

# LA PROSPETTIVA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE E DEL *COPYRIGHT*\*

di Gabriella Mazzei \*\*  
(29 settembre 2012)

SOMMARIO: 1. L'alterazione dell'equilibrio tra gli interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera dell'ingegno nei più recenti interventi legislativi. – 2. Il nuovo impulso al processo di convergenza tra il diritto d'autore euro-continentale e il *copyright* anglo-americano. - 3. La riconsiderazione critica della figura giuridica "proprietà intellettuale". – 4. Le soluzioni giuridiche volte ad un più equilibrato contemperamento degli interessi. - 5. La prospettiva dei diritti fondamentali.

## 1. L'alterazione dell'equilibrio tra gli interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera dell'ingegno nei più recenti interventi legislativi

Sin dalle loro origini, gli istituti del diritto d'autore e del *copyright* hanno tutelato non solo gli interessi individuali, morali e patrimoniali, dell'autore, ma anche l'interesse generale all'accessibilità e alla diffusione delle idee e delle conoscenze veicolate dalle opere innovative giuridicamente protette.

Affacciatisi alla storia nel momento della piena affermazione delle istanze democratiche dei popoli e ispirata al pensiero filosofico illuminista, la proprietà intellettuale<sup>1</sup> ha, infatti, sempre svolto l'importante funzione sociale di strumento di politica legislativa volto a promuovere l'avanzamento culturale e la crescita spirituale dell'intera collettività incentivando la realizzazione e la divulgazione di opere innovative attraverso la protezione di interessi individuali

---

\* Articolo sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> La realtà giuridica individuata dalla locuzione «proprietà intellettuale» comprende l'insieme degli istituti volti a tutelare gli interessi relativi alle innovazioni nel campo dell'estetica (opere dell'ingegno oggetto di diritto d'autore nei sistemi di *civil law*, di *copyright* nei sistemi di *common law*) e quelli relativi alle innovazioni nel campo della tecnica (invenzioni e modelli industriali oggetto di diritto di brevetto), sebbene per questi ultimi si prediliga la più specifica locuzione «proprietà industriale». I confini della proprietà intellettuale delineati dal diritto convenzionale internazionale abbracciano, inoltre, gli istituti volti a tutelare gli interessi relativi a marchi e segni distintivi, nonché gli interessi imprenditoriali incisi dalla concorrenza sleale.

Questo lavoro incentrerà l'analisi sul diritto d'autore inteso in senso ampio, comprensivo dei diritti affini e dei diritti *sui generis*, la cui distinzione dal diritto d'autore in senso stretto non è conosciuta in alcune delle esperienze giuridiche nazionali analizzate e non rileva ai fini dell'obiettivo che l'analisi stessa persegue.

Sulla nozione di proprietà intellettuale, cfr. per tutti P. Spada, *Parte generale*, in P. Auteri, G. Florida, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi e P. Spada, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 7ss.; L.C. Ubertazzi, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2003, n. 2, p. 1081ss.

facenti capo all'autore e all'imprenditore che investe nella realizzazione e divulgazione dell'opera<sup>2</sup>.

E la necessità di garantire la crescita sociale attraverso la circolazione delle idee e delle conoscenze veicolate dalle opere dell'ingegno ha rappresentato, insieme alla necessità di garantire la personalità e la proprietà dell'autore, il fondamento del riconoscimento giuridico della proprietà intellettuale e, al contempo, delle limitazioni legislativamente poste al suo ambito di applicazione.

Le diverse fasi dell'evoluzione del diritto d'autore euro-continentale e del *copyright* anglo-americano sono state segnate dai sempre nuovi equilibri delineati tra i diversi interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa, e l'importanza e il ruolo riconosciuti all'uno o all'altro di tali interessi ha potuto conoscere nel tempo e nelle diverse esperienze giuridiche considerevoli variazioni. Tuttavia, quel nucleo di valori fondamentali tratti dal pensiero filosofico illuminista e riguardanti la libertà di espressione, il diritto all'istruzione, l'arricchimento del patrimonio scientifico, artistico e culturale comune ha continuato a fondare la protezione giuridica delle prerogative proprietarie sull'opera, come anche le limitazioni legislativamente poste all'ambito di applicazione di tale protezione.

Le più recenti scelte di politica legislativa effettuate in materia di proprietà intellettuale nell'esperienza giuridica internazionale e in quella europea, nonché in quelle esperienze giuridiche nazionali che possono considerarsi più avanzate in relazione al più elevato grado di maturità raggiunto in questa materia, sembrano attribuire una prioritaria rilevanza all'interesse dell'operatore economico alla remunerazione dell'investimento profuso nel processo di realizzazione e divulgazione dell'opera innovativa giuridicamente tutelata.

Connesse all'avvento dell'era digitale ma fortemente influenzate dalla pressione esercitata da forti gruppi industriali su una volontà politica estremamente condizionabile<sup>3</sup>, tali scelte hanno condotto ad un notevole

---

Sulla graduale erosione della dicotomia tra innovazione di carattere estetico e innovazione di carattere tecnico per effetto del proliferare di tutele atipiche e *sui generis* riferite a nuovi tipi di opere innovative nel campo delle tecnologia digitale e delle biotecnologie, cfr. M. Ricolfi, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 514ss.

Sul processo di uniformazione del diritto in materia di proprietà intellettuale e industriale, cfr. E. Ulmer, *Copyright and Industrial Property. General Question - The International Conventions*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1987, vol. XIV, p. 5ss.

<sup>2</sup> Nell'ambito della vasta letteratura sulle finalità sociali della proprietà intellettuale nel sistema euro-continentale del diritto d'autore e nel sistema anglo-americano del *copyright*, cfr. per tutti A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences*, Bruylant & L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 1993, p. 86ss.; D. Ladd, *Securing the Future of Copyright: A Humanist Endeavor*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1985, vol. 16, n. 1, p. 83ss.

<sup>3</sup> Lo straordinario sviluppo conosciuto negli ultimi decenni dal settore industriale e commerciale relativo ai beni e ai servizi di carattere culturale ha consentito ai maggiori gruppi economici in esso operanti di conquistare la forza necessaria per poter esercitare una notevole influenza sulla politica legislativa in materia di proprietà intellettuale e di orientarla verso un rafforzamento della tutela dei loro interessi, a discapito degli altri interessi facenti capo

rafforzamento degli interessi connessi allo sfruttamento economico delle opere giuridicamente protette e ad un corrispondente indebolimento degli interessi del pubblico degli utenti relativi alla piena accessibilità e all'ampia diffusione dei contenuti delle opere medesime.

E ciò è avvenuto a colpi di interventi legislativi che - limitando i requisiti di accesso alla protezione giuridica assicurata da diritto d'autore e *copyright*, estendendone l'ambito oggettivo e temporale di applicazione ben oltre i suoi confini tradizionali, introducendo una tutela giuridica degli stessi sistemi tecnici di protezione<sup>4</sup> - hanno, negli ultimi decenni, sostanzialmente ridotto i margini di libertà che il tradizionale regime della proprietà intellettuale garantiva agli utenti nell'accesso e nell'utilizzo delle opere giuridicamente protette.

Incidendo sugli stessi principi fondanti e sulla fisionomia degli istituti del diritto d'autore e del *copyright*, i recenti sviluppi legislativi hanno alterato, fino a comprometterlo, l'equilibrio tra i diversi interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa raggiunto dal tradizionale regime della proprietà intellettuale attraverso alcune limitazioni legislative poste alle prerogative del titolare di diritti proprietari e all'ambito oggettivo e temporale di applicazione della protezione giuridica. La proliferazione di diritti proprietari e la compressione della sfera di libertà degli utenti delle opere protette hanno

---

all'autore e agli utenti dell'opera.

<sup>4</sup> Si è assistito ad un fenomeno che ha del paradossale: il diritto internazionale, la cui evoluzione ha condotto alla deregolamentazione e liberalizzazione di vari settori del mercato, relativamente alla proprietà intellettuale (il settore forse più importante in termini di potenzialità di crescita) si è sempre più orientato, invece, verso un progressivo e intenso rafforzamento degli standard minimi di protezione giuridica e verso una maggiore regolamentazione.

La legislazione statunitense ha tracciato questa linea evolutiva trainando molte altre legislazioni statali; il processo di armonizzazione giuridica europea ha fatto il resto attingendo non poco alla legislazione statunitense e dando, in tal modo, nuovo impulso al processo di convergenza tra i due grandi modelli occidentali del *copyright* statunitense e del diritto d'autore euro-continentale.

Basterà fare riferimento al processo di introduzione di una tutela giuridica delle stesse misure tecniche di protezione attraverso le quali il titolare di diritti proprietari riesce a controllare l'accesso all'opera divulgata in ambiente digitale. Questa rilevante estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della protezione giuridica assicurata dalla proprietà intellettuale è stata avviata dal Trattato WIPO sul *copyright* del 20 dicembre 1996 ed è proseguita con l'adozione del *Digital Millennium Copyright Act* del 1998 nell'esperienza giuridica statunitense, con le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE nell'esperienza giuridica europea, con l'articolo 95.1 della legge sul diritto d'autore del 2003 nell'esperienza giuridica tedesca, con l'articolo L. 331-5-1° del Codice della proprietà intellettuale nell'esperienza giuridica francese.

Sul tema, cfr. S. Dusollier, Y. Pouillet e M. Buydens, *Copyright and Access to Information in the Digital Environment*, in *Copyright Bulletin*, 2001, ottobre/novembre, p. 4ss.; W. Cornish, *The Expansion of Intellectual Property Rights*, in G. Schrickler, T. Dreier e A. Kur (a cura di), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001, p. 9ss.; P.B. Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in R.C. Dreyfuss, D.L. Zimmerman e H. First (a cura di), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 343ss.; S.A. Fitzpatrick, *Prospects of Further Copyright Harmonisation?*, in *European Intellectual Property Review*, 2003, vol. 25, n. 11, p.215ss.; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 442ss.; V. Castille, *La relation entre la liberté d'expression et d'information et le droit d'auteur. La liberté d'expression et d'information comme 'toile de fond' de régulation du droit d'auteur dans l'ère numérique*, in *IRDI*, 2000, p. 155ss.

determinato uno spostamento del baricentro dell'attuale regime della proprietà intellettuale verso l'interesse dell'operatore economico alla remunerazione dell'investimento profuso nel processo innovativo<sup>5</sup>.

L'inammissibilità di un dominio di pochi sui cosiddetti beni della conoscenza (idee, informazioni, tecnologie, competenze, ...), il rischio di ostacolare fortemente l'avanzamento culturale attraverso un eccessivo frazionamento delle conoscenze in molteplici diritti proprietari che ne impediscono un utilizzo congiunto e coordinato sono i temi su cui si è incentrato il vivace movimento di contestazione suscitato, nell'ambito della riflessione scientifica come nell'ambito dell'opinione pubblica, dagli eccessi protezionistici dell'attuale regime della proprietà intellettuale<sup>6</sup>.

Di fronte ai delineati rischi e alla mancata accettazione sociale dell'attuale regime della proprietà intellettuale si rende necessaria una riflessione giuridica volta ad individuare possibili soluzioni idonee a ristabilire l'equilibrio tra i diversi interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa.

La consapevolezza della centralità del ruolo svolto da una risorsa di primaria importanza per la crescita individuale e sociale, culturale ma sempre più anche economica<sup>7</sup>, qual è la conoscenza rende evidente la rilevanza di queste tematiche. E', forse, lecito affermare che il futuro avanzamento culturale e la futura crescita economica, ma anche la difesa di alcuni tra i più importanti valori antropologici su cui del nostro tempo<sup>8</sup>, dipendono anche dalla capacità di ristabilire nelle diverse esperienze giuridiche un più giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti nella tutela giuridica della proprietà intellettuale.

---

<sup>5</sup> Sul tema, cfr. G. Mazzei, *Pubblico dominio della conoscenza e tutela giuridica dell'innovazione estetica*, E.S.I., Napoli, 2011, p. 235ss.

<sup>6</sup> Tra le principali voci della letteratura giuridica ed economica su questo tema, cfr. K.E. Maskus e J.H. Reichman, *The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods*, in K.E. Maskus e J.H. Reichman (a cura di), *International Public Good and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 3ss.; O.R. Goodenough, *The Future of Intellectual Property: Broadening the Sense of «Ought»*, in *European Intellectual Property Review*, 2002, vol. 24, n. 6, p. 291ss.; L. Lessig, *The Future of Ideas: the Fate of Common in a Connected World*, Random House, New York, 2001; S. Shavell e T. van Ypersele, *Rewards versus Intellectual Property Rights*, in *The Journal of Law and Economics*, 2001, vol. 44, p. 525ss.; T.G. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1990, vol. 13, n. 3, p. 817ss.; A. Musso, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Art. 2575-2583, Bologna, 2008, p. 438ss.

<sup>7</sup> Espressioni ormai di uso comune, ma dal significato non sempre del tutto univoco, quali «economia della conoscenza» o «new economy» esprimono il diffuso riconoscimento di una profonda trasformazione socio-economica determinata fondamentalmente dal rapido svilupparsi, diffondersi e interagire delle nuove tecnologie digitali e della telematica e dal connesso passaggio ad una economia caratterizzata dal ruolo predominante della conoscenza quale principale risorsa produttiva. Se l'importanza del ruolo della conoscenza nelle dinamiche della crescita economica non è una novità storica ed il riconoscimento di tale ruolo non è mancato in passato a partire dagli studi di Adam Smith in poi, mai come oggi le economie industrializzate sono parse trainate dalla capacità di un efficace trasferimento di conoscenza e tecnologia nei processi produttivi.

## 2. Il nuovo impulso al processo di convergenza tra il diritto d'autore euro-continentale e il *copyright* anglo-americano

I più recenti interventi legislativi in materia di proprietà intellettuale segnano l'ultima fase di un lungo percorso evolutivo che il diritto d'autore euro-continentale e il *copyright* anglo-americano hanno seguito a partire dal XVIII secolo fino ai giorni nostri sul piano degli equilibri tra gli interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa.

La prevalenza della logica dell'investimento nell'esperienza giuridica internazionale ed europea, nonché nelle principali esperienze giuridiche nazionali ha accentuato la connotazione economica degli istituti della proprietà intellettuale e ha rafforzato quell'impostazione utilitaristica che da sempre caratterizza il sistema anglo-americano del *copyright* e che non è mai mancata nel sistema euro-continentale del diritto d'autore.

Per molto tempo, e con una convinzione che ancora oggi sembra persistere nelle ricostruzioni teoriche della materia, si è ritenuto di poter distinguere e contrapporre i due grandi modelli occidentali di tutela giuridica della proprietà intellettuale distinguendone e contrapponendone il fondamento filosofico-giuridico: da un lato, il diritto d'autore euro-continentale, di ispirazione giusnaturalistica ed impostazione proprietaristica, fondato sullo stretto rapporto tra la personalità dell'autore e la sua creazione intellettuale, dall'altro, il *copyright* anglo-americano, di ispirazione utilitaristica ed impostazione monopolistica, incentrato, invece, su motivazioni di utilità sociale e su valutazioni di politica legislativa finalizzate ad incentivare l'avanzamento scientifico e culturale a beneficio dell'intera collettività<sup>9</sup>.

Questa ricostruzione teorica pecca, tuttavia, di eccessivo semplicismo ed è certamente inadeguata a rappresentare la complessità della realtà giuridica di riferimento, non meno di quella, oggi maggiormente diffusa nel

---

Nell'ambito della vasta letteratura su questo tema, cfr. per tutti P.A. David e D. Foray, *Economic Fundamentals of the Knowledge Society*, in *Policy Futures in Education*, 2003, vol. 1, n. 1, p. 20ss.; J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000; D. Foray, *L'économie de la connaissance*, Paris, 2000; M. Vivant, *L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire*, in *JurisClasseur Périodique*, 2000, G, I, p. 191ss.; P.A. David, *Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda. Brevetti, diritto d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, in Clerico G. e Rizzello S. (a cura di), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, 1998, p. 9ss.; E. Rullani, *Il valore della conoscenza*, in *Economia e politica industriale*, 1994, p. 50ss.; G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti e G. Visentini, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991.

<sup>8</sup> Infatti, se si volge lo sguardo all'attuale disciplina della proprietà industriale, ed in particolare del brevetto su farmaci e del brevetto su invenzioni biotecnologiche in campo agricolo, il pericolo connesso alla proliferazione di diritti proprietari riguarda anche la salvaguardia di valori quali la tutela della salute, dell'ambiente e della biodiversità, nonché l'equa distribuzione della ricchezza tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo.

<sup>9</sup> Nell'ambito della vasta letteratura giuridica sul tema, cfr. per tutti A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences*, Bruylant & L.G.D.J., Bruxelles/Paris 1993, p. 276ss.

pensiero giuridico occidentale, che enfatizza le convergenze tra i due sistemi di proprietà intellettuale<sup>10</sup>.

Da un'attenta analisi comparativa del percorso evolutivo seguito dai due modelli occidentali di tutela giuridica dell'opera dell'ingegno emerge, infatti, che nessuno dei due fondamenti filosofico-giuridici si è mai ritrovato in passato, e si ritrova oggi, attuato allo stato puro, e che nessuno dei due fondamenti sarebbe comunque sufficiente a giustificare in modo esaustivo gli istituti della proprietà intellettuale. In ogni momento storico, in ogni ordinamento giuridico, sia che appartenga al sistema del diritto d'autore euro-continentale, sia che invece si collochi nell'ambito del sistema anglo-americano del *copyright*, i due fondamenti risultano compresenti ed elementi dell'uno o dell'altro si integrano tra loro dando luogo ad una varietà di modelli misti<sup>11</sup>.

Ma, a fronte di una indubbia complementarità tra i due modelli di giustificazione filosofico-giuridica della tutela della proprietà intellettuale, è possibile ancora oggi riscontrare delle divergenze nelle tendenze e negli orientamenti espressi dai formanti dei diversi ordinamenti giuridici di area occidentale. Così, ancora oggi, nel sistema euro-continentale del diritto d'autore sembrano prevalere le scelte di politica legislativa, le interpretazioni giurisprudenziali e le elaborazioni dottrinali sensibilmente influenzate da considerazioni legate al sentimento di giustizia, mentre nel sistema anglo-americano del *copyright* tali scelte, interpretazioni ed elaborazioni appaiono maggiormente condizionate da valutazioni di opportunità connesse all'utilità sociale (variamente intesa) della creazione intellettuale.

Questa differenza di mentalità giuridica è evidentemente connessa alla diversa evoluzione storica del *copyright* anglo-americano e del diritto d'autore euro-continentale ed è, più in particolare, legata alla diversa concezione dell'interesse riferibile all'intera collettività affermatasi nei due sistemi di tutela della proprietà intellettuale.

<sup>10</sup> Cfr. G. Davies, *The Convergence of Copyright and Authors' Rights. Reality or Chimera?*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, 26, p. 964ss.; O.R. Goodenough, *Pointillism, Copyright and the Droit d'auteur: Time to See a Bigger Picture*, in *Entertainment Law Review*, 1994, vol. 5, p. 35ss.

Nel sistema anglo-americano del *copyright* si è assistito ad un incremento dell'importanza dell'elemento personale per effetto principalmente dell'adesione degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna. A tale adesione ha fatto seguito l'adozione da parte del legislatore federale statunitense, in ciò seguito anche dal legislatore britannico, di atti legislativi finalizzati ad integrare nel sistema nazionale gli istituti del diritto morale d'autore. Ci si riferisce, in particolare, al *Bern Implementation Act* del 1988 e al *Visual Artist Right Act* del 1990 per quanto riguarda la legislazione federale statunitense, al *Copyright, Design and Patent Act* (Capitolo IV) per quanto riguarda la legislazione britannica.

Il processo di industrializzazione del settore industriale e commerciale relativo ai beni e ai servizi di carattere culturale ha determinato la graduale prevalenza in tutti i sistemi nazionali occidentali della proprietà intellettuale delle giustificazioni di carattere utilitaristico a discapito di quelle di carattere personalistico. Cfr. M. Vivant, *Entre Droit d'auteur et Copyright. L'Europe au Carrefour des logiques*, in *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 1997, n. 1, p. 41ss.

<sup>11</sup> Cfr. U. Uchtenhagen, *Die Urheberrechts-Systeme der Welt und ihre Verwurzelung in den geistigen Grundlagen des Urheberrechts*, in R. Dittrich (a cura di), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien 1998, p. 214ss.

L'evoluzione della nozione di interesse generale nel sistema statunitense del *copyright*, infatti, ha segnato in passato la rottura tra i due modelli occidentali di tutela della proprietà intellettuale e consente oggi di comprendere le ragioni dell'approdo a soluzioni giuridiche talvolta diverse da parte di due sistemi nati da radici comuni.

Affermatasi principalmente sotto l'influenza del pensiero filosofico illuminista, l'idea di fondo che accomunava i primi interventi legislativi in materia di proprietà intellettuale adottati sul finire del XVIII secolo in Francia e negli Stati Uniti era quella della sostanziale coincidenza tra l'interesse dell'intera collettività alla diffusione del sapere e alla promozione della crescita spirituale e l'interesse individuale dell'autore alla tutela della propria sfera giuridica.

Dalla riconosciuta rilevanza sociale del ruolo culturale svolto dall'autore derivava la posizione centrale e privilegiata dei suoi interessi nel sistema della proprietà intellettuale di quell'epoca.

Ma, già a partire dalla fine del XIX secolo, nel contesto socio-economico nordamericano profondamente trasformato dallo sviluppo dei mezzi di comunicazione di massa e dall'industrializzazione (anche) del settore relativo ai beni e ai servizi di carattere culturale, la concezione dell'interesse generale condivisa dalla prima legislazione francese e statunitense in materia, rispettivamente, di diritto d'autore e *copyright* comincia a subire quelle profonde trasformazioni che segneranno la successiva frattura tra i due modelli occidentali di tutela della proprietà intellettuale.

Negli Stati Uniti di quell'epoca, infatti, il principale motore del processo di realizzazione e diffusione dell'opera innovativa è non più l'autore, ma l'operatore economico che in tale processo investe importanti risorse finanziarie.

Nel sistema statunitense del *copyright* viene meno, così, quella corrispondenza tra l'interesse riferibile all'intera collettività e l'interesse riferibile all'autore ed il ruolo dell'autore perde la sua centralità a vantaggio del ruolo e dell'interesse dell'operatore economico. Il diritto di esclusiva dell'autore diviene inadeguato rispetto alla complessità del processo innovativo e perde man mano tutta la sua efficacia rispetto alla finalità di incentivare e favorire quel processo e, con esso, la crescita culturale e spirituale della società. A tali finalità diventa decisivo motivare l'operatore economico che investe nel settore industriale e commerciale dei prodotti e servizi di carattere culturale assicurandogli un'efficace tutela e un'adeguata remunerazione dell'investimento profuso nel processo innovativo attraverso il riconoscimento in suo favore del diritto di esclusiva sullo sfruttamento economico dell'opera.

La caratterizzazione in senso economico del sistema statunitense del *copyright* connessa all'acquisita centralità dell'interesse dell'operatore del settore culturale ha avuto delle importanti ricadute sui successivi sviluppi di tale sistema e consente di spiegare fenomeni solo apparentemente contraddittori.

La mutata concezione dell'interesse generale spiega come mai in un sistema come quello statunitense del *copyright* - sin dalle proprie origini

connotato (molto più incisivamente di quanto non lo sia stato il diritto d'autore euro-continentale) dalla prioritaria importanza dell'interesse alla promozione dell'avanzamento culturale - si sia giunti ad una disciplina della proprietà intellettuale così decisamente protesa verso la protezione degli interessi dei grandi gruppi industriali.

Inoltre, la necessità, chiaramente e precocemente sancita a livello costituzionale<sup>12</sup>, di promuovere la crescita culturale incentivando, attraverso la temporanea esclusiva di tipo proprietario, la realizzazione e la divulgazione di opere dell'ingegno ha determinato una certa chiusura dell'esperienza giuridica statunitense rispetto al riconoscimento di un diritto morale dell'autore, a lungo ritenuto un potenziale ostacolo rispetto a tale finalità. La logica dell'incentivo, per cui i diritti di proprietà intellettuale si giustificano in virtù della loro funzione di promuovere l'incremento e la diffusione del sapere, ha fatto sì che nel sistema del *copyright* fossero concessi solo quei diritti strettamente necessari alla realizzazione e alla diffusione di opere innovative<sup>13</sup>.

E ancora, in un sistema in cui è chiaramente e costituzionalmente delineata la priorità dell'interesse generale a promuovere l'avanzamento culturale incentivando, attraverso la temporanea esclusiva di tipo proprietario, la realizzazione e la divulgazione di opere innovative, il legislatore è assolutamente libero di scegliere in capo a quale protagonista del processo innovativo riconoscere tali prerogative proprietarie, e va da sé che sceglierà quello tra di essi che appare capace di incidere maggiormente sulle potenzialità di sviluppo di tale processo. E' per queste ragioni che nel sistema del *copyright* è stato ben presto possibile attribuire lo *status* di autore e la conseguente titolarità del diritto di proprietà intellettuale al soggetto, persona fisica o ente, che ha apportato il contributo di maggior peso al processo di realizzazione e divulgazione dell'opera innovativa. E tale soggetto può ben essere l'operatore economico, se il suo investimento svolge un ruolo prevalente nell'ambito di tale processo.

Infine, la gerarchia di valori costituzionalmente delineata e la prevalenza della logica dell'incentivo ha ben presto consentito nel sistema del *copyright* statunitense di tutelare prodotti rispetto ai quali l'apporto in termini di creatività da parte dell'autore appare piuttosto ridotto ed il collegamento con la sua personalità pressoché inesistente.

Con l'ulteriore e considerevole crescita nell'economia mondiale, oltre che nelle economie nazionali, dell'importanza del settore industriale e commerciale relativo ai prodotti e ai servizi di carattere culturale il *copyright*

---

<sup>12</sup> Nell'esperienza giuridica statunitense la gerarchia dei valori in materia di proprietà intellettuale è nettamente delineata dalla Costituzione federale, che indica come primario l'interesse generale alla promozione del progresso culturale, rispetto al quale l'interesse individuale assume, deve assumere, una rilevanza secondaria e una funzione strumentale. Si ricorda che la sezione ottava del primo articolo della Costituzione del 1787 riconosce espressamente il potere del Congresso federale <<Di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili garantendo per periodi limitati agli autori e agli inventori il diritto esclusivo sui loro scritti e sulle loro scoperte>>.

<sup>13</sup> Da qui la maggior fortuna nel sistema anglo-americano del termine *copyright* rispetto al termine *author's right*.



diviene sempre più un importante strumento di politica economica volto a stimolare gli investimenti in questo settore.

Ed è la centralità del fattore economico e della logica dell'investimento nei più recenti interventi legislativi adottati in ambito internazionale, europeo e nazionale a ricondurre il *copyright* anglo-americano e il diritto d'autore euro-continentale verso una ritrovata convergenza.

Il processo di uniformazione del diritto a livello internazionale ha fatto il resto. Nel mondo occidentale, in questo come in molti altri settori del diritto, le differenze ancora riscontrabili tra i sistemi nazionali vanno sensibilmente attenuandosi e, in questo come in altri settori del diritto, tale processo ha dato luogo ad un'intensa circolazione di modelli giuridici che ha finito con il coinvolgere gli stessi principi generali e con il formare un patrimonio comune di valori culturali, ancor prima che di regole e soluzioni giuridiche<sup>14</sup>.

### **3. La riconsiderazione critica della figura giuridica "proprietà intellettuale"**

Di fronte ai rischi connessi alla proliferazione di diritti proprietari sui cosiddetti beni della conoscenza aumentano le voci del pensiero giuridico ed economico contrarie agli eccessi protezionistici dell'attuale regime della proprietà intellettuale.

Oggetto di (ri)considerazione critica è, in primo luogo, l'idoneità della figura giuridica "proprietà intellettuale" quale risposta istituzionale all'esigenza di promuovere e favorire l'innovazione nel campo dell'estetica e della tecnica oggetto, rispettivamente, di diritto d'autore o *copyright* e di diritto di brevetto. Lo specialista della materia si domanda se sia ancora ammissibile, opportuna ed efficace una tutela giuridica di tipo proprietario degli interessi relativi allo sfruttamento economico di tali innovazioni. Si ripropone, così, la questione, posta da tempo dal pensiero giuridico ma tuttora irrisolta, della legittimità della figura giuridica "proprietà intellettuale" e del suo referente oggettivo, il "bene immateriale", una questione resa oggi ancora attuale e particolarmente complessa dall'avvento dell'era digitale.

Strettamente legato a questo movimento di pensiero è la proposta avanzata da alcuni studiosi di consacrare, con riferimento alla conoscenza quale bene non suscettibile di appropriazione individuale, una nuova categoria giuridica: il bene pubblico mondiale<sup>15</sup>.

Dalle tre prospettive dell'analisi storica, dell'analisi economica del diritto e dell'analisi giuridico-comparativa emergono le principali ragioni che pongono in dubbio la necessità, l'efficienza economica e l'effettività giuridica di una

---

<sup>14</sup> Sul tema, cfr. ancora G. Davies, *The Convergence of Copyright and Authors' Rights. Reality or Chimera?*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 26 (1995), p. 964ss.; cfr. anche E. Ulmer, *Copyright and Industrial Property. General Question – The International Conventions*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1987, vol. XIV, p. 167ss.

tutela incentrata su un diritto di esclusiva configurato secondo il paradigma proprietario classico consegnatoci dalla tradizione giuridica occidentale<sup>16</sup>. Ragioni che inducono lo studioso della materia a domandarsi se non siano ormai maturati i tempi per la definizione di nuove tecniche di protezione giuridica degli interessi connessi allo sfruttamento economico dell'innovazione.

Ed è, in primo luogo, la consapevolezza delle funzioni svolte in passato dalla figura giuridica "proprietà intellettuale" e dal suo referente oggettivo, il "bene immateriale", individuabili in precisi obiettivi di politica legislativa e di edificazione dogmatica, a dover indurre lo studioso a relativizzare la configurazione in termini proprietari delle posizioni giuridiche soggettive finalizzate a tutelare tali interessi<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr., per tutti, K.E. Maskus e J.H. Reichman, *The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods*, in K.E. Maskus e J.H. Reichman (a cura di), *International Public Good and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 3ss; P. Quéau, *La nécessaire définition d'un bien public mondial. A' qui appartiennent les connaissances?*, in *Le Monde Diplomatique*, gennaio 2000, p. 6ss.; J. Drexler, *Les principes de protection des intérêts diffuse et des biens collectifs: Quel ordre public pour les marchés globalisés?*, in *Revue Internationale de Droit Economique*, 2003, 3/4, p. 387ss.

<sup>16</sup> La necessità di relativizzare l'analisi della realtà giuridica riconducibile all'istituto proprietario alla luce della moderna articolazione delle discipline giuridiche, espressione della molteplicità degli interessi riconosciuti meritevoli di tutela dall'ordinamento, e la visione di tale istituto quale paradigma di molteplici situazione proprietarie, sul piano dei diversi poteri sulle cose, più che sotto il profilo del trasferimento e della tutela, è una consapevolezza ormai consolidata nella nostra come nelle altre dottrine civilistiche europee, sebbene importanti differenze siano ancora riscontrabili nel confronto tra i sistemi di *civil law* e *common law*. Cfr. S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 145ss.

Cfr. anche A. Gambaro, *Dalla New Property alle New Properties*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 682ss., in cui il carattere aperto e indefinito dell'insieme di facoltà di utilizzo del bene giuridicamente riconosciute al titolare del diritto è indicata come la principale ragione della problematicità dell'istituto dominicale, definito <<un insieme di limiti, variabili in funzione della natura delle cose>>.

Vedi, inoltre, S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna, 1981 (rist. 1990); U. Mattei, *I diritti reali*, I, *La proprietà* (in collaborazione con A. Chianale e R. Caterina), in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Torino, 2001 (rist. 2006), p. 237ss.; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, vol. VIII, t. 2, Milano, 1995; R. Sacco, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 75ss. e in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, IV, Jovene, Napoli, 1972, p. 939ss.; P. Rescigno, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 280ss.; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, E.S.I., Napoli, 1971; A. Candian, A. Gambaro e B. Pozzo, *Property, Propriété, Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Cedam, Padova, 1992.

<sup>17</sup> Con il passaggio dal medio evo, ispirato ad una visione del mondo incentrata sul bene-oggetto (in particolare, la terra), all'umanesimo, ispirato ad una visione del mondo incentrata sul soggetto, la proprietà parcellizzata dell'esperienza medievale entra in crisi e viene gradualmente sostituita dalla proprietà moderna, che giusnaturalismo e positivismo scientifico configurano come concettualmente unitaria ed astratta.

Ciò ha consentito al giusnaturalismo moderno di elaborare, alla fine del XVIII secolo, la figura giuridica "proprietà spirituale". Ed è su questa figura che si è basata l'operazione di politica legislativa compiuta con le nuove leggi su diritto d'autore e brevetti adottate immediatamente dopo la rivoluzione francese: i privilegi attribuiti agli autori e agli inventori apparivano ancora legati all'antico regime ed in contrasto con l'appena conquistata libertà economica; così, al fine

Inoltre, l'applicazione delle categorie concettuali dell'economia neoclassica alla realtà giuridica riconducibile alla proprietà intellettuale<sup>18</sup> ha indotto non pochi studiosi dell'analisi economica del diritto<sup>19</sup> a dubitare della necessità, opportunità ed efficacia dell'utilizzo di una tecnica di protezione giuridica configurata secondo il paradigma proprietario tradizionale al fine di proteggere e incentivare gli investimenti nella realizzazione e diffusione dell'opera innovativa nell'interesse pubblico alla promozione del progresso scientifico e culturale<sup>20</sup>.

Nell'ambito del dibattito sviluppatosi già a partire dalla metà del XIX secolo, con argomentazioni quanto mai attuali, si sottolineava che l'innovatore

---

di legittimarli, si fece ricorso all'istituto fondamentale del nuovo regime, la proprietà, seppure nella sua veste di proprietà spirituale.

Dalla proprietà spirituale di ieri deriva la proprietà intellettuale degli accordi internazionali della fine del XIX secolo e della legislazione di oggi.

Successivamente, nella seconda metà del XIX secolo, quando nel pensiero giuridico europeo regnava il positivismo scientifico e si cercava di replicare nel campo del diritto il metodo classificatorio e deduttivo delle scienze naturali, la scuola Pandettistica tedesca, nel tentativo di dare scientificità alla recente normativa su diritto d'autore e brevetti, elaborò (attraverso principalmente, ma non esclusivamente, l'opera di Joseph Kohler) la categoria giuridica del "bene immateriale".

Ciò consentì di qualificare "bene" in senso giuridico l'opera e l'invenzione ("bene immateriale" in quanto prodotto spirituale distinto dal supporto materiale che lo rende fruibile all'esterno), di attingere così al diritto di proprietà e di assimilare alla tecnica di protezione giuridica dell'interesse all'appartenenza (il diritto di proprietà assoluto e reale) la tecnica di protezione giuridica dell'interesse allo sfruttamento economico dell'innovazione (l'esclusiva sull'opera e sull'invenzione).

Questa ricostruzione dogmatica – avvalorata dall'attribuzione all'autore e all'inventore di facoltà *erga omnes* presidiate, in caso di violazione, da rimedi non solo compensatori, ma anche ripristinatori – finiva con lo sbiadire la profonda eterogeneità socio-economica tra le diverse situazioni e ancorava al passato regole concepite per un'economia basata sulla produzione e non per un'economia immobiliare fondata sul godimento.

Cfr., per tutti, P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in E. Cortese (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 228ss.; P. Spada, *Il paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale*, in *Dir ind.*, 2007, n. 3, p. 271.

<sup>18</sup> Il dibattito sul riferimento dell'istituto proprietario ai beni immateriali abbraccia più secoli a partire dalle elaborazioni teoriche del diritto naturale di proprietà dell'individuo sui risultati del proprio lavoro (Locke) e sui beni che esprimono la sua personalità (Hegel), e dalla maturata consapevolezza del pensiero giusnaturalista e dalla legislazione francese post-rivoluzionaria su diritto d'autore e diritto di brevetto, configurati come proprietà naturale dell'uomo sui frutti del proprio lavoro.

<sup>19</sup> Nella nostra come in altre esperienze giuridiche europee, con riferimento a questa come ad altre tematiche, si è troppo a lungo ommesso di ascoltare le argomentazioni dell'analisi economica del diritto, in tal modo rinunciando ad un utile strumento di valutazione critica della norma giuridica largamente impiegato, invece, nell'esperienza giuridica statunitense. Sul tema, cfr. R. Pardolesi e G. Bellantuono, *Law and Economics in Italy*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, 2000, § 345, p. 244ss.; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999; G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulletti, S. Rodotà e F. Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998; U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor science, Ann Arbor, 1996.

il più delle volte non crea, ma estrapola l'idea innovativa dall'ambiente in cui opera ed in cui quell'idea è già maturata in virtù anche del lavoro di chi lo ha preceduto, e si evidenziava che l'attività dell'innovatore troverebbe già sufficiente stimolo e remunerazione nelle dinamiche competitive del mercato<sup>21</sup>.

Ed oggi, ancor più che in passato, la realizzazione dell'opera innovativa e più in generale l'avanzamento delle conoscenze non è attribuibile ad individui o imprese atomisticamente considerati, non conosce più i salti tecnologici del XIX secolo e non procede più per intuizioni geniali, ma è l'esito di un processo che avanza in maniera cumulativa e sequenziale richiedendo la condivisione di un patrimonio di sapere e di saper fare necessariamente complementari<sup>22</sup>.

L'attuale regime della proprietà intellettuale può dar luogo a ciò che gli economisti definiscono la tragedia degli *anticommons*: l'uso inefficiente di una risorsa causato da un'eccessiva attribuzione di diritti proprietari, non meno grave della speculare tragedia dei *commons*, in cui l'inefficiente uso fino al depauperamento della risorsa è causato, al contrario, dalla mancata attribuzione di diritti proprietari<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Tra le numerose e importanti voci della letteratura economica e giuseconomica sulla proprietà intellettuale, cfr. W.M. Landes e R.A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2003; P.S. Menell, *Intellectual Property: General Theories*, in B. Bouckaert e G. De Geest (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, *Civil Law and Economics*, Cheltenham, 2000, § 1600, p. 129ss.; E.W. Kitch, *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*, in *Vanderbilt Law Review*, 2000, vol. 53, p. 1727ss.; P.A. David, *Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda. Brevetti, diritto d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, in G. Clerico e S. Rizzello (a cura di), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, 1998, p. 9ss.; K.J. Arrow, *Il benessere economico e l'allocatione delle risorse per l'attività inventiva*, in M. Egidi e M. Turvani (a cura di), *Le ragioni delle organizzazioni economiche*, 1994, Torino, p. 117ss.; W.M. Landes e R.A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, in *Journal of Legal Studies*, 1989, vol. 18, n. 2, p. 325ss.

Per un'analisi delle argomentazioni degli economisti in senso favorevole e in senso contrario all'utilizzo del paradigma proprietario nella tutela giuridica dell'innovazione, cfr. G. Mazzei, *L'era digitale e la crisi del modello proprietario nella tutela giuridica dell'innovazione*, in G.M. Piccinelli, G. Mazzei e A. Tisci (a cura di), *Digital Properties and Digital Consumers. Nuovi diritti e nuove tutele*, Napoli, E.S.I., 2011, p. 85ss.

<sup>21</sup> Cfr. F. Machlup e E. Penrose, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, in *The Journal of Economic History*, 1950, vol. 10, n. 1, p. 1ss.

<sup>22</sup> Cfr. P. Spada, *Il paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale*, in *Dir ind.*, 2007, n. 3, p. 269ss.; G. MARANO, *Diritti di proprietà*, in *Economia per il diritto*, a cura di P. CIOCCA e I. MUSU, Torino, 2006, p. 135s.

<sup>23</sup> Il pensiero economico classico individua l'origine e la ragion d'essere dell'istituto giuridico proprietario nell'esigenza, tra l'altro, di porre rimedio alla tragedia dei *commons*: la caduta in miseria della comunità dovuta al depauperamento per eccessivo sfruttamento delle risorse scarse comuni, rispetto alle quali tutti hanno facoltà di libero accesso e di uso e non esistono riserve a favore di uno o più determinati soggetti, pubblici o privati. Sul tema, cfr. E. Ostrom, *Private and Common Property Rights*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, *Civil Law and Economics*, Cheltenham, 2000, § 2000, p. 332ss.; M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Market*, in *Harvard Law Review*, 1998, vol. 111, p. 621ss.; T.G. Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, in *Hamline Law Review*, 1989, n. 12, p. 261ss.

Sul piano dell'analisi giuridica, infine, la riconsiderazione critica della figura giuridica "proprietà intellettuale" è strettamente connessa all'avvento dell'era digitale, che ha minato alla base l'effettività delle tradizionali forme di protezione giuridica dell'innovazione, ed in particolare dell'innovazione nel campo dell'estetica.

Il rapido svilupparsi e diffondersi della comunicazione elettronica, a-territoriale, globale e basata sulla tecnologia digitale, ha sostituito la vecchia immaterialità che dalle cose materiali non si separava completamente - quella della creazione intellettuale che, in quanto prodotto spirituale, si distingue dal supporto materiale, ma di esso ha bisogno per essere veicolata e resa fruibile - con una nuova immaterialità - quella propria delle micro correnti - che invece dalle cose materiali si separa completamente<sup>24</sup>.

E dal momento che la reazione degli ordinamenti giuridici alle violazioni della proprietà intellettuale si avvale soprattutto di misure che presuppongono produzione e circolazione di supporti materiali, la nuova immaterialità ha fortemente compromesso l'efficacia delle tradizionali tecniche di protezione giuridica.

Se sul piano della teoria del diritto non è stato particolarmente difficoltoso adattare al nuovo ambiente digitale i principi e le categorie concettuali propri del diritto classico della proprietà intellettuale, sul piano dell'applicazione concreta delle regole giuridiche le difficoltà incontrate sono state talvolta insormontabili. L'estrema facilità di riproduzione delle opere protette, l'impossibilità di distinguere qualitativamente la copia dall'originale, la scomparsa del supporto fisico, la rapidità della distribuzione sulla rete telematica planetaria a costi irrisori, la possibilità di rendere multimediale, interattiva e mutevole in tempo reale l'opera hanno reso assolutamente inadeguate le tradizionali tecniche di protezione giuridica previste dal diritto d'autore e dal *copyright*.

La reazione a tale situazione è stata il frequente ricorso da parte dei titolari dei diritti proprietari a quei sistemi tecnici di protezione delle opere che consentono di bloccare l'accesso e l'utilizzo delle stesse da parte degli utenti.

La notevole capacità delle industrie culturali di esercitare pressioni sul potere legislativo ha fatto sì che si sia giunti troppo rapidamente e senza un'attenta ponderazione degli interessi in gioco ad una tutela giuridica degli stessi sistemi tecnici di protezione e che si sia giunti, in tal modo, ad una notevole compressione degli spazi di libertà assicurati agli utenti dal regime tradizionale della proprietà intellettuale alterando - fino a comprometterlo - l'equilibrio tra gli interessi da tale regime delineato.

La strada intrapresa dal legislatore, in sede internazionale, europea e nazionale, per affrontare le sfide poste dalla rivoluzione digitale è stata quella dell'adattamento e del potenziamento delle tradizionali tecniche di protezione giuridica, anziché quella, più coraggiosa e lungimirante, della sperimentazione di nuove e più idonee tecniche di protezione.

---

<sup>24</sup> Cfr. P. Spada, *La proprietà intellettuale tra «reale» e «virtuale»: un guado difficile*, in *Dir. Internet*, 2007, V, p. 437ss.; P. Spada, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 635ss.

Sarebbe stato più utile riconoscere che nella società post-industriale, in cui la conoscenza svolge un ruolo essenziale quale principale risorsa produttiva e fonte di ricchezza, l'esigenza fortemente avvertita di una configurazione giuridica in termini di bene della stessa difficilmente riesce a trovare adeguata risposta nel classico paradigma proprietario; tale paradigma richiama e presuppone lo schema fondato sull'appartenenza, sul godimento esclusivo e sul ruolo prioritario del valore d'uso rispetto al valore di scambio, mentre nell'ambito della proprietà intellettuale le categorie "proprietà" e "beni" si riferiscono a fenomeni che riguardano il lavoro innovativo e produttivo degli uomini.

Ma rimane fermo il fatto che oggi la posizione giuridica soggettiva relativa allo sfruttamento dell'innovazione estetica è giuridicamente configurata in termini di diritto di proprietà, e quale diritto di proprietà è garantita da copertura costituzionale in ambito internazionale e in diversi ordinamenti giuridici nazionali.

Tuttavia, sebbene tra le molteplici tecniche di protezione giuridica di cui potrebbe avvalersi la tutela dell'innovazione estetica l'esclusiva proprietaria sia quella maggiormente utilizzata nelle esperienze giuridiche occidentali ed ormai radicata nel modo di pensare questo settore del diritto, è doveroso per il giurista sottolineare la necessità di una sua riconsiderazione critica e di un affrancamento da consueti schemi concettuali forse oggi non più rispondenti alla sottesa realtà e non più adeguati sotto i profili dell'efficienza economica e dell'effettività giuridica, oltre che della sostenibilità antropologica.

#### **4. Le soluzioni giuridiche volte ad un più equilibrato contemperamento degli interessi**

In attesa dei necessari interventi legislativi fondati su scelte politiche adeguate a ristabilire un più equilibrato contemperamento di tutti gli interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa, la giurisprudenza è chiamata ad effettuare un incisivo controllo sull'esercizio dell'esclusiva nei casi in cui tale esercizio possa ostacolare l'effettiva attuazione di interessi di rilevanza costituzionale, orientando in tal caso l'interpretazione e l'applicazione del diritto d'autore e del *copyright* verso la vigorosa protezione di tali interessi.

Quella rappresentata dall'applicazione del diritto *antitrust* alle pratiche anticoncorrenziali poste in essere nell'esercizio di diritti di proprietà intellettuale, quella basata sull'istituto dell'abuso del diritto, nonché quella incentrata sul sistema di gestione collettiva degli interessi patrimoniali degli autori sono alcune delle principali soluzioni giuridiche proposte dalla dottrina in vista di un più equo contemperamento di interessi che hanno già ottenuto un certo riscontro da parte della giurisprudenza.

La necessità di correggere disfunzioni derivanti dall'esercizio del diritto d'autore o *copyright* può, a giudizio di alcuni studiosi, trovare adeguata

risposta nell'applicazione del diritto *antitrust* alle condotte anticoncorrenziali poste in essere da imprese titolari di diritti di proprietà intellettuale<sup>25</sup>.

Sebbene l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale sia da tempo oggetto di controllo da parte delle autorità *antitrust*, ed in particolare da parte delle autorità *antitrust* europee, le difficoltà operative poste da questa soluzione non sono poche.

E', in primo luogo, la complessità del rapporto tra *antitrust* e proprietà intellettuale - di antagonismo (l'esclusiva limita la concorrenza nello sfruttamento imprenditoriale dell'opera innovativa giuridicamente protetta), ma anche di complementarità funzionale (sono entrambi strumenti di politica economica diretti a promuovere l'efficienza e l'innovazione) - a determinare tali difficoltà.

Inoltre, se, da un lato, la costituzionalizzazione del principio di libera concorrenza può considerarsi pacificamente riconosciuta in molti ordinamenti giuridici di area occidentale, dall'altro lato, è pur vero che sono diffusamente considerate di rilevanza costituzionale anche le disposizioni dei trattati internazionali che impongono un'alta protezione della proprietà intellettuale.

In ogni caso, dal momento che nell'esperienza giuridica europea non è finora emerso un modello di concorrenza costituzionalmente rilevante idoneo a limitare il contenuto dei diritti di proprietà intellettuale in via generale ed astratta, il controllo effettuato ai sensi del diritto *antitrust* non può ancora essere un controllo sulla legittimità costituzionale della norma attributiva del diritto di proprietà intellettuale, ma piuttosto un controllo sull'esercizio di tale diritto, da effettuare in relazione alla concreta situazione di mercato e in ipotesi che la Corte di giustizia tende ancora a considerare eccezionali.

La giurisprudenza ha considerato ammissibile il ricorso al diritto *antitrust* per correggere abusi perpetrati nell'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale. Ci si riferisce, in particolare, a quei casi in cui è stato riscontrato un abuso di posizione dominante nella condotta del titolare di diritto d'autore o *copyright* che ha esercitato l'esclusiva al fine di impedire l'utilizzo delle informazioni contenute nell'opera giuridicamente protetta e con effetti negativi sull'assetto concorrenziale del mercato. In tali casi, la licenza obbligatoria imposta ai sensi del diritto *antitrust* è stata considerata una tecnica giuridica idonea ad assicurare l'utilizzo dell'opera giuridicamente protetta e, al contempo, un adeguato compenso economico al titolare del diritto di proprietà intellettuale<sup>26</sup>. In tali casi, dunque, il ricorso alla tecnica giuridica della licenza obbligatoria prevista dal diritto *antitrust* ha rappresentato un'adeguata soluzione al

<sup>25</sup> Cfr. D. Sarti, *La concorrenza*, in *AIDA*, 2005, XIV, p. 161ss.; M. Bertani, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004, p. 206ss.; F. Denozza, *Consumer Transaction costs at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property*, in *Italian Intellectual Property*, gennaio 2003, p. 3ss.; J. Bresler, *Begged, Borrowed or Stolen: Whose Art is it anyway? An Alternative Solution of Fine Art Licensing*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2003, 50, p. 15ss.; D. Sarti, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, p. 543ss.; M. Ricolfi, *La tutela della proprietà intellettuale tra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 523ss.; G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001, p. 211ss.; D. Sarti, *Antitrust e diritto d'autore*, in *AIDA*, 1995, p. 105ss.; W. Noel, *Licences obligatoires et droit d'auteur*, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, aprile 1981, n. 108, p. 98ss.; T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 873ss.

problema del giusto bilanciamento di interessi consentendo, da un lato, di remunerare l'investimento profuso nella realizzazione e divulgazione dell'opera protetta da diritto d'autore o *copyright* e, dall'altro lato, di garantire l'accessibilità, l'utilizzo e la diffusione delle informazioni veicolate dall'opera medesima.

L'applicazione dell'istituto della licenza obbligatoria ai sensi del diritto *antitrust* ha incontrato, tuttavia, le resistenze di quegli studiosi che, considerando l'esclusiva l'essenza stessa del diritto d'autore e del *copyright*, intravedono pericolose conseguenze di carattere sistematico nel ricorso alla licenza obbligatoria, che dell'esclusiva comporta la disapplicazione. La limitazione del principio dell'esclusività attraverso l'applicazione del diritto

---

<sup>26</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza europea, non si può non far riferimento ai due ben noti casi *Magill* e *IMS-Health*.

La casa editrice *Magill TV Guide Ltd* ha agito dinanzi alla Commissione europea per abuso di posizione dominante contro alcuni organismi di radiodiffusione che, facendo valere il loro diritto di *copyright* sui loro palinsesti, avevano rifiutato di concedere licenza per la pubblicazione dei palinsesti impedendole, così, di creare una guida settimanale che riunisse diversi canali televisivi.

La Commissione (Decisione della Commissione n. 89/205, del 21 dicembre 1988, in *G.U.C.E.*, n. L. 78/43 del 21 marzo 1989, p. 43) e il Tribunale di primo grado (Tribunale di primo grado, 10 luglio 1991, T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commission*, e T-70/89, *BBC Enterprises c. Commission*, in *Racc. II*, 1993, p. 485 e 535) hanno riscontrato un abuso di posizione dominante nel rifiuto da parte dei canali televisivi e hanno quindi imposto la concessione di una licenza ad un costo equo.

La sentenza della Corte di giustizia sul caso *Magill* (Corte di giustizia, 6 aprile 1995, C-241/91 e C-242/91, *Radio Telefis Eireann e altri c. Commissione e Magill TV Guide*, in *Racc.* 1995, pag. I-743), respingono i diversi ricorsi presentati dagli organismi di radiodiffusione, ha precisato che la posizione dominante non dipendeva nella fattispecie concreta dalla titolarità di un diritto di proprietà intellettuale, ma dalla detenzione di un monopolio di fatto sulle informazioni relative ai programmi televisivi.

Secondo la Corte di giustizia, il rifiuto di licenza nell'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale può perfezionare un abuso di posizione dominante in alcune circostanze eccezionali. Nel caso portato dinanzi al suo giudizio, la Corte ha riscontrato la condotta abusiva in virtù delle seguenti circostanze: il rifiuto di licenza ostacolava l'ingresso nel mercato di un nuovo prodotto per il quale esisteva una potenziale domanda dei consumatori; il rifiuto di licenza non poggiava su alcuna giustificazione; il rifiuto di licenza, impedendo l'accesso all'informazione (che non era elaborata e che rappresentava materia prima indispensabile per la creazione di una guida televisiva), consentiva il controllo esclusivo del mercato derivato delle guide televisive settimanali escludendo qualsiasi concorrenza.

La Corte di giustizia ha opportunamente precisato che la competenza a definire le condizioni e le modalità di protezione di un diritto di proprietà intellettuale è riservata al legislatore statale e che l'esercizio del diritto d'autore diviene condotta abusiva solo allorché è finalizzata ad impedire l'accesso alle informazioni.

Cfr. M. Ricolfi, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, I, pp. 149 ss.; H. Cohen Jehoram e K.J.M. Mortelmans, *Zur «Magill» – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 1997, pp. 11 ss.; O. Régnier, *Droits de propriété intellectuelle et concurrence dans l'affaire Magill: vrai malaise ou faux conflit?*, in *A&M*, 1996, pp. 29 ss.; T.C. Vinje, *The Final Word on Magill. The Judgment of the E.C.J.*, in *European Intellectual Property Review*, 1995, n. 6, pp. 297 ss.

Il successivo caso *IMS Health* riguarda la vicenda di una società americana di analisi di mercato a cui si sono rivolte alcune imprese farmaceutiche al fine di verificare il successo sul mercato tedesco dei farmaci da esse prodotti.



*antitrust* è stata considerata una soluzione accettabile con riferimento ad opere innovative con scarsa componente di creatività personale e ad opere che sono oggetto di diritti *sui generis*, ha suscitato, invece, maggiori resistenze con riferimento ad opere strettamente legate alla personalità creativa di un autore<sup>27</sup>.

Ulteriori obiezioni sono state avanzate da chi ritiene che un'estesa applicazione della licenza obbligatoria ai sensi del diritto *antitrust* rischierebbe di ridurre il diritto d'autore ad un semplice diritto di credito e di violare così la garanzia costituzionale di cui gode la proprietà intellettuale.

Occorre, tuttavia, osservare che la rilevante funzione sociale e culturale che il diritto d'autore e il *copyright* hanno svolto sin dalle loro origini, funzione sulla quale si è fondato lo stesso riconoscimento giuridico di tali istituti, viene violata non già dalla limitazione dell'esercizio dell'esclusiva proprietaria al fine

---

Le informazioni concernenti la vendita dei loro farmaci sul territorio tedesco sono state organizzate dalla *IMS Health* utilizzando una particolare struttura basata sulla suddivisione del mercato farmaceutico in zone geografiche, struttura che secondo l'autorità giudiziaria tedesca aveva reso l'insieme organizzato di informazioni un vero e proprio *data base* giuridicamente protetto ai sensi del diritto d'autore.

A fronte del rifiuto da parte della *IMS Health* di concedere una licenza per l'utilizzo della struttura, le imprese concorrenti si sono rivolte alla Commissione europea affinché venisse riscontrato in tale rifiuto un abuso di posizione dominante con riferimento al mercato tedesco.

La Commissione ha accolto il loro ricorso imponendo alla *IMS Health* di concedere una licenza affinché i suoi concorrenti potessero utilizzare la suddetta struttura nel proporre i loro dati (Decisione della Commissione n. 2003/741, del 13 agosto 2003, in *G.U.C.E.*, n. L. 268 del 18 ottobre 2003, recante misure provvisorie).

Il Tribunale di primo grado adito dalla *IMS Health* ha sospeso l'esecuzione della decisione della Commissione (Tribunale di primo grado, ordinanza del 10 agosto 2001, T-184/01, *IMS-Health c. Commissione*; Tribunale di primo grado, ordinanza del 26 ottobre 2001, T-184/01, *IMS-Health Inc. c. Commissione, AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services, NDC Health, NDC Health GmbH & Co. KG*, in *Racc. II*, 2001, p. 234). In seguito a questa decisione del Tribunale, la Commissione ha ritirato il proprio provvedimento.

Il Tribunale ha, in primo luogo, riaffermato che il rifiuto di concedere una licenza può essere considerato un abuso solo in circostanze eccezionali e ha osservato che queste ultime non erano state chiaramente stabilite dalla Commissione per la controversia in esame.

Il Tribunale ha basato la propria decisione sulle seguenti considerazioni: le imprese concorrenti agivano sullo stesso mercato in cui operava la *IMS Health*; oggetto della controversia non erano informazioni grezze, cioè dati liberamente disponibili rispetto ai quali era stato impedito l'accesso, ma la stessa struttura organizzativa del *data base*, quindi una forma originale giuridicamente tutelata ai sensi del diritto d'autore; non era riscontrabile un interesse del consumatore, che non avrebbe tratto alcun beneficio dall'imposizione di una licenza obbligatoria, visto che i concorrenti della *IMS Health* non avevano come obiettivo la creazione di un nuovo prodotto, bensì l'utilizzo del medesimo prodotto che non erano riusciti a riprodurre.

Cfr. G.V.S. McCurdy, *Intellectual Property and Competition: Does the Essential Facilities Doctrine Shed Any New Light?*, in *European Intellectual Property Review*, 2003, p. 472ss.

<sup>27</sup> Cfr., per tutti, W. Nordemann, *Nutzungsrechte oder Vergütungsansprüche?*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1979, p. 280ss.; S. Lemarchand, O. Fréget e F. Sardain, *Biens informationnels: entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, in *Propriété Intellectuelle*, 2003, n. 6, p. 20ss.

di tutelare valori di rilevante interesse generale e costituzionalmente garantiti, quanto piuttosto dall'uso eccessivo e distorto dell'esclusiva stessa<sup>28</sup>.

Nei casi in cui l'utilizzo della licenza obbligatoria ai sensi del diritto *antitrust* consente di proteggere altri valori fondamentali di rilevanza costituzionale la disapplicazione del principio dell'esclusiva che tale utilizzo comporta non si pone in contrasto con le disposizioni internazionali e nazionali che prevedono una copertura costituzionale del diritto d'autore o *copyright* e non snatura tali diritti quale diritti di proprietà dal momento che il principio

---

<sup>28</sup> Su questo decisivo aspetto della presente analisi è importante il riferimento all'esperienza giuridica tedesca, in cui grande attenzione è stata rivolta alla necessità di delineare un giusto equilibrio tra i diversi interessi coinvolti nella tutela della proprietà intellettuale. Il pensiero giuridico ed economico tedesco in materia di proprietà intellettuale, ed in particolare di diritto d'autore, ha sempre dimostrato una notevole capacità di attento bilanciamento di tali interessi ed in questo sforzo è stato efficacemente affiancato negli ultimi decenni dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*).

Sull'evoluzione del pensiero filosofico e giuridico tedesco in materia di diritto d'autore, cfr. G. Luf, *Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht*, in R. Dittrich (a cura di), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?*, Wien, 1988, p. 9ss.

Intorno alla fine del XIX secolo, la dottrina tedesca ha elaborato la teoria dell'ancoraggio sociale del diritto privato (*sozialbindung des privatrechts*) fondata sull'idea di base, destinata a diventare un caposaldo del diritto privato tedesco, secondo la quale i diritti soggettivi degli individui sono limitati da vincoli sociali. In quanto socialmente limitati, tali diritti non sono diritti assoluti e devono essere giuridicamente tutelati assicurandone la compatibilità con gli interessi generali della collettività. A partire dalle riflessioni di Kopsch, tale teoria è stata applicata anche al diritto dell'autore sull'opera dell'ingegno (*sozialbindung des urheberrechts*), che è pertanto anch'esso considerato tutelabile nei limiti degli interessi generali riferibili all'intera collettività. Cfr. J. Kopsch, *Zur Frage der gesetzlichen Lizenz*, in *Archive für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht*, 1928, 1, p. 201ss; C. Grün, *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts*, Stämpfli, Bern, 1979, p. 98ss.

E' vasta la letteratura giuridica tedesca in cui l'aspetto sociale è richiamato come fondamento della stessa esistenza del diritto d'autore e delle diverse limitazioni del suo ambito di applicazione legislativamente poste. Cfr. per tutti M. Rehbinder, *Urheberrecht*, München, Beck, 2002, p. 66ss.; E. Pahud, *Zur Begrenzung des Urheberrechts im Interesse. Dritter und der Allgemeinheit*, in *Archive für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht*, 2000, p. 116ss.; G. Schrickler (a cura di), *Urheberrecht Kommentar*, München, Beck, 1999, p. 7ss.; E. Ulmer, *Urheber und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg/New York, 1980, p. 6 ss.

La Corte costituzionale tedesca, sin dai primi suoi interventi in materia, ha sottolineato che il diritto d'autore è un diritto costituzionalmente garantito ma è anche un diritto socialmente limitato, e ha ricondotto tale diritto nell'ambito di applicazione dell'articolo 14 della Legge fondamentale, il cui secondo comma sancisce espressamente la natura di diritto socialmente limitato del diritto di proprietà. Vedi le ben note pronunce in materia di libri scolastici (*GRUR* 1972, p. 481), di biblioteche pubbliche (*GRUR* 1972, p. 485) e di riproduzioni su nastro magnetico (*GRUR* 1972, p. 488).

Ne deriva che il legislatore è chiamato ad attenersi al principio di proporzionalità nel definire il contenuto di tale diritto, che l'autore può essere privato del diritto di vietare l'accesso e l'utilizzo della sua opera ogni qual volta ciò sia effettivamente giustificato da interessi di carattere generale, e che all'autore dev'essere riconosciuto in tali casi il diritto di ottenere un adeguato compenso economico. Dalla precisazione che l'autore può essere privato solo in alcuni casi del suo diritto di vietare, si può dedurre che la Corte costituzionale tedesca ritiene inammissibile un totale abbandono del principio dell'esclusività attraverso un generalizzato utilizzo della licenza obbligatoria.

dell'esclusività è comunque preservato in linea generale, ogni qual volta non entrano in gioco motivazioni di rilevante interesse pubblico<sup>29</sup>.

Alcuni studiosi ritengono possibile ricorrere all'istituto dell'abuso del diritto elaborato dalla teoria generale del diritto per limitare l'esercizio delle prerogative di carattere patrimoniale del titolare del diritto d'autore e *copyright*<sup>30</sup>, con qualche residuo dubbio per quanto riguarda quelle di carattere morale<sup>31</sup>, al fine di contrastare gli eccessi e le disfunzioni derivanti dall'esercizio di tali diritti e ristabilire l'equilibrio tra tutti gli interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa.

E' utile porre in evidenza ancora una volta che quando le prerogative proprietarie del titolare del diritto d'autore sono esercitate allo scopo di ostacolare l'accessibilità, la circolazione ed il lecito utilizzo delle informazioni e delle idee veicolate dalle opere giuridicamente protette è difficile escludere lo sviamento rispetto alle finalità di tale diritto<sup>32</sup>, il cui riconoscimento giuridico si è fondato, nel sistema euro-continentale come nel sistema anglo-americano, non solo e non tanto sull'esigenza di protezione degli interessi morali e patrimoniali dell'autore, ma anche e soprattutto sull'esigenza di garantire l'avanzamento e la diffusione della conoscenza.

Dal momento che uno dei rimedi con cui gli ordinamenti giuridici generalmente reagiscono all'abuso del diritto è rappresentato dalla licenza obbligatoria disposta con provvedimento giudiziario le obiezioni mosse dal

---

Sull'evoluzione della legislazione tedesca in materia di diritto d'autore, cfr. E. Wadle, *Der Weg zum gesetzlichen Schutz des geistigen und gewerblichen Schaffens. Die deutsche Entwicklung im 19. Jahrhundert*, in F.K. Beier, A. Kraft, G. Schrickler e E. Wadle (a cura di), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, 1991, 2, p. 93ss.; M. Vogel, *Die Geschichte des Urheberrechts im Kaiserreich*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1987, p. 873ss.; A. Wandtke, *Zur Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, in *Kunstrecht und Urheberrecht*, 2003, 5, p. 109ss.

<sup>29</sup> Cfr. A. Strowel, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur: un danger ou une nécessité?*, in *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, gennaio 1991, p. 161ss.

<sup>30</sup> Cfr. M.A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, in *California Law Review*, 1999, n. 87, p. 11ss.; C. Caron, *Abuse de droit et droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français*, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, aprile 1998, n. 176, p. 3ss.

<sup>31</sup> Cfr. A. Lucas-Schloetter, *Pour un exercice équilibré du droit moral ou le droit moral et la balance des intérêt*, in P. Ganea, C. Heath e G. Schrickler (a cura di), *Urheberrecht: gestern, heute, morgen*, Verlag C.H. Beck, München, 2001, p. 129ss.

<sup>32</sup> Sul superamento della figura dell'abuso del diritto inteso come sviamento del diritto, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989, p. 76s., il quale ritiene che il contenuto del diritto soggettivo, ovvero, il potere giuridicamente riconosciuto ad un soggetto per la tutela di un certo suo interesse, è determinato anche dal principio di solidarietà, per cui la subordinazione dell'interesse del soggetto passivo all'interesse del soggetto attivo è consentita fin quando non si pone in contrasto con tale principio. Pertanto, gli atti emulativi del proprietario, gli atti contrari a buona fede e correttezza non rientrerebbero nel contenuto del diritto soggettivo in quanto contrari al principio giuridico di solidarietà e quindi costituiscono eccesso dal diritto e non abuso del diritto. Per la dottrina italiana, cfr. sul tema anche U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, 1958, I, p. 166ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso de diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205ss.

pensiero giuridico all'utilizzo di tale istituto sono analoghe a quelle concernenti il diritto *antitrust* e incentrate sul timore che un'applicazione generalizzata della licenza obbligatoria possa condurre ad un'eccessiva limitazione del principio dell'esclusività.

Rinviando alle osservazioni precedentemente formulate in risposta a tali obiezioni, è utile porre in evidenza che un forte limite operativo della soluzione giuridica offerta dall'istituto dell'abuso del diritto è rappresentato dalle notevoli difficoltà a cui si va incontro nel fornire in sede giudiziaria la prova che l'esercizio del diritto di esclusiva è stato deviante rispetto alla *ratio* del diritto d'autore e del *copyright*.

Alcune voci del pensiero giuridico intravedono la soluzione più adeguata al problema dell'equilibrato contemperamento tra gli interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa nel sistema della gestione collettiva dei diritti patrimoniali di proprietà intellettuale<sup>33</sup>, che comporta non pochi vantaggi pratici per gli autori e per gli utenti delle opere giuridicamente protette<sup>34</sup> e che garantisce che i compensi economici per l'utilizzo di tali opere siano prevedibili, non eccessivi e soggetti al controllo ai sensi del diritto *antitrust* in caso di abuso da parte delle società di gestione<sup>35</sup>.

Alcuni limiti operativi che incidono significativamente sull'efficienza del sistema della gestione collettiva si contrappongono ai diversi vantaggi che esso comporta.

Si consideri, in primo luogo, che il sistema della gestione collettiva non abbraccia tutte le opere giuridicamente protette e tutti i possibili utilizzi e che, pertanto, esiste ancora un'importante parte di tali opere e di tali utilizzi rispetto ai quali gli utenti incontrano le difficoltà e i disagi di una gestione individuale. Ciò è dovuto al fatto che tale sistema è ancora organizzato su base volontaria, per cui i titolari di diritti proprietari non hanno l'obbligo ma la facoltà di aderirvi, e che per alcune forme di utilizzo dell'opera sottoposta a gestione collettiva è ancora richiesto l'assenso da parte dell'autore. Il sistema della gestione collettiva, inoltre, è ancora piuttosto frammentato dal momento che l'amministrazione dei diritti sulle differenti tipologie di opere è affidata a diverse società di gestione. Ciò comporta che l'utente, per ottenere l'autorizzazione

---

<sup>33</sup> Sul tema, cfr. D. Sarti, *La gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale fra «mandato» e rapporti associativi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, 2010, II, p. 2263ss.; P. Spada, *La proprietà intellettuale tra «reale» e «virtuale»: un guado difficile*, in *Dir. dell'Internet*, 2007, V, p. 437ss.; H. Cohen Jehoram, *The Future of Copyright Collecting Societies*, in *European Intellectual Property Review*, 2001, p. 134ss.; A. e H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 688ss.; W. Dillenz, *Functions and Recent Developments of Continental Copyright Societies*, in *European Intellectual Property Review*, 1990, 12, p. 191ss.; W. Nordemann, *Nutzungsrechte oder Vergütungsansprüche?* in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1979, p. 280ss.

<sup>34</sup> Gli autori vedono notevolmente rafforzato il proprio potere negoziale e notevolmente agevolata la riscossione dei compensi economici per gli utilizzi della loro opera anche con riguardo a quelli effettuati al di fuori degli ambiti nazionali, di solito difficilmente controllabili da parte del singolo autore. Risultano notevolmente semplificati anche gli adempimenti a carico degli utenti necessari per ottenere le autorizzazioni all'utilizzo delle opere.

<sup>35</sup> Si ritiene, infatti, che esse operino in una situazione di monopolio di fatto considerabile posizione dominante. Cfr. M. Cassottana, *Antitrust e società di gestione dei diritti d'autore*, in *AIDA*, 1995, IV, p. 125ss.

all'utilizzo di opere che rientrano in diverse tipologie, è costretto a rivolgersi a più società di gestione senza alcuna certezza sul buon esito dell'operazione complessivamente considerata.

La soluzione giuridica basata sulla gestione collettiva presenta il vantaggio di porre meno problemi di ordine teorico e sistematico rispetto a quelle incentrate sull'estesa applicazione della licenza obbligatoria dal momento che non interferisce con il principio di esclusività, in cui ancora molti autori intravedono l'essenza stessa del diritto d'autore e del *copyright* e che riceve riconoscimento costituzionale nell'esperienza giuridica internazionale e in alcuni tra i principali sistemi nazionali di proprietà intellettuale.

## 5. La prospettiva dei diritti fondamentali

Di fronte alla necessità di ristabilire l'equilibrio tra gli interessi coinvolti nella tutela giuridica dell'opera innovativa compromesso dai più recenti interventi di un legislatore dimostratosi troppo condizionabile di fronte alle notevoli pressioni esercitate dai poteri economici forti, si fa strada nel pensiero giuridico la convinzione che una risposta esaustiva all'esigenza di un più equilibrato contemperamento di interessi vada ricercata nell'inquadramento sistematico del diritto d'autore e *copyright* nell'ambito dei diritti fondamentali attraverso un'operazione di ricostruzione teorica della proprietà intellettuale che sembrerebbe la sola capace oggi di restituire coerenza interna a questa materia<sup>36</sup>.

L'analisi delle origini e dell'evoluzione della proprietà intellettuale pone in evidenza che il riconoscimento giuridico di prerogative proprietarie in capo all'autore è sempre stato strettamente connesso a motivazioni, per così dire, alte, riguardanti la libertà di espressione, il diritto all'istruzione, l'arricchimento del patrimonio scientifico, artistico e culturale comune. E, nel perseguimento di sempre nuovi equilibri di interessi attraverso scelte di politica legislativa poste in funzione dei diversi valori che di volta in volta si è inteso privilegiare, questo nucleo di valori fondamentali tratti dal pensiero filosofico illuminista ha continuato a giustificare, nel sistema del diritto d'autore euro-continentale come nel sistema del *copyright* anglo-americano il riconoscimento di tali prerogative, nonché le limitazioni legislativamente poste al loro ambito di applicazione.

---

<sup>36</sup> Sul tema, cfr. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 8ss.; M.D. Birnhack, *Acknowledging the Conflict between Copyright Law and the Freedom of Expression under the Human Rights Act*, in *Entertainment Law Review*, 2003, p. 24ss.; G. Davies, *Copyright and the Public Interest*, Sweet & Maxwell, London, 2002, p. 335ss.; A.R. Chapman, *A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress and Access to the Benefit of Science*, in WIPO, *Intellectual Property and Human Rights*, Genève, 1999, p. 127ss.; F. Dessemontet, *Copyright and Human Rights*, in J.J.C. Kabel e G.J.H.M. Mom (a cura di), *Intellectual Property and Information Law - Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 113ss.; M. Vivant, *Le droit d'auteur, un droit de l'homme?*, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, ottobre 1997, n. 174, p. 71ss.; M. Löffler, *Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, p. 201ss.

Dal quadro normativo internazionale relativo ai diritti fondamentali, in cui il diritto dell'autore riceve collocazione sistematica e tutela giuridica accanto ai diritti umani, emerge chiaramente la stretta relazione tra la proprietà intellettuale e la sfera delle libertà fondamentali<sup>37</sup>.

Tale cambiamento di prospettiva - reso non solo possibile ed auspicabile, ma anche inevitabile dalla crescente influenza di tale quadro normativo nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali di area occidentale e dalla graduale costituzionalizzazione del diritto privato in atto in tali ordinamenti<sup>38</sup> - si rivela estremamente proficuo. Attribuendo carattere imperativo a quelle limitazioni legislative del diritto d'autore o *copyright* che appaiono diretta espressione di diritti e libertà fondamentali, e facendone derivare veri e propri diritti soggettivi a favore dell'utente dell'opera protetta, consentirebbe di considerare inefficace qualunque clausola contrattuale e qualunque sistema tecnico che ostacola l'effettivo esercizio di tali diritti, nonché di dotare l'utente del potere di agire in giudizio per rivendicare il rispetto di quegli spazi di libertà riconosciuti e garantiti dal tradizionale regime della proprietà intellettuale.

Tuttavia, le scelte di politica legislativa, le interpretazioni giurisprudenziali e le elaborazioni dottrinali sul tema del rapporto tra diritti fondamentali e proprietà intellettuale sono state inevitabilmente condizionate dalle specificità dei diversi ordinamenti giuridici<sup>39</sup> ed in tutte le esperienze

---

<sup>37</sup> Un attento bilanciamento tra gli interessi emerge dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, in cui accanto al diritto di ogni individuo di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici (articolo 27.1), si riconosce il diritto dell'autore alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica (articolo 27.2).

Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 riconosce espressamente il diritto di godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica (articolo 15.1 c)) ma non senza aver prima sancito il diritto di ogni individuo a partecipare alla vita culturale, a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni (articolo 15.1 a) e b)).

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 sancisce la libertà di espressione e comunicazione (articolo 10.1.), ma contestualmente prevede la possibilità e l'opportunità di sottoporre l'esercizio di tali libertà a quelle restrizioni necessarie alla protezione dei diritti altrui (articolo 10.2).

Per una ricostruzione del quadro normativo internazionale di riferimento in materia di proprietà intellettuale, cfr., tra gli altri, R. Mastroianni, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>38</sup> Su cui cfr. G. Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 475ss.; A. Falzea, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 455ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1980, p. 104ss.; P. Perlingieri, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1, p. 188ss.; P. Femia, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in *Aa.Vv., Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, E.S.I., Napoli, 2006.

<sup>39</sup> E' solo alla luce di tali caratteristiche che emergono le ragioni del disinteresse da parte della giurisprudenza e della dottrina francesi per la dimensione costituzionale del diritto d'autore, disinteresse che si pone in contraddizione solo apparente con l'approccio personalistico tipico del sistema francese del diritto d'autore.

giuridiche nazionali che possono considerarsi più avanzate in relazione al più elevato grado di maturità raggiunto in materia di tutela della proprietà intellettuale la giurisprudenza ha manifestato una certa reticenza a fare ricorso ai principi costituzionali per giustificare limitazioni dell'ambito di applicazione del diritto d'autore e del *copyright* ulteriori rispetto a quelle legislativamente previste<sup>40</sup>.

Va, tuttavia, maturando e diffondendosi la consapevolezza del fatto che gli eccessi protezionistici dell'attuale regime della proprietà intellettuale - manifestatisi in termini analoghi in queste esperienze giuridiche e nelle esperienze giuridiche internazionale ed europea - comportano il rischio di

---

Ed è in piena coerenza con le caratteristiche dell'ordinamento tedesco che in Germania la Costituzione riconosce ai diritti fondamentali <<efficacia vincolante per il potere legislativo, esecutivo e giudiziario come diritto direttamente applicabile>> (articolo 1, comma 3), la Corte costituzionale ha affermato che l'ordine oggettivo di valori che i diritti fondamentali esprimono può imporre un intervento legislativo, e una cospicua produzione scientifica è stata dedicata all'analisi del diritto d'autore dalla prospettiva dei diritti fondamentali quali la libertà di espressione e di informazione, la libertà dell'arte e delle scienze.

<sup>40</sup> Cfr. A. Lucas, *Droit d'auteur, liberté d'expression ed <<droit du public à l'information>>*, in Aa.Vv., *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 126ss.

Nell'esperienza giuridica francese la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che il diritto di proprietà dell'autore sulla propria creazione intellettuale incontra i soli limiti legislativamente previsti nell'articolo L. 122-5 e L. 122-9 del Codice della proprietà intellettuale e ha respinto l'ipotesi di applicare ulteriori limiti sulla base di riferimenti normativi esterni alla disciplina sul diritto d'autore, quale ad esempio il principio sulla libertà di espressione sancito dall'articolo 10 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. E sono maggioritarie le voci del pensiero giuridico francese che aderiscono a questo orientamento giurisprudenziale. Vedi *Corte di Cassazione*, 13 novembre 2003, in *J.C.P.*, G, 2004, II, 10080; cfr. C. Caron, *La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public: une menace pour le droit d'auteur?*, in *JurisClasseur – Communication, Commerce électronique*, ottobre 1999, p. 1ss.

Dalla casistica sul rapporto tra il *copyright* e i diritti fondamentali sviluppatasi nell'esperienza giuridica britannica - nella quale, è utile ricordarlo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ha acquisito efficacia giuridica vincolante attraverso lo *Human Rights Act* del 1988, entrato in vigore solo nel 2000 - emergono argomentazioni tratte fondamentalmente dal principio dell'interesse pubblico sancito nel *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988 e dal principio del *fair dealing*, ma senza giungere a risultati rilevanti sul piano della limitazione del *copyright*. Vedi *Imutran Ltd v. Uncaged Campaigns Ltd*, 2001 All E.R. (D) 08; *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.*, 2001 4 All E.R. 618.

Ma la giurisprudenza non è finora giunta a riconoscere espressamente e definitivamente la possibilità di fondare sui diritti fondamentali limitazioni del *copyright* ulteriori rispetto a quelle legislativamente previste finanche nell'esperienza giuridica statunitense, nella quale la vigente legislazione sul *copyright* ed i principi sulle libertà fondamentali sono stati introdotti già sul finire del XVIII secolo (rispettivamente, nel 1790 e nel 1791) e godono entrambi di copertura costituzionale, nella quale il principio generale del *fair use* ha il carattere della flessibilità e nella quale la tematica del rapporto tra *copyright* e diritti fondamentali riceve da sempre una notevole attenzione da parte dell'elaborazione giurisprudenziale e della riflessione dottrinale.

Cfr., per tutti, E.B. Easton, *Public Importance: Balancing Proprietary Interests and the Right to Know*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2003, vol. 22, p. 139ss.; P. Samuelson, *Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States*, in *European Intellectual Property Review*, 2001, vol. 23, p. 409ss.; L.R. Patterson, *Understanding the Copyright Clause*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2000, 47, p. 365ss.; S.

ostacolare l'avanzamento culturale e la crescita economica, oltre che il perseguimento di alcuni tra i più importanti valori antropologici del nostro tempo, che i sistemi del diritto d'autore euro-continentale e del *copyright* anglo-americano fanno fatica a gestire autonomamente le proprie disfunzioni e che per raggiungere soluzioni equilibrate è necessario fare ricorso a principi e regole esterne al regime della proprietà intellettuale.

\*\* Ricercatore di Diritto privato comparato, Seconda Università di Napoli

---

Fraser, *The Conflict between the First Amendment and Copyright Law and its impact on the Internet*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Review*, 1998, 16, p. 1ss.; W.F. Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Bureau of National Affairs Books, Washington DC, 1995, p. 576ss.; L.R. Patterson, *Free Speech, Copyright and Fair Use*, in *Vanderbilt Law Review*, 1987, 40, p. 1ss.; P. Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, in *Columbia Law Review*, 1970, 70, p. 983ss.