato diritti di utilizzazione su tali segreti da parte di un soggetto non legittimato a disporne.

Di questa conclusione si deve ora prendere atto senza scandalo: nella valutazione comparativa di interessi appare ragionevole che il primo detentore dell'informazione sia tutelato finché l'informazione non sia divenuta di dominio pubblico. D'altra parte, informazioni segrete non vengono acquistate tanto frequentemente e facilmente nei mercati, sicché si spiega che gli acquirenti siano onerati di particolari oneri di diligenza e del rischio di evizione.

10. *In particolare: il contemperamento fra i diritti dell'impresa sulle informazioni riservate e i diritti dei lavoratori dipendenti*

Un approfondimento dei temi toccati nel precedente paragrafo può essere fatto con riferimento alla fattispecie più frequente, nelle controversie in materia di informazioni aziendali riservate. È noto che gran parte delle controversie, in questa materia, sorgono a seguito di comportamenti di ex-dipendenti dell'impresa, che si mettono a fare concorrenza in proprio contro l'ex datore di lavoro, oppure mettono le informazioni da loro detenute a disposizione di concorrenti dell'ex datore.

In questi casi si pone sempre il problema se le regole generali sulla protezione dei segreti d'impresa debbano subire dei temperamenti, al fine di garantire l'esercizio del diritto al lavoro dell'ex-dipendente.

S'intende che il problema non si pone durante la vigenza del rapporto di lavoro (art. 2105 c.c.) o durante l'operare di valide clausole di non concorrenza (art. 2125 c.c.). In tali casi l'obbligo di riser-

realizzarsi non solo nei casi esemplificati nel testo (esercizio di diritti di licenza, esercizio del diritto personale del lavoratore dipendente) ma anche nei casi, ampiamente discussi nella giurisprudenza statunitense, in cui venga invocato il diritto costituzionale alla libertà di espressione (v. ampiamente, sul punto, P. SAMUELSON [nt. 2]). Per non parlare poi di altri possibili conflitti, prospettati nella dottrina americana, fra tutela dei segreti industriali e tutela di altri valori di rango costituzionale (come ambiente, salute pubblica etc.): v. sul punto M.P. SIMPSON (nt. 2).

vatezza a carico del lavoratore è pieno e la sola esimente invocabile da parte sua, e solo in casi estremi, può essere quella della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.).

Il problema si presenta invece nella sua interezza nei casi, frequenti, di ex-dipendenti non vincolati da patti di non concorrenza. In tali casi l'ex dipendente invoca di solito come esimente il proprio diritto personale a valorizzare le esperienze professionali acquisite, considerate, in primo luogo, come patrimonio personale del lavoratore stesso. È inevitabile, infatti, che queste esperienze professionali comprendano anche conoscenze tecniche o commerciali (queste ultime relative soprattutto a nomi, caratteristiche, abitudini di clienti) che fanno parte delle informazioni aziendali riservate, di proprietà dell'impresa.

L'esigenza di contemperamento di queste contrapposte esigenze non è semplice⁵⁹. Un criterio di inquadramento della problematica ci è però fornito dall'art. 64 c.p.i., che contiene la tradizionale norma sulle invenzioni dei dipendenti. Questa norma considera le invenzioni, in linea di principio, come proprietà dell'impresa e non dei dipendenti stessi. Il c.p.i. ha esteso espressamente la protezione anche nei confronti delle invenzioni non brevettate (qualora il datore di lavoro «utilizzi l'invenzione in regime di segretezza industriale»). Quindi il diritto di esclusiva dell'impresa prevale, nei confronti del lavoratore, con riguardo a tutte le informazioni tecniche che potrebbero tradursi in invenzione brevettata (anche con riferimento alle ricerche in atto, che potrebbero giungere – ma non è certo – a quel risultato).

Diversamente deve ragionarsi con riferimento a conoscenze tecniche di ordine generale, cioè alla conoscenza specialistica approfondita delle problematiche del settore produttivo in cui il lavoratore ha operato. Ciò vale soprattutto con riferimento al *know-how*. Questo è composto da un insieme di esperienze tecnico-professionali, che in parte possono consistere in veri e propri segreti (astrattamente bre-

⁵⁹ Fino a venti anni fa circa, è stato ben rappresentato in giurisprudenza l'orientamento – diverso da quanto esposto nel testo – che dava prevalenza all'interesse del lavoratore a valorizzare interamente le sue esperienze pregresse, esonerandolo da vincoli di riservatezza (salvo che nei limiti della tutela penale dei segreti industriali). Questo orientamento è stato progressivamente superato dalla riforme legislative susseguenti al recepimento degli accordi TRIPS e, poi, dall'entrata in vigore del codice della proprietà industriale. Per riferimenti v., per tutti, G. GUGLIELMETTI (nt. 5), 124 ss.

vettabili), in parte in regole e stili di comportamento, che traggono il loro valore dal loro stare insieme e dalla capacità di aggiornamento dinamico da parte del titolare. Per questa seconda componente è difficile ipotizzare che il lavoratore possa privarsi dell'esperienza acquisita: se così fosse il dovere di rispetto dei segreti aziendali altrui si tradurrebbe in un quasi assoluto divieto di concorrenza, e la stessa personalità del lavoratore ne sarebbe stravolta.

Il problema si presenta in modo ancora più complesso per le informazioni commerciali, e in particolare per le liste di clienti. Anche qui non si può impedire al lavoratore di continuare a coltivare le proprie conoscenze personali, comprensive anche di nomi, indirizzi, caratteristiche dei clienti dell'impresa di provenienza. Ciò che invece può ritenersi vietato dalla legge è che il lavoratore possa portare con sé documenti di proprietà dell'impresa, che contengono dati organizzati sulla clientela. Il fatto che il lavoratore porti con sé – o comunque utilizzi – questi documenti dimostra, fino a prova contraria, che questi dati non sono effettivamente divenuti suo «patrimonio personale»; egli sente infatti il bisogno di integrare le proprie conoscenze personali sulla clientela con raccolte di dati appartenenti all'impresa. Questo comportamento non può essere qualificato come mero esercizio della propria libertà professionale⁶⁰.

11. *I rimedi esperibili dal titolare del diritto. Inibitoria e risarcimento. In particolare: il valore economico delle informazioni*

Il riconoscimento del segreto come oggetto di diritti di proprietà industriale rende applicabile alla materia in esame l'intero apparato normativo dettato dal c.p.i. in ordine alla tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale (dall'inibitoria facilitata al risarcimento del danno aggravato). Non è il caso di ripercorrere, in questa sede, tale disciplina. Ci si limiterà piuttosto a rilevare qualche particolarità dell'applicazione delle norme generali sui rimedi in materia di proprietà industriale alla tutela delle informazioni aziendali riservate.

Un primo rilievo è quello per cui l'inibitoria non può avere, in materia di tutela dei segreti, lo stesso ruolo centrale che ha nell'intero sistema della proprietà industriale.

⁶⁰ Cfr. L. MANSANI (nt. 13), 217; A. FRIGNANI (nt. 10), 344 ss.

Infatti, l'applicabilità pratica del rimedio inibitorio, in materia di segreti, si concentra in quella fascia di situazioni in cui il segreto è stato in qualche modo violato da qualcuno, ma non è stato violato in modo così grave e diffuso da potersi parlare di divulgazione (o «volgarizzazione»), con conseguente estinzione dello stesso bene tutelato.

Inoltre, la tutela inibitoria del segreto comporta sempre, in qualche misura, la necessità paradossale di un certo grado di rivelazione del segreto, almeno nell'ambito del processo⁶¹.

Da qui il rilievo per cui l'inibitoria, in materia di segreti, si presenta normalmente sotto forma di domanda di condanna per l'adempimento di obblighi contrattuali di confidenzialità, riguardanti informazioni già in partenza condivise fra attore e convenuto.

Un secondo rilievo può farsi con riguardo all'onere della prova. L'art. 121 c.p.i., con riguardo ai diritti titolati, ripartisce l'onere della prova imponendo all'attore di provare la titolarità del diritto e al convenuto di provare le eventuali cause di nullità o di decadenza. Con riguardo ai segreti, questa norma non è direttamente applicabile, perché il diritto non si fonda su un titolo ma su una situazione di fatto.

Ne consegue un onere abbastanza pesante per l'attore: egli dovrà infatti provare non solo l'oggetto del segreto, ma anche l'effettivo possesso dello stesso.

Ciò pone diversi ordini di problemi. Quanto alla prova del possesso, si è sopra escluso (§ 3) che essa implichi prova dell'impiego attuale dell'informazione nel processo produttivo.

Il punto più delicato è però un altro, e riguarda la prova del requisito stesso della «segretezza», di cui si è sopra esaminata (§§ 3-5) la complessità.

In proposito si può andare da una soluzione estrema, che richiede solo l'allegazione della circostanza da parte dell'attore, accompagnata dalla plausibilità – alla stregua delle comune esperienza – della segretezza dell'informazione di cui si tratta, ad un estremo opposto, che richiede che l'attore provi anche l'esistenza e il funzionamento di adeguate misure di protezione, nonché – in caso di contestazione del punto da parte del convenuto – che il segreto non è stato oggetto di un processo di volgarizzazione.

⁶¹ Cfr. M. RISCH (nt. 2).

Queste alternative sono state sperimentate nella giurisprudenza americana, che è passata – con riferimento alla tutela cautelare dei segreti – dalla soluzione più favorevole all'attore (*Conley v. Gibson*, 1957) a quella più favorevole al convenuto (*Rockwell Graphics Sys*, 1990; sentenza scritta da Richard Posner, in qualità di giudice federale)⁶². Quest'ultima soluzione è sostenuta da considerazioni proconcorrenziali⁶³: si ritiene infatti che la tutela del segreto sia di norma invocata da un'impresa forte, che mediante l'azione giudiziaria mira a bloccare l'iniziativa imitativa di una impresa nuova entrante nel mercato, e che la facilitazione probatoria possa portare al risultato di escludere irreparabilmente dal mercato l'impresa convenuta, senza guadagni di efficienza per il mercato nel suo complesso.

Questa ricostruzione non mi sembra convincente. Mi sembra che essa si fondi sulla trasposizione ai segreti di una situazione tipica delle controversie in materia di contraffazione e di concorrenza sleale per confusione, ove effettivamente l'attore è, di solito, un'impresa già affermata, e il convenuto un *outsider* che cerca di farsi largo nel mercato.

Con riguardo ai segreti la situazione è più complessa e varia: in molti casi (soprattutto nelle azioni contro ex-dipendenti, e simili) si ripresenta lo schema tipico, sopra descritto; ma in molti altri casi l'impresa che invoca la tutela del segreto è un'impresa di pari forza, o anche più piccola, di quella convenuta. Ciò accade, tipicamente, in molti casi in cui la grande impresa è venuta a conoscenza dell'informazione durante negoziazioni non andate a buon fine. In controversie del genere è difficile districarsi fra il sospetto di iniziative ricattatorie da parte del «piccolo», che invoca la tutela di un proprio segreto, e il sospetto di abusi opportunistici da parte della impresa più grande.

Di fronte alla complessità del problema, credo che presenti maggiori rischi proprio la soluzione che impone all'attore un onere gravoso. Infatti, la gestione confidenziale di informazioni di un certo tipo (dalle liste di clienti ai futuri programmi promozionali, al *know-how* tecnico e commerciale, etc.) corrisponde all'esperienza comune; pertanto, imporre all'attore di provare caratteristiche ed efficacia

⁶² L'evoluzione giurisprudenziale è ricostruita in dettaglio da B. LIPTON, *Trade Secret Law and the Changing Role of Judge and Jury*, in 120 *Yale Law Journal*, 955 [2011].

⁶³ V. B. LIPTON (nt. 62).

delle misure di protezione può ritardare la tutela in situazioni in cui il fatto compiuto può comportare conseguenze irreparabili. Per contro, la prova della «non segretezza» dell'informazione, sia nel caso in cui riguardi una condizione particolare del convenuto (p.e. dipendente che sostiene il proprio diritto di sfruttare autonomamente l'informazione), sia nel caso in cui riguardi la situazione generale di avvenuta divulgazione dell'informazione stessa, dovrebbe trovare il convenuto in situazione di buona «prossimità» ai mezzi di prova. Da qui la preferibilità della soluzione che non impone all'attore un onere gravoso.

In ogni caso, il rimedio più ricorrente, a tutela dei segreti, rimarrà probabilmente quello risarcitorio. L'attore potrà avvalersi della disciplina di favore dell'art. 125 c.p.i., che prevede la risarcibilità del danno morale e la possibilità di chiedere la retroversione degli utili conseguiti dal convenuto.

Il punto più difficile, in sede applicativa, riguarderà però il calcolo della voce principale di danno, cioè il mancato guadagno dell'attore. Il criterio-base del «prezzo del consenso», cioè del canone che l'attore avrebbe preteso per un ipotetico contratto di licenza, è applicabile alle violazioni di *know-how* (che, peraltro, è difficile che si presentino in termini di utilizzazione integrale), ma è di ben difficile applicazione nel caso di violazione di segreti puntuali, per i quali non esiste un mercato di riferimento, che possa fungere da *benchmark*.

Peraltro, la scienza economico-aziendale segnala l'estrema difficoltà di attribuire all'informazione un valore di mercato, perché il valore dell'informazione è inversamente proporzionale al numero di persone che la posseggono (e però anche questa regola subisce numerose eccezioni)⁶⁴.

Ciò si evidenzia, del resto, nella stessa disciplina dell'art. 98, in cui l'informazione aziendale è definita come oggetto di un diritto di proprietà industriale a condizione che «abbia un valore economico in quanto segreta». Questo enunciato normativo di per sé non impedirebbe di pensare che il «valore economico» di cui parla l'art. 98 sia un valore di scambio, cioè il prezzo (della comunicazione) del segreto. Solo che questo prezzo avrebbe un senso se e in quanto la trasmissione del segreto rimanesse un fatto eccezionale, circondato da

⁶⁴ Cfr. R. PARDOLESI - C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. De Nova e aa., Angeli, Milano, 1991, 37 ss.

vincoli personali reciproci così stringenti e credibili da rendere plausibile questa operazione di trasmissione (altrimenti estremamente rischiosa, in ordine alla sopravvivenza stessa del bene trasferito). In altri termini, è difficilmente pensabile il formarsi di un mercato permanente dei segreti, in cui si possano incontrare una domanda ed un'offerta formatesi indipendentemente l'una dall'altra.

Ne consegue che è più plausibile pensare che il «valore economico», di cui parla l'art. 98, sia piuttosto un tipico «valore d'uso»⁶⁵: l'informazione ha valore, soprattutto, in quanto sia oggetto di *sfruttamento economico, sotto vincolo di segreto, all'interno dell'azienda*.

La determinazione del valore del segreto, in sede di azione risarcitoria, dev'essere dunque condotta con il criterio dell'*id quod interest* (o, se vogliamo, del *going concern*); il che comporta margini elevati di opinabilità, dal momento che la determinazione dovrà essere condotta tenendo conto di strategie aziendali che non saranno, spesso, di facile ricostruzione⁶⁶.

12. *La protezione ulteriore delle informazioni aziendali attraverso la disciplina della concorrenza sleale*

Prima dell'emanazione del c.p.i. l'utilizzo non autorizzato di informazioni aziendali riservate di un concorrente era correntemente qualificato come atto di concorrenza sleale. In sostanza, si rinveniva in esso una forma di parassitismo, contraria ai principi di correttezza professionale di cui all'art. 2598 c.c.⁶⁷.

Questa impostazione era stata consolidata dall'introduzione (nel 1998, a seguito del recepimento degli accordi TRIPS) dell'art. 6-*bis* della (ora abrogata) legge brevetti, che espressamente qualificava l'u-

⁶⁵ È corrente in dottrina l'affermazione che il valore dell'informazione, di cui parla la norma, non debba intendersi necessariamente come valore di mercato (cfr. L. MANSANI [nt. 13], 218).

⁶⁶ Per una rassegna della letteratura in materia (soprattutto di fonte americana) v. comunque A. RENOLDI, *La tecnologia di proprietà: il danno economico da appropriazione indebita dei trade secrets*, in *Valutazione delle aziende*, 44/2007, 24 ss.

⁶⁷ Cfr., per tutti, P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, Utet, Torino, 1992, 407; M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 599 ss.

In giurisprudenza v., in particolare, Cass. civ., 20 marzo 1991, n. 3011, in *Foro it.*, 1993, I, 3154, con nota adesiva di S. DI PAOLA.

tilizzo di informazioni aziendali del concorrente come un'ipotesi legalmente tipizzata di concorrenza sleale⁶⁸.

Dopo l'entrata in vigore del codice, si è ritenuto che la tutela delle informazioni sia stata rafforzata, attraverso il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo, uno *ius excludendi* non titolato (nel senso di non fondato su un titolo formale, bensì su una situazione di fatto, di tipo possessorio), ma comunque oggetto di protezione diretta *erga omnes*⁶⁹. In altri termini, chi agisce in giudizio ha oggi soltanto l'onere di provare il previo possesso dell'informazione di cui si tratta, e non anche ulteriori elementi, comprovanti la violazione dei principi di correttezza professionale da parte del convenuto. Conseguenza della nuova impostazione è anche l'attrazione delle azioni a tutela delle informazioni aziendali riservate nell'ambito della competenza delle sezioni specializzate⁷⁰, senza necessità di affrontare i ben noti problemi sulla sussistenza o meno di concorrenza sleale «interferente».

La distinzione, apparentemente chiara ed ineccepibile, deve essere ridimensionata, per ciò che riguarda l'effettiva differenza fra le due situazioni, così delineate.

Infatti, la prova del «diritto» sull'informazione aziendale richiede che l'attore non solo provi il possesso dell'informazione, ma provi anche – se pure, talora, con presunzioni semplici, come si è sostenuto nel § precedente – la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 98 c.p.i., cioè, in sostanza, l'effettiva segretezza, l'attiva protezione, il valore economico dell'informazione. Ma queste circostanze sarebbero state già sufficienti a provare – almeno presuntivamente – che vi è stata violazione dei principi di correttezza professionale da parte

⁶⁸ Per l'esame complessivo della disposizione v. ancora P. AUTERI (nt. 13); nonché L. PRATI, *Il segreto industriale e l'attività di concorrenza sleale*, in *Dir. ind.*, 1997, 952 ss.

⁶⁹ Peraltro, già prima della riforma c'era chi sosteneva che l'imprenditore avesse, sulle conoscenze acquisite tramite propri investimenti, una potestà di tipo proprietario (cfr. A. FRIGNANI [nt. 10], 336). Analogamente, affermava che il *know-how* dovesse qualificarsi come oggetto di un diritto soggettivo, seppur svalutando l'importanza della esatta costruzione di tale diritto, F. MASSA FELSANI (nt. 46), 126 e *passim*.

⁷⁰ Sul punto v., in particolare, Trib. Pinerolo, 17 giugno 2008, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, 83 ss., con ampia nota, sostanzialmente adesiva, di P. ESPOSITO: questa sentenza fa rientrare nella *vis attractiva* della competenza delle sezioni specializzate anche la controversia in cui la tutela di informazioni aziendali riservate sia stata posta (in modo apparentemente non strumentale, ma anzi inscindibilmente connesso ad una domanda principale di danni contrattuali) come domanda riconvenzionale.

del terzo che abbia utilizzato, senza autorizzazione, l'informazione aziendale altrui.

Né può dirsi che la differenza fra le due tutele stia nella necessità di provare, in una prospettiva di concorrenza sleale, un particolare stato soggettivo di mala fede o almeno di colpevolezza del convenuto: l'inibitoria per concorrenza sleale è stata sempre fondata sul semplice dato della antigiuridicità oggettiva dei comportamenti posti in essere dal concorrente; per di più, anche ai fini del risarcimento del danno, la colpevolezza, in materia di concorrenza sleale, è presunta *ex lege*, sicché sarà onere del convenuto provare l'eventuale errore scusabile.

In sostanza, la situazione che si determina in una prospettiva di protezione del diritto esclusivo «non titolato» non è molto diversa da quella dell'esercizio di un'azione di concorrenza sleale: l'attore dovrà provare il proprio diritto (i.e. le circostanza che rendono tutelabile il possesso esclusivo dell'informazione) e potrà ottenere l'inibitoria sulla base dell'accertamento dell'oggettiva antigiuridicità del comportamento del convenuto (v. § 11). Questi, da parte sua, avrà sempre la *chance* (di impiego tutt'altro che semplice, ma comunque sussistente) di provare di avere agito in buona fede, sulla base di un errore scusabile, e così evitare la propria responsabilità, almeno a fini di risarcimento del danno.

Certo, la tutela fondata sul riconoscimento del diritto di esclusiva è in qualche punto più forte di quella fondata sulla disciplina della concorrenza sleale: è indifferente la qualifica soggettiva del convenuto: non si richiede, in altri termini, la sussistenza di un rapporto di concorrenza prossima, come ancora si continua a sostenere – benché in modo (a mio avviso) acritico e tralatizio – in materia di concorrenza sleale; la tutela può inoltre ottenersi (v. *supra*, § 6) anche nei confronti di chi sia venuto in possesso del segreto in buona fede.

Non si tratta di differenze macroscopiche, ma si deve riconoscere un certo effetto di ampliamento della tutela.

Non sembra invece che la previsione legislativa, che «fa salve» le norme in materia di concorrenza sleale (art. 99 c.p.i.), abbia una portata sostanziale in termini di copertura di fattispecie non tutelate dalla norma sulla protezione del segreto come diritto di proprietà industriale.

Sembra in proposito da condividere l'orientamento dottrinale che ritiene che, attualmente, non ci sia spazio per una tutela delle

informazioni aziendali mediante la disciplina della concorrenza sleale, integrativa rispetto alla tutela fornita dal codice della proprietà industriale⁷¹.

Tuttavia, malgrado la sostanziale equiparazione fra vecchia e nuova disciplina, che sopra si è cercato di esplicitare, il testo dell'art. 99 c.p.i. – come si è già ricordato – tiene «*ferma la disciplina della concorrenza sleale*». Probabilmente, nell'intenzione del legislatore, questa frase si riferisce a possibili applicazioni integrative della disciplina della concorrenza sleale, ma il testo non esclude che il richiamo sia stato fatto con altro significato, e cioè in funzione di un'applicazione concorrente o alternativa, per le medesime fattispecie, sulla base dell'idea che fra le due discipline sussista qualche differenza sostanziale o processuale, che ne giustificerebbe, appunto, l'applicazione parallela.

La giurisprudenza è orientata in senso diverso, ed afferma con convinzione che la disciplina della concorrenza sleale può integrare quella dell'art. 98, estendendo la protezione delle informazioni a casi in cui queste non possederebbero i requisiti richiesti dal c.p.i. Per valutare il significato di questa giurisprudenza credo che sia opportuna un'analisi casistica.

Le decisioni giudiziarie di questo tenore sono ancora – come si è già detto – abbastanza numerose. Se ne può quindi presentare solo un breve esame, per campione:

- I) Trib. Torino, 4 marzo 2009⁷²: alcuni subagenti di una compagnia di assicurazioni contattano una serie di clienti della compagnia, che avevano in precedenza personalmente curato per conto della compagnia stessa, utilizzando un elenco dettagliato (comprendente scadenze e caratteristiche delle polizze) e proponendo ai clienti nuove polizze, senza chiarire il loro avvenuto passaggio ad altra compagnia. Il Tribunale ritiene che la lista in questione non sia protetta *ex art.* 98 c.p.i., ma che il comportamento degli agenti sia egualmente censurabile in base alla disciplina sulla concorrenza sleale.

Mi sembra evidente che, in un caso del genere, sussistono due profili critici:

- Gli agenti utilizzavano una banca dati relativa alla loro clientela «personale»; questa banca dati comprendeva anche una

⁷¹ A. VANZETTI - V. DI CATALDO (nt. 37), 488; B. FRANCHINI STUFLEER (nt. 12), 149.

⁷² In *Pluris - Utet/Cedam*.

serie di informazioni di dettaglio che l'agente non avrebbe potuto tenere personalmente a memoria: questo insieme di dati è di proprietà dell'impresa o è di proprietà dell'agente? Personalmente non avrei dubbi nel rispondere nel primo senso: il fatto che l'informazione sia stata «costruita» da un dipendente o da un collaboratore esterno non influisce affatto sulla titolarità del diritto esclusivo. L'agente non può certo essere privato dell'esperienza professionale personalmente acquisita, comprendente anche la conoscenza personale dei clienti; cosa diversa è l'utilizzo dell'informazione «organizzata» in una raccolta di dati specifica, realizzata nell'esercizio della propria specifica mansione aziendale. La tutela giuridica dell'impresa può dunque, per questo profilo (se si condivide quanto sopra esposto), direttamente fondarsi sull'art. 98 c.p.i., piuttosto che sulla disciplina della concorrenza sleale.

- Gli agenti avevano omesso di informare chiaramente la clientela del fatto che essi ormai operavano per altra compagnia assicuratrice. Questa omissione informativa, riguardante una circostanza certamente non secondaria, costituisce pratica commerciale scorretta, e quindi anche atto di concorrenza sleale, e come tale dà luogo ad un profilo specifico di illiceità che *si aggrunge*, senza assorbirlo, a quello consistente nella violazione dell'art. 98 c.p.i.
- II) Cass. civ., sez. I, 19 giugno 2008, n. 16744⁷³: un ex-dipendente porta con sé una lista dei clienti dell'azienda di provenienza, comprendente solo nomi e indirizzi. La Cassazione nega l'applicabilità dell'art. 98, ritenendo mancante sia il requisito dell'informazione protetta (perché l'informazione utilizzata era una *mailing-list*, «priva di elaborazione qualificante»), sia il requisito della segretezza (che, per la Cassazione, è qualcosa di più rispetto al semplice riserbo aziendale). Da qui l'applicabilità della sola disciplina della concorrenza sleale.
Per la critica si rinvia a quanto già esposto *supra*, § 2 e 3.
- III) Trib. S. Maria Capua Vetere, 18 agosto 2006⁷⁴: un ex-dipendente di un'impresa produttrice di imballaggi di cartone porta con sé una lista di clienti dell'azienda di provenienza, comprendente anche l'elencazione delle vendite effettuate e dei relativi prezzi. Si rivolge poi ai clienti compresi nell'elenco ed offre ad essi un prodotto concorrente a prezzi scontati rispetto a quelli praticati dal-

⁷³ In *Giur. it.*, 2009, 897 ss., con nota parzialmente critica di S. SCIACCA.

⁷⁴ In *Corriere del Merito*, 2007, 54 ss., con nota adesiva di E. BATTELLI.

l'ex datore di lavoro. Questi agisce allora per concorrenza sleale, ma il Tribunale nega l'inibitoria, asserendo che: (i) l'elenco di clienti utilizzato dall'ex-dipendente non è informazione riservata, perché le informazioni in esso contenute possono essere agevolmente ricostruite attraverso un'indagine di mercato; (ii) l'offerta a prezzi più bassi è in sé lecita, a meno che si dimostri che i prezzi praticati sono «predatori» (ciò che non era avvenuto, nella fattispecie).

Anche questo caso consente di segnalare alcuni profili critici:

- L'attore aveva prospettato la sua domanda in termini di concorrenza sleale per violazione di informazioni aziendali riservate. Nessuno, nel corso del giudizio, aveva sollevato il problema della competenza funzionale delle sezioni specializzate. Sembra però che una domanda del genere rientri chiaramente in tale competenza, in quanto la fattispecie di concorrenza sleale era prospettata come direttamente interferente con la lesione di un diritto di proprietà industriale⁷⁵.
- Anche questa sentenza di merito conferma l'orientamento dei giudici italiani (già criticato al § 2) ad intendere restrittivamente la nozione di informazione aziendale riservata. Un elenco di clienti e di contratti (e di prezzi) – come quello di cui si discuteva nella fattispecie – sarà pure astrattamente ricostruibile anche *ab externo*, ma non si può certo dire che sia un insieme di dati «facilmente accessibili» a qualsiasi interessato⁷⁶.
- Nel caso di specie, l'ex dipendente sembrava avere utilizzato scientemente le informazioni sui prezzi praticati dall'impresa di provenienza, per offrire sconti personalizzati ai clienti. Questo sembra proprio un caso di utilizzo di informazioni aziendali riservate, sicché a nulla avrebbe dovuto rilevare la circostanza che i prezzi offerti non fossero predatori.

⁷⁵ Cfr. M. FILIPPELLI, *La concorrenza sleale interferente con i diritti di proprietà industriale ed intellettuale alla luce dei recenti interventi della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, 351 ss.

⁷⁶ Particolarmente discutibile mi sembra l'argomento del Tribunale secondo cui la segretezza dei dati era esclusa dal fatto che di essi erano a conoscenza i singoli clienti, e che non era provato che l'impresa avesse vincolato gli stessi, con apposite clausole contrattuali, al rispetto del segreto.

A questa affermazione può obiettarsi che: (i) la conoscenza dei singoli clienti riguardava i singoli contratti a cui ciascuno aveva partecipato, ma non l'insieme dei dati utilizzati dall'ex dipendente; (ii) il vincolo di riservatezza del cliente sui dati contrattuali consegue già al rispetto della normativa sui dati personali, oltre che dall'uso commerciale (cfr. A. VANZETTI - V. DI CATALDO [nt. 37], 490, con riferimento ai contratti di licenza di *know-how*). Non si giustificava quindi la richiesta di prova dell'esistenza di apposite clausole contrattuali di confidenzialità.

- IV) Trib. Bologna, 28 settembre 2010⁷⁷: un ingegnere, ex-dipendente di un'impresa produttrice di articoli sportivi, passa ad un'impresa concorrente, la quale immette subito dopo sul mercato alcuni prodotti che, senza costituire con certezza contraffazione di quelli brevettati dall'impresa di provenienza, appaiono certamente frutto della conoscenza dell'ex-dipendente su progettazioni in corso e sul *know-how* dell'impresa di provenienza. Il Tribunale concede l'inibitoria all'impresa attrice ma, per giungere a tale risultato, ritiene necessario applicare l'art. 2598, n. 3, c.c., che consentirebbe di ampliare la tutela anche al *know-how* in senso stretto.
- È questo un caso tipico in cui la decisione si fonda su un'interpretazione restrittiva dell'art. 98 c.p.i., non imposta né dal testo, né dalla *ratio* dell'articolo. L'applicazione della norma sulla concorrenza sleale non si traduce in risultati applicativi differenziati in termini di rimedi applicati.

In conclusione, e al di là dei singoli rilievi di merito, si può affermare che l'impostazione dei problemi in termini di tutela di un diritto assoluto sulle informazioni aziendali riservate, ovvero in termini di concorrenza sleale, non comporta reali differenze, con riguardo alle norme sostanziali effettivamente applicate dalla giurisprudenza.

In sostanza, il solo risultato dell'orientamento giurisprudenziale corrente è una permanente incertezza sulla competenza delle sezioni specializzate o di quelle ordinarie (ciò che, com'è noto, può spesso comportare anche uno spostamento di sede). Anche sotto questo profilo sarebbe auspicabile l'accoglimento della ricostruzione unitaria sopra proposta, con conseguente concentrazione della competenza presso le sezioni specializzate.

13. *Conclusioni sull'informazione aziendale segreta come bene giuridico*

A conclusione dell'indagine svolta, possono formularsi riassuntivamente alcune conclusioni.

- I. La fattispecie dell'informazione aziendale segreta, come oggetto di proprietà industriale, è costituita da qualsiasi informazione (o complesso di informazioni) che possa es-

⁷⁷ In *Pluris* - Utet/Cedam.

sere utilmente impiegata nel processo produttivo, fornendo un vantaggio competitivo all'impresa interessata, e che si trovi nella disponibilità di fatto di un numero limitato di persone (all'interno dell'azienda o anche fuori dalla stessa), tenute fra di loro ad un vincolo negoziale (o almeno consuetudinario) di rispetto del segreto.

- II. È tutelata qualsiasi informazione, o complesso di informazioni, che possa avere utilità e fornire vantaggi competitivi, nell'esercizio dell'attività d'impresa. La fattispecie varia dal segreto eccezionale e puntiforme (p.e. la formula di una bibita), alle notizie riguardanti progetti e programmi in corso, fino ai complessi di informazioni organizzate, che caratterizzano e differenziano il processo produttivo di una certa impresa (*know-how*, nelle sue diverse accezioni). Il livello di segretezza, e le misure idonee a garantirlo, variano a seconda dell'oggetto tutelato, ma non c'è ragione per escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 98 qualche elemento della serie delineata.
- III. Poiché il diritto sull'informazione è un diritto non titolato, spetterà sempre al titolare del diritto stesso allegare e dimostrare l'esistenza dell'informazione segreta, il suo preciso oggetto e le sue caratteristiche (fra le quali è compresa l'attuazione di misure di protezione; onere che però, in sede interpretativa, abbiamo ritenuto inopportuno sopravvalutare).
- IV. Una volta riconosciuta l'esistenza del diritto, la tutela dello stesso avrà carattere assoluto, sarà cioè esperibile *erga omnes*; questa indicazione di principio è però temperata dall'operare di un principio fondamentale in materia di proprietà industriale, che impone di intendere le tutele come funzionali all'efficienza dinamica e al progresso economico; pertanto, il titolare del segreto non potrà opporre il suo diritto di esclusiva contro coloro che siano giunti al possesso della medesima informazione a seguito di impegno ed investimento personale (ciò vale anche per i casi di *reverse engineering*).

- V. L'informazione aziendale cessa di essere oggetto di un diritto di esclusiva quando, per qualsiasi ragione (anche puramente oggettiva, e indipendente da illeciti commessi da terzi) l'informazione stessa sia stata divulgata (sia divenuta «facilmente accessibile») a qualsiasi soggetto interessato.
- VI. L'espressa qualificazione normativa dell'informazione aziendale come oggetto di diritti di proprietà industriale consente di riconoscere – senza possibilità di dubbi – la validità di eventuali contratti di cessione o di licenza dell'informazione stessa.
- VII. Per la stessa ragione, deve ammettersi la piena applicabilità alle informazioni segrete della disciplina sulla tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale.
- VIII. Come si è segnalato in precedenza (v. § 8) possono darsi casi di comunione originaria o di comunione occasionale sui diritti sull'informazione. Si può porre il problema se, in casi del genere, debba applicarsi la disciplina della comunione dei diritti di proprietà industriale o debba pensarsi alla coesistenza di diritti plurimi indipendenti (con la conseguenza, in questa seconda prospettiva, che un atto volontario di uno qualsiasi dei titolari possa comportare la distruzione del bene, con pregiudizio per tutti). Ritengo che, mentre per i casi di comunione originaria (cioè, di norma, di segreto creato all'interno di un centro di ricerca condiviso da più imprese) non ci siano ostacoli ad applicare le norme sulla comunione di diritti reali, lo stesso non possa dirsi per i casi di comunione occasionale. La natura stessa del segreto rende difficile ipotizzare, in questi casi, una gestione collettiva dello stesso, secondo le regole della comunione. Le regole della comunione presuppongono, infatti, una trasparenza di comportamenti, almeno *inter partes*, che mal si concilia con le caratteristiche e le esigenze della gestione riservata dell'informazione, quando questa sia occasionalmente condivisa da più imprese, indipendenti fra loro. Credo dunque che la situazione standard, che si determina in caso di condivisione occasionale di segreti da parte di più imprese, sia quella dei diritti plu-

rimi indipendenti. I principi di correttezza professionale impongono tuttavia, in tal caso, a ciascun soggetto partecipe del segreto dei doveri di protezione degli altrui interessi (quando vi sia consapevolezza dell'esistenza di questi altri interessi). Una comunione di diritti vera e propria potrà determinarsi solo in caso di espressa volontà delle parti.

In conclusione, la disciplina del c.p.i. costituisce oggi l'espressione avanzata di una scelta normativa di tutela forte – in termini di diritto soggettivo di utilizzazione esclusiva – di situazioni fattuali corrispondenti ad interessi socialmente meritevoli di tutela, individuati in capo a determinati soggetti. Queste figure («diritti soggettivi non titolati») si possono tradurre in termini di tutela stabile (non provvisoria) di situazioni possessorie, aventi ad oggetti beni non materiali (nello stesso codice della proprietà industriale troviamo la figura del marchio non registrato; al di fuori, la figura più importante è costituita dalla tutela dei dati personali).

I diritti soggettivi non titolati, di cui si è parlato, hanno comunque ad oggetto entità esterne al soggetto titolare, puntualmente definite in termini oggettivi. Essi hanno dunque carattere ben diverso da quegli altri diritti, ugualmente non titolati, che sono i diritti della personalità, e che attengono a situazioni di interesse ritenute meritevoli di tutela generale in capo ad ogni persona umana.

Con le caratteristiche segnalate, i diritti non titolati di proprietà industriale costituiscono comunque una categoria ben definibile, sul piano della teoria generale, e meritevole di essere mantenuta e correntemente utilizzata nel lessico giuridico.

In questo senso può dirsi che il legislatore ha portato a termine un processo avviato, in termini di ricognizione generale del sistema, dalla dottrina che aveva sostenuto la possibilità di configurare diritti soggettivi assoluti su beni, come le creazioni intellettuali, comportanti modalità di godimento e di protezione ben diverse da quelle caratterizzanti il tradizionale *ius excludendi* del proprietario di beni materiali⁷⁸.

⁷⁸ V., in particolare, D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, 445 ss.

Non appropriate rispetto alla funzione e alla tutela delle informazioni aziendali (anche se comprensibili con riferimento ad altri tipi di informazioni) sono le tesi se-

Qualche osservazione finale può essere ancora fatta sulla persistenza di orientamenti di pensiero che criticano la tutela «proprietary» dell'informazione aziendale in base all'assunto che tale tutela creerebbe una contraddizione con la *ratio* propria dell'istituto brevettuale.

Come si è ampiamente discusso sopra, dissenso dal confronto «lineare» fra brevettazione e segretazione (come se si trattasse di alternative normali e reali, per un'impresa che ha conseguito un qualche risultato innovativo). A mio avviso, si deve considerare anzitutto (come già segnalato all'inizio di questo scritto: v. § 1) che la tutela delle informazioni aziendali riservate, *ex art.* 98, riguarda, in realtà, quattro classi di informazioni diverse:

- a) il segreto industriale «classico», relativo a qualche particolarità del processo produttivo (la formula della Coca Cola o dell'amaro Averna);
- b) l'informazione relativa a progetti (ivi comprese le trattative negoziali) e programmi in corso, nell'attività d'impresa;
- c) le informazioni «storiche» organizzate, di cui l'impresa è in possesso: liste di clienti, più o meno «profilati»; ricerche di mercato commissionate a terzi e via dicendo;
- d) il know-how, inteso come complesso dinamico di informazioni (in parte pubbliche, in parte brevettate, in parte segrete), utilizzabili nel loro insieme (organico) per programmare una certa linea di comportamento sul mercato.

È chiaro che il confronto con il brevetto può farsi solo per la classe a). Ma proprio questo segnala l'eccezionalità del ricorso al segreto, da parte di un'impresa, in un'economia caratterizzata da flussi costanti di innovazione, come è quella attuale. La maggior parte delle innovazioni oggi si realizzano in campi e in direzioni in cui diversi centri di ricerca operano, in competizione fra loro, a livello

condo cui l'informazione non sarebbe suscettibile di divenire bene giuridico, perché non idonea a costituire oggetto di godimento esclusivo (P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 33 ss.).

Altre discussioni e polemiche del recente passato, sulla possibilità di costruire una teoria generale dell'informazione come bene giuridico oggetto di diritti (v., per esempio, V. ZENO-ZENCOVICH, *Sull'informazione come «bene» (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 485 ss.), possono essere ormai utilmente accantonate.

mondiale. Ogni volta che un trovato ha superato un limite minimo di descrivibilità, l'interesse dell'impresa è quello di brevettare, per ottenere un effetto di prenotazione, e non di tenere segreto il risultato. Per i rari casi di innovazione isolata («fuori dai flussi») la tutela potenzialmente *sine die* del segreto è un incentivo per elaborare «ricette inimitabili». La liceità del *reverse engineering* (e della libera utilizzazione dei risultati di tale processo) – da sostenere in sede interpretativa – costituisce, a mio avviso, contrappeso sufficiente per far sì che la tutela del segreto non si traduca in eccesso di protezione, ma serva da stimolo per competere sulla qualità del prodotto.

Per quanto riguarda le classi di informazioni sub *b*, *c* e *d*, il confronto con il brevetto non c'entra più e viene in gioco il problema della tutela dell'interesse dell'impresa a caratterizzare e differenziare la propria offerta e la propria strategia di mercato.

Questa spinta alla differenziazione dell'offerta caratterizza i mercati di concorrenza «imperfetta», cioè i mercati reali, al cui buon funzionamento sono rivolte le norme del diritto industriale. La tutela rafforzata dei segreti ha l'effetto di incentivare l'impresa ad investire in tale attività di raccolta/elaborazione di informazioni (che non potrebbero essere brevettate, ma che contribuiscono anch'esse, e non poco, all'efficienza dinamica dei mercati). E in questo modo contribuisce, a mio avviso, all'efficienza dinamica dei mercati.

A ciò si aggiunga che le differenze normative fra tutela *erga omnes* e tutela «personale» mediante la disciplina della concorrenza sleale non sono radicali: a mio avviso c'è una diversa distribuzione dell'onere della prova e c'è la mancata tutela del terzo acquirente di buona fede a titolo derivativo (problema sostanzialmente libresco). Il riconoscimento del diritto non titolato comporta comunque qualche effetto sostanziale, a tutela del titolare del segreto (oltre ai vantaggi processuali del c.p.i.). Ma questo risultato può inquadrarsi coerentemente nel sistema.

Il tema della teoria dei beni può essere assunto a paradigma di come la dottrina civilistica si deve porre rispetto all'evoluzione dell'esperienza giuridica nel delicato versante di questo passaggio di secolo. Se il diritto è intrinsecamente storia, esso non può non riflettere – indipendentemente dal contenuto degli enunciati posti – tutti i profili evolutivi della realtà sociale, riguardino essi sfere di protezione in precedenza non emerse o modalità di rapporti legate ad esigenze nuove delle relazioni intersubiettive. Ma questo è stato sempre nella consapevolezza dei giuristi, anche i più formalisti, i quali hanno affrontato il problema, alla stregua di un collaudato modello argomentativo, nella correlazione tra categorie ordinanti e sopravvenienze oggettive, giocando sul limite di elasticità delle categorie più collaudate ovvero, quando ciò non fosse risultato più possibile, forgiando categorie nuove idonee a classificare o contenere sopravvenuti dati dell'esperienza. La novità della stagione del postmoderno (che potremmo, con approssimativa sintesi, definire la stagione della prevalenza dell'effetto) sta proprio nella rottura di questo modello. Il tema che la Facoltà giuridica della «Sapienza» intende affrontare ponendo a raffronto le prospettive del diritto di oggi con la problematica dei beni si colloca proprio al centro di questa novità.

Secondo l'impostazione della più classica fra le dottrine il soggetto come punto di riferimento di effetti è un *prius* rispetto a qualsiasi qualificazione da parte dell'ordinamento. Di fronte alla pluralità dei soggetti si colloca una pluralità di beni. Il rapporto fra gli uni e gli altri si qualifica in chiave di interesse, inteso come tensione del soggetto rispetto al bene, taluni interessi risultando componibili con altri nella convergenza sul medesimo bene, altri ponendosi invece in posizione di reciproca esclusione. Compito del sistema giuridico sarebbe proprio quello di realizzare la composizione degli interessi, laddove possibile, ovvero la prevalenza dell'uno rispetto all'altro, laddove necessaria. In questo contesto il contratto si esprime come uno degli strumenti diretti al superamento del conflitto affidato alla libertà determinativa delle parti in una dialettica fra le stesse ritenuta tendenzialmente paritaria.

Oggi questo impeccabile paradigma – che pure ha costituito punto di riferimento per generazioni di giuristi – si è rotto. La soggettività non può più essere valutata *a priori*, cioè, secondo la ricostruzione di FALZEA, come una fattispecie, come un substrato materiale, fattuale qualificato giuridicamente. Essa diventa oggi sintesi degli effetti. Nel passaggio dalla logica dell'agente alla logica dell'azione la soggettività può essere valutata soltanto nella concretezza dell'agire là dove si realizza, in chiave di effetti, la saldatura tra la morfologia delle norme e la morfologia pratica della vita sociale. Prima era la personalità che veniva intesa come indice qualificativo della soggettività, oggi è semmai la soggettività in senso giuridico che discende dalla individuazione della persona nella peculiarità di suoi connotati. È appena il caso di soggiungere che la crisi della soggettività si è riflessa anche sul modo di intendere le posizioni giuridiche soggettive, che non possono più essere definite secondo modelli uniformi, in quanto tali attribuibili ad una determinata sfera soggettiva. Ciascuna delle classiche figure di tutela si è venuta per così dire disarticolando in funzione di indici non uniformi e non definibili *a priori*, con la conseguenza che la disciplina non dipende dalla struttura della categoria, ma da una composita convergenza di elementi legati di volta in volta alla natura o alla qualità del titolare, alle modalità di attribuzione, al contesto entro il quale la tutela deve essere esercitata. Non vi è più dunque simmetria tra una certa figura e una correlativa tutela.

A questa crisi della soggettività e delle sue specificazioni in chiave di posizioni giuridiche soggettive si collega, di riflesso, la crisi della tradizionale teoria dei beni. Nell'impostazione di una consolidata civilistica (e si possono citare ad esempio due opere classiche quali le «*Dottrine generali*» di SANTORO PASSARELLI e la voce «*Beni*» di PUGLIATTI nell'«*Enciclopedia del diritto*») il bene assume normalmente il significato di termine oggettivo di un diritto soggettivo (o di una diversa situazione giuridica soggettiva) e consente di essere individuato nei suoi connotati caratterizzanti prima di ogni qualificazione e quindi in via indipendente da ogni definizione dell'interesse del soggetto ad appropriarsene, ad utilizzarlo ovvero a trarre dal medesimo possibili benefici. Anche quando il bene come qualificazione giuridica è riferito ad una entità immateriale, frutto della creazione artificiale e convenzionale dell'uomo, la posizione soggettiva viene

caratterizzata e individuata solo in funzione di una definibilità del suo punto di riferimento oggettivo, si tratti di un'opera letteraria o di un brevetto. La realtà dell'esperienza contemporanea (anche, ma non solo, per incidenza dei modelli di derivazione comunitaria) ha rotto questo paradigma capovolgendo l'impostazione tradizionale. Il bene (sempre più di frequente) non preesiste alla qualificazione giuridica, limitandosi il diritto a comporre gli interessi (della più varia natura) che si indirizzano al medesimo bene, ma viene creato in funzione degli interessi. Si moltiplicano quindi le situazioni in cui il bene nasce per effetto della conformazione giuridica con conseguente rapporto quasi riflessivo fra posizione giuridica soggettiva e bene. Non è più soltanto il diritto che nasce in funzione della posizione del soggetto rispetto al bene, ma è altresì il bene che emerge in chiave giuridica in conseguenza della proiezione dinamica del soggetto a realizzare un certo interesse. E l'interesse, a sua volta, non può più essere inteso, secondo l'ottica del diritto, come semplice proporzione di idoneità di un soggetto rispetto a un bene, ma semmai come sua tensione a crearlo, a far nascere una rilevanza giuridica altrimenti inesistente.

In questa chiave il contratto assume un ruolo decisivo perché non si limita più a comporre gli interessi delle parti rispetto a un bene, ma spesso concorre a determinarne la nascita, cioè a configurare un punto di riferimento oggettivo del possibile assetto di interessi che prima del contratto non esisteva. Emblematica a questo proposito la figura della multiproprietà che si caratterizza in funzione di un'attività di tipo negoziale prima del cui svolgimento non esiste il bene rispetto al quale dovranno essere composti gli interessi delle parti. Per quanto attiene al rapporto tra sopravvenienze sociali e categorie giuridiche l'esempio della multiproprietà appare paradigmatico. Chi ragiona secondo i vecchi modelli e considera il bene come un'entità oggettiva che preesiste alla qualificazione parlerà del godimento turnario di un bene assunto in una sua sorta di oggettività metagiuridica senza avvedersi che l'immobile considerato nella sua consistenza oggettiva e atemporale non è in alcun modo il punto di riferimento degli interessi che concorrono nella qualificazione della c.d. multiproprietà. Qui si tratta di costruire una nuova categoria giuridica che caratterizza il bene anche in funzione della dimensione tempo e che quindi consente di definirlo solo all'esito dell'opera-

zione contrattuale, non prima. Il contratto crea il bene, non si limita a disciplinarlo. In termini di qualificazione giuridica non vi può essere identità tra il bene oggetto di una proprietà esclusiva e il bene oggetto di una multiproprietà. Quali che possano essere i rapporti obbligatori tra i diversi multiproprietari, certo è che, se si assume che oggetto del loro diritto sia il medesimo bene, si commette un errore qualificativo perché si prescinde dalla dimensione temporale in funzione della quale si caratterizza l'interesse dei soggetti. In chiave di teoria dei beni ci troviamo qui di fronte a un bene, anzi ad una pluralità di beni, che non preesisteva all'attività negoziale.

Non a caso l'intervento comunitario in tema di multiproprietà si è concentrato esclusivamente sul contratto avente ad oggetto l'acquisto del «diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili», aggirando l'ostacolo costituito dalla diversità delle legislazioni nazionali in ordine alla natura giuridica dei diritti che formano oggetto del contratto e ponendo invece l'accento sui meccanismi di buon funzionamento del mercato interno in modo da evitare distorsioni della concorrenza tra i mercati nazionali. Quel che conta evidenziare – lasciata sullo sfondo la preistorica prospettiva del c.d. numero chiuso dei diritti reali – è che qui il diritto sul bene fa per così dire corpo con la stessa individuazione del bene e del suo spazio temporale di utilizzabilità. Il contratto definisce all'un tempo la posizione soggettiva e il suo ambito di incidenza oggettivo. Non è senza significato il fatto che la direttiva 94/47/CEE, disciplinando il contratto, cioè determinando gli elementi minimi che esso deve contenere, finisce per non avere esclusiva incidenza sul contenuto negoziale perché in sostanza definisce il bene come dato della realtà materiale e di riflesso gli interessi sul medesimo che risultano meritevoli di tutela. È stato giustamente detto (Jannarelli) che «l'intervento comunitario formalmente orientato sul valore di scambio del bene ne ha definito in concreto anche il valore d'uso, contribuendo, in definitiva, alla stessa costruzione giuridica del 'bene'». Quel che a me preme in questa sede segnalare è la rivoluzione che in tal modo si è determinata nella costruzione della relativa categoria giuridica, non essendo più il bene definibile come una entità oggettiva sulla quale si caratterizza l'interesse e la sua conseguente tutela giuridica, posto che quest'ultimo nasce contestualmente al bene quale esito dell'operazione contrattuale.

Questo mi sembra un profilo essenziale, sul quale è necessario porre l'accento se si vuole riflettere intorno alle novità che il diritto civile del nuovo millennio impone a chi non si voglia rendere vittima dei vecchi postulati secondo i quali le categorie concettuali operano come degli *a priori* entro cui è gioco forza collocare i fatti dell'esperienza.

Ma vi è un passaggio ulteriore che è necessario compiere se si vuole cogliere, secondo l'ottica del contratto, la novità della teoria dei beni nell'esperienza contemporanea.

Fino ad oggi il momento fondativo dei beni è sempre stato collocato prima dell'attività contrattuale destinata alla circolazione: un valore d'uso riferito ad un'entità che preesiste allo scambio costituisce il presupposto perché quel medesimo «bene» diventi una merce ossia acquisti un ulteriore e aggiuntivo valore (quello appunto di scambio). La presenza di situazioni giuridiche soggettive insistenti su «beni» e destinate a proteggere il valore d'uso è la premessa perché quelle medesime situazioni giuridiche, in quanto passibili di circolazione, rilevino a loro volta come «beni». Il contratto si manifesta e si esprime quale strumento per la circolazione di una ricchezza già data, contribuendo ad incrementarla. Oggi invece l'attività produttiva comprende anche quella contrattuale. Il processo di formazione dei valori e quindi dei beni si realizza non già prima dell'attività negoziale, ma all'interno della stessa. Il bene non precede il contratto; esso sorge con e nel contratto; quest'ultimo non presuppone necessariamente l'avvenuta produzione di merci, ma spesso è esso stesso a creare merci, sino al punto da divenire a sua volta una merce. Si registra un rapporto di circolarità nell'esecuzione sia di utilità sia di posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, le quali a loro volta rilevano come beni. L'intero processo di produzione dei beni è affidato all'autonomia privata.

Questo mi pare il dato fondamentale della nuova teoria dei beni. Il bene non preesiste al contratto; è quest'ultimo che tende a crearlo divenendo esso stesso bene. Al fondo di questa constatazione sta un rilievo elementare: i diritti di credito, tradizionalmente rappresentati come semplici situazioni strumentali rispetto ai diritti soggettivi assoluti, situazioni finali per eccellenza, costituiscono oggi le forme più significative della ricchezza e trovano la loro fonte principale nel contratto. Si pensi alla rilevanza delle posizioni connesse al-

l'impiego dei c.d. «prodotti derivati» nel settore finanziario (strumenti fondati su contratti volti a governare i rischi connessi ad altre operazioni economiche). I prodotti derivati alimentano il processo creativo di nuove merci virtuali quale conseguenza diretta di un esercizio di autonomia negoziale. Si viene così a determinare un meccanismo circolare per effetto del quale il contratto non entra solo nel processo formativo di nuovi beni, ma ne è travolto, presentandosi esso stesso come bene.

Si comprende allora perché la regolamentazione giuridica di beni riconducibili al mercato finanziario si esaurisca sostanzialmente nella disciplina della contrattazione.

Secondo i paradigmi consueti ai quali ha fatto sostanziale riferimento la disciplina codicistica il bene risulta individuabile in una sua dimensione oggettiva alla quale si commisura il valore d'uso del medesimo, valore che la circolazione del bene, attuata attraverso lo strumento contrattuale, è in grado di incrementare. Il valore di scambio del bene è determinato dalla dialettica degli interessi fra coloro che intendono valersi di quel valore d'uso. In questo quadro il contratto si pone come strumento di circolazione di una ricchezza già individuata nei suoi connotati economici. Nella realtà del nostro tempo il contratto diventa invece strumento di realizzazione del valore, ponendosi come fatto creativo del bene e quindi come bene esso stesso. Nei rapporti del mercato finanziario si danno sempre più di frequente contratti volti a governare i rischi connessi ad altre operazioni economiche; si tratti di contratti standardizzati ovvero costruiti su misura in base all'interesse del singolo cliente, essi si pongono appunto come prodotti derivati capaci di incrementare il processo creativo di nuovi beni virtuali.

Una realtà di questo tipo evidentemente introduce strumenti del tutto nuovi nel processo di qualificazione giuridica. Considerare il contratto come bene non significa assimilarne la disciplina a quella di tutti quei beni che sono individuati in una loro oggettiva corposità prima di qualsivoglia attività negoziale. Qui in sostanza la disciplina del bene coincide con la disciplina del contratto e, laddove si tratti di una pluralità di contratti simili, la disciplina del contratto si risolve nella disciplina del relativo mercato.

Il diritto del postmoderno – che è stato, non a torto, definito come il diritto degli effetti (non delle fattispecie idonee a produrli) –

si scontra dunque con la necessità di costruire nuove categorie ordinanti vincendo la tentazione di utilizzare vecchi schemi concettuali inidonei ormai a rappresentare le novità dell'esperienza. Questa necessità impone anche di rivedere formule verbali che, ancorché collaudate da una sedimentata tradizione (soggetto, oggetto, bene), non sono più in grado di ricomprendere, senza risolversi in un vuoto nominalismo, situazioni diverse irriducibili ad un unico modello. È stato detto (VINCENTI) che «nella complessità della scienza giuridica di fine millennio i concetti e le categorie giuridiche hanno acquisito autonomia e, come i pirandelliani *Sei personaggi in cerca d'autore*, vivono per conto loro; hanno acquistato voce e movimento; sono dunque già di per sé stessi. Così le entità giuridiche fondamentali sono sfuggite alla guardia dei giuristi artefici che le avevano create e ricreate nel tempo, guidate da una razionalità mirabilmente ordinatrice, che le ha plasmate conferendo loro un'identità precisa e non fungibile». A mio giudizio il processo è proprio opposto. Il giurista recettore (secondo il paradigma proprio della stagione del positivismo) si è a lungo lasciato condizionare dalle categorie, le ha assunte come entità oggettive – se si vuole come «Personaggi» – con cui era necessario dialogare. Oggi al giurista costruttore (secondo un ruolo imposto dalla crisi del sistema delle fonti) è richiesta una nuova consapevolezza. Se non vuole lasciarsi attrarre nel buco nero del nichilismo giuridico – dove, per ripetere le parole di IRTI, «non può dar forma a ciò che forma non ha, non può restituire unità all'indefinita causalità degli scopi» –, egli deve acquisire nuova consapevolezza del suo ruolo, deve sapere che l'ordito del diritto, la qualificazione in chiave giuridica dei rapporti umani, passa attraverso la capacità di costruire forme e modelli secondo il paradigma delle categorie giuridiche. Il giurista di oggi non è chiamato ad indossare abiti irrimediabilmente invecchiati, ma semmai a ridisegnarne la foggia senza lasciarsi condizionare né dalla arroganza di un legislatore incolto né dalla camicia di forza di vecchi schematismi concettuali. Il tentativo che la riflessione di oggi ha inteso avviare ipotizzando una nuova costruzione della teoria dei beni può essere un modo di verificare, all'interno di un tema peculiare, l'intrinseca storicità del diritto, intesa non nell'assurdo continuismo dei nostri modelli universitari, ma nella specificità di un rapporto complesso tra dati umani e strumenti formali all'interno del quale si esprime e si esalta la specificità del ruolo del giurista contemporaneo.

Abstract

Reflection is a part of an essential cultural operation today: the revision of the traditional categories of civil law. In the postmodern period, it is necessary to overcome this perspective and consider the effects.

According to the traditional approach the subject, as a point of reference for the effects, acts as a *prius* in respect to any other qualification in the system. Faced with a multitude of individuals there is a plurality of goods, which could potentially come into conflict with individuals' interests; interests that find their expression through the contract as an instrument.

It is necessary to break this paradigm. Today the subject is no longer the case (according to Falzea's theory) but the summary of the effects. The good does not exist prior to legal classification, but is created according to the interests. The contract does not just represent the interests of the parties on a certain good, but competes to determine its birth. Timeshare represents a typical example where it is incorrect to refer to the same object (when conceived for multiple use) as a property *tout court*.

But it is necessary to go a step further. In the classical theory, the contract is defined as an instrument for the circulation of an already given wealth concurring to make it prosper. Today, however, property does not precede the contract, but helps to determine it by becoming itself a good which can be purchased. One might say that the entire process of production is being entrusted to a private autonomy. Consider the use of the so-called «derived products» in the financial area. We find ourselves dealing with goods whose discipline finds its expression in the discipline of bargaining. The civil lawyer's reflection must fit in a reality in which the contract becomes an instrument of fulfillment of the value, acting as a creative act of the good and therefore as a good in itself.

The transition from the lawyer acting as a receptor to the lawyer acting as a manufacturer in terms of goods may become (beyond the destructive perspective of the so-called «legal nihilism») a flourishing territory to verify the intrinsic history of the law.

Il meccanismo di incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili (FER) è sviluppato con un complesso apparato normativo e amministrativo di attuazione delle direttive comunitarie, sia in generale relative al mercato elettrico (art. 11 d.lgs. n. 79/1999 e il decreto 18 dicembre 2008 del MSE) che in particolare riferite alla produzione da fonti rinnovabili (d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387).

In base a tale normativa, dal 2002 gli importatori e i produttori di energia elettrica devono immettere nel sistema elettrico nazionale una certa quota di energia rinnovabile prodotta in impianti entrati in funzione dopo il 1 aprile 1999. Tale quota si applica sulla produzione e sull'importazione dell'anno precedente, quindi a partire da quella del 2001, al netto della cogenerazione, degli autoconsumi di centrale e delle esportazioni, eccedenti i 100 GWh. Lo scopo della norma è così sintetizzabile: attraverso l'incremento dell'utilizzo di energia prodotta da FER, si intende ridurre l'impiego di combustibili fossili (fonti non rinnovabili), con conseguente riduzione delle emissioni di anidride carbonica.

Il controllo del rispetto della norma è stato affidato prima al Gestore della rete di trasmissione nazionale e ora al Gestore dei servizi energetici (GSE), cui va provato di aver ottemperato all'obbligo mediante consegna di *certificati verdi*.

Gli operatori soggetti all'obbligo ex art. 11 del d.lgs. n. 79/99 e art. 4 del d.lgs. n. 387/2003 sono tenuti a trasmettere al Gestore dei servizi energetici (GSE) entro il 31 marzo di ogni anno, l'autocertificazione attestante l'energia (importata e prodotta) da fonte non rinnovabile sulla quale calcolare la quantità di energia da fonti rinnovabili da immettere nel sistema elettrico nell'anno successivo (cfr. art. 8, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008). Entro il 31 marzo dell'anno successivo, i soggetti obbligati devono trasmettere al GSE certificati verdi equivalenti all'obbligo di immissione relativo all'anno precedente (cfr. art. 13, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008). Il GSE, sulla base dei dati ricevuti, verifica l'ottemperanza all'obbligo ex art. 11 del d.lgs. n. 79/99 nei successivi mesi di aprile e maggio.

Ove la verifica del GSE fosse negativa il soggetto obbligato è tenuto a compensare la differenza tramite acquisto sul mercato dei certificati verdi residui.

L'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 79/99 prevede che i soggetti *«possono adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori, purché immettano l'energia da fonti rinnovabili nel sistema elettrico nazionale, o dal gestore della rete di trasmissione nazionale (ora GSE). I diritti relativi agli impianti di cui all'articolo 3, comma 7, della legge 14 novembre 1995, n. 481 sono attribuiti al gestore della rete di trasmissione nazionale (ora GSE)»*. Ai sensi dell'art. 12, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008 il Gestore del mercato di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 79/99 organizza e gestisce, nell'ambito della gestione economica del mercato elettrico, una sede per la contrattazione dei certificati verdi, che peraltro possono essere oggetto di libero scambio anche al di fuori di questa sede (contrattazione bilaterale).

In caso di mancato adempimento il GSE comunica all'Autorità per l'energia i nominativi dei soggetti inadempienti e l'entità delle inadempienze ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative di cui alla legge n. 481/1995.

Un sistema in parte analogo è previsto per i certificati bianchi.

In coerenza con gli impegni assunti con il protocollo di Kyoto (recepito con legge 1 giugno 2002, n. 120), lo Stato italiano ha stabilito degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico e di miglioramento dell'efficienza degli usi finali dell'energia onde ridurre l'effetto serra. Come nel caso dei certificati verdi, anche qui direttive comunitarie settoriali si sommano e si sovrappongono a direttive comunitarie generali, già nel frattempo trasposte con strumenti nazionali, dando vita ad una stratificazione normativa.

In generale l'art. 9, comma 1, del decreto legislativo n. 79/1999 (di attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) e l'art. 16, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (di attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale) attribuiscono ad un decreto del Ministro competente per materia la determinazione degli obiettivi quantitativi, in capo ai distributori elettrici e del gas naturale, delle misure di incremento del risparmio energetico e dell'efficienza energetica degli usi finali di energia. La di-

rettiva settoriale 2006/32/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006 «*concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE del Consiglio*» è stata attuata col decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115.

Anche qui l'obiettivo finale è quello di promuovere un mercato, in questo caso dei «servizi energetici», nel frattempo sostenuto con strumenti di incentivazione pubblica.

Con particolare riferimento agli incentivi finanziari, nelle more dell'adozione di un decreto ministeriale cui rinvia il d.lgs. di attuazione della direttiva settoriale, si applicano i provvedimenti normativi e regolatori emanati in attuazione dei decreti legislativi nazionali di recepimento delle direttive generali.

Questi fanno gravare sui soli distributori elettrici o del gas naturale gli obiettivi di risparmio e di efficienza negli usi finali di energia, individuando il loro contributo nel rapporto tra la quantità di energia elettrica o di gas naturale distribuita ai clienti finali connessi alla loro rete e la quantità di energia elettrica o gas naturale complessivamente distribuita sul territorio nazionale. In particolare le imprese di distribuzione soggette all'obbligo perseguono i loro obiettivi attraverso progetti che si adeguano a misure e interventi ricadenti in alcune tipologie prestabilite e dai quali conseguano riduzioni dei consumi di energia primaria, verificati dall'Autorità per l'energia (dal GSE dopo l'entrata in vigore del nuovo decreto legislativo in materia di fonti rinnovabili) e quindi convertiti in titoli di efficienza energetica emessi dal Gestore del mercato (c.d. «certificati bianchi»), il cui valore corrisponde a detta riduzione di consumi.

Fino al 2008 all'Autorità per l'energia era affidato il rispetto della normativa limitato alla verifica del conseguimento degli obblighi quantitativi da parte delle sole imprese distributrici, in termini di corrispondenza tra titoli posseduti e obiettivi annui ad esse assegnati: se il distributore consegue una quota dell'obiettivo di propria competenza pari o superiore al 60% può compensare la quota residua nell'anno successivo senza incorrere in sanzioni, che altrimenti l'Autorità irroga ai sensi della legge n. 481/1995 e che irroga comunque se il distributore consegue una quota inferiore al 60% del suo obiettivo, fermo restando l'obbligo di compensazione della quota residua nell'anno successivo.

Cfr. art. 5 del decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 21 dicembre 2007 recante «*Revisione e aggiornamento dei decreti 20 luglio 2004, concernenti l'incremento dell'efficienza energetica degli usi finali di energia, il risparmio energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili*».

Come appare anche ad una prima lettura tale normativa pone una serie di problemi giuridici:

- 1) creazione artificiale di un mercato regolato da una autorità amministrativa;
- 2) cartolarizzazione di atti amministrativi;
- 3) loro commerciabilità;
- 4) trasformazione di un atto amministrativo in un bene commerciabile.

Abstract

There are goods created by the legislator and others which gain value only when the legislator lays down specific rules about their circulation. The last-mentioned phenomenon, in administrative law, has been known since ancient times.

Authorizations, licenses, concessions and, however, any administrative measure which is connected to an economically significant activity can be considered a good. The phenomenon is not uncommon for concessions and may also cover authorizations where their number is contingent.

In this context, for originality, the market of administrative acts on electricity is particularly important. The origin of this peculiarity can be traced in the Protocol of Kyoto, which arose from the initiative of the United Nations to promote a gradual decrease in the emissions of greenhouse gas. The instruments chosen were, in addition to the exchange of emission allowances, the Clean Development Mechanism and Joint Implementation.

The requirements of the Protocol were acknowledged by European Union and translated into guidelines for its member states. In particular, the European discipline lays down the solution to the problem of market regulation on the auspice of a system centered on the cap and trade of direct emissions. In summary, the Directive stands on two pillars: the authorization required for all gas installations covered by the system and the emission allowances that give their holder the right to discharge certain quantities of greenhouse gas. Another key point of the system is the duty to return the allowances assigned to each entrepreneur.

Fundamentally, the system consists of a trade of administrative acts of authorization. As often happens, a new institution is soon imitated, and this also happened in other areas directly connected to the greenhouse gas market, namely in the field of renewable energy and of incentives of energy saving with «green certificates» and «white certificates».

Tradizione storica e nuove frontiere della proprietà intellettuale. A proposito dell'*Avant projet du droit des biens* e dello *European Copyright Code*

Laura Moscati

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Recenti iniziative di rinnovamento e nuovi progetti. La revisione del *Code civil* e il progetto olandese. – 3. Tradizione storica e problemi attuali: a) La proprietà intellettuale e il regime proprietario; b) La modifica della struttura sistematica: la proprietà intellettuale come *droit spécial* o come *domaine autonome* (dal *Code civil* alla ricodificazione); c) I grandi sistemi di *copyright* e *droit d'auteur*: le comuni radici europee; gli sviluppi paralleli; le prospettive unificanti. – 4. Tradizione e innovazione nei problemi aperti tra *copyright* e *droit d'auteur*: a) Diritti morali; b) Eccezioni e limitazioni; c) Formalità. – 5. Dalla nascita della tutela internazionale al tramonto del diritto esclusivo?: a) Le prime convenzioni internazionali; b) La Convenzione di Berna e le sue revisioni; c) Le sfide tecnologiche e i limiti dei sistemi internazionali di tutela.

1. *Introduzione*

Grandi fermenti animano la proprietà intellettuale che oggi offre nuovi e importanti argomenti di discussione. Si tratta di iniziative strettamente collegate alla Direttiva 29/2001/CE¹ che, ormai 10 anni fa, ha voluto armonizzare i diritti europei con un'impronta di forte garantismo per l'autore e che ha avuto come conseguenza, visibile e immediata, un moltiplicarsi delle iniziative nazionali più che un'armonizzazione vera e propria². La trasposizione della Direttiva operata con una legislazione specifica come in Francia³ o novellando la legge vigente come in Italia⁴ si è occupata soprattutto dalla copia privata, dell'accesso legittimo e dei dispositivi anticopia spesso con so-

¹ 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.

² M. WALTER - S. VON LEWINSKI, *European Copyright Law: a Commentary*, Oxford, 2010, 1523.

³ Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁴ Legge 22 aprile 1941 n. 633. Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (Testo consolidato al 9 febbraio 2008).

luzioni normative ben più restrittive della Direttiva stessa⁵. Mi riferisco in particolare ai lunghi iter legislativi seguiti in Francia per la DAVSI e le HADOPI I e II⁶ e in Italia per il Decreto Bondi⁷. Essi sono stati oggetto di numerosi dibattiti a cui hanno partecipato gli stessi autori⁸.

Per la proprietà intellettuale siamo, oggi, di fronte ad alcune trasformazioni significative interne alla struttura normativa e sistematica esistente o innovative esse stesse. La Direttiva e la sua applicazione hanno posto e continuano a porre una serie di problemi che incide sulla sua stessa essenza concettuale, facendo emergere luci e ombre che la tradizione storica ha più volte evidenziato e cercato di risolvere. In realtà, la Direttiva in questione e quelle che ne sono derivate⁹ hanno rafforzato l'idea proprietaria dei diritti degli autori. Alcuni studiosi hanno lanciato con maggiore insistenza un forte richiamo di attenzione sulla difficoltà di continuare ad applicare il modello proprietario che ha compiuto i 300 anni di vita e che negli ultimi tempi può essere tacciato di iperprotezionismo e non rispondere alle esigenze sempre più forti di "eccezioni e limitazioni"¹⁰.

⁵ Cfr. P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002, I, 591 e ss.

⁶ *Loi n. 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*; *Loi n. 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*; *Loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*. Cfr. E. DERIEUX - A. GRANCHET, *Lutte contre le téléchargement illégal. Lois DAVSI et HADOPI*, Rueil-Malaison, 2010.

⁷ Cfr. *Decreto-Legge 30 aprile 2010 n. 64*.

⁸ Esemplificativa la posizione di Charles Aznavour che ha consegnato nel marzo 2006 al presidente dell'Assemblea Nazionale Jean-Louis Debré una petizione di 10.000 firme contro la *licence globale*.

⁹ Alla Direttiva in questione ne sono, infatti, seguite altre tra il 2001 e il 2008, che riguardano la tutela effettiva, la durata dei diritti, compresi quelli connessi.

¹⁰ Soprattutto l'art. 5.5 della Direttiva è stato oggetto di importanti riflessioni dottrinarie e di recenti congressi. Cfr. in particolare S. RICKETSON, *WIPO study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment*, in *Standing committee on copyright and related rights, Ninth Session Geneva*, giugno 2003; G. CAVANI, *Le utilizzazioni libere nel campo del diritto d'autore. Esperienze a confronto: la fair use exemption del diritto nordamericano e la disciplina nazionale per casistica*, in *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale. II Convegno nazionale dell'Associazione dei professori di diritto commerciale*, Roma 11-12 febbraio 2011; P. SPADA, *Les enjeux des «exceptions et limitations» au droit d'auteur et la mystique dominicale de la propriété intellectuelle*, in *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives*

Credo che la questione di maggiore rilevanza, per uno storico del diritto che non voglia travalicare troppo le competenze del proprio mestiere, sia quella di indagare le radici dei problemi e di individuare le prospettive per il futuro. Se ancora oggi non si è trovato (o non si è voluto trovare) un modello alternativo di tutela delle opere dell'ingegno che possa validamente sostituire quello proprietario, sarebbe necessario indagare la natura di quel diritto come avevano cominciato a fare alcuni giuristi francesi della prima metà dell'800¹¹. Con l'emergere del pensiero tedesco, nella seconda metà del secolo, è cominciata a vacillare la certezza dell'assimilazione della proprietà intellettuale allo schema proprietario e si è attribuito maggior rilievo ai diritti della persona e alla tutela dei diritti morali. Nonostante l'importanza del pensiero di Kohler e della sua teoria dell'*Immaterialgüterrecht*, non sembra che la concettualizzazione della dottrina tedesca, pur avendo favorito indagini rinnovate e approfondite, abbia portato a definire una volta per tutte la natura di questi diritti¹².

In tal senso è esemplificativo che il problema terminologico, a lungo oggetto di riflessioni di grande rilevanza, non abbia prodotto effetti significativi se non che in alcune legislazioni nazionali e nelle convenzioni sovranazionali al termine proprietà si sia, con una certa omogeneità di intenti, sostituito quello di diritto esclusivo o che nei singoli diritti nazionali si siano usati vocaboli alternativi. Ma sempre senza tornare ad indagare la reale natura del complesso dei diritti che afferiscono alla proprietà intellettuale.

2. *Recenti iniziative di rinnovamento e nuovi progetti. La revisione del Code civil e il progetto olandese*

Assistiamo oggi ad alcune iniziative che comportano un rinnovamento sia a livello sistematico sia a livello sostanziale e che possono essere comprese e inquadrare alla luce dell'esperienza passata che ha fortemente segnato i problemi del presente. Mi riferisco in

dans l'Union européenne, Parigi 21 marzo 2011, che ho potuto leggere per la cortesia dell'autore.

¹¹ Mi riferisco a J.-M. PARDESSUS e a A.Ch. RENOARD, sul cui contributo cfr. L. MOSCATI, *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle in Europe*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 47 (2008), 149-171.

¹² F. RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, Paris, 1927.

particolare al progetto di revisione del libro II del *Code civil* francese e allo *European Copyright Code* olandese che è apparso da un anno e che, a quanto mi risulta, non ha ancora avuto un commento nel mondo di *civil law*¹³.

Con la sentenza del 2006 il *Conseil constitutionnel* francese ha argomentato, tra l'altro, la propria decisione, che aveva ad oggetto alcuni articoli della legge sul diritto d'autore appena promulgata, con la considerazione che la proprietà figurava tra i diritti dell'uomo consacrati dalla dichiarazione dell'89 e che le finalità e le condizioni di esercizio del diritto di proprietà avevano subito da allora un'estensione del campo d'applicazione a domini nuovi tra cui in particolare la proprietà intellettuale¹⁴.

Il *Code civil* poteva non considerare l'esistenza di questi beni – anche se da studi effettuati ciò non è verosimile¹⁵ – ma in seguito l'esclusione può sembrare una scelta volontaria. Questa posizione innovativa e decisa ha avuto un'immediata conseguenza all'interno del programma inteso di revisione del *Code civil* che, a cavallo del bicentenario, ha visto fiorire alcune iniziative di revisione di parti del Codice. In questo modo, che ha portato al recente «avant-projet» di riforma del libro dei beni sotto la guida di H. Perinet-Marquet¹⁶, è stato possibile riflettere sull'opportunità di reinserire uno o più articoli sulla proprietà intellettuale all'interno del codice rivisto o, diciamo noi, nel *Code de commerce*, secondo la tradizione dottrinale che, a partire dal XIX secolo, ha incluso la materia nei corsi di diritto commerciale.

Nel Progetto francese di riforma del libro dei beni si riconosce che la proprietà intellettuale non è mai stata inserita nel Codice e ci

¹³ Per alcuni cenni nel mondo di *common law*, cfr. E. ROSATI, *The Wittem Group and the European Copyright Code*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 5 (2010), 862-868; e H.L. MACQUEEN - E. CLIVE - L. MACGREGOR, *A European Copyright Code*, in *European Private Law News*, *Edinburgh Law School*, 21 luglio 2010.

¹⁴ Cfr. *Décision n. 2006-540 DC* del 27 luglio 2006.

¹⁵ Cfr. L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, in *Rivista di diritto civile*, 52 (2006), 179-197.

¹⁶ L'Associazione Henry Capitant ha istituito, nel luglio 2006, un gruppo di lavoro per la riforma del diritto dei beni, presieduto da Hugues Périnet-Marquet, di cui si può già vedere *L'immeuble et le code civil, in 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, a cura dell'Université Panthéon-Assas, Paris, II, Paris, 2004, 395-408. Per i risultati ottenuti, cfr. *Propositions de l'Association Henri Capitant pour un réforme du droit des biens*, Paris, 2009.

si domanda se si tratti di un *droit spécial* o di un *domaine autonome*¹⁷. Così, con l'art. 517, il progetto prevede che le disposizioni del II libro non rechino pregiudizio al diritto particolare disciplinato dal *Code de la propriété intellectuelle*¹⁸. Ma l'innovazione sistematica fatta dai riformatori del libro II da un lato sostanzia e ratifica l'attuale tendenza all'iperprotezione dell'autore, dall'altro lato sembra escludere una rinnovata attenzione ai problemi della natura di questi diritti, dandoli piuttosto per acquisiti. Mi riferisco al rapporto con la proprietà *tout court*, su cui torneremo, che ha portato la dottrina dell'Ottocento a scrivere pagine memorabili dettate più dall'ansia di tutelare l'autore che non da un interesse vero e proprio allo specifico studio di questi diritti.

Ci si poteva aspettare di più¹⁹, anche se i redattori del progetto ritengono che “ce domaine est très profondément communautarisé et que l'importation des règles du Code civil pourrait se trouver en porte à faux avec les nombreuses directives applicables à la matière”²⁰. Il fatto che il *Code de la propriété intellectuelle* prevalga sul Codice civile deriva dalla specificità dell'oggetto, da certi strumenti di tutela e dalla comunitarizzazione della disciplina. Ce n'è un'eco anche in materia di possesso, le cui regole si applicano solo ai mobili corporali²¹, mentre quelli incorporali sono disciplinati da leggi speciali²². Al contrario, però, sta la norma sull'usufrutto che riguarda sia i beni corporali sia quelli incorporali²³.

¹⁷ Cfr. F. POLLAUD-DULIAN, *Le patrimoine et les biens qui le composent*, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour un réforme du droit des biens*, cit., 17.

¹⁸ Per un primo commento cfr. F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2 (2009), 211-244 e in questo stesso colloquio G.B. FERRI, *L'Avant-projet dell'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens e l'attualità del “modello” codice civile*.

¹⁹ È anche l'opinione di A. LUCAS, *Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle*, in *Les modèles propriétaires au XXI^{ème} siècle*, Poitiers 11-12 dicembre 2009, 6, che ho potuto consultare per la cortesia dell'autore.

²⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le patrimoine et les biens qui le composent*, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour un réforme du droit des biens*, cit., 20.

²¹ *Propositions de l'Association Henri Capitant pour un réforme du droit des biens*, cit., artt. 555-556.

²² *Propositions de l'Association Henri Capitant pour un réforme du droit des biens*, cit., art. 558.

²³ *Propositions de l'Association Henri Capitant pour un réforme du droit des biens*, cit., art. 575, secondo cui l'usufrutto «peut être établi sur toute espèce de biens ou toute ensemble de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels».

Al di là del riconoscimento della proprietà intellettuale con il rinvio al complesso specifico di regole che la compongono, il progetto di riforma del libro dei beni avrebbe anche potuto essere l'occasione per riflettere sull'autonomia delle regole relative al diritto d'autore e sulla specificità del loro oggetto, per verificare non solo l'opportunità di un loro reinserimento ma anche e soprattutto per renderlo auspicabile, prevedendo una sezione speciale e autonoma per la costruzione delle singole fattispecie al fine di rispondere alle tendenze attuali.

Lo *European Copyright Code* o *Wittem Project* dell'aprile 2010²⁴ è un progetto specifico nato dall'iniziativa di alcuni studiosi e finanziato dal governo olandese, che vuole essere un modello per una legislatura futura in Europa e nei singoli Stati. Nonostante i dieci anni trascorsi dalla Direttiva e quelli ancora più numerosi di giurisprudenza, gli Stati membri dell'UE continuano a mancare di uniformità. Il tentativo del *Wittem Group* può essere considerato un punto di partenza per una valutazione di un disegno unitario della proprietà intellettuale in Europa che fa riflettere anche il mondo di *common law*²⁵. Il testo va, quindi, considerato a fronte delle stesse fonti utilizzate dai compilatori e cioè della Direttiva, dell'*acquis communautaire*, della Convenzione di Berna, della Carta dei diritti fondamentali e delle norme dei singoli stati membri su cui potrebbe avere anche una specifica influenza, come il tentativo di armonizzazione dei diritti in materia, a seguito della Direttiva del 2001, ha contribuito significativamente allo sviluppo delle leggi nazionali.

Ma lo *ECC* non sembra concepito specificamente per i paesi dell'UE e quindi per il sistema di *civil law*, ma piuttosto elaborato con l'intento dell'unificazione dei due sistemi, a cominciare dallo stesso titolo (*copyright* e *code*). Questa concezione trova la sua più immediata conferma nella posizione che viene data all'autore all'interno del progetto a cavallo tra i due sistemi: un po' meno garantista per quello di *civil law*, un po' di più per quello di *common law*. In effetti, tutto il progetto sembra ispirato all'armonizzazione.

²⁴ *The Wittem Project. European copyright code*, April 2010, consultabile in www.copyrightcode.eu.

²⁵ J.C. GINSBURG, "European Copyright Code" - Back to First Principles (with some additional detail), in *Journal of the Copyright Society of the USA*, 58 (2011), 265-299.

Vi sono, però, alcuni elementi da sottolineare in via generale. Rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dove è affermato il principio della protezione della proprietà intellettuale, ma non lo strumento²⁶, lo *ECC* risulta il frutto di principi propri dei diversi sistemi²⁷. E soprattutto la posizione proprietaria centrale assunta rispetto al *Draft* dello *European Private Law*²⁸, in cui il diritto di proprietà risulta marginale. La definizione del diritto d'autore prende le mosse dalla persona stessa dell'autore: "The author of a work is the natural person or group of natural persons who created it"²⁹, a cui vengono attribuiti, come un Giano bifronte, i due principali elementi che caratterizzano il complesso dei diritti: "The author of the work has the moral rights"³⁰ e "The initial owner of the economic rights in a work is its author"³¹. I diritti economici che appartengono all'autore sono così esplicitati: "The economic rights in a work are the exclusive rights to authorise or prohibit the reproduction, distribution, rental, communication to the public and adaptation of the work, in whole or in part"³². Anche se non si utilizza il termine proprietà è evidente l'iscrizione di questi diritti al mondo dominicale.

Punto focale dello *ECC*, strettamente connesso con la Direttiva europea e in netta opposizione con questa, è quello relativo ai limiti e alle eccezioni³³ che vengono ampliati non tanto nel numero quanto e soprattutto nella flessibilità che li caratterizza. Alla luce dei nuovi sviluppi tecnologici, infatti, i redattori del *draft* ritengono che essi debbano essere suscettibili di ampliamenti in ragione delle nuove esigenze. Altro elemento di grande rilevanza è quello relativo ai diritti morali³⁴ che risultano rafforzati rispetto alla Convenzione di Berna, ma non ad alcuni diritti nazionali e che sono limitati nel tempo, con un allontanamento forte dalla tradizione del *droit d'auteur*.

²⁶ *Consolidated Version of the Treaty on European Union* (2008/C 115/01), art. 6.

²⁷ Ciò è dimostrato anche dalla sua brevità: 28 articoli con 58 note.

²⁸ CHR. VON BAR, E. CLIVE AND H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* Outline Edition, Munich, 2009.

²⁹ *ECC*, art. 2.1.

³⁰ *ECC*, art. 2.2.

³¹ *ECC*, art. 2.3 (1).

³² *ECC*, art. 4.1.

³³ *ECC*, cap. 5: *Limitations*.

³⁴ *ECC*, cap. 3: *Moral Rights*.

3. *Tradizione storica e problemi attuali*

Siamo, quindi, di fronte a una serie di problemi che affondano le loro radici nella tradizione storica e che trovano oggi una base di discussione nei due progetti presi in esame. Mi riferisco al rapporto tra la proprietà intellettuale e il regime proprietario che ha compiuto i 300 anni di storia; alla modifica della struttura sistematica; alla proprietà intellettuale come *droit spécial* o *domaine autonome* (dal *Code civil* alla ricodificazione) e all'inquadramento del discorso nei due grandi sistemi di *copyright* e *droit d'auteur*, con le comuni radici europee, gli sviluppi paralleli e le prospettive unificanti.

a) *La proprietà intellettuale e il regime proprietario*

Quanto al primo punto sono proprio le origini storiche che ci fanno capire le difficoltà del presente. Il nostro discorso ha la sua genesi in Inghilterra nel XVII secolo – piuttosto che in Germania secondo una teoria che fa capo a Kohler³⁵ – dove un gruppo di intellettuali, tra cui in particolare Locke, sostenuti dalla giurisprudenza, richiede l'attribuzione agli autori della proprietà delle loro opere o per un tempo limitato prima che queste ricadano nel dominio pubblico o, in taluni casi, perpetua come quella dei beni materiali³⁶. Il loro impegno è forte e incisivo anche in sede parlamentare, ma lo Statuto di Anna che viene emanato nel 1710 rispecchia solo in parte le loro aspettative, come il limite temporale già ricordato, e gli autori non sono considerati proprietari dell'opera ma destinatari, insieme ad altri (stampatore, editore, etc.), di un diritto esclusivo su quest'ultima, in quanto il legislatore ha utilizzato l'autore più per bloccare il monopolio librario che per tutelare la proprietà della sua opera³⁷.

Con lo Statuto di Anna, che ha appena compiuto i 300 anni di storia, si apre la strada al *copyright* angloamericano che seguirà un cammino autonomo rispetto al *droit d'auteur* caratteristico del mondo continentale, sulla cui formazione, però, il pensiero di Locke

³⁵ F. RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, cit., 7.

³⁶ Cfr. L. MOSCATI, *Un Memorandum di John Locke tra Censorship e Copyright*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 76 (2003), 69-89.

³⁷ 8 Annae c. 19, in *The Statutes at Large...*, IV, London, 1769, 417-419, su cui cfr. L. MOSCATI, *Lo Statuto di Anna e le origini del copyright*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3671-3688.

ha avuto una forte influenza. La dottrina francese e soprattutto i *philosophes* ne ampliano la portata e costruiscono per gli autori un diritto strettamente legato a quello del regime proprietario e del tutto paritetico con esso, richiedendo per gli eredi diritti perpetui³⁸. Forse, come direbbe autorevolmente Paolo Spada, perché lo schema proprietario è stato prontamente accolto come strumento “funzionale”³⁹, dai giusnaturalisti inglesi e dai *philosophes* francesi e soprattutto ritenuto garantista e semplice da essere applicato. Per queste ragioni, fin dalla metà del XIX secolo, all’epoca dei primi congressi internazionali e delle prime convenzioni internazionali fino a quella di Berna del 1886 sulla proprietà intellettuale volti alla ricerca di una tutela multilaterale, si è sempre posta in discussione la natura del diritto senza arrivare a soluzioni. Lo stesso discorso vale soprattutto per la dottrina che tra 800 e 900 si è interrogata sulla questione⁴⁰, arrivando a soluzioni non omogenee che hanno talvolta rivisto le tradizionali categorie dei beni.

Anche in questo caso il legislatore francese alla fine del XVIII secolo disattende le richieste della dottrina e concede all’autore la proprietà dell’opera e i diritti esclusivi sulla sua utilizzazione economica per tutta la sua vita e per 10 anni dopo la sua morte. La differenza con il legislatore inglese è, però, notevole dato che l’autore è l’unico destinatario dei diritti e ha un diritto di proprietà sull’opera perfettamente paragonabile al regime proprietario con la sola esclusione dell’imposizione del limite temporale per gli eredi⁴¹.

³⁸ Cfr. L. MOSCATI, *Alle radici del droit d’auteur*, in F. LIOTTA (ed.) *Studi di Storia del diritto*, Bologna, 2007, 262-341.

³⁹ Tra i vari contributi di Paolo Spada, si veda in particolare: *Copia privata ed opere sotto chiave*, cit.; ID., *Parte generale*, in P. AUTERI - G. FLORIDIA - V. MANGINI - G. OLIVIERI - M. RICOLFI - P. SPADA, *Diritto industriale proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2005; ID., *La proprietà intellettuale tra «reale e virtuale»: un guado difficile*, in *Diritto dell’internet*, 5 (2007), 437-440.

⁴⁰ F. RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, cit. Con particolare riguardo alla dottrina francese, cfr. L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d’auteur au XIX^e siècle*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 72 (2004), 103-125.

⁴¹ *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d’écrit, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*, 19-24.7.1793 in *Bulletin des lois*, IV, n. 615, Paris, 1835, 307-310, su cui cfr. L. PFISTER, *L’auteur, propriétaire de son œuvre? La formation du droit d’auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, I, Université Strasbourg III, 1999, 467-488; L. MOSCATI, *Alle radici del droit d’auteur*, cit., 286-288.

Proprio questo limite o, se vogliamo, la costruzione di una proprietà *sui generis* (e cioè limitata nel tempo) determina non solo i dibattiti dottrinari del secolo successivo e le difficoltà a indagare la natura di questi diritti, ma anche e soprattutto la loro esclusione dall'imminente codificazione. La proprietà degli autori non trova posto nel libro sulla proprietà del *Code civil* ma viene relegata alla legislazione speciale, discussa e collocata in appendice da Locré e lo stesso Napoleone la definisce *propriété incorporelle*⁴² con una chiara configurazione dei beni immateriali che trovano in questo periodo la loro prima individuazione. Il modello francese così costruito e basato in particolare sull'archetipo proprietario, ma di una proprietà limitata nel tempo, viene recepito nella sostanza in Europa e oltre⁴³. La sua concezione sistematica, invece, è uno dei principali motivi di allontanamento di numerosi paesi europei già all'indomani dell'applicazione del modello, come dimostrano alcune codificazioni europee, dal Codice del Baden, alle codificazioni italiane preunitarie e nazionali, alla codificazione portoghese, a quella spagnola e a quelle di alcuni Stati dell'America del centro e del sud. Tutte inseriscono la materia all'interno dei codici anche se con specifiche peculiarità⁴⁴.

È chiaro, alla luce delle brevi considerazioni effettuate, che ancora oggi siano presenti nelle discussioni del *Conseil constitutionnel* e nel progetto di modifica del II libro i problemi lasciati aperti dalla tradizione storica.

b) *La modifica della struttura sistematica: la proprietà intellettuale come droit spécial o come domaine autonome (dal Code civil alla ricodificazione)*

Quanto al secondo punto, esso è strettamente connesso con il primo e riguarda proprio la configurazione sistematica. I redattori attuali si chiedono se siamo di fronte a un *droit spécial* o a un *domaine autonome*. In un lavoro di qualche anno fa ho cercato di porre

⁴² L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, cit.

⁴³ Con l'eccezione del Messico, Guatemala e Venezuela che prevedono una proprietà perpetua: cfr. CH. LYON-CAEN - J. DELALAIN, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique, suivies des conventions internationales conclues par la France pour la protection des œuvres de littérature et d'art*, I, Paris, 1889, XXXI-XXXII.

⁴⁴ Cfr. L. MOSCATI, *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe*, cit., 160-162.

in luce il rapporto tra codice e leggi speciali che caratterizza le radici e il destino della proprietà intellettuale⁴⁵. E non si tratta di un problema solo formale, ma dal ricco inquadramento sostanziale⁴⁶. Se, come ha sostenuto di recente André Lucas⁴⁷, il rapporto con il diritto proprietario deve essere affrontato entrando nella stessa sostanza del diritto e verificando se tutte le fattispecie afferenti al regime proprietario siano soddisfatte ascrivendo la proprietà intellettuale al mondo dominicale, è la natura stessa del diritto che deve essere indagata non limitandosi all'uso terminologico e alla facile applicazione dell'archetipo proprietario che già aveva richiamato l'attenzione di qualche voce dissonante del XIX secolo, più o meno nota come quella del nostro Manzoni⁴⁸. Forse un'analisi approfondita delle diverse tipologie proprietarie, anche sulla base della trasformazione degli studi che si è verificata sia sulla tradizione storica⁴⁹, sia sulle forme odierne⁵⁰, che voglia privilegiare gli aspetti altri del problema, potrà meglio chiarire il rapporto tra regime proprietario, proprietà intellettuale e, più in generale, beni immateriali.

c) *I grandi sistemi di copyright e droit d'auteur: le comuni radici europee; gli sviluppi paralleli; le prospettive unificanti*

Il terzo e ultimo dei problemi esaminati riguarda l'avvicinamento dei due grandi sistemi di protezione dei diritti dell'autore, il *droit d'auteur* e il *copyright*, che sono sempre stati considerati

⁴⁵ Cfr. L. MOSCATI, *Sul diritto d'autore tra Codice e leggi speciali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 9-10/11-12 (2001), 655-681.

⁴⁶ L'importanza del problema, ancora oggi ribadita dalle discussioni al *Conseil constitutionnel* francese, è sfuggita a U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, 2010 (p. 202) che non conosce la tradizione plurisecolare dello *jus singulare*.

⁴⁷ Cfr. A. LUCAS, *Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle*, cit.

⁴⁸ Cfr. L. MOSCATI, *Il caso Manzoni-Le Monnier*, in corso di stampa.

⁴⁹ I problemi del rapporto tra regime proprietario e proprietà intellettuale alla luce del contributo della dottrina francese nel XIX secolo è presente nell'importante lavoro di M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, Paris, 2004. Già F. RUFFINI (*De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, cit., 22 e ss.) aveva sottolineato i limiti che la mancata analisi della natura dei diritti degli autori aveva provocato nella stessa ricostruzione dell'istituto della proprietà intellettuale.

⁵⁰ Cfr. in tal senso il lavoro di M. DAVIES, *Property. Meanings, histories, theories*, New-York, 2007 e soprattutto ora G. ALPA - A. FUSARO, *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, Matera, 2011.

profondamente diversi e che da alcuni decenni tendono a uniformarsi, e cioè da quando gli USA hanno finito per aderire nel 1989⁵¹ alla Convenzione di Berna, consentendo in tal modo di trovare la radice dell'insita tendenza all'armonizzazione presente nello ECC.

In realtà, proprio l'analisi storica può ancora una volta spiegare la tendenza attuale alla convergenza tra i due sistemi, per le origini europee comuni che ne sono alla base, i cui germi si rintracciano proprio in Italia, si sviluppano in Inghilterra e in Francia, ramificandosi nei due grandi sistemi del *copyright* e del *droit d'auteur* e da quest'ultimo successivamente si irradiano nei diversi Paesi europei con una base comune. Il diritto d'autore nasce come fenomeno europeo con la promulgazione quasi contemporanea, intorno alla metà del XVI secolo, di tre testi normativi, in Inghilterra nel 1534 da Enrico VIII⁵², a Venezia nel 1544 dal Maggior Consiglio⁵³, in Francia nel 1566 da Carlo IX⁵⁴. In essi si prevedeva l'obbligo del privilegio di stampa e della censura preventiva, racchiudendo simbolicamente la posizione degli autori fino al XVIII secolo, in cui vennero promulgate le prime leggi in materia.

Il discorso unitario è stato interrotto proprio dalla promulga-

⁵¹ *Berne Convention Implementation Act of 1988*, 17 USC 101, con alcune divergenze tra cui il prerequisito della registrazione e la non adesione all'art. 6-bis che tutela i diritti morali.

⁵² D. WILKINS, *Concilia Magnae Britanniae et Hiberniae, ab anno MCCCL ad annum MDXLV*, III, Londini, 1737, 776: 19 dicembre 1534. Sotto Enrico VIII vi è una petizione del Sinodo della provincia di Canterbury al Re affinché i libri sediziosi vengano presentati a persone nominate dal Re e che la Bibbia sia scritta in inglese. Il Re, essendo stato informato che aumentavano nel Regno i libri contrari alla religione, decide che i libri da stampare devono essere prima esaminati e recare le parole "cum privilegio regali" (p. 777).

⁵³ H. BROWN, *The Venetian Printing Press*, London, 1891 (rist. anast. Amsterdam, 1969), 211: 30 dicembre 1544. Il Consiglio delibera che le opere da stampare devono essere sottoposte ai riformatori dello Studio di Padova per il benessere per la stampa. Per gli autori che stampano contro questo ordine sono previste pene severe.

⁵⁴ Cfr. *Ordonnance sur la réforme de la justice*, in F. ISAMBERT (ed.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789...*, XIV/I, Paris, 1829, 210-211. Nell'art. 78 si dice espressamente: «Défendons aussi à toutes personnes que ce soit, d'imprimer ou faire imprimer aucuns livres ou traités sans notre congé et permission, et lettres de privilège expédiées sous notre grand scel: auquel cas aussi enjoignons à l'imprimeur d'y mettre et insérer son nom, et le lieu de sa demeure, ensemble ledit congé et privilège, et ce sur peine de perdition de biens, et punition corporelle».

zione dello Statuto di Anna, che segna un'impronta del diritto inglese e americano⁵⁵, nel privilegiare l'editore rispetto all'autore, con differenziazioni profonde dagli ordinamenti giuridici continentali, contrassegnati fin dalle origini dalla centralità della posizione dell'autore, con l'attribuzione delle prerogative di carattere patrimoniale, ma subito dopo con l'esaltazione della creatività e con il fatidico ma inesorabile emergere del diritto morale.

Il sistema americano si è solo in questi ultimi decenni progressivamente allineato alle leggi europee: le opere sono protette per 70 anni esattamente come da noi⁵⁶; si constata sempre di più che la giurisprudenza americana tende a tutelare, all'interno dei diritti morali, quello di paternità e di integrità⁵⁷. Così, il diritto americano, allineandosi al diritto continentale, ha fatto sì che la tradizione del passato si fondesse con le ragioni del presente. Tutto questo è avvenuto senza che fosse necessario in alcun modo vedere un antico e antistorico legame tra i due mondi, come è chiaro dalle indagini storiche effettuate e come è confermato da un recente e raffinato scritto di André Lucas⁵⁸.

4. *Tradizione e innovazione nei problemi aperti tra copyright e droit d'auteur*

Ma l'avvicinarsi dei due sistemi ha inevitabilmente posto e pone una serie di problemi interni alla struttura dei due sistemi di *copyright* e *droit d'auteur* e strettamente legati alla loro diversa natura, che vengono riproposti con forza dalla Direttiva dell'UE e dallo ECC. Si

⁵⁵ La Costituzione americana (art. I, §. 8, cl. 8) è preceduta da una serie di atti con cui si prendeva a modello il *copyright* inglese, tra cui è interessante sottolineare che il Connecticut ne promulga uno dal titolo: *An Act for the Encouragement of Literature and Genius*. Cfr. O. BRACHA, *Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America*, in *Privilege and Property. Essays on the History of Copyright*, ed by R. DEAZLEY - M. KRETSCHMER - L. BENTLY, Cambridge, 2010 che raccoglie alcuni risultati di un'iniziativa consultabile in www.copyrighthistory.org/.

⁵⁶ Il *Copyright Term and the Public Domain in the United States* del 1 gennaio 2011 estende a 70 anni il termine di durata dei diritti ereditari.

⁵⁷ Cfr., *infra*, 126.

⁵⁸ Cfr. A. LUCAS, *Le rapport Le Chapelier: retour vers la conception jusrnaturaliste du droit d'auteur français*, in *Droit de la propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Paris, 2010, 341-359.

tratta in particolare di quelli relativi ai diritti morali, alle limitazioni e eccezioni e alle formalità, con soluzioni che restano spesso aperte o non appaganti.

a) *Diritti morali*

Quanto ai primi che, come è noto, sono propri del sistema del *droit d'auteur* e solo di recente hanno avuto attenzione negli USA, le radici storiche ne segnano un'origine decisamente più tarda rispetto allo sfruttamento economico dell'autore. Alcuni diritti afferenti alla persona avevano già avuto un riconoscimento implicito dopo l'invenzione della stampa. Mi riferisco alla subordinazione della stampa alla dimostrazione del consenso dell'autore con l'indicazione del nome, ritenuto da Locke obbligatorio⁵⁹, mentre prima non era considerato elemento necessario e soprattutto alla creatività che, emersa in Inghilterra nella prima metà del XVII secolo senza un seguito legislativo, trasmigra rapidamente in Francia, dove gli intellettuali del Settecento ne esaltarono gli elementi essenziali. Il suo riconoscimento risale, infatti, alle riflessioni di alcuni intellettuali inglesi e francesi del secolo precedente⁶⁰, che costituiscono un importante punto di contatto tra i due sistemi, che però non trova seguito nel *copyright*.

Anche alcuni testi normativi ne costruiscono talune fattispecie, come il Codice civile austriaco⁶¹ che individua il diritto di ripensamento da parte dell'autore, o il Codice del Baden⁶² il diritto d'intel-

⁵⁹ "To prevent men being undiscovered for what they print, you may prohibit any book to be printed, published, or sold, without the printer's or bookseller's name, under great penalties, whatever be in it...": J. LOCKE, *Memorandum* (ca. 1694), in P. KING (ed.), *The Life and Letters of John Locke*, London, 1858, 376-377. Cfr. L. MOSCATI, *Un Memorandum di John Locke*, cit. e il conseguente lavoro di J. HUGHES, *Locke's 1694 Memorandum*, in *Cardozo Arts & Entertainment*, 27 (2006), 555-572 e di L. ZEMER, *The Idea of Authorship in Copyright*, Aldershot-Burlington, 2007, 147-186.

⁶⁰ Ciò emerge con chiarezza dalle indagini effettuate sui *pamphlets* inglesi e francesi. Per l'Inghilterra cfr. *The Literary Property Debate*, ed. S. PARK, New York, 1974. Per la Francia mi riferisco in particolare alle riflessioni di d'Héricourt e soprattutto alla voce *Génie* di Diderot, in *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres...*, Nouvelle édition, VII, Genève, 1757, 579-583.

⁶¹ Codice civile austriaco, 1811, art. 1168.

⁶² Codice civile del Baden, 1809, art. 577 d-c.

grità, o la Convenzione austro-sarda⁶³ che prevede il «diritto d'impedire l'usurpazione del titolo» e il «diritto al risarcimento del danno subito». O alle norme relative alle «riduzioni» di opere letterarie o musicali considerate produzioni dell'ingegno e non contraffazioni⁶⁴. Fattispecie che possiamo ancora definire ibride ma che senza dubbio tutelano la persona dell'autore.

Solo nel 1900 la *Cour de Cassation* francese utilizza il termine *droit moral* nella sua ampia accezione⁶⁵. In realtà, alcune decisioni francesi e taluni giuristi considerano già nella prima metà del secolo, i diritti morali, anche senza utilizzare espressamente il termine, gli unici diritti perpetui e inalienabili⁶⁶. La giurisprudenza aveva riconosciuto il diritto di integrità fin dal 1814 e quello di paternità fin dal 1835 e la dottrina più raffinata aveva costruito nel contratto di edizione il diritto di integrità dell'opera raffigurando l'editore come un *usufruitier*⁶⁷. Ma, dalla "scoperta" francese al *draft* olandese, il processo è lento e complesso e anche le prime convenzioni internazionali hanno difficoltà a codificare il diritto morale tanto che, dopo un animato dibattito e un articolo specifico nel progetto presentato alla

⁶³ Cfr. *Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. l'Empereur d'Autriche en faveur de la propriété littéraire, et pour empêcher la contrefaçon des productions scientifiques, littéraires et artistiques*, in *Traité publics de la royale maison de Savoie*, VI, Turin, 1844, 156-167, 22 maggio 1840, artt. 11 e 15.

⁶⁴ *Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. l'Empereur d'Autriche*, cit., art. 9.

⁶⁵ Cfr. S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Etude de droit comparé*. I. *L'évolution historique et le mouvement international*, Stockholm, 1967; Y. GENDREAU, *Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 13 (1988), 41-59; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et de la personnalité: étude de droit comparé français et allemand*, I, Aix -en -Provence, 2002; E. ADENEY, *The moral rights of authors and performers - An international and comparative analysis*, Oxford University Press, 2006. Per il diritto francese, si veda in particolare L. PFISTER, *L'auteur, propriétaire de son œuvre? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, II, cit., 621 e ss.

⁶⁶ *Ibid.*, 504-539.

⁶⁷ Cfr. L. MOSCATI, *Alle radici del diritto d'autore*, cit., 327-329; EAD., *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle in Europe*, cit., 157-158 soprattutto per il ruolo svolto dal pensiero e dall'opera di Pardessus. Le teorie di Pardessus risultano ancora attuali anche se non viene ricordato il suo contributo specifico: CH. SIMLER, *L'usufruit du droit d'auteur*, in O. JOUANJAN, *L'esprit de l'Ecole historique du droit*, Strasbourg, 2004, 271-285.

conferenza diplomatica del 1884⁶⁸, la Convenzione di Berna solo nella revisione del 1928 introduce un apposito articolo⁶⁹.

Gli USA, dopo l'adesione alla Convenzione di Berna nel 1989⁷⁰, riconoscono i diritti morali solo nel campo delle arti visive⁷¹. Al di fuori del VARA la giurisprudenza ha contribuito a tutelare i diritti morali, e in particolare quello di paternità, con l'applicazione estensiva di altre leggi americane come il *Lanham Act*. Tuttavia una sentenza della Corte Suprema del 2003, nel caso *Dastar v. Fox*⁷², pone un freno a questo indirizzo giurisprudenziale, mettendo in evidenza la precarietà della posizione degli autori. Sentenze più recenti dimostrano che la strada dei diritti morali negli USA è ancora incerta, come attesta il caso *Jacobsen v. Katzer*⁷³ sulle licenze di *open source*, in cui la Corte federale tutela in via indiretta gli interessi degli autori sia per quanto attiene all'attribuzione che all'integrità dell'opera.

Oggi in Europa il problema è più complesso. La Direttiva dell'UE non interviene, rimandando su questo punto ai singoli diritti nazionali⁷⁴, mentre il *draft* olandese dà largo spazio alla tutela dei di-

⁶⁸ L'art. VIII così recita: "Il est entendu qu'il devra toujours être fait mention du nom de l'auteur ou de la source à laquelle seront empruntés les extraits, morceaux, fragments ou écrits dont il s'agit dans les deux paragraphes précédents». Cfr. *Draft convention respecting the formation of a General Union for the Protection of the Rights of Authors formulated by the 1884 Diplomatic Conference at Berne (original French text)*, in *Miscellaneous Documents relating to the Origins of the Berne Convention and its development*, in S. RICKETSON - J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford, 2006², App. 2, 1360.

⁶⁹ Si tratta, come è noto, dell'art. 6-bis.

⁷⁰ Cfr. nota 51.

⁷¹ Cfr. *Visual Artists Rights Act (VARA)*, 17 U.S.C. § 106A.

⁷² Cfr. *Dastar v. Fox*, 533 U.S. 23 (2003). La Corte Suprema stabilisce che "...in construing the Lanham Act, we have been careful to caution against misuse or over-extension of trademark and related protections into areas traditionally occupied by patent or copyright". Sulla base di questo presupposto, continua la Corte, "... the phrase origin of goods...refers to the producer of the tangible goods that are offered for sale, and not to the author of any idea, concept, or communication embodied in those goods". Sulla sentenza cfr. J.C. GINSBURG *The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law*, in *Houston Law Review*, 41 (2004), 263-307.

⁷³ *Jacobsen v. Katzer*, 535 F.3d 1373 (Fed. Circ. 2008).

⁷⁴ Cfr. *Direttiva 2001/29/CE*, cit., art. 19: "I diritti morali dei titolari dei diritti devono essere esercitati in base al diritto degli Stati membri nel rispetto delle disposizioni della convenzione di Berna, sulla protezione delle opere letterarie e artistiche, del trattato WIPO sul diritto d'autore e del trattato WIPO sulle interpretazioni, le esecuzioni e

ritti morali durante la vita degli autori⁷⁵, ma ritiene che il diritto di divulgazione, invece, si esaurisce con la stessa vita dell'autore⁷⁶ ed è dell'avviso di porre termini diversi per l'esercizio da parte degli eredi dei singoli diritti (paternità, integrità), anche se ne lascia in sospeso l'entità⁷⁷.

È stato sostenuto che il *draft* propone per la prima volta in Europa un ampio riconoscimento dei diritti morali e questo costituisce un avanzamento dal punto di vista dei diritti degli autori⁷⁸. Ci permettiamo di dissentire perché non sono previsti limiti ai diritti morali né nel *Code de la propriété intellectuelle* francese⁷⁹ né nella legge italiana sul diritto d'autore del 1941 e nelle sue revisioni⁸⁰; e la Convenzione di Berna, nell'art. 6-*bis* li tutela almeno fino all'estinzione dei diritti economici, rinviando poi alle legislazioni nazionali. Inoltre, nelle risoluzioni della conferenza diplomatica di Roma del 1928, su proposta della Delegazione italiana, è stata assicurata la salvaguardia del diritto morale dopo la morte dell'autore⁸¹.

La scelta dai redattori dello ECC è ancora una volta fatta sull'onda dell'armonizzazione dei due sistemi⁸². Il modello ispiratore sembra essere da un lato quello del *copyright* canadese⁸³ che in tema

i fonogrammi. Detti diritti morali non rientrano pertanto nel campo di applicazione della presente direttiva”.

⁷⁵ Cfr. ECC, cap. 3.

⁷⁶ Cfr. ECC, art. 3.2.

⁷⁷ Cfr. ECC, artt. 3.2-3.4.

⁷⁸ Cfr. J.C. GINSBURG, “*European Copyright Code*”, cit., 4-5.

⁷⁹ *Code de la Propriété Intellectuelle*, artt. 121.1-121.9.

⁸⁰ *Legge 22 aprile 1941 n. 633*, artt. 20-23.

⁸¹ “La Conférence émet le voeu que les Pays de l'Union envisagent la possibilité d'introduire dans les législations respectives, qui ne contiendraient pas de dispositions à cet égard, des règles propres à empêcher qu'après la mort de l'auteur son oeuvre ne soit déformée, mutilée ou autrement modifiée au préjudice de la renommée de l'auteur et des intérêts de la littérature, de la science et des arts”: cfr. *Resolutions of the 1928 Diplomatic Conference at Rome*, in *Miscellaneous Documents relating to the Origins of the Berne Convention*, cit., 1365.

⁸² Secondo lo ECC (nota 22) “It was generally felt by the members of the group that not all moral rights merit the same term of protection, and that the right of divulgation might expire following the death of the author, whereas other moral rights could remain protected for a certain period post mortem. Note however that general rights of privacy might still prevent unauthorized publication post mortem of unpublished works”.

⁸³ Cfr. T. SCASSA, *Canadian Copyright Law in Transition*, <http://www.atrip.org/Content/Activities/Scassa%20Copyright%20Law%20in%20Canada.pdf>. Ringrazio viva-

di diritti morali è più vicino all'Europa con una tutela più forte rispetto agli USA – come è dimostrato da una sentenza della Corte Suprema⁸⁴ pronunciata ancora prima della promulgazione del *Copyright Act* – ma limitatamente alla vita dell'autore, senza tenere in conto i diritti ereditari, con lo stesso termine dei diritti di sfruttamento economico⁸⁵. La stretta connessione tra diritti morali ed economici in Canada è messa in evidenza da una recente sentenza⁸⁶, in cui la Corte dimostra la difficoltà di individuare il confine esatto tra le due componenti del diritto d'autore.

Dall'altro lato è presente il modello francese, ma con una limitazione imposta dall'introduzione del periodo da definire per i diritti degli eredi. Si tratta, però, di un allontanamento forte dal mondo del *droit d'auteur* che nella tradizione storica aveva sempre ritenuto che nei diritti morali dovessero essere presenti alcune peculiarità, come la tanto anelata perpetuità e la specificità del termine francese *moral* che, rispetto al nostro, ha un significato più ampio nel senso di *spiritual*, che echeggia piuttosto le nostre persone morali.

b) Eccezioni e limitazioni

Quanto alle eccezioni e limitazioni, su cui oggi sembrano concentrarsi molti sforzi delle legislazioni nazionali e internazionali, degli organismi sovranazionali, dei progetti in corso e della dottrina⁸⁷,

mente Loris Mirella, *Gestionnaire* della Direzione generale della Politica del diritto d'autore, presso il *Ministère du Patrimoine Canadien*, per i preziosi suggerimenti.

⁸⁴ Cfr. *Snow v. The Eaton Centre Ltd.* (1982) 70 C.P.R. (2d) 105.

⁸⁵ Mi riferisco al *Copyright Act* del 1985, artt. 14.1-14.2, che tutela i diritti morali per tutti gli autori, salvo per gli artisti interpreti. Nel nuovo progetto di riforma (Bill C-32, artt. 17.1-17.2), in linea con il WPPT, viene aggiunta la tutela dei diritti morali per gli artisti interpreti di prestazioni musicali. Tale progetto presentato nel 2010 è decaduto nel marzo 2011 e, reintrodotta immutata il 29 settembre 2011, è in discussione all'*House of Commons*, con la denominazione di Bill C-11.

⁸⁶ *Théberge v. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 SCR 336.

⁸⁷ S. RICKETSON, *Wipo (WIPO) study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment*, cit.; G. CAVANI, *Le utilizzazioni libere nel campo del diritto d'autore*, cit.; P. SPADA, *Les enjeux des «exceptions et limitations» au droit d'auteur et la mystique dominicale de la propriété intellectuelle*, cit.; TH. MARGONI, *Il Three-Step Test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*; CH. GEIGER, *Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information*, in *Bulletin du droit d'auteur*, janvier-mars 2007, 1-23; si veda anche la

esse si profilano come un problema dove la tradizione storica è di minore aiuto in quanto per tutto il XIX secolo e anche dopo l'impegno è stato quello della tutela dell'autore più che della limitazione di questa. Ma qualche sforzo ricostruttivo può comunque essere utile. La Convenzione di Berna nella revisione del 1967, all'art. 9.2 sancisce per la prima volta una sorta di eccezione al diritto esclusivo di riproduzione purché "ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur". Si potrebbe dire che con questa clausola sia stato introdotto una sorta di *fair use* europeo, seppure molto diverso da un punto di vista ideologico rispetto alla tradizione nordamericana, come è sostenuto da una parte della dottrina⁸⁸.

Con la Convenzione di Berna e il cosiddetto *three step test*, si instaura, quindi, una sorta di governo delle eccezioni, attraverso modalità da seguire che non inficino la corretta procedura nei riguardi dei diritti dell'autore. Essendosi dimostrato uno strumento utile per prevenire un ricorso eccessivo a limiti e eccezioni il *three step test* è stato recepito dall'accordo Trips⁸⁹, dai trattati OMPI⁹⁰ e, non ultimo, da diverse direttive europee⁹¹. Tra queste spicca la già citata Direttiva 2001/29 CE⁹², che prende una posizione forse troppo restrittiva e soprattutto dall'andamento casistico, come mette efficacemente in luce Paolo Spada⁹³, non estensiva in modo analogico. Invece lo ECC trasforma le "limitations", proprio in opposizione a quest'ultima, in un diritto elastico fortemente legato alle trasformazioni tecnologiche in atto⁹⁴, ancora una volta forse sulla base del modello canadese, in cui i dibattiti relativi al *Bill* sul copyright⁹⁵ riguardano in particolare l'e-

recente Dichiarazione: *Un'interpretazione equilibrata del "Three-Step Test" nel diritto d'autore* fatta da un gruppo di studiosi sulla base delle più recenti richieste della dottrina.

⁸⁸ Cfr. G. CAVANI, *Le utilizzazioni libere nel campo del diritto d'autore*, cit.

⁸⁹ Cfr. Trips (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), art. 13.

⁹⁰ Cfr. gli artt. 6 WIPO *Copyright Treaty* (WCT) e 16 WIPO *Performance and Phonograms Treaty* (WPPT) entrambi siglati a Ginevra nel 1996.

⁹¹ Cfr. *Direttiva* 91/250/CE a tutela del software e *Direttiva* 96/9/CE a tutela delle banche di dati.

⁹² Cfr. *Direttiva* 2001/29/CE, art. 5.5.

⁹³ Cfr. P. SPADA, *Les enjeux des «exceptions et limitations» au droit d'auteur*, cit.

⁹⁴ Cfr. ECC, cap. 5.

⁹⁵ Mi riferisco al già ricordato Bill C-32, ora Bill C-11.

spansione del *fair dealing* e l'affievolimento del diritto d'autore soprattutto per l'offerta tecnologica e gli impieghi didattici.

Per reazione anche l'OMPI sembra voler ampliare le eccezioni, come dimostrano recenti prese di posizione nei riguardi dei ciechi⁹⁶ e delle strutture didattiche⁹⁷ e la richiesta di ulteriori eccezioni da parte di organismi non profit che premono sui comitati OMPI, come dimostra la dichiarazione di Ginevra⁹⁸. Mentre nella conferenza di revisione di Stoccolma i paesi in via di sviluppo avevano cercato, peraltro senza riuscirci, di estendere le eccezioni⁹⁹, oggi nel riprendere lo stesso contenuto, le proposte di ampliamento sono fortemente portate avanti anche da gruppi di utenti dei paesi sviluppati.

c) *Formalità*

Quanto alle formalità di deposito o di registrazione dell'opera che sono state di recente analizzate per il mondo di *common law*¹⁰⁰, si tratta in sostanza di una forma di tutela e al contempo di controllo della stessa. Le origini sono antiche e afferiscono questa volta al mondo anglosassone che è molto più pronto ad accogliere la necessità dell'introduzione di formalità. Già nel Seicento i registri della *Stationers' Company*, in cui ogni libro o *pamphlet* attraverso l'obbligo della registrazione, "entered in the Book of the Register of the Company of Stationers in London"¹⁰¹, possono essere considerati la base delle successive formalità. Esse saranno contenute nelle prime leggi

⁹⁶ Cfr. *Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes. Dix-huitième session*, Genève, 25-29 mai 2009: Proposition du Brésil, de l'Equateur et du Paraguay concernant les limitations et exceptions, traité proposé par l'union mondiale des aveugles (wbu).

⁹⁷ Cfr. *Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes. Vingtième session*, Genève, 21-24 juin 2010: Projet de Traité de l'OMPI sur les exceptions et limitations pour les personnes handicapées, les institutions d'éducation et de recherche, les bibliothèques et les centres d'archives.

⁹⁸ Cfr. *Dichiarazione di Ginevra sul futuro dell'organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale*, 4 ottobre 2004.

⁹⁹ Cfr. E. HEMMUNGS WIRTÉN, *Colonial Copyright, Postcolonial Publics: the Berne Convention and the 1967 Stockholm Diplomatic Conference Revisited*, in *Scripted*, 7 (2010), 532-550.

¹⁰⁰ Cfr. J.C. GINSBURG, *The U.S. Experience with the Mandatory Copyright Formalities: a Love/Hate Relationship*, in *Columbia Journal of Law and the Arts*, 33 (2010), 311-348.

¹⁰¹ Mi riferisco al *Licensing Act* del 1662 (191 § III).

in materia e cioè sia nello Statuto di Anna¹⁰² sia nella legge francese del 1793¹⁰³ e sono state introdotte fin dalle prime convenzioni internazionali che, a partire dagli anni quaranta dell'Ottocento domineranno la scena dei diritti degli autori¹⁰⁴. Ma con una caratteristica peculiare, su cui finora non è stata posta l'attenzione, e cioè l'esclusione dalle convenzioni con il mondo di lingua tedesca, con una scelta che risponde a quella delle rispettive leggi nazionali, salvo rare eccezioni¹⁰⁵. Infatti, fin dalla prima convenzione – quella austro sarda del 1840¹⁰⁶ – constatiamo l'assenza di richiesta di formalità, mentre in un'analoga convenzione tra lo stesso Regno di Sardegna e la Francia viene inserita la richiesta di formalità per la tutela degli autori¹⁰⁷. È la natura del diritto d'autore di matrice tedesca che accentua l'origine personale di questi diritti legandoli maggiormente alla persona e sfociando da un lato nella tutela dei diritti morali e dall'altro lato nella ratifica del diritto senza necessarie formalità.

Invece, le formalità sono sempre presenti nelle convenzioni con l'Inghilterra; quasi sempre in quelle con la Francia; talvolta in quelle

¹⁰² 8 Annae c. 19, cap. 5.

¹⁰³ *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs*, cit., art. 6.

¹⁰⁴ Per una panoramica delle principali convenzioni cfr. E. BLANC - A. BEAUME, *Code général de la propriété industrielle littéraire et artistique...* Paris, 1854; J. PATAILLE - A. HUGUET, *Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire...*, Paris, 1865²; CH. LYON-CAEN - J. DELALAIN, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique, suivies des conventions internationales conclues par la France pour la protection des œuvres de littérature et d'art*, cit.

¹⁰⁵ Mi riferisco in particolare alla legge prussiana dell'11.6.1837: cfr. *Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung*, in *Preußische Gesetzsammlung*, 1837, 165-171; alla legge austriaca del 19 ottobre 1846: *Gesetz zum Schutze des literarischen und artistischen Eigenthums gegen unbefugte Veröffentlichung, Nachdruck und Nachbildung*, in L. GELLER (ed.), *Österreichische Justizgesetze mit Erläuterungen aus der oberstgerichtlichen Rechtsprechung*, II, Wien, 1882, 232-241; e a quella tedesca dell'11 giugno 1870 (*Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildung, musikalischen kompositionen und dramatischen Werken*, in *Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes*, 19 [1870], 339-353). Esse non prevedono la richiesta di formalità, a differenza di alcune disposizioni contenute in talune leggi locali tedesche, come quelle della Baviera del 1840 (art. 5); del Baden, del 1847 (art. 1) e della Dieta dei Paesi germanici, del 1845 (art. 3): cfr. E. BLANC - A. BEAUME, *Code général de la propriété industrielle littéraire et artistique*, cit., rispettivamente alle pagine 189, 166, 223.

¹⁰⁶ Cfr. *Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. l'Empereur d'Autriche*, cit.

¹⁰⁷ E. BLANC - A. BEAUME, *Code général de la propriété industrielle littéraire et artistique*, cit., 353-357.

con i paesi iberici. Anche la Convenzione di Berna introduce le formalità nella prima edizione del 1886¹⁰⁸ per poi eliminarle nella revisione di Berlino del 1908¹⁰⁹. In linea generale possiamo ribadire che le formalità sono fortemente legate al mondo angloamericano nella loro stessa concezione. Mentre nel *droit d'auteur* esse servono a tutelare l'autore da ogni forma di attacco alla proprietà del suo lavoro, nel mondo di *common law* fin dalle origini sono contrassegnate da una volontà di controllo sui diritti di riproduzione delle opere. Né la Direttiva né lo ECC trattano delle formalità. Oggi si parla insistentemente di una loro reintroduzione soprattutto da parte degli organismi internazionali, con la richiesta del Comitato OMPI di porre "in Agenda" la discussione relativa al ripristino delle formalità¹¹⁰ perché l'assenza di registrazione, insieme alla mancanza di comunicazione, porta a un'evidente asimmetria rispetto a paesi che hanno volontariamente introdotto la richiesta di formalità.

Sembra, quindi, profilarsi, a fronte dell'iperprotezione propria in particolare della Direttiva europea relativa alle eccezioni e al prolungamento della durata, una risposta che vuole rimettere in discussione la tutela internazionale del diritto d'autore che lo aveva caratterizzato fin dalla metà del XIX secolo.

5. *Dalla nascita della tutela internazionale al tramonto del diritto esclusivo?*

Ci possiamo domandare se ci stiamo avviando verso il tramonto del diritto esclusivo. La prevenzione della pirateria internazionale¹¹¹ è stata individuata come la ragione principale dello sviluppo delle relazioni internazionali nel XIX secolo, anche se l'esigenza di una tutela internazionale¹¹² emerge tempestivamente perché, fin dalle ori-

¹⁰⁸ *Convention de Berne*, 1886, art. 2.

¹⁰⁹ Cfr. *Revised Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of November 13, 1908*, in *Miscellaneous Documents relating to the Origins of the Berne Convention*, cit., 8-9; 187-188; 213-214.

¹¹⁰ Copyright Registration and Documentation, in http://www.wipo.int/copyright/en/registration/registration_and_deposit_system_03_10.html.

¹¹¹ In generale cfr. A. JOHNS, *La pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google*, Torino, 2011.

¹¹² Il volume di C. SEVILLE, *The Internationalisation of Copyright Law Books, Buccaneers and the Black Flag in the Nineteenth Century*, Cambridge, 2006 si occupa solo del mondo anglosassone.

gini, il diritto d'autore più di altri diritti si è presentato transnazionale in sé con la necessità di una normativa che oltrepassasse i confini nazionali.

a) *Le prime convenzioni internazionali*

Così, la prima convenzione internazionale, quella tra il Regno di Sardegna e l'Impero austriaco del 1840¹¹³ nata per bloccare la contraffazione e le ristampe abusive¹¹⁴, si è trasformata in un vero e proprio trattato valido per il diritto interno in quanto i due Stati non avevano ancora una legislazione nazionale esaustiva¹¹⁵.

Essa non è solamente una Convenzione bilaterale, che si limita a dettare dei principi generali lasciati poi alla determinazione della legislazione dei singoli Stati, accogliendo un generale principio di reciprocità¹¹⁶ o dettando regole immediatamente precettive solo per gli autori stranieri, ma al contrario stabilisce una, seppur embrionale, legislazione comune nei due Stati, in accordo con l'interpretazione che ne diede in particolare la giurisprudenza italiana successiva. Secondo Ubertazzi¹¹⁷, la convenzione nasce come Convenzione internazionale per tutelare gli autori di uno Stato contro le ristampe nell'altro, ma assume da subito il carattere di convenzione di diritto materiale privato uniforme, come dimostrano gli articoli della Convenzione stessa, che non operano nessuna distinzione tra autori nazionali e stranieri.

Indubbiamente nella Convenzione giocò un ruolo essenziale la mancanza di una legislazione nazionale in entrambi gli Stati per la tutela dell'autore, tanto che è stata considerata, forse troppo restrittivamente, prodotto di circostanze geo-politiche¹¹⁸. Anzi, la stessa convenzione divenne, in ambedue i Paesi, la base per il diritto positivo

¹¹³ In realtà la Convenzione austro-sarda è stata preceduta da alcune misure per la protezione degli autori nei differenti paesi: cfr. CH. LYON-CAEN - J. DELALAIN, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique, suivies des conventions internationales conclues par la France*, II, cit., 206-207.

¹¹⁴ *Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. l'Empereur d'Autriche*, cit.

¹¹⁵ Cfr. L. MOSCATI, *Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale*, in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, 2009, 747-764.

¹¹⁶ CH. LYON-CAEN - J. DELALAIN, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique, suivies des conventions internationales conclues par la France*, I, cit., XXVII.

¹¹⁷ L.C. UBERTAZZI, *I Savoia e gli autori*, Milano, 2000, 66.

¹¹⁸ Cfr. S. RICKETSON - J.C. GINSBURG *International Copyright and Neighbouring Rights*, cit., I, 20 e ss.

nazionale e nel nostro fu estesa agli altri Stati italiani preunitari (tranne il Regno di Napoli), creando una legislazione uniforme prima dell'Unità italiana. Fu anche determinante per la riorganizzazione del mercato librario e per un'intensa e conseguente attività dottrinarie e giurisprudenziale, tanto che alla metà del XIX secolo, si posero le basi per la costruzione di alcuni principi essenziali della materia, come le differenze tra contraffazione e plagio e la delineazione dei caratteri originali delle traduzioni. Di conseguenza, proprio in questo periodo assistiamo alla maturazione del pensiero giuridico con alcuni casi letterari famosi (Pomba-Tasso; Manzoni-Le Monnier; Ricordi-Sonzogno; Verga-Mascagni).

Forse il paragone con la Convenzione di Berna può sembrare eccessivo, ma la Convenzione austro-sarda ne costituisce indubbiamente la base, come anche delle numerose convenzioni bi- e trinazionali che tra il 1840 e il 1886 si sono incessantemente susseguite. Esse sono circa 300 e creano un terreno omogeneo per i paesi europei in cui la centralità della Francia è evidente¹¹⁹, attraverso la stipula del maggiore numero di convenzioni e del riconoscimento di un suo sicuro ruolo guida.

Tali trattati si fondano sul principio della reciprocità e presentano caratteristiche comuni come l'attribuzione della proprietà dell'opera all'autore¹²⁰, la costante attenzione per le opere drammatiche, l'importanza del carattere originale delle opere e la considerazione dei diritti dei traduttori; e lievi divergenze, come la ricordata richiesta di formalità o le discussioni sui problemi terminologici, strettamente connesse con la tutela internazionale degli autori, che comportano la sostituzione del termine proprietà, con la locuzione diritto esclusivo. Si tratta di uno dei principali problemi che vengono discussi a Berna perché l'apparente solidità semantica rappresentata dall'utilizzo del termine proprietà era già stata intaccata nella prima metà del secolo dalla più raffinata dottrina francese (con la trasformazione in *droit de copie* e *droit d'auteur*), anche se si tratta di

¹¹⁹ J. CAVALLI, *La genèse de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, Lausanne, 1986; CH. LYON-CAEN - J. DELALAIN, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique, suivies des conventions internationales conclues par la France*, cit.

¹²⁰ Con la differenza dei paesi tedeschi che utilizzano la locuzione "diritto esclusivo" o "far gioire i cittadini". Cfr. E. BLANC - A. BEAUME, *Code général de la propriété industrielle littéraire et artistique*, cit., *passim*.

esempi isolati nella generale concezione proprietaria che resta ben salda in Francia¹²¹.

In Germania, i termini *Geistige Eigentum* e *Urheberrecht* sostituiscono l'accezione proprietaria fin dalle origini, mentre in Italia assistiamo a una graduale trasformazione da proprietà a diritto d'appartenenza a diritto esclusivo. Invece in Portogallo l'utilizzo dei termini *propriedade* e *dereito esclusivo* sembra indifferente, mentre in Spagna la *propiedad intelectual* è una *propiedad especial*¹²². Sulla base del pensiero di Kohler, che considera l'utilizzo del termine proprietà un feticcio¹²³, a Berna si decide di lasciare libertà lessicale ai membri dell'Unione, con l'intento di far prevalere una concezione unitaria di tutti i diritti dell'ingegno.

Assistiamo, comunque, a una tendenza all'armonizzazione di fondo che anima le prime convenzioni internazionali, con alcuni principi basilari che saranno ripresi dalle Convenzioni più importanti della fine dell'Ottocento come il principio di assimilazione¹²⁴ che diventa caratterizzante per le convenzioni internazionali e l'inserimento di alcuni articoli qualificanti fin dalle origini, come quelli sulla durata dei diritti ereditari che sono immediatamente precettivi.

b) *La Convenzione di Berna e le sue revisioni*

Un passo importante verso l'internazionalizzazione del diritto d'autore, che condurrà alle convenzioni internazionali di fine secolo, è rappresentato da una serie di congressi a cominciare da quello di Bruxelles del 1858¹²⁵, a cui parteciparono anche gli USA, tesi a sopprimere le diverse leggi nazionali e a studiare i principi di una legislazione comune. Scopo del Congresso è quello di annullare, in una

¹²¹ Cfr. L. MOSCATI, *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle in Europe*, cit., 156-160.

¹²² Sui problemi terminologici e la loro importanza nella storia del diritto d'autore, cfr. *eadem*.

¹²³ J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907, 23.

¹²⁴ Cfr. *Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. l'Empereur d'Autriche*, cit., art. 1; *Convention de Berne concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres littéraire et artistiques du 9 septembre 1886*, art. 2.

¹²⁵ Cfr. E. ROMBERG, *Compte rendu des travaux du congrès de la propriété littéraire et artistique*, 2 voll., Paris-Londres, 1859; J. DELALAIN, *Législation de la propriété littéraire et artistique suivie des conventions internationales, nouvelle édition revue et augmentée*, Paris, 1858.

grande confederazione intellettuale, tutte le differenze nazionali per quel che concerne la tutela conferita dalla legge agli scrittori e agli artisti e per preparare una legislazione universale sulla proprietà intellettuale. Il Congresso non può ovviamente assumere il ruolo di legislatore, ma può mettere in evidenza le questioni più importanti e determinare i principi essenziali su cui si sarebbe dovuta basare tutta la legislazione avanzata. In tal modo, tra le risoluzioni adottate, troviamo l'assimilazione degli autori stranieri ai nazionali, il principio del riconoscimento internazionale della proprietà intellettuale che deve essere ammesso in tutti i paesi anche in mancanza di reciprocità e il rinvio alla richiesta di formalità prevista nel paese della pubblicazione originaria, anche perché "leur inobservation ne peut et ne doit jamais entraîner la déchéance du droit"¹²⁶.

A livello di riflessione dottrina, il Congresso si orienta ad assimilare la proprietà di un libro e quella di un quadro con la proprietà della terra o di una casa e di conseguenza a non vedere motivi di limitarne la durata, con un evidente richiamo alla dottrina del Settecento e del primo Ottocento. Ma in pratica il Congresso si basa sulla legislazione francese che aveva rifiutato di ammettere la perpetuità del diritto d'autore, considerando la proprietà letteraria composta di elementi speciali e ammettendone soltanto il godimento per un tempo limitato.

Successivamente, e soprattutto nel Congresso letterario di Parigi del giugno 1878¹²⁷, ancora una volta notiamo il ruolo centrale della Francia, in particolare per la presenza di Victor Hugo. Lo scopo principale è quello di studiare un diritto di proprietà internazionale per l'insufficienza delle prime convenzioni diplomatiche in tal senso, anche se viene riconosciuto il loro ruolo determinante. Secondo l'opinione della Delegazione tedesca si era pensato di supplire tali carenze con la predisposizione di una "convenzione-modello"¹²⁸ da adottare in via generale e da applicare ai singoli Stati aderenti. Ancora più importante risulta la volontà di analizzare la natura giuridica della proprietà intellettuale e la sua durata e di discutere la perpetuità dei diritti ereditari, come richiesto dallo stesso Hugo. Si per-

¹²⁶ J. CAVALLI, *La genèse de la Convention de Berne*, cit., 104-107.

¹²⁷ J. CAVALLI, *La genèse de la Convention de Berne*, cit., 116-140.

¹²⁸ F. RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, cit., 68.

viene, però, soltanto a ribadire l'assimilazione al diritto proprietario e a teorizzare una forma di proprietà garantita dalla legge.

Dal punto di vista internazionale, si sottolinea la posizione della Francia che nel decreto del 1852 assimila in principio gli stranieri ai nazionali, senza alcuna condizione di reciprocità¹²⁹. La soluzione scelta fu quella di trattare le opere straniere sulla base delle leggi nazionali, con un principio destinato a essere introdotto successivamente e ampliato con convenzioni basate sulla reciprocità diplomatica. Quanto alle formalità, con lo scopo di semplificare, il Congresso preferisce non prendere una posizione specifica, ma limitarsi al riconoscimento delle formalità del paese di origine delle opere.

Il Congresso di Parigi del 1878 è importante perché delibera i due principi del trattamento nazionale e delle formalità del paese di origine¹³⁰, poi inseriti tra le norme fondamentali della Convenzione di Berna e perché porta un grande slancio allo sviluppo internazionale del diritto d'autore. In ogni caso, si ritiene ancora necessario migliorare le sorti degli scrittori, con la creazione di un'associazione per la loro tutela, l'ALAI, ancora oggi attiva e punto di riferimento per tutti gli studiosi del settore. L'attività iniziale dell'ALAI si concentra in numerosi e importanti congressi (Londra 1879, Lisbona 1880, Vienna 1881, Roma 1882). Quest'ultimo, in particolare, vede già ampiamente sanciti tutti gli elementi fondamentali di Berna: unione, trattamento nazionale, opere protette, diritto di traduzione e adattamento.

Ma nelle conferenze che precedono la Convenzione di Berna e che si svolgono tra il 1883 e il 1886 si segue un cammino prudente ma efficace. Vengono, infatti, attenuati alcuni principi, considerati troppo generici, come la restrizione ai soli paesi contraenti, e si stabilisce il principio di assimilazione al trattamento nazionale che diventa il fondamento della Convenzione di Berna, in cui prevale il criterio della nazionalità dell'opera. Anche le formalità previste nel paese di origine dovevano essere riconosciute dappertutto.

A fianco della Convenzione, viene costituita l'Unione di Berna tra i Paesi ad essa aderenti che si inserisce tra le unioni internazionali

¹²⁹ Cfr. *Décret du 28 mars 1852*, in J.B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat...*, LII, Paris, 1852, 259-260, su cui cfr. CH. LYON-CAEN - J. DELALAIN, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique, suivies des conventions internationales conclues par la France*, I, cit., XXVII.

¹³⁰ Cfr. *Congrès littéraire international de Paris 1878. Présidence de Victor Hugo. Comptes rendus in extenso et documents*, Paris, 1879, 369-370.

e contribuisce, secondo Ruffini, a modificare il dogma del diritto internazionale pubblico, allargando il quadro delle persone del diritto internazionale. Invece la Convenzione di Berna, come quella di Parigi sulla proprietà industriale, si differenzia dalle altre per il fine giuridico, rappresentando la rinuncia degli Stati a regolamentare in maniera autonoma una materia molto importante e fornendo un primo esempio di diritto comune internazionale privato¹³¹.

Nella Convenzione di Berna, che introduce definitivamente il principio dell'assimilazione, gli articoli che dettano una disciplina immediatamente precettiva per gli Stati aderenti rappresentano un livello minimo di tutela modulato sui principi già espressi a livello di legislazione interna dalla maggior parte dei Paesi afferenti alla Convenzione. Bisogna osservare che la Convenzione di Berna nasce con l'intento di essere una convenzione quasi universale, in grado di creare una tutela unica a livello globale e di estendersi via via a tutti i Paesi, tranne agli USA che vi hanno aderito solo dal 1989.

Tale Convenzione trova, quindi, il suo fondamento nel sistema del *droit d'auteur*, è ancora oggi in vigore e porta a stabilizzare alcune delle questioni rimaste in sospeso nel corso del secolo: il diritto d'autore come diritto esclusivo e come legislazione speciale; i diritti ereditari temporanei e non perpetui; la doppia anima morale e patrimoniale dell'istituto, dopo la revisione del 1928 e cioè un diritto doppio, secondo la definizione di Kohler¹³² o misto, sulla base di una suggestione di Alpa¹³³, in ogni caso, attraverso la tutela dei diritti morali, un diritto inerente a sfere giuridiche diverse.

c) *Le sfide tecnologiche e i limiti dei sistemi internazionali di tutela*

Ma le sfide tecnologiche mettono sempre più in luce i limiti dei sistemi internazionali di tutela. E ci si interroga con maggiore insi-

¹³¹ F. RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, cit., 12-13.

¹³² Cfr. J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, cit. e gli interessanti rilievi di B. DÖLEMEYER, "Das Urheberrecht ist ein Weltrecht". *Rechtsvergleichung und Immaterialgüterrecht bei Joseph Kohler*, in E. WADLE (ed.), *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungslinien und Grundfragen*, Berlin, 1993, 139-159.

¹³³ Interessanti in tal senso le osservazioni di G. ALPA, *Il diritto d'autore tra persona, proprietà e contratto*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 5 (1989), 363-72.

stenza sul futuro della proprietà intellettuale. Francis Gurry, presidente dell'OMPI¹³⁴, ha di recente richiamato l'attenzione sulla necessità di semplificazione dei regolamenti vigenti¹³⁵ e soprattutto sull'opportunità di una risposta multilaterale per bloccare la contraffazione a fronte di una legislazione spesso di carattere nazionale, con le stesse motivazioni che avevano originato le prime convenzioni internazionali dell'Ottocento. Gli sviluppi della tecnologia e le incapacità attuali del sistema internazionale di fare fronte, rispetto alla richiesta sempre maggiore di limiti ed eccezioni, punta l'attenzione sul vero e urgente problema e cioè quello di sapere se vi sia ancora un diritto d'autore al quale imporre qualsiasi eccezione¹³⁶. Si tratta più di una diagnosi della situazione esistente che non della proposta di un effettivo rimedio, anche se egli identifica alcune tappe necessarie per la semplificazione auspicata, con una visione di rinnovamento più che di trasformazione. Ma il suo discorso sembra piuttosto mirato alla sopravvivenza dell'OMPI nel demandare all'organismo internazionale, sempre più inadeguato nelle risposte e che corre il rischio di restare paralizzato, il compito della soluzione dei problemi.

Abstract

The author reviews the major trends inspiring Intellectual Property today that are strictly connected with the European Directive 29/2001/UE.

It mainly consists of the draft review of the second book of the French Civil Code and the European Copyright Code Draft recently issued. The two projects bring to the fore the old-time aspects that had been identified yet never solved in the past: Intellectual Property and Property Rights and the relationship between *droit d'auteur* and copyright identified through the search for their common European roots and the current common perspectives.

The most important question proved to be that of ascertaining whether multilateral protection will still be in place, in the near future.

¹³⁴ Cfr. F. GURRY, *The Future of Copyright*, Sydney, February 25, 2011: http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html.

¹³⁵ Soprattutto sulla base del fatto che due miliardi di persone hanno accesso a internet.

¹³⁶ Si tratta di una delle questioni attualmente più dibattute. Cfr. in particolare il congresso dell'ALAI svoltosi a Punta del Est (31 ott.-3 nov. 2007): *Le droit d'auteur au XXI siècle: la place de l'auteur face aux défis de la modernisation*; si veda anche E. DERCLAYE, *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham, 2009.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Due chiavi di lettura. – 3. La redazione dell'art. 544 e la definizione di proprietà. – 4. La lettura ideologica della proprietà nel *code civil*. – 5. La lettura tecnica del *code civil*. – 6. Sistematica e tradizione. – 7. Gli immobili come beni privilegiati. – 8. Un abbozzo di conclusione.

1. *Premessa*

Il poco tempo a disposizione per la stesura definitiva e la complessità del tema suggeriscono di lasciare a questo intervento il taglio di programma di un eventuale lavoro futuro – ma la vecchiaia incombe – così com'è stato presentato agli amici di Facoltà durante le nostre discussioni.

Se mai lo farò, mi piacerebbe studiare la proprietà dal punto di vista del suo oggetto, cioè delle cose sulle quali si cala questo «terribile diritto», per cercare di dimostrare – sempre che sia vero: ma storicamente dovrebbe essere così – che 'in principio' ci sono le cose e non il diritto; che quindi il diritto va rimesso con i piedi ben fermi per terra privilegiando i rapporti tra le cose e i concetti e non il contrario; che non è vero che la gran parte delle soluzioni giuridiche adottate discendano da una pretesa 'mentalità proprietaria' che ci riporta agli strumenti del sociologo piuttosto che alle tecniche di tutela proprie del giurista; che il modo di essere delle cose – la loro natura fisica – reagisce sul diritto almeno come le costruzioni giuridiche reagiscono sulla percezione delle cose.

Naturalmente, dietro quello che dirò ci sono letture non solo di fonti ma di una certa quantità di letteratura, di cui, però, non posso dar conto: mi limito a segnalare alcuni testi nodali, anche se qualcuno è un po' risalente¹.

¹ S. RODOTÀ, *Note intorno all'art. 544 del "code civil"*, ora in RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, 61 ss.; P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, ora in GROSSI, *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, 385 ss.; A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989; M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, 2004; J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Paris, 2008.

2. *Due chiavi di lettura*

Dante, riprendendo nel *Convivio*² tesi già sviluppate da Ugo di San Vittore, teorizzò che un testo – lui pensava alle scritture – si prestava a letture su piani diversi che consentivano di attribuirgli più significati.

Partendo da questo assunto di metodo, che resta valido anche se in prospettive differenti, ritengo che un atto normativo e in particolare un codice possa essere letto almeno in due chiavi diverse: in chiave tecnico-giuridica, che dia conto delle scelte operate dal legislatore nell'individuare le tutele possibili per un gruppo di problemi – ad esempio, come assicurare la circolazione dei beni; e in chiave giuridico-ideologica, che dia conto delle scelte valoriali operate dal legislatore.

Ovviamente, le due chiavi di lettura si intrecciano l'una con l'altra, anche se può essere utile analizzarle in modo separato.

Nel caso della codificazione del diritto, questo significa che si può individuare un valore ideologico e un valore tecnico del codice; nel caso specifico del diritto dei beni e della proprietà, questo significa, di nuovo, che ci si deve confrontare con le soluzioni tecniche del legislatore e con l'impostazione ideologica che può esservi dietro.

3. *La redazione dell'art. 544 e la definizione di proprietà*

La definizione di proprietà che sarebbe diventata celebre³ non fu quasi discussa in Commissione: ci fu solo la proposta, rapidamente respinta, di abolire il riferimento ai limiti posti dai regolamenti⁴.

Anche in questo caso, come per la definizione di contratto,⁵ dietro questa definizione c'era una tradizione già abbastanza delineata anche se non ancora consolidata del tutto.

² DANTE ALIGHIERI, *Convivio*, II, 1.

³ “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”: art. 544 c.c. fr.

⁴ *Procès-verbaux du conseil d'Etat*, séance du 20 vendémiaire an XII (13 ottobre 1803), in J.G. LOCRIÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris, 1827-1832, VIII, 114 ss. e 122.

⁵ U. PETRONIO, “Colombet dit”: obbligazioni e contratti tra autodeterminazione del soggetto e imperatività dell'ordinamento, in *Seminari del Consiglio nazionale Forense* (2008-2009), Roma, 2010, 95 ss.

Infatti, nella cultura giuridica francese la distinzione tra *domaine* e *propriété* era abbastanza definita almeno a metà cinquecento, quando Hotman scrisse che il dominio era il potere *tam utendi, quam abutendi* della cosa, fino a dove era permesso dal diritto⁶.

Invece, la *proprietas* non aveva la pienezza che aveva il *dominium* e il termine era stato utilizzato dai giuristi proprio per distinguere dal dominio le situazioni giuridiche nelle quali il godimento – *ususfructus* – era stato scorporato dagli altri poteri; ma poi si era precisato anche che questa proprietà priva di godimento era «nuda»⁷.

Questa impostazione rigorosamente tecnica, che confina la proprietà nel semplice godimento secondo la dottrina del dominio diviso, è anche presente, e con forza, in Dumoulin, che confrontò l'uso terminologico dei paesi di diritto scritto con quello dei paesi di diritto consuetudinario e che, rifacendosi a Baldo, affermò che la proprietà indicava il solo dominio diretto, sicché vassalli, enfiteuti non erano proprietari ma *domini*.

Egli però registrò anche un altro uso che era diffuso in Francia, dove accadeva che il direttario non fosse considerato proprietario, ma titolare di un «dominium superius»: in questo modo «vassallus autem, censuarius et emphyteuta dicitur habere verum dominum et proprietatem ipsius rei: et hunc solum proprietarium vocatur»⁸.

In questo modo, *proprietas* e *dominium* cominciarono a sovrapporsi e molte opere, dottrinarie o pratiche, o non registrarono uno dei due lemmi o si limitarono ad accenni fugaci⁹.

⁶ F. HOTMANI, *Novus commentarius de verbis iuris*, v. *proprietas*, ed. Venetiis, 1564, 90: «dominium est ius ac potestas re quapiam tum utendi, tum abutendi, quatenus iure civili permittitur ... usus enim in usufructu est, non abusus».

⁷ HOTMANI, *Novus commentarius*, cit., v. *proprietas*, ed. cit., 220: «proprietas vocabulum est a iurisconsultis distinguendorum definiendorumque dominiorum causa conflictu. nam domini nomine solidum dominium fere intelligitur: id est, in quo usufructus inest ... quum igitur dominum usufructu deminutum significare vellent, proprietatem dixerunt ... postea tamen quum suo more subtiliter omnia persequerentur, uti proprietatis vocabulo non contenti, proprietatem nudam dixerunt, quae usufructu deminuta est: plenam vero, quae usufructum in se haberet».

⁸ C. MOLINEI, *Commentarii in priores tres titulos consuetudinis parisiensis* in C. MOLINEI, *Opera quae extant omnia*, Paris, 1658, I, tit. I, gl. V, n. 1, col. 1181.

⁹ In J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. Paris, 1607, consultabile in formato elettronico, la parola proprietà ricorre circa 157 volte e *domaine* solo cinque; inoltre, l'istituto è definito solo incidentalmente in due passi, o a indicare una delle cause della detenzione o a segnare le differenze con il possesso: «... le droit de pro-

Andando avanti nel settecento, l'uso del termine proprietà e l'attenzione all'istituto si diffusero, soprattutto in ambito filosofico¹⁰, ma senza che se ne tracciassero più con chiarezza le differenze rispetto al *domaine* che progressivamente fu confinato all'interno del diritto pubblico, come *domaine de la couronne*¹¹.

Nel tempo, non diventò infrequente leggere che il *domaine* è la proprietà¹², mentre la teoria medievale del dominio diviso fu mantenuta soprattutto in riferimento al *domaine* più che alla proprietà¹³; per quest'ultima è più facile trovare il riferimento a una proprietà piena¹⁴ o a una proprietà perfetta o imperfetta¹⁵.

Questa situazione – vado avanti a sciabolare – che si protrae per

priété, qui donne au propriétaire le droit d'avoir en sa puissance ce qui est à luy, pour s'en servir, en jouir, et en disposer ..." (l. III, tit. VII, ed. cit., 410); "comme l'usage de la propriété est d'avoir une chose pour en jouir et en disposer ..." (l. III, tit. VII, sect. I, § II (ed. cit., 416). V. anche *Le praticien universel, ou le droit françois, et la pratique de toutes les juridictions du royaume, suivant les nouvelles ordonnances*, Paris, 1747, III, 493.

¹⁰ HALPÉRIN, *Histoire*, cit., 155 ss.

¹¹ J.N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, 1784-1785², VI, 59 ss. e XIV, 51 s.; *Encyclopédie méthodique, ou par ordre de matières, par une société de gens de lettres, de savants et d'artistes. Jurisprudence*, Paris-Liège 1783, rispettivamente II, 774 e VII, 46 ss. Però, questo era già l'uso che ne fece DOMAT, *Les loix*, cit., dove si parla pochissimo di *domaine*. Sia in Guyot sia nell'*Encyclopédie méthodique* il contenuto della proprietà non è definito con chiarezza; la seconda è molto più esplicita sul proprietario che però non è più il direttario di due secoli prima: "est celui qui a le domaine d'une chose mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle, qui a le droit d'en jouir et d'en faire ce que bon lui semble, même de la dégrader et de la détruire, autant que la loi le permet, à moins qu'il n'en soit empêché par quelque convention ou disposition qui restreigne son droit de propriété" (p. 46). Questa definizione è identica a quella che si legge in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences des arts et des métiers*, 1° edizione Paris, Briasson, 1751-1780, e poi tra le altre v. ed. Livorno 1771-1779, XIII, 456 e simile a quella di *propriétaire* che si trova in CL.-J. DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1749³, II, 616. L'opera fu pubblicata la prima volta dal padre Claude con il titolo *Nouvelle introduction à la pratique*, Paris, 1684, e poi fu ampliata e riedita a nome del figlio, anche cambiando titolo dal 1737 in poi.

¹² GUYOT, *Répertoire*, cit., VI, 59 e *Encyclopédie méthodique*, cit., II, 774.

¹³ Così, ad esempio, in DE FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., v. *domaine*, I, 710, che scrive di dominio diretto e di dominio utile ma di proprietà piena e di proprietà semplice; e v. anche *Encyclopédie méthodique*, cit., II, 785. Ma v. al contrario DOMAT, *Les loix*, cit., l. I, tit. IV, sect. X, § 6 (ed. cit., I, 224) a proposito del possesso.

¹⁴ DOMAT, *Les loix*, cit., l. II, tit. VII (ed. cit., II, 414) a proposito dell'infeteusi.

¹⁵ *Encyclopédie méthodique*, cit., VII, 46.

tutto il secolo è ancora confusa anche in Pothier¹⁶ e addirittura continua ai tempi di Proudhon, che fu uno dei maggiori studiosi dei diritti reali dopo il codice; egli sovrappose ancora *domaine* e *propriété* anche nel titolo della sua opera, proprio come aveva fatto Pothier, e ritenne che la distinzione tra i due fosse soprattutto un problema metafisico.

La sua tesi fu che la proprietà non si identificava con il *domaine*, anche se i due termini e i due concetti tendevano a sovrapporsi nello stesso linguaggio legislativo, tanto che, a rigore, l'art. 544 del *code civil* definiva il dominio e non la proprietà¹⁷; non è difficile riconoscere, in queste parole, l'eco della *proprietas* come dominio solo diretto, privo dei godimenti.

In realtà, prima della codificazione la realtà giuridica francese conosceva una forte prevalenza delle terre feudali rispetto a quelle allodiali e la proprietà tendeva a concretizzarsi soprattutto in proprietà mobiliare¹⁸ che, come vedremo, era un concetto più ristretto rispetto a quello attuale, dato che molti beni che per noi sono mobili allora erano considerati immobili.

Inoltre, la ricchezza, quella vera, era costituita quasi esclusivamente dalla terra, non solo per il ruolo giocato dalla cultura fisiocratica, mentre la ricchezza mobiliare si sarebbe diffusa solo verso fine ottocento¹⁹; ma, come sappiamo, le terre erano soprattutto infeudate e lo stesso allodio poteva essere gravato da prestazioni a favore di terzi.

Da tutto questo si potrebbe trarre una prima deduzione, che lo spazio della proprietà in tutta la sua pienezza, come la si intende

¹⁶ R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, 1762. In edizioni successive il titolo diventa *Traité du droit de propriété*. Normalmente il *Trattato* è datato al 1772, ma ci sarebbe 1 copia del 1762 alla BNF e una del 1766 a Rouen.

¹⁷ J.B.V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, I, cap. II, n. 8, ed. Dijon, 1839, I, 10 ss.

¹⁸ Lo scriveva Pothier: "il y a aujourd'hui à l'égard des meubles qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-alleu": cito da POTHIER, *Traité*, cit., in POTHIER, *Œuvres complètes*, Paris, 1821, XIV, 287.

¹⁹ G. BAUDRY-LACANTINERIE - A. WAHL, *Dei beni*, in BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, Milano, s.d. [ma 1905-1924], n. 14, 14 s.; secondo lui, dal 1820 al 1873 la proprietà fondiaria aveva triplicato il suo valore, ma quella mobiliare lo aveva decuplicato e ai suoi tempi il valore dei beni mobili era almeno pari a quello degli immobili.

adesso e come la si intese dopo il *code*, fosse ancora abbastanza periferico.

E si potrebbe anche dedurre, come è stato fatto²⁰, che il vero proprietario fosse il titolare del dominio utile e quindi il titolare del *domaine*, non il direttario – altrove, in altre aree giuridiche si parlò, per l'enfiteuta, di proprietà salvo canone.

Ma forse la realtà fu più complessa, e la si potrebbe schematizzare così.

Nelle aree di *droit coutumier*, e quindi negli autori che scrissero di *droit françois*, il termine proprietà non ricorre con frequenza e si-gnoreggia il dominio diviso, anche dal punto di vista lessicale²¹; altrove, e soprattutto in altri autori, anche il dominio diviso è espresso in termini di proprietà, ovviamente anch'essa divisa: questo è il caso di Domat, che colloca il *domaine* quasi solo all'interno del diritto pubblico²²; infine, in opere meno scientifiche e più legate alla pratica la situazione resta ambigua.

Anche da questo punto di vista, e non solo dal punto di vista territoriale, in Francia mancavano davvero un diritto e addirittura una terminologia uniformi.

Del resto, se il diritto è una scienza anche verbale, terminologie diverse adombrano anche concetti diversi, e l'unificazione legislativa del nuovo regno d'Italia fu costretta a fare i conti anche con questo problema lessicale²³.

Ma torniamo alle definizioni.

Il primo progetto Cambacérès si esprime in termini di diritto di godimento e di disposizione²⁴; il secondo, per quanto considerato normalmente più filosofico, introdusse il limite della conformità alla legge, che però aveva già una propria tradizione alle spalle²⁵; il terzo

²⁰ GROSSI, *Un paradiso*, cit., 390 ss.

²¹ V. ad es. MOLINEI, *Commentarii*, cit., tit. I, § 55, gl. II, nn. 1-2, ed. cit., col. 1181, citato anche da GROSSI, *Un paradiso*, cit., 399.

²² DOMAT, *Les lois*, cit. *sopra*, n. 5.

²³ A. CARACCILO, *Le istituzioni del nuovo stato nelle dimensioni mondiali*, Milano, 1966, 31 ss.

²⁴ "La propriété d'un bien est le droit qu'a celui en qui elle réside de jouir et de disposer de ce bien": *Premier projet du code civil*, tit. II, § 1, art. 2, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827, ed. an. Osnabrück, 1968, I, 39.

²⁵ "Le propriétaire a le droit de jouir et de disposer conformément à la loi": *Deuxième projet du code civil*, l. II, tit. I, art. 71, *ivi*, I, 117.

lo conservò riferendolo alla necessità comune ma accanto a disposizione e godimento introdusse tre parole – «à son gré»²⁶ – che nella redazione definitiva avrebbero conquistato un rilievo ancora maggiore e che avrebbero connotato in senso assoluto il diritto di proprietà: «de la manière la plus absolue»²⁷.

Su queste definizioni si impongono almeno tre notazioni: la prima, che ormai era pacifico che la proprietà avesse assunto in sé il godimento, che le era stato estraneo durante l'*ancien régime*; la seconda, che nel secondo e nel terzo progetto la proprietà incontrò alcune limitazioni poste dalla legge; il terzo, che nell'ultimo progetto si inserì un rafforzamento dei poteri del proprietario – *a son gré* – che era stato ripreso forse da Pothier e forse anche dal *Code forestier* del 1791²⁸.

L'assolutezza del diritto – «de la manière la plus absolue» – è stata considerata come una ripresa del brocardo *ius utendi et abutendi* e spesso è riportata al diritto romano; probabilmente, la sua origine sarebbe piuttosto francese, e dovuta a un giurista legato alla tradizione del *droit coutumier*²⁹.

Così si arrivò al progetto definitivo del 1800, che inserì accanto al sostantivo *propriété* l'aggettivo *pleine* per ovviare all'equivoco intrinseco nel termine *propriété* secondo l'uso che se ne faceva nell'antico regime per indicare la sola proprietà diretta³⁰; inoltre, il *Projet* esprime le limitazioni poste dalla legge con una formula più attenuata rispetto ai progetti precedenti che usarono, rispettivamente,

²⁶ «Le propriétaire a le droit de jouir et de disposer à son gré, en se conformant aux lois établies pour la nécessité commune»: *Troisième projet du code civil*, l. II, tit. I, art. 415, *ivi*, I, 245.

²⁷ V. sopra, n. 33.

²⁸ Per Pothier v. oltre, 33; per il *Code rural* v. *Décret concernant les biens et usages et la police rurale* 28 settembre-6 ottobre 1791, art. 2 in J.B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du conseil-d' état, ... de 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique*, Paris, 1843, III, 376 ss. e in *Le code rural de 1791, commenté et expliqué ...* par J.B. PÉROT, Reims, s.d., 2.

²⁹ V. sopra, § 3.

³⁰ Il progetto definitivo presentato il 24 termidoro VIII (12 agosto 1800) fu formulato così: «La *pleine* propriété donne le droit de jouir et de disposer de sa chose, de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens»: in FENET, *Recueil*, cit., II, 101; sottolineo le differenze rispetto al terzo progetto Cambacérès. L'eco dell'esistenza possibile di una proprietà non piena rimase ancora a lungo nel dibattito italiano sulla proprietà perfetta.

«conformément» e «en se conformant», mentre il testo definitivo lo rovesciò nella formula «pourvu qu'on ne fasse ...».

Su questa definizione della proprietà ci furono osservazioni solo da parte del Tribunale di Lione, il quale confrontò il testo del Progetto con la liberalizzazione solenne delle terre proclamata dalla l. 28 settembre 1791³¹.

La critica del Tribunale al *Projet* si appuntò su questo: nel testo non c'era nemmeno una parola sulla libertà del territorio francese – si ricordi, a confronto, la vecchia *coutume* che affermava *nulle terre sans seigneur*: la proprietà non attribuiva il diritto di godere e disporre, ma *era*, appunto, il diritto di godere e disporre – questa osservazione fu recepita nel testo definitivo del codice; infine, la pienezza della proprietà non era espressa in modo chiaro come, invece, aveva fatto la legge del 1791 e le parole «de jouir et de disposer» non bastavano a dar conto fino in fondo dei poteri del proprietario.

Da qui, allora, la conclusione: «on réclame les deux dispositions de la loi de 1791, que le propriétaire n'est tenu envers les particuliers qu'à ne pas préjudicier aux droit d'autrui, et, envers la nation, qu'aux contributions»³².

Dietro questo intrecciarsi di problemi e di proposte definitorie che rimasero celate dal silenzio, vero o apparente che fosse, della Commissione, è opinione comune che ci sia stato Pothier³³, che aveva definito il diritto di proprietà in termini di potere di disporre conformandosi alla tradizione del *droit coutumier* e quindi senza far riferimento al godimento, anche se poi ne aveva trattato a lungo³⁴.

Non sarebbe il caso di andare a cercare più indietro, se non fosse che una definizione di proprietà, che era più vicina a quella adottata dal *code civil* rispetto a quella di Pothier e che aveva innegabili parentele con quella di Hotman, circolava molto, e da anni, in un'opera di largo consumo in tutte le sue varie redazioni: «propriété, est le droit de disposer de ses biens à sa volonté, si on n'en est pas empêché par la loi, ou autrement»; «propriété, est le droit de jouir et

³¹ È il *Code rural* 28 settembre-6 ottobre 1791, in DUVERGIER, *Collection*, cit., III, 376 ss.

³² In FENET, *Recueil*, cit., IV, 95 s.

³³ Da ultimo v. M. XIFARAS, *La propriété*, cit.

³⁴ «le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui ni aux lois»: R.J. POTHIER, *Traité du droit de propriété*, in POTHIER, *Oeuvres complètes*, Paris, 1821, XIV, 288; ricordo che Pothier dovrebbe aver scritto nel 1762.

de disposer à notre volonté de ce qui nous appartient, en tant que la loi n'y met point d'obstacle»³⁵.

4. *La lettura ideologica della proprietà nel code civil*

Questa chiave di lettura è la più nota, perché è la più corrente, e quindi può essere utile cominciare da qui.

Presentando questa parte del *code civil*³⁶, Portalis non si limitò a un'analisi tecnica ma volò alto.

La proprietà individuale fu presentata come diritto naturale, come diritto che appartiene ad ogni società e che è in noi: «il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive; il est dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent»³⁷.

Da qui, allora, l'affermazione della centralità del diritto di proprietà nel codice: «le corps entier du code civil est consacré à définir tout ce qu'il peut tenir à l'exercice du droit de propriété; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il assure les moyens de la conserver»³⁸.

I grandi spunti oratori di Portalis non trovarono eco in Faure, che si limitò a un discorso tecnico³⁹; invece, la trovarono in Grenier, che calò nella storia recente di Francia il senso della propria difesa della proprietà privata che Portalis aveva svolto in termini filosofici.

Per Grenier, era vero che il rispetto di questo diritto esisteva presso tutti i popoli civili e ben governati, e che rientrava tra quei dogmi della politica che l'uomo non poteva disconoscere se faceva uso di ragione; ma era anche vero che c'erano state esperienze fune-

³⁵ CL.-J. DE FERRIERE, *Nouvelle introduction à la pratique*, Paris, 1719, 485 s.; ID., *Dictionnaire*, cit., II, 617.

³⁶ J.M. PORTALIS, *Exposé de motif* 26 nevoso anno XII (17 gennaio 1804) in LOCÉ, *La législation*, cit., VIII, 142 ss. e in FENET, *Recueil*, cit., XI, 112 ss. Fu letto davanti al Corpo legislativo.

³⁷ PORTALIS, *Exposé*, cit., n. 3, in LOCÉ, *La législation*, cit., VIII, 147 s. e in FENET, *Recueil*, cit., XI, 113.

³⁸ PORTALIS, *Exposé*, cit., n. 35, in LOCÉ, *La législation*, cit., VIII, 169 e in FENET, *Recueil*, cit., XI, 112.

³⁹ L.J. FAURE, *Rapport fait au Tribunat*, 30 nevoso XII (21 gennaio 1804), in LOCÉ, *La législation*, cit., VIII, 171 ss. e in FENET, *Recueil*, cit., XI, 134 ss.

ste che avevano portato a far dimenticare l'esigenza di conservare la proprietà, mentre l'ordine fortunato di cui si godeva in quel momento storico poteva essere considerato come il segno del rispetto che le era stato restituito: e questo dimostrava che la proprietà individuale era pienamente conforme alla natura dell'uomo⁴⁰.

Questa lettura del *code* come tutto fondato sulla centralità della proprietà cominciò a diffondersi e a consolidarsi rapidamente e circolò per tutto l'ottocento, e non solo, fino a diventare convinzione comune: proprio come una certa idea ipostatizzata di codice⁴¹.

Però, questo non esime da qualche riflessione ulteriore, perché si tratta di una lettura che, anche senza scomodare la «divina prospettiva» che fu tanto cara al rinascimento, manca dei giochi di chiaroscuro che pure sono presenti nei testi e che sono quelli che danno plasticità alla rappresentazione.

In una parola, i ragionamenti di Portalis e di Grenier furono più complessi di come siano stati letti e, manco a dirlo, vanno calati nel proprio contesto storico.

A dar retta a Maleville, testimone e commentatore prezioso di quando accadde in Consiglio di Stato, allora si scontrarono due filosofie, quella di Rousseau, respinta dal legislatore, e quella dell'illuminismo liberale, fatta propria da Portalis⁴².

Infatti, la cultura dell'illuminismo fu segnata da un grande dibattito ideologico-politico intorno alla proprietà, che vide schierati da un lato gli esponenti dell'illuminismo che faceva capo a Grozio, a Locke e a tanti altri, tutti convinti della necessità naturale della proprietà privata – l'abbiamo visto in Grenier – e, sul fronte opposto, un altro grande, Rousseau, convinto dell'originaria comunione dei beni e dell'allontanamento dallo stato di natura che era stato scandito dall'appropriazione individuale: è una corrente di pensiero che consentì a un certo pensiero marxista di accostare Rousseau a Marx⁴³.

⁴⁰ J. GRENIER, *Discours* 6 piovoso XII (27 gennaio 1804), in LOCRÉ, *La législation*, cit., VIII, 194 ss. e in FENET, *Recueil*, cit., XI, 153 ss.

⁴¹ L. MENGONI, *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, II, 752.

⁴² J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'état*, Paris, 1805, II, 27 s.

⁴³ G. DELLA VOLPE, *Rousseau e Marx e altri saggi di critica materialistica*, Roma, 1957.

Ma quel dibattito – allora come più di un secolo dopo – non fu soltanto un dibattito culturale; nei momenti più aspri della rivoluzione assunse toni e modi estremi che andarono ben al di là del confronto teorico: ci furono, ad esasperarlo e anche a insanguinarlo, il giacobinismo e la montagna e addirittura Babeuf⁴⁴, come ci furono, di riflesso, terrore e il 18 brumaio e Napoleone, che spazzarono via la polemica contro la proprietà privata e i tentativi di sostituirla, in Francia, con il ritorno alla semplicità originaria della proprietà comune.

Però, le grandi riforme che per la gran parte avevano liberato le terre da lacci e laccioli e la vendita dei beni nazionali che avevano contribuito a creare una classe di proprietari terrieri piccoli e medi accanto ai grandi latifondisti avevano trasformato la società francese in una società proprietaria, che non lasciava spazio alle utopie o agli ideali di Rousseau.

Tutte queste vicende non furono frutto del *code* ma della rivoluzione, e quindi della lotta politica e ideologica di allora; il *code*, che ormai si trovava a disciplinare una realtà profondamente diversa, si limitò a recepirle, e non avrebbe potuto fare diversamente.

È il medesimo ragionamento che si potrebbe fare con la pretesa unificazione del soggetto di diritto, che non è dovuta al codice ma alla rivoluzione e che è stata fatta propria dal codice francese, che è il codice di una società liberale, fondata sull'egualitarismo almeno formale.

Infine, e non è cosa da poco, la proprietà come diritto di ciascuno e la sua inviolabilità erano state proclamate dalle diverse costituzioni francesi o dalle diverse dichiarazioni dei diritti⁴⁵, e quindi il «terribile diritto» era un dato ormai acquisito dall'ordinamento.

Del resto, non è facile immaginare un ordinamento borghese che non assuma in sé valori propri della cultura e dell'ideologia borghese, e tra questi c'è sicuramente la proprietà.

Non spetta a uno storico del diritto capire se sia possibile costruire un ordinamento giuridico che non trovi spazio per la pro-

⁴⁴ V. il bel quadro che ne diede già F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxelles-Paris, 1878³, VI, §§ 87 ss., 115 ss.; per il ricordo di Babeuf v. § 93, 123.

⁴⁵ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* art. 17 e *Constitution française* 3-13 settembre 1791, tit. I, art. 3; *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen* art. 1, premessa a *Constitution* 22 agosto-23 settembre 1795; *Constitution* 22 frimaio anno VIII (13 dicembre 1799) art. 1, che dichiara irrevocabili gli acquisti dei beni nazionali.

prietà – il caso della Cina contemporanea potrebbe indurre a qualche riflessione.

A lui, cioè a noi, spetta osservare – e far osservare – che quando si è cercato di farlo – nelle società comuniste ispirate dal marxismo come nella Francia giacobina e montagnarda – questo è stato reso possibile perché era stato scartato o rifiutato, sul piano ideologico e sul piano politico, un valore essenziale della società e dell'ideologia borghese: proprio come era avvenuto prima di termidoro e all'opposto di quanto si fece dopo, respingendo Rousseau e preferendogli Grozio e Locke.

Per rendersi conto fino in fondo del rapporto tra proprietà e codice, basterebbe pensare, per confronto, alla società e all'ordinamento giuridico italiano dal 1945 alla Costituzione; in quegli anni successivi alla caduta del fascismo si trattò di costruire dalle macerie un modello di società e di ordinamento che fossero fondati su valori che non erano stati ancora, o che non erano più, nella coscienza sociale: la Costituzione repubblicana è stata fondativa di questi valori, mentre nel caso del *code civil* ad essere fondativa del nuovo regime era stata la rivoluzione e il suo *droit intermédiaire*.

Sicché, a insistere a dire, come talvolta si fa ancora oggi, che il *code civil* fu la costituzione economica della borghesia e che fu un codice fondato sulla centralità della proprietà privata si troverebbe – posso dirlo con un gioco di parole? – consenso più in *monsieur* de la Palisse che in Portalis.

Pertanto, senza voler togliere nulla al significato di quanto scrissero Portalis e Grenier e alla loro lettura ideologica delle scelte dei codificatori, credo che quei discorsi portino, come in altre occasioni, a dar senso e a celebrare l'equilibrio politico raggiunto da termidoro fino al consolato, piuttosto che a illustrare le scelte tecniche del legislatore.

Allora, si tratterà di vedere se quella posizione ideologica abbia trovato riscontro effettivo nei lavori di codificazione e nel testo del codice: e probabilmente non è stato così.

5. La lettura tecnica del code civil

È acquisizione comune che il *code civil* sia stato costruito – lo si è appena visto – intorno alla centralità della proprietà, così come il

code de commerce sarebbe stato costruito intorno alla centralità dell'atto di commercio⁴⁶.

Se non è così, bisogna riprendere da capo il filo del discorso.

Lo schema sistematico non ci aiuta gran che – dal soggetto ai beni alla loro circolazione – perché ha una storia troppo lunga alle spalle, quella che parte almeno dalla *Institutiones* di Gaio e poi di Giustiniano.

In realtà, proprio per questa tradizione antica il codice non pone al proprio centro la proprietà ma i beni – e questa è una impostazione tutta francese, che fa scrivere ancora adesso del *droit des biens*.

Infatti, il libro secondo è intitolato *Des biens, e des différentes modifications de la propriété*, e questa dislocazione un po' in margine della proprietà restò immutata a lungo⁴⁷, fino al codice italiano del 1942, che avrebbe gettato la maschera fino in fondo, intitolando il terzo libro *Della proprietà*.

Però, quest'ultima collocazione, se non si trattò solo di una vanteria, allora fu riportata al rapporto stretto che il legislatore fascista volle istituire tra codice e carta del lavoro: la 'nuova' proprietà non sarebbe più stata «il simbolo della sovranità privata come contrapposta a quella dello Stato», il «diritto primigenio o naturale dell'individuo» ma un diritto che «stende le sue radici ... nell'ordinamento stesso della famiglia, che il fascismo vuole forte e fiorente, perché la sua forza e la sua floridezza sono forza e floridezza dello Stato»⁴⁸.

Da qui, allora, l'attenzione prioritaria non più per i beni, necessariamente legati all'individuo, ma per il diritto sui beni, che doveva avere una propria funzione 'sociale'.

Da questo primo punto di vista, non sembra che il *code civil* abbia assunto la proprietà a proprio centro di gravità, e questo sarebbe conforme a una tradizione dottrinarica molto risalente.

⁴⁶ Qualche osservazione critica in U. PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi: il code de commerce fra tradizione e innovazione*, in C. ANGELICI, M. CARAVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal code de commerce*, con prefazione di Anne Lefebvre-Teillard, Milano, 2008, 1 ss.

⁴⁷ Con l'eccezione del codice civile della repubblica e cantone del Ticino e del codice austriaco che parlano rispettivamente *Dei diritti sulle cose* e *Del diritto sulle cose*.

⁴⁸ *Relazione del ministro guardasigilli al codice civile*, n. 402, in G.U. 4 aprile 1942, ora a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni B. Ferri e Nicola Rondinone, Roma, 2010, 83.

6. *Sistematica e tradizione*

La partizione sistematica di Gaio e di Giustiniano che era ben consolidata da secoli si caricò di valori nuovi in Domat, che la riportò all'ordine che Dio impresso nel mondo: prima di tutto, le regole; poi le persone, per la centralità dell'uomo nella creazione; quindi le cose, che rappresentano tutto ciò che Dio ha creato per lui⁴⁹.

Per questo loro inserimento nell'armonia del creato, le cose furono distinte secondo la propria natura: dalle cose comuni a tutti a quelle pubbliche, da quelle immobili a quelle mobili agli animali, e questa distinzione rifletteva, insieme, valori religiosi e giuridici, sicché Domat poté citare, insieme, le sacre scritture e le Istituzioni⁵⁰.

La convinzione che in diritto le cose siano da distinguere secondo le leggi della natura è una di quelle onde lunghe che legano il passato al presente: ancora una volta, la *Relazione al re* spiegò, duecentocinquanta anni dopo, che la «distinzione tradizionale» tra mobili e immobili conservava ancora rilevanza giuridica e che però doveva essere ricondotta, come era avvenuto nel codice che si presentava, «al suo significato naturalistico, abbandonando il sistema del codice del 1865, il quale ... da un lato ampliava la categoria degli immobili oltre i confini propri di questi beni, dall'altro lato riconduceva anche i diritti nel novero delle cose»⁵¹.

A confermare che, per la tradizione giuridica francese, 'in principio' esistevano le cose accanto agli uomini sta anche il fatto che Domat si limitò ad accennare solo qua e là alla proprietà, che altrimenti rimase eclissata dietro le cose⁵².

A procedere, come si fa spesso, a volo d'uccello si salta solitamente a Pothier che, invece, prestò attenzione soprattutto alla differenza tra mobili e immobili in relazione al diritto di proprietà, che riguardava quasi solo i primi, salvo il caso, piuttosto raro, del *franc-aleu*: «il n'y a aujourd'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété»⁵³.

⁴⁹ DOMAT, *Les lois civiles*, l. I, tit. III, sez. I, § I; e v. i rinvii significativi a Deut. 4.19 (ed. cit., I, 35).

⁵⁰ DOMAT, *Les lois*, cit., l. I, tit. III, sez. I, § I, nt. a (ed. cit., I, 35).

⁵¹ *Relazione*, cit., n. 387, 80.

⁵² V. sopra, n. 5.

⁵³ POTHIER, *Traité*, cit., in POTHIER, *Œuvres*, cit., XIV, 287. Qui, evidentemente, Pothier usa la parola *propriété* in senso pieno, ormai depurata dal riferimento al solo dominio diretto; del resto la divisione del domaine non era praticata sui beni mobili.

Ritornero fra poco sul rilievo di questa distinzione tra categorie di beni, mentre mi limito ad accennare, per adesso, che anche in questo caso quello che scrisse Pothier aveva precedenti ben saldi nella tradizione giuridica francese precedente a lui, di solito offuscata dalla sua rinomanza, e tra questi nel *Dictionnaire de droit et de pratique*⁵⁴, che è solo uno dei tanti.

Nel frattempo, però, merita ricordare che la scarsa attenzione alla proprietà rispetto all'attenzione dedicata ai beni si ritrova ancora più di cent'anni dopo in Domat, nelle discussioni che precedettero il *code civil*.

Treihard, presentando il titolo sulla distinzione dei beni, riprese il criterio sistematico tradizionale – l'uomo in tutti i suoi rapporti, i beni in tutte le loro articolazioni, i beni in riferimento ai modi in cui sono trasmessi –, pose il problema dei diritti reali, pieni o meno pieni, e da qui prese spunto per accennare alla «*propriété pleine et entière*»⁵⁵.

Passò quindi alla distinzione tra mobili e immobili, con alcune considerazioni molto acute sull'accresciuto rilievo economico dei primi; ma prima di passare ad un'analisi più dettagliata fece un accenno molto rapido all'eliminazione di una categoria tradizionale, quella dei *propres*, e di un istituto, il *rétrat lignager*, con la semplificazione del regime successorio che ne era venuta⁵⁶.

L'approccio reale, che parte dalle cose, al tema della proprietà è ancora più evidente in un altro discorso, quello al Tribunato; dopo il solito accenno alla ripresa della sistematica romana, salvo che per le azioni, si partì dalla considerazione che in una società organizzata i beni sarebbero stati privi di senso senza la proprietà – è il medesimo tema anti-rousseauiano già visto in Portalis – e si proseguì dicendo che i beni dovevano essere presi in esame in riferimento o alla modificazioni di cui era suscettibile la proprietà o ai modi di acquisto e di trasmissione⁵⁷.

Forse non è un azzardo leggere questo testo come se contenesse un accenno, seppure velato, alle proprietà anziché alla proprietà,

⁵⁴ V. sopra, 11.

⁵⁵ J.B. TREIHARD, *Exposé des motifs*, 25 nevoso anno XII (16 gennaio 1804), in LOCÉ, *La législation*, cit., VIII, 50 s.

⁵⁶ TREIHARD, *Exposé*, cit., in LOCÉ, *La législation*, cit., VIII, 52 s. I *propres*, come beni familiari, si contrapponevano agli *acquêt*.

⁵⁷ G.F.Ch. GOUPIL-PRÉFELN, *rapport fait au Tribunat*, 29 nevoso anno XII (20 gennaio 1804), in LOCÉ, *La législation*, cit., VIII, 62 ss.

come si scriverà più di centocinquant'anni dopo⁵⁸: tanto più che questa lettura sarebbe confermata da una dichiarazione ancora più esplicita fatta al medesimo Tribunato, che «les choses ou les biens composent les diverses espèces de propriété: ces espèces sont sujettes à différentes modifications; le code civil les caractérise»⁵⁹.

7. *Gli immobili come beni privilegiati*

Nell'antico regime la distinzione che si faceva tra le due grandi, tradizionali categorie di beni non era così fondata sulla natura come si potrebbe immaginare adesso: del resto si è già visto che la *Relazione* al re del 1942 era convinta di averla portata a compimento, o almeno molto avanti, nel suo «significato naturalistico», mentre lo stesso codice del 1865 aveva lasciato incompiuto questo processo.

Tra otto e novecento era convinzione comune nella scienza giuridica francese che il diritto consuetudinario avesse distinto mobili e immobili soprattutto tenendo conto del grande valore dei secondi rispetto ai primi e della differenza di regime giuridico conseguente alla natura dei beni.

Era stato – si scrisse – nel diritto della Francia consuetudinaria che si vide crescere e grandeggiare sino all'esasperazione il predominio della terra, dell'immobile, dei beni immobiliari, e ciò grazie a due idee capitali sulle quali poggiava la società nell'antico diritto: l'idea feudale e l'idea consuetudinaria della conservazione dei beni nelle famiglie. La teoria dei feudi da un lato, e quella dei *propres* da un altro, avevano assicurato il primo posto alla distinzione dei beni, in mobili e immobili⁶⁰.

Il problema fondamentale fu quello del regime giuridico, ma sarebbe impossibile seguirlo in tutte le sue sfaccettature; però, se ne può dire qualcosa in base ad alcuni punti consolidati.

I beni mobili seguivano il regime giuridico del domicilio del proprietario, e questo aveva importanza grandissima in un paese

⁵⁸ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 213 ss.

⁵⁹ J.F. SAVOYE-ROLLIN, *Discours* al Tribunato 4 piovoso anno XII (25 gennaio 1804), in LOCRÉ, *La législation*, cit., VIII, 73.

⁶⁰ BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *Dei beni*, in BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato*, cit., VI, 13 ss.; in diritto romano la distinzione non avrebbe avuto il grande rilievo che ebbe in Francia.

dove il diritto era tanto diverso da luogo a luogo; gli immobili, invece, erano disciplinati dalla *coutume* del luogo dove erano situati.

Inoltre, il *retrait lignager*, che consentiva a un parente della medesima linea del venditore di recuperare il bene venduto nei confronti dell'acquirente, si applicava solo agli immobili, come il diritto di sequela conseguente all'ipoteca, mentre i mobili potevano essere oggetto di esecuzione attraverso la *saisie*; la vendita dei mobili non richiedeva le solennità richieste per quella degli immobili e ad essa non si applicava la rescissione per lesione; e ancora: diverso regime di prescrizione, diverso regime successorio, diverso regime per le donazioni che non richiedevano insinuazione, impossibilità di applicare ai mobili la *complainte*, che era una specie di usufrutto dietro corrispettivo di una quota in natura⁶¹.

Quindi, in mancanza di una distinzione naturalistica si apriva una casistica molto complessa, perché oltre a quella degli immobili per natura esisteva la categoria degli *immeubles par fiction*, che si distinguevano in più sotto-categorie: i mobili infissi all'immobile o asserviti ad esso per destinazione del padre di famiglia; i beni oggetto di *stipulation de propre*, cioè ascritti volontariamente alla categoria dei *propres*, cioè dei beni familiari, in un contratto di matrimonio; i beni che rappresentavano l'immobile, come i materiali che derivavano dalla sua demolizione; i mobili considerati immobili in forza di norme consuetudinarie⁶².

Anche in questo caso, la dottrina fu piuttosto variegata e, come in altre occasioni, il referente obbligato fu Pothier, anche se egli sembra piuttosto uno degli ultimi anelli di una lunga catena⁶³.

Così, fu un punto fermo che fossero immobili le rendite fondiarie, che dal punto di vista naturale non avevano niente a che vedere con questa categoria⁶⁴: ma la consuetudine di Parigi era orientata così e addirittura aveva esteso questo regime al capitale che proveniva dal riscatto di una rendita e la regola valeva sia nei paesi di *droit*

⁶¹ DE FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., alla voce *immeubles*, II, 4 s.; per gli istituti menzionati v. sempre *ivi*.

⁶² DE FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., alla voce *immeubles*, II, 4 s.; per gli istituti menzionati v. sempre *ivi*.

⁶³ Si può confrontare quello che scrisse nel suo *Traité des personnes et des choses*, in POTHIER, *Oeuvres*, cit., XXIII, 374 ss. con *Le praticien universel*, cit., III, 362 ss.

⁶⁴ DE FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., alla voce *immeubles*, II, 5.

écrit sia in quei paesi di *droit coutumier* dove la consuetudine non prevedeva diversamente⁶⁵.

Un'altra categoria di beni immobili *par fiction* fu rappresentata dagli uffici venali, forse perché fornivano una rendita stabile e perché potevano essere assoggettati ad ipoteca e quindi tutelati attraverso la *saisine*, che era uno strumento esecutivo simile al pignoramento o al sequestro immobiliare⁶⁶.

Naturalmente, il discorso potrebbe essere rovesciato, e lo strumento esecutivo applicabile potrebbe essere la conseguenza della qualificazione giuridica del bene, e non il contrario; forse, il fondamento vero dell'inserimento in questa o in questa categoria fu, ancora una volta, quello del valore.

Del resto, la concessione degli uffici venali avveniva attraverso un contratto tutto particolare – *contrat pignoratif* – che formalmente si presentava o come una vendita con patto di riscatto o come un mutuo garantito da un pegno integrato da un patto anticretico⁶⁷; in realtà, si trattava di un tipo particolare di contratto, perché a carico del mutuatario mancava l'obbligazione principale tipica del mutuo, la restituzione, e perché la vendita con patto di riscatto era praticata solo in modo residuale.

Ma ancora non basta, perché i preziosi erano equiparati, per certi versi, agli immobili anche senza che fosse necessaria una dichiarazione espressa in tal senso, con la conseguenza che ne era vietata la vendita o che potevano essere riscattati dall'erede nei confronti del legatario o che erano venduti con le stesse modalità rigorose previste per gli immobili in caso che fossero stati oggetto di *saisine*⁶⁸.

⁶⁵ *Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, art. 94 (cito da C. DE FERRIERE, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1770, I, 186 ss.); *Le praticien universel*, cit., III, 367.

⁶⁶ *Le praticien universel*, cit., III, 368.

⁶⁷ F. GRIMAUDET, *Livre premier de la paraphrase des droits des usures et contracts pignoratifs*, in GRIMAUDET, *Oeuvres*, Paris, 1613, 225 ss.; A. FAVRE, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuriss civilis*, dec. IX (ed. Lyon, 1658, I, 109 ss.); POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, V, de l'antichrèse, et du contrat pignoratif, art. 2, in POTHIER, *Oeuvres*, cit., V, 475. Altre indicazioni con altre ipotesi di ricostruzione giuridica in BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *Della società, del mutuo, del deposito*, e in BAUDRY-LACANTINERIE - P. DE LOYNES, *Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropriazione forzata*, rispettivamente in BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato*, cit., XXIII, n. 817, 476 e nn. 858-861, 495 ss.; XXV, nn. 195-197, 284 ss.

⁶⁸ DE FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., alla voce *meubles*, II, 306 ss.; GUYOT, *Répertoire*, cit., II, 338 ss. e *Encyclopédie méthodique*, cit., II, 43 ss.

Come si è visto, il criterio discrezionale poteva dipendere dalla volontà del soggetto e Ferrière illustrò la categoria dei mobili resi immobili per valore di affezione: in questo caso si parlava di *stipulation de propre*⁶⁹.

Però, era possibile che accadesse anche il contrario, e questa era, tra l'altro, la pratica più diffusa, con l'istituto dell'*ameublisement*, che fu utilizzato con larghezza⁷⁰.

Il fatto è che dietro questa casistica apparentemente contorta – il pesce nello stagno era immobile secondo la *Coutume* di Parigi, ma diventava mobile una volta pescato⁷¹ e questo valeva anche per gli altri frutti ancora pendenti di un bene immobile – c'erano interessi forti che derivavano dalla diversità di regime giuridico.

Infatti, la comunione familiare si estendeva solo ai beni mobili ma non agli altri, che restavano *propres*⁷² e che quindi seguivano un regime successorio diverso.

Il *Code* cercò di mettere un po' d'ordine nella materia, anche se per molte fattispecie rimase legato alla tradizione del *droit coutumier*.

Così, ad esempio, i frutti pendenti continuarono ad essere considerati immobili, anche se con una serie di sub-distinzioni, e acquistavano la qualità di mobili solo dopo il distacco⁷³; gli animali allevati sul fondo – un gregge di montoni⁷⁴ o i piccioni e i conigli, ma solo se in branco⁷⁵ – o destinati ad esso – i cavalli al servizio di una miniera⁷⁶ – continuarono ad essere considerati immobili per destinazione, al pari degli schiavi neri destinati ad un'abitazione nelle colonie⁷⁷, ma non fu così per i cavalli e i carri destinati al servizio di una birreria⁷⁸.

Quest'ultimo caso fa intravedere un barlume della logica seguita

⁶⁹ V sopra, n. 62.

⁷⁰ Ancora DE FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., alla voce *ameublisement*, I, 112 ss.; GUYOT, *Répertoire*, cit., I, e *Encyclopédie méthodique*, cit., I.

⁷¹ *Le praticien universel*, cit., III, 365 e *Coutume*, Paris, cit., 91.

⁷² DE FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., alla voce *ameublisement*, I, 112, e alla voce *communauté des biens entre conjoints*, *ivi*, I, 453 ss.; GUYOT, *Répertoire*, cit., e *Encyclopédie méthodique*, cit.

⁷³ *Journal du Palais, répertoire général*, par Ledru Rollin, v. *biens*, II, n. 28, ed. Paris, 1845, II, 514.

⁷⁴ *Journal*, cit., v. *biens*, II, n. 80, 516.

⁷⁵ *Journal*, cit., v. *biens*, II, n. 95 e n. 97, 517.

⁷⁶ *Journal*, cit., v. *biens*, II, n. 90, 516.

⁷⁷ *Journal*, cit., v. *biens*, II, n. 76, 516.

⁷⁸ *Journal*, cit., v. *biens*, II, n. 86, 516.

dal legislatore e dalla giurisprudenza, che sembra ancora la logica della prevalenza dell'agricoltura a discapito dell'impresa.

Questa logica proprietaria è stata davvero lunga a morire, se ne cogliamo qualche eco significativa in autori autorevoli di metà novecento⁷⁹ e addirittura in certa nostra giurisprudenza che considerò immobili per destinazione i frantoi per le olive e altri macchinari, ma considerò mobili i macchinari delle aziende⁸⁰.

Invece, il *code civil* fu più avanzato nei confronti delle situazioni sulle quali era già intervenuta la legislazione rivoluzionaria; del resto, è ben noto che il *droit intermédiaire* giocò un ruolo importante nella trasformazione del diritto di *ancien régime*.

Il caso più appariscente è quello delle rendite fondiarie, che tendenzialmente dovevano essere eliminate in un quadro di liberazione delle terre dai pesi che le gravavano.

Il primo passo fu quello di renderle redimibili⁸¹, il passo successivo fu quello di favorirne il riscatto⁸², l'ultimo fu quello di dichiararle non suscettibili di ipoteca⁸³; infine il *code civil* le ascrisse alla categoria dei beni mobili, una volta che il processo evolutivo si era sostanzialmente compiuto⁸⁴.

Nel frattempo, cominciava a prendere corpo, almeno sul piano economico e seppure timidamente, una qualche inversione di quella tendenza che aveva visto la prevalenza degli immobili, e soprattutto della terra, a danno della ricchezza mobiliare e dell'impresa.

Però, gli strumenti giuridici utilizzati furono quelli ordinari, a dimostrare quanto fosse vischiosa la tradizione; così, si diede agli

⁷⁹ S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, 30 dove si attribuisce agli immobili un rilievo economico prevalente e per conseguenza un regime di maggior tutela; F. DE MARTINO, *Beni in generale - Proprietà*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna, 1976, 13 s., che ricorda che la distinzione tra immobili e mobili è ispirata da criteri economico-sociali, non naturalistici.

⁸⁰ V. rispettivamente Cass. 22 febbraio 1955, n. 535, e Cass. 9 aprile 1984, n. 2255, che ha affermato che ai macchinari siti in un complesso industriale non può essere esteso il vincolo ipotecario afferente agli immobili, a meno che non ne risulti una cosa complessa.

⁸¹ L. 4 agosto 1789, in DUVERGIER, *Collection*, cit., I, 33 ss.

⁸² L. 18-29 dicembre 1790, in DUVERGIER, *Collection*, cit., II, 105 ss.

⁸³ L. 11 brumaio anno VIII (2 novembre 1799), in DUVERGIER, *Collection*, cit., XII, 370 s.

⁸⁴ Art. 529 c.c.fr. e *Journal*, cit., v. *biens*, II, n. 236, 523.

azionisti della Banca di Francia la facoltà di rendere immobili i propri titoli, con tutte le conseguenze giuridiche del caso, come l'assoggettabilità a privilegi e ipoteche e alle formalità delle vendite immobiliari⁸⁵; qualcosa di simile fu stabilito anche per le azioni dei canali di Orléans e del Loign, che furono assoggettate al medesimo regime già previsto per le azioni della banca di Francia⁸⁶.

8. *Un abbozzo di conclusione*

Come avevo premesso, mi sono limitato ad esporre alcune linee che, forse, potrebbero essere utilizzate in una ricerca sui rapporti tra i beni e le proprietà.

Riassumendo, direi che va scartata l'idea che il *Code civil* abbia costruito la proprietà moderna, piena ed assoluta, perché mi sembra che, in questo come in altri casi, siano state tirate le fila di un processo che aveva avuto inizio già durante gli ultimi secoli dell'*ancien régime* quando indipendentemente dalla parola utilizzata – *domaine* o *propriété* – si era consolidata la convinzione che la proprietà si identificasse con il godimento effettivo e pieno del bene, e che aveva avuto i suoi snodi principali nel *droit intermédiaire* e nella liberazione della terra dai limiti e dai pesi che la gravavano.

Direi, ancora, che i famosi discorsi di Portalis e di Grenier vanno letti nel loro contesto storico, e quindi alla luce sia della polemica culturale tra Locke e i propri seguaci, da un lato, e Rousseau dall'altro sia – soprattutto se si crede che gli uomini si facciano guidare non solo dalle idee e dagli ideali ma anche dagli interessi economici – dello scontro politico tra le due anime della rivoluzione, quella moderata e quella giacobina: con Napoleone che cercò farla da pacificatore, o almeno di presentarsi come tale.

Direi, infine, che nel tempo la proprietà immobiliare si è dimostrata tendenzialmente regressiva rispetto allo sviluppo capitalistico, e che certo regime privilegiato che le è stato attribuito non trova più giustificazione in un mondo sempre più smaterializzato, anche se la vischiosità della tradizione ha continuato a giocare a lungo il proprio ruolo.

⁸⁵ Decreto 16 gennaio 1808, art. 7, in DUVERGIER, *Collection*, cit., XVI, 210 ss.

⁸⁶ Decreto 16 marzo 1810, in DUVERGIER, *Collection*, cit., XVII, 55 ss.

Ma direi, soprattutto, che tutte queste rapide considerazioni meritano di essere verificate una per una, perché sono il frutto più di letture rapide che di ricerche effettive.

Abstract

A legislative measure, and in particular a code can be interpreted in at least two ways, as technical-legal or legal-ideological; this means that, with regard to the codification of the law, an ideological and a technical value to the code can be identified.

In the given case of the definition of property in the French *code civil*, one must first point out that this definition was almost never discussed in the Commission, though, as in the case of the contract, it had a strong tradition behind it, even though it was not fully consolidated. Indeed, in the French legal culture the distinction between *domaine* and *propriété* was basically already defined by the middle of the sixteenth century.

Therefore, by presenting this part of the *Code Civil*, Portalis did not just make a technical analysis, but he also presented the property as a natural right which belongs to every society; from here follows the centrality of the property rights in the Civil Code. This interpretation of the code, like everything based on the centrality of property, began to spread and consolidate rapidly and circulated throughout the whole of the nineteenth century.

This ideological consideration of the code is the most common, although, in truth, according to a technical reading, the code does not place in its center the property, but the goods. In fact, the second Book is entitled *Des biens* and deals with the concept of *différentes modifications de la propriété*. This marginal displacement of property remained unchanged until the Italian Civil Code of 1942, which entitled the third book *Della proprietà*. However, this order finds its motivation in the connection that the fascist legislator wanted to establish between the code and the Labour Charter.

Therefore, from this point of view, it seems that the civil code, according to the historical tradition dating back, did not put property at its center. To confirm that, according to the French legal tradition, priority was given to goods long before property, stands also the fact that Domat rarely mentioned property, which therefore remained eclipsed by other issues.

Prodotti finanziari, strumenti finanziari e valori mobiliari
tra “nuove” classi di beni e “nuovi” beni.

Abstract anticipato di un saggio da scrivere

Paolo Spada

1. La parola “finanza” e i vocaboli che ne derivano risalgono al lemma dell’antico francese “fin” (denaro) ed al vocabolo latino “finare”. Quest’ultimo significa “esigere del denaro” e si presenta come una forma alterata di “finire”, nel senso di portare a compimento; d’onde: pagare.

L’analisi etimologica orienta, dunque, a pensare la finanza come un fenomeno nel quale la *ricchezza* deve essere ancora conseguita; essa è, qui ed ora, *assente*: un’assenza che può dipendere dal fattore tempo (prestazione non esigibile o non riappropriabile), dal fattore spazio (merce viaggiante o depositata alla rinfusa) o da entrambi.

Efficacemente è stato di recente osservato da P. FERRO-LUZZI (*Attività e “prodotti finanziari”*, in *L’attuazione della MiFID*, a cura di D’Apice, Bologna, 2010, 18) che «operazione “finanziaria” è quella che tra le parti (che non devono essere necessariamente due) è programmata in modo da iniziare e terminare con il danaro»; operazione che si lascia scomporre in tre varianti: «a) danaro/tempo/danaro; quando il tempo, e la sua durata, ha rilevanza determinante nel muovere le parti all’operazione; b) danaro/spazio/danaro; quando tra l’atto iniziale dell’operazione e il suo termine si interpone uno spazio, l’interesse delle parti essendo appunto diretto a “spostare” nello spazio denaro... la “moneta”, in [questo] contesto, [essendo] essenzialmente una cosa; c) danaro/danaro, che è cambio».

Alle varianti che precedono, deve aggiungersene una quarta: «[d)] nella quale il termine intermedio tra denaro e denaro, denaro sempre oggetto dell’interesse iniziale e finale delle parti, non è però costituito [soltanto] dal tempo (pur un certo tempo potendo essere necessario, ma in via meramente strumentale), ma dal riferimento ad un “dato” rilevante agli effetti di determinare la differenza tra danaro iniziale e danaro finale». È, questa quarta, la variante degli *strumenti cc.dd. derivati* (o di alcuni di essi), a proposito dei quali un po’ provocatoriamente può dirsi – ed ho già detto e scritto – che la ric-

chezza è *inesistente*, nel senso che è puramente sperata – come in ogni scommessa che si rispetti.

In senso descrittivo, “prodotto finanziario” è, per l’analisi giuridica, un’ipotesi – il risultato di una reificazione – di ogni operazione dell’autonomia privata dalla quale scaturiscono pretese giustiziabili di accesso a ricchezza assente o – se si accetta la provocazione – inesistente nel momento in cui l’operazione si compie.

2. Come ogni prodotto (risultante di un’attività di separazione o di manifattura), il prodotto finanziario – inteso nel senso descrittivo che si diceva – è compatibile con l’idea di mercato, da intendersi – sempre per l’analisi giuridica – come la risultante di una regola di tempo e di luogo (fisico o, oggi, “virtuale”) nei quali si incontrano flussi di offerta e di domanda di ricchezza. La ricchezza – sempre per il giurista – è fondamentalmente di due generi: *ricchezza dell’appartenenza* (cose che formano oggetto di diritti) e *ricchezza della pretesa* (crediti ed altre situazioni di vantaggio; prerogative di partecipazione a processi decisionali). La ricchezza dell’appartenenza è difendibile con la forza (posso lecitamente resistere al tentativo di spoglio e di molestia purché la difesa sia proporzionata) e giustiziabile (il giudice ripristina l’appartenenza che mi è stata sottratta); la ricchezza della pretesa è solo giustiziabile (posso accedervi solo *ope iudicis*). Alla luce di questa differenza, *la ricchezza della pretesa è un artefatto del diritto*: è il diritto che “crea” ricchezza nel momento stesso in cui prevede i mezzi per accedere ad essa e per conservarla (questo è il senso in cui Ascarelli parlava – con riferimento alla ricchezza che il linguaggio corrente, al pari di quello di specialità, chiama proprietà intellettuale – di “fattispecie costitutiva del bene immateriale”).

3. Ciò detto, giova considerare preliminari ad una riflessione giuridica sui “prodotti finanziari” i seguenti acquisiti:

a) prodotto finanziario, in quanto artefatto del diritto, si lascia pensare solo relativamente ad un ordine giuridico dato;

b) i prodotti finanziari sono compatibili con l’idea di mercato;

c) i flussi di offerta e di domanda, che – nell’ottica di una regola di tempo e di una regola di luogo – costituiscono un mercato, possono riguardare prodotti finanziari coesistenti o preesistenti all’offerta ed alla domanda che li concerne. Per antonomasia: offerta di

“collocazione” di prodotti finanziari o offerta di scambio di prodotti finanziari. Nel primo caso, si dispone di liquidità (si destina o si attribuisce) per procurarsi una pretesa [si parla di operazioni di mercato primario]; nel secondo, si dispone di liquidità (la si attribuisce) per subentrare ad altri in una pretesa [si parla di operazioni di mercato secondario].

4. La formazione di mercati finanziari è stata propiziata (fin dal secolo XVII) dalla documentazione in titoli circolanti delle pretese di accesso a, e delle prerogative di amministrazione di ricchezza assente (cioè non compresente alla “collocazione” o allo scambio); e l’esperienza multiforme di questi titoli (per antonomasia: di partecipazione a investimenti collettivi [azioni al portatore]) e, soprattutto, di altri più risalenti, funzionali ad operazioni individuali di credito (cambiali), è stata – in Germania, prima, e in Italia, poi – concettualizzata foggando una figura documentale preordinata ad agevolare l’esazione e la circolazione di pretese (pensabili, in quanto massa, come ricchezza assente) rispetto alle regole del diritto comune (cessione del credito e cessione del contratto): a questa figura si è dato, nella seconda metà del secolo XIX il nome di “titolo di credito”. Se alcuni documenti circolanti, poi classificati come titoli di credito, hanno – come accennato – favorito la formazione di mercati finanziari, *il titolo di credito non è mai stato* – nel pensiero di chi lo ha concepito e nell’uso giurisprudenziale che se ne è fatto e che se ne fa – *né è una figura preordinata a regolare i mercati finanziari*: il titolo di credito serviva e serve a incoraggiare l’acquisto di una pretesa (e quindi l’impiego di liquidità in ricchezza non dell’appartenenza ma della pretesa) perché procura una riduzione del rischio di delusione nell’accesso alla ricchezza (dell’appartenenza) alla quale la pretesa si riferisce, rischio risalente alla contestabilità dell’acquisto o alla contestabilità dell’esazione.

5. Fino agli anni ’70 del secolo scorso, i mercati finanziari domestici sono stati oggetto di una disciplina relativamente modesta e che non ha sollecitato l’emersione di un lessico giuridico proprio. Questo lessico comincia ad affiorare nel 1974 (con la legge 216): il primo mezzo linguistico ad essere coniato (avvalendosi di un vecchio calco del linguaggio giuridico francese in materia di documenti cir-

colanti di operazione collettive di investimento o di finanziamento) è “valore mobiliare”; nel tempo, questa locuzione è – sotto la spinta della normativa comunitaria – sostituita, prima, ed affiancata, da ultimo, dalla dicitura “strumenti finanziari”. Oggi – nella vigente versione del Testo Unico dell’Intermediazione Finanziaria (risalente al 1998 e da ultimo novellato nel 2010) – i valori mobiliari convivono con gli strumenti finanziari a costituirne – stando al glossario dell’art. 1 – una sottoclasse e – sempre stando al glossario – sono inclusi in un insieme più esteso, al quale è dato il nome di “prodotti finanziari”.

La gerarchia delle classi tiene fino ad un certo punto; perché – guardano alla disciplina – i prodotti finanziari non mobilitano regole applicabili agli strumenti finanziari e alla loro sottoclasse dei valori mobiliari (e, men che mai, a quell’altra sottoclasse denominata “strumenti del mercato monetario”, che è isolata solo per dire che è immune dalla disciplina contenuta nel TUF). La locuzione “prodotti finanziari” è, infatti, usata solo nel contesto di regole che governano le modalità dell’offerta/sollecitazione al/del pubblico relativa a strumenti finanziari e valori mobiliari: è insomma, un brevilogoquio che rimpiazza strumenti e valori mobiliari.

Ma quel che appare conoscitivamente più importante è questo: che le locuzioni inventariate sono funzionali alla regolamentazione dei mercati finanziari, sono le “cifre” di una disciplina macro-giuridica, se si conviene di dire “micro” la disciplina dell’esazione e della circolazione agevolata delle pretese compendiate nella dicitura titolo di credito. Nel contesto di questa disciplina, le locuzioni in parola (e, tra queste, “prodotti finanziari”) *non designano nuovi beni* – trattandosi di ricchezza della pretesa, non di ricchezza dell’appartenenza, diremmo nuovi artefatti giuridici che appagano l’interesse di accedere a ricchezza; designano *bensì classi aperte di beni*, molti dei quali ben noti al diritto ed alla pratica finanziaria (azioni, obbligazioni, altri titoli di debito, contratti differenziali, contratti derivati su valute, titoli e merci ecc.).

6. Diverso è il discorso per la locuzione “strumenti finanziari”: se questi – fuori del TUF – sono *classe di beni* (della ricchezza della pretesa) nel diritto della contabilità (v. per esempio art. 2427-*bis* c.c. – che avrebbe potuto anche parlare di prodotti finanziari, per mettersi in sintonia con la gerarchia lessicale del TUF), nel nuovo diritto

delle società di capitali (quello riformato nel 2003), strumenti finanziari sono *nomenclatura di “nuovi” beni* – “nuovi” nel senso che non erano testualmente contemplati dal diritto comune delle società, prima della riforma. Si tratta di unità di operazioni potenzialmente collettive di finanziamento remunerato con una clausola parziaria – quelli dell’art. 2346.6 e dell’art. 2411.5; o di unità di operazioni potenzialmente collettive *anche* di investimento – gli strumenti finanziari “emessi” a fronte di risorse conferite dai “soci finanziatori” (art. 2526 c.c.).

Abstract

Etymologically, finance has a clear definition, “demand for money” (from the Latin “*finare*”).

The “financial product”, hypostasis of every operation of private autonomy from which arise claims of access to an absent wealth that can be protected by the law, is compatible with the idea of the market understood as the result of a rule of time and place, which generates the potential for exchanges between supply and demand for wealth. The latter may be of two kinds, *wealth of belonging*, defended by the law and defensible by force, or *wealth of claim*, only defended by the law, generated and recognized by the law and therefore an *artifact* of law itself.

Financial markets were born in the XVII century from the circulation of bearer bonds. The experience of these bearer bonds was then conceptualized, modeling a notion intent to facilitate the collection and circulation of claims, which took the name of “bearer bond”. This was necessary in order to decrease the risk of disappointment with the intent of accessing the wealth to which the claim refers to. To regulate these markets, in 1974 its own legal lexicon was introduced (with law No. 216), first with the term “stocks and shares”, expression then set alongside by the caption “financial instruments”. Today, in the Consolidated Financial Law, stocks and shares coexist with financial instruments included in the wider category of “financial products”.

Products, financial instruments, stocks and shares are instrumental for the regulation of financial markets, they are the “digits” of a macro-legal framework, the aim of which is connected to the constitutional commitment to protect savings (Art. 47).

Within the framework of this discipline, the expressions in question *do not designate new goods, but open classes of goods*, many of which are well known to the law and the financial practice.

Finito di stampare
nel gennaio 2012
Ink Print Service - Napoli

