



## ONTOLOGIA DEI BENI E JUS EXCLUDENDI

ANTONIO GAMBARO

1. Nella dimensione internazionale del diritto è invalso l'uso di far confluire la molteplicità dei diritti sui beni immateriali entro la categoria unitaria della “proprietà intellettuale”, aderendo così alla concezione anglo-americana per la quale la protezione del diritto d'autore non si distingue concettualmente da ogni altro diritto esclusivo in considerazione del fine comune che per tutti consiste nella protezione della creazione intellettuale come tale. Il superamento delle distinzioni i vari diritti che sono chiamati a comporre l'*intellectual property* risulta consacrata dalla sistematica adottata dai più recenti accordi internazionali in materia, conclusi in seno alle Organizzazioni internazionali intergovernative che costituiscono i fori internazionali competenti nel settore: l'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI/WIPO) e l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC/WTO). L'espressione “proprietà intellettuale”, intesa come comprensiva anche dei diritti tradizionalmente definiti di proprietà industriale, è ad esempio codificata all'art. 1, par. 2 dell'Accordo TRIPS (Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio), concluso a Marrakesh il 15 aprile 1994 come parte integrante (Allegato 1 C) dell'Accordo che ha istituito la nuova Organizzazione mondiale del commercio<sup>1</sup>. Il medesimo senso e portata riveste l'espressione “proprietà intellettuale” utilizzata in tutti gli accordi internazionali gestiti dall'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale<sup>2</sup>.

La dottrina internazionale privatistica<sup>3</sup> che è quella che rileva in materia, colloca la disciplina di questi diritti nonostante la particolare qualità dei beni protetti, a fianco di quella della proprietà e degli altri diritti reali sulle cose, quale “proprietà immateriale”<sup>4</sup> in ragione dell'assolutezza di tali diritti e del loro valore *erga omnes*, che li contraddistingue dai diritti d'obbligazione, privi di tale caratteristica.

---

<sup>1</sup> In *I.L.M.*, 1197. L'ordinamento italiano si è adattato all'accordo istitutivo, e conseguentemente alle norme del TRIPS, con l. 29 dicembre 1994, n. 747, in *G. U., Suppl. Ord.*, n. 7 del 10 gennaio 1995. Sui successivi adeguamenti della legislazione interna italiana in materia di proprietà industriale e diritto d'autore e diritti connessi, si rinvia alle indicazioni fornite da UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2007, p. 8.

<sup>2</sup> Cfr. *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, WIPO Publication No. 489 (E), consultabile alla pagina <http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch2.pdf>.

<sup>3</sup> Sul punto rinvio a N. BOSCHIERO, *Beni immateriali (diritto internazionale)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II.

<sup>4</sup> È questa l'espressione utilizzata da BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974, p. 254.



E' però altrettanto rilevante osservare come l'orientamento che ha prevalso in sede internazionale contrasta con l'impostazione tradizionale seguita dalla prevalente dottrina civilistica italiana la quale non considerava che i diritti reali, ossia i *property rights*, potessero avere ad oggetto un bene immateriale<sup>5</sup>, o, per meglio dire, escludeva che la disciplina dei diritti reali trovasse applicazione in relazione ai diritti esclusivi garantiti dai classici diritti sulle opere dell'ingegno avevano natura di diritti di monopolio secondo le indicazioni risalenti al Kohler, ed erano quindi meglio disciplinati in seno al diritto della concorrenza e del mercato<sup>6</sup>.

In sé quindi quella tendenza che oggi è prevalente a livello internazionale, ma anche, come vedremo, almeno superficialmente, a livello comunitario, altro non è che un episodio di circolazione dei modelli giuridici. Si sa che l'analisi della circolazione dei modelli è a sua volta un capitolo della storia delle idee giuridiche colta sotto l'aspetto dinamico che coinvolge lo studio dei diversi formanti che concorrono a tale circolazione.

2. L'accostamento dei diritti di *intellectual property* alla categoria dei diritti reali, negata dalla civilistica italiana classica fa sì che la categoria generale abbia ottriatto quasi insensibilmente alla disciplina dei diritti sui beni immateriali il carattere dell'esclusività, il quale diviene pertanto il tratto essenziale della disciplina relativa<sup>7</sup>.

In effetti il *jus excludendi* è stato a lungo quasi unanimemente considerato l'elemento tipico indefettibile che connota l'assetto della proprietà privata ponendolo accanto al non incompatibile aspetto del godimento diretto del bene, senza il quale non sarebbe corretto parlare di diritto di proprietà. Nel caso della IP, tuttavia la evidente labilità dell'aspetto relativo al godimento diretto fa sì che l'esclusività assurga a tratto unico identificativo della posizione proprietaria, tenuto conto della priorità logica del *jus excludendi* rispetto alla possibilità di selezionare coloro che possono acquistare un diritto di accesso alla risorsa detenuta in esclusiva.

Nelle esperienze giuridiche di *common law*, che hanno assunto, in materia, il ruolo pilota cui si faceva cenno, è impossibile non collegare la proprietà con il *jus excludendi* in memoria della celeberrima frase di Blackstone posta nella prefazione del secondo libro dei suoi *Commentaries on the laws of England*, ove si presentano ai lettori gli *jura rerum* e si ricorda che essi sono: "what the writers on natural law stile as the right of dominion or property" ed aggiunge che "there is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion

---

<sup>5</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ed., rist. Napoli, 2002, p. 80.

<sup>6</sup> Cfr. R. FRANCESCHELLI, *Diritto industriale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 184, in riferimento precipuo all'insegnamento di Ascarelli.

<sup>7</sup> E' infatti asserzione comunissima quella second cui: Generally speaking, a IP gives its owner the right to exclude others from making using selling, offering to sell, or importing the invention during the term of the patent.



which one man claims and exercises over the external things of world in total exclusion of the right of any other individual in the universe.”.

Benché probabilmente si tratti di una delle frasi più fraintese dell'intera storia del diritto, tuttavia la sua celebrità ne assicura la trasposizione a livello di mentalità giuridica. Una delle definizioni di property più popolari tra quelle che si possono incontrare nella letteratura americana dice: “ that is property to which the following label can be attached: to the world keep off unless you have my permission, signed: the private citizen, endorsed: the State”<sup>8</sup>.

Tuttavia una trasposizione di concetti giuridici affidata alla libera associazione di idee non sembra testimoniare una sufficiente tematizzazione del problema con particolare riferimento al fatto che gli oggetti della IP sono ontologicamente diversi rispetto ai beni corporali cui si è fatto tradizionalmente riferimento nei discorsi riferiti alla *property*. Non è infatti sicuro che sia indifferente che un ordinamento regoli la distribuzione delle utilità che fluiscono naturalmente dalle cose o regoli la creazione delle cose in sé, perché nel primo caso coesistono necessariamente situazioni di appartenenza di fatto e situazioni di appartenenza di diritto, mentre nel secondo le situazioni di fatto hanno una diversa rilevanza ed una diversa struttura; nel primo caso la durata dell'utilità in sé è impregiudicata dal diritto, mentre nel secondo è determinata da esso.

Non sarebbe convincente l'osservazione che tale trasposizione è innocua perché la parola *property* ha perso un significato preciso e quindi si tratta di volta in volta di verificare quale fascio di diritti, facoltà, privilegi ed immunità è assegnato dall'ordinamento. Perché quella dello *scientific policy maker*<sup>9</sup>, non è la mentalità dominante a livello globale e rappresenta anzi, un formante tra i più minuscoli; e perché, inoltre, in riferimento alla garanzia costituzionale della proprietà, la parabola discendente della cosiddetta *new property* indica bene in riferimento alla esperienza americana, come non sia possibile garantire la stabilità dei diritti all'infuori degli *jura in rem*, mentre per quanto concerne l'Europa, basti ricordare che la carta dei diritti fondamentali dell'U.E. prevede all'art. 17 sotto la rubrica *Right to property*, che: 1. Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law insofar as is necessary for the general interest. 2. Intellectual property shall be protected.” Ove le differenze anche stilistiche e lessicali tra il primo ed il secondo comma impongono una evidente diversità di prospettiva.

Del resto confondere proprietà con titolarità non è mai stato un buon criterio per condurre analisi intellettualmente sofisticate ed in quanto alla prassi di chiamare proprietà la

---

<sup>8</sup> Cfr. F. COHEN, *Dialogue on Private Property*, in 9 *Rutgers L. Rev.*, 357, 374 (1954)

<sup>9</sup> Il riferimento è a B. AKERMANN, *Private Property and the Constitution*, Yale, 1977, ove appunto si contrappone la visione dematerializzata dello *scientific policy maker* a quella fiscalista dell'*ordinary observer*.



titolarità di diritti specifici che, in quanto tali, hanno nomi propri, è da rilevare come si tratti di una ridondanza facilmente eliminabile con il rasoio di Okkam.

La non sufficiente chiarificazione teorica si nota osservando come in letteratura pur non difettando argomentazioni impostate sulla base della logica economica, le quali si fondano sulla necessità di protezione degli investimenti, la trattazione del problema della IP appare confinata in due approcci dominanti.

Il primo certamente il più corposo adotta lo standard del diritto positivo e quindi si limita alla presa d'atto delle normative vigenti e delle decisioni giurisprudenziali più significative. Ovviamente in tal modo si compongono scritti assai utili, ma sarebbe esagerato dire che essi offrono un contributo teorico adeguato, tanto più che molto spesso difetta la consapevolezza della circolazione di modelli sottostante alle discipline commentate, di cui viene trascurata l'origine di *common law*. In realtà seguendo questo approccio si termina presto nel golfo in cui la tutela dell'IP è posta a confronto con le regole anti trust e ci si imbatte in sottili bilanciamenti di interessi patrocinati dalla giurisprudenza comunitaria<sup>10</sup> ove però è evidente che il tasso di discrezionalità del decisore è elevato e che per conseguenza diviene ancora più evidente il bisogno di un adeguato apporto teorico.

Il secondo approccio utilizza un vago storicismo per richiamare una disciplina il più possibile coerente con le grandi idee forza della tradizione giuridica occidentale. E da qui nasce l'inquadramento dei diritti sui beni immateriali tra i *property rights*.

A dire il vero in questo secondo caso rimane problematica proprio la ragione di una trasposizione nel mondo dell'immateriale di una sistemica giuridica formatasi nell'ambito delle cose materiali e ciò suggerisce che l'oscurità del passaggio dipenda da una insufficiente tematizzazione del problema dell'appartenenza.

Per offrire un primo tentativo di tematizzazione seguirò anch'io due linee di approccio al tema.

La prima tende a porre in luce i diversi sostrati di civilizzazione materiale in cui il problema dell'appropriazione e dell'esclusione si è posto.

La seconda tende a porre in luce gli aspetti specifici della costruzione giuridica dell'istituto proprietario, tenendo presente al riguardo come tali costruzioni formali, non solo variano da una tradizione giuridica all'altra, ma sono anche frammentate al loro interno a cagione della ibridazione che è intervenuta tra la componente tecnico giuridica e le sub

---

<sup>10</sup> In tema sono di grande interesse i cosiddetti *MaGill cases* (Judgment of the Court of 6 April 1995: Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities. (Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P.) *European Court reports 1995 Page I-0074*; anche se la decisione più rilevante è: Court of Justice of 29 April 2004: IMS Health GmbH & Co. OHG vs. NDC Health GmbH & Co. KG§ C-418/01 - *European Court reports 2004 Page I-05039*; cui fa seguito la celebrata decisione del Tribunale di primo grado in Case T-201/04, Microsoft Corp. Vs. Commission of the European Communities. Sul punto cfr. infra sub § 12



tradizioni di filosofia morale, come è indicato assai bene dal lessico delle carte costituzionali.<sup>11</sup>

3. Il problema dell'appartenenza risale *in nuce* a situazioni esistenti prima della comparsa dell'uomo, tuttavia proprio perché esiste da sempre esso è stato risolto da tempo assegnando il titolo necessario al primo occupante un certo territorio, o a colui, o coloro, che lo occupavano scacciando definitivamente i precedenti abitanti. Risolto questo problema, in una economia di caccia e raccolta residuano questioni che in riferimento all'appartenenza sono marginali. Infatti la divisione della preda, o del frutto è una questione che attiene alla organizzazione interna del gruppo<sup>12</sup> il quale funge da soggetto giuridico che attua l'appropriazione legittima. Qualche anno fa Herold Demsetz<sup>13</sup> in un saggio molto influente, prendendo spunto dalle consuetudini dei native americani nel Labrador e nel Montana ha rintracciato le origini della proprietà nella forma della riserva di caccia. Bisogna allora aggiungere non solo che la caccia in riserva da origine a forme di appartenenza in cui l'esclusività è relativa solo ad alcune selezionate utilità, ma è necessariamente attività di gruppo e non di individui isolati e da ciò la relativa inimportanza dei problemi proprietari rispetto a quelli di partecipazione al gruppo. Come ci informano gli studiosi di antropologia che hanno analizzato il diritto consuetudinario africano, per gli individui ciò che è vitalmente rilevante diviene: la posizione all'interno del gruppo che controlla il diritto di accedere alla riserva; il diritto di appropriarsi di certe utilità; la partecipazione alle decisioni relative alle regole d'uso delle risorse del territorio; il diritto di trasmettere le proprie prerogative.<sup>14</sup>

Se usiamo con un minimo di consapevolezza le categorie giuridiche dobbiamo dire che per molti millenni i problemi seri dell'umanità non sono stati problemi di tipo proprietario, ma problemi attinenti alla organizzazione del gruppo. Oggi si direbbe problemi di *governance*. Tuttavia prendere sul serio le categorie giuridiche non è atteggiamento comune. Nel corso del XX secolo il problema del confronto tra economie socialiste ed economie capitalistiche è stato discusso come un problema proprietario, anzi, come il massimo problema proprietario, anche se i mezzi di produzione erano in entrambi i casi affidati ad enti collettivi e quindi il confronto sensato avrebbe dovuto riguardare le strutture di *governance* degli enti proprietari e non la proprietà. Codesto aspetto è destinato a perdurare. Per ogni dove la proprietà, più che individuale sarà della famiglia, del clan, del gruppo organizzato. La proprietà individuale troverà piuttosto largo spazio nelle astrazioni, nei paradigmi mediante i quali si cercherà di dar conto della multiforme realtà delle

---

<sup>11</sup> Sul punto rinvio a CANDIAN, GAMBARO, POZZO, *Property, propriété, eigentum*, Padova 1992, *passim*.

<sup>12</sup> Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 263

<sup>13</sup> See H. DEMSETZ, 1967, *Toward a Theory of Property Rights*, in *American Economic Review*, pp. 347-359

<sup>14</sup> Etienne LE ROY, 2007 L'apport des chercheurs du LAJP à la gestion patrimoniale in <http://www.acaj.org/leroy/texte1.htm>



appartenenze, divenendo qualcosa di concreto solo in tempi a noi molto più vicini; ma nel frattempo saranno passati millenni di economia agricola.

Il contesto della civiltà materiale muta infatti radicalmente nelle società agricole, intendendo per tali le società che praticano la coltivazione di piante come il frumento in medio oriente, il riso nell'Asia centrale, il mais in America centrale<sup>15</sup>. non solo perché l'appartenenza si manifesta in forma di proprietà tendenzialmente esclusiva e non di riserva di alcune utilità selezionate, ma perché è la stessa sopravvivenza della struttura sociale che dipende dal riconoscimento della situazione di appartenenza. Il ciclo agrario infatti impone che colui che ha predisposto il fondo, provveduto alla semina ed alla irrigazione, etc. sia il medesimo soggetto che si appropria del raccolto, mentre durante tale ciclo tutti gli altri debbono essere esclusi, nel senso tipicamente fisico che ad essi è vietato attraversare i confini del fondo salvo ben calibrate eccezioni<sup>16</sup>. Ciò equivale a dire che la scelta a favore dell'attività agricola è eguale alla scelta a favore di forme di appartenenza tendenzialmente esclusive sui fondi agricoli; ma è proprio l'inevitabilità di tale soluzione che da adito al problema di decidere se il raccolto spetti a colui che ha materialmente coltivato il fondo, o a colui che ha un titolo giuridico su di esso.

La seconda soluzione tuttavia si imponeva a causa del bagaglio culturale con cui nel medio oriente si era pervenuti, verso l'8.500 a.c. alla fondazione di società agricole. Quelle popolazioni infatti conoscevano già da tempo tecniche di sacralizzazione del territorio<sup>17</sup> derivate molto probabilmente da evoluzioni della procedura sciamanica del tabù<sup>18</sup>. Un tabù che era pericoloso violare come insegna l'episodio di Remo. L'esclusione per virtù di magia, non poteva condurre ad altro che alla assegnazione del diritto di escludere per via di cerimonia rituale di assegnazione del titolo.

Ma a quel punto diveniva quanto meno ambiguo se si possedesse il titolo o la terra, ed era solo il carattere eminentemente rivale dell'uso agricolo del suolo a garantire che il *jus excludendi* era comunque associato alla appartenenza.

4. L'Europa, terra d'origine della tradizione giuridica occidentale, è stata da Carlo Magno sino al XIX-XX secolo un immenso paese agricolo ad agricoltura intensiva. La terra, bene immobile per eccellenza è stata per secoli il bene economicamente e socialmente più

---

<sup>15</sup> Nella cultura natufiana (14.000- 111.00a.c.) era praticato lo sfruttamento di piante selvatiche come fonte di nutrimento; il passaggio ad una economia interamente agricola naturalmente non fu rapido, ma si verificò in modo graduale nel corso di millenni. Cfr. CAVALLI-SFORZA, MENOZZI, PIAZZA, *Storia e geografia dei geni umani*, Milano, 1997, p. 403.

<sup>16</sup> Ragion per cui le società agricole non possono convivere con società che praticano l'economia di caccia e raccolta, cfr. Cavalli Sforza et al. ; J. DIAMOND, *Armi acciaio e malattie*, trad.it. Torino, 1998, p.84 (orig. Guns.Germs, and Steel. The fates of Human Societies, N.York, 1997).

<sup>17</sup> Cfr. BOTTÉRO et. S. Noah Kramer, *Lorsque les dieux faisaient l'homme. Mythologie mésopotamienne*, Paris, 1989, p. 80, ove si chiarisce la funzione esplicativa e non religiosa della mitologia.

<sup>18</sup> Cfr. W. BURKERT, *La creazione del sacro*, trad.it. Milano, 2003, originale: *Creation of the Sacred. Tracks of Biology in Early Religions*, Harvard Univ. press, 1996, p. 93



importante. I beni mobili erano considerati secondari. Conviene quindi osservare come il legame tra la terra e le utilità che essa produce è pur sempre un legame identificativo di un diritto nello spazio geografico. Nell'Europa della civiltà medioevale il guado, la parrocchia, il feudo munito di privilegio di bassa giustizia, sono sempre identificati attraverso un toponimo.

Però questa ottica poteva avere due svolgimenti diversi a seconda che si considerasse la terra come un fondo potenzialmente fruttifero oppure la si considerasse come un territorio le cui utilità erano mediate dalle attività umane dei suoi abitanti. L'ordine feudale era tutto orientato in questo secondo senso ed invitava a pensare che la parte più significativa della signoria era costituita del diritto di esigere pedaggi, di amministrare la giustizia, di imporre il rispetto di monopoli. Ora, questi diritti riferiti al territorio erano tutti beni immateriali sicché si coglie la ragione per cui quando nei sistemi di *common law* la signoria divenne proprietà, quest'ultima fu concepita come un fascio di diritti, poteri, facoltà, privilegi.

Poiché però era la proprietà immobiliare la parte più rilevante dell'assetto proprietario anche le proprietà mobiliari si potevano orientare il senso immateriale. La proprietà degli uffici ne è stato un esempio, ma in tempi più moderni nei sistemi di *common law* anche il diritto di autore ed i diritti di monopolio concessi al titolare di un brevetto di invenzione industriale, così come l'avviamento commerciale (*goodwill*) vennero arruolati tra gli oggetti di proprietà.

In direzione opposta si poteva muovere dall'idea per cui la tutela *erga omnes* garantita dalla proprietà si collega e discende a quell'altra per cui il *dominium* non può che essere approccio e confronto tra l'uomo ed il cosmo<sup>19</sup> e quindi l'aspetto caratterizzante della categoria si rinviene in un diritto di utilizzare e disporre direttamente di una *res corporalis*, senza badare troppo alla struttura di governo del territorio.

In questa seconda direzione la fisicalità della terra e dei suoi frutti naturali veniva posta al centro della scena. Non però senza dare origine ad un sistema molto complesso, perché in non poche circostanze le forme di godimento della terra erano più d'una e spettanti a soggetti diversi sicché si ammetteva la pluralità dei *domina* i quali erano spesso *dominia juris* aventi quindi per oggetto una entità incorporale, collegata solo spazialmente al fondo e proprio tale collegamento dotava i *dominia* del carattere di *jus in rem*, rendendoli quindi assolutamente non confondibili con gli *jura in personam*.

Nel *jus commune europeum* queste idee convivono contribuendo ad una visione realistica per cui i godimenti prolungati e stabili delle utilità di un fondo si debbono considerare *pars domini*, con ciò rendendo assai ampia la categoria dei *dominia* che assieme alle *servitutes* diverranno i diritti reali<sup>20</sup>. In definitiva, si deve riconoscere che nell'Europa agricola,

---

<sup>19</sup> Cfr. P. GROSSI, *Domina e Servitutes – Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù*, in 18 Quad. Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1989, p. 364

<sup>20</sup> Cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medioevale – Corso di Storia del diritto*, Padova, 1968.



l'atteggiamento dell'uomo rispetto alle cose poteva essere pensato talvolta in funzione delle utilità collegate ai diritti di utilizzazione della terra, diritti che sono ontologicamente beni immateriali e talaltra in funzione del fondo stesso che nella dimensione proprietaria è la quintessenza delle *res corporales*. E codesta ambivalenza poteva essere sciolta solo dalla riflessione giuridica, non essendo nessuna altra branca del sapere umano interessata ad essa.

5. Le società espansive debbono però affrontare l'ulteriore problema delle terre vacanti, ossia quelle sottratte con la forza ad altre popolazioni. Sia la società greca che quella romana che quelle europee a partire dall'epoca delle "grandi scoperte geografiche" hanno dovuto affrontare il problema della attribuzione delle terre vacanti ed il modo con cui lo hanno razionalizzato concettualmente, ossia giuridicamente, ha avuto non nascosti riflessi sulla razionalizzazione del problema relativo alla distribuzione dei frutti delle proprietà rimaste in patria.

Giova anche ricordare come quelle società, poiché avevano alle spalle secoli o millenni di esperienza agricola, concepirono il problema della legittimazione ad appropriarsi delle terre vacanti utilizzando un assunto inespreso, ma decisivo, per cui chi può legittimamente dire "questa terra è mia" implica che quella porzione dello spazio terrestre non solo è interamente sua e di nessun altro, ma che è sua per sempre nel senso che dopo di lui sarà dei suoi figli e dei figli dei suoi figli, i quali eventualmente potranno cederla ad altri volontariamente, o concederla in uso ad altri in cambio di un canone, senza per ciò scalfire la legittimità della proprietà primigenia perché il concetto di proprietà essendosi ibridato con le idee di terra e di famiglia ne ha acquisito il gene della eternità.

Infine, si deve premettere che la penultima fase dell'espansione delle popolazioni europee, durante i secoli XVII-XVIII, abbia coinciso con l'apogeo della scuola del diritto naturale e perciò la discussione circa la legittimazione ad appropriarsi delle terre vacanti si svolse secondo i canoni della argomentazione di filosofia morale.

Al contrario l'ultima fase del colonialismo europeo, nel secolo XIX, coincide con l'affermazione del positivismo giuridico, grazie al quale ci si poteva limitare a dire: "questa terra è mia perché su di essa ho un titolo riconosciuto dallo Stato", mettendo così alla porta i filosofi e chiamando gli avvocati per risolvere gli eventuali conflitti di vicinato.

Le colonie inglesi che diedero vita agli Stati Uniti si formarono nella penultima fase dell'espansionismo europeo ed hanno perciò incorporato nella loro mentalità giuridica i canoni generali della discussione giusnaturalistica adottando con entusiasmo la soluzione di John Locke che svolse, sempre telegraficamente, il seguente itinerario argomentativo: a) ogni individuo è reso da Dio padrone del proprio corpo e delle proprie energie; b) parimenti ogni individuo è padrone e signore (*ergo*: proprietario) dei frutti del suo lavoro; c) perciò il colono si appropria legittimamente dei frutti che ha coltivato; d) quanto alla terra in sé poiché essa è stata data da Dio agli uomini perché la coltivino (e perciò non ai nativi che vivono di caccia e raccolta) il colono europeo se ne appropria legittimamente purché ne rimanga altrettanta per gli altri (coloni europei) che sopravvivano.



Nelle colonie poste sulla costa atlantica degli attuali Stati Uniti quest'ultima condizione sembrava facilmente soddisfatta (sempre fatta una solenne astrazione per i diritti dei nativi) e perciò non sorprende che questa razionalizzazione del problema della legittimità morale del diritto di proprietà sia divenuta il credo americano, ciò anche perché il suo corollario immediato per cui se ogni individuo ha un diritto naturale alla proprietà esclusiva dei frutti del suo lavoro, solo esso stesso può disporne con atto della sua volontà, è alla base del celebre slogan: *no taxation without representation* da cui prese le mosse la rivoluzione americana ed in definitiva la fondazione degli Stati Uniti d'America.

6. Richiamato ciò, diviene più semplice comprendere le ragioni per cui quando, nella seconda metà del XX secolo, si sono aperti gli enormi spazi della cibernetica la discussione sulla appropriabilità del bene essenziale per il controllore tali spazi, ossia il software, si sia stata impostata negli Stati Uniti secondo il paradigma lockiano. Il punto di riferimento è stato quindi di nuovo un punto di riferimento culturale, anche se, ovviamente, all'interno di una cultura ormai evoluta, esso è stato costituito da costruzioni di filosofia morale.

In ogni caso, basterà qui ricordare come coloro che sostengono l'appropriabilità del software fondano la propria argomentazione sul fatto che i programmi per elaboratori sono il frutto di investimenti dedicati alla ricerca e sviluppo dei medesimi e quindi quando un programma utile viene confezionato esso è esattamente come il frutto del lavoro del colono e quindi naturalmente suo ed a titolo di proprietà. Il legislatore americano si è fatto convincere da questo argomento ed è stato generoso nel riconoscere tutela proprietaria all'ideatore di un novo programma e si è fatto promotore, con successo, della loro più intensa tutela sul piano internazionale. Attualmente in base ai ricordati accordi TRIPS la tutela del software è necessaria per i singoli Stati essendo uno dei prerequisiti necessari per partecipare al WTO ed in definitiva per avere voce in capitolo nella regolazione degli scambi transnazionali.

Coloro che sostengono che il regime ottimale sia quello della non appropriabilità individuale, dando vita al movimento cosiddetto *open sources*, fanno valere il fatto che ogni un software incorpora una grande porzione di lavoro comune, nel senso che rappresenta uno sviluppo di programmi già esistenti frutto di libera ricerca. Si usa cioè l'argomento lockiano inverso per sostenere che quanto è frutto del lavoro di tutti deve rimanere di tutti, come avviene normalmente per le nuove scoperte che sono frutto della libera ricerca scientifica condotta in università ed accademie.

In generale occorre sottolineare come i nuovi beni virtuali sono ad uso tendenzialmente non rivale nel senso che la loro fruizione non è necessariamente riservata ad uno solo, o a pochi individui selezionati. Come si ricorderà la terra coltivabile non può essere aperta a tutti, perché altrimenti nessuno la coltiverà. Questo approccio però non vale per i beni virtuali, anche se alcuni, come i *domain names* sono analoghi ai segni distintivi e quindi non tollerano attività confusorie. Le utilità che essi procurano non sono quindi necessariamente discendenti da un uso esclusivo. Infatti la loro tutela proprietaria, nel senso



anzidetto di attribuzione di un *jus excludendi* prodromico ad un diritto di concedere selezioni permessi di accesso, è sostenuta dalla opportunità di incentivare la loro produzione. In questo senso si argomenta dal fatto che la produzione di nuovi beni immateriali necessita investimenti. E' vero infatti che il software è un bene ad uso non rivale, ma i programmatori hanno bisogno di hardware che invece è un bene ad uso rivale, così come hanno bisogno di altre attrezzature: scrivanie, locali, denaro che sono necessariamente beni esclusivi. L'argomento in realtà sottintende una preferenza per l'investimento di tipo imprenditoriale rispetto a forme di investimento collettive. Tale preferenza ha certamente ricevuto il collaudo della storia recente. Tuttavia è piuttosto arduo sostenere che la grande produzione di scritti scientifici che vi è stata negli ultimi decenni, la quale eguaglia come mole tutta la produzione scientifica precedente, si pone in un rapporto di causa effetto rispetto alla tutela del diritto di autore accordata ai ricercatori. In realtà l'incentivo connesso all'aspetto economico del diritto di autore ha una influenza minimale sulla produzione scientifica, mentre i suoi risultati sono aperti a tutti, salva la presenza di balzelli irrisori. Da ciò discende che mentre nel caso dei fondi agricoli la necessità di attribuire al coltivatore un *jus excludendi* a pena di "escludere" la coltivazione, è *in re ipsa*, posto che tale necessità ha ricevuto un collaudo ultra millenario, nel caso della IP non possiamo sfoggiare una eguale certezza.

Nel caso specifico del *software* l'argomento tecnico che i sostenitori del movimento delle *open sources* fanno valere è che l'accesso ai codici sorgente consente un continuo miglioramento grazie ad apporti collettivi degli utenti posto che la complessità del lavoro dei programmatori cresce esponenzialmente mentre la elaborazione di nuovi programmi non può essere automatizzata. In sintesi si sostiene che poiché la produzione di software dipende interamente dal cosiddetto capitale umano l'attività cooperativa spontanea ed amatoriale è più promettente ed efficiente della cooperazione organizzata mediante la struttura gerarchica dell'impresa. In effetti agli inizi del XXI secolo esistono già esempi di programmi creati mediante forme di cooperazione spontanea che non hanno nulla da invidiare a ai prodotti imprenditoriali<sup>21</sup>.

7. La discussione in corso è cruciale e la sua importanza non può essere sopravvalutata.

Tuttavia proprio per tale ragione giova osservare come essa venga condotta in relazione agli argomenti di filosofia morale oppure in relazione al ragionamento economico, mentre si ritiene che la tradizione giuridica non abbia alcunché da osservare in materia, limitandosi a recepire ed elaborare le soluzioni introdotte in base alle indicazioni delle altre tradizioni di ricerca che si sono formate nel campo delle scienze umane.

Senonché non solo si riscontra che nel diritto applicato emergono poi significative divergenze tra l'impostazione europea continentale e quella di *common law*, imputabili alle mentalità giuridiche soggiacenti; ma il problema essenziale è che quelle influenti tradizioni di

---

<sup>21</sup> Cfr. M. BERRA E A.R. MEO, *Libertà di software. Hardware e conoscenza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006



ricerca che orientano le soluzioni moderne, non ci hanno mai detto nulla su come deve essere costruito un sistema di diritti di proprietà. Anche se è vero che la analisi giuridica economica sta rapidamente accumulando modelli sofisticati, tuttavia si tratta di modellizzazioni che sono ancor lontane dalla completezza di quelli messi a punto delle singole tradizioni giuridiche.

In effetti in epoca non remota il diritto di proprietà sembrò restituire in una cifra unica l'accumulazione di tutti gli sviluppi del pensiero che erano andati svolgendosi nel mondo occidentale a partire dal XVII secolo. La riflessione sul diritto di proprietà, che peraltro non è mai mancata nella tradizione filosofico – politica, ha quindi coinvolto tutte le scienze umane. Tuttavia, il problema che è stato al centro di tali corale riflessione è stato solo quello della legittimità o meno della proprietà individuale, che veniva assunta nelle forme estreme della *proprietas ex jure quiritium*, che veniva tramandata nella fonti, perché si riteneva che se si fosse potuto dimostrare che era legittima la proprietà individuale sulla terra l'argomento *a fortiori* avrebbe consentito di dimostrare la legittimità in riferimento ad ogni altro bene. In questo quadro anche la distinzione introdotta da Pufendorf tra *communio positiva* e *communio negativa*<sup>22</sup> era stata abbandonata come una distinzione troppo sottile. Pertanto seguendo la moda della scuola del diritto naturale ci si limita spesso alla alternativa tra appartenenza individuale e non appartenenza, ossia ad una assegnazione di beni alla collettività amorfa, alternativa che non dice nulla circa il modo con cui l'appartenenza debba essere giuridicamente strutturata.

Si è ricordata la celebre frase di Blackstone, ma giova ricordare anche come poche pagine dopo presentando il significato della parola *fee*, dal latino *feudus*, Blackstone ricorda la distinzione tra feudo ed allodio e presenta ai suoi lettori la nozione di *allodium* dicendo: “this is property in its's highest degree, and the owner thereof hath *absolutum et directum dominium*, and therefore is said to seised thereof absolutely in *dominio suo*”. Ma poche righe dopo è costretta confessare, modestamente: “ this allodial property no subject in England has”.

Come dire che quel diritto assoluto di escludere tutti gli altri era un paradigma teorico, che non rifletteva affatto l'effettiva organizzazione dei diritti di proprietà.

La medesima radicale divergenza tra il paradigma teorico cui era indispensabile aderire per tenere aperto il canale di comunicazione intellettuale con le altre tradizioni di pensiero che si occupavano della proprietà esclusivamente sotto il profilo della sua fondazione razionale, è presente anche nella letteratura di *civil law*, anzi, si deve ricordare che nella letteratura del diritto comune era indispensabile il riferimento alle fonti giustinianee e da esse non solo si traeva una nozione di *proprietas* che richiamava l'assolutezza del *dominium ex jure quiritium*, benché si trattasse di una forma di proprietà praticamente scomparsa nel diritto romano dell'epoca di Giustiniano, ma si trovava anche la netta scansione dovuta a Gaio che in tema di beni distingueva tra le *res corporales* e le *res incorporales*. Scansione da cui

---

<sup>22</sup> Cfr. S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium Libri octo*, Lib. IV, cap. IV,2 «Deinde accurate expendendum, quid sit communio, quid proprietatis sive dominium. Communiois vocabulum accipitur vel negative, vel positive.» cui segue la spiegazione che poi riprende al punto IV,5, secondo la quale la comunione negativa corrisponde alla categoria delle *res nullius*, mentre la *communio positiva* è la proprietà collettiva.



discendeva che la proprietà stessa era collocabile tra le *res corporales*, mentre tutti gli altri diritti, anche quelli reali limitati si collocavano tra le *res incorporales*, assieme all'*hereditas* ed alla *obligatio*<sup>23</sup>.

In realtà Gaio pensava all'interno di una economica commerciale quale era quella della patria mediterranea in cui visse. Per comprendere il suo pensiero è quindi sufficiente ricordare come si compone il patrimonio di un commerciante alla sua morte, quando è necessario procedere alla delazione ereditaria. La ragione della scansione fondamentale tra *res corporales* ed *incorporales* stava nell'idea che la proprietà racchiude in sé ed esaurisce tutte le potenzialità economiche della cosa corporale e quindi quando la cosa sia posseduta a titolo di proprietà il valore del diritto che entra all'attivo del patrimonio è eguale al valore della cosa stessa. Naturalmente però il concetto di valore implica, operativamente, quello di stima e le stime sono, da sempre, condotte dagli estimatori in riferimento alle qualità specifiche della cosa (il cavallo corsaiolo vale assai più di quello asmatico) sicché non vi può essere incertezza circa la priorità logica della cosa rispetto al diritto su di esse. Se si svolge questa sequenza, troppo ovvia per essere avvertita, si comprende come assumendo che la proprietà conferisce al suo titolare tutte le utilità che una cosa può generare, divenisse spontaneo elidere il medio del diritto di proprietà e considerare direttamente le cose stesse.

Al contrario, quando nel patrimonio entrava un diritto reale limitato, una universalità di beni, e così pure il diritto a ricevere una cosa corporale o una prestazione di servizi, il linguaggio non poteva elidere il riferimento al diritto soggettivo inteso come interesse tutelato dall'ordinamento, perché il valore delle cose era solo il punto di partenza di un calcolo che doveva condurre ad individuare il valore economico del diritto e non della cosa. Ma poiché la prima classe di beni che formava il patrimonio erano i diritti di proprietà e quindi le *res (corporales)*, tutti gli altri diritti patrimoniali che lo componevano vennero denominati per contrappunto *res incorporales*, la cui caratteristica ontologica era quella di non poter essere oggetto di percezione sensoriale e quindi, per sineddoche, del tatto.

9. Preservata nelle fonti giustinianee, ma abbandonata in realtà dalla dottrina del periodo intermedio, la distinzione gaiana ha contribuito ad orientare la tradizione di *civil law* in senso fiscalista, quando ha ripreso a porsi in armonia con l'ambiente economico. A ciò contribuì anche un fattore concomitante, rappresentato dal bisogno della sistematica giuridica di fornire una sistemazione coerente all'istituto del possesso.

Come sempre lo svolgimento delle mentalità giuridiche è influenza da fattori culturali come da fattori ambientali. Questi ultimi ponevano l'esigenza, avvertita di primi studi economici moderni di ricompattare la gestione dei fondi assegnando tutti i diritti, poteri e facoltà ad un unico soggetto: il proprietario individuale.

---

<sup>23</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1982, p. 1137



Ciò però poteva avvenire, come accadde nell'esperienza di *common law* mediante una riforma incidente sull'assortimento del fascio di diritti, poteri, facoltà, privilegi ed immunità che si riconducevano all'assetto proprietario. Esemplarmente in Inghilterra ciò venne attuato mediante una riforma legislativa dell'assetto degli *estates on land*.

Nei sistemi di *civil law* il percorso fu più decisamente influenzato da esigenze della sistematica giuridica che come tale doveva riassorbire tutte le svariatissime costruzioni dottrinali in tema di possesso e della sua tutela. Infatti il semplice programma della neonata dottrina economica tendente a ricompattare la gestione delle cose produttive in capo ad un unico soggetto sfuggendo così alla *tragedy of the anticommons*, richiedeva poi, sul lato del sistema istituzionale, una riforma assai articolata e complessa del sistema delle fonti del diritto nonché un ripensamento profondo dei rapporti tra proprietà e possesso.

Circa il primo profilo basterà osservare che proprio perché l'Europa è stata per secoli un continente agricolo, sulle appartenenze agricole si erano stratificate situazioni di diritto provenienti da fonti svariate: leggi, consuetudini, regolamenti locali, regole deducibili dalla giurisprudenza dotta, mentalità giuridiche diffuse. Il programma di ricompattare tutto il fascio di diritti che possono incidere sul godimento e la disposizione delle cose in capo ad un unico soggetto esigeva quindi un passaggio intermedio consistente nella previa ricompattazione delle fonti del diritto.

Come è noto le codificazioni illuministiche avevano esattamente questa funzione. La espressione più radicale di simile programma di ingegneria costituzionale si leggeva nell'art. 7 della loi sur la reunion des Lois civile en un seul corps, sur le titre de Code civil des francais<sup>24</sup>, poi divenuto Code Napoléon, il quale prevedeva che: "à compter de jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, le règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code". Più volte è stato evocato il sottile ed enigmatico legame tra proprietà e codice inteso come forma della legislazione e quindi a prescindere dalla specifico contenuto precettivo di ciascun codice.

In realtà tale rapporto esiste ed è tutto racchiuso in quanto si è appena osservato.

Il secondo profilo era ancora più complesso perché in tema di possesso si assommavano tre tipi di difficoltà.

In primo luogo il diritto romano aveva lasciato in eredità al diritto comune una serie di ambiguità di cui la maggiore consisteva nel fatto che il possesso rilevava sia come strumento di acquisizione della proprietà - mediante la *usucapio* e la *prescriptio longi temporis* -, sia come situazione giuridica degna di tutela mediante gli *interdicta*.

In secondo luogo il diritto canonico era intervenuto in questa seconda area introducendo un rimedio: l'*actio spoli*, che in realtà tutelava la detenzione e che, inoltre, aveva generato un mostriattolo detta *exceptio spoli*, grazie alla quale si potevano paralizzare i rimedi a tutela proprietà rendendone la tutela ostaggio della lunghezza del processo possessorio. Risultato pratico di questa innovazione era stata la corsa dei patrocinanti a

---

<sup>24</sup> Lois 30 ventose an XII, 21 marzo 1804.



travestire la posizione giuridica da essi patrocinata come una situazione possessoria e non come una situazione proprietaria<sup>25</sup> e da qui la consuetudine che si era affermata ad estendere il possesso a qualunque titolarità di qualsiasi diritto. Consuetudine che asserendo il possesso dei diritti integrava la terza difficoltà, che era anche la più notevole tra le tre qui menzionate, perché la abolizione del possesso dei diritti comportava il passaggio da una organizzazione giuridica basata sullo *status* e la consuetudine ad una organizzazione giuridica basata sul titolo<sup>26</sup>

Posto a fronte di questo garbuglio i redattori del code Napoléon, privi in materia della guida di Pothier,<sup>27</sup> usarono il cesareo gladio tagliando il nodo gordiano con la spada del legislatore. In altre parole espunsero dal codice civile l'istituto del possesso immobiliare. La soluzione peccava di eccessiva confidenza nel mito della onnipotenza del legislatore. In effetti la tutela del possesso immobiliare fu reintrodotta quasi subito ad opera della giurisprudenza<sup>28</sup>.

Toccò in realtà a Savigny sistematizzare e modernizzare la materia del possesso. Casa che fece in tre mosse. In primo luogo collegò strettamente gli effetti giuridici del possesso al meccanismo della usucapione svalutando la tutela interdettale. Per conseguenza poté assumere, nel secondo passaggio che il possesso è, giuridicamente solo un fatto, però produttivo di effetti giuridici, in quanto consente l'accesso alla proprietà. In terzo luogo espunse dall'orizzonte della serietà giuridica sia *l'actio spoli*, che, soprattutto, *l'exceptio spoli*<sup>29</sup>, riconducendole strettamente all'ambito di applicazione dell'interdetto, il quale è sostanzialmente eguale al *writ of trespass*.

Giova qui rilevare che la sistemazione data da Savigny al problema del possesso ha segnato il passaggio da una teoria giuridica adatta ad una società agricola ad una teoria giuridica adatta a una società industriale e ciò spiega la ragione per cui, con qualche attenuazione relativamente ai diritti reali immobiliari, essa sia stata accolta in tutta Europa. Pertanto le sue implicazioni meritano qualche riflessione aggiuntiva. Lo stretto collegamento tra la rilevanza giuridica del possesso (*possessio civilis*) e l'asserzione per cui tale possesso fosse pensabile solo in riferimento alle cose corporali si fondava indubbiamente sul tenore letterale delle fonti giustiniane. Lo stesso Pothier era costretto a dire che, a rigore, non poteva concepirsi il possesso di diritti, ma da buon giurista positivo aggiungeva che tali

---

<sup>25</sup> La medesima inversione tra proprietà e godimento possessorio si registrò nell'esperienza giuridica inglese.

<sup>26</sup> Elemento questo che sfuggirà al nostro Finzi quando in una opera, pur finissima, tenterà di rinverdire la nozione di *possesso dei diritti*.

<sup>27</sup> Nel *Traité de la possession*, POTHIER, Chp. III, § 37, infatti assume in conformità alle fonti giustiniane che il possesso è ammesso solo sulle cose corporali (Lib.3 ad adq poss.: possideri possunt quae sunt corporalia); ma poi fa ampio spazio alla quasi possessio: cfr § 38 Les choses incoporelles, c'est à dire, celles quae in jure consistunt, ne sont pas suceptibles, à la verité, d'une possession véritables et proprprement dite; mais elles sont suceptibles d'une quasi-possession."

<sup>28</sup> Cfr. A GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie. Studio di diritto comparato*, Milano, 1979.

<sup>29</sup> Cfr. Cfr. F.v.SAVIGNY, DA BESITZ, VI, ed. § 50 che è una delle parti più significative della celebre opera.



forme di possesso erano da ammettersi<sup>30</sup>. Più rigido nella scoperta delle verità storica del diritto romano, Savigny, propugnò la tesi opposta, che accidentalmente coincideva con la modernità. Ma l'invocazione delle pure fonti giustinianee non sarebbe stata sufficiente ad acquisire il maggioritario consenso dei giuristi europei, se non si tenesse conto del nesso che la tesi di Savigny presentava con la cultura della sua epoca.

Dall'assunto, indubitabile, per cui il possesso è una situazione di fatto, la quale produce effetti giuridici deriva infatti che la situazione di fatto deve essere percepibile oggettivamente dalla comunità sociale. Al tempo di Savigny, Immanuel Kant aveva chiarito che ogni nostra conoscenza incomincia con l'esperienza e che la nostra facoltà di conoscere è messa in moto da parte di oggetti che colpiscono i nostri sensi<sup>31</sup>. Posto che in Kant, come in tutta la filosofia antica e moderna gli oggetti che colpiscono i nostri sensi sono solo gli oggetti naturale, ovvero corporali, mentre gli oggetti sociali non hanno ricevuto che scarsa attenzione, la conclusione che si impone è che l'atmosfera culturale della epoca era del tutto consona con l'idea per cui la vicenda che poteva conferire ad una situazione di fatto come il possesso effetti giuridici acquisitivi della proprietà poteva riferirsi solo alle cose corporali. Ma poiché la vicenda della trasformazione del possesso in proprietà mediante l'usucapione era essenziale alla disciplina proprietaria, da ciò conseguiva che anche la proprietà poteva essere concepita solo in riferimento alle cose corporali.

Il BGB confermerà questo principio, consacrandolo al § 90, anche se non accolse la rigida sistematica di Savigny che negava il possesso dell'usufrutto e delle servitù.

10. Se le idee giuridiche dovessero rappresentare il diritto positivo vigente si dovrebbe osservare come l'immagine della proprietà individuale compatta ed assoluta che diviene sinonimo della cosa corporale che ne costituisce l'oggetto non ha mai fatto troppo senso; ciascuna proprietà è sempre stata definita da un insieme, variabile, di limiti. Sicché se si adotta l'idea che esiste una pluralità di situazioni proprietarie, la confusione tra il diritto e le cose diviene una semplificazione poco sensata perché tutte le stime economiche debbono riferirsi al valore del diritto che entra nel patrimonio del soggetto e non soltanto alle caratteristiche fisiche della cosa in sé.

Naturalmente si deve tener conto anche delle condotte strategiche ed in questo senso è da ricordare come quella immagine, consentendo una particolare sottolineatura dell'elemento della assolutezza si prestò assai bene ad una esaltazione del diritto di proprietà, visto come cardine del nuovo ordine economico e sociale uscito trionfante dalla rivoluzioni borghesi. Esaltazione non poco diffusa nella letteratura giuridica ottocentesca, la

---

<sup>30</sup> In realtà nella società francese del XVIII secolo il possesso di *status* era importantissimo in riferimento al possesso di status di figlio legittimo, ma più in generale in riferimento al possesso di un qualunque status di membro di un gruppo cui si associano da sempre le prerogative che gli antropologi scoprono nel diritto consuetudinario africano, ma che naturalmente erano presenti, anzi costituivano il tessuto delle relazioni giuridiche delle società dell'Europa agricola.

<sup>31</sup> Citazioni dalla Introduzione alla seconda edizione della *Critica della ragion pura*.



quale non si dava troppo carico del fatto che tale ordine vigeva da più tempo in Inghilterra dove simili visioni non potevano avere corso.

Tuttavia si deve osservare come non mancassero connessioni con il tipo di civiltà materiale che stava prevalendo. Infatti durante la prima rivoluzione industriale l'impostazione fiscalista dell'oggetto della proprietà sembrò ricevere conferma della sua modernità. La società industriale è la società del macchinario e del manufatto. Il prodotto dell'industria sia esso un bene finale sia esso un bene strumentale, è dotato di una fisicità talvolta massiccia. Grandi navi e grandi aeroplani segnano l'apogeo della tecnica industriale. In generale è da osservare che queste conferme provenienti dalla civiltà materiale che si radicò nei paesi europei occidentali nel XIX secolo andavano di pari passo con l'affermarsi di regole del traffico giuridico che facevano leva sul possesso, ossia sul controllo fisico di un bene materiale, e sembravano confermare la modernità della soluzione espressa nei codici civile europei. I prodotti della civiltà industriale infatti sono in gran parte beni mobili ad uso rivale, rispetto ai quali la compattezza del dominio nel senso di attribuzione ed un solo soggetto di tutte le utilità che la cosa può generare appare la soluzione più razionale. Non è un caso che nello stesso periodo nasce e si sviluppa in Inghilterra la nozione di *ownership*, la quale fu in larga misura una creazione dei giuristi teorici che occupavano le cattedre di *jurisprudence*, e che fu pensata in funzione della proprietà mobiliare di beni corporali<sup>32</sup> e che riproduce la nozione di proprietà individuale e compatta che si era affermata in Europa continentale.

11. Naturalmente è noto come il secolo breve abbia sottoposto a critica serrata le idee ottocentesche pervenendo in sintesi a due esiti principali. In primo luogo le situazioni proprietarie sono variamente conformate dall'ordinamento giuridico in funzione della natura delle cose. In secondo luogo e per diretta derivazione dalla osservazione precedente, sarebbe opportuno parlare di più proprietà che non di una unica forma di proprietà.

Entrambe queste asserzioni meritano approfondimento.

Sul primo profilo si deve infatti osservare come se si vuole evitare che la teoria giuridica diventi il pappagallo del legislatore è opportuno analizzare meglio che cosa significa natura delle cose e quali criteri di conformazione debbono essere seguiti per poter superare il test rappresentato dalla garanzia costituzionale verso le proprietà private.

Sul secondo profilo ci si deve chiedere se la pluralità di situazioni dominicali non si colleghi al solo aspetto del contenuto del diritto trascurando i caratteri più unitari delle regole che concernono la circolazione e la tutela del diritto di proprietà.

Riprendendo il profilo della conformazione della proprietà occorre quindi ricordare che la conformazione dei diritti dominicali da parte dell'ordinamento muove certamente nella direzione di massimizzare l'interesse generale, ma tale impegno presuppone una razionalità delle scelte pubbliche che può realizzarsi solo coniugando l'analisi delle utilità che

---

<sup>32</sup> Cfr. T. HONERÉ, *Ownership*, in *Guest* (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, p. 108.



i beni, materiali o immateriali, possono generare, con il ventaglio di interessi che appaiono degni di tutela secondo una scala di valori, la quale, a sua volta, non può altro che essere tratta dalla carta costituzionale.

La sequenza di vincoli logici appena accennata richiede una chiarificazione attorno al nesso tra il concetto di utilità e quello di interesse.

E' nota l'impostazione teorica che risolve il diritto di proprietà in un fascio di rapporti. Questa impostazione nata in Germania con Bierling, ha poi ricevuto definitiva sistemazione da parte di Hohfeld ed essa è risultata talmente consonante con la tradizione tecnica di *common law* da essere stata entusiasticamente adottata negli Stati Uniti. Tradotta in termini di teoria dei beni la medesima linea di pensiero giunge alla radicale conclusione per cui non senso riferirsi ai beni ed allo varia ontologia, poiché nel mondo del diritto si possono contemplare solo le posizioni giuridiche soggettive, ovvero gli interessi.

Tuttavia ciò implica che non sia possibile un controllo di razionalità circa la scelta relativa agli interessi tutelabili. Non è naturalmente in questione la discrezionalità politica del legislatore; ma la possibilità che essa incontri dei limiti. Il problema venne discusso in Italia a cavallo tra gli anni sessanta e settanta del secolo scorso sotto il profilo della ammissibilità di un sindacato di legittimità costituzionale delle leggi che imponevano limiti alle proprietà private. Con il senno acquisito nel frattempo non si farà fatica quindi ad ammettere che l'idea di escludere dal sindacato di legittimità costituzionale le leggi conformative della proprietà appare piuttosto bizzarra. Se un sindacato di legittimità costituzionale deve sussistere, rimane il problema di sapere a che cosa ancorarlo.

La risposta a questo quesito non può non partire dal riconoscimento i beni in sé generano un fascio di utilità: il fiume è utile a tanti fini, a fini di irrigazione, a fini di navigazione, a fini di quello che si chiama uso edonistico cioè possibilità di nuotare nel fiume, di guardare il fiume, di goderne le bellezze. Anche senza voler ricordare la eloquente *dissenting opinion* di J. Douglas<sup>33</sup> in *Sierra Club vs. Morton*<sup>34</sup> le utilità che un fiume offre sono tante. E' proprio questa caratteristica che consente ad un unico bene di soddisfare un ventaglio di interessi soggettivamente diversificati. I beni culturali possono essere indicati ad esempio poiché su essi si appuntano i bisogni di tutela di almeno quattro diverse posizioni soggettive.

Vi è indubbiamente l'interesse del proprietario dei beni culturali, il quale può essere un soggetto pubblico o privato, ma che è sicuramente degno di tutela perché è attraverso la sua posizione che si incentiva la committenza di beni culturali i quali ovviamente debbono essere non solo preservati, ma anche prodotti.

Vi è l'interesse della generalità dei cittadini all'accesso ai beni culturali in vista della loro fruizione che è appunto denotata come culturale dalla natura stessa dell'oggetto.

---

<sup>33</sup> "The river, for example, is the living symbol of all the life it sustains or nourishes - fish, aquatic insects, water ouzels, otter, fisher, deer, elk, bear, and all other animals, including man, who are dependent on it or who enjoy it for its sight, its sound, or its life. The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it".

<sup>34</sup> 405 U.S. 727 (1972)



Vi è l'interesse delle generazioni future al medesimo tipo di fruizione che si qualifica come degno di tutela per il carattere di testimonianza di civiltà che gli oggetti culturali svolgono e che si radica nel concetto di tradizione culturale il quale ha evidentemente valenze transgenerazionali.

Vi è infine l'interesse degli autori di beni culturali che è degno di tutela per la stessa, anche se speculare, ragione per cui ne è degna la committenza. Interesse che si estrinseca in taluni casi in quel *droit de suite* che consente all'autore di beneficiare dell'aumento di valore della sua opera.

Se quanto si è sin qui detto è persuasivo, allora è evidente che la critica novecentesca alla tradizione proprietaria comporta che una rinnovata teoria della proprietà può partire solo da una solida ontologia dei beni e che rispetto a questa fondazione i discorsi relativi alla pluralità di situazioni proprietarie non hanno una vera autonomia, poiché implicano la medesima necessità senza però andare alla radice del tema.

12. Possiamo saggiare quanto si è sino a qui argomentato in riferimento al problema delle licenze obbligatorie che la Commissione europea impone ai titolari di una IP quando il rifiuto di concedere una licenza a soggetti concorrenti sembra entrare in contrasto con la esigenza di dar vita ad un mercato concorrenziale. Questo esperimento è suggerito dalla seguente considerazione.

Come si è ricordato da millenni la tradizione giuridica occidentale si è misurata con il tema della proprietà agraria, più recentemente si è misurata con i problemi dei prodotti delle attività manifatturiere. In realtà il ventaglio dei beni e delle relative "proprietà" è sempre stato assai più ampio: i boschi, le acque, i beni culturali, i beni pericolosi o nocivi, hanno dato vita alle cosiddette proprietà speciali, le quali avevano una disciplina loro propria, così come una disciplina loro propria hanno ricevuto i beni pubblici; ma queste discipline speciali nulla toglievano alla centralità delle forme di proprietà sui beni più rilevanti ed a lungo nulla hanno aggiunto alla teoria delle proprietà.

Se però si assume come è agevole assumere che al giorno d'oggi l'attività agricola ha una rilevanza residuale e che la varietà dei nuovi beni immateriali è al centro della scena, non si potrà evitare di considerare che l'esempio prescelto coincide con una tematica centrale della nostra convivenza civile. In secondo luogo si deve ricordare come i nuovi beni immateriali che compongono la cosiddetta IP sono beni ad uso non rivale e perciò rispetto ad essi ha poco senso invocare l'aspetto del godimento diretto, mentre il *jus excludendi* ha rilievo centrale e poiché le licenze obbligatorie sono la contraddizione del *jus excludendi*, ecco che l'esempio che ci si accinge ad analizzare, impinge al cuore del tema di cui sino a qui si è discusso.



Nella decisione più interessante al riguardo<sup>35</sup> la Corte di Giustizia ha statuito che occorre procedere al bilanciamento tra l'interesse del titolare dell'IP e quello dei consumatori allo sviluppo della libera concorrenza. Pertanto quando una impresa si trova in posizione dominante su un certo mercato e gode di un diritto di privativa diviene un abuso il rifiuto di concedere licenza ad un concorrente purché costui non si limiti a riprodurre i beni o i servizi offerti dall'impresa dominante ma intenda sviluppare servizi aggiuntivi per i quali si stima possa esistere una domanda potenziale dei consumatori. In termini più generali la Corte ha stabilito che benché il rifiuto di concedere una licenza da parte di una impresa in posizione dominante non costituisce di per sé un abuso del diritto<sup>36</sup>, “néanmoins, l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif”<sup>37</sup>.

Naturalmente si può osservare che il riferimento alla teoria dell'abuso del diritto può facilmente sconfinare nell'arbitrio del decisore e che tale rischio è ancora più grave in quanto nel settore in cui si incrociano la tutela della IP e delle disciplina antitrust, il soggetto decisore è, in prima battuta, un organo amministrativo e non giurisdizionale, mentre è noto come la CEDU esiga che in tema di proprietà sia garantita la possibilità di ottenere il giudizio di un organo giurisdizionale, come è stato ribadito dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *British-American Tobacco Company Ltd v. the Netherlands*<sup>38</sup>.

In effetti la corte di giustizia si è fatta carico di questo aspetto ed ha indicato come debbano ricorrere alcune specifiche circostanze di mercato affinché si possa limitare il *jus excludendi* del titolare di un diritto facente parte dell'IP.

Ma ciò che impressiona è che se si confrontano i fatti di causa che hanno dato origine ai *leading cases* decisi dalla Corte di Giustizia ci si avvede che essa ha deciso in modo uniforme situazioni che sotto il profilo del bene protetto erano molto diverse tra loro.

Sommamente istruttivo può essere il confronto tra i fatti dei cosiddetti *Magill cases*<sup>39</sup> ed il caso *Briks number structure*<sup>40</sup>. In entrambi i casi si trattava di un *copyright* su una banca dati. Ma in un caso si trattava di una banca dati raccolta occasionalmente nel senso che si

---

<sup>35</sup> Si tratta del già citato caso *IMS Health GmbH & Co. OHG*, affaire C-418/01, ove si trattava di un sistema di rilevazione dei consumi farmaceutici che era divenuto lo standard di riferimento degli operatori tedeschi del settore. Il sistema era pacificamente oggetto di diritto di autore secondo l'art. 4 dell'*Urheberrechtsgesetz*. Un ex dipendente del titolare del diritto di autore aveva iniziato una propria attività in concorrenza con il suo datore precedente. Inizialmente aveva adottato un altro sistema modulare, ma gli operatori avevano dimostrato di essere troppo affezionati a quello fondato su 1816 moduli che era già in uso. Pertanto aveva adottato anch'esso una struttura modulare assai simile a quella standard. Il plagio era piuttosto evidente. Il plagiatore aveva anche cercato di ottenere una licenza dal titolare del diritto di autore, ma la licenza gli era stata rifiutata.

<sup>36</sup> Caso *Volvo*, C. 238/87

<sup>37</sup> Così si legge nella citata decisione *IMS Health GmbH & Co. OHG*, che cito dal testo francese corrispondente alla lingua di lavoro (quella effettiva)

<sup>38</sup> Numerato 46/1994/493/575

<sup>39</sup> Cfr. *supra* nota

<sup>40</sup> E questo il nick name del caso *IMS Health GmbH & Co. OHG*



trattava delle informazioni sui programmi televisivi in possesso delle stazioni emittenti; nel secondo caso di trattava di una banca dati costruita in anni di studio e di perfezionamenti che comportava la elaborazione di dati complessi e la individuazione del miglior sistema della loro trasformazione in informazioni utili per il mercato. In termini spicci potremmo dire che la differenza tra i due casi richiama da vicino la differenza tra la raccolta dei frutti selvatici e la raccolta di frutti coltivati.

Solo una solenne astrazione verso la storia ha potuto indurre la Corte di Giustizia ad applicare alla due situazioni i medesimi criteri per giustificare la elisione del *jus excludendi*.

La realtà è che i giudici europei accettano di parlare di IP, perché questa è la moda che si è imposta, ma non pensano le questioni che debbono decidere in questo settore in termini di proprietà, ma di diritti di monopolio. La facilità con cui il Tribunale di primo grado si è disfatto degli argomenti addotti dalla *Microsoft* che le avevano assicurato la semivittoria finale nei paralleli procedimenti americani indicativa al riguardo.

Si tratta allora di verificare se i problemi posti dai nuovi beni sono più opportunamente affrontabili se pensati nel contesto della tradizione del diritto dei beni, o nel contesto della più recente tradizione che riflette sul diritto della concorrenza e del mercato.

Tale verifica non può essere tentata in questa sede; si tratta piuttosto di indicare un terreno di indagini, confronti e riflessioni.

Temo che agli amici carissimi Gabriella e Pasquale l'affetto abbia fatto velo alla realtà quando mi hanno invitato a tenere una *lectio magistralis*, ma se per un istante potessi ardire a considerarmi “sesto tra cotanto senno”<sup>41</sup>, ricorderei che la funzione dei maestri non può essere, oggi, lo scodellare sistemi e modelli, ma l'additare a coloro che hanno energie intellettuali problemi non risolti che pure urgono alla società in cui viviamo e spiegare il retroterra da cui insorgono ed, ancora, tracciare il quadro generale all'interno del quale si possano collocare le soluzioni significative.

In quest'ultima direzione ricorderei che sia il modo di pensare che è dominante all'interno del *common law* americano, sia quello che, sotterraneamente, è dominante, all'interno della trazione di *civil law*, alla fine possono coincidere perché entrambi hanno perduto l'ancoraggio alla categoria degli *jura in rem*, sicché le differenze risultano essere limitate alla maggior propensione del primo a proteggere gli investimenti sulla base di una vaga connessione con la tutela costituzionale dei *property rights*.

Ricorderei anche che i modi di pensare dei giuristi non possono divergere troppo, ossia nelle loro impostazioni basilari, dai modi di pensare radicati nella società in cui operano, per la semplice ma decisiva ragione che i giuristi possono sopravvivere solo se nel medio e lungo periodo ( non mai nell'immediato) ottengono il consenso di quest'ultima; ed è solo il caso di aggiungere che dopo decine e decine di secoli durante i quali si è pensato in termini di proprietà, è un poco ingenuo immaginare di ottenere il consenso proponendo soluzioni basate sull'approccio del sofisticato policy maker. Vi è sempre il rischio che

---

<sup>41</sup> *Commedia*, Inf. C.IV.



quando qualcosa va storto l'incomprensibilità dell'itinerario seguito conduca ad una totale perdita di fiducia.

Ma ciò che mi premerebbe maggiormente ricordare è un dato oggi un poco offuscato. Sia nella tradizione di *common law* che in quella di *civil law* la parte da sempre considerata la più tecnicamente sofisticata e difficile è quella che riguarda la ripartizione tra le persone delle utilità generate dai beni, sia materiali che immateriali, ossia è il settore del diritto dei beni detto anche degli *jura in rem*, o diritti reali.

E', infatti, in questo settore del diritto civile che – e ciò è significativo- entrambe le due grandi tradizioni del diritto occidentale sono riuscite a conciliare la complessità estrema che proviene dalla enorme varietà dei beni la cui utilità sono necessarie alla vita sociale, moltiplicata dalla varietà delle forme soggettive dell'appartenenza: individuale, familiare, clanica, societaria ed istituzionale, con la semplicità dell'approccio che si ottiene focalizzando l'attenzione sul bene, sulla res, di volta in volta implicato nel discorso o nel ragionamento, sì che si possa iniziare a dipanare la complessa trama di diritti che su di esso insistono avendo posto un piede per terra.

Grazie.